

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

**Análisis de la conversión de acción penal: de pública a
privada del código de procedimiento penal**

Doris Carolina Velarde Fernández

Xavier Andrade, Dr. Director de tesis

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogada

Quito, Enero del 2013

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“Análisis de la conversión de acción penal de publica a privada”

Doris Velarde Fernández

Dr. Juan Pablo Albán
Presidente del Tribunal e Informante




.....

Dr. Xavier Andrade
Director de Tesis



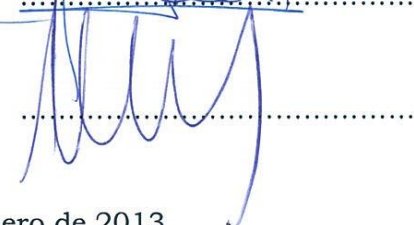
.....

Dr. Ernesto Albán
Delegado del Decano e Informante



.....

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



.....

Quito, 18 de Enero de 2013

© 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.

Firma:

Nombre: Doris Carolina Velarde Fernández

C. I.: 1714017777

Fecha: 18 de enero del 2013

Acta de Grado

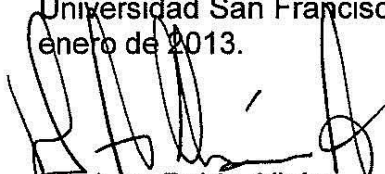
En la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, tuvo lugar la Defensa Oral del Ensayo Jurídico intitulado "Análisis de la conversión de acción penal de pública a privada", presentado por la estudiante, señorita Doris Carolina Velarde Fernández, previo a la obtención del título de Abogada.

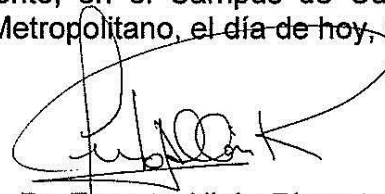
Para tal efecto, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, conformó el Tribunal de Grado, con los siguientes profesores:

Señor Doctor Juan Pablo Albán, Presidente del Tribunal e Informante del Ensayo Jurídico;
Señor Doctor Xavier Andrade Castillo, Director del Ensayo Jurídico;
Señor Doctor Ernesto Albán Ricaurte, Delegado del Decano e Informante del Ensayo Jurídico.

El Tribunal, después de haber examinado al estudiante por espacio de una hora, le asignó a la Defensa Oral la calificación de 90/100, la que promediada con la obtenida en el trabajo escrito de 92/100, da la nota final de Grado de 91/100, equivalente a "A" la que se promediará con las notas obtenidas durante la carrera.

Para constancia firman el presente instrumento, en el Campus de Cumbayá de la Universidad San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy, viernes 18 de enero de 2013.


Dr. Juan Pablo Albán
Presidente del Tribunal


Dr. Ernesto Albán Ricaurte
Delegado del Decano


Dr. Xavier Andrade Castillo
Director del Ensayo Jurídico


Srta. Doris Carolina Velarde Fernández

Agradecimientos

A mis padres, por ser el pilar de mi vida, por su amor incondicional y su apoyo permanente para alcanzar cada meta.

A mis hermanas, Mayra, Estefy y Ma. Belén por su implacable lealtad.

A mis profesores, en especial a Juan Pablo Albán por su apoyo y a Xavier Andrade, por guiarme en este trabajo y darme oportunidades invaluableles.

Resumen

Actualmente, se está revisando el proyecto del código orgánico integral penal, sin topar el tema de esta tesina; la conversión de acción de pública a privada. Éste método alternativo al proceso formal, tiene muchas falencias. Falencias, que no han permitido que esta figura cumpla con su natural objetivo, el cual es descongestionar la carga de los jueces de garantías penales y además la de los fiscales. La conversión de acciones, permite ahorro de recursos, ya que en delitos que tiene un ofendido en particular, que no han generado daño en la sociedad, se puede cambiar de acción pública a privada. El futuro de esta figura, es el desuso, una derogación del artículo o lo que propone este trabajo, en pro del estudio del derecho con miras de que el sistema penal sea más ágil y brinde seguridad jurídica, un proyecto de reforma. La misma, que está guiada a moldear las principales debilidades plantea la igualdad entre los sujetos procesales, respeto al debido proceso y demás garantías constitucionales, de esta manera la conversión de acción será una herramienta más utilizada y con mayor éxito en el sistema procesal.

Abstract

Nowadays, there is checking the project of the organic code penal integral, without coming across the topic of this tesina; the conversion of action of publishes to private road. This one alternative method to the formal process, has many failings. Failings, which have not allowed that this figure should expire with his objective native, who is to clear the load of the judges of penal guarantees and in addition that of the district attorneys. The conversion of actions, it allows saving resource, since in crimes that it has offended especially, that have not generated hurt in the society, it is possible to change public action to private road. The future of this figure, it is the disuse, a derogation of the article or what proposes this work, in favor of the study of the right with gun-sights of which the penal system is more agile and offers juridical safety, a project of reform. The same one, which is guided to molding the principal weaknesses raises the equality between the procedural subjects, I respect to the due process and other constitutional rights, hereby the conversion of action will be a more used tool and with major success in the procedural system.

Índice

	PAGS.
Agradecimientos	iii
Resumen	iv
Abstract	v
Indice	vi
Introducción	1
1. Sistemas procesales penales y métodos alternativos de solución de conflictos ecuatorianos	
1.1 Estudio histórico	7
1.2 Derecho Germano	10
1.2.1 Derecho germano antiguo	10
1.2.2 Procedimiento en el derecho germano antiguo	12
1.2.3 Periodo Franco	15
1.2.4 Edad Media	16
1.2.5 Proceso y procedimiento alternativo germano	17
1.3 Derecho Griego y Romano	18
1.3.1 Grecia	18
1.3.1.1 Primer periodo	18
1.3.1.2 Segundo periodo	19
1.3.1.3 Tercer periodo	19
1.3.2 Roma	20
1.3.2.1 Derecho romano primitivo	21
1.3.2.2 Época de las Quaestiones	22
1.3.2.3 La cognitio extra ordinem	23
1.4 Derecho Canónico	26
1.4.1 Orígenes de la jurisdicción de la Iglesia	26
1.4.2 Enjuiciamiento penal canónico	27
1.5 Derecho ecuatoriano: soluciones alternativas al juicio formal	29
1.5.1 Generalidades	29
1.5.2 Antecedentes de los métodos alternativos de solución de conflictos en el Ecuador	33
2. Derecho Procesal Ecuatoriano y la Conversión de Acción como Método Alternativo al Proceso Formal	
2.1 Marco Legal	37
2.2 Naturaleza Jurídica	46
2.3 Requisitos de Procedibilidad	52
2.4 Tramite	58
2.4.1 Indagación previa	58
2.4.2 Instrucción fiscal	60
2.4.3 Etapa intermedia	62
2.5 Finalidad	65
2.6 Semejanzas y diferencias con el procedimiento abreviado	67
3. Métodos alternativos al juicio formal: legislación comparada	

3.1 América Latina	70
3.1.1 Bolivia	74
3.1.2 Paraguay	74
3.1.3 Chile	74
3.1.4 Venezuela	75
3.1.5 Argentina, Ecuador y Colombia	76
3.1.6 Costa Rica	76
3.2 Alemania	80
3.2.1 Procedimiento en el sistema alemán	84
3.2.1.1 Etapa de investigación	84
3.2.1.2 Etapa intermedia	86
3.2.1.3 Etapa del juicio oral	88
3.2.2 Salidas alternativas del juicio oral	88
3.3 Estados Unidos	91
3.3.1 Las ventajas del plea bargaining	96
3.3.2 Las desventajas del plea bargaining	96
4. Conclusiones y recomendaciones	
4.1 Conclusiones	99
4.2 Recomendaciones	101
Bibliografía	104
Anexos	

Introducción

Esta tesina recoge del Código de Procedimiento Penal, la institución llamada “Conversión de acciones” contemplada en el Art. 37, y que no es otra cosa que la posibilidad que tienen los sujetos de la relación procesal penal, de cambiar la acción penal pública, o de oficio, a acción penal privada o que la puede perseguir solo el ofendido; posibilidad que debe cumplir ciertos requisitos de procedibilidad, contemplados en la misma disposición legal. Esta institución en su aplicación práctica, ha presentado varias dificultades, no solo por parte de los señores Jueces, sino de los miembros del Ministerio Público; dudas que se analizaran a lo largo de esta exposición.

La aplicación del Código de Procedimiento Penal vigente sigue generando expectativas en la sociedad ecuatoriana y en los actores del quehacer jurídico, pues el funcionamiento del actual sistema procesal penal, a más de proyectar un esfuerzo pertinaz por consolidar las nuevas instituciones procesales, debería ser el blanco de un proceso de evaluación permanente de las prácticas llevadas a cabo tanto por los operadores procesales cuanto por los profesionales del derecho, toda vez que estas son el referente que permite detectar, en forma directa y objetiva, las falencias que ponen en peligro el éxito del sistema acusatorio y que se originan, en gran parte, en la propia ley.

En efecto, la norma penal adjetiva vigente contiene una serie de disposiciones que de la mano de los principios constitucionales que dan fundamento al sistema acusatorio-inmediación, oralidad, concentración y continuidad, contradictoriedad, imparcialidad, dispositivo, presunción de inocencia y publicidad y, en consecuencia, generan un ambiente jurídico propicio para mantener e incluso reproducir los hábitos y costumbres del anterior sistema; la escritura y la intervención excesiva del juzgador en el conflicto penal son solo dos ejemplos que dan cuenta de la magnitud del problema que, sin control ni medida, amenaza con derruir al actual sistema ecuatoriano de administración de justicia.

Claro está que, tal cual se apreciará en el desarrollo del presente trabajo, que, por cierto, no mantiene una postura en contra de los Métodos alternativos de solución de conflictos, busca, más bien, dar a conocer en forma objetiva las características del sistema acusatorio y porque la deficiencia de la Conversión de acciones, que se debería potenciar y explotar para mejorar el sistema de administración de justicia penal en la realidad ecuatoriana, ello no significa que, desde una perspectiva extrema, el juez o fiscal deba tener un rol nulo o pasivo en el juicio oral; o en el caso del juez deba limitarse a espectral el debate de las partes procesales, sino que la intervención de las partes procesales no puede sustituir el correcto desempeño que estas tendrían que realizar en el momento de producir la prueba a fin de elevar la calidad de información que, en definitiva, permite al juzgador formarse una idea clara sobre la existencia de la infracción y la responsabilidad penal del justiciable.

De hecho, las falencias también se originan en la falta de un aprendizaje continuo del derecho, en el desconocimiento y carencia de técnicas y destrezas de litigación y en una cultura que se le puede catalogar como mediocridad que, a más de potenciar la corrupción, impide mejorar las figuras como la Conversión de acciones para descongestionar las causas en la función judicial. Comprender que la lógica acusatoria busca la eficiencia y la celeridad con base en la división de los roles de acusar, defender y juzgar y su ejercicio por parte de órganos independientes entre sí.

En este contexto, el juicio oral es un punto extremadamente sensible al impacto de los defectos de la norma jurídica y, con mayor razón, a la precaria formación profesional de fiscales, policías, jueces y abogados porque, al ser la etapa que da lugar a la actividad probatoria, se rige dentro del sistema procesal como una instancia que controla toda la actividad desarrollada previamente a ella, en orden a propiciar las mejores condiciones para la confrontación entre la acusación y la defensa; sin embargo, esta confrontación no puede alcanzar el nivel de una verdadera disputa si la ley no asegura a los litigantes los mecanismos más idóneos para la producción de métodos alternativos a al juicio formal.

De ahí que el presente trabajo se propuso, desde un inicio, colocar en el centro del debate ¿por qué se utiliza tan poco la Conversión de acciones en materia penal? reflexión que a muchos les costará si recuerdan las reformas por las que ha pasado esta institución con la finalidad de cada vez más guiar a las partes en caso de optar por esta solución alternativa.

Así, pues, frente a la *pregunta central* que se formuló y a los fines de la adecuada delimitación del tema problema en referencia, se sostuvo, a manera de hipótesis, que las dificultades que se atraviesan en la aplicación de la Conversión de acciones, es debido a que en el país se originan inadecuadas disposiciones normativas o tan sólo se trata de copiar lo que esté de moda a nivel regional como alguna vez lo estuvo, esta figura. Es así que no permiten el desarrollo pleno y exitoso de la lógica acusatoria así como en las conductas arbitrarias y poco efectivas de los operadores procesales, cuya complejidad se eleva en tanto sobrevive una cultura procesal basada en el miedo a incursionar en nuevas instituciones o con el miedo de que esta institución deje el hecho en la impunidad.

En tal sentido y en orden a medir la aproximación entre esta hipótesis y la realidad analizada, se recurrió a las técnicas metodológicas de la investigación bibliográfica, en combinación con el análisis de las normas constitucionales, internacionales y legales vigentes en materia de administración de justicia penal, a más de estudios de campo realizados en la realidad ecuatoriana, doctrina y legislación comparada, a fin de disponer del marco normativo, teórico y empírico indispensable para dar respuesta a la pregunta central, a través del cumplimiento de tres objetivos específicos orientados a conocer los antecedentes históricos pues todo trabajo jurídico, requiere escavar en la historia para encontrar las raíces de la institución que se está tratando, posteriormente se evaluará el desarrollo del Derecho penal en el Ecuador y específicamente el artículo del Código de Procedimiento Penal que trata de la Conversión de Acciones, seguido de cómo esta institución se maneja en el Derecho Comparado, finalmente conclusiones y recomendaciones del tema.

Las fuentes de información utilizadas, por tanto, provienen del propio ordenamiento jurídico ecuatoriano, los estudios de campo y la doctrina de autores latinoamericanos y europeos cuyos enfoques de aspectos específicos del Derecho procesal penal han resultado ser de gran valor para canalizar el análisis y, además, legislación internacional y comparada específica, en la medida en que la presente tesis de grado se ha propuesto, en definitiva, establecer reflexiones críticas sobre la falta de aplicación en el Ecuador de la solución alternativa al juicio formal en materia penal.

A los propósitos antes señalados, el trabajo inicia, en su primer capítulo titulado “SISTEMAS PROCESALES PENALES Y MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN CONFLICTOS ECUATORIANOS”, con un breve recorrido por los antecedentes y generalidades relacionados con el funcionamiento de los sistemas procesales del Derecho Romano, de Grecia y Roma, y, Derecho Canónico, junto con un breve análisis del sistema acusatorio e inquisitivo, enfoque con el cual se pretende dar a conocer la estructura, elementos y lógica que guían su aplicación, con énfasis en el primero de ellos en sus fases privada y pública, así como los principios constitucionales y procesales que rigen el proceso penal, que hasta la actualidad siguen vigentes, todo con el fin de guiar el estudio a tener claro los antecedentes para que en Ecuador y otros países instaure los métodos alternativos al proceso formal. A fin de sentar las bases conceptuales necesarias para identificar las falencias que obstruyen el éxito de la Conversión de Acciones y, con sujeción a ello, proponer los correctivos necesarios; con base en este esquema, entonces, se pudo cumplir con el primer objetivo específico.

El trabajo continúa en el segundo capítulo, denominado “DERECHO PROCESAL PENAL ECUATORIANO Y LA CONVERSIÓN DE ACCIÓN COMO MÉTODO ALTERNATIVO AL PROCESO FORMAL”, con un análisis profundo del derecho procesal penal en el Ecuador, para con esos antecedentes encaminar al lector a comprender la figura de la conversión de acciones, el rol de cada parte procesal, el procedimiento que hay que seguir en base a jurisprudencia, doctrina, entrevistas a jueces, fiscales, y estudiantes, y sobre todo estadísticas. Es decir, en este capítulo demostrar la falta de cultura

jurídica que existe en el país, que se pueden hacer miles de reformas al Código de Procedimiento penal, pero si no se mejora la calidad de preparación para estas nuevas figuras jurídicas a jueces, fiscales, policía y ciudadanía, no funcionarían los métodos alternativos al proceso formal.

Por último, el tercer capítulo, a través del cual se cumplió el tercer objetivo específico, que responde al título de “MÉTODOS ALTERNATIVOS AL JUICIO FORMAL: LEGISLACIÓN COMPARADA”, está orientado a la reflexión de los defectos normativos que impiden el desarrollo de la conversión de acciones, a través de la exposición de los elementos de análisis y prácticas útiles extraídas del derecho comparado que deberían ser incorporados para superar las dificultades que ello genera en el desenvolvimiento de los procesos penales en el Ecuador, de modo que se pueda contar con los argumentos suficientes para determinar una mejor gestión de los operadores procesales.

Finalmente, se incluye un capítulo de “CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES” en las que se arriba a la determinación de que, acorde a la hipótesis, las actuales dificultades que atraviesa el país, más allá de ser presupuestarios y de infraestructura, se originan en las conductas arbitrarias y poco efectivas de los operadores procesales, quienes no ejercen adecuadamente sus respectivos roles y, por el contrario, contribuyen a la permanencia de los viejos hábitos inquisitivos y, con ello, a la falta o incorrecta aplicación de los principios fundamentales y del debido proceso.

Para concluir, resta indicar que, en la misma línea de reflexión seguida a objeto de identificar las falencias del sistema, el presente trabajo aspira a convertirse en un aporte para el futuro sobre la necesidad de mejorar la administración de justicia en la realidad ecuatoriana, pues, en razón del tipo de investigación prevista en el plan de tesina aprobado por la Universidad, no ha sido posible realizar un análisis más detallado y crítico de todos los componentes que deberían tenerse en cuenta a la hora de poner al descubierto los avances, retrocesos y dificultades que entraña la actual situación de la justicia penal en el país, vista en forma global, así como el modo en que se ejerce el Derecho penal en el

Ecuador, sobre todo en la fase de la conciliación, frente a la urgencia de fortalecer una cultura jurídica basada en el respeto a los derechos humanos.

CAPITULO I

1.1 Estudio Histórico

La necesidad de realizar un estudio histórico del derecho penal es sustancial para iniciar un análisis de lo que sería actualmente, una institución del Derecho Procesal Penal como es la conversión de acciones. Julio B.J. Maier en uno de sus libros califica al Derecho, como objeto cultural. Es decir,

Lo crea el hombre a medida que establece formas de convivencia comunitaria y, por ello, el contenido es contingente, como lo son también las formas de organización social que se suceden en busca de una convivencia pacífica más perfecta, y los cambios sociales producidos a medida que las condiciones demográficas y de ejercicio del poder en una comunidad sufren transformaciones; también el mayor conocimiento empírico sobre las relaciones humanas, de lo cual se ocupan varias ciencias en la actualidad, influye en los cambios de contenido de orden jurídico¹

Esta relación que hace Maier es notoria, en Derecho penal, ya que se trata de la realización de poder estatal “que conculca con mayor intensidad el ejercicio de la libertad natural de hombre, con sus prohibiciones y mandatos, y sobre todo, del que afecta con mayor grado el ejercicio de las libertades o facultades garantizadas jurídicamente, con su medio de coerción característico”.² Pero según el mismo autor, en Derecho procesal penal, por estar más cerca del hombre y su realidad concreta, “al tratarse de reglas jurídicas directamente dirigidas a la realización del poder penal del Estado, la correlación entre el sistema político imperante y el contenido del Derecho procesal penal es aun más directa e inmediata que en cualquier otra rama jurídica, incluido el Derecho penal material”.³

En este sentido, cabe hacer un breve hincapié histórico en lo que sería la separación del Derecho penal con el Derecho procesal penal. “Los fundadores de la ciencia del Derecho penal, como Feuerbach y von Grolman en Alemania, y Carmignani en Italia, consideraban el Procedimiento penal como parte integrante del Derecho penal. Todavía hoy, Pessina y el

¹Julio B.J. Maier. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. p. 259

² *Id.*, p. 260

³ *Ibíd.*

Padre Jerónimo Montes, se inclinaban por este criterio”⁴; los antecedentes a este criterio es que para muchos fue motivo de confusión, ya que en algunas Universidades de Alemania, Francia e Italia se vinculaba a la misma cátedra y al mismo titular, la enseñanza del Derecho penal material (Derecho penal sustantivo) y la de Derecho Penal formal (Derecho procesal penal o adjetivo).

Así concluye, Luis Jiménez de Asúa al referirse en su libro Tratado de Derecho Penal, a la separación de Derecho penal y Derecho procesal penal: “el Derecho procesal, tiene indiscutible personalidad y propio contenido, no puede ni debe considerarse como un elemento integrante de Derecho penal *sensu stricto*”⁵. Este reconocimiento de autonomía del derecho procesal lo hace también Vescovi: “el derecho procesal surge como un medio, como un derecho secundario que supone la existencia de normas jurídicas preexistentes que regulan la conducta humana y que habrían sido valoradas. Este carácter-que algunos llaman secundario- del derecho procesal, no significa desconocer la autonomía que posee”⁶.

Una vez aclarada brevemente la separación entre estas dos ramas del derecho, podremos continuar advirtiendo que en Derecho procesal penal, las manipulaciones del poder político son más frecuentes y notables. Los intereses que se ponen en juego son el interés individual-libertad- y el interés común –preservación de la paz y observancia de la ley-. La persecución penal pública, es, directamente, interés jurídico objetivo, cuya realización se encomienda al mismo Estado, por intermedio de sus órganos específicos, sin condicionarlo a voluntad individual alguna, y prescribe su ejercicio obligatorio.

Todo cuanto venimos diciendo se puede observar de la mano de un ejemplo histórico, la *Inquisición*. Ella no fue más que un sistema de enjuiciamiento penal cuyos primeros vestigios aparecerán en la última época del Imperio Romano, después desarrollado por Derecho canónico y recibido en la legislación laica de Europa continental a través del fenómeno conocido como *Recepción* del Derecho romano-canónico. Se verificara enseguida como su nacimiento, desarrollo y recepción fueron el resultado de la necesidad política concreta de apoyar un poder político central y vigoroso, cuya autoridad y fundamento no podía discutirse (autoritarismo).

Para ello resultó necesario postergar los intereses individuales (...).Nació así la persecución penal pública obligatoria y la búsqueda de la verdad histórica como meta absoluta del

⁴ Luis, Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Losada S.A., 1956. p. 64

⁵ *Id.*, p. 65

⁶ Enrique, Vescovi. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis, 2006. p. 8

procedimiento penal, a fin de reprimir las desviaciones de la ideología imperante, en todos los casos. El instrumento de realización del poder penal de la época llegó a adquirir mucho más fama que el propio Derecho penal que realizaba; en el curso de la historia el medio de realización fue, así, más importante que el fin de a realizar⁷.

Es así que se puede concluir que todo análisis o exposición en Derecho, especialmente en Derecho procesal penal parte de una reseña histórica, que permite ubicar la evolución cultural hasta llegar al Derecho procesal penal actual. Más razón existe aun si se trata de un análisis del Derecho procesal penal ecuatoriano, ya que pocos pero valiosos aportes de juristas ecuatorianos han aportado al análisis del mismo.

Si, cite a varios doctrinarios extranjeros en cuanto su criterio histórico del Derecho penal, haré mención a un gran doctrinario de nuestro país que también se pronunció sobre la separación del Derecho penal material con el Derecho procesal penal.

Dr. Ernesto Albán Gómez, en su *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*: el que concuerda con Vescovi, Jiménez de Asúa entre otros, en que son ramas totalmente autónomas. “formalmente integran dos códigos distintos, pero el uno resulta inconcebible sin el otro”⁸. Inclusive le agrega un carácter mixto, “hay materias como las referentes al ejercicio de la acción penal o la extinción de la responsabilidad penal, que mantienen un indudable carácter mixto; y por eso las disposiciones referidas a estos temas se distribuyen entre los dos códigos.”⁹ En cuanto, a la parte histórica del Derecho penal ecuatoriano, considera ciertas etapas importantes, ya que a cada periodo histórico corresponde una distinta etapa legislativa. Así, pues, desde el punto de vista del jurista ecuatoriano se puede dividir en tres periodos: aborigen, colonial y republicano.

Hasta aquí, se atrevería a decir que el Derecho penal y el Derecho procesal penal tienen mucha influencia política y sociológica, y por tanto muy aparte de un análisis histórico de estas ramas del derecho que están conectadas la una a la otra, creería la necesidad de un breve análisis que identifique que hace muchos años especialmente en el

⁷ Julio B.J. Maier. *Óp. cit.*, p. 206

⁸ Ernesto, Albán Gómez. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales S.A., 2008. p. 44

⁹ *Ibíd.*

Derecho germano surgió la necesidad de métodos alternativos de solución de conflictos con acuerdos reparatorios, negociación o una conciliación entre las partes. Esto, a causa de:

La inflación sufrida universalmente por el Derecho penal y como consecuencia de ello, la sobrecarga de trabajo de las autoridades encargadas de la persecución ha afectado en forma esencial al Derecho procesal penal. En efecto, estas circunstancias han provocado una excesiva duración de los procedimientos penales y, en algunos casos, una complejización extrema de ellos¹⁰

Los vestigios históricos característicos del Derecho germano, conocidos en nuestro días, representan con más propiedad la evolución de una sociedad primitiva que aquellos que describen los sistemas de enjuiciamiento centrales de Grecia y Roma, correspondientes a sociedades más evolucionadas políticamente y a formas culturales más avanzadas, razón por la cual comencare por analizar el Derecho germano, a pesar de que ello implique no seguir con la cronología histórica.

1.2 Derecho Germano¹¹

1.2.1 Derecho germano antiguo

La característica principal del derecho germano antiguo que data del siglo VII y anteriores es el *tipo acusatorio privado* de su sistema de enjuiciamiento y unido a él, el fuerte sentido subjetivo de su *verificación probatoria*; es más un procedimiento destinado a buscar la razón de alguno de los contendientes, por signos exteriores que le revelen directamente, que a averiguar objetivamente la verdad histórica.

La invasión bárbara trajo a los pueblos civilizados de entonces costumbres jurídico-penales por demás arcaicas que chocaron con los principios de derecho que el Imperio Romano y la Iglesia católica habían logrado establecer en el orbe que dominaron. El *corpus iuris* de Justiniano y los Digestos contenían un ordenamiento legal y un pensamiento jurista muy evolucionado¹²

El Derecho germano antiguo no conocía la actual separación entre infracciones civiles y penales. Toda infracción era considerada como un quebranto a la paz comunitaria

¹⁰ Claus, Roxin. *Homenaje a Claus Roxin*. Córdoba: Editorial Córdoba, 2001. Citado en Gabriela E. Córdoba. *Acuerdos Informales en el procedimiento penal alemán*. p. 737

¹¹ Julio B.J. Maier. *Óp. cit.*, Capítulo V: *El Derecho procesal penal y su inserción en la historia política. Literal B: El Derecho Germano y su sistema acusatorio privado*.

¹² Luis, Jiménez de Asúa. *Óp. cit.*, p. 281

(Friedensbruch), es decir, “se trate de delitos privados o públicos, es ruptura privada o pública de la paz; perdiendo por ello, el infractor la protección jurídica de la comunidad”¹³. Lo que implicaba para él la pérdida de la paz (friedlos), esto es, quedaba a merced de sus congéneres.

Aun cuando un número pequeño de infracciones, las más graves, traían como consecuencia la pérdida de la paz absoluta, al quedar el infractor a merced de cualquier integrante de la comunidad, que tenía derecho a perseguirlo hasta matarlo (pérdida total de su personalidad jurídica), la regla general, para la gran mayoría de las infracciones, sólo autorizaba la reacción del ofendido y su parentela (Sippe) o tribu, rasgo distintivo del Derecho germano antiguo, según ya lo mencione, circunstancia que implicaba sólo una pérdida limitada de la protección comunitaria, de la paz o de su personalidad jurídica.

Para detallar mas este punto Jiménez de Asúa, en su Tratado de Derecho penal, menciona que “[en] caso de ofensa pública (Friedlosigkeit) implicaba que el culpable podía ser muerto por cualquiera, y si la muerte advenía de parte de potestad publica, tenía carácter de venganza divina, análoga a la *capitis sacratio* del antiguo Derecho romano. Por el contrario, en los delitos privados existió Faida”¹⁴, es decir, un estado de *inimicitia*, no sólo contra el ofensor sino como se dijo anteriormente contra su Sippe.

Para satisfacer el interés menospreciado se autorizaba a la víctima y a su familia a restablecer la paz mediante combate o la guerra (Fehde) y la venganza familiar (Blutrache). Este tipo de venganza física o declaración de guerra al ofensor y su familia abrió paso, progresivamente, a una institución típica del Derecho germano: *composición*¹⁵

¹³ *Id.*, p. 280

¹⁴ Después de la invasión bárbara, el Derecho penal germánico se caracteriza por el creciente poder del Estado: la autoridad pública se afirma y tiende a circunscribir la Faida. En los tiempos primitivos, conceder la paz era facultad del ofendido; pero luego empieza a ser obligatorio y las condiciones se fijan por el Juez- Rey. En ese caso el poder político castiga a quien no respete la paz. En cuanto a la suma que ha de pagarse, que antes era convenida por las partes, se fija luego, por costumbre, pero todas las ofensas. Así, la venganza de sangre (Blutrache), se reemplaza por la *composición*.

Luis, Jiménez de Asúa. *Óp. cit.*, p. 281.

¹⁵ Para Jiménez de Asúa, en su Tratado de Derecho penal expone que existen dos clases de composiciones: unas fijadas por parientes y amigos, y otras –que acaban predominando- de carácter judicial. Las diversas infracciones jurídicas son estimadas en numerosas gradaciones: el importe de la composición o rescate se

(Suhnevertrag). El ofensor, si acordaba una enmienda o reparación económica con el ofendido (Buße), esto es, si se perfeccionaba entre ambos un *contrato reparatorio* (Suhnevertrag), evitaba la venganza del ofendido mediante el pago de una reparación en bienes; la expiación de su crimen se contemplaba con el pago del precio de la paz a la comunidad, mediante el cual el ofendido recuperaba su protección jurídica, en definitiva, su personalidad jurídica completa.

En cambio, los crímenes más graves no eran susceptibles de expiación, ya que, según se anticipa, la pérdida de la protección comunitaria y de la personalidad jurídica era absoluta y definitiva, y él quedaba a merced de la venganza y persecución de cualquiera de los integrantes de la comunidad.

1.2.2 Procedimiento en el Derecho germano antiguo

El procedimiento judicial propiamente dicho cumplía un papel secundario o accesorio, pues sólo se llevaba a cabo cuando fracasaba la **composición privada**, con lo cual esta manera extrajudicial de proceder jugaba un papel preponderante. Sin embargo, de no arribarse a la composición, fue posible, en tiempos posteriores, la reclamación judicial por el ofendido o su familia. Allí comenzaba, en realidad, el verdadero proceso judicial, de neto corte acusatorio.

Sus principales características se puede decir que, “(...) el proceso se iniciaba al fracasar la composición privada, ya fuera por acuerdo de partes que componían la *litis alrededor del pago de la enmienda, comprometiéndose a subordinarse a la decisión*

determina con exactitud para cada diente, cada dedo, cada frase injuriosa, cada tocamiento impúdico a mujer o muchacha.

En las **composiciones judiciales** se distinguían tres clases: el Wergeld, la Busse y el Friedensgeld (fredus o fredum). Sobre la naturaleza del Wergeld y de la Busse no están de acuerdo los autores. Wilda cree que el primero significaba la cantidad que en concepto de reparación pecuniaria se pagaba por el delincuente o por su familia a la víctima del delito o a su agente; vendría a ser lo que hoy es la indemnización por los daños del delito; y la Busse consistía en la cantidad abonada en concepto de pena al ofendido o a sus parientes. En cambio, otros –como Brunner, Waitz y Schroder- estiman que la composición que se pagaba a las víctimas era distinta según la importancia del delito: *Wergeld* (rescate de sangre) o *Manngeld* (precio del hombre), en el homicidio y casos análogos, que era la suma más crecida (200 sueldos entre los francos, según Binding, *Entstehung*, pág. 26), y *Busse*, consiste en una cantidad menor, en las infracciones leves. Junto a lo que se pagaba a la víctima, debía abonarse el *Friedensgeld* (*fredus o fredum*), como compra de la paz al común en calidad de intermediario en el convenio reconciliatorio.)

Luis, Jiménez de Asúa. *Óp. cit.*, p. 280

judicial o por *reclamo unilateral del ofendido o su familia (curisiva propria)*, que citaba formalmente al ofensor a comparecer ante el tribunal, incluso se requería la presencia de testigos”¹⁶. El tribunal estaba compuesta por personas capaces para la guerra, era una asamblea popular, que sesionaba en lugares abiertos, es decir, públicamente.

Característica similar, ya que existe actualmente en nuestro sistema selección de jueces de acuerdo a sus conocimientos en derecho y experiencia laboral y nuestras audiencias por regla general son públicas, teniendo algunas excepciones.

El procedimiento era oral, publico y contradictorio, y consistía en una verdadera lucha por el Derecho entre ambos contendientes (*Kampf ums Recht*) a la vista del tribunal –mero espectador- y mediante actos formales al extremo, llenos de sentido mítico, “como la formula acusatoria (*Klageformel*) pronunciada por el acusador con palabras sacramentales, con un bastón en la mano e invitando al acusado a la respuesta (*Klagebeantwortung*)”¹⁷, quien tenía sólo dos probabilidades: o admitía la acusación o la negaba totalmente.

Según se produjera una u otra de estas alternativas recaía inmediatamente la condena, en caso de reconocimiento formal de la acusación o, cuando era negada, “se abría la causa prueba ya por acuerdo de las partes sobre ella o, en su defecto, por sentencia condicional del tribunal (*bedingtes Urteil*), que establecía, por un lado, quién y cómo debía probar según la apreciación del derecho de cada parte hasta el momento y, por el otro, el resultado que arrojaría el pleito si tenía éxito o fracasaba la prueba pedida”¹⁸.

La prueba no se dirigía a demostrar un hecho con objetividad, es decir, a establecer la verdad sobre la hipótesis objeto del proceso, ni tan si quiera a formar la convicción del tribunal sobre la responsabilidad o inocencia del acusado, sino que representaba un medio de lucha entre las partes, a través del cual, por actos sacramentales, cada una de ellas daba mayor fuerza a sus afirmaciones subjetivas sobre el derecho que invocaba.

¹⁶ Julio B.J Maier. *Óp. cit.*, p. 265

¹⁷ *Id.*, p. 265

¹⁸ *Id.*, p.. 265-266

Como consecuencia, el juramento de parte “(...) fue el principal medio de prueba, acompañado también por conjuradores o auxiliares (...), quienes no exponían sobre hechos exteriores verificables”¹⁹, sino sobre la fe que merecía el juramento de la parte. Se practicaba también el duelo, ya cuando “el acusador formulaba en contra del juramento depurador del acusado (...) su juramento critico (...) o como modo de impugnar la proposición de la sentencia”²⁰.

La sentencia era, originariamente, propuesta en forma de proyecto por los miembros del tribunal popular al juez director, encargado de requerir las propuestas, luego sólo un grupo de ellos discutía y formulaba la propuesta y, por último, uno de los sentenciantes, que gozaba del respeto de los demás, la proponía. “La propuesta requería la aprobación de los miembros del tribunal por aclamación o mediante un movimiento del arma; como se trataba de un tribunal popular, ella era inimpugnable”²¹.

Sin embargo, era posible impugnar la proposición de la sentencia antes de ser sometida a su aprobación, facultad que correspondía tanto a las partes, como a los miembros del Tribunal, “hecho que provocaba todo un procedimiento del impugnante contra quien había formulado la propuesta, con un nuevo procedimiento probatorio que, de ordinario, culminaba en el duelo entre el crítico y su criticado, valiendo la victoria como triunfo de Derecho”²². El duelo significaba, por otra parte, que los contendientes habían agotado el litigio por palabras para tomar la vía del combate físico.

Desde aquí, se podría calificar al Derecho procesal germano como que inicio, paulatinamente, su camino por un lado, al autoritarismo y la concepción del procedimiento como método para reconstruir la verdad histórica, y por el otro, culminó, después de algún tiempo, con su desplazamiento total por el Derecho romano-canónico, fenómeno político-jurídico que se conoce con el nombre de *Recepción*, y que en Derecho penal, implantó, la *inquisición*, sistema de enjuiciamiento penal, del cual algunos de sus máximos exponentes legislativos surgieron en la Alemania del siglo XVI.

¹⁹ Julio B.J Maier. *Óp. cit.*, p. 265-266

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*

1.2.3 Período franco

Este período, es en el que más se acentúa la solución de conflictos por formas alternativas a las de un juicio. El periodo franco data a partir del siglo VIII, aunque no desterró la idea central de la pérdida de la paz como efecto de la infracción, transformó parcialmente esa idea en la de la paz del rey, acorde con la organización monárquica. El combate judicial perdió parcialmente su sentido de venganza individual con el ofensor y, a medida que transcurrió el tiempo, adquirió un sentido protector de la comunidad cada vez más acentuada por lo demás, poco a poco fue fuertemente limitado. Lentamente, el acuerdo sobre la *enmienda, o conciliación se transformó en la obligación de enmendar*, (cursiva es propia)²³. El Derecho del rey, como órgano responsable de la paz comunitaria, influyó en la composición del tribunal y hasta, en la persecución penal.

Las principales modificaciones fueron las siguientes: el tribunal continuo siendo popular, pero (...) juez director del procedimiento le pertenecía al rey, quien ejercitaba esa función personalmente o por intermedio de un conde palacio; el tribunal se integraba, además, (...), encargados de proponer la sentencia, primeramente los *rachimburgii* y después los escabinos (*Schöffen*), designados en forma vitalicia; la persecución penal seguía en manos del ofendido y su tribu, pero, excepcionalmente, se desarrolló un procedimiento especial de persecución oficial. Consistente en la pregunta del rey o de su delegado a hombres elegidos, dignos de fe y juramentados acerca de si se había cometido algún crimen y quiénes eran los sospechados como autores, poseyendo la respuesta afirmativa, el significado de una acusación ante la comunidad, no obstante lo cual, si el ofendido o su familia se presentaban como acusadores, el procedimiento en el que la facultad de perseguir penalmente pertenecía también a funcionarios reales.

El debate no varió mucho: continuó siendo oral, público y contradictorio, pero se acentuó un mayor predominio real (oficial) en su dirección e impulso, en desmedro de la influencia preponderante que las partes ejercían con anterioridad; persistió el juramento como medio principal de prueba pero él se acercó algo más al fin de proporcionar la verdad sobre el hecho imputado, advirtiéndose el comienzo precario de un interrogatorio juramentado del testigo por el juez, aun cuando la capacidad de testimoniar estuviera fuertemente limitada (fortuna, reputación, estado de libertad, etc.); los *juicios de Dios* u *ordalías* (*Gottesurteile*) cumplían, al lado del duelo, un papel fundamental en la prueba, por la misma creencia y fundamento antiguo: la divinidad acudiría a iluminar la verdad y a hacer esplender la justicia, por intermedio de un signo físico fácilmente observable²⁴.

²³ Julio B.J Maier. *Óp. cit.*, p. 265-267

²⁴ *Id.*, p. 267

1.2.4 Edad Media

Varios autores concuerdan en que en este periodo de la Edad Media²⁵ se siguió la línea indicada y no produjo cambios significativos en el procedimiento penal. el principal cambio que observa Julio B.J. Maier en su análisis es en el poder jurisdiccional, en la organización judicial, debido al creciente poder político que adquirieron las comunidades más pequeñas (locales) frente al reino y, más adelante, las ciudades, que comenzaron no sólo su formación, sino también su hegemonía política y económica. A más de ello, comenzó a ponerse en evidencia la división entre el poder político y el poder de la Iglesia, ganando la jurisdicción eclesiástica un terreno considerable.

Las principales características de este periodo son las siguientes: la labor judicial se trasladó de los espacios abiertos a lugares cerrados (...), aun sin perder el procedimiento su característica publicidad, pues no sólo ingresaba el público a la sala de la audiencia.. La acción privada siguió siendo el principal medio de persecución penal, pero, a su lado, continuo el desarrollo de la persecución oficial para las infracciones más graves, con intervención directa del juez, (...). El formalismo exagerado de los actos y el valor de las palabras terminó por imponer la necesidad de un patrocinante para las partes, que hablaba por ellas en su presencia. Progresó el sentido de la prueba como medio de reconstrucción del acontecimiento en discusión, notándose los comienzos de la inspección judicial, es decir, de la exposición ante el tribunal de las personas o cosas sobre las que recayó o dejó rastros el hecho punible. La labor de juzgar siguió dividida entre el juez que dirigía y los escabinos que decidían, pero creció la influencia del primero, decidiéndose por mayoría de votos. La impugnación se comenzó a transformar del duelo hacia otra instancia en la que el censurante era la parte perjudicada por la propuesta de sentencia, llevándose a cabo un litigio intermedio para resolver si la sentencia propuesta por uno u otro era la correcta²⁶.

Aquí termina la vida de un derecho bastante independiente, con un sistema propio de enjuiciamiento penal. Nadie puede poner en duda que los alemanes desde mi punto de vista

²⁵ Para Luis Jiménez de Asúa; Los derechos particulares (...), a menudo de remoto origen y de durísima práctica coexisten con el Derecho romano que procura todavía la unidad, que sobre todo se mantiene a través del Derecho canónico, de tan ilimitada extensión que en Claro es imposible señalar donde acaba la regla eclesiástica y comienza la ley de los laicos.

Durante la Edad Media se luchó tercamente contra la venganza, sobre todo por la Iglesia católica, (se hablara de ello más adelante), que instaura las *treguas de Dios*, y que al fin se logra apaciguar con las *treguas perpetuas*, en que la *faida* se prohíbe permanentemente. Pero a pesar de ello la **composición subsiste** y la dureza de las penas se manifiestan como rasgo característico de esos tiempos, en los modos terribles de *aplicar la muerte*, en el régimen *inquisitivo en la tortura* y en la *picota*.

Luis, Jiménez de Asúa. *Óp. cit.*, p. 287-289

²⁶ Julio B.J. Maier. *Óp. cit.*, p. 268

han contribuido con figuras jurídicas que se han ido perfeccionando con el tiempo, pero que hasta el día de hoy son de utilidad y gran aporte al Derecho. Como en todo, hay mucho que criticar por ejemplo la espantosa perfección en los métodos crueles, como por ejemplo:

La decapitación, que fue empleada en la más remota antigüedad y que los alemanes consideran como forma genuinamente germánica, llegó a tener algo de infamante y la Iglesia logra es parte desterrar el hacha, aunque se reemplaza por otros medios peores. El suplicio de la rueda, antiquísimo también; el colgamiento que ya empleaban los hebreos y que los germanos consideraban referido a la consagración del condenado a los vientos; la crucifixión, cuyo origen no está en Roma, sino en el Asia Menor; la lapidación, acaso la más arcaica de las formas penales, que desapareció en las reglas jurídicas pervive hasta hoy como el linchamiento, (...) es decir, para los alemanes el morir ya era solo un proceso²⁷.

1.2.5 Proceso y procedimiento alternativo germano

La **composición privada** como se menciona ut supra, aparece en la Edad Media, época en la cual el Rey tenía más acercamiento en los conflictos de los ciudadanos. El medio por el cual se creaba mayor acercamiento a los conflictos por parte del Rey o sus delegados y el procedimiento más breve y eficaz era, la composición. Para dejar claro el sistema con el que se manejaba el Derecho Germano, mencionaré el aporte del jurista Ricardo Vaca Andrade:

En cuanto a la jurisdicción era ejercida por una asamblea de ciudadanos que solían ser ciudadanos destacados, de modo que no había órganos específicos, salvo un juez para dirigir el debate, cuando lo hacía por delegación del jefe o príncipe. No se distinguía entre el proceso civil y penal, y la pena tenía más bien un carácter resarcitorio. También aquí, como en Roma, se dio el distingo entre delitos públicos y privados, siendo estos últimos la mayoría, quedando la persecución de los públicos en manos del clan.

Más, la opción común de resolución de conflictos, como se mencionó anteriormente era un acuerdo entre ofendido y ofensor ante el Rey o su delegado, es decir que el *ofendido o sus familiares* tenían el derecho a ejercer justicia por mano propia vengándose, pero también podía *llegar a un acuerdo* con el *ofensor*, mediante el pago por éste de la llamada composición, indemnización de una suma de dinero. Asimismo, estaban facultados a solicitar el *castigo* ante la Asamblea, la que actuaba sólo en virtud de esta *acción privada* del *ofendido* o sus familiares.

El proceso se realizaba bajo la protección de la divinidad, y de ahí que comenzaba con una exposición solemne por parte del actor, que se tenía por veraz, de donde deriva el sistema de la

²⁷ Luis, Jiménez de Asúa. *Óp. cit.*, p. 287.

prueba y su carga. El acusado podía confesar, sin que el tribunal tuviera que corroborar esa confesión, bastando ello para la condena. Si negaba la acusación se realizaban las pruebas²⁸.

En su original sistemas de pruebas, la carga estaba en cabeza del acusado, quien tenía necesidad de disculparse de la imputación que se formulaba en su contra, es decir el acusado debía demostrar su inocencia, lo que se cree, violentaba lo que hoy conocemos como el derecho fundamental de presunción de inocencia.

Dichas pruebas no estaban destinadas a producir la convicción de los juzgadores, sino que eran de carácter formal, inspiradas en la divinidad, y de ahí que el juramento y los juicios de Dios eran las pruebas principales. El juramento tenía suma importancia, porque se consideraba que el perjurio sería castigado por la divinidad,(...).Los juicios de Dios eran las llamadas ordalías. En la prueba del agua fría se arrojaba al acusado al agua, y se sumergía se lo declaraba inocente, mientras que si se quedaba en la superficie, como si el agua lo rechazara, era culpable. En la del agua hirviente ponía el brazo en ella, siendo inocente si al sacarlo se advertía que no tenía lesiones. En la del fuego, llevaba un hierro candente en la mano durante un cierto tiempo, declarándolo inocente si no se quemaba. El vocablo “ordalía” no significaba otra cosa que decisión, de modo que es expresivo para designar esas pruebas, de cuyo resultado dependía la suerte del proceso. El proceso germano era de partes, es decir que seguía un sistema dispositivo aunque acusatorio. Regían los principios de oralidad, intermediación, concentración, y publicidad, siendo el tribunal colegiado, que actuaba en única instancia, con jueces no técnicos²⁹.

1.3 Derecho griego y romano

Brevemente se mencionará el Derecho griego y romano, caracterizado por su sistema acusatorio popular. En razón, que para la exposición presente, el más importante sin restarle importancia y aporte a estos sistemas, es el Derecho Germano.

1.3.1 Grecia³⁰

1.3.1.1 Primer periodo

En el primer periodo dominó, la venganza privada, que no se detenía en el delincuente, sino que irradiaba a la familia. Luego surge el periodo religioso, en que el Estado dicta penas, pero obra

²⁸ Ricardo, Vaca Andrade. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Quito. 2001. p. 99

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ Luis, Jiménez de Asúa. *Óp. cit.*, p. 267.

como delegado de Júpiter; el que comete un delito debe purificarse, y religión y patria se identifican.

En estos, tiempos míticos descuellan algunos castigos de grandes criminales: Prometeo, Tántalo, Sísifo, entre los más conocidos. El primero, y por dar un ejemplo: por haber burlado a Júpiter y haberse apoderado del fuego de los cielos, fue llevado al Cáucaso en cuyas montañas aves de presa insaciables le devoran el hígado eternamente, y la entraña renace para prolongar sin tregua su suplicio. Afirmaciones como estas hay varias por distintos autores sosteniendo cada uno diferentes hechos y penas.³¹

1.3.1.2 Segundo periodo

Los institutos de la venganza³² fueron, en la época de la Grecia legendaria, (...), basados en una especial concepción de la culpabilidad, hasta el punto de que a pesar de la idea de que el delito provenía del destino, la venganza se ejercitaba, como en el caso de Edipo (parricida) y de Orestes (matricida). Las Erinnias eran encargadas de ejecutarla contra homicidas. Ya que la más vieja comunidad jurídica era la familia, (...). En los tiempos poshoméricos, (...) los juicios por homicidio se desarrollaban ante las cortes estatales bajo su auspicio. En el Areópago, la colina de las Erinnias, (...) celebraba sus sesiones el tribunal penal ateniense. Al comienzo del proceso ambas partes prestan un juramento en nombre de las Erinnias de modo que, en caso de que el tribunal castigue a la parte inocente, la culpable como perjura, esté expuesta a los espíritus de la venganza. Era más importante castigar al criminal que salvar al inocente.³³

1.3.1.3 Tercer período

En la tercera época Jiménez de Asúa la denominaba histórica,” la pena se asienta, no sobre un fundamento religioso, sino sobre base moral y civil. Mas es preciso señalar que se nos presentan estos periodos con trazos demasiado absolutos: los conceptos nuevos persisten con los antiguos”.³⁴

El Derecho griego superó la concepción privada del delito. Precisamente, los dividió en públicos y privados, según el bien jurídico protegido lesionado, sea de interés

³¹ *Id.*, p. 267-268

³² El derecho privado positivo de Grecia, acerca de las costumbres jurídicas arcaicas, aproximadamente del siglo IX a. C. recibimos una idea a través de Homero. Cuando habla del caso de homicidio hay un derecho de venganza a favor de ciertos parientes de la víctima; este derecho puede ser sustituido por la **composición voluntaria**. En materia procesal encontramos la apuesta que procede al arbitraje por el jefe político, o bien por un consejo de ancianos.

Luis, Jiménez de Asúa. *Óp. cit.*, p. 268

³³ *Id.*, p. 268-269

³⁴ Luis, Jiménez de Asúa. *Óp. cit.*, p. 269

comunitario o individual. Su sistema de enjuiciamiento se caracterizó por introducir para los primeros la acusación popular, facultad de cualquier ciudadano de perseguir penalmente al infractor. Conforme a su organización política y como consecuencia de la concepción de que el poder residía en la soberanía ciudadana, el régimen ateniense estableció la participación directa de los ciudadanos en la tarea de juzgar y de acusar.

Los delitos privados, por otro lado, Julio B.J. Maier aclara que “solo permitían la persecución del ofendido o sus sustitutos (padre, tutor, amo). Como en todos los pueblos antiguos, el juicio era oral, público y contradictorio”³⁵. Además en estos delitos, el procedimiento según señala el Dr. Jorge Zavala Baquerizo “[Q]uedaba en manos del ofendido, o de sus familiares como se indico ut supra pudiendo, en todo caso, *transigir económicamente (composición) para concluir el proceso.* (Cursiva propia)³⁶”. Y en el caso de “acción pública” será el acusador quien impulse el proceso.

Por lo tanto se puede concluir que la principal característica del proceso en Grecia era:

Que se iniciaba sobre la base de la acción del afectado, pues la iniciativa estaba en manos de los ciudadanos particulares salvo casos excepcionales, como los de competencia de la Asamblea del Pueblo, en que se designaba a un ciudadano para que dedujera la acusación, de tal manera que había una suerte de acción popular. Ricardo Vaca Andrade precisa “El proceso era oral y público, rigiendo los principios de unidad de vista, inmediación, concentración, única instancia y tribunales colegiados. Los jueces era ciudadanos comunes que, por formaban una especie de jurados populares.”³⁷

1.3.2 Roma³⁸

³⁵ Julio B.J. Maier. *Óp. cit.*, p. 268.

³⁶ Jorge, Zavala Baquerizo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Guayaquil: Edina, 2004. p. 54

³⁷ Ricardo, Vaca Andrade. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Quito: Librería Cevallos, 2001. p.99

³⁸ El derecho romano presenta cinco facetas, teniendo como base fundamental las transformaciones y cambios que se producen en las instituciones jurídicas de Roma, así:

- a. Etapa del derecho romano arcaico, primitivo o quiritarario. Va desde la fundación de Roma 753 a.C. hasta la promulgación de las leyes de las XII Tablas 449 a.C.
- b. Etapa del derecho romano preclásico o republicano. Desde la promulgación de las leyes de las XII Tablas 449 a.C. hasta el final de la República 27 a.C.
- c. Etapa del derecho romano clásico. Desde el final de la República 27 a.C. hasta el imperio de Alejandro Severo 235 d.C.

1.3.2.1 Derecho romano primitivo

Data hasta el siglo VII de la Ciudad, la más destacada característica del primitivo Derecho penal romano es el carácter público con que se considera al delito y a la pena. Pero no se puede evitar mencionar las huellas que dejó el antiguo *sagrado* Derecho penal: la expulsión del reo de la comunidad religiosa, y reconciliación del pecador arrepentido con la divinidad, (*expiatio* y *execratio capitis*, y la *consacratio bonorum*).

Los métodos alternativos de solución de conflictos como la negociación o conciliación se identifican en la *venganza de sangre* y la *composición*, los mismos que sólo se aplican en ciertos delitos. Jiménez de Asúa ejemplifica: “[E]n el derecho al homicidio del marido sobre quien viola la fe conyugal y sobre el ladrón nocturno; en el excepcional *caso se daba un convenio de composición en las mutilaciones (...)*; existía además *composiciones taxativamente* establecidas, como en él *os factum aut collisum* y otras *iniuriae* sobre todo en los numerosos *delitos privados*”³⁹.

Caída la Monarquía, campea en la historia jurídica del primer periodo de la Republica la Ley de las XII Tablas (433-451 a. de J. C.), que junto a normas de diversa naturaleza, contiene muchas de Derecho penal, especialmente en las **Tablas VIII a XII**. En ellas se establece una previa determinación de los delitos privados, fuera de los cuales no se admite la venganza privada, se afirma el principio del talión, delimitador, además, de la citada venganza, y como medio de evitarla **se regula la composición**. Aunque la ley de las XII Tablas es una legislación ruda y primitiva, es por demás relevante el hecho de que se inspire en la igualdad social y política, excluyendo toda distinción de clases sociales ante el Derecho penal. Además no conocía la tortura para lograr la confesión. La historia del Derecho penal romano es un combate por la libertad. Así, el poder penal del Monarca y de los Senadores, primero, y de los Magistrados (coercitio) después, que al principio era jurídicamente ilimitado, se delimito al advenimiento de la Republica.⁴⁰

En esta época histórica como se analiza la pena de los delitos privados no es nunca afflictiva, sino siempre pecuniaria. Con el tiempo, todas las penas, al menos las más graves,

d. Etapa del derecho romano postclásico. Desde Alejandro Severo 235 d.C. hasta Justiniano 527 d.C.

e. Etapa del derecho romano justiniano. Desde el 527 d.C. y abarca toda la duración del imperio de Justiniano hasta su muerte en el 565 d.C.

Jaime, Vintimilla. Compendio de Historia Universal del Derecho Semestre I: 07-08. Citado en *La Formación del Derecho Moderno: Visión General de la Evolución de los derechos romanistas*.

³⁹ Luis Jiménez de Asúa. *Óp. cit.*, p. 274- 275

⁴⁰ *Id.*, p. 275 TIPO DE FUENTE!!!!

se sujetan a la *provocatio*, que para las penas capitales se dirigía a los Comicios centuriados, y para las multas a los Comicios tributarios.

1.3.2.2 Época de las Quaestiones

Esta época es la afirmación definitiva del Derecho penal público. Hacia el año 605 de Roma (149 años a. de J. C.), entraba en la vida jurídica una innovación, insignificante al principio, pero grávida de consecuencias. Mencionare algunas de las leyes más representativas de la época que menciona Luis Jiménez de Asúa en su Tratado:

1. Lex Calpurnia de repetundis: una comisión permanente del Senado, bajo la presidencia de su Pretor, estableció la primera *quaestio perpetua*, para juzgar las exacciones ilegales cometidas por los Magistrados del gobierno de las provincias.
2. Lex Sempronia: del año 631 de Roma (123 años a. de J.C.), confirió a la Comisión permanente, no sólo el sentenciar sobre la devolución de lo expoliado, sino también la facultad de imponer penas. Así, el procedimiento de las *quaestiones* llegó a ser, con Cayo Graco, *procedimiento penal*, que por numerosas leyes posteriores se extiende a otras clases de delitos, de preponderante índole política.
3. Ley de Sila: es en los años 672 al 674 de Roma (82 a 80 a. de J.C.), cuando penetra la reforma en el Derecho penal propiamente dicho. El procedimiento de las *quaestiones*, utilizado hasta la fecha como arma de partido por la pasión política, se transforma en el instrumento de renovación del Derecho penal romano.
4. Leyes Corneliae: Silia aumenta en esta ley el número de las *quaestiones* existentes, confiere su jurisdicción de nuevo a los Senadores, y extiende el procedimiento de las *quaestiones* a los delitos comunes.
5. Leyes Juliae: de César y Augusto, terminan provisionalmente este ciclo, con la creación de un *ordo judicorum publicorum* unitario.

De esta manera, a los delitos se les puede dar las siguientes características:

De los *delitos privados*, que el ofendido perseguía ante la jurisdicción civil, con demanda civil de imposición de multas, se instala un nuevo grupo de delitos: los crimina pública (*legitima, ordinaria*), que descansa en leyes particulares, en las que se establece el tipo delictivo y la *pena legitima* (...), y se regula el procedimiento⁴¹. La acusación pertenecía a todo el pueblo; era necesario el *dolus*; la tentativa y la complicidad eran ordinariamente castigadas, a menudo como la consumación y la autoría; y el juez⁴² estaba obligado a pronunciarse sobre la culpabilidad o inculpabilidad⁴³.

De los delitos públicos, se puede mencionar: venta de empleo, alta traición, falsedades, secuestro de personas, también se puede mencionar que los delitos sexuales, estaban sometidos al poder penal del Estado “por la Lex Julia de adulteriis: adulterio, violación, proxenetismo y matrimonio incestuoso (*adulterium, stuprum, lenocinium, incestus*)”⁴⁴

Para sintetizar es necesario destacar que “Un grupo intermedio y autónomo, forman las *acciones populares* (interdictos, querellas pretorias y edilicia, denuncias concernientes a las colonias y municipales), cuya interposición correspondía a todo el pueblo, pero que sólo acarrearán la imposición de una multa-indemnización”⁴⁵.

1.3.2.3 La cognitio extra ordinem

⁴¹ ¿Qué se entiende por acción?

“Es la reclamación propuesta ante el Juez para que declare o haga efectivo un derecho” nos dice Víctor Manuel Peñeherrera. Esta definición debería ser suficiente pues explica con claridad total la idea de “acción” y abarca los dos objetivos principales de las acciones judiciales: declarar un derecho que aún no ha sido reconocido o hacer efectivo un derecho cuando éste ya se encuentra reconocido ante la ley.

¿Qué se entiende por proceso?

Se entiende por proceso una serie de pasos lógicos que conducen a un fin determinado. Si se trata de un proceso judicial estos pasos ordenados y racionales deberán conducir hasta una decisión que otorgue o niegue un derecho o que acepte o niegue la efectivización de un derecho ya declarado.

Procedimiento, es una serie de reglas que aseguran tanto la coherencia lógica del proceso como su dirección al fin deseado. En Roma existieron tres clases de procedimientos: por acciones de ley, formulario y extraordinario.

Jaime, Veintimilla. *Compendio de Instituciones del Derecho Romano*. Semestre II:07-08. Citado en: Carlos, García Torres. *Cuestiones Introductorias al Derecho Romano*. Pág. 89-90.

⁴² ¿Qué jueces y magistrados existían en Roma?

Para resolver estas controversias privadas podían intervenir los siguientes magistrados, pese a que tenían otras funciones políticas muy importantes:

- a. El Rey (durante la monarquía) b. Los Cónsules (durante la República) c. Pretor Urbano d. Pretor Peregrino e. Procónsules (provincias) f. Propretores (provincias) g. Tribunales especiales para Italia que se llamaban *Quatuorviri* (cuatro hombres) o *duumviri* (dos hombres).

Jaime, Veintimilla. *Compendio de Instituciones del Derecho Romano*. Semestre II: 07-08. Citado en: Carlos, García Torres. *Cuestiones Introductorias al Derecho Romano*. P. 89-90.

⁴³ Luis, Jiménez de Asúa. *Óp. cit.*, p. 276

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Ibíd.*

Considerado como una nueva transformación del sistema de enjuiciamiento penal acaeció durante el Imperio, acorde con las necesidades del nuevo régimen político que, al variar la fuente de la soberanía modificó también la residencia de las funciones estatales. Vale la pena insistir, sin embargo, en que, conforme espíritu conservador de los romanos, la *accusatio*⁴⁶ sobrevivió y aun se perfeccionó durante el Imperio, según hemos visto, y “el nuevo procedimiento no irrumpió en las costumbres romanas para hacer cesar de inmediato el sistema anterior, sino que se introdujo lentamente en la vida del Imperio, por medio de las leyes extraordinarias para delitos específicos, características que determinó, en parte, su denominación *cognitio extra ordinem*”⁴⁷.

Es aquí cuando, la soberanía estaba en el poder del emperador y no en los ciudadanos. Por ello, se desarrolló la justicia imperial, asumiendo funciones jurisdiccionales el mismo

⁴⁶ SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO PENAL: Acusatorio

En general, se puede decir que esta forma de llevar a cabo el enjuiciamiento penal dominó todo el mundo antiguo. Para Julio B.J. Maier:

La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros: su principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye.

1. *Jurisdicción penal*: reside en tribunales populares, a veces asambleas de pueblo o colegios judiciales constituidos por gran número de ciudadanos (Grecia y los comicios romanos).
2. *Persecución penal*: en manos del acusador. En ocasiones, este sistema ha sido caracterizado como privado, porque era el ofendido quien estaba autorizado a perseguir penalmente; en otras, como popular, porque se concedía el derecho de perseguir penalmente a cualquier ciudadano o a cualquier persona del pueblo.
3. *El acusado es un sujeto de derechos* colocado en una posición de igualdad con el acusado, cuya situación jurídica durante el procedimiento no varía hasta la condena.
4. *El procedimiento*: es un debate público, oral, continuo y contradictorio. Los jueces que integran el tribunal perciben los medios de prueba, los fundamentos y pretensiones (alegatos) que ambas partes introducen y deciden según esos elementos
5. *Valoración de la prueba*: impera el sistema de la íntima convicción, conforme al cual los jueces deciden votando, sin sujeción a regla alguna que establezca el valor probatorio de los medios de prueba y sin exteriorizar los fundamentos de su voto.
6. *Sentencia*: resultado del escrutinio de los votos de una mayoría determinada o de la unanimidad de los jueces, según hoy se practica en el jurado anglosajón. Como se trata de tribunales populares que, o bien detentan directamente la soberanía (asambleas pueblo), o bien pretenden representar al pueblo soberano (jurado), la cosa juzgada constituye su efecto normal y son desconocidos los recursos o ellos resultan, en ocasiones, concebidos a la manera de una gracia o de un perdón.

Julio J.B. Maier. *Óp. cit.*, p. 444-445

⁴⁷ *Id.*, p. 284 y ss

emperador, cuyos tribunales terminaron por imponerse como ordinarios. Mommsen define que “El emperador se atribuyó originariamente competencia en hechos graves, juzgando él solamente o rodeado de su consejo (sacrum consistorium) o tribunal áulico, constituido por senadores, juristas y jefes militares”⁴⁸.

Pero ya en esa época se veían problemas, no muy distantes de la actualidad realidad. La sobrecarga de causas, tornó necesaria la delegación de funciones a tribunales inferiores. A ello se unió la decadencia del tribunal de jurados en virtud de la extensión de la obligación de integrarlos a otras capas de la población, que no respondieron a la función a la que accedieron y de las dificultades para constituirlo por las excusas a las que acudían los convocados para evitar molestias por cumplir la función que se les había encomendado.

A consecuencia de la desorganización, todos estos tribunales, en razón de la magna autoridad que ejercían o de la que dependían, no necesitaban sujetarse a normas legales de procedimiento, por lo que *la cognitio* desplazó todo el edificio procesal construido por la *accusatio*.

En orden a una medida urgente del emperador, fue que aparecieron los funcionarios oficiales encargados de velar por la seguridad pública y, por tanto, de perseguir penalmente los hechos punibles que caían bajo su conocimiento. Es así, como nació el sistema de persecución penal pública que llega hasta nuestros días, después de haber sido receptado como pilar fundamental de la Inquisición.

El procedimiento de oficio Julio B.J. Maier lo presenta como iniciativa del propio magistrado. Con características, no muy alejadas de nuestros requisitos de procedibilidad: la denuncia, “debía ser por escrito como forma de proceder para documentar los actos procesales, el secreto de los actos. Aunque se conservó el debate oral y público como culminación del enjuiciamiento penal”⁴⁹, lo cierto es que la instrucción escrita y secreta, derivada de los poderes crecientes del aparato oficial para perseguir penalmente, ganó terreno considerablemente hasta constituirse en la parte principal del procedimiento.

⁴⁸ *Id.*, p.258 y ss, *Cfr.* Mommsen. *El Derecho penal romano*.

⁴⁹ *Id.*, p. 287

Es decir, el resultado de la nueva cognitio fue el triunfo de la inquisición pública, secreta y escrita que ganó considerable terreno frente al debate oral y, por ende, la pérdida de posiciones del acusado, ahora perseguido de oficio, interrogado y hasta sometido al encarcelamiento preventivo; según Vélez Maricaonde la “nota principal del procedimiento, (...), fue la prohibición del proceso contumacial, es decir, en ausencia del imputado, precisamente para no condenar sin haberlo oído y permitido su defensa”⁵⁰.

Para este mismo autor, el comienzo de la apelación de los fallos, de la devolución de la jurisdicción delegada a otra instancia que reexaminaba el caso, fue otro de las variaciones principales, “lógica consecuencia de la concentración del poder soberano en el emperador y de la organización jerarquizada de los tribunales que administraban justicia, integrados por funcionarios estatales que, en última instancia, dependían del emperador”⁵¹.

El mismo autor en cuanto al régimen de la prueba, explica que continuó regido por dos principios ya consolidados; “su dirección a la reconstrucción histórica de un acontecimiento y su valoración fundada en la moral del sentenciante”⁵² Por lo tanto, la sentencia siguió siendo la expresión personal de quien fallaba acerca de la certeza o incerteza de un hecho.

Es oportuno aclarar que durante esta época, los juristas principales del Imperio, elevaron a reglas jurídicas prácticas muchos de los principios básicos de respeto a la persona humana que hoy en día sostenemos. Por ejemplo, la prohibición del proceso contumacial, por la necesidad de asegurar la defensa y la audiencia del imputado, pero también provienen de esa época las bases de lo que hoy conocemos como “in dubio pro reo (mejor dejar impune un delito que arriesgar el castigo de un inocente), como ne bis in idem (un mismo delito no funda varias acciones) y la necesidad de evidencia para encarcelar a un acusado, entre otros”⁵³

1.4 Derecho Canónico

1.4.1 Los orígenes de la jurisdicción de la Iglesia

El Derecho canónico es relevante en la historia por dos razones: la primera, porque hizo encarnar, a través de largos años de esfuerzos, la norma jurídica romana en la vida

⁵⁰ *Ibid.* Cfr. Maricaonde, Vélez. *Derecho procesal penal*, pp. 50, 52 y ss.; Hélie, *Traité de Instruction criminelle*,

⁵¹ Julio B.J. Maier. *Óp. cit.*, p. 287

⁵² *Id.*, p. 288

⁵³ *Id.*, p. 288

social de Occidente; la segunda, porque, en máxima escala, contribuyó a civilizarla brutal práctica germánica adaptándola a la vida pública. Su influencia comienza en Imperio romano, cuando logra su reconocimiento en tiempos de Constantino, y sobre todo cuando se vuelve religión oficial y exclusiva con Teodosio.

El Derecho penal canónico tuvo vigencia al llegar a la Edad Media porque su jurisdicción se extiende por *razón de las personas* y *por razón de la materia*. La Iglesia ejercía el Derecho penal por el brazo secular, sobre los clérigos y laicos. Este Derecho tuvo desarrollo lento, con el crecer del número de los hechos que se consideraban delitos; y como fuentes son los Libre poenitenciales, el Decretum Gratiani (de 1140), las Decretales de Gregorio IX (1232), el Liber Sextus, de Bonifacio VIII (1298), entre otras.

De los libros penitenciales, se puede decir que tuvieron más utilidad en “Inglaterra y luego en Francia; en España su aplicación ha sido muy escasa y por lo que toca a la Iglesia de Roma, parece que no llegó a tener libro penitencial, aunque es obvio que hubo libros penitenciales romanos”⁵⁴.

El Derecho canónico dicen descansaba en tres ideas principales: caridad, fraternidad y rehabilitar al hombre caído. Para los que afirman esta tesis, la Iglesia, en plena Edad Media, realizó conquistas penitenciarias que aun hoy se esfuerzan en conseguir los escritores contemporáneos, y se basó en principios filosóficos que no han logrado las leyes positivas del siglo XIX. Los opositores, que alaban algunas instituciones, censuran otras. El Derecho penal canónico se propuso mantener el orden moral y religioso y los intereses de la jerarquía eclesiástica; pero sin dejar por eso de intervenir en el fuero interno. La pena tiende a reconciliar al pecador con la divinidad ofendida, se propone despertar el arrepentimiento en el ánimo del culpable; mas no deja de ser una *vindicta*. Schiappoli el más destacado de los opositores afirma que, según San Pedro, el derecho de castigar es la *vindicta malefactorum*, el castigo de los culpables. Los textos canónicos oponen la *vindicta zelo justitiae o bono animo*, a la *vindicta amore ipsius vindictae*.⁵⁵

El Derecho canónico se opuso a la atrocidad de las penas (*Ecclesia non sitit sanguinem*) y a las ordalías (duelos judiciales, juicios de Dios, etc.). Dignas de mencionarse son las instituciones, por las que se sustrajo a infinitos delincuentes de la venganza de los particulares, por medio de: la *Tregua de Dios* y el *Derecho de asilo*.

1.4.2 Enjuiciamiento penal canónico

⁵⁴ Luis, Jiménez de Asúa. *Óp. cit.*, p. 284-285

⁵⁵ *Ibíd.*

La Iglesia practicó, por regla, el rito acusatorio, pero a partir de su expansión en Europa continental y de su lucha por la catequización y por la universalización, que incluso tornó necesario el combate armado con otras religiones no cristianas, la razón de fe avaló el nacimiento de la *inquisitio*⁵⁶. Fue Inocencio III quien, fundado en la herencia del Derecho romano imperial de la última época modificó totalmente las formas del Derecho canónico, al introducir la Inquisición (siglo XII); la necesidad de investigar la mala conducta de los clérigos fue su razón inicial.

La abolición del procedimiento acusatorio comenzó cuando se autorizó la denuncia, incluso anónima, como forma de iniciación de una investigación, primer paso para la admisión del procedimiento de oficio, también autorizado posteriormente.

La investigación se constituyó en el eje central de procedimiento, Julio B.J. Maier explica que: “completada la transformación del sistema cuando la jurisdicción eclesiástica dejó de ser practicada por las autoridades naturales (obispos, arzobispos y ordinario del

⁵⁶ La inquisición es el sistema de enjuiciamiento penal que responde a la concepción absoluta del poder central, a la idea extrema sobre el valor de la autoridad, a la centralización del poder de manera que todos los atributos que concede la soberanía se reúnen en una única mano. Se tradujo al **procedimiento penal** y redujo al imputado a un mero objeto de investigación, con lo cual perdió su consideración como un sujeto de derechos, y, también, en la autorización de cualquier medio, por cruel que fuese, para alcanzar su fin: reprimir a quien perturbara el orden creado. De allí las máximas fundamentales que crea el sistema inquisitivo conforme a su fin: la persecución penal pública de los delitos, con la característica de la obligatoriedad (deber) de su ejercicio, para no depender de una manifestación de voluntad particular en la represión, y el procedimiento dirigido a la meta principal de averiguar la verdad, objetivo para cuyo cumplimiento no se reparaba en los medios de realización.

1. *Jurisdicción penal*: es depositario total en el Monarca o Príncipe. En él reside la potestad de juzgar sino lo atiende personalmente, lo delegaba a sus funcionarios.
2. *Persecución penal*: está depositado en las manos de la misma persona, inquisidor. En ocasiones se conoció también un delegado del rey para denunciar y perseguir a los infractores, sobre todo en Francia.
3. *El acusado*: representa un objeto de persecución, en lugar de ser sujeto de derechos con la posibilidad de defenderse e la imputación deducida en su contra, de allí que era obligado a incriminarse él mismo, mediante métodos crueles para quebrar su voluntad y obtener su confesión, cuyo logro constituye el centro de gravedad del procedimiento.
4. *El procedimiento*: consiste en una investigación secreta, sus resultados constaran por escrito, en actas que constituirán el material sobre el cual se dicte el fallo. El secreto responde a la necesidad de una investigación sin debate y la protocolización escrita de los resultados a la conservación del secreto. Como toda investigación, ella se llevaba a cabo discontinuamente, a medida que se iban encontrando evidencias o rastros, los cuales eran fijados en actas.
5. El *sistema de prueba legal*: la ley estipularía una serie de condiciones. Ej: dos o más testigos hábiles, y la confesión mediante tortura debía ser autorizada.

Julio B.J Maier. *Op. cit.*, p. 291

lugar), para ser ejercida por un cuerpo de monjes permanentes y dependientes de la autoridad papal, el secreto de los procedimientos concluyó por abolir la publicidad, y la constancia escrita de actos, la oralidad del juicio”⁵⁷. De un debate oral y público frente a los jueces populares se dio un giro a la concepción opuesta: una investigación opuesta por un inquisidor en secreto y por escrito, transformándose el acusado, de un sujeto del procedimiento que enfrentaba a otro que lo acusaba, en un objeto de la investigación que se practicaba.

La Iglesia procuraba que cada pecador expiase sus pecados, de esta manera la *tortura o tormento*, no practicado por los germanos sino en casos excepcionales, retornó aplicada a todos los acusados como método científico para averiguar la verdad.

En el caso de *la confesión* era considerado un fin del procedimiento, así como la sanción representada a la penitencia, y por ende, cualquier medio útil para obtenerla se reputaba legítimo: la prisión, el ayuno obligado, la vigilancia para evitar actos privados del imputado o sorprenderlo en ellos, y por fin, el tormento físico. Maier acerca del tema menciona que “La aplicación de los “instrumentos” de tortura fue regulada específicamente, incluso como garantía del imputado, para moderar su práctica indiscriminada y los riesgos físicos”⁵⁸, y se exigía que la confesión bajo tormento fuera ratificada sin él al día siguiente para apreciarla como válida, acto que, al mismo tiempo, pretendía corroborar la perseverancia en la contrición.

Al final se puede decir que, la posición del inquirido fue trágica, pues “perdió toda posibilidad de defenderse, toda facultad como sujeto del procedimiento, al reputarse de antemano como cierto el temor de que él obstruyera la averiguación de la verdad, razón por la cual su prisión se transformó en una regla, y significó también un método adecuado para la expiación”⁵⁹.

1.5 Derecho Ecuatoriano.

Soluciones Alternativas al juicio formal

1.5.1 Generalidades

⁵⁷ *Id.*, p. 291 y ss

⁵⁸ Julio B.J Maier. *Óp. cit.*, p. 291 y ss

⁵⁹ *Ibíd.*

Un estudio diacrónico de las palabras muestra que los usos van cambiando, pero los significados que se le atribuyen a los términos no son inmutables ya que varían a través del tiempo. Gladys Álvarez piensa que: “la conciliación aparece vinculada con las más antiguas formas de justicia propias de las sociedades patriarcales o reunidas bajo la autoridad de un jefe de familia”⁶⁰. Como ejemplo, de que existen figuras jurídicas desde hace décadas atrás pero que se han tratado de pulir con el tiempo. Aunque vale destacar que en cuanto a ciertos procedimientos alternativos en Ecuador se considera una importación del derecho anglosajón, y países de la región.

En Ecuador desde los años ochentas se ha venido modificando el sistema de justicia penal pero fue en la reforma al código de procedimiento penal del año 2000, que se trata de dejar de lado el sistema inquisitivo. Consecuentemente, creemos que este tipo de procedimientos penales tienen doctrinarios a favor y en contra. Los primeros se basan en el principio de economía procesal, principio de oportunidad a través del cual el acusado tiene la oportunidad o la opción de estar sujeto a un procedimiento más sencillo y específico, incluso se considera un avance en el sistema porque en base a garantías y derechos que se van proporcionando a las personas deja de ser un objeto del sistema penal para ser un sujeto procesal ; y los segundos, en replica afirman que son procedimientos atentatorios al debido proceso, principio de legalidad y que incluso figuras como la conversión de acciones puede dejar en la impunidad los delitos.

Como varios historiadores citados lo han mencionado estos procedimientos alternativos al proceso formal vienen desde siglos atrás, con la finalidad, la cual estamos de acuerdo, de que exista mayor conectividad entre los sujetos procesales, que todos tengan oportunidad de actuar en el proceso penal. El conceso al que se puede llegar, es la base en la que están todos los procedimientos paralelos al formal, como es el caso del tema de este trabajo. La aceptación al procedimiento de conversión de acciones facilitará la economía procesal en cuanto a los recursos y tiempo, para descongestionar un aparato judicial sobrecargado de causas, siempre y cuando, claro sí se hubiese hecho un buen análisis del impacto que tendría esta figura y haber delineado el camino a seguir para cada sujeto

⁶⁰ Gladys, Álvarez. y Elena I. Highton., *Mediación y Justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 44-46

procesal, pues en materia penal, creemos que no cabe ambigüedades, todo tiene que estar detallado paso a paso para que la figura jurídica tenga éxito y cumpla su objetivo.

Como genérico de los procesos alternativos tomare el criterio de Marcelo Narváez acerca de la abreviación procesal:

Sin ánimo conclusivo pude deducirse que, la abreviación procesal, aparece como alternativa eficaz para la administración de justicia: ya para el auxilio de la víctima, ya para la pronta justicialización del infractor. No obstante, el proceso penal no debe necesariamente ceder terreno a los convenios y arreglos particulares, sino que debe abrir nuevas vías para que esos convenios y arreglos particulares se institucionalicen y apliquen bajo sólidos principios de seguridad jurídica. Pues la abreviación o simplificación debe ser un modo de redefinir los intereses del proceso, de mejorar el procesamiento de los culpables, de socorro a quienes son víctima de agravios delictivos; y debe ser un medio que fortalezca la vigencia de las garantías básicas y sirva a la pacificación social⁶¹.

Es por estos argumentos que creemos que el problema de simplificación del proceso nunca podrá ser solución a un problema de deficiencia administrativa, es en sí un problema que requiere de soluciones claras, precisas y que brinde seguridad jurídica, incluso doctrinarios como Alberto Binder sugiere que es un problema de política criminal. Y el criterio de este autor pone en duda la argumentación de los procesalistas a favor de la conversión de acciones, ya que si solo se toma en cuenta la simplificación y la descongestión para la resolución de los conflictos penales sin enfocarse en la política criminal con el tiempo habrá sido una medida inútil.

Como se analizó líneas anteriores, los métodos alternativos han tenido su rol, en la antigua sociedad. Por ejemplo en la ateniense solicitaba que los conflictos se dirimieran sin necesidad de recurrir al juicio, a cuyo fin se encargaban a los *thesmotetas* la disuasión y persuasión de los espíritus en crisis para averirlos en transacción o compromisos arbitrales.

Años no tan lejanos en España “en el siglo pasado cabe mencionar la ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 que estableció la justicia conciliatoria intraprocesal que tenía lugar en una audiencia a cargo de un juez y que realizaba con anterioridad a la

⁶¹ Marcelo, Narváez. *Procedimiento Penal Abreviado*. Quito: Librería Jurídica Cevallos, 2003, p.66

promoción de la demanda introductoria. Esta disposición se conservó en la ley reformada exceptuando cierto tipo de juicios”⁶².

En Argentina Gozaini comenta que, “luego la Asamblea de 1813 se instituyó el Tribunal de Concordia, a modo de justicia depuradora y conciliadora. Su finalidad era determinar si los hechos expuestos por las respectivas pretensiones daban motivo a la intervención jurisdiccional y, si lo fuera, provocaba una audiencia de avenimiento tendiente a evitar la prosecución del conflicto”⁶³

Por lo tanto, a medida que se ha ido evolucionando los ordenamientos jurídicos los procedimientos especiales pasaron a formar parte del vocabulario técnico del derecho y así se la menciona en normas reguladoras del conflicto jurídico.

Por mencionar una de las salidas alternativas, la conciliación, “tiene en Latinoamérica consagración normativa en la mayoría de los países y su núcleo de significación es similar, esta circunstancia se revela al efectuar un seguimiento en el derecho comparado”⁶⁴. En algunos países es de raigambre constitucional, y aparece en ordenamientos de fondo y forma, constituyéndose así el ámbito de aplicación de la conciliación pre o intraprocesal.

Para Vescovi, lo que se designa como “Justicia Tradicional” a la que existe entre nosotros y en la mayoría de los países del mundo; es decir los de cultura “occidental”. En su artículo *La Conciliación, la Mediación y otras Alternativas de Composición Judicial* recuerda que su profesor Viera en la Facultad de Derecho, como introducción a la Teoría del proceso, comenzando por recordar el juicio bíblico del Rey-Salomón. “En primer lugar escucha a las dos mujeres, cada una alegando razones para justificar que el niño en disputa era su hijo. Atendida las dos partes dispone, como medio probatorio, que el niño sea partido

⁶² Gustavo, Jalkh Robens. *Resolución Alternativa de Conflictos*. Ed: Praxis, 1997. p. 79. Citado en Gladys Stella, Álvarez. *Diferencias entre conciliación y mediación*. .

⁶³ Gustavo, Jalkh Robens. *Óp. cit.*, p. 39 y ss. Citado en Osvaldo A, Gozaíni. *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1955.

⁶⁴ Gustavo, Jalkh Robens. *Óp. cit.*, p. 80. Citado en Gladys Stella, Álvarez. *Diferencias entre conciliación y mediación*.

Vid. Henry Issa El Khoury Jacob. *A la armonía por la palabra: la solución negociada de conflictos penales*, Costa Rica. 1995. p. 9-13.

en dos partes para adjudicar cada una a esas mujeres, pidiendo se traiga una espada. Ante esta amenaza la intención del Rey-Juez era extraer de la actitud de ambas mujeres, por presunción, de acuerdo a la verdad dictará sentencia”.⁶⁵

Con este ejemplo, podemos darnos cuenta de la importancia de la actitud y la participación de las partes en el caso; pues es crucial para una resolución o sentencia, ya sea que la tome el fiscal o el juez.

1.5.2 Antecedentes de los métodos alternativos de solución de conflictos en el Ecuador

Las normas constitucionales en el Ecuador siempre han sido motivo de un debate a nivel nacional, los cuales se han prestado para que varios juristas, y doctrinarios opinen acerca de temas controversiales como son los Resolución Alternativa de Conflictos (RAD) o Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC).

Álvaro Galindo C. en 1997 en su artículo *Medios Alternativos de Solución de Conflictos en la Legislación Ecuatoriana*, realiza una breve reseña de lo que en Ecuador significó reconocer los MASC en la Constitución de la República del Ecuador.

En 1994, el Presidente Constitucional de la República, conformó una “Comisión de Notables” con el encargo de redactar una propuesta de reforma a la Carta Política que sería presentada al Congreso Nacional. “En caso de ser rechazada parcial o totalmente la propuesta de reformas por parte del Congreso Nacional, el Presidente tenía la facultad de convocar a consulta popular, por el art. 149 tercer inciso”⁶⁶.

La Constitución Política, en el artículo 79, literal o) disponía:

⁶⁵ Gustavo, Jalkh Robens. *Óp. cit.*. Citado en: Enrique, Vescovi. *La Conciliación, la Mediación y otras Alternativas de Composición Judicial*. p. 88. Editorial?? Ciudad??? Anio???

⁶⁶ artículo 149: “El Presidente de la República, dentro del plazo de noventa días, podrá someter a consulta popular los proyectos de reformas constitucionales, en los siguientes casos:

- a) Cuando el proyecto de reforma propuesto por iniciativa del Presidente de la República hubiere sido rechazado total o parcialmente por el Congreso Nacional; y,
- b) Cuando el proyecto de reforma aprobado por el Congreso Nacional hubiere obtenido dictamen total o parcialmente desfavorable del Presidente de la República.

La consulta popular convocada por el Presidente de la República se circunscribirá exclusivamente a la parte o partes del proyecto de reforma que hubieren sido objeto de discrepancia.”

“Son atribuciones y deberes del Presidente de la República:

o) Convocar y someter a consulta popular las cuestiones que a su juicio fueren de trascendental importancia para el Estado y, especialmente, los proyectos de reforma a la Constitución, en los casos previstos en el Art. 149, y la aprobación y ratificación de tratados o acuerdos internacionales que, en su caso, hubieren sido rechazados por el Congreso Nacional o por el Plenario de las Comisiones Legislativas, o por el propio Presidente de la República.”

El proyecto de reforma por parte de la Comisión nace a partir de una propuesta realizada por el Dr, Jorge Zavala Egas, que fue respaldada en conceso.

La redacción que propuso la Comisión de Notables fue la siguiente:

“Se reconoce el sistema arbitral y otros mecanismos alternativos para la solución de las controversias”.

Posteriormente, el Presidente Sixto Durán Ballén envía el proyecto de reformas del Congreso Nacional, el 4 de octubre de 1994, por diferentes circunstancias se trataron los asuntos en diferentes momentos. El tema que nos ocupa se trató: el 11 de enero de 1995 se aprueba en primer debate por unanimidad y el 12 de enero –a día seguido- se aprueba en segundo debate sin ninguna observación.⁶⁷ Luego (...), el Presidente veta parcialmente las reformas, sin tocar el inciso sobre medios alternativos, (...) enviado al Congreso Nacional el 10 de marzo del mismo año.(...). Meses más tarde, el 26 de noviembre de 1995, se realiza una nueva consulta popular, convocada por el Presidente de la República el 29 de agosto de 1995 –, ya que a esta le precedió la consulta del 28 de agosto de 1994- en el cual, sin ningún justificativo aparente, se incluye en una pregunta que hacía referencia (...) medios alternativos.⁶⁸

El resultado de la consulta popular del 26 de noviembre de 1995 fue negativo, en la totalidad de preguntas. A pesar de esto, en Enero 16 de 1996, se publica en el Registro Oficial que se incluía el tema de los medios alternativos. Se entendería que para los contrarios al tema de los métodos alternativos, bastaría concluir que la publicación del artículo de los medios alternativos, carecía de validez.

Este criterio debido a que la consulta popular, dos meses antes, fue negativo con respecto a toda consulta, incluyendo medios alternativos. Pero el criterio del autor es el siguiente: “Si bien es cierto que el pueblo votó no en la consulta del 26 de noviembre de 1996, también es cierto que el Presidente de la República se atribuyó facultades que el texto de la Carta Política de entonces no le daba. El tema de los medios alternativos se le incluyó en la consulta basándose en el artículo 149 a). pero como se señala anteriormente, sobre este asunto en particular no hubo discrepancias entre el Congreso Nacional y el Presidente de la República, por lo tanto, fue

⁶⁷ Actas del Congreso Nacional del 11 y 12 de Enero. De 1995.

⁶⁸ El texto de la consulta popular se encuentra publicado en el registro oficial No. 769 del 29 de agosto de 1995.

perfectamente válido que se haya publicado en el Registro Oficial el texto de medios alternativos en enero 16 de 1996”⁶⁹.

El tema de los medios alternativos de solución de conflictos nunca debió ser incluido dentro del texto de la consulta popular. Es más, el jurista Álvaro Galindo considera que “el Presidente de la República, cuando vetó parcialmente el 10 de marzo de 1995 el texto de reformas constitucionales enviadas a él por el Congreso Nacional, debería haber remitido al Congreso Nacional únicamente el texto vetado y no todo el paquete, como así lo hizo”⁷⁰.

Finalmente, para esa época resultó en el artículo 118, tercer párrafo, lo siguiente: “Se reconoce el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de controversias”

Para ese entonces, el jurista Álvaro Galindo ya advirtió que:

“[L]os métodos alternativos de solución de conflictos o cualquier otra figura, *son más que una moda regional*, deben ser una forma de fortalecer el Estado de Derecho, que *los ciudadanos puedan sentir que realmente existe igualdad ante la ley y no es simplemente otro enunciado más de la Constitución*: que se fomente la cultura del diálogo entre el Estado y los particulares y estos entre sí, fortaleciendo de esta manera las relaciones interpersonales; y, *que se descongestionen los despachos judiciales*, dejando a los jueces los asuntos que requieran necesariamente de su intervención”⁷¹

Advertencia que no está lejos de la realidad actual, y que justamente apoya a esta tesina en cuanto a que muchas veces por querer imitar a otras legislaciones, los legisladores toman figuras jurídicas de otros ordenamientos jurídicos, con la salvedad de que en Ecuador no se prepara ni a los profesionales del derecho, ni a Jueces, ni a Fiscales, mucho menos se informa a la población, de los medios que tienen para enfrentar sus diferentes conflictos legales; y lo que es más grave aún, es que no se perfecciona el procedimiento de estas figuras nuevas, se cree que por hacer un copy-paste de otras legislaciones y considerando su efectividad en ese ordenamiento jurídico, va a tener el mismo efecto en la legislación ecuatoriana,

Es así que el jurista ecuatoriano en ese entonces ya proponía una reforma:

⁶⁹ Gustavo, Jalkh Robens. *Óp. cit.*, p. 133 y ss. Citado en Álvaro, Galindo. *Óp. cit.*, p. 133 y ss.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

“Se reconoce el arbitraje, la mediación, la conciliación, la negociación y otro métodos alternativos al proceso formal, como medios idóneos para la solución de controversias.

Los árbitros, de manera transitoria, están autorizados para administrar justicia en nombre de la República y por la autoridad de la Ley.

Adicionalmente, se reconoce el derecho de las nacionalidades indígenas para que mediante sus propias autoridades, reconocidas por la comunidad, administre justicia dentro de su territorio, dentro del marco de esta Constitución y la Ley”⁷²

En 1998 finalmente en la Constitución de la Republica en el artículo 191, se estableció los métodos alternativos de resolución de conflictos, como se presenta anteriormente. En la constitución de 2008 se agrega en la sección octava de medios alternativos de solución de conflictos, articulo 190, los lineamientos en caso de contratación pública.

⁷² *Ibíd.*

CAPITULO II

2.1 Marco Legal

La conversión tema de la presente tesina después de ser en primera instancia una copia de sistemas en los cuales sí tuvo éxito o como se menciona en el capítulo anterior una moda regional, en Ecuador tuvo varias reformas para buscar eficacia. Ante ello, se procederá en primer lugar a establecer el marco Constitucional y legal, para contar con las herramientas de análisis necesarias.

La Constitución de la República del Ecuador, dispone que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevara a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo; declara que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso; también por esta norma suprallegal, le corresponde a la Fiscalía ejercer la acción penal pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención; que, para que los mandatos constitucionales tengan una efectiva aplicación y realización en materia penal, es indispensable introducir modificaciones sustanciales en la organización, desarrollo y conclusión de los procesos, transparentando y agilizando la actuación de los operadores de la justicia.

El código de procedimiento penal vigente desde 1938, ha tenido reformas leves en la década de los 70's y a partir de esta fecha más de 44 reformas. A pesar de ello, no creo que ha existido una reforma integral, más bien ha sido por partes tratando de incursionar en la adaptación de figuras jurídicas. Es así que, me apoyo en el criterio de la actual asambleísta y miembro de la Comisión Especializada de Justicia y Estructura del Estado, María Paula Romo, quien opina que:

Nuestra tendencia legislativa ha sido la de incorporar “nuevos” tipos penales, aumentar las penas sin ningún cálculo criminológico, abrir en el Código de Procedimiento Penal espacios de mayor poder para los fiscales o policías y reducir las garantías del proceso

penal, todo ello como respuesta al aumento de los índices de violencia que conmocionan a la sociedad.⁷³

Concordando con el criterio precedente, este trabajo se apoya en la idea de que el proyecto del código orgánico penal integral, si bien puede ser una iniciativa innovadora desde el punto de vista de que en lugar de tener normas penales por separado, ley de estupefacientes, ley de tránsito, tipos penales financieros y delitos ambientales en otras, las tendremos en un solo código. Pero, el problema en Ecuador radica en el tinte político que este sobre esta reforma. Es por este motivo, que se está dejando de lado un análisis profundo de juristas penalistas expertos, por posiciones y debates políticos; perdiendo la oportunidad de fomentar un profundo cambio en el sistema penal. Para este criterio me apego al criterio del destacado penalista Fernando Cruz Riofrío:

Pienso que el problema de fondo es simple de explicar: Cuando el Estado se ha debilitado, se ha quedado sin poder, sin capacidad para resolver los conflictos sociales; debe simular que tiene las condiciones para hacerlo. Del mismo modo, los problemas de inseguridad son graves, y ante ello, los políticos están haciendo propaganda, demagogia retributiva, demagogia vindicativa, nos están vendiendo la imagen de que el problema es cuestión de leyes, y particularmente de leyes penales. Pero ello, no va a resolver nada⁷⁴.

Muy aparte de dar un criterio sobre el debate actual del código orgánico integral penal. Continuaremos con las generalidades pertinentes al tema.

Se puede decir, que las bases o reglas de delimitación del proceso penal se han mantenido desde el 2001 que entro en vigencia la ley de reforma del código de procedimiento penal del 2000, como por ejemplo algunos numerales de: la competencia de los jueces penales.- 1. Para garantizar los derechos del imputado y del ofendido durante la etapa de instrucción Fiscal, conforme a las facultades y deberes de este Código; 2. Para la práctica de los actos probatorios urgentes; 3. Para dictar las medidas cautelares personales y reales; 4. Para la sustanciación y resolución de la etapa intermedia; 5. Para el juzgamiento de los delitos de acción privada; y, 6. Para tramitar y

⁷³ Maria Paula, Romo. [Informe de minoría del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. http://ecuadorlibreria.tk/index.php/ecuador/politica/1414-informe-de-minoria-del-proyecto-de-codigo-organico-integral-penal-](http://ecuadorlibreria.tk/index.php/ecuador/politica/1414-informe-de-minoria-del-proyecto-de-codigo-organico-integral-penal-). (acceso 28/08/2012).

⁷⁴ Fernando, Cruz Riofrío. Observaciones al Anteproyecto del código orgánico integral penal-primera parte. Foro de Abogados de Loja. <http://forodeabogadosdeloja.blogspot.com/2012/08/observaciones-al-anteproyecto-de-codigo.html>. (acceso: 08/10/2012).

resolver en audiencia las solicitudes de archivo procesal, desestimaciones, acuerdos reparatorios, suspensiones condicionales al procedimiento y conversiones, etc. Esta misma norma adjetiva también menciona las etapas del proceso penal que por regla general son los siguientes: 1. La Instrucción Fiscal; 2. La Etapa Intermedia; 3. El Juicio; y, 4. La Etapa de Impugnación. En cuanto a la materia que concierne en este trabajo, la conversión de acciones se resume en un solo artículo referente a su admisibilidad y trámite, lo cual es muy poco, deficiente para como salvaguardar y garantizar los principios generales de la teoría del proceso, este mismo ha tenido sus reformas, las cuales se encuentran en el cuadro siguiente:

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO 2001	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO 2009
<p>Art. 37.- Conversión.- Las acciones por delitos de acción penal pública pueden ser transformadas en acciones privadas, a pedido del ofendido o de su representante, <i>siempre que el Fiscal lo autorice</i>, cuando considere que no existe un <i>interés público</i> gravemente comprometido, en los casos siguientes:</p> <p>a) En cualquier delito contra la propiedad. Si hubiere pluralidad de ofendidos, es necesario el consentimiento de todos ellos, aunque sólo uno haya presentado la acusación particular; y,</p> <p>b) En los delitos de instancia particular⁷⁵</p>	<p>Art. 37.- Conversión.- Las acciones por delitos de acción pública pueden ser transformadas en acciones privadas, a pedido del ofendido o su representante, <i>siempre que el juez de garantías penales lo autorice</i>. El <i>fiscal podrá allanarse</i> a este pedido; de <i>no hacerlo</i>, argumentará al juez de garantías penales las <i>razones de su negativa</i>.</p> <p>No cabe la conversión:</p> <p>a) Cuando se trate de delitos que comprometan de manera seria el <i>interés social</i>;</p> <p>b) Cuando se trate de delitos contra la administración pública o que afectan los intereses del Estado;</p> <p>c) Cuando se trate de delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio;</p> <p>d) Cuando se trate de crímenes de lesa humanidad; o,</p> <p>e) Cuando la pena máxima prevista para el delito sea superior a cinco años de prisión.</p> <p>Si hubiere pluralidad de ofendidos, es necesario el</p>

⁷⁵ Código de procedimiento penal. Entró en vigencia el 13 de julio del 2001, según lo dispuesto en la Disposición Final de este cuerpo legal. (R.O. 360-S, 13-I-2000)

	<p>consentimiento de todos ellos, aunque solo uno haya presentado la acusación particular.</p> <p>Transformada la acción cesarán todas las medidas cautelares que se hayan dictado.</p> <p>Si el ofendido decide presentarse como querellante para iniciar la acción privada, será competente el mismo juez de garantías penales que conocía del proceso en la acción pública. El plazo para la prescripción de la acción privada correrá a partir de la resolución de la conversión.</p> <p>La conversión procederá hasta el término de cinco días después de que el tribunal de garantías penales avoque conocimiento de la causa⁷⁶</p>
--	--

Del análisis de estas disposiciones legales, aplicables a este trabajo y en lo que se relaciona con la conversión, podemos decir que; la posibilidad de la conversión de la acción penal, de pública a privada, es una realidad e innovación que se instauró en el Ecuador en el CPP, consagrado en el Art. 37 del Código de Procedimiento Penal, que entró en vigencia en el 2001.

De éste artículo, se dará especial atención a la autorización que debe dar el fiscal para la conversión, ya que la autorización está condicionada a que los hechos que se investigan no hayan comprometido gravemente el interés público; pero la pregunta inmediata y crucial es ¿quién califica este elemento denominado, "Interés Público" o "interés social"?; la ley al respecto no dice nada. Por lo tanto, el interés público cumple con una o varias funciones, más que poseer un significado en nuestro sistema jurídico, característica no solo de nuestro ordenamiento. El significado es atribuido por la regulación y delimitado por la jurisprudencia, pero en realidad no puede hablarse de un sentido unívoco del término "interés público". Los conceptos jurídicos como por ejemplo el interés público, la paz pública o la seguridad nacional, son conceptos

⁷⁶ Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal en el Registro Oficial. Martes, 24 de marzo de 2009. No. 555 suplemento.

indeterminados tanto por su creación como por su aplicación. Para García de Enterría; “se trata de conceptos con los que las leyes definen supuestos de hecho o áreas de intereses o actuaciones perfectamente identificables, aunque lo hagan en términos indeterminados, que luego tendrán que concretarse en el momento de su aplicación”⁷⁷. De este concepto del doctrinario mencionado, calificaría como un concepto indeterminado el del artículo 37 del CPP confiando únicamente en el buen criterio del fiscal, dada su condición de defensor de la sociedad, y a quien se le ha confiado la facultad de autorizar dicha conversión siempre que el “interés público no esté comprometido”, la misma que por mandato constitucional, como se transcribió, deberá ser debidamente fundamentada, en uso de la titularidad que tiene del ejercicio de la acción penal, análisis que es más bien de carácter subjetivo, antes que objetivo, pero que se entendería siempre en relación de los hechos investigados y la incidencia que ha causado en su entorno.

Un cierto grupo de críticos, se apegaba a la tesis de que la intención del legislador o espíritu de esta norma, fue que en la “valoración que debe realizar el fiscal, se imponga el criterio de la sana crítica, en orden a preservar el bien común y la convivencia pacífica de los ciudadanos integrantes del Estado”⁷⁸; pero otro, el cual fue en esa época la gran mayoría, aseveraba el “riesgo claro de perjuicios legalistas o lo que sería peor, discrimenes de cualquier índole, razón por la cual el hecho de que la decisión final en la conversión en la calificación de la gravedad de la afectación del interés público”⁷⁹, sea facultad solamente del Ministerio Público como defensor de los intereses de la sociedad, era peligroso.

Los que estaban a favor de esta actuación del fiscal sustentaban su argumentación apoyándose en que no podía ser nadie más quien decida la conversión de acciones, ni siquiera los jueces quienes conforme al mandato legal, solamente son garantistas del

⁷⁷ Concepto de Interés público y su función en materia de seguridad nacional. <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2375/8.pdf>. (acceso el 27/08/ 2012). Citado en García de Enterría. *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*. Revista Española de Derecho Administrativo. (1996).

⁷⁸ Simón, Valdivieso. *La conversión penal: impunidad*. 2007, p.7

⁷⁹ *Ibíd.*

debido proceso, lo cual no supone ser defensores de uno de los sujetos procesales, actitud que estaría en contra del principio de imparcialidad que deben observar los jueces en todas sus actuaciones. Partiendo desde la premisa que todos los delitos del código penal, afectan a bienes jurídicos, que por su importancia y su trascendencia en la sociedad, han sido protegidos por este cuerpo legal, entonces se concluiría que, siempre habrá la afectación del interés público.

Lo que buscan con este tipo de figuras es quitar la carga de trabajo investigativo al fiscal, es decir, en general se tratan de conductas que se adecuan a un tipo penal que merecen una pena, lo que busca la norma legal penal es que ésta afectación no sea de tal naturaleza, que vuelva insalvable su penalización, al punto que el fiscal, deba perseguirlo hasta su sanción y condena al pago de los daños y perjuicios causados; sin embargo, si los daños, por ejemplo son sólo de orden económico, con la solución de los mismos, se consideraría que el interés público ya no es tan relevante como para insistir en una sanción, que afectaría solamente al interés privado de los involucrados en la relación procesal.

El inconveniente vendría y una de las razones por las cuales no tiene eficacia práctica la conversión de acciones es porque en los delitos de acción privada como: la injuria calumniosa y no calumniosa grave, la muerte de animales domésticos o domesticados, el ofendido buscará dependiendo el caso más que una sanción pecuniaria, y no se aplicara la conversión y no se ha logrado efectivizar uno de los fines de esta figura jurídica el cual es, ser una opción para evitar la sobrecarga de casos.

En el caso del juez para el 2001, es importante establecer, que las atribuciones que tenía el juez de la causa, que conocía la solicitud de conversión, no iban más allá de las que se encontraban expresamente enumeradas en el Art. 27 del CPP⁸⁰, de las cuales no se desprendía una específica que le faculte, a realizar este tipo de valoraciones; por lo que se podía concluir que el juez que conocía de la solicitud de conversión debía limitarse tan solo a aceptar la solicitud del representante del Ministerio Público, que sí es

⁸⁰ Código de Procedimiento Penal.

lo que le autorizaba la norma específica de la conversión de acción, antes de la reforma del 2009. Cabe además, valorar el hecho que el juez que convirtió la acción penal de pública a privada, le correspondía por mandato de ley conocer, la nueva acción penal privada, cuando sea convertida, en donde juzgará los mismos hechos. Circunstancia que se cría era otra de las debilidades de esta figura, pues la falta de seguridad que daba dentro de todo nuestro sistema penal, es el que produce hasta la actualidad desconfianza para su aplicación; ya que, no existe obligación de presentar querrela por parte del acusador particular después de la conversión respectiva; razón por la cual, en el fondo, los hechos cometidos aunque podrían ser juzgados, en esta ocasión en forma privada, precisamente por no comprometer el “interés público”, sino el interés privado o particular del ofendido, y quien llevará a juicio es el ofendido particular y no el fiscal, quedaría en la nada, sin ningún tipo de sanción.

En el 2009, entró en vigencia el CPP con el artículo 37 reformado, el mismo que delimitó más la arbitrariedad del fiscal que mantenía en el CPP del 2001, comenzó por darle la obligación al fiscal de motivar su negativa en caso de no aceptar la conversión de acciones. Si bien es cierto, es una manera de precautelar el cometimiento de abusos, creemos que la motivación debe darse tanto si acepta la conversión, como cuando la niegue.

- **Principio de Motivación**

La motivación es un derecho integral del debido proceso y abarca todas las resoluciones del poder público en que se incluyen las del Ministerio Público (Art. 66 CPP), y en particular sobre la concesión o no de la conversión de la acción penal pública.

Las resoluciones del poder público afectan a las personas y aún más en materia penal cuando se decide sobre la posible sanción que enfrentaría el imputado al ser sujeto de la persecución penal por el Estado tras la perpetración de la infracción.

No obstante, esta afectación de las resoluciones del poder público se extiende no sólo al imputado sino al ofendido quienes deben gozar de una explicación sobre las

razones que sustentan la decisión fiscal en el caso a fin de ejercer el derecho que les asista (queja, denuncia, etc.) por la posible deficiencia o incumplimiento en el texto de la decisión. Por ello, se considera que el derecho a la motivación es “la manifestación expresa de los criterios en los que la decisión se funda, es una exigencia nacida del carácter responsable de la autoridad pública, por un lado y de la sujeción del poder al derecho, por otro”.⁸¹

La finalidad de la motivación es “suministrar una garantía y excluir lo arbitrario por tanto es excepcional, casi impensable, la ausencia total de fundamentación como omisión absoluta de esa forma esencial”.⁸² Incluso se considera que el incumplimiento parcial o total de este mandato constitucional, por el representante del Ministerio Público, da lugar a la prestación deficitaria de un servicio público y la subsecuente sanción en lo administrativo, civil y penal (Arts. 20 y 21 CPE).

El alcance o el contenido de la motivación de *la resolución fiscal* se extiende, en primer lugar, a la relación de los antecedentes de hecho; en segundo lugar, la enunciación de las normas o principios jurídicos que sirvan de sustento; y, finalmente, la explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, esto es lo que la doctrina denomina congruencia y consiste en “el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes”,⁸³ que en el evento de la conversión de la acción penal le está facultada al ofendido aún sin ser acusador particular (sujeto procesal) conforme el principio dispositivo, de ahí que es de trascendental importancia la congruencia de la resolución fiscal si se considera que “la incongruencia de la sentencia civil (en cuanto decisión de operador de justicia) se puede remediar mediante los recursos de apelación o casación”,⁸⁴ en tanto que esta deficiencia, en la resolución fiscal, resulta insubsanable por no ser susceptible de mecanismo alguno

⁸¹ Richard, Villagómez Cabezas. *La Conversión*. 2007. Citado en: Alberto, Wray. *El debido Proceso en la Constitución*, Revista Iuris Dictio. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco. Quito; 2.000; No. 20, p. 38.

⁸² Fernando, de la Rúa. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Depalma. p. 146 y 147

⁸³ Hernando, Devis Echandía. *Compendio de Derecho Procesal*. Bogotá: Editorial ABC, 1985. p. 475

⁸⁴ Marco, Monroy Cabra. *Derecho Procesal Civil*. México: Biblioteca Jurídica DIKE, 1996. p. 464

de impugnación con lo que la responsabilidad del representante del Ministerio Público es enorme y sujeta a escrutinio y sanción en lo administrativo, civil y penal, aspecto que se recalca en forma insistente debido a las implicaciones derivadas de la omisión total o parcial de esta obligación de motivación.

En continuación con la innovaciones de la reforma el juez, en ésta ya tiene más acción, es decir antes de la reforma cuando un juez, recibía una autorización fiscal de conversión de la acción pública a privada, fundamentada de parte del fiscal, que no afectaba "gravemente" al interés público en los términos ya analizados, respecto de uno de los delitos previstos en la norma, el juez estaba en la obligación de aceptar y proceder de inmediato a convertir la acción a privada, para proseguir con el trámite que corresponde a este tipo de acciones, obviamente, si el ofendido decidía proseguir. El caso se complicaba más cuando el fiscal, extralimitando sus facultades, presenta una autorización de conversión de la acción de pública a privada, sin cumplir alguno de los presupuestos, en este caso, situación que ya la calificaba como un problema por muchos como el Dr. Roberto Guzmán en su artículo Las atribuciones del juez en la conversión de acción pública:

Que el Juez de la causa, debería rechazar la autorización, precisamente por ser violatoria a la norma del Código Procesal Penal, del Art. 37 y es más, pienso que estaría en la obligación de comunicar a la Autoridad Competente del Ministerio Público, para que examine sus actuaciones y de ser necesario se inicien las acciones penales de ser el caso. Actuación que tendría su amparo legal, precisamente en la facultad de velar por el cumplimiento del debido proceso⁸⁵.

Como este jurista, varios hicieron presión para enmendar esta debilidad de la conversión, sin esperar que en la última reforma el legislador le dé al juez la competencia para autorizar la factibilidad de esta figura jurídica, tanto en el Art. 37 del CPP de la conversión como en el Art. 27. Numeral 3 del CPP de la competencia del juez. Circunstancia que como se dijo anteriormente, dentro del artículo de la competencia del juez del 2001 no constaba el de tramitar la conversión y tenía que

⁸⁵ Roberto, Guzmán. *Atribuciones del juez de la causa-la conversión de la acción penal*. Revista Judicial.. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=3514:marco-legal&catid=52:procedimiento-penal&Itemid=420. (acceso 28/08/2012).

remitirse al artículo de la conversión, en el cual le tocaba tan solo aceptar su aplicación. Reforma que es buena, partiendo que frente a una figura que le da tanta libertad de actuar a uno de los sujetos procesales como es en este caso al fiscal, es necesario que alguien vele por la legalidad de sus actos y en sí del debido proceso, lo que es muy diferente a que se convierta en defensor de una de las partes o faltar al principio de imparcialidad.

Problemas que los críticos pedían se reformaran como el Dr. Roberto Guzmán pues ya anticipaba que sin esas reformas “El problema que puede presentarse en la aplicación de esta Institución, es cuando el fiscal de la causa, autoriza la conversión de la acción bajo dos supuestos: el primero, sin ajustar sus actuaciones a la norma antes transcrita o excediendo sus facultades y la segunda, ajustándose a sus atribuciones; la pregunta surge en el sentido de sí el juez que conoce la instrucción fiscal respectiva, se encuentra facultado para oponerse a la solicitud del agente fiscal, cuando según su criterio, sí se encuentra comprometiendo gravemente un interés público, a sabiendas que la titularidad de la acción penal, la ostenta el Ministerio Público”⁸⁶.

2.2 Naturaleza jurídica

Frente un proceso penal ordinario, farragoso, lento, difícil y a veces interminable, hasta el punto de hacer nacer en la conciencia social la convicción, casi siempre fundada, de que, en la mayoría de casos, la administración de justicia penal era ineficaz, pues la insufrible tramitación de un proceso lleno de incidentes sólo conducía a una impunidad deliberadamente buscada, con la habilidad de algunos abogados y la molicie de jueces, fiscales y policías, se trato de cambiar desde el 2000 con las reformas al CPP.

Es por lo anterior expuesto que en las reformas al CPP del 2000 se tomó figuras jurídicas de otros sistemas jurídicos como: Alemania, Estados Unidos: procedimientos por mandato legal, los cuales son para el castigo de los casos sencillos de pequeña y mediana criminalidad.

⁸⁶ *Ibid.*

Tanto para el procedimiento por mandato legal como para el procedimiento acelerado, ROXIN asevera, a los críticos de estas figuras y sin negarles razón por completo a las numerosas objeciones que se hace al procedimiento por mandato legal en especial, que es indispensable un procedimiento sumario, pues en razón de la gran cantidad de delitos de bagatela, si en cada caso se debería llevar a cabo un juicio oral de justicia alemana estaría completamente sobre exigida. Por ello, no se podrá renunciar al procedimiento por mandato penal, pues ya no se tendría el tiempo necesario para el diligente esclarecimiento de los delitos complicados y de mayor gravedad. En cambio, el procedimiento acelerado, parte de la primacía indiscutible de la rapidez pues se paga con graves menoscabos a la legitimidad del procedimiento⁸⁷.

Procedimiento breve por mandato legal es la conversión de acción, procedimiento que le da una extensión al principio de oportunidad (principio que se tratara más adelante), pero que no fue suficiente en el Ecuador, tal como se muestra de los datos del Sistema Nacional de Actuaciones y Estadísticas Procesales (SINAEP) desde el 2009 al 2012 con porcentajes del total de expedientes y total de conversiones por provincias⁸⁸ debidamente anexas; a continuación la información de la provincia de Pichincha:

Pichincha	Año	Total expedientes	de Conversión
	2009	29202	57
	2010	38940	46
	2011	48885	40
	Enero-Julio 2012	24092	5

De este escrutinio de información lo que se demuestra, es que si bien las intenciones del legislador con la conversión era descongestionar la cantidad de expedientes que ingresan a la Fiscalía y fomentar el mecanismo de selección de casos; y en consecuencia

⁸⁷. Claus Roxin. *Homenaje a Claus Roxin*. Córdoba: Editorial Córdoba, 2001. Citado en Gabriela E. Córdoba. *Acuerdos Informales en el procedimiento penal alemán*. p. 739.

⁸⁸ En referencia al oficio No. 001-2012, fechado el 28 de agosto de 2012, dirigido al señor Dr. Miguel Jurado, Fiscal Provincial de Pichincha, referente a la conversión de acciones desde el año 2009 -2012, Información obtenida del Sistema Nacional de Actuaciones y Estadística Procesales (SINAEP) de la Fiscalía General del Estado.

descargar a los jueces de Garantías Penales, claramente no ha sido la solución y por el contrario, para criterio de muchos fiscales es una figura en desuso.

Para esclarecer la “*selección de casos*” citare al Dr. Richard Villagómez Cabezas quien en su libro de Conversión, explica que fue la Criminología, la que fomento el debate de este mecanismo, comienza por enfatizar lo que se conoce como *cifra negra*, “expresión que describe la diferencia existente entre el número de delitos que realmente tienen lugar en una sociedad y los que llegan hasta el sistema procesal penal, diferencia que siempre es cuantificable y clasificable atendiendo la naturaleza del delito”⁸⁹. Un factor influyente a la cifra negra es el de la *tolerancia social*, los cuales son los que no se han tipificado, es decir no existe la protección al bien jurídico por la norma legal. Por otro lado esta, la *cifra dorada* delitos que se entiende no fueron investigados o son abandonados hasta que opere la prescripción bien de la acción o de la pena.

Para apreciar la conversión de acción del art. 37 del CPP, se seguirá con las características de la norma transcrita ut supra:

- Para que surja la conversión de acciones: es necesario que haya nacido la acción⁹⁰. En cuanto a la acción existen varias posiciones doctrinarias: Francisco Carnelluti entiende a “la acción como un derecho subjetivo procesal de las partes frente al juez, es decir, frente al órgano jurisdiccional, imaginándolo como un ente con existencia jurídica autónoma, desvinculada del Estado, de donde proviene todo su poder de administrar justicia”⁹¹. Es decir, Carnelluti considera la acción como un derecho frente al juez y no frente al Estado,

⁸⁹ Richard, Villagómez Cabezas. *La Conversión*. 2007. p. 25

Dr. Villagómez Cabezas ex fiscal y actual Conjuez de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.

⁹⁰ Para explicar la acción hay que hacer referencia a la escuela clásica, representada por Savigny y los autores francés de la época, que consideran la acción como un elemento del derecho; la escuela que sitúa la acción como derecho autónomo, con Windscheid, Muther, Wach y Degenkalb; la escuela de Chiovenda, que ubica la acción como un derecho potestativo; corriente de Golschmidt, para quien la acción constituye un derecho público subjetivo; hasta llegar a la escuela propiciada por Carnelluti, quien mira la acción como una función de carácter meramente procesal.

Walter, Guerrero Vivanco. *Derecho procesal penal, la acción penal*. Ecuador: Pudeleco, Universidad Simón Bolívar, 2004. p.74

⁹¹ *Id*, p.65

agigantando la figura del primero y desconociendo la existencia preponderante del segundo. Punto de vista que no comparto, y más bien apoyo el criterio de Ugo Rocco y Chiovenda quienes concuerdan con Carnelluti en que la acción es un derecho procesal que nos permite reclamar la intervención de los jueces se tenga o no se tenga derecho material que proteger, pero Rocco afirma que “la acción es un derecho cívico que tienen los individuos para pedir al Estado que disponga la intervención de su función jurisdiccional en un caso concreto determinado”⁹².

De los autores y profesores ecuatorianos de Derecho Procesal Penal como Andrés F.Córdova, Víctor Lloré Mosquera y Jorge Zavala Baquerizo, citaré al Dr. Víctor Lloré Mosquera, “a considerar que la acción civilista no se ajusta al campo penal y que la misma nace del delito y persigue la pena como su legítima consecuencia, mezclando de esta manera el problema pre-procesal de la acción, como mecanismo de activación de la función jurisdiccional, con el proceso, y especialmente con la ulterior declaración del derecho, agregando finalmente que la acción penal debe ser única, sin embargo de lo cual, la práctica legislativa la ha dividido en pública y privada.”⁹³ Nuestro CPP acerca de la acción penal la presenta en el Art. 33 del CPP de la acción penal pública, expresa que es el fiscal el que tiene el ejercicio, ratificado por el Art. 65 del CPP de las funciones del fiscal. Justamente por disposición de ley es quien puede, si cabe el término renunciar o abstenerse al ejercicio de la acción penal en la conversión de acción, y trasladar la pretensión punitiva que la tiene el estado, al titular del bien jurídico que ha sido vulnerado, para que este ejerza la acción (ahora privada), en busca de una respuesta penal o sanción.

La consecuencia lógica de la norma es que no se puede pedir conversión cuando la acción aún no ha nacido, es decir solo frente a la denuncia, no cabe, ya que es la Fiscalía General del Estado, la que debe hacer una primera

⁹² *Id.* p.67

⁹³ *Id.*, p.77

valoración de la conducta y ver si se ajusta o no a un tipo penal, cuyo ejercicio le compete. Por lo tanto, debe existir una resolución de la instrucción fiscal para que pueda operar la figura de la conversión. Esta afirmación tomando en cuenta uno de los literales del artículo en análisis “si hubiere pluralidad de ofendidos, es necesario el consentimiento de todos ellos, aunque sólo uno haya presentado la acusación particular”; se refiere a un presupuesto de procedibilidad (principio analizado más adelante) como es el consentimiento del ofendido.

- Solicitante de la conversión: es el ofendido como sujeto procesal quien debió haberse convertido en parte procesal, esto sucede, cuando ha deducido acusación particular, y es en ese momento en el que está facultado para solicitar la conversión, porque no demostró el interés en la prosecución del proceso.

De varias de las conversaciones mantenidas con fiscales, y de ciertos comentarios de abogados en el ejercicio profesional, como el Dr. Simón Valdivieso⁹⁴ quien también en el 2007 escribió acerca de la conversión de acciones, asevero que la realidad es que muchas veces se ha pedido y se autoriza la conversión, prescindiendo de ese condicionamiento legal, como es el de haberse convertido en acusador particular.

- El procesado: consecuencia del criterio anterior, es obvio, que no es quien puede solicitar la conversión de la acción, sino el ofendido-acusador particular.
- El ofendido: la norma es bastante clara, solo el ofendido como acusador particular es quien puede solicitar y debe solicitar la conversión, ya que en el caso de que no exista acusador particular no se ha evidenciado aún la pretensión del sujeto pasivo del delito, que es la de reclamar el pago de daños y perjuicios y de buscar una sanción frente al daño sufrido.

⁹⁴ Simón, Valdivieso Vintimilla. *La Conversión: Respuesta penal o impunidad*. 2007. p.7

En este caso el ofendido tendrá que a decisión propia y no por mandato de ley, presentar la querrela, indicador de una manifestación de voluntad dirigida a buscar una sanción y el pago de daños y perjuicios.

En este punto es necesario destacar que la Fiscalía General del Estado no puede ni debe allanarse a la conversión pedida por el procesado, ni solo a pedido del ofendido que no se haya constituido en parte procesal a través de la presentación de la acusación particular. Es el fiscal que conoce del caso, *la instrucción fiscal*, quien puede allanarse a la conversión, lo que está sujeto a una valoración subjetiva, pero siempre será el juez de garantías penales el que autorice⁹⁵.

- Valoración subjetiva: “Cuando se trate de delitos que comprometan de manera seria el interés social”⁹⁶, antes era de la Fiscalía General del Estado, hoy le corresponde al juez de garantías penales, es justamente como se dijo anteriormente quien debe hacer el análisis, atendiendo a las circunstancias en las que se ha dado el hecho, de los efectos de la eventual conducta antijurídica que se investiga, del sujeto activo y del sujeto pasivo.

El texto de la norma antes de la reforma se refería al “interés público gravemente comprometido”. Hoy, ha sido sustituida por la expresión “cuando se trate de delitos que comprometan de manera seria el interés social”. Lo que se creería, que en ambos casos, no se puede dar un concepto de lo que se debe entender porque tiene una carga subjetiva, relativa, atendiendo a un caso en concreto, por lo tanto no es cuestión de darle ciertos cambios a la frase si al final la subjetividad es la misma y podría aplicarse a cualquier conducta.

Es bastante complicado que un juez de garantías penales, considere, que trate de separar delitos que comprometan o no de alguna manera el interés social frente a determinado tipo de conductas, y conductas delictuosas, tipificadas y

⁹⁵ Antes de la reforma de 24 de marzo del 2009 el fiscal era quien autorizaba y el juez de garantías penales, casi nada podía hacer, sino debía aceptar.

⁹⁶ Código de Procedimiento Penal. Art. 37, 2012.

sancionadas en la ley penal. Esa valoración va dirigida a llevar a la conversión en una figura peligrosa y de mucha inseguridad jurídica, haciéndola deficiente y poco aplicable, por el temor de los jueces de cometer algún tipo de error o lo que se diría como injusticia. Considerando que cada caso es diferente, no hay parecidos en materia penal, las circunstancias son diferentes, los actores son otros, aunque el resultado que se busca sea el mismo, el sancionar.

- La conversión procede: hasta el término de cinco días después de que el tribunal de garantías penales avoque conocimiento de la causa, señala la norma. Aunque en la práctica se admite hasta la etapa intermedia.

2.3 Requisitos de Procedibilidad

Conforme lo señala el Art. 37 CPP cabe este procedimiento en los siguientes casos y con éstos requisitos:

- Solicitud escrita realizada por el ofendido al fiscal;
- Si hubiere pluralidad de ofendidos, es necesario el consentimiento de todos ellos, aunque solo uno haya presentado la acusación particular
- se trate de un delito de instancia particular, en que se incluye la estafa y otras defraudaciones, esto es, el abuso de confianza; y, la revelación de secretos de fábrica (Art. 34 CPP); y,
- no se trate todos los delitos detallados en el mismo artículo

Para analizar la admisibilidad o procedibilidad de la conversión se analizará el rol de cada uno de los sujetos procesales que intervienen cuando la acción se pone en marcha y el ente judicial que participa en su resolución. En el ordenamiento procesal penal ecuatoriano, (Art. 32 CPP) la acción se clasifica, desde el punto de vista de su ejercicio, en dos clases: 1. acción pública, 2. acción privada.

Antes de comenzar con el rol del fiscal, se tomará en cuenta el principio con más importancia en este trabajo.

- **Principio de oportunidad reglada**

El principio de oportunidad y las salidas alternativas al juicio oral, se alzan como herramientas indispensables para la optimización de los recursos destinados al proceso penal. Así cabe recordar el criterio de Alberto Binder “se refiere que el problema de la acción se ha ido diluyendo entre la intrascendencia y el conceptualismo, y ambos hicieron perder de vista que las normas relativas a la acción son las que más claramente reflejen los grandes postulados de una política criminal democrática”⁹⁷ Así, la intensidad y la profundidad de una reforma procesal penal se mide por la intensidad de las modificaciones o innovaciones en cuanto al régimen de la acción penal.

Del criterio mencionado sustenta Jorg Stippel y Adrian Marchisio que las reformas procesales a nivel mundial han respondido a simple delitos contra la propiedad, la pregunta que plantean es “¿Por qué no destinar la mayor parte de los recurso estatales a delitos más importantes como los de delincuencia organizada que tanto daño hacen a la sociedad?”⁹⁸ La respuesta que plantean y la que comparto es: que algunos ordenamientos en América Latina, prohíben en forma tácita toda forma de disponibilidad de la acción, dado que estos sistemas descansan sobre el “principio de legalidad” sin admitir excepciones, resabio inquisitivo de la legislación española que se trasladó a sus colonias de América.

En el Ecuador, el principio de oportunidad, es el poder discrecional del Ministerio Público para decidir la conveniencia o no de ejercitar la acción penal en un caso concreto. En este sentido se contrapone al principio de legalidad, en cuya virtud el fiscal a quien llega la noticia de un delito tiene la obligación de actuar, independientemente que cuente con las posibilidades reales de prueba o a la poca significación social.

Esta clasificación Jorg Stippel y Adrián Marchisio, los califica como principio de oportunidad técnica a las posibilidades reales de prueba y principio de oportunidad

⁹⁷ Jorge Stippel y Adrian Marchisio, *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en America Latina*. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2002. p. 25. Alberto M, Binder. *Politica Criminal*. Ad-Hoc. Buenos Aires, 1997.

⁹⁸ *Ibid.*

plena, se consideran los factores relativos a la conveniencia social del procesamiento. Si la determinación de estos factores está librada a la apreciación del fiscal, se denomina oportunidad discrecional y si tales factores están expresamente señalados en la ley, se tratará de una oportunidad reglada.

Alberto Wright, jurista ecuatoriano sostiene la tesis que lo que tenemos es un modo deficiente del principio de oportunidad técnica y reglada.

Este principio es de gran trascendencia en el Art. 39 inumerado del CPP, oportunidad del 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 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 el interés público y tenga pena máxima de cinco años de prisión. 2. En aquellos delitos que el infractor haya sufrido un daño físico grave, en caso de un delito culposos los ofendidos hayan sido su cónyuge o familiares hasta segundo grado de consanguinidad. 3. En delitos sexuales, de odio el fiscal no podrá abstenerse en ningún caso de iniciar la investigación penal.

En el 2002, en el libro principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina, Jorg Stippel y Adrian Marchisio, afirmaban como una alternativa al principio de oportunidad apuntar a la conversión del Art. 37 del CPP, por la cual las acciones de acción penal pública pueden ser transformadas en privadas, a pedido del ofendido o su representante, siempre que el fiscal lo autorice. Y afirmaban que era considerado como la única alternativa o salida al principio de oportunidad⁹⁹.

- Fiscal: a quien exclusivamente le corresponde el ejercicio de la *acción pública*

El fiscal no tiene potestades de persecución en el caso de la acusación particular, pues procede de modo exclusivo *previa denuncia del ofendido* en el Art. 52 CPP, esta exigencia procesal se extiende al reconocimiento, por el ofendido, de firma y rúbrica constante en la denuncia, tras lo cual el fiscal ha de iniciar indagación previa (Art. 215 CPP).

⁹⁹ Jorge Stippel y Adrian Marchisio, *Óp. cit.*, p. 355

Para el ejercicio de la acción penal derivada de este tipo de delitos se puede iniciar por varios medios en que se incluye: la denuncia ya sea verbal o escrita (Arts. 48 y 49 CPP), parte policial informativo, incluso el fiscal en virtud del principio de oportunidad reglada (Arts. 10 y 39.3 CPP) está investido de amplias facultades para dar inicio a indagación previa e investigar los hechos presumiblemente constitutivos de infracción que han llegado a su conocimiento por cualquier medio (Art. 215, inciso primero CPP). De tal forma que, en esta clase delitos, aunque el ofendido no comparezca a formular denuncia ni se convierta en sujeto procesal, mediante acusación particular, siempre existirá, de haber mérito para aquello, la obligación del representante del Ministerio Público de impulsar la prosecución penal con objetividad (Art. 10 CPP) está presente con la finalidad de obtener sanción por la perpetración de la infracción. *Los delitos de acción privada*, el fiscal no tiene atribución alguna; los delitos de acción privada se encuentran enumerados en el Art. 36 CPP y se inician previa querrela del ofendido ante el juez penal de la circunscripción territorial del lugar en que se perpetró la misma, siendo éste un juez contralor y de decisión. Juez contralor, en tanto y en cuanto garantiza los derechos del debido proceso, y juez de decisión en cuanto resuelve el caso justiciable recogiendo el acuerdo de los sujetos procesales o ya sea al dictar sentencia condenatoria o absolutoria (Arts. 371 a 375 CPP)

- Ofendido: en el Derecho Penal, el ofendido es la persona a la que se le ha ocasionado un daño en su familia, propiedades o posesiones, por la realización de una conducta antijurídica que amerite una sanción. Aunque muchos doctrinarios sustentan que el ofendido en el proceso penal, pasó a ocupar un segundo plano, aunque en la conversión figure siendo quien proponga esta transformación de acción. en el Art. 68 del CPP puntualiza de manera taxativa, quienes son considerados como ofendidos, y por lo tanto con pleno derecho para intervenir en el proceso penal como acusador particular así como a recibir la información de parte de la Fiscalía, desde el estado de la indagación pre-

procesal hasta el resultado final del proceso. Los derechos también están enumerados en el Art.69 del CPP y uno de ellos es la facultad de solicitar al juez de garantías penales de turno, requiera al fiscal que, en el término de quince días se pronuncie, si archiva la denuncia o dispone del inicio de la instrucción fiscal; también el ofendido, tiene derecho a su reparación integral y reclamar el pago de los daños y perjuicios. En el caso del tema del presente trabajo Conversión de Acciones, es facultad del ofendido solicitar al fiscal la conversión de la acción de pública a privada.

- Procesado: en el Art. 70 del CPP, la denominación de procesado: ”se denomina procesado la persona a quien la fiscal o el fiscal atribuya participación en un acto punible como autor, cómplice o encubridor, y, acusado, la persona contra la cual se ha dictado auto de llamamiento a juicio en contra de la cual se ha presentado una querrela.”¹⁰⁰

Partiendo de estos dos artículos y pasando de la teoría a la práctica, vale destacar que existen criterios de juristas en el país que afirman que no existe igualdad procesal para el procesado. Partiendo de lo económico, el procesado que no tenga los recursos necesarios le estará vedado acceder a una experticia especializada, como en requerimiento de peritajes, e incluso para el Dr. Jaime Santos Basantes profesor de la Universidad Central del Ecuador: “La fiscalía como órgano investigador, tiene facultad para solicitar la imposición de medidas cautelares de carácter personal y real, en contra del procesado, con lo cual se le impide realizar una defensa en condiciones de igualdad, pues que se encuentre en la cárcel no le permitirá hacerlo” criterio, que es bastante extremista considerando que las medidas cautelares son una garantía tanto para el fiscal como para el ofendido de que el procesado será presentado a juicio y precautelara el correcto inicio y desarrollo del juicio; y en caso de medida cautelar real, asegurar el resarcimiento con multa pecuniaria y/o pago de daños y perjuicios.

¹⁰⁰ Código de Procedimiento Penal, Art. 70. 2012.

En el caso de la Conversión de Acciones la desigualdad procesal es mucho más notoria pues la participación de este sujeto procesal es casi nula, por no decir totalmente nula. El procesado en esta figura jurídica no tiene voz, ni voto cuando están decidiendo justamente el futuro de lo que sería un proceso en su contra, se va en contra de principios internacionales y nacionales a favor y protección del procesado. Por ejemplo: el Art. 14 del CPP, dispone: “Se garantiza al fiscal, procesado y las víctimas el ejercicio de las facultades y derechos previstos en la Constitución de la República y este Código”¹⁰¹. Art. 11 de la Constitución “la defensa del procesado es inviolable, el imputado tiene derecho a intervenir en todos los actos del proceso (...)”¹⁰². Del Estatuto de Roma, en el art. 67 numeral 1 derechos del acusado.- “1. En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, habida cuenta de las disposiciones del presente Estatuto, y a una audiencia justa e imparcial, (...)”¹⁰³. Del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, en el art. 14 numeral 1.- “todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la subsanación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...)”¹⁰⁴

- Juez de Garantías Penales: la Función Judicial, a través de los jueces en sus distintos niveles, ejerce jurisdicción en materia penal, quienes son llamados ante todo, a ser los garantes del debido proceso, de los derechos del procesado y ofendido, sin perjuicio de las demás facultades que les atribuye la ley, las mismas que deben realizarlas con estricta observancia de las reglas del debido proceso, tomando en cuenta, que si el juez no da ejemplo de cumplimiento de

¹⁰¹ Código de Procedimiento Penal, Art. 14. 2012.

¹⁰² Constitución de la República, Art. 11

¹⁰³ Jaime, Santos Basantes. *El debido proceso penal. incorporación de estudios y publicaciones*, Quito, 2009. p. 274

¹⁰⁴ Id., p. 275

las disposiciones emanadas de la constitución y la ley, que se puede esperar de los demás operadores del sistema procesal penal acusatorio oral y del común de los ciudadanos. Por el Art. 16 del CPP en concordancia con la Constitución de la Republica, con exclusividad le corresponde al Juez de Garantías Penales ejercer jurisdicción en materia penal. Esa facultad de ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado le corresponde solo a los magistrados y jueces establecido en el numeral 3 del Art. 168 de la Constitución de la Republica. Importante es precisar que estas facultades tienen límites de responsabilidad administrativa, civil y penalmente en el Art. 172 y Art. 233 de la Carta Magna y art. 15. principio de responsabilidad de la Ley Orgánica de la Función Judicial.

2.4 Trámite

Retomando las características mencionadas por el artículo 37 del CPP, y al ser el único artículo que trate la conversión, se partirá tratando las etapas del proceso penal en las que cabe la conversión de acción aunque no sea muy clara la norma en este sentido:
1. Instrucción fiscal 2. Etapa intermedia y como fase pre-procesal: la indagación previa.

2.4.1 Indagación previa: esta investigación preliminar tiene como objetivo; investigar los actos que se presumen delictivos que por cualquier medio hayan llegado a conocimiento fiscal. Si en la investigación se requiere la autorización judicial, el fiscal deberá previamente obtenerla, so pena de que tales actuaciones incurran en violación del debido proceso y derechos fundamentales de la Constitución. En esta fase investigativa, el fiscal tiene la facultad de abrir una investigación previa, con la cooperación de la Policía Judicial que actuará bajo su dirección, esta investigación de forma reservada, puede durar hasta un año, plazo que se cuenta desde que la fecha en la cual el Fiscal tuvo conocimiento del ilícito. En esta fase el Juez, no ejerce ningún control, como

garante del debido proceso. Es preciso destacar los plazos, pues a criterio del Dr. Jaime Santos el de un año para los delitos con prisión y dos años para los delitos sancionados con reclusión; son plazos exagerados, “teniendo en cuenta que una de las razones por las que el país adoptó el nuevo sistema procesal penal acusatorio oral, fue la falta de celeridad de las causas; sin embargo, la propia norma legal, contrarió el principio de celeridad”¹⁰⁵. Es por esta razón que los Fiscales deben actuar por agilidad y oportunidad en lugar de tomarse mucho tiempo recopilando elementos de la investigación y proceder con dictar la correspondiente resolución de instrucción fiscal. De no existir fundamentos para deducir la imputación, la indagación previa por lo Art. 38 y 39 del CPP, el fiscal podrá solicitar fundamentadamente al juez de garantías penales, la desestimación, el archivo provisional o definitivo de las investigaciones¹⁰⁶. La resolución del juez es inapelable, pero en caso que el juez no coincida en criterio con el fiscal, tiene la facultad de enviar el expediente al superior, y el delegará o proseguirá con la tramitación de la causa.

- **Principio de celeridad:**

Art. 20 principio de celeridad del Código Orgánico de la Función Judicial: “La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidió. Por lo tanto, en

¹⁰⁵ Id., p. 120

¹⁰⁶ El juez de garantías penales analizara el contenido de la denuncia y el razonamiento del escrito que el fiscal acompaña al requerimiento del archivo de la denuncia. – si coincide con el criterio del fiscal dictará un auto ordenando el archivo de la denuncia fundamente en que la conducta no es constitutiva de delito, o cuando exista algún obstáculo insubsanable. Y después de una conversación con el actual Conjuez de la Sala Civil de la Corte Nacional de Justicia y ex Fiscal de Pichincha, Dr. Oscar Enríquez como obstáculo será solo los dados por la ley como la prescripción.

todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parto, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario (...).”

- **Reserva de la indagación previa:**

Está en el tercer inciso del Art. 215 del CPP¹⁰⁷, sin perjuicio del debido proceso y garantías constitucionales, se mantendrá en reserva del público en general, pero no respecto de los investigados, sus familiares o sus abogados defensores que estén legalmente ejerciendo la defensa del sospecho o investigado. Es decir, mediante escrito debidamente autorizado por el investigado.

2.4.2 Instrucción fiscal: Cuando el fiscal cuente con la información necesaria y los fundamentos suficientes para deducir una imputación, enviará a la sala de sorteos la petición al juez de garantías penales, a fin de que señale día y hora para la audiencia de formulación de cargos, acto en el que solicitará de estimar pertinente, las medidas cautelares personales y reales. El juez de garantías penales que conozca el caso, dentro de las veinticuatro horas subsiguientes, señalará día y hora para la audiencia solicitada, la que deberá realizarse dentro de cinco días a partir de dicho señalamiento, indicando en la notificación a los sujetos procesales, que de no concurrir a la misma, se contará con el defensor público. Dada la audiencia, el fiscal solicitará al juez de garantías penales que notifique con el inicio de la instrucción a los sujetos procesales; y señalará además plazo dentro del cual concluirá la etapa de instrucción fiscal, la que en todo caso, no excederá de noventa días, con la excepción prevista en el Art.

¹⁰⁷ Mediante ley reformativa al Código de Procedimiento Penal, leyes orgánicas del Consejo Nacional de la Judicatura y del Ministerio Público, publicado en el Registro Oficial 748 del 13 de julio del 2003.

221 del CPP en caso de autoría o participación la instrucción podrá extenderse por treinta días más contados desde la notificación¹⁰⁸. En el caso de los delitos flagrantes se considera en el art. 161 del CPP un plazo máximo de la duración de la etapa de instrucción fiscal de treinta días. Si bien la norma penal adjetiva da los plazos de duración de la instrucción penal, es sin perjuicio que el Fiscal en caso de realizar todos los actos de investigación, puede antes del vencimiento dar por concluida esta etapa, y solicitar al juez de garantías penales el inmediato cumplimiento de lo preceptuado en el art. 224 del CPP, posibilitando la continuación normal de la causa¹⁰⁹.

La resolución de la instrucción fiscal, con todos los datos consignados en la audiencia y la notificación respectiva, quedará registrado en el extracto de la audiencia, elaborado por el secretario de la judicatura y suscrito por él bajo su responsabilidad. En esta audiencia, si el ofendido considera pertinente, solicitará fundamentadamente al fiscal la conversión de la acción¹¹⁰, y el procesado podrá solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, así como cualquiera de los derechos y garantías de que se crea asistido, en la forma y términos previstos en la Constitución y el Código de procedimiento penal.

Una observación que no es materia de este estudio, pero que es de importancia, es que en la etapa de instrucción fiscal, el juez prácticamente no tiene del todo control respecto de las actuaciones del fiscal, así como de las que realizan los señores agentes de la policía judicial, razón por la cual los sujetos procesales, quedan un tanto desprotegidos, en cuanto a que el juez controle el cumplimiento de las reglas del debido proceso, a lo que se

¹⁰⁸ Código de Procedimiento Penal, art. 215 al art. 223, 2012.

¹⁰⁹ Código de Procedimiento Penal, art. 161 y art. 224, 2012

¹¹⁰ Código de Procedimiento Penal art. 37 de la conversión de penal, 2012.

suma el hecho de que los abogados de los sujetos procesales, no acuden ante los jueces de lo penal, para hacerles conocer las violaciones a las reglas del debido proceso por parte de algunos operadores del sistema procesal acusatorio oral.

En la práctica, el juez conoce de la instrucción fiscal, en la audiencia de formulación de cargos; sin embargo, durante los noventa días, que ordinariamente dura la instrucción fiscal, eventualmente puede el juez ordenar alguna diligencia que solicite el fiscal; como, disponer la prisión preventiva, autorización para interceptar comunicaciones, etc. el juez de garantías penales, retoma conocimiento de las actuaciones del representante de la Fiscalía, en la audiencia que solicita el juez, en caso de no haber merito para promover juicio en contra del procesado, o en la audiencia de preparación del juicio, siendo éste el momento en el cual deberá examinar las actuaciones del fiscal, para determinar si se han cumplido o no las reglas del debido proceso, y eventualmente declarar la nulidad, por lo que se hace indispensable, ante la falta de ley, que el abogado legalmente autorizado para ejercer la defensa, de ser el caso advierta violaciones al debido proceso¹¹¹.

2.4.3 Etapas intermedia: Se halla comprendida dentro del Título II, en los artículos que van del Art. 224 del CPP e innumerados que se agregan a continuación del mismo código.

La etapa intermedia, antes de la reforma al CPP, en la audiencia preliminar, tenía por finalidad escuchar las alegaciones de las partes procesales (procesados, Fiscal y acusador particular en el caso de haberlo), en cuanto a los requisitos de procedibilidad, cuestiones prejudiciales, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan

¹¹¹ Jaime, Santos Basantes. *El debido proceso penal. corporación de estudios y publicaciones*. Quito, 2009. p. 141

afectar la validez del proceso, a fin de que el juez pueda emitir la correspondiente resolución debidamente motivada y fundamentada, la misma que podía consistir en la expedición de un auto de llamamiento a juicio o auto de sobreseimiento, provisional o definitivo, según corresponda, así como resolver sobre la nulidad de la causas, por violaciones a la reglas del debido proceso. Con la reforma al CPP, se establece que de no haber merito para promover un juicio en contra el procesado, se procederá a realizar la correspondiente audiencia ante el juez de garantías penales, la cual será solicitada por el fiscal, en la cual se pronunciará sobre su abstención de acusar¹¹².

Del art. 226 del CPP innumerado de Resolución se puede deducir que el extracto de la audiencia, que recogerá la identidad de los comparecientes, también detallará los procedimientos especiales alternativos al proceso ordinario que se hubieran aplicado, las alegaciones, los incidentes y la resolución del juez de garantías penales. Se entiende que al ser la conversión de acción un proceso alternativo, cabe hasta la etapa intermedia, pero no está muy claro.

- **¿Desde y hasta cuándo se puede solicitar la conversión de la acción penal?**

En la ley procesal se da hasta el término de cinco días después de que el tribunal de garantías penales avoque conocimiento de la causa, señala la norma. Aunque en la práctica se admite hasta la etapa intermedia.

En este sentido, debe considerarse que la acción penal surge con la resolución de inicio de la instrucción fiscal y su notificación al imputado. Es desde este momento hasta antes de la clausura de la etapa

¹¹² Id., p. 183

de juicio en que cabe la solicitud de conversión de la acción, lo cual resulta bastante excepcional y poco útil tanto para el Ministerio Público como para el ofendido que ya han desplegado sus recursos en aras de la persecución penal.

La solicitud de conversión de la acción penal no es procedente antes de la etapa de instrucción fiscal ya que en indagación previa se trata de una fase preprocesal (Art. 215 CPP) esto es, anterior al proceso penal en donde no existen sujetos procesales propiamente dichos.

Para el análisis hecho por el Dr. Richard Villagómez en su obra *La Conversión*, enfatiza que “al analizar la diversa casuística que puede surgir con este tema, se ha de diferenciar diversos momentos en que tiene lugar esta proposición, ya sea en el momento mismo del juicio, en forma anterior o posterior al debate”¹¹³. Creemos que no deberían darse estos casos, pues en el evento en que se ha propuesto la conversión de la acción cuando ya se ha entrado en debate o en juicio, en este momento procesal se entiende que ya se ha desarrollado la prueba e inevitablemente el Tribunal debería manifestarse a través de sentencia la misma que puede ser condenatoria o absolutoria.

Hasta antes del debate cabe la formulación de la solicitud de conversión de la acción, en cuyo caso el Tribunal puede suspender el juicio si es que el fiscal no niega de inmediato la concesión de la conversión con lo cual el juicio debe continuar hasta sentencia.

De considerarse necesario por el Tribunal y a petición del Fiscal se puede suspender la audiencia de juzgamiento hasta por cinco días (Art. 256 CPP), notificando a las partes procesales con el señalamiento de día y hora para su continuación, suspensión que ha de servir para que el Fiscal verifique el cumplimiento de las exigencias dispuestas por ley

¹¹³ Richard, Villagómez Cabezas. *La Conversión*. 2007. p. 24

para la aplicación de este procedimiento de lo cual ha de quedar constancia escrita, misma que se ha de ser de conocimiento del Tribunal al momento de la reanudación del juicio para que el delito sea impulsado conforme las reglas de los delitos de acción privada.

Por otro lado, aunque se formule la solicitud de conversión de la acción por el ofendido, al Agente Fiscal, éste puede negarlo de inmediato o luego de suspendida la audiencia de juzgamiento, lo cual obliga a la prosecución de la acción y al desarrollo de la audiencia hasta la obtención de sentencia.

2.5 Finalidad

En consideración a la importancia del tema a continuación, se citará al Dr. Ricardo Vaca Andrade respecto a la figura de la conversión, expresa, "...un proceso penal que podría ser largo y complicado puede ser sometido al trámite más simple de la acción privada para juzgar los delitos de acción privada previsto en los art. 371 a 375 del CPP, que es mucho más expedito porque solo sustancia y lo resuelve el juez penal sin necesidad que llegue al Tribunal penal, y en él no tiene intervención el fiscal, salvo la inicial que podría darse como parte de su actuación preprocesal e investigativa".¹¹⁴

Esta cita será pauta para desarrollar esta última reflexión, en armonía con todo lo desarrollado anteriormente.

Se ha menoscabado el tema del resultado de la conversión. Para el jurista ecuatoriano Dr. Simón Valdivieso Vintimilla, la conversión es un "acuerdo entre procesado y ofendido", por lo tanto el delito quedaría sin sanción, no habría cumplido el estado con uno de los fines del proceso penal. Eventualmente se puede estar dando ese caso, porque según él se mal entiende la figura de la conversión, y se cree que la "reparación" del daño, es suficiente y por lo tanto, la conversión estaría supeditada a que exista un acuerdo entre procesado y ofendido, con la gracia judicial. Y señala un

¹¹⁴ Simón, Valdivieso Vintimilla. *La conversión: respuesta penal o impunidad*. 2007. p.13. Ricardo, Vaca Andrade. *Manual de Derecho Procesal Penal*.

segundo efecto, y quizá a su criterio el más grave, y es considerar que la conversión lleva a la impunidad. Ante esta aseveración de algunos juristas ecuatorianos, la contra argumentación es que nunca la institución o figura de la conversión puede llevar a la impunidad. Si se parte de que el sistema exige respuestas rápidas y oportunas, lo que conlleva en sí la filosofía de esta figura¹¹⁵.

Me atrevería a decir que es un criterio extremista el afirmar que la conversión puede llevar a la impunidad. Si bien es cierto, actualmente no se utiliza a gran escala la conversión con la tendencia –a criterio de varios fiscales entrevistados- al desuso; en razón de que no es confiable, más no necesariamente deja en impunidad.

La debilidad de la figura está en que como se dijo líneas ut supra, muchas veces se autoriza la conversión cuando el ofendido no es acusador particular formalmente, es decir no es parte procesal aunque este no sea un requisito indispensable, daría mayor seguridad jurídica si fuese así, de lo contrario en ese caso sí estaría de acuerdo que se podría llegar a una impunidad. Y sobretodo en que se vulnera derechos del procesado pues en esta figura no se lo toma en cuenta.

Se entiende que en la conversión, el titular del bien jurídico vulnerado, pide al órgano jurisdiccional, como garante de los derechos del procesado y del ofendido que la acción publica la convierta en acción privada, para que el ofendido pueda ejercerla inmediatamente en busca de una respuesta oportuna y rápida, es justamente aquí otra de las debilidades de esta figura pues no hay mandato legal para que se obligue al ofendido a seguir con la cuerda privada.

Respuesta rápida, no lo creo si todo lo actuado y los recursos invertidos por parte del Fiscal no servirán, ya que se iniciara un nuevo proceso por acción privada y lo que eventualmente se podrá hacer con esa información es utilizarla como prueba. Es decir, el fin mismo de ser una opción rápida y oportuna para ser una alternativa al juicio oral, no lo cumple porque no es clara y al final, no descongestiona la carga de causas para el

¹¹⁵ *Id.*

fiscal. Cabe mencionar, que igual en la cuerda de acción privada, existe la posibilidad de llegar a un acuerdo por la figura de la conciliación.

Si bien es cierto, el proceso por acción privada es menos engorroso que el proceso de acción pública, igual tendrá que presentarse querrela, esperar su reconocimiento, la calificación y aceptación a trámite y la audiencia de prueba. Mientras que en la acción pública, debe esperar la conclusión de la instrucción fiscal, luego que se lleve a efecto la audiencia de la etapa intermedia, que no puede ser convocada de inmediato sino debe sujetarse a un plazo. Posteriormente, adviene la apelación, resolución, el trámite en el tribunal de garantías penales, las audiencias fallidas, sin contar con la presentación de los recursos que franquea el Código de Procedimiento Penal.

2.6 Semejanzas y Diferencias con el procedimiento abreviado

Aunque este trabajo no se concentre en el procedimiento abreviado, sino en la conversión de acción no dejare de lado esta figura que ha tenido más eficacia en el ordenamiento ecuatoriano que la conversión, y un grupo de doctrinarios afirman a esta figura como el genérico de la conversión de acciones. Los artículos analizados para esta tema son: Art. 37 de la conversión de acciones del CPP y el art. Art. 369- art.370 procedimiento abreviado del CPP.

• Semejanzas

- Conversión y procedimiento abreviado con instrumentos de Política Criminal.
- Son mecanismos de descongestión del sistema penal.
- Privilegian la persecución penal más grave.
- Son propios del sistema acusatorio oral.
- Son facultades propias del Ministerio Público
- Las dos instituciones son las muestras palpables de un Ministerio Público institucionalmente fuerte en su actividad de investigación y persecución del delito.
- Son característicos del principio de oportunidad reglada.
- En los dos eventos, la solicitud de aplicación de conversión y procedimiento abreviado, han de ser planteados por escrito.

- En ambos casos no es requisito indispensable que el ofendido sea acusador particular y por tanto sujeto procesal.
- En ambos casos debe quedar constancia escrita de la resolución fiscal en que se acepta o niega dicho procedimiento.
- La resolución fiscal en primera instancia es motivada, pero en la conversión solo si se niega, más si se acepta no. a diferencia del procedimiento abreviado que concede o niega debe ser motivada
- En ninguno de los dos casos, el ofendido puede interponer recurso respecto de la decisión fiscal o judicial en que se niega o acepta la aplicación de la conversión de la acción o procedimiento abreviado, según sea.
- En cuanto a quien lo autoriza, lo hace el ente judicial (Juez o Tribunal penal).

- **Diferencias:**

- En cuanto al sujeto que lo solicita, en la conversión está facultado el ofendido, en tanto que en el procedimiento abreviado lo solicita el imputado a través de su patrocinador al ente juzgador.
- En cuanto al tiempo de presentación, la conversión es hasta la etapa intermedia, en cambio el procedimiento abreviado es hasta antes de la audiencia de juicio.
- En cuanto a los objetivos, la conversión persigue la renuncia de la acción penal por el Ministerio Público en tanto que en el procedimiento abreviado se busca una sanción atenuada.
- En relación con los delitos en que procede, en la conversión procede en delitos de hasta cinco años de prisión que varios literales en los que en general son los que afectarían el interés social; en tanto que, el procedimiento abreviado -procede taxativamente solo para determinados delitos que están reprimidos solo con una pena máxima inferior a cinco años de prisión correccional y no de reclusión,-cuando el procesado admita el hecho que se le atribuye y consienta este procedimiento, -el defensor acredite con su firma que el procesado ha dado su consentimiento.
- En la conversión tiene un rol protagónico el ofendido quien es la persona autorizada por ley para solicitarlo al Fiscal; en el procedimiento penal abreviado su participación

es, ciertamente, accesoria en virtud de las consideraciones que sobre este punto pueda tener el ente judicial, el protagonismo es del procesado.

- La concesión de la conversión de la acción penal cesa las medidas cautelares ya sean reales o personales dictadas en contra del imputado; la aplicación de procedimiento abreviado no cesa las medidas cautelares.

- La conversión constituye una renuncia, por el Ministerio Público, a la prosecución de la acción penal pública a cambio de una descarga de trabajo y la paz social; en tanto que el procedimiento abreviado implica una renuncia a la pretensión punitiva (sanción) máxima a cambio de un trámite simplificado.

- La conversión rompe con el principio de que “el procedimiento penal de manera ordinaria, normal debe concluir con la sentencia, ya que cuando es concedida por el Ministerio Público, la acción pública se convierte en privada y queda sujeta al impulso del ofendido quien puede o no formular querrela; por otra parte, el procedimiento abreviado, en forma inexorable, debe ser resuelto en sentencia ya sea condenatoria o absolutoria.

- De la resolución del Juez de Garantías Penales en que se acepte la conversión de la acción no existe recurso alguno; en tanto que de la sentencia dictada en procedimiento abreviado cabe recurso de apelación.

CAPITULO III

3.1 América Latina

El proceso de transformación del sistema de administración de justicia de América Latina se concretó en la última década, especialmente en los países del cono sur. La transformación no sólo abarcó la administración de justicia penal, sino que fue más amplia y se extendió a todas sus ramas. Este movimiento reformador fue consecuencia indiscutible de los procesos de consolidación democrática, razón por la cual su amplitud alcanzó las bases de las principales instituciones del Estado, reflejado en muchos casos en la reforma de los textos constitucionales, y las leyes orgánicas que regulan la actividad de las principales instituciones de la Nación.

En este sentido puede observarse que Republica Argentina comenzó una importante reforma constitucional en el año 1994, lo mismo Chile en 1997, Ecuador en 1998, Bolivia en 1995, Paraguay en el año 1992, Venezuela en el año 2000 y Colombia en 2001. En todos estos textos constitucionales se ha puesto énfasis en la consolidación de las instituciones democráticas y la independencia del sistema judicial¹¹⁶.

No ajeno a este movimiento reformista podemos observar que prácticamente en todos los países que abarca este estudio se modificó la organización y estructura de sus ministerios públicos o se creó la institución, todo ello producto de la propia reforma constitucional o de la modificación de las respectivas leyes orgánicas.

Como nota común se puede observar que dicha reorganización ha traído una revalorización de las funciones de esta institución, otorgándosele en la mayoría de los casos un status jurídico superior desde el propio texto constitucional.

En cuanto a la estructura interna del Ministerio Publico, podemos resaltar que en todos los países mencionados, la máxima autoridad del organismo es el fiscal general o nacional o procurador general, secundado por los fiscales regionales, provinciales o

¹¹⁶ Jorge Stippel y Adrian Marchisio, *Óp. cit.*, p. 524

distritales, y luego por agentes fiscales. Todos organizados bajo un sistema jerárquico en los cuales tanto el fiscal general o en algunos casos también los provinciales pueden dictar instrucciones para mejorar el funcionamiento del organismo o establecer estrategias de persecución penal. Asimismo, se observa como nota común que el Ministerio Público tiene a su cargo a la policía judicial, con la posibilidad de impartirle instrucciones y efectuarle peticiones concretas, facultades en ocasiones compartidas con el juez.

Por otra parte las reformas pueden sintetizarse como el paso de un procedimiento de neto corte inquisitivo con un procedimiento escrito y formal, a un proceso oral y público de carácter más acusatorio, en el cual la figura del juez deja de tener todo el poder para transmitirlo al Ministerio Público y el imputado pasa de objeto a sujeto del proceso. Claro que no en todos los países la reforma tuvo esa intensidad, para Adrián Marchisio el ejemplo de esta afirmación es Argentina “la transformación no fue completa y se advierten varios elementos del modelo anterior.”¹¹⁷

También es necesario destacar como característica similar que en todos los países, más allá de que existan delitos de acción privada, la mayoría parte de los delitos son de acción pública y el monopolio acusatorio lo posee el Ministerio Público Fiscal. Como ejemplo de esta expresión Adrián Marchisio cita el caso de Chile “que en la reforma constitucional antes mencionada, otorga al Ministerio Público en forma exclusiva la investigación y persecución penal, la dirección de la policía judicial, y lo revise del carácter del órgano autónomo bajo una organización de tipo jerárquica, estas reformas fueron consolidadas a partir del año 1999 con la sanción de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y el Código Procesal Penal desde 2000 que marcaron el rumbo hacia un sistema de enjuiciamiento de tipo acusatorio”¹¹⁸

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Id.*, p. 525.

Del mismo modo Bolivia organizó su “Ministerio Público sobre la base de la independencia, jerarquía y unidad de actuación del organismo, poseyendo un rol esencial en la transformación del nuevo proceso penal de corte netamente acusatorio”.¹¹⁹

Por su parte Colombia a partir del texto constitucional del año 1991 se remarca el carácter autónomo administrativa y presupuestariamente del Ministerio Público, pero como rama judicial del poder público. De acuerdo a la reforma procesal más importante del 2001 su rol en la investigación de los delitos resulta esencial, puesto que se encuentra a cargo exclusivamente de la investigación preliminar, en un sistema que tiende al acusatorio formal, pero que choca con éste al “otorgarle a los fiscales la posibilidad de decidir cuestiones de fondo que hacen a la libertad y bienes de las personas o sobre la responsabilidad de los imputados, que se acercan más a la función jurisdiccional que a la posición de parte requirente, lo que ha suscitado no pocas críticas. Asimismo tiene a su cargo la dirección de la policía judicial”.¹²⁰

Finalmente en Ecuador, desde la ley orgánica de 1997, existe un Ministerio Público con autonomía administrativa y económica, reafirmado luego desde el texto constitucional del año 1998 que le otorga la tarea de representar y defender a la ciudadanía en los procesos penales de acuerdo a la normativa procesal, encomendándole la dirección de todas las investigaciones penales, “al tiempo que destaca su carácter autónomo respecto de los demás poderes del estado. Este rol en el proceso fue acentuado en el código de procedimiento penal que entro en vigencia en el 2001, al definir un proceso de corte acusatorio, donde se encuentran bien delineadas las funciones de acusación, defensa y juzgamiento y coloca a los fiscales a cargo de la investigación y de la dirección de la policía judicial”.¹²¹

Una vez analizado brevemente los países de América Latina con transformaciones singulares en su sistema penal, analizare uno de los principios que ha tratado este trabajo. El mismo que ha buscado renovar el sistema penal, con una respuesta rápida y ágil a las partes.

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ *Ibíd.*

El principio de oportunidad nace ante la imposibilidad material de dar respuesta a todos los casos que ingresan al sistema de administración de justicia y, por consiguiente, como una excepción al principio de legalidad procesal que rige como regla en los ordenamientos penales de los países que integran el estudio.

De modo que este principio siendo una herramienta, y más allá de las críticas que reciba de los partidarios del principio de legalidad procesal -sustentado en la seguridad jurídica del sistema y la igualdad ante la ley-,

[P]ropone aumentar las salidas de calidad que puede otorgar la administración de justicia y en consecuencia, optimizar los recursos existentes para dirigir todos los esfuerzos hacia la investigación de los delitos que más dañosidad social producen. De esta forma y sobre la base de criterios político-criminales y de utilidad social, se produce como se menciono en el capítulo II, una selección racional de los casos en los que el Estado no posee interés público en la persecución, para dar lugar a la investigación de hechos de mayor trascendencia que merecen aumentar los niveles de respuesta judicial¹²².

A consecuencia de la raíz inquisitiva que poseen como denominador común todos los ordenamientos que comprenden los países de la región, el principio de legalidad es la regla y el principio de oportunidad es la excepción, adoptando todos su modalidad reglada, pero con algunas variantes en cuanto a la participación del procesado y de la víctima, y los sistemas de control internos y externos que se detallarán a continuación.

Vale destacar, que en esta región los criterios de oportunidad se encuentran establecidos en la propia ley y no dependen exclusivamente del poder discrecional del fiscal, como ocurre en el proceso americano donde el fiscal puede disponer de la acción penal publica sin sujetarse a ningún tipo de criterio preestablecido.

Adrián Marchisio en la compilación de artículos acerca del Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en Latino América, servirá para desarrollar una síntesis de los países que bajo una serie de estudios teórico y práctico, han usado de excelente forma este principio y a los que todavía les falta por desarrollarlo.

¹²² Jorge Stippel y Adrian Marchisio, *Óp. cit.*, p.528.

Entre los países que incorporaron el principio de oportunidad se encuentra a Bolivia, Chile, Paraguay y Venezuela, mientras que Argentina, Ecuador y Colombia continúan con el principio de legalidad procesal más allá de contadas excepciones.

3.1.1 Bolivia: prevé la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad tan sólo por alguno hechos y respecto de uno o varios imputados, y prescribe cuatro tipos de casos que sintetizan del siguiente modo: hechos de escasa relevancia social, supuestos de penal natural, persecución penal múltiple donde la persecución pierde importancia en comparación con la pena impuesta por otro hecho, cuando es previsible el perdón judicial¹²³ y en supuestos de extradición donde se suspende la persecución hasta que se decide definitivamente sobre el ejercicio de la acción penal. Salvo este último caso, en el resto la aplicación de este principio extingue la acción penal respecto de los hechos y partícipes que se aplique.

3.1.2 Paraguay: la regulación del principio de oportunidad es muy similar a la existente en Bolivia, con la diferencia de que no se requiere que la reparación del daño sea concretada o afianzada con un acuerdo reparatorio, sino que basta con la demostración de voluntad de repararlo. También cabe destacar que ante la disparidad de criterios entre el fiscal y el juez en la aplicación del principio de oportunidad, el caso es revisado por el fiscal general y su dictamen es vinculante para el juez, posibilitando al mismo tiempo otro control jurisdiccional por parte de la víctima que además podría llegar a apelar la decisión que en definitiva adopte el juez.

3.1.3 Chile: la legislación no posee tantos supuestos y sólo corresponde su aplicación cuando el delito no comprometa

¹²³ El perdón judicial, es beneficio del autor o partícipe que, por primera vez sea condenado a pena privativa de libertad inferior a los dos años tomando en cuenta los antecedentes personales del procesado.

gravemente el interés público, la pena mínima abstracta no sea superior a presidio o reclusión menor, y además no haya sido cometido por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones. De este modo, el Ministerio Público Fiscal, que tiene a su cargo la dirección de la investigación posee la facultad de no iniciar la persecución o de abandonar la ya iniciada. Esta decisión puede ser revocada por el juez si considera que no se dan los supuestos de procedencia de tipo formal (monto de la pena o carácter de funcionario público del imputado), así como también si la víctima manifiesta su interés de inicio o la continuación del proceso, y en ambos supuestos el fiscal se verá obligado a continuar con la investigación. A este control jurisdiccional y al control de la víctima, se le agrega otro control de orden interno, que puede generar la víctima cuando su petición es rechazada por el juez, y en tal caso, las autoridades del Ministerio Público revisan si la decisión del fiscal se ajusta a las políticas generales del servicio o la reglamentación que se hubiera dictado al respecto.

- 3.1.4 Venezuela: regulado el principio de oportunidad de modo similar al de Bolivia, pero con algunas particularidades. Así cuando trata el supuesto de insignificancia o infracciones de carácter mínimo, establece como límite que los delitos no posean una pena que exceda los cuatro años de prisión. También en el caso de penal natural, limita su aplicación a los delitos culposos, mientras que resultan idénticas las disposiciones respecto a la prescindencia de una investigación que resulte desproporcionada en orden a la pena ya impuesta por otro hecho o en el extranjero. A diferencia con Bolivia, el ordenamiento venezolano agrega como

criterio de oportunidad la poca relevancia de la participación de un imputado y la aplicación cuando sea posible la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Por otra parte, también un supuesto especial de oportunidad que consiste en la introducción de la figura del arrepentido para casos de delincuencia organizada o criminalidad violenta.

En todos los casos se trata de una petición que realiza el fiscal, que debe ser aceptada por el juez que practica el control formal correspondiente y es admisible durante toda la investigación preliminar y en la etapa intermedia, donde el propio juez tiene que poner en conocimiento a las partes la posibilidad de utilizar el principio de oportunidad. La resolución que resuelve la aplicación de este instituto, como tiene por efecto la extinción de la acción penal, es apelable.

3.1.5 Finalmente, corresponde Argentina, Ecuador y Colombia: bajo criterio del autor ut supra mencionado

[En] sus ordenamientos no cuentan con el principio de oportunidad en el *sentido estricto* (cursivas propias) pero poseen salidas alternativas al juicio oral que lindan con este principio a la luz de un concepto más amplio para doctrinarios como Enrique Bacigalupo- en su obra Descriminalización y prevención-; y Alberto Bovio - en su obra Temas de derecho procesal penal guatemalteco- que comprende a todo tratamiento penal diferente del conflicto social representado por el hecho delictivo.¹²⁴

En especial cabe destacar el caso de Colombia que posee el instituto de conciliación y la indemnización integral, o Ecuador que admite la conversión de la acción penal pública en privada a instancias propias de la víctima-ofendido.

3.1.6 Por nuestra parte mencionaremos Costa Rica país donde se maneja la Conversión de acciones: el art. 20 del Código Procesal Penal “instauró la posibilidad de que la acción

¹²⁴ Entendido como la facultad que posee el órgano público encargado de la persecución penal, de prescindir de ella por motivos de utilidad social o razones de política criminal.

pública pudiera convertirse en privada, a pedido de la víctima, siempre que el Ministerio Público lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido, cuando se investigue un delito que requiera instancia privada o un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas. Si existen varios ofendidos, será necesario el consentimiento de todos”¹²⁵

De este análisis breve de la legislación penal en Latino América, y de revisar varios estudios acerca de la aplicación del principio de oportunidad como excepción al principio de legalidad, se puede decir que en esta región existen cuatro institutos novedosos del derecho procesal penal que, en sentido genérico, representan mecanismos de simplificación del procedimiento: 1. Suspensión penal a prueba, 2. El procedimiento abreviado; 3. Conversión de la acción y 4. La reparación- conciliación como causa de extinción de la acción penal.

Para un cierto grupo de críticos con los cuales nos adherimos, creen “como un buen mecanismo de simplificación del procedimiento y método de descarga procesal, el instituto de la suspensión del procedimiento penal a prueba”¹²⁶.

¹²⁵ Mario A. Houed Vega. *El proceso penal en Costa Rica*. http://www.gambillonjustice.com/media/AA/AT/gambillonjustice-com/downloads/215003/dp-ppenal_costarica.pdf. (acceso. 26/09/12)

¹²⁶ Puede definírsele como un instituto aplicable a quien comete por primera vez un delito leve, que permita una condena de ejecución condicional, para evitar los efectos negativos de las penas cortas privativas de libertad y la estigmatización que podría ocasionarse la celebración del debate oral y público, y el consecuente dictado de una sentencia condenatoria.

Se trata de un supuesto de paralización temporal del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado que puede disponerse a pedido de la persona sometida a proceso, por el cual se le imponen ciertas reglas y condiciones durante un periodo de tiempo (prueba), de modo tal que si el imputado cumple con estas la acción penal se extingue, y en caso de incumplimiento el proceso se reanuda.

En efecto, quien SOLICITA es el imputado y en algunos países también el fiscal solicita la suspensión del proceso a cambio de realizar determinadas tareas comunitarias y reparar el daño ocasionado por el delito en la medida de sus posibilidades, sin que esto implique una confesión sobre el hecho o la aceptación de su responsabilidad penal. en orden a ello, y con la conformidad de las partes, se suspende el proceso por un tiempo razonable en el que deberá cumplir con las obligaciones impuestas.

Adrián Marchisio. *Resumen Comparativo* p. 536. Citado en *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina*. Ed. Ad-hoc. 2002.

Es considerando uno de los mecanismos posibles de simplificación para establecer excepciones al rígido principio de legalidad procesal propio de nuestro regional derecho penal. El instituto analizado difiere del procedimiento ordinario porque no requiere cumplir con todas sus etapas para obtener la solución jurídica del caso y, además porque evita la aplicación de la respuesta tradicional del derecho penal: la pena.

El mecanismo de la suspensión del procedimiento a prueba también representa la simplificación de las reglas procesales. Claro que al mismo tiempo, deja de lado dos principios básicos del sistema de justicia penal de los Estados: la persecución penal como obra del Estado y el principio de legalidad procesal. En este caso se exige que el imputado haya reparado el daño, que haya afianzado la obligación reparatoria, que haya demostrado su imposibilidad de reparar o que haya asumido la obligación de hacerlo. A criterio de Cafferata Nores: “persigue facilitar en: infracciones menores, la resocialización de delinquentes primarios y la reparación de la víctima, a través del cumplimiento de ciertas condiciones, evitando recurrir a la inútil estigmatización de una condena penal”¹²⁷.

En esencia, se trata de una institución que como solución alternativa al proceso penal formal, en América Latina ha sido bien aceptado y utilizado tanto por los operadores del sistema, como por las víctimas, dado que beneficia a todas las partes:

[I]mputado, porque evita el antecedente condenatorio y el debate oral y público; al *fiscal* y *juez* porque permite obtener en menor tiempo una resolución definitiva del caso sin tener que traspasar todas las etapas del proceso y de ese modo les permite optimizar sus recursos para la atención de los casos de mayor gravedad, sin abandonar los fines preventivo-especiales; por último, y no menos importante, beneficia a la *víctima*, porque en ocasiones obtienen una reparación más rápida y de modo conciliatorio, que le permite resolver el conflicto generado por el delito con mejores resultados que los que podría obtener con el dictado -quizás tardío- de una condena¹²⁸.

De las consideraciones previas indican, la justificación, las particularidades y el sentido político-criminal del instituto de la suspensión del procedimiento penal a prueba. Su adopción se comprende, como vimos, en el marco de la grave crisis que afecta a la justicia penal. Se señala, en este sentido que la suspensión del procedimiento penal a prueba: “es

¹²⁷ Cafferata Nores, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, p. 26. Citado en *Principio de oportunidad y proceso de reforma en América latina*. Jurisprudencia Argentina. <http://federacionuniversitaria12.blogspot.com/2010/05/principio-de-oportunidad-y-proceso-de.html>. (acceso. 25/10/2012)

¹²⁸. Adrián Marchisio. *Óp. cit.*, p. 535-537.

una figura que encuentra sustento en la nueva concepción del derecho penal y el procesal penal que sirve de marco para la inmensa transformación a que está siendo sometido el sistema de justicia penal en diversos países del orbe.”¹²⁹

Se trata de un mecanismo dirigido a reducir la actividad procesal y a otorgar una salida alternativa a la sanción penal. Se procede a beneficiar la situación del imputado y satisfacer los intereses de la víctima, posibilitar la aplicación de medidas preventivo-especiales y, por último, reducir la carga de trabajo de la justicia penal.

En Bolivia, la decisión puede ser apelada por el imputado si considera que las condiciones son indignas, y la institución puede ser solicitada por cualquiera de las partes y no sólo a pedido del imputado como en Argentina. En Paraguay, agrega como nota distintiva del resto de países, que el límite de los delitos a los que puede aplicarse es el de hasta dos años. En Chile, se aplica a los delitos con pena en concreto, de menos de tres años y solicita el Fiscal de modo que la institución no es caracterizado como un derecho del procesado o imputado, sino como facultad del Ministerio Público.

En Venezuela el escenario es distinto y podría ser materia de un análisis exhaustivo por separado. En síntesis la regulación difiere en el plazo de la prueba, que no puede ser inferior a dos años ni superior a cinco; en el tipo de delitos a los que se aplica, que son los delitos con pena en concreto no mayor a ocho años; no existe intervención de la víctima ni reparación del daño; el control de las medidas de prueba no es obligatorio, sino que es una facultad discrecional del juez; y por último podría acordarse incluso en reincidentes o de imputados que se encuentren gozando de otra suspensión¹³⁰.

Así se puede interpretar que, evidentemente Venezuela, desvirtúa totalmente el espíritu de la institución. Por otro lado, el jurista Adrián Marchisio, mantiene el criterio de que Colombia y por tanto Ecuador, no manejan esta figura, Colombia mantiene una institución que más o menos que en cuadra con la conciliación al igual que Ecuador, más Ecuador, tiene en el art. 37.2 en el CPP la suspensión condicional del procedimiento tema que no trata este trabajo, pero que varía de lo que sería la suspensión del procedimiento a prueba.

Otra institución es, el procedimiento abreviado que de igual manera se ha tomado en cuenta, es mucho más eficaz que la conversión de acciones. Lo que se necesita es una figura que si bien agilite los procesos penales remarque la importancia de todos los sujetos

¹²⁹ Houed Vega, *Suspensión del proceso a prueba*, p. 148 Citado en *Principio de oportunidad y proceso de reforma en América latina*. <http://federacionuniversitaria12.blogspot.com/2010/05/principio-de-oportunidad-y-proceso-de.html>. (acceso 25/10/2012)

¹³⁰ Adrián Marchisio. *Óp. cit.*, p. 538-539.

procesales involucrados, respetando los principios procesales y los derechos fundamentales reconocidos en instrumentos internacionales y en la constitución. Es decir, lo que se necesita es si bien acuerdos reparatorios por un lado, también una figura como las mencionadas que brinden una solución determinada al caso, con esto fomentara confianza tanto en el fiscal, como en el ofendido, procesado y juez de garantías penales. El consentimiento, punto clave para el éxito de una salida alternativa al juicio formal; será cuando exista un consenso entre todos los intervinientes, si es por iniciativa de uno, pero con aprobación de todos. No se está frente a la decisión subjetiva del fiscal de retirar un caso de la acción pública por la acción privada, sin brindar ni proponer una solución certera. Para mayor explicación citare un ejemplo del artículo Principio de oportunidad y proceso de reforma en América Latina:

En caso de que la víctima rechace la aplicación del principio de oportunidad o la aplicación de cualquiera de los sistemas alternativos. Recurrir al mecanismo de conversión de la acción puede no resultar una solución adecuada. (...) ejemplo de una decisión genérica del Ministerio Público de no perseguir hurtos en supermercados. Si una cadena de supermercados pretendiera utilizar la justicia penal para “proteger” sus bienes, contratando abogados para que utilicen la conversión de acción, de todas maneras se deben dedicar recursos de la administración de justicia penal, los mismos que son escasos¹³¹.

De lo expuesto, se puede concluir que con la conversión de acción, no se propone una solución concreta. Este argumento se evidencia, cuando la norma no obliga al ofendido a iniciar la cuerda de acción privada. Lo que implica que todos los recursos que invirtió el fiscal, hasta la etapa intermedia que es hasta donde se puede proponer la conversión de acción, fueron en vano. El sistema no gana nada, el ofendido no vio resarcido su daño y el procesado ni siquiera fue tomado en cuenta para la decisión. Es por eso, que se analizó instituciones como: el procedimiento abreviado y la suspensión del proceso penal a prueba, que tienen mayor eficacia para el descongestionamiento de las causas.

3.2 Alemania

La República Federal de Alemania no escapa a la inflación sufrida universalmente por el Derecho penal, y como consecuencia de esto, la sobrecarga de trabajo a las autoridades

¹³¹ *Principio de oportunidad y proceso de reforma en América latina*. Jurisprudencia Argentina. <http://federacionuniversitaria12.blogspot.com/2010/05/principio-de-oportunidad-y-proceso-de.html>. (acceso. 26/10/2012)

encargadas de la persecución, lo que ha afectado en forma esencial al Derecho procesal penal.

Como Alemania varios países de la Comunidad Europea sufren de estos inconvenientes legales. Es por esto que, el Consejo de la Comunidad Europea, emitió una recomendación.

Las formas de impartir justicia ágilmente preocupan desde fines de la década de los años 1980 al Consejo Europeo. En 1987 el Comité de Ministros de los Estados Miembros dio a conocer la recomendación R. (87) 18, sobre los modos de simplificar y desburocratizar a la justicia penal. “Se sugiere a los *contentieux de masse* (conflictos penales de escasa relevancia) como primera medida, la adopción del principio de oportunidad, los procedimientos simplificados y la transacción. También la búsqueda de formas expeditivas en los juicios penales ordinarios”.¹³²

Acerca del principio de oportunidad se indica que en y para el ejercicio de la acción penal sea reglamentado y se adopte toda vez que existan elementos de convicción determinantes de la culpabilidad. Se hace hincapié sobre “la gravedad de la infracción, las circunstancias y consecuencias del hecho, le personalidad del sospechable, cuáles podrían ser los efectos de una eventual condena, la situación de la víctima a la que se garante en toda ocasión el daño causado”¹³³

La referida recomendación invita a los Estados europeos a la adopción de la “transacción”:

[P]ara el caso de asuntos penales de escasa monta y mínima gravedad. También *debe ser normada en forma minuciosa* (cursiva propia) incluso sobre el monto dinerario que debe pagarse por el infractor al Estado o para alguna entidad de beneficencia, la indemnización a la víctima, la restitución de bienes, etc. Y en las condiciones de ejecución la transacción no difiere del llamado “archivo condicional de la causa”, en la medida que

¹³² En el informe del Comité Europeo sobre los problemas de la criminalidad (Consejo de Europa, Estrasburgo, 1980), se lee: “el sistema de justicia penal es sólo una parte secundaria de los mecanismos que actúan en la sociedad para el control del conflicto y las situaciones indeseables”.

Consejo Europa. [http://www.european-council.europa.eu/SearchResults?SearchValue=R%20\(87\)18&lang=es&Tab=0&LanguageFilter=](http://www.european-council.europa.eu/SearchResults?SearchValue=R%20(87)18&lang=es&Tab=0&LanguageFilter=). (acceso 03/10/12)

Elias, Neuman. Mediación y conciliación penal. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1997. p. 105

¹³³ *Ibid.*

está presidido por el principio de oportunidad por el cual el Ministerio Público no hace uso de la acción penal o desiste de ella, en estos casos, es obvio, no habrá condenación penal y, por ello, tampoco reincidencia¹³⁴.

El Consejo Europeo recomienda “la adopción de otras medidas procesales siempre basadas en la posibilidad, cualquiera que fuese el delito, de que *la víctima asuma el rol de parte querellante* (cursiva propia) y, por el otro lado, la facultad que se concede al juzgador, en ciertas condiciones, para la suspensión del proceso y aun de la sentencia”¹³⁵.

También sobre la base del principio de oportunidad el Consejo Europeo hace hincapié en “la descriminalización de conductas masivas e inexperiencias ya sea transformándolas en infracciones administrativas o, en ciertos casos, en conductas atípicas. En el primer caso se trata de procedimientos sumarios tendientes a la no aplicación de penas coercitivas o corporales sino de multas cuyas formas de pago, en ciertas oportunidades, se conviene con el infractor”¹³⁶.

A cerca de los denominados procedimientos simplificados tienen directa relación con los delitos sin mayor sustancia penal o social. En ciertas oportunidades no es posible evitar la acción penal o de suspender definitiva o condicionalmente el proceso; entonces se trata de evitar la burocratización y, el coste social y económico.

De este punto, Julio Maier en su obra *¿Es aún practicable el derecho procesal penal?*, emite su criterio en una presentación en Alemania y analiza los problemas de ese país, que no eran muy alejados del suyo:

(...) [La] simplificación del procedimiento preliminar con la introducción del procedimiento de investigación a cargo de la fiscalía, que también es necesario por otras razones (principio acusatorio, imparcialidad judicial), la introducción limitada, por el principio de legalidad en ciertos casos, las distintas maneras en que las legislaciones nacionales abrevian el juicio público e intentan simplificarlo (procedimiento principal abreviado, juicio oral no público, patteggiamento sul rito o sulla pena, todos los métodos que presuponen acuerdos entre acusador y acusado), *no significan, por una parte, otra cosa que la renuncia a principios*

¹³⁴ *Id.*, p. 106-107

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Ibid.*

*fundamentales del sistema penal y, por la otra, no constituyen remedio alguno para la ineficacia del procedimiento penal, sino tan sólo paliativos que, la mayoría de las veces y casi exclusivamente, intentan ocultar esa ineficacia. (Cursivas propias)*¹³⁷

Cada tarea que el Derecho penal propone al Derecho procesal penal está condenada al fracaso, desde un principio: lo que se menciona ut supra como "inflación del Derecho penal" Julio Maier lo considera como "ineficacia del procedimiento penal". Alemania no escapa de la situación descripta. Si bien la Ordenanza procesal penal de ese país en adelante (OPP), regula dos mecanismos para simplificar el proceso común: el procedimiento por mandato penal y el procedimiento acelerado, no han dado una respuesta positiva, no fueron suficientes.

- Procedimiento por mandato penal: es el más importante en Alemania para el castigo de los casos sencillos de pequeña y mediana criminalidad. En él a pedido de la fiscalía a través de un mandato penal escrito, pueden ser impuestas penas de multas y privativas de libertad de hasta un año.

En principio este presupuesto esta para que la fiscalía no considere necesario la realización de juicio oral. No es indispensable que el procesado sea escuchado por el juez antes de que se dicte el mandato penal y en lugar de la acusación se formula el requerimiento de mandato legal, a través del cual es promovida la acción pública. Además, a diferencia de la acusación, el requerimiento debe ser dirigido a una consecuencia jurídica determinada. Se suprime el auto de apertura del juicio y si el juez no tiene reparos contra la emisión, el mandato penal se dicta sin juicio oral, y se notifica al procesado por escrito. Contra el mandato legal el procesado puede formular objeción dentro del plazo de dos semanas a partir de la notificación. Si la objeción es admitida, se obliga a la realización de un juicio oral¹³⁸.

- Procedimiento acelerado: previsto para los casos en los que se puede proceder inmediatamente en razón de que el estado de cosas es sencillo o por la clara situación probatoria. En este tipo de procedimientos no se puede imponer una pena privativa de libertad superior a un año, ni una medida de seguridad. Sin embargo, y la diferencia con el anterior es que aquí no se suprime el procedimiento, sino que se lo realiza inmediatamente o en un plazo breve. “Las características que conducen a

¹³⁷ Julio, Maier. *¿Es practicable el proceso penal?*, publicado en “El Dial”, pub. Electronica, www.Eldial.com.ar.2009. y en <http://es-es.facebook.com/notes/mediaciones-exitosas/es-a%C3%BAAn-practicable-el-proceso-penal-por-julio-maier/159320370403>. (acceso. 27/10/2012).

¹³⁸ Gabriela E. Córdoba. *Acuerdos Informales en el Procedimiento penal alemán*. p. 738. Citado en Homenaje a Claus Roxin-Nuvas formulaciones en las ciencias penales. Ed. Universidad nacional de Córdoba. 2001

la abreviación y simplificación del proceso son: la acusación puede ser formulada oralmente en el debate, sin que con anterioridad se deba presentar un escrito de acusación; el procedimiento intermedio se suprime, y el plazo de citación es de 24 horas; además, con el consentimiento del acusado, del defensor y del fiscal”¹³⁹.

Estas medidas aceleratorias, y las extensiones del principio de oportunidad previstas en la OPP, no resultaron suficientes. Como consecuencia de ello, la práctica judicial alemana encontró una solución radical propia que, en un principio, se mantuvieron ocultos durante muchos años y luego fue saliendo poco a poco a la luz: se trata de los acuerdos informales.¹⁴⁰

3.2.1 Procedimiento en el sistema Alemán

Este mecanismo de aceleración del procedimiento, que se ha ido extendiendo cada vez más en los últimos veinte años, no ha encontrado hasta ahora recepción legal alguna aunque, como se verá, si ha sido regulado paulatinamente. “Esta práctica consiste en que entre las partes realicen acuerdos informales. Estos acuerdos son realizados en el procedimiento de investigación, en el procedimiento intermedio o en la etapa de juicio, pero son estos últimos los que adquirieron mayor significación en Alemania”¹⁴¹.

3.2.1.1 Etapa de investigación: la investigación, luego de una denuncia o de su iniciación de oficio, está a cargo de la policía bajo la dirección del Ministerio Público¹⁴². El Ministerio Público es el dueño de la investigación y define en principio tanto contra quién y de qué manera se lleva a cabo. El

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Id.*, p. 739.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Se entiende por “Ministerio Fiscal” la autoridad encargada de vigilar en nombre de la sociedad y en interés general de la aplicación de las leyes con sanciones penales, teniendo en cuenta, por una parte los derechos individuales y por otra, la necesaria eficacia del sistema de justicia penal.

Consejo de Europa. Recomendación (2000).19 a los Estados Miembros sobre El papel del Ministro Fiscal en el Sistema de Justicia Penal.

<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1465399&SecMode=1&DocId=1452698&Usage=2>. (acceso: 03/10/12)

Ministerio Público ejerce el control del respeto del derecho durante la actuación policial y asume la responsabilidad de una práctica de la prueba completa, fidedigna, reproducible durante el juicio oral y que corresponda a las normas del código procesal penal.

Su tarea se rige por el principio de legalidad que le obliga a iniciar la investigación si existen elementos suficientes que permita suponer la existencia de un hecho punible, a dirigir la investigación controlando la legalidad de la actividad policial, con el fin de decidir, si formular la acusación, aplicar el principio de oportunidad plasmado de diferentes formas en el código procesal penal o archivar el caso por falta de pruebas o de un hecho punible.

Lo cierto es que en Alemania las facultades del fiscal son extensas, incluso si es necesario medidas, que constituyen una intervención en los derechos fundamentales de una persona, las puede declarar. Por ejemplo: intervención telefónica. “Pero siempre estas medidas o estas funciones excesivas del fiscal, están supeditadas a un recurso del imputado, se de oficio o por parte del “juez de investigación” (Ermittlungsrichter), que es uno distinto al juez de instrucción. En ejemplo y para que se entienda el rol del fiscal y del juez; el juez puede dictar la prisión preventiva

basándose en una causal diferente a aquella alegada por el fiscal”¹⁴³.

La acusación en el sistema alemán tiene dos funciones: “por una parte, pone al acusado en conocimiento de los hechos que se le imputan, de la evaluación jurídica de éstos por el Ministerio Público así como de las pruebas existentes en su contra para, de esta forma, asegurar su derecho de defensa”¹⁴⁴.

Vale destacar, que las partes como en el Ecuador tienen acceso a la carpeta de investigación, de que el fiscal describe su evaluación de los hechos y del derecho en la acusación y, finalmente, de que una duración excesiva del procedimiento resulta conforme a la Convención Europea de Derechos Humanos y a fallos de la Corte Constitucional Alemana. Otra función importante del Ministerio Público en esta etapa, es su actuación como filtro, del sistema procesal. “Bajo su criterio lleva por una parte ante el juzgado solamente los casos susceptibles de condena y por otra parte a los que no son susceptibles de entrar a juicio. En este sentido, cabe resaltar usa el principio de oportunidad para los casos de bagatela”¹⁴⁵.

3.2.1.2 Etapa intermedia: con la acusación la dirección pasa al juez, que en el proceso intermedio estudia sobre la base de las actas si considera que

¹⁴³ Jorge Stippel y Adrian Marchisio, *Óp. cit.*, p.494

¹⁴⁴ Jorge Stippel y Adrian Marchisio, *Óp. cit.*, p.495

¹⁴⁵ Jorge Stippel y Adrian Marchisio, *Óp. cit.*, p.495 .

efectivamente existe una sospecha que pudiera justificar una condena.

Conviene destacar que el sistema alemán no conoce una división de funciones entre el juez de garantía y el juez del juicio oral. Es decir, “los jueces orales de la corte local ejercen a su vez por turno la función del juez de garantía, siendo los jueces de garantía exclusivos, existentes solamente ante una carga de trabajo importante- a criterio del jurista Andres Bitter, esto es consecuencia de una concentración de recursos y no de una necesidad legislativa”¹⁴⁶.

El rol del juez en esta etapa, tiene dos opciones frente al caso concreto. Si considera que, efectivamente existe sospecha que pudiera justificar una condena, decisión que toma luego de dar la oportunidad al imputado y a su abogado defensor a pronunciarse sobre la acusación, y, es necesario destacar que, es con conocimiento de la carpeta de investigaciones que le es enviada junto con la acusación, dicta auto de apertura, por lo cual pasa al juicio oral.

Si, por el otro lado, considera que las pruebas recabadas no parecen suficientes para una condena, puede ordenar, él mismo, lo que en Alemania muy raramente ocurre, “devolver las actas al Ministerio Público con la propuesta de nuevas investigaciones o rechazar la apertura, en cuyo caso el fiscal puede interponer recurso ante

¹⁴⁶Jorge Stippel y Adrian Marchisio, *Óp. cit.*, p.495 Citado en Andrés, Ritter. Alemania..

la segunda instancia. Asimismo, puede recalificar los hechos, decisión que es solamente apelable cuando la recalificación conlleva la consecuencia de una apertura del juicio oral ante un tribunal inferior”.¹⁴⁷

3.2.1.3 Finalmente, la etapa del juicio oral: en esta etapa el sistema penal alemán, se diferencia de otros sistemas, porque está caracterizado por un rol del juez durante el juicio oral de predominante responsabilidad. Conoce una obligación marcada del juzgado de ejercer la investigación de oficio durante la audiencia, que se manifiesta formalmente, por ejemplo: “en el hecho de que sea el juzgado que primero efectúa el interrogatorio contradictorio del acusado o de los testigos, seguido por el fiscal y posteriormente por el abogado defensor, de haberlo, y el acusado”¹⁴⁸. Siendo el esclarecimiento de la verdad el objetivo central del proceso penal, y teniendo en cuenta el rol predominante del juez en esta etapa, no depende de solicitudes del fiscal o del abogado defensor para recabar nuevas pruebas, sino que puede y debe, hacerlo de oficio, si considera que esas pruebas son necesarias.

3.2.2 Salidas Alternativas al juicio oral

Una vez analizado el proceso penal ordinario alemán, es necesario hacer eco, de los procesos alternativos al proceso formal.

¹⁴⁷ Jorge Stippel y Adrian Marchisio, *Óp. cit.*, p.496 Citado en Andrés, Ritter. Alemania.

¹⁴⁸ Jorge Stippel y Adrian Marchisio, *Óp. cit.*, p.499 Citado en Andrés, Ritter. Alemania. p.499

En el código procesal alemán, no están previstas textualmente las etapas de los procesos alternativos. Desde hace “veinticinco años conforman un ingrediente permanente del día a día de la administración de justicia, especialmente en casos penal-económico, y es en los últimos años que se han comenzado a dar en ámbitos de delitos de estupefacientes, de los delitos sexuales y en casi todos los casos en los que aparecen más de dos acusados, tres defensores o diez testigos”¹⁴⁹.

A la sobrecarga de los órganos jurisdiccionales y el tiempo invertido con los grandes procesos, temas probatorios poco claros, difíciles cuestiones jurídicas, defensas conflictivas, son estas causas que fomentan a la justicia a fomentar soluciones rápidas y económicas. En relación al acusado, “se trata de que la duración y la intensidad del procedimiento se minimicen así como de que obtenga una reducción de la penal aceptable. Es así que, se busca llegar a un acuerdo bilateral en Alemania se recoge un programa de comportamiento a seguir, pero también una especie de negocio de trueque –se cambia confesión por reducción de pena-”¹⁵⁰.

De acuerdo con una breve encuesta llevada a cabo hace poco en un estado federado alemán citado por Bárbara Huber, en una Revista Penal, obtuvo lo siguiente:

El 95,5% de los jueces-presidente, fiscales y defensores encuestados (todos especialistas en delitos económicos) habían participado ya en procedimientos de negociación en causas penales económicas, y el 57,4% habían resuelto en el año 2004 más de la mitad de sus procesos de manera consensuada. Para el 81% de los encuestados, los acuerdos sobre la sentencia fueron un instrumento irrenunciable para la finalización de las causas penales económicas¹⁵¹.

Explica la jurista citada que es típico de la práctica negociadora, que la mayoría de las conversaciones sobre posibles acuerdos tengan lugar antes o fuera del juicio oral (87,4). (...) En estas conversaciones se discute sobre el espectro global de los diferentes contenidos que puede tener el acuerdo, entre los que destaca esencialmente la posible pena en concreto a imponer en caso de llegarse a un acuerdo (96%). Los participantes en esta

¹⁴⁹ Huber, Bárbara. “Últimas tendencias en materia de negociaciones en el proceso alemán”. Revista Penal Doctrina N. 22. (Julio 2008). p. 1-3

¹⁵⁰ *Id.* p. 3

¹⁵¹ *Ibid.*

especie de conversaciones de tanteo son el juez, el fiscal y el defensor, *pero el acusado generalmente no está presente* (cursivas propias).¹⁵²

Acorde al artículo de la Revista Penal citada, se afirma que el acusado se irritaría pronto a causa de los razonamientos expuestos por los expertos jurídicos. “Especialmente sobre la pena en concreto a imponer, y no sería de mucha ayuda para hallar la solución deseada”¹⁵³. Su no participación viene compensada con la ilustración acerca del contenido de las conversaciones que realiza el defensor de manera amplia una vez que han concluido las conversaciones. De manera que, puede participar como “acusado informado” en el devenir procedimental inmediato.

Y es que justamente, por este tipo de debilidades de las salidas alternativas como la no participación de todos los sujetos procesales, es que varios juristas alemanes dan su criterio, a este tipo de innovaciones jurídicas:

En un proceso penal marcado por el principio de legalidad (§ 152 II Código Procesal Penal alemán, en adelante abreviado StPO) y por el principio de investigación oficial (§ 244 II StPO), en el que tengan rango constitucional los principios propios democráticos de la presunción de inocencia y de la igualdad ante la ley, en el que tengan una importancia decisiva los principios de publicidad, oralidad e intermediación, así como el deber de hallar la verdad material en el juicio oral (§261 StPO), y en el que se garanticen como derechos del inculpado la libertad de declarar (§ 136 I 2 StPO), el derecho a preguntar y el derecho a tomar posición tras una declaración testifical, así como el derecho a solicitar la práctica de pruebas, tal comportamiento provoca, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, numerosas objeciones.

A diferencia del clásico juicio oral, en el que todo material recogido por el acusador está sujeto a un cuidadoso examen judicial antes de que se convierta en fundamento de una sentencia, la *resolución judicial tras un acuerdo no tiene sustento legal o respaldo legal* (Cursiva propias) pues, se apoya básicamente en la confesión del acusado. (...) [T]ras su constatación con el contenido de los documentos que conforman la causa o con el devenir del proceso, surgen dudas sobre su veracidad, (...) o se considera demasiado insustancial¹⁵⁴.

Analizado las negativas a la salida alternativa, pues se entendería se contraponen a varios principios de rango constitucional. Finalmente, se puede concluir que, en Alemania el sistema penal colapsado administrativamente hablando, tiene sus sistemas de simplificación del proceso, sea el archivo de la causa penal incondicional o condicional,

¹⁵². *Ibid.*

¹⁵³ *Id.*, p. 3-4

¹⁵⁴ *Id.*, p. 4

suspensión del proceso e incluso el archivo de la causa; también se toma en cuenta la posibilidad de una transacción o un acuerdo entre las partes que incluye tan solo al juez y a la fiscalía. Pero que para criterios de muchos doctrinarios violenta algunos principios constitucionales principalmente el de legalidad.

Ante esto y como anticipando lo que sería una solución Roxin, mencionó que el principio de subsidiariedad¹⁵⁵ no sólo debería tener importancia legislativa, sino también judicial. “Para alcanzar ese objetivo recientemente se ha propuesto a la reparación como alternativa. Si ella es entendida no sólo como una indemnización económica, sino, ante todo, como reposición al estado anterior- status quo ante; el autor debe colocar el mundo en el estado en el cual se encontraría de no haber obrado ilegítimamente-, entonces puede jugar un papel importante como sustituto del sistema penal.”¹⁵⁶ Además, de que el doctrinario, afirma esta solución del conflicto social como una gran ayuda para la víctima.

3.3 Estados Unidos

Existe hace mucho tiempo en los Estados Unidos una admisión plena y amplia de lo que se denomina *plea bargaining* para Elias Neuma: “justicia pactada, negociada o transada”¹⁵⁷. El jurista ecuatoriano Jorge Zavala Egas por su lado en traducción libre lo define como “súplica negociada”¹⁵⁸; ambos especifican que es entre el Ministerio Público y el abogado de la defensa, previa al juicio. Jhon Langbein presenta en lineamientos generales, que surge “cuando el fiscal acusador induce al acusado a confesar su culpabilidad y a suspender su legítimo derecho constitucional a un juicio con jurado, a cambio de una sanción penal más benigna que aquella que hubiese podido imponer el jurado en un juicio normal. El fiscal puede ofrecer un beneficio en dos direcciones, bien en

¹⁵⁵ Claus Roxin. *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*. Córdoba: Universidad de Córdoba. 2001. Citado en Gabriela E. Córdoba. *Acuerdos informales en el procedimiento penal alemán*. p. 789.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Elias, Neuman. *Óp. cit.*, p. 116.

¹⁵⁸ Jorge, Zavala Baquerizo. El procedimiento abreviado. Revista Jurídica Online. http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=476&Itemid=37. (acceso: 02/10/2012)

forma directa reduciendo los cargos o indirectamente a través de la aprobación que haga el juez de la recomendación sobre la sentencia”¹⁵⁹.

Las posiciones a favor y en contra por juristas americanos no se hacen esperar, tomare a Sanderfur como jurista a favor y a Tymotheny Lynch en contra:

Sanderfur argues that, in such cases criminal defendants are not being punished for a refusal to bargain; they are instead being punished for “violating the law.”

Sanderfur’s defense of plea bargaining repeatedly returns to the idea that criminal defendants have the “right to make a contract,” as in other free-trade situations. But plea bargaining is not free trade. It is a forced association. Once a person has been charged with a crime, he does not have the option of walking away from the state¹⁶⁰.

En traducción libre:

Sanderfur sostiene que, en esos casos los acusados criminales no están siendo castigados por la negativa a negociar; sino están siendo castigados por “violar la ley”.

La defensa del plea bargaining de Sanderfur repetidamente vuelve a la idea de que el acusado tiene el “derecho a hacer un contrato”, como en otras situaciones de libre-negociación. Pero el plea bargaining no es libre de negociación. Se trata de una asociación forzada. Una vez que la persona ha sido acusada de un delito, no tiene la opción de huir del Estado

Como en todo sistema, existen argumentos infinitos a favor o en contra, más lo importante es saber que cada sistema funciona de acuerdo a la cultura jurídica y sociedad para la rige, no pensar que porque un sistema descongestione el sistema judicial de determinada forma; va a funcionar de igual manera en otro.

Lo importante de este sistema anglosajón es que se refiere no solo a la criminalidad pequeña, sino aquella de mayor volumen que causan daño y alarma social, en gran medida.

En los Estados Unidos, el organigrama del proceso penal es bastante diferente del sistema civil. “Tanto el gobierno federal como los Estados están facultados para procesar delitos penales. El gobierno federal y cada uno de los estados cuentan con sus propios estatutos penales, sistemas de tribunales, fiscales y agencias policiales”¹⁶¹.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ Tymotheny Lynch. *The Case against the plea bargaining*. Cato Institute. p. 4.

¹⁶¹ Guía sobre los procesos penales en Estados Unidos. http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/usa/sp_usa-int-desc-guide.pdf. (acceso: 02/10/2012)

Aunque existen diferencias en los procesos penales entre los distintos estados y entre éstos y el gobierno federal, ciertos principios medulares del derecho penal y la práctica en los Estados Unidos se aplican por igual a todas las investigaciones y procesos estatales y federales. En primer lugar, en todo el país la investigación y el proceso de un delito son responsabilidad del poder ejecutivo. Los fiscales, investigadores y policías son miembros del poder ejecutivo y no del judicial. En los Estados Unidos no existe el concepto de juez investigador, como los hay en los sistemas civiles. Para ubicarnos en este terreno, es importante describir las entidades encargadas de la investigación, y son las siguientes:

Al ser la responsabilidad de investigar y procesar delitos en los Estados Unidos recae en el poder ejecutivo. Todos los fiscales federales forman parte del Departamento de Justicia estadounidense. Además, los investigadores de la Oficina Federal de Investigaciones (FBI) y de la Administración de Drogas (DEA), los Alguaciles Estadounidenses (*U.S. Marshals*) y los investigadores penales de la Oficina de Alcohol, Tabaco, Armas de Fuego y Explosivos (BATFE) son todos empleados del Departamento de Justicia, y como empleados del Departamento de Justicia se encuentran bajo la supervisión del Procurador General¹⁶².

Una vez aclarado el tema de las entidades, volveremos a la concepción antes mencionada por Jhon Langbein, pues surge un hecho esencial:

El procedimiento se fundamenta en la confesión del acusado, a quien se propone un “negocio” por parte del fiscal, el cual tiene una gama de ofertas que hacer a cambio de un solo acto proveniente del acusado, cual es su declaración en la cual acepta la autoría en el delito, como resultado de lo cual, aparentemente, son favorecidas las dos partes, esto es, el fiscal porque se adjudica un triunfo y se ahorra el trabajo de probar la existencia jurídica del delito y la culpabilidad del acusado; y el acusado porque se ahorra el tiempo de condena que podría recaer si se sustancia el proceso normalmente¹⁶³.

Se entiende entonces que, tomado en consideración la imputación, cualquiera que sea el delito, se puede pedir para el imputado el *pleading*, a fin de que se pronuncie sobre su culpabilidad. Si se confiesa autor del delito (*pleads guilty*), opera el *plea* o respuesta de la defensa.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Jorge, Zavala Baquerizo. *Óp. cit.*

El sistema norteamericano, según García Torres citado en el artículo del jurista Jorge Zavala Egas se presenta en tres categorías, a saber: El “sentence bargaining”; el “charge bargaining” y la forma mixta¹⁶⁴.

- Sentence bargaining: consiste en un acuerdo entre el acusado y el juez, y/o el Ministerio Público por el cual, a cambio de la confesión de culpabilidad del justiciable se le promete la imposición de una pena concreta entre varias posibilidades.
- Charge bargaining: el imputado declara su culpabilidad por la comisión de uno o más hechos delictivos a cambio de la promesa de que no se ejercerá la acción penal por otros delitos que no son imputados; y ante lo cual el prosecutor desvirtúa entonces la imputación, sustituyendo el hecho que originalmente sostenía la acusación por uno menos grave, e incluso, y de existir varias imputaciones, dejando de perseguir alguna de ellas.
- Forma mixta: es una compleja aplicación tanto del “sentence bargaining” y del “charge bargaining” por el cual la confesión del imputado puede significar la reducción de los cargos existentes contra él y también la reducción de la pena. Lo que importa es concluir estableciendo: a) que la aplicación del procedimiento especial o excepcional se fundamenta única y exclusivamente sobre la confesión del acusado; y, b) que dicha confesión incide en la reducción de cargos, o de la cantidad de pena que debe imponerse al confesante.

A criterio del jurista Jorge Zavala Egas “al instaurar el negocio judicial en nuestro procedimiento penal se quiso imitar el sistema norteamericano antes sintéticamente explicado sin ponerlo en relación con nuestro CPP y con algunas de las normas que se encuentran incorporadas en la Constitución”¹⁶⁵. Para ello, se hará referencia al art. 370, trámite del procedimiento abreviado del CPP: que para que se acepte el procedimiento abreviado es necesario que el fiscal o el imputado, propongan el procedimiento abreviado en un escrito que deben presentar ante el juez que estuviere en ese momento en

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*

conocimiento del proceso¹⁶⁶, esto es, “el juez penal, o el tribunal penal, que el imputado, o el acusado, en su caso, reconozca su culpabilidad y declare su aceptación a la aplicación del procedimiento abreviado y que el defensor, particular o público, abalice con su firma que el consentimiento del justiciable ha sido otorgado libremente”¹⁶⁷.

Es necesario recalcar que este trabajo no trata sobre el procedimiento abreviado, pero una vez más recalcaremos que al ser una especie de genérico; es de importancia tratarlo. Además de que es éste preciso genérico, el que se trata en Estado Unidos y del que devienen todas las derivaciones como, la conversión de acción.

Volviendo al tema del plea bargaining, que por así decirlo, impide o se ubica frente al juicio oral, es aceptado en proporción del 10 a 1. “En muchos Estados los asuntos penales se resuelven en un 90% sin llegar a juicio sino por la simple negociación de las partes”¹⁶⁸.

El modelo de la justicia pactada comenzó a tener mayor vigencia después de la Segunda Guerra Mundial al aumentar, de modo notable, la criminalización de comportamientos sociales, y por ende, se abarrotaron los juzgados penales de juicios. “Alrededor de 80 a 90% de causas fueron resueltas mediante esta forma de justicia negociada. En la actualidad, con el apoyo de la Corte Suprema de Justicia y el sistema de *plea bargaining* ha sido adoptado por Holanda e Inglaterra, e igualmente por Austria en lo que se refiere al uso y tenencia de drogas”¹⁶⁹.

Cabe recalcar que para doctrinarios como Elias Neuman afirman: “que el sistema norteamericano es pasible de utilización en cualquier tipo de delito en que, si se dan las pautas referidas, se archiva el caso. Se inspira en el principio de oportunidad adoptado por Alemania, aunque en este país solamente para causas de insignificancia”¹⁷⁰. Frente a este criterio, nos lleva a revisar las ventajas y desventajas del denominado plea bargaining que propone este mismo autor:

¹⁶⁶ Código de Procedimiento Penal. Art. 310. 2012.

¹⁶⁷ Código de Procedimiento Penal. Art. 310. 2012.

¹⁶⁸ Elias Neuman. *Óp. cit.*, p. 116

¹⁶⁹ Elias Neuman. *Óp. cit.*, p. 117

¹⁷⁰ Elias Neuman. *Óp. cit.*, p. 117

- 3.3.1 Las ventajas del plea bargaining: estimula un juzgamiento rápido de la gran mayoría de las causas penales, evitándose los efectos desmoralizadores y perniciosos de las demoras y, en especial, el egreso rápido de la cárcel, lo que, según se afirma, permite también una rehabilitación acelerada. En esta formulación eminentemente pragmática se señala el ahorro en cuanto a recursos humanos, medios y servicios y el hecho de que puedan ser juzgados más casos con mayor eficiencia.
- 3.3.2 Las desventajas del plea bargaining: las críticas se centran en que el bargain (negociación, transacción) rompe amarras con el principio de inocencia. Se afirma que se produce una suerte de desigualdad entre los negociadores, según el infractor tenga o no dinero. También se critica la falta de publicidad con la presión y coacción psicológica que ella importa y la manipulación política a la que se presta el sistema.

Estas críticas de Elias Neuman, permite llegar a la conclusión de este capítulo, y en si resumir el trabajo; pues, para que funcionen este tipo de negociaciones, es necesario aterrizar a la realidad que atraviesa el sistema penal, sus desigualdades y obediencias, pero no invalidan el hecho de que la transacción resulta de la libre manifestación de voluntad de las partes que integran el proceso penal. Si bien es cierto, es una salida valida a la sobrecarga de casos y puede resultar ventajoso para el imputado en la mayoría de los casos; es necesario que este estrictamente direccionado en la ley, y no deje la actuación de las partes al libre albedrio.

Más concretamente y en referencia al tema de este trabajo *La conversión de acciones en materia penal* en el Ecuador se puede decir que no es una institución clara. Se analizó las figuras existentes en otros países con especial atención de Costa Rica, pues tiene como salida alternativa al juicio a la Conversión de acciones. De la página oficial de la fiscalía costarricense citare la opinión acerca de esta figura:

Se encuentra en el artículo 20 del Código Procesal Penal. Con su utilización, se permite que una acción pública perseguible a instancia privada pueda convertirse en acción privada, siempre que lo solicite la víctima y que el Ministerio Público lo autorice. Los requisitos para que se dé esa autorización son:

a) Que no exista un interés público en esa acción pública

b) Que ese interés público, si lo existe, no haya sido gravemente comprometido, quedando a criterio del fiscal calificar la "gravedad" del caso, pero en todo caso ese criterio es controlable por el juez por medio de la impugnación.

c) Procede en dos tipos de delito: cuando el delito requiera instancia privada (o sea, los delitos enlistados en el artículo 18 del Código Procesal Penal) o bien cuando se trate de un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre la persona. En caso de que haya varios ofendidos, es necesario que el imputado obtenga el visto bueno de todos.

La ventaja de convertir la acción es que el querellante (nombre que recibe el abogado apoderado que lleva adelante la causa, representando a la víctima) no necesita presentar su acusación ante el juez de la etapa intermedia, con lo que pierde un tiempo considerable, sino que presenta la acusación directamente ante el juez de juicio (llamada querrela). Este procedimiento es más rápido para la víctima, y tiene menos garantías para el imputado, pues no se realiza la audiencia preliminar donde su defensor puede oponerse al requerimiento del acusador.

La conversión de la acción pública en privada, requiere de la autorización del representante del Ministerio Público¹⁷¹.

De lo expuesto, se evidencia una fuerte diferencia entre la tipificación de la conversión de acción en Costa Rica con la de Ecuador, y es que la solicitud de la figura jurídica la hace la víctima, más no el ofendido. Criterio con el que no del todo se concuerda pues, la participación de los sujetos procesales, es de vital importancia en pro de los derechos de cada parte y para no vulnerar ningún principio del debido proceso. No, porque se hable de un proceso alternativo al juicio formal, se entiende abreviación de principios procesales, no se puede sacrificar tiempo por garantías constitucionales y respeto al debido proceso.

¹⁷¹ Ministerio Público. Costa Rica. <http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/servicios/denuncias.html>. (acceso: 14/10/2012)

Aunque esta más clara la figura jurídica, pues se entiende cual va a ser el juez que va a recibir la acción privada. Además, señala la exigencia de la querrela, requisito que no contempla el código de procedimiento penal, y que ocasiona desconfianza para el fiscal.

Otro de los puntos con los que no se concuerda es el absoluto poder del fiscal en aprobar o no la conversión, característica de ambas legislaciones. Se entiende que con este excesivo poder del fiscal desequilibra la participación de las partes procesales, y por tanto viola el principio de igualdad procesal. En Costa Rica, se habla expresamente en el artículo de la conversión de acciones de la *impugnación* que tiene el juez contra la decisión del fiscal, que de alguna manera se limita su actuación dentro de este procedimiento.

Es así, como se puede concluir que si bien la figura conversión de acciones tiene como objetivo ser un método alternativo al juicio formal, permitir el descongestionamiento de causas, para los fiscales, pues lo que se gana es justamente descongestionar las causas de acción pública, más no la de acción privada. No se puede advertir que ha funcionado. Sea ha trabajado con la conversión de acciones, si, pero no lo suficiente y lo que es peor en la práctica no ha generado seguridad jurídica y confianza.

Finalmente, esta figura tiene tres opciones a futuro: la primera como la mayoría de fiscales y jueces opinan es que llegara al desuso y no se ahondará más en el tema, la segunda, derogación del artículo del código de procedimiento penal y continuar con el resto de procedimientos alternativos que ha comparación con la conversión de acciones funcionan mucho mejor, y por ultimo y la que en razón de buscar el espíritu de la norma y la eficiencia de la figura, aporta este trabajo es con una reforma. La misma que se propone en el siguiente capítulo.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Conclusiones

Una vez que se ha realizado el análisis correspondiente sobre los procedimientos alternativos al proceso ordinario penal, desde su historia, pasando por un análisis de uno de ellos que es el tema de este trabajo la conversión de acción, y comparándolo con Latinoamérica, Alemania y Estados Unidos, se pueden llegar a las siguientes conclusiones:

- La conversión de acciones, tal como se plantea en el código de procedimiento penal en el art. 37; genera vacíos importantes para su correcto entendimiento como aplicación. Esto en relación al hecho de que esta figura se plantea como una solución facilista para la eficacia de la justicia penal en la descongestión rápida de causas, más no tiene los lineamientos apegados a las garantías fundamentales y básicas reflejadas en el debido proceso, si fuese de esa manera, produciría cambios significativos y profundos en el sistema.
- El principio del debido proceso debe estar presente en cualquier situación, lo cual significa que por más procedimiento alternativo al ordinario que sea, debe mantenerse las premisas relacionadas con la posibilidad de que no solo el fiscal y el ofendido participen en la decisión del futuro de un posible juicio, sino en conjunto todas las partes procesales y en vela del principio de igualdad procesal.
- Partiendo del acuerdo entre el fiscal y el ofendido para la conversión de acción de publica a privada; los recursos invertidos por parte del sistema en la etapa de indagación previa, instrucción fiscal y hasta la etapa intermedia, solo servirá de prueba cuando el ofendido a su libre decisión inicie un proceso de acción privada, bajo los lineamientos de la Constitución de la Republica, del código de procedimiento penal, y en audiencia. Por lo tanto, se entendería que la resolución de la conversión de acciones hasta ese punto fue decidida en base a presunciones de responsabilidad penal, y mucho menos pensar remotamente en que las actuaciones

fiscales, muchas veces realizadas con la Policía Judicial, son la antesala de la resolución fiscal.

- Si bien, el proceso penal se caracteriza por tener presente el principio de oralidad, se resume en la actuación y participación del fiscal, el juez simplemente escucha la decisión final del fiscal de aceptar o negar la conversión de acción a pedido del ofendido.
- De la conclusión anterior trae como consecuencia la observación crítica al único artículo que habla de la conversión de acción. Y es que el fiscal solo motivara su decisión en caso de aceptar la conversión de acción. Sabiendo que toda resolución por principio constitucional debe ser motivada.
- Con la conversión de acción, el culpable se libera más rápido de responsabilidad y sin ningún tipo de rehabilitación existe la posibilidad de que volverá a delinquir y el inocente tendrá que resarcir los daños que se le fueran imputados, sin tener certeza de si el ofendido decide o no, iniciar un proceso de acción privada.

4.2 Recomendaciones

Frente a todo lo analizado en los capítulos anteriores de este trabajo. El art. 37 conversión de acción penal del código de procedimiento penal debería ser motivo de una reforma, con la cual se incluyan aspectos que refuercen a la figura y profundicen las condiciones de admisibilidad del mismo, esto se podría lograr determinando aspectos cualitativos del imputado, por ejemplo que el procesado sea primera vez que linquide, o escuchar al imputado durante la decisión de este tipo de procedimiento alternativo.

Por otra parte asegurar, que los principios procesales y garantías constitucionales se efectivicen en la aplicación de este tipo de procedimientos, evitando abandonar las bases fundamentales del debido proceso.

Solo de esta manera se podría hablar de una conversión de acción con fundamento y que sea una colaboración al sistema penal y una herramienta bien utilizada de las partes, para agilizar la causa.

No basta que la decisión sea tomada entre el fiscal y el ofendido, y escuchada por el juez, es necesaria la interacción de todos los sujetos procesales para que el juez analice la viabilidad de la aplicación de esta figura.

Si fuese, de ser el caso, deberían formular más artículos que esclarezcan la actuación de cada parte procesal en este procedimiento.

A criterio de muchos fiscal y jueces; este artículo caerá en desuso porque hay salidas que dan más seguridad jurídica para ambas partes, si no se hace una reforma inmediata al articulado, el futuro de esta figura será quedar en letra muerta.

Por lo tanto, como salida mínima deberían plantearse que el imputado participe en la decisión de convertir la acción de publica a privada. Que previo a la proponer la conversión de acción penal el ofendido sea parte procesal, es decir haya presentado la querrela. Y que el fiscal motive su decisión tanto cuando acepta y cuando niega la conversión de acción.

El artículo propuesto es el siguiente:

CONVERSIÓN ACTUAL	PROPUESTA
<p>Art. 37.- Conversión.- Las acciones por delitos de acción pública pueden ser transformadas en acciones privadas, a pedido del ofendido o su representante, <i>siempre que el juez de garantías penales lo autorice</i>. El <i>fiscal podrá allanarse</i> a este pedido; de <i>no hacerlo</i>, argumentará al juez de garantías penales las <i>razones de su negativa</i>.</p> <p>No cabe la conversión:</p> <p>a) Cuando se trate de delitos que comprometan de manera seria el <i>interés social</i>;</p> <p>b) Cuando se trate de delitos contra la administración pública o que afectan los intereses del Estado;</p> <p>c) Cuando se trate de delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio;</p> <p>d) Cuando se trate de crímenes de lesa humanidad; o,</p> <p>e) Cuando la pena máxima prevista para el delito sea superior a cinco años de prisión.</p> <p>Si hubiere pluralidad de ofendidos, es necesario el consentimiento de todos ellos, aunque solo uno haya presentado la acusación particular.</p> <p>Transformada la acción cesarán todas las medidas cautelares que se hayan dictado.</p> <p>Si el ofendido decide presentarse como querellante para iniciar la acción privada, será competente el mismo juez de garantías penales que conocía del proceso en la acción pública. El plazo para la prescripción de la acción privada correrá a partir de la</p>	<p>Art. 37.- Conversión.- Las acciones por delitos de acción pública pueden ser transformadas en acciones privadas, <i>por acuerdo de las partes procesales</i>, siempre que el juez de garantías penales lo autorice, y <i>cuando ya se haya presentado la querella</i>.,.</p> <p>El <i>fiscal frente</i> a esta figura, argumentará al juez de garantías penales las <i>razones de su negativa</i> o <i>sus razones por las que se allana</i>.</p> <p>No cabe la conversión:</p> <p>a) Cuando se trate de delitos que comprometan de manera seria <i>interés social</i>;</p> <p>b) Cuando se trate de delitos contra la administración pública o que afectan los intereses del estado</p> <p>c) Cuando se trate de delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio;</p> <p>d) Cuando se trate de crímenes de lesa humanidad; o,</p> <p>e) Cuando la pena máxima prevista para el delito sea superior a cinco años de prisión.</p> <p>Si hubiere pluralidad de ofendidos, es necesario el consentimiento de todos ellos, aunque solo uno haya presentado la acusación particular.</p> <p>Transformada la acción cesarán todas las medidas cautelares que se hayan dictado.</p> <p><i>El ofendido se presentara como querellante para iniciar la acción privada, ante el</i></p>

<p>resolución de la conversión.</p> <p>La conversión procederá hasta el término de cinco días después de que el tribunal de garantías penales avoque conocimiento de la causa¹⁷²</p>	<p><i>mismo juez de garantías penales que conocía del proceso en la acción pública.</i> El plazo para la prescripción de la acción privada correrá a partir de la resolución de la conversión.</p> <p>La conversión procederá hasta el término de cinco días después de que el tribunal de garantías penales avoque conocimiento de la causa¹⁷³</p>
---	--

Es así, que siendo una propuesta tentativa y que por supuesto provocará discusiones, lo importante es que se aporta reviviendo una figura que ha permanecido en el olvido por no estar bien delineada y por sobretodo no dar seguridad jurídica a las partes procesales. Se espera haber rescatado una medida alternativa al juicio formal que de ser bien utilizada será de gran ayuda para el fiscal y generara una ventaja al procesado y por supuesto al acusador particular.

Se deberá tomar en cuenta, que la propuesta de este trabajo es una medida de buscar el respeto de las garantías constitucionales y principios del debido proceso, y hacer eco una vez más de que medidas alternativas no significa sacrificio de principios procesales.

Que se trabaje en mejorar el procedimiento de la conversión de acciones, es la propuesta. Pues si ya está la figura jurídica incursionada en nuestro sistema penal, hay que buscar la manera de que esta herramienta pueda cumplir con su objetivo y de este modo, haber colaborado con el aporte de soluciones al congestionado sistema penal ecuatoriano. Más no optar por soluciones simplistas y mediocres, como la derogación o el desuso de la misma.

¹⁷² Ley reformativa al Código de procedimiento penal en el Registro Oficial. Martes, 24 de marzo de 2009. No. 555 suplemento.

¹⁷³ Ley reformativa al Código de procedimiento penal en el Registro Oficial. Martes, 24 de marzo de 2009. No. 555 suplemento.

Bibliografía

- ALBÁN GÓMEZ, Hernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales S.A., 2008
- ÁLVAREZ, Gladys. Y Elena I. Highton. *Mediación y Justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1996
- GARCÍA DE ENTERRÍA. *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*. Revista española de derecho administrativo (1996) citado en: *Concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional*. <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2375/8.pdf>. (acceso el 27/08/2012).
- CRUZ RIOFRIO, Fernando. *Observaciones al Anteproyecto del código orgánico integral penal- primera parte*. Foro de abogados de Loja. <http://forodeabogadosdeloja.blogspot.com/2012/08/observaciones-al-anteproyecto-de-codigo.html>. (acceso: 08/10/2012)
- DE LA RÚA, Fernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Depalma.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Compendio de derecho procesal*. Bogotá: editorial ABC, 1985
- GUERRERO VIVANCO, Walter. *Derecho procesal penal, la acción penal*. Ecuador: Pudeleco, Universidad Simón Bolívar, 2004
- Guía sobre los procesos penales en Estados Unidos.
http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/usa/sp_usa-int-desc-guide.pdf. (acceso: 02/10/2012)
- GUZMÁN, Roberto. *Atribuciones del juez de la causa-la conversión de la acción penal*.
Revista Judicial
http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=3514:marco-legal&catid=52:procedimiento-penal&Itemid=420. (acceso 28/08/2012).

- HUBER, Bárbara. *Últimas tendencias en materia de negociaciones en el proceso alemán*.
Revista Penal Doctrina N. 22. (Julio 2008).
- JALKH ROBENS, Gustavo. *Resolución Alternativa de Conflictos*. Ed: Praxis, 1997.
- JALKH ROBENS, Gustavo. *Resolución Alternativa de Conflictos*. Ed: Praxis, 1997. Citado
en Galindo, Álvaro. Medios Alternativos de Solución de Conflictos en la
Legislación Ecuatoriana.
- JALKH ROBENS, Gustavo. *Resolución Alternativa de Conflictos*. Ed: Praxis, 1997. Citado
en Vescovi, Enrique. La Conciliación, La Mediación, y otras Alternativas de
Composición Judicial.
- JALKH ROBENS, Gustavo. *Resolución Alternativa de Conflictos*. Ed: Praxis, 1997. Citado
en Álvarez, Gladys Stella. Diferencias entre Conciliación y Mediación.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Lozada S.A., 1956.
- LYNCH, Tymoty. *The Case against the plea bargaining*. Cato Institute.
- MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- MAIER, Julio. *¿Es practicable el proceso penal?*, publicado en “El Dial”, pub. Electronica,
www. Eldial.com.ar.2009. y en <http://es-es.facebook.com/notes/mediaciones-exitosas/es-a%C3%BAAn-practicable-el-proceso-penal-por-julio-maier/159320370403>. (acceso. 27/10/2012)
- MARCHISIO, Adrian. *Principio de oportunidad y Salidas Alternativas al juicio oral en
América Latina*. Ed. Ad-Hoc. 2002.
- Ministerio Público. Costa Rica. <http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/servicios/denuncias.html>. (acceso: 14/10/2012)
- MONROY CABRA, Marco. *Derecho procesal civil*. México: biblioteca jurídica DIKE,
1996
- NARVÁEZ, Marcelo. *Procedimiento Penal Abreviado*. Quito: Librería Jurídica Cevallos,
2003.

- NORES, Cafferata. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, p. 26. Citado en *Principio de oportunidad y proceso de reforma en América latina*. Jurisprudencia Argentina. <http://federacionuniversitaria12.blogspot.com/2010/05/principio-de-oportunidad-y-proceso-de.html>. (acceso. 25/10/2012)
- Principio de oportunidad y proceso de reforma en América latina*. Jurisprudencia Argentina. <http://federacionuniversitaria12.blogspot.com/2010/05/principio-de-oportunidad-y-proceso-de.html>. (acceso. 26/10/2012)
- ROMO, María Paula. *Informe de minoría del proyecto de Código Orgánico Integral Penal*. <http://ecuadorlibrered.tk/index.php/política/1414-informe-de-minoria-del-proyecto-de-codigo-organico-integral-penal->. (Acceso 28/08/2012).
- ROXIN, Claus. *Homenaje a Claus Roxin*. Córdoba: Editorial Córdoba, 2001. Citado en Gabriela E. Córdoba. *Acuerdos Informales en el procedimiento penal alemán*.
- SANTOS BASANTES, Jaime. *El debido proceso penal. corporación de estudios y publicaciones*, Quito, 2009
- STIPPEL, Jorge, y MARCHISIO, Adrian. *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en America Latina*. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2002
- VACA ANDRADE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Quito: Librería Cevallos, 2001.
- VALDIVIESO VINTIMILLA, Simón. *La conversión penal: impunidad*, 2007.
- VINTIMILLA, Jaime. *Compendio de Instituciones del Derecho Romano*. Semestre II: 07-08. Citado en García Torres, Carlos *Cuestiones Introductorias al Derecho Romano*.
- VEGA, Mario A. Houed. *El proceso penal en Costa Rica*. http://www.gambillonjustice.com/media/AA/AT/gambillonjustice-com/downloads/215003/dp-ppenal_costarica.pdf. (acceso. 26/09/12)
- VEGA, Mario A. Houed. *Suspensión del proceso a prueba*, p. 148 Citado en *Principio de*

oportunidad y proceso de reforma en América latina.
<http://federacionuniversitaria12.blogspot.com/2010/05/principio-de-oportunidad-y-proceso-de.html>. (acceso 25/10/2012)

ISSA, Henry. *A la armonía por la palabra: la solución negociada de conflictos penales*
Costa Rica, 1995.

VILLAGÓMEZ CABEZAS, Richard. *La conversión*. 2007. Citado en: Wray, Alberto. El
debido proceso en la Constitución. *Revista Iuris Dictio*. Colegio de jurisprudencia
de la universidad san francisco. Quito, (2000), No.20.

ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Guayaquil: Edina,
2004.

ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. *El procedimiento abreviado*. *Revista Jurídica Online*.
http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=476&Itemid=37. (acceso: 02/10/2012)

ZEUMAN, Elias. *Mediación y conciliación penal*. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1997

Normativa Citada

Código de Procedimiento Penal. Registro Oficial 360, 13 de Julio del 2001

Consejo de Europa. *Recomendación (2000).19 a los Estados Miembros sobre El papel del Ministro Fiscal en el Sistema de Justicia Penal.*

<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1465399&SecMode=1&DocId=1452698&Usage=2>. (acceso: 03/10/12)

Consejo de Europa, Estrasburgo. *Informe del Comité Europeo sobre los problemas de la criminalidad.*

[http://www.european-council.europa.eu/SearchResults?SearchValue=R%20\(87\)18&lang=es&Tab=0&LanguageFilter=](http://www.european-council.europa.eu/SearchResults?SearchValue=R%20(87)18&lang=es&Tab=0&LanguageFilter=). (acceso 03/10/12)

Constitución Política del Ecuador de 1998

Constitución de la República del Ecuador de 2008

Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal. Registro Oficial. 24 de Marzo del 2009

Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal, leyes orgánicas del Consejo Nacional de la Judicatura y del Ministerio Público, publicado en el Registro Oficial 748 del 13 de julio del 2003