



Facultad de Derecho

Los acuerdos negociados en el proceso penal

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos
Para obtener el título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República
del Ecuador

Profesora Guía:
María Luisa Bossano Cruz

Autora:
Sofía Nataly Yépez Salgado

Año:
2011

DECLARACIÓN DE LA PROFESORA GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondiente.”

.....

María Luisa Bossano Cruz

Doctora en Jurisprudencia

C.C. 170420803-0

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DE LA ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

.....

Sofía Nataly Yépez Salgado

C.C. 172112962-3

AGRADECIMIENTO

A mis Padres, por haberme apoyado y ayudado con todo lo que necesite desde el primer día de mi vida, a María Luisa, por hacerme conocer el hermoso pero tergiversado mundo del derecho procesal penal, y a mis amigos por ser acólites en las buenas y en las malas.

DEDICATORIA

Para mis Abuelitos César y Rosita, porque soy la persona más orgullosa del mundo de ser nieta de un carpintero y de un ama de casa que siempre echaron para adelante; y para mis Abuelitos Leonor y Jacinto, aunque no los conocí, todos los días sé que me cuidan y velan por mí desde arriba.

RESUMEN

El acuerdo negociado es una figura legal alternativa para la solución de conflictos, penales, que permite la agilización del sistema de administración de justicia bajo parámetros de pertinencia, utilidad, legalidad, celeridad, economía procesal y financiera; la obtención de una reparación para el ofendido y la sociedad y el saneamiento del bien jurídico violentado por parte del procesado.

En el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, se encuentran previstos los procedimientos especiales, como son llamados el procedimiento abreviado y el simplificado, los cuales fueron concebidos como una alternativa procesal que permita una salida rápida frente al proceso penal ordinario; los cuales sin embargo no han mermado la carga procesal de las dependencias judiciales, volviéndose figuras de trabajosa aplicación.

En cuatro capítulos se desarrolla la definición y formas de composición de los conflictos penales, un breve análisis del derecho punitivo, un marco conceptual y de aplicación para los acuerdos negociados; una corta reseña de la realidad burocrática, social y legal por la que ha atravesado el Ecuador en los últimos 100 años; un estudio de la legislación comparada para culminar con una propuesta de reformas al Código de Procedimiento Penal y algunas recomendaciones que permitan su funcionamiento en el ordenamiento legal ecuatoriano.

ABSTRACT

The guilty plea is an alternative solution figure, criminal for this case, which allows quickness in the justice administration system under the parameters of pertinence, utility, legality, rapidity, procedural and financial economy; obtaining reparation for the victim and the State; and the restructuring of the broken legal right by the charged.

In the Código de Procedimiento Penal, there's the especial procedures, between them is the abbreviated process and the simplified process, which allow to step away from the ordinary process; however, these figures hasn't deplete the procedural charge in judicial offices, turning them into difficult application.

This work develops in four chapters the definition and settlement ways of criminal conflict, a brief analysis for the ius puniendi, the conceptual framework for the guilty plea application; a short review of the judicial, social and legal reality of Ecuador in the last hundred years; a research of the comparative legislation; all this in order to make a proposal of reforms to the Código de Procedimiento Penal and several recommendations that allow the introduction of the guilty plea in Ecuador.

ÍNDICE

Introducción	01
1. Capítulo I El Conflicto Penal	04
1.1. El Conflicto penal	04
1.2. Formas de composición para la solución de conflictos de tipo penal	07
1.3. El Derecho punitivo y sus límites	08
1.4. La alternativa: una solución no punitiva de los conflictos penales en el Ecuador	16
1.5. Mecanismos posibles de solución vigentes	21
1.5.1. Delitos de acción pública	21
1.5.2. Delitos de acción privada	23
1.5.3. Contravenciones	25
2. Capítulo II Sistema Procesal Penal Ecuatoriano	28
2.1. Realidad Social	28
2.2. Realidad Burocrática	32
2.2.1. Reseña histórica de la Fiscalía General del Estado	32
2.2.2. Reseña histórica de la Función Judicial del Ecuador	34
2.3. Realidad Legal	38
2.3.1. Reseña histórica de la Función Legislativa	38
2.4. El proceso penal ordinario	41
2.5. Procedimientos especiales	50
2.6. Diferencias entre los procedimientos especiales y el acuerdo negociado	55

3. Capítulo III	Los acuerdos negociados	57
3.1.	Antecedentes	58
3.2.	Definiciones	59
3.3.	Definición y finalidades del acuerdo negociado	61
3.4.	La reparación	65
3.5.	Iniciativa y oportunidad de los preacuerdos	70
3.6.	Requisitos de procedibilidad y admisibilidad	74
3.6.1.	De procedibilidad	75
3.6.2.	De admisibilidad	76
3.7.	Procedimiento de negociación	79
3.8.	Procedimiento de negociación para acuerdos negociados	79
4. Capítulo IV	Los acuerdos negociados dentro de la legislación comparada	83
4.1.	Colombia	83
4.1.1.	Momento procesal	85
4.1.2.	Modalidades	85
4.1.3.	La víctima	86
4.2.	Perú	87
4.2.1.	Ámbito de aplicación	87
4.2.2.	Beneficios	88
4.2.3.	Procedimiento	89
4.3.	Estados Unidos	90
4.3.1.	El Plea Bargaining en las Cortes Federales	95
4.3.2.	Prohibiciones y restricciones	96
4.3.3.	Disposiciones estatales	96

5. Capítulo IV Propuesta de reforma al Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano y leyes conexas, para la aplicación de la figura del Acuerdo negociado en materia penal	99
5.1 Reformas al Código de Procedimiento Penal	100
6. Conclusiones	107
7. Bibliografía	109

INTRODUCCIÓN

“El crimen no es simplemente una ofensa contra el Estado, y la justicia es más que castigar e incapacitar. Para encontrar soluciones duraderas, tendremos que reconstruir el sistema criminal desde sus cimientos. El primer paso será construir un nuevo patrón del pensamiento sobre el crimen y la justicia.”

Van Ness y Heetderks.

La expedición del Código de Procedimiento Penal en el 2000 dio la pauta para la iniciación de una justicia alternativa que permita la solución de los conflictos de tipo penal de una manera ágil y acelerada. Con la promulgación de la Constitución de 2008, se impulsó la necesidad de establecer métodos alternativos para la resolución de delitos y de otras figuras jurídicas que causan conflicto.

Para la generación de propuestas que mejoren el sistema procesal penal en la administración de justicia, en otros países se han creado figuras que permiten una pronta resolución de casos. En el Ecuador, se lograron imponer las figuras del procedimiento abreviado y del procedimiento simplificado, figuras creadas para ayudar en la descongestión de juzgados y fiscalías a partir del 2001 y del 2009.

Figuras como el *Guilty Plea* estadounidense, los preacuerdos colombianos o el *patteggiamento* italiano, permiten que su administración de justicia promueva el avance de conciliaciones entre la fiscalía, la víctima y el procesado y una consolidación del sistema acusatorio.

Con la inclusión del sistema acusatorio oral, el Estado ecuatoriano acuñó un logro importante en la modernización de la justicia; los casos se resuelven en audiencias orales, públicas y contradictorias, en las que se promueve la adversalidad entre las partes o sujetos procesales y la formulación de pruebas

que involucran una defensa de los derechos humanos y la abolición del secreto como forma de juzgamiento.

Actualmente, existen algunas formas de terminación anticipada del proceso, como son la suspensión condicional, la conversión del proceso o los acuerdos reparatorios, con las cuales se busca la agilización de la administración de justicia penal; sin embargo, estas figuras le dan al Fiscal un papel importante, para el ejercicio de la acción, más no para el no ejercicio de ésta.

Este nuevo proceso penal tiene como escenario principal el juicio oral, basado en una acusación en la que se imputa cargos al procesado, etapa precedida de una investigación adelantada por la fiscalía con el apoyo de la policía judicial, durante la cual se consiguen los elementos de convicción que ayuden al fiscal en la preparación de la acusación.

Sin embargo, es necesario consolidar prácticas generadas sobre la base de la política criminal, que busquen una mayor agilidad a la resolución del proceso penal, en vista de la falta de prestigio y poca credibilidad que desde la década pasada, arrastra la Función Judicial y la administración de justicia.

En este análisis se revisan en el primer capítulo los conflictos penales, sus causas y las respuestas del Estado frente a éstos; las garantías constitucionales que permiten la justa aplicación del derecho a los sujetos intervinientes del proceso penal; y las formas de resolución de delitos de acción pública y de acción privada.

En el segundo capítulo se analiza el antecedente de los acuerdos negociados en diferentes países, las finalidades de los acuerdos, la reparación que debe hacerse a la víctima, las modalidades de realización del acuerdo y las características que deben tener para su perfeccionamiento jurídico.

En el tercer capítulo se estudia la situación del órgano administrador de justicia, su realidad social, burocrática y legal así como la comprensión del proceso penal en sus diferentes etapas pre procesal y procesal.

Finalmente, se concluye con una propuesta que busca implantar en el Código de Procedimiento Penal la aplicación de los acuerdos negociados, así como las conclusiones y recomendaciones que en la elaboración de este trabajo se han consolidado.

CAPÍTULO I

EL CONFLICTO PENAL

En este capítulo se definirán los motivos por los cuales se generan los conflictos, mas no de una forma taxativa, ya que éstos –los motivos- así como la violencia, son indefinibles científicamente, y se basan en apreciaciones culturales (Organización Mundial de la Salud, 2002, pp. 4). Para ejemplificar: en Costa Rica, un delito de acción privada acontece cuando una persona sabiendo que tiene una enfermedad venérea contagie a otra y es sancionada con una pena de uno a tres años; mientras que en el Ecuador es un agravante de los delitos sexuales, que son pesquisables de oficio, o sea son delitos de acción pública.

De igual forma se explicarán los alcances del derecho punitivo. Es decir, cómo el Estado obtuvo de los particulares la potestad de juzgar y sancionar los delitos, explicación expuesta a través de las teorías absolutista, liberal y democrática; y, los principios que limitan este poder, muchas veces manipulado por el Estado.

Se tratará de esclarecer a través de una de las clasificaciones del Derecho, el de niñez y adolescencia, cómo existen métodos y alternativas que conducen a la solución de un conflicto ocasionado a la sociedad por un niño o un adolescente. Además los medios por los cuales el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano (en adelante CPPE) permite la sustanciación y manejo de dos clases de conflictos tomados para este análisis: los ocasionados por los delitos de acción privada y las contravenciones.

1.1 El Conflicto penal

Los conflictos se han presentado desde que la humanidad habita el planeta. Desde el libro mayor del catolicismo hasta los libros más modernos, narran

historias con posiciones contrapuestas; un ejemplo es el caso de los primeros hermanos de la historia cristiana, Caín y Abel, según relato bíblico:

Y dijo Caín a su hermano Abel: Salgamos al campo. Y aconteció que estando ellos en el campo, Caín se levantó contra su hermano Abel, y lo mató [...] Y Dios le dijo: ¿Qué has hecho? La voz de la sangre de tu hermano clama a mí desde la tierra. Ahora, pues, maldito seas tú de la tierra, que abrió su boca para recibir de tu mano la sangre de tu hermano. Cuando labres la tierra, no te volverá a dar su fuerza; errante y extranjero serás en la tierra. (GENESIS; 4: 6)

Al existir una conducta exteriorizada por parte de Caín, por haber matado a su hermano, Dios lo condena a errar por la tierra eternamente con su espíritu quebrado por el daño causado. Aquí, no solo se generó un conflicto porque Caín cometió homicidio sobre Abel, sino por haber eliminado una de las creaciones de Dios.

La condena a Caín por su lado, le ocasionó un conflicto personal, al tener que vagar por el planeta sin sustento y con miedo a ser asesinado a modo de venganza. Esto sin tomar en cuenta, el daño causado a sus padres Adán y Eva.

En este caso, Dios utilizó la ley divina para juzgar a Caín, su Derecho para aplicar una sanción, sin embargo, faltó aplicar la reparación al daño ocasionado a los integrantes de la sociedad, dejando la interrogante sobre la capacidad reguladora de esta normativa, puesto que en lo principal, ésta busca regular la conducta humana, en este caso la de Caín. Por lo que se cita:

El derecho es una forma necesaria del vivir social, lo mismo que la vida social es una forma inherente de la existencia humana, Desde el momento en que hay hombres en mutua relación, existen relaciones jurídicas entre

ellos, [...] en este sentido el Derecho es la forma misma de la sociedad, la cual es a, su vez, una de las formas de vida humana [...] (Carretero, 2005, pp. 26)

Debido a los comportamientos sociales las personas se relacionan, generando desavenencias en algunos casos.

Ahora bien, el Conflicto es “[...] un choque de intereses, valores, acciones o direcciones de dos partes implicadas o también (...) un perjuicio subjetivo ocasionado por otros [...]” (Van der Hofstadt et al., 2006, pp. 435)

Las situaciones de disconformidad y falta de satisfacción de las necesidades, llevan a que las personas internamente adopten una postura distinta del resto de miembros de la sociedad; los mismos que, como medida de supervivencia o equiparación de los recursos, entre otras, buscan dicha igualdad, sea por medio delictivo, coercitivo, patológico, entre otras formas, para la consecución del objetivo de satisfacción buscado.

Al producirse esta dicotomía, se genera una interferencia en la relación que se mantiene con el sujeto afectado; la que según el Contrato Social de Rousseau debe ser de “Igualdad, Fraternidad, Libertad” y mutuo respeto; generando con esa interrupción un conflicto jurídico penal de índole interpersonal o intergrupala, si se considera a la sociedad como grupo.

En relación a lo anterior, la siguiente expresión comporta relevancia para el plano jurídico:

El universo relevante para el Derecho es el de la conducta interferida, el de los comportamientos humanos que trascienden de la esfera de un individuo a la del otro. Y para que tal conducta pueda ser percibida por el otro, debe tener una forma, una manera de exteriorizarse, porque lo que no

tiene –forma exterior- no es relevante para el Derecho porque no hace parte del mundo externo [...] (Ceballos, 2000, pp. 194)

De igual forma, de esta acción u omisión, se producen conflictos de intereses: el de la persona afectada, por cuanto quiere entre otras cosas, que se haga justicia, se sancione al que afectó su bienestar y se repare el daño que le han causado; y, el de la persona que afectó, porque ejerció coerción sobre una persona mientras buscaba satisfacer su propia necesidad, y ansía que la sociedad no lo juzgue ni lo reprenda por haber solventado un requerimiento personal, sea o no legítimo.

Los conflictos no son entidades simples sino complejas. Como las relaciones humanas, no se pueden conocer nunca realmente a fondo o predecir su evolución. Algunos ocasionan daños irreparables, otros solamente daños pecuniarios, reparables casi en su totalidad, y de este conflicto se derivan dos pretensiones o posiciones contrapuestas: la del agravado y la del agravante, mismas que merecen ser compuestas de una u otra forma.

1.2 Formas de composición para la solución de conflictos de tipo penal

En el sentido de la resolución, existen dos formas relacionadas directamente con la actuación o decisión de la población afectada y no con la intervención del Estado y sus instituciones:

La autocomposición, a través de la cual las partes involucradas arreglan el mal causado. Esta es una forma de exclusión y autodefensa de los atolladeros que son las dependencias judiciales; aporta o se entiende como un proceso de colaboración entre las partes para lograr un mejor entendimiento, se acerca al bien o derecho violado más que a los tipos previstos en el ordenamiento jurídico.

La necesidad de solucionar los inconvenientes jurídicos interpersonales de manera ágil, oportuna y con un resultado beneficioso a ambas partes, ha obligado al derecho a crear otra fórmula autocompositiva que no requieren de la injerencia de un tercero.

La autotutela, conocida comúnmente como la justicia por mano propia. Se presenta un contrasentido que tiene que ver con los preceptos de derecho. A través de esta figura, la población civil es la que cuida que los **bienes jurídicos tutelados**, es decir aquellos reconocidos formalmente por el Derecho como bienes jurídicos y por lo tanto susceptibles de protección y cuidado, no sean ultrajados; pero, sobre todo, que frente a la posibilidad o la certeza de un ultraje, sean los civiles quienes se encarguen de aplicar la sanción que consideren justa y necesaria para condenar al culpable de la ofensa o el agravio.

Sin embargo, esta forma de resolución ha tenido consecuencias fatales en algunos casos en que se ha aplicado. Por ejemplo, en las comunidades indígenas, si bien su cosmovisión permite que los delincuentes sean sometidos a castigos físicos como el azote con ortiga y el baño de agua fría, -vista esta sanción incluso como medio de purificación por el delito cometido-, han llegado a ser flagelados y quemados vivos como medio punitivo (Vásquez, 2010), en clara violación de todos los derechos reconocidos como intrínsecos a la condición humana.

1.3 El Derecho Punitivo y sus límites

“El ius puniendi o poder punitivo del Estado es la potestad que se atribuye al mismo a través del poder legislativo para crear normas penales, para imponer las penas y las medidas de seguridad determinadas en las leyes a través del poder judicial, y para aplicar las normas del poder legislativo. El ius puniendi es un poder limitado por los principios constitucionales del derecho penal.” (Fernando Fanjul et al., 2005, pp.

449). *El ius puniendi “no es sino la potestad estatal de vigilar y castigar aquellas acciones de particulares que produzcan como resultado la afectación de los derechos subjetivos más importantes,...” (Medina, 2008, pp. 140)*

Como parte de la dogmática penal, la función punitiva se encuentra radicada sobre la base del subjetivismo “[...] el Estado es el único ente que tiene la potestad de sancionar los delitos cometidos que atentaron contra la seguridad del mismo y de los individuos que lo conforman [...]”; **el poder punitivo “impulsa el progreso del estado de derecho” (Zaffaroni, 2002, pp. 5).**

Probablemente esta es la explicación del porqué ningún gobierno o país ha logrado perfeccionar este aspecto, no obstante todos los Estados monopolizan el poder y con ello el ejercicio y la capacidad casi ilimitada del poder punitivo, a través de los cuerpos de policía o militares, con funciones y mecanismos de contención y reducción de la llamada auto libertad impuesta desde la Declaración de Derechos del Hombre posterior a la Revolución Francesa de 1789.

Para justificar este poder que el Estado mantiene de “acuñar delitos y fijar las penas” (Fontán Balestra, 1980, pp. 85), se han acertado a formular teorías que justifican esta potestad, dividiéndolas en materiales, cuando sirven para fundamentar la sanción impuesta a aquel que cometiese un delito; y, formales, cuando implican la autoridad que tiene el Estado para sancionar a los individuos que lo conforman.

Los fundamentos **materiales** que conducen al Estado en su deber sancionador son:

a) Los Absolutos, que dicen que “la pena es el mal con que se retribuye al autor del delito el mal perpetrado por su conducta” (Creus, 1999, pp. 8); mientras que la tesis de la reparación dice que “la pena tendría el destino de

reparar el mal del delito en la misma voluntad viciada del acto, reparando esa voluntad al purgarla de su vicio (Creus, 1999, pp. 9)”

b) Relativos, los cuales “no conciben que la pena se legitime en sí misma, sino por finalidades que le son trascendentes; por los efectos que produce y que revierten sobre las realidades sociales o individuales”. Se divide en prevención general, cuando la pena tiene “el objetivo de procurar que los componentes de la sociedad que no hayan cometido delito, no lo comentan...”; y en prevención especial, que indica que “el objetivo de la pena se hace radicar en el intento de lograr que el autor del delito, al sufrirla, no vuelva a cometerlo” (Creus, 1999, pp. 9)

c) Mixtos, en los cuales, el Estado sanciona tanto al infractor cuanto busca a través de esa sanción, evitar un incremento de los actos delictivos perpetuados por sus integrantes. (Creus, 1999, pp. 9)

Se dijo que el Estado tenía un poder casi ilimitado para el ejercicio de su capacidad sancionadora y de manejo de la maquinaria punitiva a su libre deseo. Es importante señalar que se han gestado principios limitantes necesarios que buscan que no se abuse de ese poder exorbitante. Éstos son los principios rectores del derecho penal como ciencia sin los cuales el Estado estaría desbocado en su función correccionalista y punitiva.

Entre ellos tenemos:

El Principio de legalidad

Como primero y fundamental, se encuentra consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE.), **el principio de legalidad**, “*nullum crimen nullum pena sine lege*”, contenido en convenciones internacionales sobre derechos humanos que lo han reconocido como el

principio base del que parten las sanciones impuestas a los individuos, el cual comprende entre otros aspectos: (Sierra y Cantaro, 2005, pp. 121):

a) **Nulla poena sine lege: no hay pena sin ley:** "... no solo la circunstancia de que una determinada conducta ya sea punible, sino también la clase de pena y su posible cuantía han de estar legalmente fijadas antes del hecho..." (Roxín, en Henao, 2006, pp. 89)

b) **Nulla poena sine crimine: no hay pena sin delito:** "según este principio, la pena es un castigo aplicable cuando se haya cometido un delito [...]. La pena entonces no es Prius, sino un posterius, no una medida preventiva o ante delictum, sino una sanción retributiva o post delictum, que puede exigir condiciones ulteriores, tales como la ausencia de eximentes y [...] del resto de garantías penales y procesales que condicionan la validez de la definición legal y la comprobación judicial del delito." (Nader, 2008, pp. 33)

c) **Nullum crimen sine poena legale: no hay crimen sin pena legal:** una conducta tipificada como un delito no puede existir sin su correspondiente sanción, y sin que esta haya sido determinada conforme las normas Constitucionales y de Derechos Humanos que se encuentran vigentes en la actualidad, incluidas las declaraciones internacionales de las cuales el Ecuador es signatario.

El Principio de taxatividad

Se enuncia como aquel por el cual "es menester exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra" (Zaffaroni, 2002, pp.116), ya que el juez parte de esa norma para la expedición de una sentencia absolutoria o condenatoria; tanto es así que el artículo 3 del Código Penal Ecuatoriano, (en adelante CPE) ordena a los jueces no realizar un interpretación extensiva de la norma penal, sino el sometimiento a la

interpretación literal estricta, debiendo atenerse al sentido más fiel de las palabras, a aquello que el legislador quiso expresar.

Lo anterior descarta el poder regirse al espíritu de la ley o al fondo de la misma, en materia penal, y aunque esta situación pudiera conducir a dudas en caso de que el sentido de la norma sea confuso, y de que aun revisando su espíritu no se logre entender lo que el legislador quiso manifestar; el juez posee una facultad derivada de este principio, que es la de aplicar el principio del “in dubio pro reo”, que no significa otra cosa que “en caso de duda se beneficiará al reo”, y que a decir de las convenciones internacionales que han recogido este precepto, solo se puede mejorar la condición de un detenido o un procesado, según sea el caso, y no empeorarla.

El Principio del debido proceso

El principio que ha causado mayores problemas al Estado en general, ha sido el principio del derecho al DEBIDO PROCESO, previsto en el artículo 76 de la CRE, ya que el mayor violador de los derechos consagrados como parte de este principio es fundamentalmente el Estado ejecutor y prestador del servicio público y de la función jurisdiccional operativizada a través de los operadores de justicia.

En nuestro país se ha confundido el ejercicio ciudadano con el reclamo airado de prebendas en lugar de derechos, circunstancia que vuelve difícil la aplicación del debido proceso, ya que al no estar los actores intervinientes en la dinámica social, desprovistos de poder, se gestan conflictos que buscan la imposición de ese poder más que el cumplimiento de las garantías nombradas en la CRE; aunque, este análisis no es motivo del presente trabajo.

Por este principio y en un escenario ideal, se busca que toda autoridad administrativa o judicial, deba avalar por el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. Una garantía indispensable del debido proceso es la

presunción de la inocencia de toda persona¹, razón por la que, mientras no se declare una responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada, no puede considerarse a persona alguna como un infractor.

Este principio manifiesta asimismo que todas las personas tienen derecho a su defensa tanto judicial como extrajudicial, sin que pueda privársele de la misma en ningún momento del proceso. Esta garantía es el deber básico que debe resguardar todo operador, juzgador y agente de administración de justicia, más aún los operadores penales, que según la gravedad de la sanción, pueden imponer la pena a la persona que está siendo procesada por un delito, y afectar su libertad de circulación y su libertad personal; cuán grave sería entonces que esas acciones sean aplicadas a un inocente. La condena a un ser humano, debe devenir solo cuando todos los elementos de prueba confirmen su culpabilidad.

El Principio de la dignidad de la persona

Sobre el principio de la DIGNIDAD DE LA PERSONA, previsto en los artículos 11 y 84 de la CRE; el Estado, al mantener el poder punitivo de su lado, se convierte por antonomasia en el ente sancionador y rehabilitador del transgresor de la norma penal. Pues bien, esta sanción no puede atentar contra la dignidad de la persona, por ello, el Estado tiene que omitir la aplicación de sanciones punitivas que involucren la pena de muerte, el castigo físico y psicológico, u otras modalidades de castigo que degraden la condición humana.

Es deber del Estado el rehabilitar y reinsertar a la persona que por una situación ha delinquido, trasgrediendo la seguridad del Estado y de los ciudadanos propios y extranjeros que en él habitan; por lo que no es posible que se den casos², en que el Estado sobrepasando su autoridad punitiva

¹ Inocencia que por muchos tratadistas es nombrada como un estado, más que como un derecho, dentro de las teorías de los derechos humanos.

² La Comisión de la Verdad, a Noviembre del 2008, recibió e investigó 270 casos de tortura, 146 de asesinatos y 11 de desapariciones, la mayoría de los cuales ocurrieron durante el gobierno del Presidente Febres-Cordero. (Colectivo Pro Derechos Humanos, 2008)

proceda a torturar, maltratar física y psicológicamente a aquellos que ingresan a los denominados centros de rehabilitación; acciones que en un claro abuso de poder de ese Estado que debe rehabilitar, han permitido que las víctimas de estos atropellos recurran a organismos internacionales para que emitan un tipo de sanción, no del tipo punitivo, sino del tipo restaurador³, dejando en entredicho la capacidad de aplicación de justicia y de garantía de derechos que es la responsabilidad principal de cualquier Estado.

El Principio de la proporcionalidad de la pena

En concordancia con este principio general está el determinado en el número 6 del artículo 76 de la CRE. El principio de PROPORCIONALIDAD DE LA PENA, que ha ocasionado que el Estado, en especial el ecuatoriano, varíe y adecue su normativa a lo largo del tiempo de su vida republicana.

Según este principio, ninguna persona podrá recibir una pena desproporcionada al ilícito que cometió; por ejemplo, una persona que hurtó bienes pero no causó daños físicos a sus víctimas no puede ser reprendido como aquel que, con el fin de sustraer la misma cantidad de bienes, asesina a la familia propietaria de esos bienes.

El Principio de igualdad material

Un limitante al poder punitivo del Estado, está previsto en el artículo 5 del CPE, y es el principio de IGUALDAD MATERIAL ante la ley penal, “conforme al cual, todos los habitantes están sometidos por igual a la ley penal” (Zaffaroni, 2002, pp. 193). Sin embargo, son la excepción ciertos funcionarios que gozan de “inmunidad”, sea esta diplomática, parlamentaria, ejecutiva, etc., a los cuales se prohíbe encausar sin el procedimiento de levantamiento de su inmunidad a cargo de un órgano estatal. De aquí que solo se pueda enjuiciar a estas

³Caso Tibi Vs. Ecuador, sentencia de reparaciones; Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador; sentencia de reparaciones: en este caso no se lo sancionó sin embargo sufrió torturas por parte del Estado al estar aprehendido ilegalmente.

autoridades, previo el cumplimiento del requisito de levantamiento de su inmunidad, en el caso de los Asambleístas ecuatorianos, por ejemplo se exige que sea el Pleno de la Asamblea Nacional, la instancia que autorice el enjuiciamiento de estos funcionarios de representación popular.

También existen los casos de “indemnidad”, los cuales “operan cuando todos o algunos actos de una persona quedan fuera de responsabilidad penal. Estas excepciones de carácter funcional (nunca personal) sólo pueden ser establecidas por la Constitución o el derecho internacional” (Zaffaroni, 2002, pp. 194), el caso más conocido, es el previsto en el artículo 128 de la Carta Magna, que permite a los asambleístas en el ejercicio de su deber legislador, no ser civil ni penalmente responsabilizados, por las opiniones que emitan o las decisiones o actos que realicen y ejecuten en ese ejercicio,

Como corolario se puede anotar que si bien existen restricciones al poder punitivo y castigador que las agencias de criminalización del Estado, mantienen desde épocas de antaño, este mismo poder exorbitante y extralimitado muchas veces en su aplicación, ocasiona violaciones de derechos consagrados en la Constitución e instrumentos internacionales.

Un segundo punto devenido del análisis realizado, indica que el Estado actual nunca podrá ceder su función correccional a los civiles, ya que tal y como está constituido, operan a su favor, todos los órganos de administración de justicia.

Sin embargo, matizando el ejercicio de su poder punitivo puede considerar alternativas que ejecutadas, van a resguardar al mismo Estado, ya que a través de ellas puede lograr frenar los abusos de sus acciones de poder; y a lo mejor, transformarse de un Estado dueño de un excesivo poder punitivo a nombre de proporcionar seguridad, en otro que generando prácticas y políticas de seguridad ciudadana de corte restaurativo, y garantista de derechos, pueda lograr una mejor operación y funcionamiento del sistema de justicia, evitando así proliferaciones de juicios con los costos gigantescos que eso representa al

igual que el abarrotamientos de cárceles, teniendo incluso como un valor agregado el fortalecimiento institucional.

1.4 La alternativa: una solución no punitiva de los conflictos penales en el Ecuador

Haciendo un esbozo de la teoría minimalista del poder punitivo, se tiene que el Estado, al imponer una sanción al culpable de la comisión de un delito, a más de la violencia que desencadena la comisión del ilícito, genera otra violencia cuya justificación es que se “evite una reacción desmedida del ofendido” (Rodríguez, 2000, pp. 56), con lo cual puede crearse una espiral de violencia que puede no notarse cuando se de en mínimos grados, pero que se vuelva imparable a mayor escala.

Una intervención penal mínima exige:

“Una correcta armonización entre los preceptos sustantivos y adjetivos que permitan en la praxis la solución de los vacíos y carencias del sistema criminal que poseemos, pretendiendo, [...] la consecución de objetivos político - criminales como la proporcionalidad entre la gravedad del hecho, la culpabilidad del autor y la correcta respuesta del ordenamiento punitivo, la desincriminación de conductas que no afectan o lesionen bienes jurídico penales, la correcta respuesta a las necesidades de la víctima y, [...] la utilización del derecho penal como instrumento formalizado de control social de ultima ratio y no prima ratio como se ha venido utilizando [...] (Bernate et al., 2005, pp. 53)

Bajo esta pauta, el Estado podría permitir el desarrollo de métodos de solución a los conflictos devenidos de infracciones de tipo penal, tratando de cuantificar el delito, para poder llegar a una transacción de tipo restaurador. Necesariamente debería considerarse eso sí, el fin último es remediar el daño ocasionado por el ilícito en la víctima, cuantitativa y objetiva o cualitativamente.

Entonces, dentro del proceso penal se puede implementar una acción o un procedimiento tipo, que en determinados casos evite la intervención de la máquina coercitiva y punitiva de la aplicación de la justicia tradicional, y busque con los sujetos involucrados, tanto un resarcimiento para la víctima, cuanto una reparación del daño cometido contra el Estado y la sociedad, así como un alivio emocional para el procesado al haber “pagado” su deuda con todos los ofendidos, al respecto se puede anotar en palabras de Silvestroni:

La pena es cruel, es, intrínsecamente un acto de maldad. Solo podemos tolerarla éticamente como mal menor frente a hechos cuya gravedad nubla la razón e impiden supeditar el conflicto a una solución razonable. En sus vertientes más violentas, la pena solo puede ser admitida cuando la gravedad del delito no deja más remedio que resignarse ante ella [...] (Silvestroni, 2007, pp. 92)

Para ejemplificar, la aplicación de otras acciones, se puede tomar el caso de juzgamientos de adolescentes que han cometido un delito, los que aun siendo inimputables e irresponsables por sus actos u omisiones, reciben por parte del Estado, un abanico de alternativas que no teniendo como pena la privación de la libertad, establecen situaciones a través de las cuales se ejerce control y vigilancia sobre los mismos, con el fin de “proteger a la sociedad del daño que estos pudiesen ocasionar” aunque afirmando que se les reconocen las garantías y derechos que las normas especiales como el Código de la Niñez y Adolescencia y la misma CRE les otorga.

El análisis de las alternativas de castigo para adolescentes infractores, arroja en primer lugar lo que la ley considera como un adolescente infractor, siendo aquella persona comprendida entre los 12 y 18 años que ha cometido una conducta tipificada en alguno de los artículos del CPE, pero que no es susceptible de imputación alguna, siendo la causa de esa inimputabilidad, el

que no haya alcanzado el desarrollo físico y mental necesario como para soportar un proceso penal.

En un segundo punto del análisis se puede anotar que si bien a los adolescentes infractores, tampoco se los debe tachar como individuos de conducta irreparable o de delincuentes (como sucede cuando un adulto comete un delito y es sentenciado por ello), la ley, con el fin de sancionarlos, ha implementado un tipo de penas menos coercitivas y mayormente direccionadas a la regeneración del adolescente. Estas medidas involucran las siguientes:

1. Orden de privación de libertad:

Esta medida cautelar que el Estado ha impuesto para proteger a sus administrados de los adolescentes infractores, procede excepcionalmente, en los casos considerados en el artículo 325 del Código de la Niñez y Adolescencia, y son hechos delicados que conllevan una responsabilidad grave. La orden de privación de libertad, al ser declarada por el Juez, debe ser cumplida en un centro de internamiento preventivo. (Robalino, 2003)

2. Las medidas socio educativas

Son aquellas que dictadas por Juez competente, buscan la inserción social del adolescente infractor y la reparación del daño cometido. Se encuentran previstas en los artículos 369 y 370 del Código de la Niñez y Adolescencia. Estas medidas se aplican de acuerdo a la siguiente determinación:

a) Amonestación.- como una recriminación verbal, clara y directa del Juez al adolescente infractor y a sus progenitores o representantes, para que se comprenda la ilicitud de las acciones.

b) Amonestación e imposición de reglas de conducta.- Es la recriminación descrita en el numeral anterior, acompañada de la imposición de obligaciones y

restricciones de conducta, para que se comprenda la ilicitud de las acciones y se modifique el comportamiento de cada involucrado, a fin de conseguir la integración del adolescente a su entorno familiar y social.

c) Orientación y apoyo familiar.- Consiste en la obligación del adolescente y sus progenitores o representantes, de participar en programas de orientación y apoyo familiar para conseguir la adaptación del adolescente a su entorno familiar y social;

d) Reparación del daño causado.- Esta medida consiste en la obligación del adolescente de restablecer el equilibrio patrimonial afectado con la infracción, mediante la reposición del bien, su restauración o el pago de una indemnización proporcional al perjuicio provocado;

e) Servicios a la comunidad.- Son actividades concretas de beneficio comunitario que impone el Juez, para que el adolescente infractor las realice sin menoscabo de su integridad y dignidad ni afectación de sus obligaciones académicas o laborales, tomando en consideración sus - aptitudes, habilidades y destrezas, y el beneficio socio-educativo que reportan;

f) Libertad asistida.- Es un estado de libertad condicionada al cumplimiento de directrices y restricciones de conducta fijadas por el Juez, sujeta a orientación, asistencia, supervisión y evaluación;

g) Internamiento domiciliario.- Consiste en una restricción parcial de la libertad por la que el adolescente infractor no puede abandonar su hogar, excepto para asistir al establecimiento de estudios o de trabajo;

h) Internamiento de fin de semana.- Es una restricción parcial de la libertad en virtud de la cual el adolescente está obligado a concurrir los fines de semana al centro de internamiento para cumplir las actividades de su proceso de

reeducación, lo que le permite mantener sus relaciones familiares y acudir normalmente al establecimiento de estudios o de trabajo;

i) Internamiento con régimen de semi-libertad.- Consiste en la restricción parcial de la libertad por la que los jóvenes son rehabilitados en un centro de internamiento de adolescentes infractores, sin impedir su derecho a concurrir normalmente al establecimiento de estudio o de trabajo; y,

j) Internamiento institucional.- Es la privación total de la libertad de los muchachos, que son reformados en un centro de internamiento de adolescentes infractores. Esta medida se aplica únicamente a chicos mayores a catorce años de edad y por infracciones que en la legislación penal ordinaria son sancionadas con reclusión. A los menores a catorce años, se les aplicará únicamente en los delitos de asesinato, homicidio, violación, plagio de personas y robo con resultado de muerte.

El Estado entonces, aplica su poder punitivo en contra de un adolescente enviándolo a un internamiento institucional en caso de haber perpetrado delitos considerados como muy graves, por ejemplo: asesinatos, homicidios, violaciones, etc.

Revisado el ejemplo del juzgamiento a los adolescentes infractores, y en general las medidas para el juzgamiento de los delitos por ellos cometidos, se puede concluir que no existen solamente las imposiciones privativas de libertad en el marco del Derecho Procesal Penal, existen también medidas no punitivas a la prisión o reclusión; así mismo, el Código de Procedimiento Penal reconoce otro tipo de soluciones a los conflictos ocasionados por el acometimiento de un ilícito, estas agrupan a los acuerdos reparatorios, el procedimiento abreviado y el procedimiento simplificado, sin embargo es el Estado quien mantiene la última palabra sobre su validez o su inoperancia dentro de un proceso penal

1.5 Mecanismos posibles de solución vigentes.

Visto el ejemplo de imposición punitiva, se puede estudiar los mecanismos de solución vigentes en nuestro país; así, se revisa cómo se desarrollan para los delitos de acción pública y los delitos de acción privada:

1.5.1 Delitos de acción pública

Un delito de acción pública es “[...] aquel de tal naturaleza que la sociedad entera está interesada en la protección de los valores cuya infracción se penaliza, [...], como la vida, la salud, las garantías individuales. La infracción penal de estos valores centrales y vitales genera delitos de acción pública [...]” (Correa, 1993, pp.108)

En el CPE, todos los delitos que se encuentran incluidos en el Libro Segundo y que no corresponden a los delitos de acción privada, son delitos de acción pública, cuyo ejercicio corresponde exclusivamente al Estado a través de la Fiscalía General del Estado conforme el artículo 32 del CPPE.⁴, como norma adjetiva al CPE.

En estos delitos la acción puede entablarse por cualquier persona que tenga conocimiento del cometimiento de un ilícito, en tanto no tenga alguna prohibición legal; sin embargo, ni la persona que denuncia, ni la víctima, son parte procesal, sino hasta el momento en que se formaliza la acusación particular por parte de alguna de éstas.

Los delitos de acción pública pueden terminar de algunas formas, entre ellas con sentencia condenatoria o confirmatoria de la inocencia del procesado, posterior a la tramitación del procedimiento ordinario, que según lo previsto en

⁴ Anteriormente, existían tres clasificaciones de la acción penal: acción pública de instancia oficial, acción pública de instancia particular y acción privada; sin embargo, el artículo 32 que así mandaba, fue sustituido por el actual en virtud de las reformas de la Ley No. 0 publicada en el R.O. Suplemento No. 555 de 24 de marzo de 2009.

el CPPE, no debería durar más allá de los seis meses, sin embargo, ya en la práctica pueden durar varios años sin que exista sentencia en un juicio, por el represamiento de los juicios para los cuales no se dan abasto las judicaturas o por la falta de presentación a la audiencia de juzgamiento.⁵

El proceso ordinario, como procedimiento inicia con la denuncia, o la noticia criminis que llega a conocimiento del Fiscal, de aquí se deriva la etapa pre procesal o de indagación previa, de la que se obtienen los elementos que le permitan imputar la autoría o participación en el delito a persona determinada, para proseguir formalmente a la etapa de Instrucción Fiscal, que inicia con la audiencia de formulación de cargos.

Dentro de la Instrucción Fiscal, éste se encarga de recopilar los elementos de convicción suficientes que servirán de sustento para formular una acusación o una abstención en contra de los llamados a Instrucción. De existirlos, prosigue con la solicitud al Juez, del día y hora para llevar a cabo la audiencia preparatoria del juicio.

En la audiencia preparatoria del juicio y de sustentación del dictamen, el Fiscal acusa a los sospechosos en mérito de las investigaciones, da paso a la etapa intermedia, la cual concluye en el mismo acto, es decir es parte de la audiencia preparatoria de acuerdo a las reformas al CPPE de marzo del 2009. De así considerarlo el Juez de Garantías Penales (en adelante JGP), llamará a juicio a los acusados y sobreseerá a quienes el Fiscal se haya abstenido de incriminar. Dentro de los tres días siguientes, las partes presentarán la prueba que sustentarán en el juicio. El proceso se remite a los Tribunales de Garantías Penales (en adelante TGP).

Radicada la competencia en uno de los TGP, si el Fiscal prueba la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, el órgano judicial lo condenará o confirmará la inocencia en sentencia.

⁵Línea de base de la producción judicial, aspectos cuantitativos. PROJUSTICIA 2010.

De la sentencia emitida se podrá interponer recursos de casación, de hecho y de revisión, que comprenden la etapa de impugnación, cerrada la cual, en una de estas sentencias termina el proceso penal ordinario.

1.5.2 Delitos de acción privada

Por esencia el derecho penal tutela intereses jurídicos, sancionando las conductas que los ofende, por lo que todo delito tiene un interés que lo singulariza. Este puede ser de categoría o de especie, según que se le considere en relación con un grupo de infracciones penales o con una de ellas en particular. Por regla general la ley no expresa cuál es el bien jurídico que protege, por lo que es necesario extraerlo de su texto [...] (Labatut, 1996, pp.5)

En este contexto, el artículo 36 del CPPE, ordena los delitos denominados de acción privada, excluyéndolos del resto que son de acción penal pública:

Art. 36.- Delitos de acción privada.- Son delitos de acción privada:

- a) El estupro perpetrado en una persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho;*
- b) El rapto de una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que hubiese consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor;*
- c) La injuria calumniosa y la no calumniosa grave;*
- d) Los daños ocasionados en propiedad privada, excepto el incendio;*
- e) La usurpación;*
- f) La muerte de animales domésticos o domesticados.*

La resolución de estos delitos conlleva un tratamiento distinto, su principal diferencia radica en la no intervención de la Fiscalía; quien ejerce la acción penal es el afectado directo en el bien jurídico mancillado, y lo hace a través de

una querrela que será reconocida ante la autoridad judicial antes de que esta sea admitida a trámite.

Admitida a trámite, se ordenará la citación del querellado quien deberá dar contestación, tras lo cual se declarará abierta la etapa probatoria donde los sujetos procesales presentarán la prueba que harán valer en juicio. Ordenada la audiencia final, las partes buscarán un amigable componedor para que “ponga fin al juicio”⁶, de no existir conciliación, se procederá a la práctica de la prueba solicitada. Posterior a esta Audiencia, el juez dictará sentencia⁷ en el máximo de cuatro días.

Hasta aquí a breves rasgos, queda anotada una primera forma de solución de un delito de acción privada, y sin que sea una determinación taxativa, se hacen constar otras posibilidades de resolución para delitos de acción privada.

Una segunda posibilidad de resolución es el desistimiento, que implica “...renuncia [a] la pretensión penal, y capta la pretensión civil si se hubiere hecho valer en sede penal...” (Clariá Olmedo, 1998, pp. 355), debe formularse expresamente dentro del proceso⁸, tomando en consideración que posterior a este acto, ninguna otra persona puede presentar querrela contra el procesado por los mismos hechos. Producido el desistimiento, el juez ordenará el archivo de la causa.

La tercera posibilidad de resolución para este tema, es el abandono de la pretensión, si hasta dentro de los 30 días posteriores de la última petición escrita formulada al juez, no ha existido impulso de la parte acusadora, y a petición del procesado, el JGP deberá declarar el abandono de la acción, ordenará el archivo de la causa y tendrá la obligación de calificar la querrela como maliciosa y temeraria.

⁶ Artículo 373 CPPE

⁷ La Sentencia que expiden los jueces “debe contener una condena o una absolución” (Clariá Olmedo, 1998, pp.162).

⁸ Artículo 60 CPPE

En los casos de desistimiento y abandono se extingue la pretensión penal contra el procesado por los hechos acontecidos.

Una cuarta forma de solución de este tipo de delitos es la remisión de la parte ofendida, esto es la condonación o perdón por la parte acusadora hacia la parte procesada, institución tan antigua que se usaba desde antes de los tiempos de la Corona de Castilla, como indica José Luis de las Heras Santos:

El principal requisito para optar a la gracia regia se fundaba en la posesión del perdón de la parte ofendida. Para obtener éste solían interceder por el reo eclesiásticos y personas de prestigio no es raro encontrar en las actas de apartamiento de las causas la explicación de que el querellante se apartó del proceso <<por ruegos de algunos religiosos y otras personas principales y no por temor de que no se le hiciera justicia>> [...] (De las Heras, 1991, pp. 41)

En España o principalmente en los países donde todavía existen monarquías, el indulto es una figura que permite a los condenados a no cumplir con la pena impuesta por el juez, sin embargo éstos al ser de carácter ejecutivo presentan una clara intromisión a la independencia de la judicatura. En el Ecuador y la mayoría de países que no tienen monarquías en su régimen gubernamental, el perdón debe ser expreso por parte de quien formuló la querrela en contra del procesado.

1.5.3 Contravenciones

Según el Art. 10 del CPE. “las infracciones son los actos imputables sancionados por las leyes penales y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar.”

Estas conductas reguladas a modo de contravención, responden a situaciones en las cuales su relevancia es “[...] dependiente de una escala de valores que en esencia, resguarda un esquema de orden público [...]” (Sáenz, 2005).

El procedimiento de las contravenciones según el Código de Procedimiento Penal es el siguiente:

En las de primera clase:

“Art. 397.- Cuando se tratare del juzgamiento de las contravenciones de primera clase, comprobada por el juez la existencia de la contravención, luego de escuchar al acusado, dictará sentencia, la que se hará constar por escrito en un libro especial que el juez deberá firmar y rubricar junto con el secretario, en cada folio.

La sentencia deberá contener la relación del hecho que constituye la contravención, el modo como llegó a conocimiento del juez, así como la declaración de la responsabilidad del acusado y la pena impuesta, con señalamiento de la disposición penal aplicada.

La sentencia deberá ser firmada por el juez y autorizada por el secretario.”

En tanto en las de segunda, tercera y cuarta clase:

“Art. 398.- En el juzgamiento de una contravención de segunda, de tercera o de cuarta clase, sea de oficio o mediante acusación particular, entregada la boleta de citación al acusado, se pondrá en su conocimiento los cargos que existen contra él y se le citará la acusación particular, de haberla, para que la conteste en el plazo de veinticuatro horas.

Si hubiere hechos que deben justificarse se concederá el plazo de prueba de seis días, vencido el cual el juez dictará sentencia.

Si no hubiere hechos justificables el juez dictará sentencia en el plazo de veinticuatro horas.”

No obstante, y de acuerdo al Art. 401 del CPP, cuando las contravenciones se refieran a la propiedad, a la honra de las personas o lesiones que no superen los tres días de curación, el juez puede autorizar que el proceso se termine sin la necesidad de una sentencia sino mediante una transacción entre las partes con el fin de reparar el daño causado o por el desistimiento de la parte agraviada, circunstancia que se hará constar en un acta que será firmada por las partes, el Juez y el secretario de la judicatura.

Como se puede ver, y de acuerdo al tratamiento de las contravenciones, de los delitos de acción privada y pública, dados en nuestro CPPE, es absolutamente factible la aplicación de los acuerdos negociados para su resolución.

CAPÍTULO II

SISTEMA PROCESAL PENAL ECUATORIANO

En este capítulo, se revisará la realidad burocrática, social y legal del Ecuador, con breves reseñas históricas de las funciones judicial y legislativa y cómo el ejecutivo ha interferido en ellas. El análisis realizado a las instituciones más significantes del sistema de administración de justicia demostrará que son entidades que datan de la instauración de la República como Estado y que no han sufrido grandes transformaciones ni modificaciones desde su aparición.

En el análisis de la realidad social del Ecuador y de las causales de la delincuencia, una de las explicaciones posibles tomadas de la sociología, radica en la desigualdad de oportunidades desde hace varias décadas.

Sobre el análisis del procedimiento penal ordinario, se analiza sus etapas, buscando que el conocimiento de estas, permita una amplia comprensión de sus objetivos.

Acerca de los procedimientos especiales, se revisarán cuáles son, así como sus diferencias y la finalidad con la que se crearon, cómo solucionaron la congestión del aparato administrador de justicia y cuáles los motivos por los que deben implementarse los acuerdos negociados en el sistema penal ecuatoriano.

2.1 Realidad Social

Son varios los problemas que el Ecuador atraviesa actualmente; el desempleo, el subempleo, la inflación, la falta de educación, en general, la cobertura de las necesidades básicas y la falta de soluciones o políticas para que la población pueda dar abasto a sus requerimientos primarios.

Estas necesidades que no han podido ser cubiertas por las políticas de Estado, son algunas de las motivaciones que impulsan el incremento de la delincuencia; otras causas estructurales que motivan a delinquir son la desintegración familiar, la falta de formación moral, la ausencia de una adecuada educación, la convivencia con comportamientos transgresores desde pequeñas edades, la drogadicción, el alcoholismo, etc.

Quito y Guayaquil, las ciudades más pobladas del Ecuador, son actualmente las que mantienen los índices delincuenciales más altos, especialmente Guayaquil, conforme lo publica la Escuela Politécnica del Litoral – ESPOL. (ICM-ESPOL, 2010)

Desde 2004, cuando la tasa de homicidios era de 18,51 por cada cien mil habitantes disminuyó a 13,82 a 2009 (Observatorio Interamericano de Seguridad, OEA, 2009), lo que puede denotar una mejora en la lucha contra el crimen; o también una disminución en la confianza en el sistema de justicia e inferido de esto, la ausencia de denuncias; sin embargo, y aunque es una tasa menor a la de Honduras con 66, o Colombia, con 32, (El Universo, 2010) es elevada en relación con los esfuerzos que dicen ser implementados por los gobiernos de turno para erradicar la violencia de la realidad ecuatoriana.

De igual forma, existen algunas manifestaciones básicas que ocasionan un incremento de la delincuencia y que en su momento han sido analizadas por la sociología, en este estudio se citan grosso modo con fines informativos:

La deuda externa que “[...] soporta el Estado ecuatoriano y, [que] halla expresión en los desproporcionados recursos que se tienen que dedicar al servicio de aquélla, lo cual contrasta con [las] inversiones en educación, salud, bienestar y organización social [...]” (Guzmán, 2006, pp. 36) deuda que el régimen ha intentado solventar estos últimos tres años de gobierno.

Según el Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos, INEC, el indicador de Pobreza Nacional Urbano Rural para el mes de junio del 2010 fue de 34,97%, lo que quiere decir que casi el cuarenta por ciento de la población ecuatoriana se encuentra en el índice de pobreza (INEC, 2010, pp. 2).

En cuanto a los índices de desempleo, subempleo y empleo pleno en el país, el desempleo rayó en el 10% a Junio del 2010 versus el 50,41% de la población que se halla en el subempleo y el 40,25% que tiene una ocupación plena; sin embargo estas estadísticas conjugadas con la anterior permite analizar que, del segmento de la gente que se encuentra dentro del porcentaje del desempleo y el subempleo es del que se participa del índice de pobreza.

Respecto de la educación, “[...] es importante porque impacta en todos los ámbitos de la vida, en la productividad laboral, en la participación y la ciudadanía en general en el mejoramiento de la calidad de vida.” (Saltos y Vásquez, 2009, pp. 344)

El acceso a la educación en el Ecuador, es absolutamente inequitativo, por ejemplo, el que exista una distribución de cupos para definir quiénes son los niños que ingresarán a los colegios “emblemáticos” del país, niega la posibilidad de ingreso a otros que por cualquier circunstancia no obtuvieron notas que demuestren su excelencia, lo cual es discriminatorio, afecta y conculca los derechos de las personas.

Adicionalmente, la capacidad económica es un determinante para seguir con una educación, cualquiera sea el nivel de estudios que se aspire. Asumido esto y tomando los índices de desempleo y subempleo que se anotaron anteriormente, es fácil deducir porqué la educación se encuentra en niveles bajos. Asimismo, son los sectores urbanos los que preferentemente acceden a una educación, lo que conlleva un desarrollo mayor de las ciudades respecto del campo, y con ello la consideración de que la educación es un aspecto

primordial para la evolución de las sociedades, vamos obteniendo la explicación del porqué la nuestra se enfrenta actualmente a tantos problemas.

La calidad de la educación no puede estar al margen de lo que sucede con el país. En una sociedad en crisis económica, política, social, la educación es solamente un reflejo de ellas. Por lo tanto, tiene mucho que ver con las condiciones de vida, de trabajo, de seguridad, de pobreza que afecta a la mayoría de los hogares ecuatorianos. (Saltos y Vásquez, 2009, pp.345)

Como manifestó Pitágoras, “educad a los niños y no será necesario castigar a los hombres”; es la educación y el trabajo la fuente de la eliminación de la delincuencia, puesto que la persona que aprendió a trabajar y a través de ello tiene para mantener su hogar no recurre a la delincuencia para satisfacer una necesidad, sea económica, afectiva o de cualquier otra índole.

El Ecuador, según informes de UNICEF, hacía fines del siglo XX y comienzos del siglo XXI, en el contexto de América Latina, es la nación que menos gastaba en promedio en el área social; mientras que en la región se invertía durante dicho período, una cifra media de 460 dólares por persona, en el país, se dedicaba a tal fin no más de 133 dólares. (Guzmán, 2006, pp. 57)

El régimen actual ha intentado solucionar la denominada “deuda social”, lo que significa que la inversión en los aspectos que conforman el buen vivir son mayores respecto del pago de la deuda externa contraída con los organismos multilaterales de financiamiento, no obstante esto no es motivo de este análisis.

Aunque, y sea o no una percepción, la gente se encuentra intranquila incluso dentro de sus hogares y fuera de ellos; a diario, se leen, se oyen y se observan homicidios, robos, hurtos, violaciones, plagios, sin contar con las noticias sobre los desastres que causan los fenómenos naturales y que se ensañan con los más pobres, que son las personas que se asientan en sitios que carecen de análisis de riesgos lo cual los vuelve aún más vulnerables.

2.2 Realidad Burocrática

2.2.1 Reseña histórica de la Fiscalía General del Estado:

En 1830 el general Juan José Flores, Primer Presidente del Ecuador, instituyó la Alta Corte, en la que existía la participación un Fiscal y se dictó la primera Ley Orgánica del Poder Judicial, publicada en el Registro Auténtico, antecedente del Registro Oficial, No. 1830 de 28 de septiembre de 1830.

En el Libro de Actas del Congreso, de 19 de septiembre de 1830, se nombraron Ministros, entre ellos a quien sería el primer Fiscal del Ecuador de la Época Republicana. La Constitución de 1883 trae la figura del Ministro Fiscal de la Corte Suprema, con sede en la capital de la República.

El 1 de Agosto de 1928, el Doctor Isidro Ayora Cueva, crea la Procuraduría General de la Nación, para la representación y defensa del Estado y de los particulares, que sería el inicio de la Institución denominada Ministerio Público.

La Constitución de 1945 habla por primera vez de la existencia del Ministerio Público, al disponer que el Procurador General de la Nación, los Fiscales de los Tribunales de Justicia y los demás funcionarios que designe la ley, ejerzan el Ministerio Público, bajo la dirección del Presidente de la República.

En 1974 se expide la Ley Orgánica de la Función Judicial, a través del Decreto Supremo No. 891 publicado en el R.O. No. 636 de 11 de septiembre de 1974, disponiendo que tanto la Corte Suprema de Justicia como las Cortes Superiores se integren por Ministros Jueces y un Ministro Fiscal, estableciendo que el Ministerio Público forme parte de la Función Judicial.

La Constitución de la República de 1978, estableció que el Ministerio Público se ejercía por el Procurador General del Estado, los Ministros y Agentes

Fiscales y los demás funcionarios que determine la ley. Mediante Decreto Supremo No. 3544, publicado en el R.O. No. 871 de diez de julio de 1979 se expidió la Ley Orgánica del Ministerio Público, con la cual ésta Institución dejó de ser parte de la Función Judicial para serlo de la Procuraduría General del Estado.

Las reformas constitucionales llevadas a cabo en 1995 establecieron la autonomía organizativa y funcional del Ministerio Público, principios que son recogidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público, de 19 de Marzo de 1997.

Con la Constitución de 1998, en su artículo 219, introdujo cambios para el Ministerio Público del Ecuador, redefinió y reforzó sus funciones. Con la plena vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, desde el 13 de julio del 2001, se introduce el cambio de un sistema mixto, con audiencia oral en la etapa del plenario, a un sistema acusatorio y oral, en donde el Fiscal tiene la carga de la prueba en la etapa del juicio, para lo cual debe dirigir la investigación pre procesal y procesal penal con imparcialidad y objetividad.

En virtud de la CRE promulgada en Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008, el Ministerio Público da un vuelco, su nombre es reemplazado por el de Fiscalía General del Estado y sus funciones cambian, inclusive regresa a formar parte de la Función Judicial, aunque gozando de independencia y autonomía administrativa y económica.

Actualmente, la Fiscalía General del Estado está conformada por un Fiscal General, los Fiscales Provinciales y los Agentes Fiscales. Además, existe un Fiscal General Subrogante y Fiscales Adjuntos en las diferentes Provincias del país, quienes colaboran con el Fiscal titular en el proceso de investigación. Los Agentes Fiscales cuentan con el apoyo del personal auxiliar: Secretarios y asistentes de fiscales.

2.2.2 Reseña histórica de la Función Judicial del Ecuador

Con la Constitución Política de la Gran Colombia de 1830, se facultó al Presidente de la República, para que sea él quien elija a los Ministros de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores, de una terna remitida por el Consejo de Estado previa aprobación del Congreso.

En 1831, mediante ley publicada el 8 de noviembre en el Registro Auténtico, se promulgó la Ley Orgánica del Poder Judicial, siendo una reforma de las leyes de 11 y 13 de mayo de 1825 y 17 de mayo de 1826; sus posteriores reformas fueron en 1835 y 1843, cuando se promulgó una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial que no duraría una década antes de ser derogada nuevamente.

En la Constitución de la República de 1845, cambia el ente elector de la Corte Suprema, y pasa a ser el Congreso Nacional; los ministros eran electos por mayoría absoluta, mientras que para las Cortes Superiores continuaron siendo escogidos por el Presidente de la República de una terna enviada por la Corte Suprema.

Mediante decreto del General Eloy Alfaro, publicado en el R.O. No. 556 de 20 de diciembre de 1907, se promulga la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, norma que fue elaborada por la Corte Suprema de Justicia para su aplicación desde el primer día laborable después de la vacancia judicial existente en la época.

La mencionada norma sufrió varias modificaciones desde 1907 hasta 1949, fecha en la cual finalizó su codificación y se emitió como un nuevo cuerpo normativo cambiando el nombre de Poder a Función; Código que fue publicado en el R.O. 117 de 22 de enero de 1949. El máximo órgano administrativo y jurisdiccional era la Corte Suprema, conformada por quince Ministros Jueces y dos Ministros Fiscales.

Para su nueva codificación en 1960, se incluye la figura del Superintendente de Bancos como sujeto de fuero de Corte Suprema, junto con el Contralor General.

En ésta aumentan los Jueces del Crimen a siete por las provincias más populosas; aunque siguieron sin tomarse en cuenta las provincias de la región oriental para efectos de designación de jueces, quienes querían recurrir a la justicia tenían que acercarse a la capital de provincia designada por la ley; de igual forma, los Tribunales del Crimen aumentan en las ciudades grandes en virtud del incremento de la delincuencia.

Sería en 1974, cuando con Decreto Supremo No. 891 publicado en el R.O. 636 de 11 de septiembre de 1974, se emite la Ley Orgánica de la Función Judicial, que cambia su nombre a Jurisdiccional con la reforma de 1983 y regresa a Judicial en 1998. En esta Ley, se incluyen varias figuras, como los jueces de Inquilinato, jueces de tránsito, árbitros, etc.,

Se procede además con la división de los jueces por jurisdicción: aquellos que integraban la jurisdicción legal, a su vez se dividían en jueces ordinarios y jueces especiales, y los jueces de jurisdicción convencional, únicamente los árbitros.

Según esta norma, debía existir un agente fiscal por cada juzgado de lo penal y de tránsito, funcionario que excitaba a los jueces para la iniciación del sumario y servían de agentes fiscalizadores de los juzgados y no investigadores. Ya se establece que la Policía Judicial es un ente de la Función Judicial.

Existieron varias reformas a esta ley hasta que en 1998 la Constitución Política de la República separó las funciones de la Corte Suprema como ente jurisdiccional y del Consejo Nacional de la Judicatura como órgano de gobierno, administrativo y disciplinario de la Función Judicial, con personalidad jurídica de derecho público y autonomía administrativa y financiera. La Ley

Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura fue expedida mediante Ley No. 68 publicada en el R.O. 279 de 19 de marzo de 1998.

Con la Constitución de la República del Ecuador, aprobada mediante referéndum y publicada en el R.O. 449 de 20 de octubre de 2008, cambiaron los nombres de varias instituciones de la Administración de Justicia, por ejemplo: los Juzgados y Tribunales Penales pasan a ser de Garantías Penales, siguiendo la línea garantista que observa la nueva carta magna.

Así mismo, a través de la disposición transitoria primera de la CRE, se establece que el órgano legislativo aprobará las leyes de la Función Judicial y del funcionamiento del Consejo de la Judicatura, en virtud de lo cual se expidió el Código Orgánico de la Función Judicial, ley que regula tanto el actuar de los jueces como el de agentes fiscales, abogados y demás funcionarios auxiliares.

Debido a los múltiples cambios que desde las expedición de las normas o sus reformas, ha sufrido la Función Judicial, este órgano se encuentra desprestigiado y en la práctica “[...] los Consejos de la Judicatura [reflejan] la misma politización que debían ayudar a reducir, creando nueva burocracia y, en general, sin cumplir con las expectativas.” (Popkin en Burgos, 2003, pp. 173)

En el Ecuador, los servidores judiciales son personas que han burocratizado la función, si bien sus órganos deben gozar de independencia, estos han servido a los gobiernos de turno. La función judicial garante de la administración de justicia, goza de una credibilidad que raya en el límite de casi gozar con ninguna.

Según Ernesto Pazmiño, Director de la Defensoría Pública Penal, entidad adscrita al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la credibilidad de la Justicia respecto de la población ecuatoriana se encuentra en el 4%. (Redacción Judicial - El Comercio, 2010)

“La función judicial no es considerada una señal de prestigio y, en consecuencia, el cargo de juez en una instancia inferior no resulta atractivo para los talentos jurídicos sobresalientes [...]” (Nagle en Burgos, 2003, pp. 230), aunada a la falta de diligencia y los actos de corrupción ejecutados por jueces, secretarios, amanuenses, fiscales, hacen que la autoridad y credibilidad de la que anteriormente gozaba la función casi haya desaparecido, con las funestas consecuencias que ello trae para la sociedad entera.

A pesar de los esfuerzos realizados para la implementación de nuevas autoridades en el marco de la justicia en el Ecuador, la cifra de judiciales a nivel país actualmente bordea los 3600 funcionarios, esto quiere decir que existe un funcionario judicial por cada 2780 habitantes que residen en el territorio ecuatoriano. (Redacción Judicial - El Comercio, 2010)

De este número de funcionarios, aproximadamente 530 tienen título de cuarto nivel, 1000 tienen título de abogado y el resto carecen de título o no son juristas de profesión. De los funcionarios que no ostentan título alguno, se contaban en 2007, 754, actualmente son 976. (Redacción Judicial - El Comercio, 2010)

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ha implementado como proyecto para el año 2010 el incremento del acceso a la justicia penal, en cuanto a cercanía a la población, cobertura y celeridad en procesos. El plan se encuentra en fase de ejecución, y las expectativas puestas en él son hasta el momento optimistas.

Sin el mejoramiento de las instituciones que componen el sistema judicial penal ecuatoriano, que conlleve a que exista una buena calidad en el servicio de administración de justicia, notarial, registral y otros de carácter judicial, únicamente se está contribuyendo a una desmejora significativa de las relaciones de la sociedad, y del respeto que debe a sus instituciones, para ser

reemplazadas por comportamientos que desdican de las normas que se requieren para la convivencia social en una cultura de paz y respeto.

2.3 La Realidad Legal

2.3.1 Reseña histórica de la Función Legislativa:

A inicios del siglo XX, el Congreso Nacional se atribuye como obligación la fiscalización al ejecutivo que no se aplicaba desde 1852, sus sesiones se realizaban en el Palacio de Carondelet; por lo que, las mafias políticas, palanqueadoras, y conspiradoras hacían su aparición antes de cada sesión ordinaria (Ayala, 2004, pp.79), dando la pauta de una perversa influencia externa en el legislativo.

En la época de las dos guerras mundiales el país atravesaba una crisis estructural en sus políticas internas, con una contradictoria bonanza debido a las voluminosas exportaciones del cacao hasta que fue sustituido por el banano. Existían profundas diferencias culturales y étnico-sociales, generando las condiciones para que de 1931 a 1948 hubiera veinte Presidentes en el poder, inestabilizando políticamente al país.⁹

En la década de los cincuenta, como antesala a las dictaduras, se emiten decretos leyes en materia económica y se traslada el Congreso al actual Palacio Legislativo. Entre estos años, se introduce la figura del Habeas Corpus, se promulga la Ley Especial para el Oriente, Orgánica del Poder Judicial y varias normas para la sustanciación de juicios penales y civiles (Paz y Miño, 2004, pp. 93).

Se atribuyeron la aprobación del presupuesto general del Estado e implementan la figura de las resoluciones legislativas; así pues, emitieron varias en materia de moneda, hacienda, aduanas, estancos,

⁹ Fenómeno que se repite en la década del 2000.

timbres, impuestos, prenda agrícola, venta comercial e industrial, patentes, deuda pública, turismo, interés civil y mercantil, política cambiaría, rentas, fomento, productos de primera necesidad, etc. (Paz y Miño, 2004, pp. 94)

Las dictaduras marcaron la década de los sesenta y setenta, en las cuales se instauró la Legislatura Constituyente que a su vez cumplió con las tareas del Congreso. Debido a las dictaduras, se retiró la facultad al órgano legislativo para elegir los mandos militares; no obstante, se crearon varias instituciones que conformarían posteriormente la burocracia del país, se implantó la figura de los acuerdos legislativos y se promulgó la Ley de Reforma Agraria.

A fines de la época de los setenta, con la aprobación de la Constitución de 1978, el Congreso regresa a ser unicameral, lo cual se critica sobre la base de que la labor legislativa y fiscalizadora eran demasiado para un solo cuerpo de representación; se promueve la diputación provincial y nacional y se impone el populismo como mecanismo de hacer política, tanto en la elección de diputados como en las leyes que aquellos promulgaron.

En 1998 se establece la Asamblea Constituyente que redacta la Constitución, en la cual se elimina la figura de diputados nacionales para aumentar la cantidad de diputados provinciales debido a la presión de las provincias demográficamente menores y para imponer el método D'Hondt para la adjudicación de escaños. El Congreso Nacional parecía servir a grupos de poder, en el país y las normas se emitían para conveniencia de estos grupos.

La corrupción y los “amarres” imperaban en las oficinas del Palacio Legislativo¹⁰ y el pueblo perdió la credibilidad en aquellos que consideraba sus representantes. Empieza una nueva época en que los Presidentes electos no lograron terminar el período para el que fueron electos debido a los

¹⁰ Revista Vistazo, números de 1998 y 1999.

derrocamientos y levantamientos del pueblo. La estabilidad política y económica del país se encontraba minimizada al extremo.

Se elaboraron gran cantidad de normas, entre las más relevantes se encuentran la Ley de Modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada, Ley para la promoción de la inversión y la participación ciudadana, Ley para la transformación económica del Ecuador y aquellas en las que se protege a la inversión extranjera por sobre el Estado, etc.

El arribo del gobierno actual imprime en la sociedad, la idea de la redacción de una nueva Constitución en la cual se cambie radicalmente la situación política, económica y legal del país. En octubre del 2008 se promulgó la última Constitución vigente en el Ecuador.

La Asamblea Nacional actualmente ha promulgado leyes que han cambiado la República en varios aspectos, algunas de estas leyes han beneficiado a la población, otras, han rayado en lo infructuoso, al extremo de tener que ser reformadas para corregir los errores del primer intento; un ejemplo fue la ley No. 0, publicada en el R.O. No. 544 de 9 de marzo de 2009, la cual introdujo modificaciones en el CPE, y CPPE, las cuales al año de haber sido expedidas, tuvieron que ser modificadas el 19 de mayo del 2010.

De acuerdo al Sistema Integrado de la Legislación Ecuatoriana, existen aproximadamente 14.000 cuerpos legales vigentes en la República del Ecuador, de las cuales 383 se refieren a materia Penal, lo que equivale al 2,75% de la normativa legal. Supondría una baja incidencia de la normativa vigente en materia penal al tomar en consideración su porcentaje, sin embargo muchas de estas normas pueden ser codificadas en un solo cuerpo normativo.

Al hablar de países cuyas normas se encuentran sobre nuestras cifras están Chile con casi 20.500 leyes, y Perú con 20.000 aproximadamente.

Existen leyes en el país que se encuentran obsoletas y que deben ser derogadas a fin de que dejen de interferir en el sistema de administración de justicia, puesto que dificultan la labor de las instituciones judiciales. Un ejemplo es la Resolución Legislativa publicada en el R.O. Suplemento No. 326 de 19 de julio de 1999, a través de la cual se amnistía a los detenidos en los paros de julio de 1999; conforme el último artículo de esta norma, los jueces deben archivar los juicios instaurados por las paralizaciones de 1999, en tal razón una vez expedida la última boleta de excarcelación debieron cesar las órdenes de esta disposición legal.

Una afirmación que puede ser hecha, es que la promulgación de las leyes debe preferir calidad antes que cantidad, muchas leyes datan de décadas pasadas y no reflejan las tendencias actuales del planeta; deberían ser derogadas para evitar incompatibilidades con la nueva legislación que se dicte; o, podrían codificarse y así evitar la desinformación y el desconocimiento de la ley, justificación que no exime a nadie en la comisión de un delito.

2.4 El proceso penal ordinario.

Como parte del análisis de sustento de este trabajo, se pasa a la revisión del proceso penal ordinario en el Ecuador.

En el año 2001 entró en vigencia el Código de Procedimiento Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 360 de 13 de enero del 2000. El Código que lo precedió fue promulgado en el año de 1983, en el cual se aplicaba el sistema mixto, esto quiere decir que existían tres etapas: la del sumario y la intermedia, que se desarrollaban por escrito, y, la del plenario, que se sustanciaba de manera oral.

Una de las críticas de los estudiosos del derecho fue que se imponga un procedimiento enteramente oral, tanto fue el peso que mantuvieron los

críticos, que fue necesaria la contratación de profesionales nacionales y extranjeros para que redacten el CPPE, acorde al sistema procesal norteamericano (Zavala, 2004, pp.4).

En el sistema acusatorio, el Estado tiene la carga de la prueba y se basa en la oralidad del procedimiento, la igualdad de las partes y la publicidad del proceso. El mismo garantiza igualdad de condiciones entre la acusación y la defensa, tendiendo, a proteger a la sociedad del delito, y por el otro a proteger al acusado frente a los excesos de quien lo incrimina; en suma, disminuir la violencia. (Zamora, 2009, pp. 111)

El Estado debe garantizar al procesado un juicio equitativo y justo, conforme los principios que lo limitan y aquellos que son propios del sistema acusatorio:

- Oralidad
- Contradicción
- Inmediación
- Continuidad
- Publicidad
- Concentración

Respecto de la **oralidad** se refiere a una predilección de la sustanciación verbal sobre la escrita, todo acto que perjudique o mejore la condición del procesado deberá ser realizado en audiencia oral frente al JGP. Al respecto el número 6 del artículo 168 de la CRE, ordena que la administración de justicia, en todas sus fases y materias, se desarrolle a través del sistema oral, en virtud de los principios de concentración, contradicción, y, dispositivo.

La **concentración**, indica que “todo acto de alegación y prueba debe quedar relegado para el día de la audiencia oral. Esto se opone al fraccionamiento en compartimientos estancos del juicio escrito” (Puppio, 2008), lo que significa se

deben reunir la mayor cantidad de cuestiones procesales para tratarlas en la mínima cantidad de audiencias.

Sobre la **contradicción**, “[...] se pretende que con este principio que los actos de procedimiento deban realizarse con la intervención de la contraparte, o al menos con la posibilidad de que la contraparte se entere de la realización del acto para tener la posibilidad de oponerse antes de su realización” (Puppio, 2008), esto quiere decir deben existir dos partes en igualdad de posiciones, la que acusa y la que defiende y ambas tienen la posibilidad de controvertir la prueba presentada dentro del juicio.

Los efectos del principio **dispositivo**, reflejan que nadie está obligado a intentar una acción en contra de su voluntad; que los jueces deben sentenciar conforme a lo alegado y probado; que las partes tienen la facultad de proponer los recursos que consideren contra las resoluciones que crean los perjudican. (Puppio, 2008)

Acerca de la **inmediación**, quiere decir que todas las pruebas deben ser pedidas, ordenadas, practicadas, judicializadas e incorporadas al juicio, “todos los alegatos y pruebas se diligencian con la intervención directa del juez que debe sentenciar [...]” (Puppio, 2008); tiene como finalidad “[...] mantener la más íntima relación posible, el más estrecho contacto entre el juzgador de un parte u los litigantes y la totalidad de los medios probatorios de la otra, desde el comienzo del proceso hasta la sentencia final” (Miguel y Alonso, 2008).

En referencia a la **continuidad**, refiere a que las audiencias deben producirse en secuencia, sin dejar pasar lapsos que perjudiquen a los sujetos procesales innecesariamente.

Con relación a la **publicidad**, el público en general puede llegar a conocer y presenciar el desarrollo del proceso, con excepción, de la sustanciación de

delitos sexuales que se realizan en privado por respeto al derecho a la intimidad que le asiste a la víctima.

“El sistema acusatorio del nuevo [derecho] procesal penal no existe como un esquema absoluto, ni sus instituciones fundamentales imponen una estructura rígida y pétrea del proceso” (León, 2005, pp.29). Esta aseveración insinúa que existe flexibilidad en las instituciones del sistema acusatorio y en la aplicación del proceso penal en sí.

El proceso penal es una institución jurídica única, idéntica, íntegra y legal que teniendo por objeto una infracción, surge de una relación jurídica establecida entre el juez y las partes y entre estas entre sí, conforme a un procedimiento preestablecido legalmente y con la finalidad de imponer una pena a los agentes de la infracción. (Zavala, 2004, pp. 39)

Las etapas preprocesales y procesales son:

- Indagación Previa (Preprocesal)
- Instrucción Fiscal
- Etapa Intermedia¹¹
- Etapa del Juicio

La **indagación previa** es la etapa **preprocesal**, en la cual corresponde a la Fiscalía la averiguación sobre los hechos de la noticia criminal y el recaudo de medios de convicción que sustenten los elementos del delito, esto quiere decir sobre el acto, el tipo, la antijuridicidad y un presunto culpable a quien imputar su comisión.

Según lo previsto en el artículo 215 del CPPE, tiene una duración de un año en delitos reprimidos con prisión y de dos años en aquellos sancionados con reclusión, habiendo transcurrido este tiempo, y de no encontrar elementos para

¹¹ Artículo 206 CPPE

deducir la imputación, el fiscal solicitará al JGP el archivo definitivo o provisional de la investigación.

De encontrar elementos que permitan imputar la autoría o participación en el delito a una persona determinada, el Fiscal solicitará al JGP que se lleve a cabo la audiencia de formulación de cargos, para que se dé inicio a la etapa de instrucción fiscal y al proceso penal.

La instrucción fiscal es la etapa en la que se imputa a una persona la comisión de un delito; el fiscal debe reunir información necesaria y fundamentos suficientes para proceder con dicha imputación, “[...] consta de múltiples actividades [...]: actividades de investigación, actividades decisorias, actividades de control y actividades de defensa [...]” (Sosa y Jaren, 2000, pp.24)

En la sustanciación de la audiencia, el procesado podrá solicitar al Fiscal la conversión de la causa, el procedimiento abreviado, el procedimiento simplificado o cualquiera de las figuras constitucionales que se crea asistido.

En la etapa de instrucción no deben existir pruebas reservadas, pues concurre la contradicción, un juez garantista que resguarde al procesado a fin de que no se vulneren sus derechos y tenga acceso a todos los actos que el Fiscal realice, al desarrollo íntegro del proceso desde la indagación previa, a la recepción de su versión libre y voluntaria de los hechos, etc.

En virtud del artículo 217 del CPPE, la etapa de instrucción fiscal podrá durar hasta noventa días improrrogables, salvo que exista una vinculación, figura por la cual, el Fiscal, de haber llegado a nuevos elementos sobre la imputabilidad de una persona diferente a la primera procesada, podrá hacerle extensiva la formulación de cargos con lo cual se otorgan 30 días extras a fin de que el nuevo vinculado ejerza su derecho a la defensa

Una vez concluido el tiempo que la ley otorga para la sustanciación de la instrucción fiscal, deberá solicitarse al juez la realización de la audiencia preparatoria del juicio con la cual concluye la etapa de instrucción fiscal y comienza la intermedia, que a partir de las reformas al CPPE en el año 2009, se sustancia en una sola diligencia.

La fase intermedia es la etapa procedimental en la que se manifiesta la exigencia primaria y fundamental del principio acusatorio: la existencia de acusación, es decir, que haya un sujeto diferente del órgano judicial que ejercite la acción penal. (Ormazábal en Vásquez, 2001, pp. 193).

Esta etapa, ubicada entre la fase preparatoria y la del juicio oral, tiene por función determinar si hay fundamento serio para llevar a juicio al imputado, con ello se previene la sanción anticipada [...]; la cual se configuraría si el juez de esta fase se limitare a intervenir de manera meramente formal homologando lo actuado por el Ministerio Público. (Sendra en Vásquez, 2001, pp. 193).

Concluida la instrucción fiscal e instalada la audiencia preparatoria del juicio, ésta servirá para dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo innumerado primero a continuación del artículo 226 del CPPE, esto es: conocer y resolver sobre los vicios respecto de lo actuado; sobre cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, competencia y de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso; la anunciación de las pruebas que se presentarán en el juicio, su exclusión o el acuerdo para que ciertos hechos queden probados desde esta diligencia.

En la audiencia el fiscal expondrá su acusación, y sólo en los casos en que existan varios imputados y se emita acusación y abstención, se referirá a ésta, para que el juez determine si los procesados deben ser llamados o no a juicio sobre la base de los resultados que arroja la instrucción fiscal. Estas

convicciones deben ser graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación de los procesados.

Como caso excepcional, en el plazo de tres días las partes presentarán la prueba que los acompañará a juicio, puesto que debieron emitirla en la audiencia; posterior a lo cual el JGP remitirá los actos procesales a la Sala de Sorteos y se devolverá el expediente al Fiscal, con la recepción del proceso y la avocación de conocimiento por parte del TGP comienza la etapa del juicio.

El juicio “[...] es la etapa en que se realiza el juicio oral y público en donde intervienen fundamentalmente el Ministerio Público, el abogado defensor, los imputados y testigos, entre otros, y que culmina con una sentencia ya sea esta condenatoria o absolutoria¹², la que puede ser objeto de recursos. [...]” (Monsalve en Pharos, 2005, pp.6).

En esta etapa, según el artículo 250 del C.P.P.E. se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para condenarlo o confirmar su inocencia.

La audiencia es la parte central del proceso penal y es la consecuencia del principio oral. Otra consecuencia de la oralidad es que la sentencia solamente puede ser fundamentada en base a los resultados de la audiencia. Por eso las disposiciones legales para la audiencia deben garantizar un proceso judicial y deben posibilitar averiguar la verdad. (Pomareda y Stippel, 2002, pp. 317)

La sustanciación de esta etapa concierne al Presidente y a los demás miembros del TGP.

¹²En el proceso penal ecuatoriano, no existe la figura de la sentencia absolutoria por cuanto la inocencia se presume hasta que no se compruebe y sentencie en contrario, la figura prevista en la legislación ecuatoriana es la sentencia ratificatoria de la inocencia.

En la primera parte de la sustanciación, el Presidente del TGP pone en conocimiento de las partes la recepción del proceso y procederá a determinar el día y hora en el que se efectuará la audiencia de juzgamiento; es a quien se le entregan las listas de testigos a presentarse en el juicio y la petición de la prueba que deba ser incorporada en la diligencia y que no se hayan presentado posterior a la audiencia preparatoria del juicio.

En la audiencia de juzgamiento, constituido el Tribunal y presentes las partes o en ausencia del procesado en caso de haber reincidido tres veces en audiencia fallida, el Presidente declara abierto el juicio y advertirá al acusado que debe prestar atención a las actuaciones y exposiciones de los abogados.

Una vez aclarado este punto, las partes exponen sus alegatos de apertura en los cuales se expone la teoría del caso que es “[...] la exposición discursiva y persuasiva de los hechos [elemento fáctico], los elementos jurídicos que permiten soportar, legal y doctrinariamente la tesis [elemento jurídico] y las pruebas que lo demuestran y que serán practicadas en el debate [elemento probatorio].” (León, 2005, pp. 177)

Procederá entonces la presentación de la prueba, primero por la acusación y luego por la defensa; en referencia a este aspecto, resultará necesaria la presentación de la prueba testimonial al final, a continuación de la prueba material y documental.

En la presentación de la prueba testimonial intervendrán primero el ofendido, luego el acusador particular de existir, intervendrán los testigos y peritos de su parte; y, por último, el acusado y sus testigos y peritos.

Concluida la prueba, el Presidente ordenará el inicio del debate y presentación de alegatos finales, de cierre o de clausura; en primer orden, irá el fiscal, quien expondrá sobre los hechos, las pruebas rendidas y las que constan en el proceso y solicitará la imposición de la pena correspondiente; en segundo lugar

intervendrá el acusador de existir quien solicitará una pena y el pago de indemnizaciones que crea convenientes; y, al final, intervendrá la defensa.

Al finalizar la exposición de la defensa, el Presidente dará por cerrado el debate. El Tribunal deliberará y emitirá sentencia en el mismo acto procesal, de no realizarlo, las partes tienen la potestad de solicitarlo por estar asistidas del derecho a conocer la decisión del tribunal en base a lo expuesto en la audiencia y no de la revisión del expediente.

La sentencia puede ser condenatoria o **ratificatoria de la inocencia del procesado** cuya ejecución no puede estar sujeta a condiciones.

La que condene a alguna persona deberá cumplir los requisitos que ordena el CPPE en el artículo 309 además de la mención sobre cómo se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito y la responsabilidad del acusado. Debe además, determinar el delito por el que se condena y la pena impuesta.

Una vez notificada la sentencia termina el proceso ordinario; de así requerirlo, las partes pueden interponer los recursos de los que se crean asistidos, así da comienzo a la etapa de impugnación, que es un derecho de las partes más no una etapa obligatoria del proceso.

La etapa de impugnación se refiere a al ejercicio del derecho que una parte tiene de refutar algún acto procesal dentro del juicio, en concordancia con lo que establece la norma y a través de los medios previstos en ella. Al igual que en las actuaciones anteriores, la sustanciación de estos recursos se la hará a través de audiencias orales, contradictorias y públicas, la cuya resolución de los recursos no podrá perjudicar la situación del recurrente.

El procedimiento ordinario analizado es largo y tedioso, demorado para ser un proceso penal, en el cual la libertad de una persona es lo que se encuentra en juego; bastaría con proponer una figura en la cual se obvien todos los pasos

anteriormente señalados para que la justicia alcance eficiencia y actuaciones eficaces y oportunas.

La alternativa, la figura de los acuerdos negociados, que promueven la economía procesal, presupuestaria y personal de los sujetos involucrados, al permitir en una sola audiencia la sustanciación de todos los momentos contemplados en el proceso ordinario.

Los cambios previstos en las últimas reformas al CPPE, permitieron un avance en la consumación del sistema acusatorio oral en el proceso penal ecuatoriano, sin embargo, aún se deben pulir y solucionar algunos vacíos que la ley no previno en sus reformas.

Por ejemplo, la facultad del fiscal de ejercer la acción penal cuando considere que los hechos conocidos no constituyen delito. El tener que enviar una solicitud cada vez que el fiscal tenga que archivar una causa, congestiona aún más el sistema de administración de justicia, ya que este archivo que en definitiva devuelve los derechos del imputado, no solo depende de la “escritura” de una carta por parte del Fiscal, sino de la recepción y ejecución del pedido por parte del Juez, sin contar con el contrasentido que significa “pedir por escrito” en el sistema oral, cosa harto común en nuestro medio.

Por lo tanto, deben realizarse cambios en la normativa vigente para que se perfeccione el sistema penal acusatorio y la instauración de la oralidad sea completa en todos los aspectos de la administración de justicia, sin menoscabar los derechos de ninguna de las partes procesales o depender del arbitrio del JGP para la garantía de esos derechos.

2.5 Procedimientos especiales

“Para otros conflictos y bajo ciertos presupuestos de procedencia concurren ‘otros procedimientos’ dentro del proceso penal, y son los llamados

‘procedimientos especiales’ [...]”. (Narváez, 2003, pp. 44) Entre los procedimientos especiales contemplados en el CPPE, previstos entre los artículos 360 y 375 se encuentran el procedimiento abreviado y el procedimiento simplificado.

La diferenciación abarca a veces todo el proceso u otras veces solo uno de sus períodos, y pueden darse procesos sin instrucción o con investigación abreviada. [...] Se dice que un procedimiento es especial [...] cuando todas o parte de las normas que lo regulan derogan o modifican las que organizan el procedimiento común. En caso de modificación parcial, ésta ha de captar un aspecto fundamental del trámite y no un mero acto o artículo del proceso. (Claria Olmedo, 1998, pp. 301)

El procedimiento abreviado es el “[...] proceso que se le sigue a un procesado en el cual se le puede imponer una pena, por la realización de un hecho contrario a la norma penal y en el cual se [aplica] la oralidad, la contradicción, la publicidad [...], siempre y cuando haya previo acuerdo entre el procesado y la Fiscalía.” (Villarroel, 2009, pp. 74)

Una finalidad de esta institución significa una mejora de la administración de justicia, la descongestión y agilidad de los procesos acumulados en los juzgados y tribunales de la República dada la lentitud con la que se sustancian dichos juicios; sus resultados son la celeridad y prontitud en la resolución de las causas.

Con esta forma de juzgamiento, el procesado evita someterse a un proceso ordinario, y por haber confesado su delito, puede recibir una pena menor y en relación al tiempo, dejar de perecer ante la incertidumbre de una pena máxima como sanción por la comisión de un delito, si su juzgamiento se produjera con el procedimiento penal ordinario.

El Procedimiento Abreviado aparece en la vida jurídica en el Ecuador con el Código de Procedimiento Penal promulgado el 11 de Enero de 2000. Tiene como objetivo fundamental la celeridad del proceso penal, la obtención de una sentencia y el ahorro de recursos para los órganos de administración de justicia.

El carácter consensual de este procedimiento sigue a través del "acuerdo" entre el Fiscal y el procesado, acuerdo del cual éste último se beneficie en cierto modo pues el ahorro procesal y económico de un juicio penal le da al procesado la certeza de conocer la respuesta judicial en forma más rápida y no tener que estar dentro de un proceso penal un año o hasta más sin tener sentencia. (Villarreal, 2009, pp. 82)

El procedimiento es admisible cuando:

1. Se trate de un delito o tentativa que tenga prevista una pena privativa de libertad, de hasta cinco años.
2. El procesado admita el hecho fáctico que se le atribuye y consienta en la aplicación de este procedimiento.
3. El defensor acredite con su firma que el procesado ha prestado su consentimiento libremente, sin violación a sus derechos fundamentales.

Una vez solicitada la instauración de este procedimiento por escrito, el juez aceptará o rechazará la solicitud; de rechazarla, el fiscal puede insistir en su aplicación. De aceptarla, remitirá el proceso a los tribunales, donde se dictará la sentencia adoptando o no la solicitud de imposición de una pena benigna para el procesado.

Cuando el TGP rechace la conclusión del proceso a través de un procedimiento abreviado, remitirá el juicio al juez *a quo* para que prosiga con el trámite ordinario. Estas decisiones son susceptibles de apelación ante la Corte Provincial.

No obstante, aquí se encuentra una falencia en la aplicación equitativa de los derechos de las personas, ya que para abrir la posibilidad de someterse al procedimiento abreviado, el imputado reconoce su falta e incluso el defensor acredita con su firma que el procesado ha prestado su consentimiento libremente, sin violación a sus derechos fundamentales; para el reconocimiento de su falta, el imputado se encuentra en situación de vulnerabilidad adicional por cuanto se lo juzga ya sobre la base cierta del cometimiento de un delito.¹³

El procedimiento simplificado por su parte, al igual que el abreviado es una forma de terminación anticipada del proceso ordinario. Procede hasta antes de la audiencia preparatoria del juicio, y para el caso de delitos sancionados con pena de hasta cinco años de privación de libertad, que no impliquen vulneración a los intereses del Estado y que sea solicitado por el fiscal al JGP.

El artículo innumerado a continuación del 370 del CPPE, prevé que, al inicio de la audiencia el TGP explicará en presencia del procesado sobre las consecuencias del procedimiento simplificado. Posteriormente el fiscal formulará la acusación con relación a las pruebas que hasta la fecha haya producido.

Se verificarán las nulidades existentes en el proceso que podrían afectar la realización del procedimiento simplificado. Y habiendo descartado la existencia de vicios en el procedimiento, la procedibilidad y legalidad de las pruebas, el TGP podrá expedir sentencia condenatoria o absolutoria.

El JGP, puede no consentir en la realización del procedimiento simplificado, con lo cual la causa seguirá sustanciándose a través del proceso ordinario, sin perjuicio del derecho de apelación que las partes tienen para hacer valer lo que crean conveniente.

¹³Este análisis no implica un sesgo a favor del delincuente, es únicamente una reflexión sobre la tramitación del procedimiento abreviado cuando este no es aceptado para su aplicación.

Este procedimiento alternativo es un medio para llegar a la justicia de forma más ágil, ya que en corto tiempo se impone una pena al infractor de un delito así como en la misma sentencia se impone el pago de daños y perjuicios causados.

No obstante, este medio de resolución y administración de justicia requiere de una tramitación que si bien se acorta en el tiempo, depende de los mismos funcionarios que actúan en el procedimiento ordinario y no aligera la carga de trabajo, sino exige únicamente un tratamiento diferenciado.

Al estar en manos de los mismos funcionarios cuya carga de trabajo no se ha aligerado con este procedimiento, se corre el riesgo de que los plazos previstos para la tramitación del procedimiento simplificado no se cumplan.

Adicionalmente, no cuenta con la presión para una resolución inmediata, producto de una negociación en la que se obtuvo información importante que aporta para otros casos de mayor envergadura, mismos que de igual forma requieren de urgentes actuaciones.

Los procedimientos alternativos fueron incluidos en las reformas penales en el Ecuador, como medios facilitadores para la terminación del proceso penal. Sin embargo, la fiscalía continúa con una condición únicamente de tramitación del proceso, no dispone de decisión para el finiquito de la causa penal, pues son los jueces quienes deben aceptar o rechazar la realización de los procesos especiales; y como instancia investigadora –la fiscalía– no obtiene ningún valor agregado, al igual que la sociedad a quien el procesado dañó; por el contrario, se corre el riesgo de haber dado paso a una sanción menor a quien no lo merece, ya que no se cuenta con más elementos que no sean los de imposición y cumplimiento de una reparación material o económica por el daño causado.

La implementación de los acuerdos negociados, que se propone en este estudio, permitirá al fiscal terminar con el conflicto penal sin necesidad de la autorización del juez, quien se somete a la decisión del Fiscal y acepta el acuerdo consensuado al que han llegado con el procesado, únicamente en el entendido y el conocimiento del valor agregado que pudo haber obtenido el Fiscal, para la resolución de un caso mayor y del aporte que eso significa en defensa de la sociedad que potencialmente puede ser dañada mayormente por el cometimiento de otros delitos, mismos que con la información obtenida como parte del acuerdo negociado, el Fiscal puede evitar.

2.6 Diferencias entre los procedimientos especiales y el acuerdo negociado

En el caso de los acuerdos negociados, éstos no se consideran una alternativa procesal como son los procedimientos especiales, ya que para la tramitación de estos últimos, se continúa dependiendo de los mismos operadores de justicia, los cuales tendrían una carga laboral adicional. Para la operatividad de los acuerdos negociados hace falta únicamente la presencia del fiscal y del Juez que dicta la sentencia, y se los considera como una figura legal que permite una transacción judicial previa al enjuiciamiento.

La aceptación por parte del fiscal para la implementación de un acuerdo negociado, depende no solo de que se trate de delitos menores, o de aquellos castigados con hasta 12 años de reclusión mayor ordinaria; sino también de que estén presentes otros elementos como la certeza del arrepentimiento por el acto cometido por parte del imputado, la posibilidad de lograr información importante y relevante para la resolución de otros casos o para evitar el cometimiento de otros delitos que puedan causar grave conmoción social, la seguridad de resultados favorables relacionados con la reinserción del imputado a la sociedad, la aceptación por parte de la víctima del acuerdo negociado, de los medios reparatorios que el ofensor proponga (devolución del bien dañado, pago o reposición del bien dañado, la aceptación para pleno

cumplimiento de medidas de reinserción impuestas al imputado, el seguimiento al cumplimiento de las medidas de reinserción, entre otras.

Se puede también mencionar que con la aplicación de la figura de los acuerdos negociados para la aplicación de justicia, se cumple el postulado de garantía de derechos para todos y todas: quedan a salvo los derechos de la víctima en primer lugar en tanto y en cuanto ha recibido de manera inmediata un resarcimiento del daño causado; a la sociedad, a la cual se le permite visibilizar al infractor como un ciudadano en proceso de reinserción y no como un delincuente en cumplimiento de una pena, beneficiando a la colectividad, por cuanto busca reparar y no generar mayor daño a la misma; al procesado ya que se le permite el ejercicio de otros derechos, como el de no ir a juicio en su libre elección, y el derecho de recibir opciones de reinserción al lado de la obligación de reivindicarse como parte del acuerdo logrado.

Consiguientemente, tenemos dos escenarios: primero, en el que el juez se rige a la aceptación de la acusación llevada adelante por el Fiscal, en tanto éste aprobó y operativizó la figura del acuerdo negociado, y en sus manos queda la imposición de la pena; y, dos: que el juez no acepte la presentación acusatoria del fiscal, en cuyo caso las cosas vuelven a cero y al cumplimiento del proceso penal ordinario.

Para mayor detalle del acuerdo negociado, en el siguiente capítulo se exponen sus alcances y observaciones.

CAPÍTULO III LOS ACUERDOS NEGOCIADOS

El capítulo desarrolla los aspectos necesarios para una correcta sustentación y aplicación del procedimiento de acuerdos negociados dentro del proceso penal ecuatoriano, con el fin de evitar errores que pudieran acarrear la nulidad del acuerdo, y ocasionar consecuencias tanto para Fiscales, cuanto para procesados y víctimas, como la ineficacia del proceso, la demora en la tramitación del mismo, o el aumento del volumen de trabajo en las dependencias judiciales, por mencionar algunas.

Se expone los antecedentes de los inicios de la implementación de los acuerdos negociados en otros países de Latinoamérica, se incluye un marco conceptual y se describe en que consiste el *guilty plea* y su consecuencia, el *plea bargaining*, derivado en el *plea of sentence* o el *plea of charges*.

Más adelante se explican las finalidades que persiguen los acuerdos negociados, y las reparaciones que deben o pueden realizarse a la víctima, ya que al ser ésta la directa perjudicada, es quien debe obtener una compensación que satisfaga, por lo menos en parte, el daño ocasionado al bien jurídico, cualquiera sea éste.

A continuación, y en la parte sustancial del capítulo, se desarrolla lo concerniente a la iniciativa y la oportunidad para realizar los acuerdos negociados, para lo cual se explica las diferencias entre el principio de oportunidad reglada y el principio de oportunidad, previsto en el artículo innumerado tercero a continuación del artículo 39 del CPPE.

Para concluir, existe una determinación de los requisitos de procedibilidad y admisibilidad para el perfeccionamiento de un acuerdo negociado; con la explicación del procedimiento de negociación para concluir en la terminación

anticipada del proceso, dejando en claro que no se trata de una mediación como la prescriben los métodos alternativos de solución de conflictos.

3.1 Antecedentes

Los acuerdos existen como instrumentos para la realización de la política criminal del Estado. En la era del disenso, la justicia negociada pretende favorecer el consenso, o al menos un convenio.

El origen de este tipo de justicia en el ámbito del Derecho Penal se puede situar en el movimiento de transformación que ha caracterizado el Derecho Penal desde los años 70, tras el declive de la rehabilitación y del desmoronamiento del Estado intervencionista.

La justicia negociada aparece vinculada a la mediación, especialmente a los programas de mediación entre delincuentes y víctimas que se desarrollan en Francia e Inglaterra. Con ello se confunde la tradicional clasificación del Derecho Penal en el Derecho público, introduciendo en el mismo, elementos del Derecho privado. (Delamas, 2000, pp. 661)

En nuestro país, la CRE, en el numeral 8vo del artículo 2, señala como deber del Estado el “garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción”. En el Ecuador como Estado constitucional de derechos, la Carta Magna es aquella normativa de la que dependen las actuaciones de todos los poderes estatales, por esta razón “[...] el sistema penal constituye uno de los instrumentos de política criminal más importantes [...]” (Arana et al., 2008, pp. 25)

En la mayoría de países de América Latina, gran parte de los sistemas de administración de justicia han colapsado desde la erradicación de las

dictaduras y el retorno a la democracia. Estudios al respecto¹⁴ determinaron la necesidad de implementación de reformas que incluyan mecanismos de terminación anticipada del proceso, que a la par que descongestionen el sistema de administración de justicia en materia penal, aporten a un resarcimiento del daño causado a las víctimas, como alternativa a la forma prescrita en la ley que ordena que el proceso culmine únicamente a través de la sentencia emanada por un tercero “seudo imparcial” que es el Juez.

3.2 Definiciones

Para entrar en el tema de desarrollo de este capítulo, es importante señalar ciertas definiciones y explicaciones prácticas tomadas del sistema del Common Law; así:

El **acuerdo negociado** es una figura que permite una transacción judicial previa al enjuiciamiento, siguiendo el método del proceso penal oral. Ha sido manejada en los Estados Unidos de América desde hace más de cien años y cuenta con jurisprudencia a su favor, emanada de los Tribunales Supremos de ese país desde hace treinta años. (Gómez, 2008, pp.135)

El ***guilty plea*** que no es otra cosa que “una renuncia voluntaria de derechos por parte del demandado, con la plena conciencia de lo que está haciendo y de las implicaciones que esto conlleva” está siempre precedido por el *plea bargaining*, equivalente a lograr una transacción entre Fiscal y procesado con el fin de evitar llegar al *trial* (juicio). Es así que la proporción entre *plea bargaining* y *trials* en los Estados Unidos llegan a ser de 10 a 1. (US Bureau of Justice, 2009)

¹⁴ “Dicho retorno, en el buen sentido de la palabra, obedece a los serios cuestionamiento que se le hacen al modelo de justicia retributiva, -criticada por sus altos costos económicos y sociales, corrupción e ineficacia- en el cual prevalece un claro desequilibrio de las relaciones entre delincuente, víctima, comunidad y Estado; de ahí que se tenga como un factor casi generalizado la renuencia de los testigos, víctimas o delincuentes para participar en un Juicio Penal en el cual se da un proceso antagónico entre el procesado y el Estado, donde la víctima opera únicamente como testigo y la actividad se centra en el castigo y no en la recuperación del daño”. (Mojica y Molina, 2005, pp.21)

El *plea of guilty* o *guilty plea* es en sí una convicción declaratoria de las acusaciones impuestas, que no necesitan otro formalismo para llegar a la sentencia, al respecto la *plea*:

Es un acto unilateral del acusado, que no requiere consentimiento de nadie [...] renunciando con ella a una serie de derechos constitucionales: a su privilegio de no tener la obligación de declarar contra sí mismo en un juicio criminal, a su derecho de ser juzgado por un jurado, y a su derecho a tener un careo con los testigos que declaren en su contra. (Rodríguez, 1997, pp. 39); Su consecuencia inmediata es la plea bargaining.

La *plea bargaining* es el proceso por el cual el demandado en un caso penal no hace uso de su derecho de ir a juicio, sino que usa otros derechos como la posibilidad de una reducción de la pena, la formulación de cargos menores o la reducción de la sentencia. La traducción de este término significa **un acuerdo negociado**, y de los mismos, existen dos tipos: **la súplica de cargos y la súplica de sentencia**:

La súplica de cargos se produce cuando el Fiscal permite al demandado declararse culpable de una acusación menor o solo de algunas acusaciones en su contra;

La **súplica de sentencia** se produce cuando al *deffendant* se le manifiesta lo que le sucederá con la sentencia.

En este caso y si el demandado admite la culpabilidad y responsabilidad por su participación en el ilícito cometido y solicita la aplicación de esta figura, en los Estados Unidos de Norteamérica el Gran Jurado es quien autoriza la iniciación de las conversaciones.

Los acuerdos negociados se han implementado como una alternativa de solución a conflictos penales tanto leves como aquellos que causan conmoción social y son de gran trascendencia en los Estados Unidos de América; sin embargo, existen algunas falencias en su procedimiento que pueden ser susceptibles de perfeccionamiento.

Por ejemplo: la determinación de que no es una pura renuncia de derechos sino un cambio de uso de los mismos si se puede utilizar el término, no consiste en una autoincriminación, sino en un proceso de resarcirse y resarcir el daño cometido hacia la sociedad, acción que lleva implícita la noción de arrepentimiento y de deseo de reinserción a esa sociedad que dañó, e incluso de deseo de rehabilitación propia, es decir como persona.

Otra circunstancia a ser reforzada es el establecimiento de mecanismos que aseguren la aplicación del procedimiento para lograr el acuerdo negociado, y que no permitan que este pueda ser manipulado a favor de la víctima o del procesado.

Los sistemas de justicia tanto europeos como estadounidenses, han sido beneficiados económica y administrativamente con la implementación de los acuerdos negociados, ya que estos ayudan a reducir tiempos procesales, por cuanto responden a los principios de celeridad y eficacia procesal, y obtienen una fórmula de solución ágil del daño causado a la sociedad, permitiendo una reparación expedita hacia las víctimas u ofendidos.

3.3 Definición y finalidades del acuerdo negociado

El sistema de administración de justicia actual es lento y burocrático. Tanto Fiscales como Jueces parecen tener una diligencia mínima en el despacho de las causas, olvidando lo principal, que es que el ofendido o la víctima, requiere que su derecho vulnerado sea reparado de forma inmediata.

Mientras exista la comisión de un delito por parte de una persona que será llamado procesado, como contraparte existirá un sujeto llamado víctima, afectado directo por la acción delictiva cometida. Al ser la sociedad o un particular el afectado, el Fiscal por parte del Estado, en concordancia con el principio de oportunidad, tiene la facultad de iniciar una acción penal en contra del sujeto trasgresor de la norma; no obstante, es el procedimiento implementado, el que vuelve lento al sistema de justicia, sigue conculcando derechos por su ineficacia y permite incluso comportamientos anómalos en la sociedad.

En contraposición, los acuerdos negociados se destacan por “[...] propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados a la víctima, en cuanto parece condicionar la existencia de los preacuerdos a la necesaria referencia de la reparación integral de la víctima [...]” (Bernate et. al, 2001, pp. 206).

Y en tanto esta reparación, redundará en la paz social, en la seguridad del Estado y en la psiquis del ofendido, es necesaria, ya sea de manera individual, o colectiva. Adicionalmente si se brinda una reparación a la sociedad, se lo hace también hacia el Estado del que forma parte.

Se puede incluir dentro de esa reparación hacia la víctima, una de tipo económico, al lado de la moral que satisface la necesidad de justicia que el ofendido requiere del Estado.

La reparación como consecuencia inmediata del acuerdo negociado, según el principio de reparación integral debe tener “[...] equivalencia entre el daño y la indemnización [...]” (Bermúdez, 2007, pp.139), “[...] lo propio de [admitir] la responsabilidad es restablecer lo más exactamente posible, el equilibrio destruido por el daño y volver a colocar o retornar a la víctima a la situación donde ella estaría si el hecho dañoso no hubiese tenido lugar [...]” (Viney en Bermúdez, 2007, pp. 140).

Un actor importante de esta modalidad propuesta de acuerdo negociado, es el Fiscal, quien debe tomar en consideración a la víctima al momento de proceder a lograr un acuerdo para que el procesado reciba “[...] una condena a favor de la víctima del perjuicio, que implique que la extensión de la medida pronunciada tiene por único instrumento de medida el perjuicio sufrido y que [...] sea equivalente a la totalidad de ese perjuicio [...]” (Coutant en Bermúdez, 2007, pp. 141).

El acuerdo negociado, tiene una finalidad propia que implica la terminación extraordinaria del proceso, así como la de “[...] humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de conflictos sociales que genera el delito [...] y lograr la participación del imputado en la definición de su caso [...]” (Bernate et al., 2001, pp. 205).

La actuación procesal y la pena, deben ser humanizadas, para evitar el estancamiento de causas judiciales en los despachos de jueces, fiscales y demás operadores de justicia, y el tráfico de influencias que permite que solo se “muevan” aquellos casos en los cuales vale la amistad o los favores de y hacia los funcionarios que operan la justicia, en detrimento de los procesos que solos, permanecen estancados en los juzgados por mucho tiempo.

La necesidad de “mover” los casos, requiere estar frente al funcionario que los maneja, cada día y todos los días, ocasionando además la congestión material en la exigua infraestructura física con que cuenta el sistema de administración de justicia en el país, que a toda hora se ven saturados por la presencia de abogados, funcionarios judiciales, funcionarios fiscales y usuarios en general.

Visto ello, los acuerdos negociados también evitan la interacción positiva y consuetudinaria de presentarse ante los jueces o amanuenses con el fin de solicitar el despacho de causas; permiten la sensibilización del proceso, cuando el Fiscal logra un acuerdo con el procesado a fin de evitar todo el proceso penal, y cuando el sujeto recibe una pena menos punitiva, más personalizada y

aplicable que la que se puede recibir después del procedimiento ordinario y de la expedición de la sentencia condenatoria.

El cumplimiento de la sanción impuesta por su lado, luego de logrado el acuerdo que se haya conseguido entre Fiscal y procesado, activa la solución de los conflictos sociales derivados de la comisión de un ilícito.

Permite regresar al orden estatal instituido porque se ha subsanado el quebrantamiento del bien jurídico protegido, daño que se percibe y se recibe en la sociedad; que resuelto, permite que la comunidad no continúe pensando en el infractor de las normas de convivencia, como un delincuente contumaz y como un peligro para la sociedad, lo que no ocurre con la sentencia que se cumple desde el sistema penal tradicional.

Esta sentencia aplicada como privación de libertad, imprime en la sociedad la imagen de delincuente durante todo el tiempo que le lleva al individuo cumplir su pena, imagen que difícilmente logrará ser superada y aporta incluso a hacer más difícil la reinserción social de aquellos que delinquieron, y para quienes el Estado tiene el deber de recuperarlos socialmente.

En los acuerdos negociados, la iniciativa, puede provenir del Fiscal, al cotejar los resultados de la investigación con los requisitos de procedibilidad del acuerdo negociado; o del procesado, quien se somete a esta figura con el fin de lograr una pena benigna, cumplir con la sociedad y resolver los conflictos que ocasionó su actuación delincuencia.

El procesado facilita la investigación al proporcionar información que permita la acusación de otros implicados en la perpetración del delito, o indicios sobre otro delito que investigue el mismo Fiscal u otro. Con esa actuación no solo consigue una reducción de la pena o la sustitución de los cargos sino el aligeramiento de la carga emocional que ciertamente, también perjudica a quien cometió el delito.

Por lo expresado, es posible manifestar que se necesitan figuras que remedien la controversia ocasionada por la comisión de un delito, logren reparar social, psicológica, moral y pecuniariamente, a la víctima, pero sobretodo, enmienden el daño ocasionado a la sociedad,

Adicionalmente, se considera al acuerdo negociado, como un medio ágil y expedito para obtener una justicia eficaz y eficiente, principal motivo por el que el procedimiento de acuerdos negociados ha resultado beneficioso en otras legislaciones.

3.4 La reparación

La justicia reparadora comprende un proceso a través del cual se pone en contacto a la víctima, al infractor, e inclusive a los miembros representantes de la comunidad para conversar sobre la infracción cometida y encontrar la forma como reparar el daño ocasionado.

Dentro del ámbito penal, el sistema tradicional siempre se ha preocupado por el delincuente, mientras la víctima casi no es tomada en consideración; incluso para la investigación y juzgamiento o la defensa de ciertos tipos penales, en nuestro país se acude a formas de revictimización que consisten en careos innecesarios, rendición recurrente de versiones, etc., permitiendo a veces con estos medios que el delito quede en la impunidad, por cuanto la víctima no es capaz de mantener o sostener la acusación en tiempo y circunstancias que le son adversas y le generan conflictos iguales o peores que aquellos que le ocasionó la comisión del delito que pretende sea castigado.

En Ecuador, citando el ejemplo de lo previsto en los artículos 52 y siguientes del CPPE, si la parte agraviada no presenta la acusación particular en contra de su agresor, es obviada e invisibilizada a efectos de la reparación económica de su daño, o de cualquier otro tipo de reparación, con la errada idea de que es

suficiente con enviar a la cárcel a un trasgresor para que la víctima haya sido resarcida en su integridad moral y física.

Importante de aclarar que no se busca una reparación de tipo pecuniario porque sí, el valor que se pueda fijar a ese efecto, tiene como parámetros de cálculo, situaciones tales como ausencias parciales o definitivas al trabajo de la víctima, que deben ser superadas, costos por sesiones de terapia psicológica o física, reposición de bienes materiales dañados, etc.

El papel de la justicia, consiste [en] reparar ese daño mediante un proceso donde los actores centrales son las víctimas, el infractor y la comunidad perjudicada. Con ello se alcanza una mayor satisfacción de la víctima y del delincuente, una menor reincidencia y se logran decisiones óptimas en términos de eficacia y celeridad, en comparación con los métodos judiciales tradicionales. (Arias, 2006, pp. 170)

De forma tradicional, el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal se basan en la responsabilidad pasiva, esto quiere decir que en tanto se verifique la comisión de una conducta con la tipificación de un delito en la ley, el responsable por esa conducta será sancionado con una pena.

En contraposición, la responsabilidad activa, que es promovida por la justicia reparadora, concretamente busca la reparación del daño causado y la restauración de las relaciones entre los sujetos involucrados, claro está, que requiere de todo un marco normativo jurídico, constitucional, cultural incluso, de una nueva forma de asumir la justicia penal, que permita tanto al procesado como al Fiscal la aplicación de esta figura de acuerdos negociados.

Este marco, necesariamente debe incluir el estudio y la determinación de posibilidades y mecanismos posteriores a la consecución y aplicación del acuerdo, en el sentido de mantener las relaciones y la convivencia social con

una “cultura de paz, [...] seguridad integral” y en el ejercicio del derecho “a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción”.¹⁵

Dentro de la normativa internacional, la Organización de Naciones Unidas, en su 11° Congreso sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, realizado en Bangkok del 18 al 25 de abril del 2005, resaltó la implementación de varias reformas a la justicia penal incluyendo la justicia restaurativa, al efecto la Declaración de Bangkok en su declarativa No. 32 afirma que:

“32. Para promover los intereses de las víctimas y la rehabilitación de los delincuentes, reconocemos la importancia de seguir elaborando políticas, procedimientos y programas en materia de justicia restaurativa que incluyan alternativas [a]l juzgamiento, a fin de evitar los posibles efectos adversos del encarcelamiento, de ayudar a reducir el número de causas que se presentan ante tribunales penales y de promover la incorporación de enfoques de justicia restaurativa en las prácticas de justicia penal, según corresponda.” (Organización de las Naciones Unidas, 2005)

En tanto la resolución 2002/12, sobre Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, define lo que es un proceso restitutivo, entendido como:

“[...] todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restitutivos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas [...]” (Organización de las Naciones Unidas, 2002)

¹⁵ CPE Artículo 2, numeral 8.

La justicia restitutiva o restaurativa es diferente a la justicia penal común. Toma en cuenta al trasgresor como una figura que no sólo hace daño a la sociedad sino también a la víctima y a él mismo; involucra a más partes en la respuesta del crimen. Como principal actor el Estado interviene como ente sancionador y castigador de los delitos, pero la comunidad y la víctima tienen un espacio en el cual también participan de la reparación. Por último, la justicia restaurativa permite la medición del daño reparado.

Esta justicia conlleva lo que en el artículo 78 de la CRE, se ordena: que las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

Mientras la justicia restaurativa conlleva un proceso en el cual se logra una reparación, el fin último de la ésta es el de asegurar la *restitutio in integrum*, entendida como “el pleno restablecimiento de la situación que la víctima tenía antes de producirse la vulneración de su derecho, es decir el restablecimiento del *statu quo ante*” (Torres Acosta, 1998)

Lo que se concibe como todo pago, compensación o acuerdo que deje satisfecha a la parte que lo exige, puede proceder ante un daño social producido a los intereses colectivos o difusos o ante un daño particular sufrido por una víctima o damnificado.

Como ejemplo, en Costa Rica opera esta figura en los delitos con contenido patrimonial en los que no haya mediado grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos, y puede solicitarse siempre que en los 5 años

anteriores, el imputado no se haya beneficiado de esta medida o de la suspensión del proceso a prueba.

Entre sus ventajas se encuentran:

La **economía** puesto que el problema se resuelve en menor tiempo con menos dinero y un menor desgaste emocional de los involucrados.

La **rapidez**, puesto que se soluciona tan pronto como las partes acuerden y el juez avale la petición.

La **formalidad**, por ser un proceso voluntario intervienen el juez, los abogados, las víctimas y el imputado.

La **flexibilidad**, ya que requiere un acuerdo entre las partes sobre la aceptación del plan reparador y la aceptación del juez.

Un mayor nivel de **satisfacción** ya que la gente crea las soluciones según sus intereses y los resultados se percibe como adecuados y justos. Además mejora la relación entre las partes.

Dentro de estos mecanismos de aplicación de justicia se debe incluir a los acuerdos negociados, ya que el Fiscal al haber obtenido el acuerdo que repare tanto a la víctima y a la sociedad, se obliga a acusar en términos que beneficien al procesado por cooperar en la investigación, pudiendo incluso alcanzar un juzgamiento benevolente que puede llevar hasta la desestimación del caso y el archivo del expediente, en aplicación de lo que ordena lo establecido en las reglas del CPPE.

Aunque estas formas de reparación son susceptibles de aplicar en la legislación ecuatoriana, ninguna ha sentado sus bases, más bien han sido

objeto de innumerables trabas y les han aparecido detractores legítimos unos, y gratuitos otros.

3.5 Iniciativa y oportunidad de los acuerdos

“La acción penal, [...] definida como el poder del Público Ministerio de pedir al Juez Penal [que decida] sobre una determinada noticia criminis que tiene como contenido un hecho determinado que aparece tipificado penalmente [...]” (Leone en Rodríguez García, 1997, pp. 129) significa que los órganos del sistema acusatorio que lleguen a tener conocimiento del hecho criminal producido, se encuentran facultados para la investigación y persecución del delito, mas carecen de la misma para archivar el caso por cuanto debe remitirse al juez para que ordene el archivo, acepte la acusación o la abstención del Fiscal.”

“[...] En el proceso en general y en el penal, de un modo más acentuado, se produce una concentración de dos esferas de interés: por un lado, una más amplia representada por el poder incondicionado del Juez en la búsqueda de la verdad material, por otro, una más pequeña representada por el poder de las partes de querer perseguir sus intereses por los medios que crean más oportunos, [...]” (Massa en Rodríguez García, 1997, pp. 130)

Contrapuesto al principio de obligatoriedad, el “principio de oportunidad reglada” aparece como el fundamento por el cual se permite al propietario de la acción penal abolir la persecución de ciertos delitos con la regulación debida para poder hacer uso de esta facultad.

El principio de oportunidad reglada, como excepción al principio de obligatoriedad o de oportunidad “[...] permite prescindir en casos especiales de la persecución penal. Se trata de un principio de oportunidad reglado y no de

una discrecionalidad absoluta [...]” (Escuela Nacional de la Judicatura., 2006, pp. 81)

El criterio de oportunidad reglada se manifiesta como la posibilidad que tiene la Fiscalía de llegar a un acuerdo con el imputado, con el fin de evitar parcial o totalmente la prosecución penal, o bien de limitar la investigación a algunos delitos, o a ciertas personas, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: mínima culpabilidad, falta de necesidad de la pena, falta de merecimiento de la pena y reparación del daño. (Hurtado Poma, 2008, pp. 1)

Podemos decir que el fundamento para la aplicación de criterios de oportunidad consiste en la carencia de interés estatal en la persecución de determinados hechos que no poseen trascendencia alguna, a efectos de orientar los limitados recursos estatales en la persecución de aquellos que más dañosidad social provocan. (Marchisio en Escuela Nacional de la Judicatura, 2006, pp. 81)

“[En] contra el principio de oportunidad [reglada], se ha argumentado la vigencia del principio de igualdad” (Escuela Nacional de la Judicatura, 2006, pp. 82), que indica que debe ser la ley y no la decisión particular de los órganos estatales quienes determinen cuando una persona deba ser condenada o no.

Debe tomarse en consideración que los empleados estatales son los funcionarios garantistas encargados del cumplimiento de los derechos humanos de los usuarios del sistema frente al Estado y su aparato punitivo, son ellos quienes evitan violaciones de garantías fundamentales, que impiden la discriminación o el despojar de justicia a una persona por cualquier situación.

El principio de oportunidad reglada, por su lado se fundamenta en razones de utilidad pública o interés social, pudiendo basarse teóricamente en alguna de las siguientes causas (Sendra en De Lucas et al., 2008, pp. 239):

- 1) Escasa lesión social producida y correlativa falta de interés de la persecución social.
- 2) Estímulo a la pronta reparación a la víctima.
- 3) Evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad.
- 4) Obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación.
- 5) Obtener reinserción social de presuntos terroristas y una mejor información acerca de las bandas armadas.

Se deben explicar tres aspectos procedimentales importantes en este punto, que pueden ser aplicables al estudio que nos ocupa:

- a) Las conversaciones previas.- “se realizan entre el defensor y fiscal, orientadas a obtener un preacuerdo” (Bernate et al., 2001, pp. 208)
- b) El preacuerdo mismo.- “se realiza entre fiscal e imputado o acusado con la asistencia de su defensor, en la oportunidad y con los contenidos específicos que [...] deben ser ratificados por el imputado o acusado cuando en las conversaciones previas no han intervenido sino indirectamente a través del mandato otorgado a su consejero legal” (Bernate et al., 2001, pp. 208); y
- c) El acuerdo.- “que se convierte en el escrito de acusación que será valorado por el juez” (Bernate et al., 2001, pp. 208), cuyo documento probatorio principal para la parte acusada será el acta, elevada posterior a la celebración del mismo, que servirá como documento de constancia del acuerdo.

La motivación que el procesado tiene para solicitar al Fiscal se realicen conversaciones previas, radica en el hecho de poseer información que permita al Fiscal la investigación del delito o de otros delitos indagados y el proteger

sus intereses en relación al acto delictivo; esto quiere decir que, si el procesado puede colaborar con información o uno o más elementos de convicción que ayuden al fiscal en la investigación del caso, entonces su condena será menor y por ende pasará menos tiempo detenido o ningún tiempo inclusive.

La motivación de los fiscales, refiere al hecho de que a mayor información que pueda propinar el procesado, agilizará la investigación y finiquitará un expediente diligentemente; y así, solicitará directamente al Juez que se lleve a cabo la audiencia de formulación de cargos, valoración del acuerdo, solicitud de pena y archivo de la causa. En una audiencia puede lograrse lo que actualmente toma de 5 a 6 meses.

La víctima dentro de este proceso no puede ser dejada de lado, por lo que en las conversaciones que se realicen entre el Fiscal y el o los procesados, también debe incluirse a la víctima o sus familiares para realizarlas.

Las conversaciones previas se pueden efectuar como no, puesto que por dejar de realizarlas, el acuerdo no pierde validez; lo que debe quedar constancia es que en el acuerdo las víctimas han sido consideradas para efectos de la reparación.

Conseguir un acuerdo negociado depende necesariamente de la predisposición que la parte demandada tenga a fin de ultimar el proceso que se ha iniciado por la violación de la norma, pudiendo provenir del abogado defensor, quien puede avanzar las conversaciones con el Fiscal y de ser el caso con la víctima, ya que quien será el o la beneficiaria de este acuerdo será la parte ofendida.

El Juez solamente actúa al momento de revisar que las solemnidades se hayan cumplido a cabalidad, asegurándose de que la admisión de la responsabilidad por parte el procesado no se encuentre viciado en su consentimiento. Se cerciorará además que no sea una persecución política, un acoso psicológico,

una mala práctica procesal, etc., para evitar el beneficio de un delincuente o la culpabilidad de un inocente.

3.6 Requisitos de procedibilidad y admisibilidad

“Los requisitos de procedibilidad son presupuestos indispensables para la iniciativa del proceso penal, sin cuyo cumplimiento no es posible el legal ejercicio de la acción penal y por ende tampoco es posible la prosecución del proceso penal.”(Morales, 2004). La procedibilidad es la condición que justifica la validez del proceso, puede tratarse como objeto individual de conocimiento por parte de los jueces y existen independientemente del proceso.

La procedibilidad responde a las circunstancias que permiten procesalmente la presentación de petitorios jurídicos, son condiciones legales que deben ser cumplidas necesariamente por los actores procesales para ser partes procesales dentro del litigio y que se exigen al momento de inicio del mismo. “Son circunstancias ajenas a lo injusto culpable de las cuales depende la celebración de un proceso penal” (Mendes De Carvalho, 2005, pp. 1).

Mientras existen delitos que se pesquisan de oficio por la Fiscalía, existen otros para cuyo inicio se necesita de ciertos requisitos, por ejemplo, para iniciar un proceso por el delito de enriquecimiento ilícito, o los previstos en los artículos 257, innumerados agregados a continuación de este, innumerados e incorporados a continuación del 296 del CPE., se necesita el informe de responsabilidad de la Contraloría General del Estado en el cual se determinen indicios de responsabilidad penal con el fin de encausar a una persona por esta infracción¹⁶.

La admisibilidad es un presupuesto procesal que “[...] vendría a tener el efecto legal de excluir que se obtenga en el procedimiento un pronunciamiento de fondo que debería darse a través del mecanismo del ajuste al derecho del

¹⁶ Resolución de la Corte Nacional de Justicia # 0, Ejercicio de la Acción penal pública, Publicada en el R.O. 154 de 19 de marzo de 2010.

Estado [...]” (Castán, 2000 pp. 964), y que “[...] permiten crear la relación procesal válida como para poder dictar una sentencia [...]” (Vescovi, 2006, pp. 82).

La cuestión procesal que responde permite al Tribunal resolver el conflicto; para el caso de los acuerdos negociados, el Fiscal es quien deberá calificar los presupuestos procesales que permitan que esta figura sea o no admisible.

La admisibilidad se refiere a las condiciones que procesalmente se requiere para que se acepte una petición o requerimiento judicial. Un ejemplo se explica en la casación penal; para que sea admisible y los jueces acepten el recurso de casación, debe existir violación de la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.

Los requisitos de procedibilidad y admisibilidad de un acuerdo negociado son:

3.6.1 De procedibilidad:

1. Los delitos en los cuales se pueden aplicar los acuerdos negociados son todos aquellos previstos en el Código Penal, en las leyes de Lavado de Activos, de Tráfico de Estupefacientes, etc.; exceptuando los delitos de carácter sexual, puesto que proponer un acuerdo entre la víctima y el agravante puede propender a un daño psicológico mayor del ofendido.

No obstante ello, y en esta propuesta, el Fiscal debe considerar sobre la base de su discrecionalidad la aplicación de la justicia negociada, tomando en consideración que el Juez se allanará a la pena solicitada e impondrá la sanción correspondiente después de haber logrado el acuerdo y que éste repare a la víctima, aunque como ya se anotó anteriormente el Juez es el encargado de vigilar el cumplimiento de la aplicación de la justicia con este procedimiento y asegurarse de que no existan vicios en su uso y empleo.

2. Pueden solicitarla quienes se consideren autores, cómplices y encubridores, conforme las definiciones previstas en los artículos 42, 43 y 44 del CPE.
3. La solicitud de realizar un acuerdo negociado debe ser hecha antes de la audiencia de formulación de cargos, en el decurso de la etapa de instrucción fiscal y hasta la audiencia preparatoria del juicio y de formulación del dictamen.
4. La solicitud puede realizarse de forma verbal o escrita, sin embargo, debe formalizarse en el acta de constancia del acuerdo, la fecha en la que se llegó al acuerdo.
5. El procesado que solicite el acuerdo negociado debe hacerlo por un hecho que se le impute por primera vez, aquella persona que haya realizado un acuerdo negociado y haya faltado a éste no tendrá derecho de solicitarlo en una segunda ocasión.
6. La petición es individual y no puede beneficiar a otras personas a menos que de la información otorgada el Fiscal deduzca la inocencia de otro procesado.

3.6.2 De admisibilidad:

1. La cantidad de elementos probatorios de la infracción o delito, debe ser suficiente para que el procesado pueda ser imputado.
2. En los delitos en los que el acervo del procesado haya aumentado producto de la comisión del ilícito, el sujeto debe devolver el 50% del acrecimiento de su patrimonio a fin de dar inicio con las conversaciones; para esto, peritos especializados de la Policía Judicial deberán determinar el monto, previo a solicitar los acuerdos como forma de finalizar el proceso penal.

3. La información entregada al Fiscal debe conducir a aquel, a una agilización de la labor investigativa, para lo cual ese Fiscal goza de discrecionalidad restringida para determinarlo.

La discrecionalidad restringida es la facultad que tiene el Fiscal de determinar que la información otorgada por el procesado corresponda a la noticia criminis que se encuentra investigando y que ayude a la conclusión de la misma.

4. Carecer de antecedentes penales, y tener arraigo, puede ser laboral o familiar.
5. La Fiscalía debe comprobar la aplicación de atenuantes sobre la persona, que permitan la disminución de la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad o que den a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor¹⁷.
6. El Fiscal debe fijar los términos de la imputación, expresando la pretensión punitiva que tuviere, lo cual implica la admisibilidad por parte del procesado, en forma libre, consciente, espontánea y voluntaria, que puede estar contenida en una grabación.
7. El Fiscal debe determinar la responsabilidad del procesado, sin esta consideración el Juez no podría fallar e imponer una sanción al imputado.
8. El Fiscal debe concretar los hechos por los que acuse, aquellos que no se incluyan en su acusación quedarán exentos de imputación y por ende el Juez no podrá fallar sobre ellos, la consecuencia es que así tratados, evaden a la cosa juzgada, lo que permite su juzgamiento posterior en caso de falla o reincidencia por parte del imputado.

¹⁷ En nuestro país, para el caso de delitos sexuales ya se encuentra normada la cooperación con la Fiscalía en la investigación del caso, en el artículo 29-A del CPE

Con este requisito, “[...] puede afirmarse que en materia de terminaciones [anticipadas] del proceso, no es suficiente con la imputación fáctica, pues al aceptar el procesado la responsabilidad debe quedar en claro cuál es jurídicamente la conducta por la que se procede [...]” (Dr. Alvaro Orlando Pérez Pinzón, 2006)

Los requisitos de admisibilidad y procedibilidad auxilian al órgano acusador como a la defensa y al órgano juzgador, a evitar transgresiones a la norma, a los derechos del procesado o a los de la víctima de existirla.

La omisión de cualquiera de estos o de los actualmente previstos en el CPPE, necesarios para los acuerdos reparatorios de los que habla nuestra legislación, puede acarrear la nulidad de los mismos, de los avances en la investigación de la fiscalía y de las sanciones que se encontraban previstas en el acta de constancia del acuerdo reparatorio¹⁸; simbolizando para el procesado la iniciación del procedimiento ordinario, o la espera de los tiempos procesales para solicitar otras formas de finalización anticipada del proceso con la circunstancia de que el Fiscal pueda o no aceptar nuevamente una de las figuras de terminación del proceso.

La conclusión que puede deducirse radica en que, sin la correcta y taxativa aplicación de estos requisitos, algunos de los cuales se encuentran determinados en el CPPE para los acuerdos reparatorios, no puede efectuarse un acuerdo negociado, entendiéndose que como los requisitos de procedibilidad son diferentes de los de admisibilidad deben aplicarse en primer lugar y son los que permiten la procedencia del acuerdo negociado, para posteriormente fijar los parámetros que permitan la admisión de esos acuerdos.

¹⁸ Artículo innumerado primero, luego del 37. CPPE.

3.7 Procedimiento de negociación

La negociación es “el proceso por el cual las partes interesadas resuelven conflictos, acuerdan líneas de conducta, buscan ventajas individuales o colectivas o procuran obtener resultados que sirvan a sus intereses mutuos” (Galindo, 2008, pp. 322).

Sobre la base de este significado, existen diversos tipos de negociaciones: por la cantidad de personas que se involucren, por el clima humano, por los factores desencadenantes del conflicto, por los asuntos que se negocian, etc., (Hernández, 2006); sin embargo, estos tipos de negociaciones, en las cuales prevalecen los intereses de una parte sobre los de la otra y permiten un resultado de lo que se denomina como perder-ganar son poco relevantes para este estudio.

Así mismo, existen seis modelos de negociación¹⁹ (Cabana y Massariol, 2007, pp. 30) que mal asumidos, pudieran ocasionar confusión con los acuerdos negociados de los que trata este estudio, y uno de ellos es el que ha planteado la Escuela de Negocios de Harvard, el cual está basado en que los negociadores deben preferir ganancias mutuas para ambas partes, aunque esto implique que las partes no obtengan todo lo que deseen, sino que obtendrán más de lo que podrían conseguir a través de cualquier otro medio de disputa, por ejemplo un litigio, donde una parte gana y la otra pierde.

3.8 Procedimiento de negociación para acuerdos negociados

Para los acuerdos negociados en materia penal, también existe un procedimiento de negociación, el cual tomando en consideración que al ser un método eficiente y eficaz no siempre deberá ser por escrito, y se compone de las siguientes etapas:

¹⁹ Ganador-perdedor; perdedor-ganador; perdedor-perdedor; ganador-ganador; ningún acuerdo posible y el shotgun.

1. Solicitud de conversaciones con el Fiscal.- El procesado podrá solicitar a través de su abogado o personalmente se conceda una cita con el Fiscal que lleva su caso, a fin de proponer el acuerdo negociado, o, viceversa.
2. Conversación con el Fiscal.- La conversación, que puede ser grabada en medio magnetofónico, a modo de garantía y prueba de las partes, implica que el procesado exponga su "trato" al Fiscal, quien mantendrá el silencio y procurará una escucha activa hasta el momento en que el procesado termine su proposición.
3. Deliberación del Fiscal.- Habiendo concluido su proposición el procesado, el Fiscal tendrá la potestad de aceptar o no, y sobre todo de exigir ampliaciones a las proposiciones, dichos y pretensiones del procesado.

Los pasos primero al tercero, se pueden repetir tantas veces, cuantas sean necesarias, sin que esto signifique retardo del proceso normal o manipulación de los tiempos de juzgamiento, hasta que el Fiscal sienta satisfecha sus inquietudes sobre la investigación y realice el acuerdo; el Fiscal no podrá continuar con las conversaciones ni podrá hacer uso de la información otorgada si después de éstas declina de lograr un acuerdo negociado.

4. Acuerdo.- De existir consenso entre el procesado y el Fiscal, por haber entregado información de relevancia al Fiscal el primero, y por haber complementado información selecta para la investigación el segundo, se procederá a elaborar el acta de constancia del acuerdo, y será archivada en un registro que llevará el Fiscal correspondiente.

Hay que tomar en consideración que todo esto se lo puede realizar en un día, en las inmediaciones de la Fiscalía para que el procesado sienta mayor confianza en que su proposición será escuchada; no obstante, siempre existe la posibilidad de que el Fiscal otorgue una cita al procesado, ya que tienen

múltiples ocupaciones que pueden verse afectadas por una reunión de esta naturaleza.

5. Solicitud de audiencia ante el Juez.- Inmediatamente a la suscripción del acta, el Fiscal solicitará al Juez disponga el día y la hora para efectuar la audiencia de formulación de cargos, valoración del acuerdo, solicitud de pena y archivo de la causa, a esta acción se la cataloga como Audiencia de culminación del proceso.
6. Audiencia de culminación del proceso.- En esta audiencia, el Fiscal expondrá los cargos contra la persona procesada, en tanto el Juez fallará inmediatamente y terminará el proceso; o, de ser el caso, el Fiscal se abstendrá de formular cargos y solicitará al Juez que ordene el archivo provisional de la causa, sin que se deba remitir el caso en consulta al Fiscal superior, y en un año se dictará el archivo definitivo.

Para evitar que el procesado no cumpla con lo comprometido en el acta, el Fiscal tiene la potestad de recurrir a los hechos no incluidos en el acuerdo, pero de conocimiento del Fiscal y aportados por el procesado en la acción de investigación y pre acuerdo; y de ser el caso, acusará en base a un tipo diferente, ya que en la audiencia de culminación del proceso, el Fiscal no dará a conocer al Juez sobre todos los hechos materia de la investigación, sino únicamente acerca de aquellos por lo que se realiza el acuerdo, salvando así lo previsto en el artículo 4 del CPPE.

Los acuerdos negociados son una figura alternativa para resolver de forma expedita conflictos de tipo penal, no se encasilla en una forma de negociación mercantilista, en la cual una de las partes gana y la otra pierde. Demuestran que existen pretensiones que pueden ser perjudiciales si son tratadas mediante el proceso ordinario, y que sometidas a este procedimiento implican más perjuicios que beneficios a la sociedad y sus integrantes; mientras que con la terminación anticipada a través de la aplicación correcta de los acuerdos

negociados ambos sujetos procesales pueden obtener beneficios, extensivos a la sociedad y al Estado.

En este método, el procesado puede ofrecer al Fiscal la información que éste posea sobre los autores, cómplices, encubridores y demás que hayan participado en la comisión de un delito y por ende facilite la investigación cuya consecuencia será una gracia en la sentencia o de ser el caso, ni siquiera ser acusado.

El Fiscal por su parte consigue celeridad en la indagación de la noticia criminal que llegó a su conocimiento y una eficaz resolución de sus expedientes que le permite atender procesos que deben averiguarse minuciosamente; inclusive, puede mejorar la pesquisa de los delitos graves al conseguir información relevante para su labor investigativa.

CAPÍTULO IV

LOS ACUERDOS NEGOCIADOS DENTRO DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA

4.1 Colombia

Un preacuerdo, es un acto que se produce como consecuencia de una negociación completamente informal que se realiza entre el fiscal y el imputado o el acusado a través de su defensor, que puede llevar a la terminación anticipada del proceso, es decir, sin tramitar rigurosamente todas las etapas procesales que consagra el código, o se puede dar la aplicación del principio de oportunidad, sea la suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal por parte de la fiscalía (Arias Duque, Castro Ospina, Reyes Medina, & Albarracín Durán, 2005).

Los antecedentes de los preacuerdos en Colombia tienen su base en las figuras de la Audiencia Especial incorporada mediante Ley 081 en 1993, el cual servía como instrumento de descongestión de los despachos judiciales y establecimientos carcelarios, lo que se lograba consiguiendo avenencia respecto a los cargos, las circunstancias del hecho punible o la pena a imponer, fruto de la negociación que el Estado y el sindicado - en 1991 la figura del sindicado correspondía a la del imputado o acusado actual – hacen respecto de los aspectos del proceso penal.

Esta actuación, que era propia del sistema acusatorio oral, estaba “(...) permitida a la Fiscalía General de la Nación, como sujeto procesal, pero vedada al Juez de la República, cuya actuación se limita a la aprobación u objeción del acuerdo únicamente por razones de legalidad, pero sin que pueda intervenir en la negociación propiamente dicha.” (Sentencia de Casación Penal, 1996)

Por otra parte, la sentencia anticipada, contenida en el Art. 37 del Código de Procedimiento Penal, de la cual la Corte Suprema de Justicia de Colombia consideró que no era un modelo autocompositivo de terminación del proceso penal (Bernate, 2005, pp. 158), puesto que no se trataba de la finalización del proceso mediante un acuerdo o solución común al que llegaban los sujetos procesales.

Esta figura manifestaba que una vez hecha la solicitud por parte del procesado, seguía la formulación de cargos por parte del fiscal y la aceptación de los mismos por parte del primero, a cambio de una rebaja de pena en la sentencia de un tercio o un octavo de la pena, a discreción del juez. (Bernate, 2005).

Uno de los objetivos más importantes de los preacuerdos como ya se anotó, es la humanización de la actuación procesal y de la pena, la necesidad de información sobre los acusados puede llevar a excesos mediáticos que el imputado podría evitar o aminorar con la negociación de su caso o la alegación de culpabilidad.

El principio de publicidad lejos de ser una garantía para el acusado, se convierte en lo contrario, esto es, una presión indebida sobre los jueces para que condenen y satisfagan los deseos morbosos de una sociedad expectante de punitivismo circense” (Guerrero, 2007)

Esta institución –la de los acuerdos negociados- tiene entre sus finalidades lo previsto en el Art. 348 del Código de Procedimiento Penal Colombiano: activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso.

4.1.1 Momento procesal.

De acuerdo al Art. 350 del CPPC, se permiten realizar preacuerdos desde la audiencia de formulación de la imputación hasta antes de ser presentado el escrito de acusación.

El preacuerdo tiene como objeto fijar los términos de la imputación, lo cual implica la admisibilidad por parte del imputado en forma libre, consciente, espontánea y voluntaria de situaciones que, además de gozar de amparo legal y constitucional, cuentan con un mínimo de respaldo probatorio, "(...) por lo que el acuerdo debe determinar sin duda alguna la imputación fáctica y jurídica por la que se ha de proferir la condena." (Sentencia de Casación Penal, 2006)

4.1.2 Modalidades

En el sistema penal colombiano, se manejan dos tipos de posibilidades de preacuerdo, a saber:

1. Eliminación por parte del Fiscal en la acusación de "alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico"
2. Tipificación de la conducta en "la alegación conclusiva de una forma específica con miras a disminuir la pena"

De estas formas previstas, también se pueden lograr un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias, de los cuales, cuando existan cambios que beneficien al imputado, estas ventajas serán las únicas a las que pueda acceder.

En la audiencia siguiente a la aprobación del acuerdo, que se llama audiencia para individualización de la pena, los sujetos procesales involucrados solamente pueden referirse a las "(...) condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable y a la

probable determinación de la pena y la concesión de los sustitutos de la sanción (...)" (Sentencia de Casación Penal, 2006)

En estas modalidades, la aceptación de los cargos puede ser total o parcial según el artículo 353 del CPPC; de ser total la aceptación de los cargos y la admisión voluntaria de la culpabilidad, el acusado se beneficiará de los acuerdos logrados con el fiscal en la totalidad de la acusación, de ser el caso que admita su culpabilidad en algunos cargos, los beneficios del acuerdo se aplicaran para los cargos admitidos.

4.1.3 La víctima

La importancia de un acuerdo en la justicia restaurativa radica en que este se encuentra inequívocamente dirigido a reconocer y atender las necesidades y responsabilidades tanto individuales como colectivas de las partes, pretendiendo reintegrar a ambos – víctima y victimario – a la comunidad en los términos de confianza que generan los compromisos de verdad, reparación y restitución. (Pinilla, Isaza, López & Vargas, 2010, pp. 24)

En el inciso sexto del Art. 251 del CPPC, manifiesta que la víctima puede o no aceptar las reparaciones efectivas que resulten del preacuerdo entre fiscal e imputado o acusado; en caso de rehusarlos, la víctima puede acudir a las vías judiciales pertinentes.

La Corte Constitucional de Colombia se ha manifestado al respecto al decir que la celebración de preacuerdos entre fiscalía e imputado sin la intervención de la víctima, no respeta el derecho de ésta a participar efectivamente en el proceso penal, puesto que la víctima no puede pronunciarse a favor o en contra. Sus derechos deben ser garantizados cualquiera sea la categoría dada por la ley, esto por cuanto la víctima en el sistema procesal penal colombiano carece de la calidad de parte. (Sentencia de Corte Constitucional, 2007)

La víctima no participa directamente en la celebración de los preacuerdos, sin embargo, el fiscal es el encargado de velar por sus derechos e intereses a más de los del Estado.

Al respecto, la Sentencia de la Corte Constitucional C-516/07, manifiesta que “(...) una de las finalidades de los preacuerdos es la razonable consideración de los intereses de las víctimas, es decir la verdad, la justicia y la reparación y para conocer estos intereses la Fiscalía puede entrevistarla o tener contacto con su apoderado judicial.”

4.2 Perú

Este procedimiento tiene su origen en la ley No. 689, de 24 de noviembre de 1981 y se encuentra vigente tal como está redactado en el Código de Procedimiento Penal Peruano, llamado también Nuevo Código de Procedimiento Penal (NCP) desde 2004, promulgado mediante Decreto Legislativo 957, de 28 de julio. El acuerdo negociado en el Perú, es una forma de simplificación y aceleración del proceso penal.

Lo que motivó la incorporación de esta figura fue “(...) la necesidad de una justicia más rápida y eficaz, aunque respetando el principio de legalidad procesal penal (...)” (San Martín Castro, 2003),

4.2.1 Ámbito de aplicación

En un principio, el procedimiento de terminación anticipada se podía aplicar en el juzgamiento de los siguientes delitos: (Cubas, 2008, pp. 7-8)

- Art. 296°: Tráfico de drogas: tipo básico y comercialización de materia prima o insumos destinados a la elaboración de droga.

- Art. 298°: Posesión, fabricación, extracción o preparación de pequeña cantidad de droga o materia prima.
- Art. 300°: Prescripción administración o expendio abusivo por profesional sanitario de medicamentos que contengan droga tóxica.
- Art. 301°: Imposición de consumo simple o agravado
- Art. 302°: Instigación o inducción al consumo indebido de droga simple o agravado
- Art. 121°: Lesiones graves
- Art. 122°: Lesiones leves
- Art. 185°: Hurto simple
- Art.186°: Hurto agravado;
- Art. 188°: Robo simple; y,
- Art. 189°: Robo agravado

Sin embargo, al ver las limitaciones que esto presentaba, los legisladores convinieron en no establecer un límite de pena, lo que significaba que puede ser aplicable incluso para aquellos delitos de los cuales se establece la pena de cadena perpetua. (Herrera Guerrero, 2010)

La terminación anticipada se da sobre el supuesto de que el imputado admita el delito cometido. Cuando el acuerdo se ha logrado, el fiscal presentará una solicitud al juez de la investigación preparatoria, para que él convoque a una audiencia en la que dicho acuerdo se materialice. Solo podrá celebrarse una audiencia de terminación anticipada, razón por la cual, de llegarse a un acuerdo, el proceso penal se considerará culminado; si no se logra el acuerdo, el fiscal deberá presentar su denuncia y el imputado seguirá su tránsito por todas las etapas del proceso penal ordinario.

4.2.2 Beneficios

El imputado tendrá que cumplir una pena en una cárcel peruana; no obstante, el beneficio recibido por haber aceptado su culpabilidad y por haber alcanzado

un acuerdo con el fiscal consiste en que la pena que se le imponga puede ser considerablemente menor que la que recibiría en caso de haber obtenido una sentencia condenatoria en la vía regular del proceso penal. Hasta un sexto de la pena original.

4.2.3 Procedimiento

1. A iniciativa del Fiscal o del imputado, el Juez de la Investigación Preparatoria dispondrá, una vez expedida la Disposición Fiscal del artículo 336 y hasta antes de formularse acusación fiscal, pero por una sola vez, la celebración de una audiencia de terminación anticipada, de carácter privado. Su celebración no impide la continuación del proceso. Se formará, al respecto, cuaderno aparte.

2. El Fiscal y el imputado podrán presentar una solicitud conjunta y un Acuerdo Provisional sobre la pena y la reparación civil y demás consecuencias accesorias. Están autorizados a sostener reuniones preparatorias informales. En todo caso, la continuidad del trámite requiere necesariamente la no oposición inicial del imputado o del Fiscal según el caso.

3. El requerimiento fiscal o la solicitud del imputado será puesta en conocimiento de todas las partes por el plazo de cinco días, quienes se pronunciarán acerca de la procedencia del proceso de terminación anticipada y, en su caso, formularán sus pretensiones.

4. La audiencia de terminación anticipada se instalará con la asistencia obligatoria del Fiscal y del imputado y su abogado defensor. Es facultativa la concurrencia de los demás sujetos procesales. Acto seguido, el Fiscal presentará los cargos que como consecuencia de la Investigación Preparatoria surjan contra el imputado y éste tendrá la oportunidad de aceptarlos, en todo o en parte, o rechazarlos. El Juez deberá explicar al procesado los alcances y consecuencias del acuerdo, así como las limitaciones que representa la

posibilidad de controvertir su responsabilidad. A continuación, el imputado se pronunciará al respecto, así como los demás sujetos procesales asistentes. El Juez instará a las partes, como consecuencia del debate, a que lleguen a un acuerdo, pudiendo suspender la audiencia por breve término, pero deberá continuar el mismo día. No está permitida la actuación de pruebas en la audiencia de terminación anticipada.

5. Si el Fiscal y el imputado llegan a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible, de la pena, reparación civil y consecuencias accesorias a imponer, incluso la no imposición de pena privativa de libertad efectiva conforme a la Ley penal, así lo declararán ante el Juez debiéndose consignar expresamente en el acta respectiva. El Juez dictará sentencia anticipada dentro de las cuarenta y ocho horas de realizada la audiencia.

6. Si el Juez considera que la calificación jurídica del hecho punible y la pena a imponer, de conformidad con lo acordado, son razonables y obran elementos de convicción suficientes, dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada, la reparación civil y las consecuencias accesorias que correspondan enunciando en su parte resolutive que ha habido acuerdo. Rige lo dispuesto en el artículo 398.

7. La sentencia aprobatoria del acuerdo puede ser apelada por los demás sujetos procesales. Los demás sujetos procesales, según su ámbito de intervención procesal, pueden cuestionar la legalidad del acuerdo y, en su caso, el monto de la reparación civil. En este último caso, la Sala Penal Superior puede incrementar la reparación civil dentro de los límites de la pretensión del actor civil.

4.3 Estados Unidos de Norte América

En la Constitución de los Estados Unidos de Norte América, se establece que "... los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe

a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivos o al pueblo”. Por ello la primera responsabilidad a la hora de criminalizar y definir conductas punibles la tienen los Estados, a la vez que a nivel federal se establecen otra serie de conductas punibles y se crean órganos jurisdiccionales para enjuiciarlos, por lo que en Estados Unidos encontramos 51 sistemas de justicia criminal diferentes.

El nacimiento del *plea bargaining* tiene que ver mucho con la *probation*, que nació en el Condado de Middlesex, Estado de Massachusetts, en los Tribunales de primera instancia (*Court of Common Pleas*) y en la Corte Superior (*Superior Court*) entre 1804 y 1859, que son cortes de nivel medio, en los cuales existen la figura del Fiscal (*Prosecutor*) y del Jurado (*Jury*), las instancias inferiores carecen de estas figuras por lo que se obviaban de conocer las causas criminales, mientras que los Tribunales Superiores de Justicia se encargaban de conocer exclusivamente las causas criminales que merecían un jurado presente y juicios cuya sentencia incluía la pena capital.

No existe definición simple o perfecta para el *plea bargaining*. El *Black's Law Dictionary* lo define como:

El proceso donde el acusado y el fiscal en un caso penal cooperan mutuamente para conseguir la terminación del caso sujetándose a la aprobación de la corte. Usualmente comprende la declaración de culpabilidad del demandado de un delito menor o solamente de uno de los cargos en una acusación múltiple a cambio de una sentencia favorable de la que podría imponérsele por un cargo más grave. (Garner, 2009)

El *plea bargaining* va más allá de la cooperación mutua entre fiscal y demandado²⁰, permite reconocer fortalezas y debilidades de la defensa y de la

²⁰El demandado en la legislación estadounidense corresponde al procesado en la legislación ecuatoriana.

fiscalía, quienes de asistir a un juicio en las atiborradas cortes criminales, llenas de expedientes de juzgamiento, caotizarían el sistema judicial.

Ocurre generalmente antes del *trial*, sin embargo, en algunas jurisdicciones, puede solicitarse en cualquier momento en tanto el juzgado presenta el veredicto o sentencia. Sucede también que debido a un *hung jury*²¹ no se obtenga sentencia entonces las partes pueden negociar la *plea* sin llegar a otro juicio. (Denniston, 1980)

El *plea bargaining* involucra tres áreas de negociación:

1. Súplica de cargos:

Es una súplica común y ampliamente usada en los Estados Unidos, supone la negociación de cargos específicos o de delitos que el acusado afrontaría en el juicio; usualmente, a manera de compensación por declararse culpable de un cargo menor, el fiscal desechará el o los cargos más graves; por ejemplo: a cambio de retirar o desechar los cargos por homicidio en primer grado, el fiscal aceptará la declaración de culpabilidad por homicidio sin premeditación, poniendo el acuerdo a consideración de la Corte.

2. Súplica de sentencia:

Supone una declaración voluntaria de culpabilidad por parte del demandado, de los cargos iniciales, a cambio de una sentencia o veredicto más favorable. Permite a la Fiscalía eludir el *trial* y la comprobación de los cargos, mientras que al demandado le provee de una oportunidad para participar de su caso y disminuir su sentencia.

²¹Jurado que no puede llegar a un acuerdo en el veredicto.

3. Súplica de hechos:

La última forma de negociación involucra una admisión de ciertos hechos que establecen la verdad y la existencia de hechos comprobables, eliminando la necesidad del fiscal de tener que probar esos hechos, a cambio de que el acuerdo indique que no se introducirán ciertos cargos como evidencia.

La validez del *plea bargain* depende de tres componentes esenciales:

- Que exista una renuncia de los derechos.
- Que esta renuncia sea voluntaria.
- Que la base fáctica de soporte a los cargos de los cuales el procesado está admitiendo su culpabilidad.

El *plea bargain* en los Estados Unidos generalmente ocurre por vía telefónica o en la oficina del Fiscal que se encuentra en los juzgados, con la asistencia del defensor; los jueces no se involucran sino en raras circunstancias y los acuerdos que son aceptados por el Juez son incorporados en el expediente en una audiencia pública.

El fiscal no tiene la autoridad para forzar a la Corte a aceptar el acuerdo propuesto por las partes quienes solamente recomiendan a la Corte la aceptación de los acuerdos. Los jueces usualmente solicitan pruebas para asegurar que existan los tres componentes, tras lo cual, generalmente aceptan las recomendaciones propuestas.

En la negociación de un acuerdo penal, el fiscal debe tener los conocimientos técnicos de todos los elementos de un crimen o cargo, una comprensión de las actuales o potenciales evidencias que existan o puedan producirse, un conocimiento técnico de las ofensas menores incluidas versus los crímenes, a más de un razonable entendimiento de las pautas de sentencia.

Aunque el *plea bargaining* es cuestionado, más del 90% de condenas penales proceden de acuerdos negociados, en tal caso, menos del 10% de casos criminales van a juicio (*U.S. Bureau of Justice*, 2010). Para los jueces, la clave para aceptar los *plea bargain* radica en el alivio de tener que señalar y mantener el orden en un juicio, a más de tener que localizar el expedientes entre la aglomeración de procesos; además, esas autoridades están al tanto de los hacinamientos en las cárceles y son receptivos para sancionar a delincuentes con medidas bienhechoras para pasar poco tiempo en prisión.

Para los fiscales, un record bajo de expedientes es igualmente atractivo y el *plea bargain* le asegura una condena, incluso si es por un cargo o crimen menor. No importa cuán fuerte sea la evidencia, todo caso tiene una conclusión inevitable.

Los fiscales suelen llevar casos largos y costosos, pero mayormente pierden debido a la existencia de co-procesados, en los cuales los cargos pueden no tener suficiente prueba que motive un veredicto, y, pueden aplicar la *plea bargaining* para adelantar su caso en contra de uno de ellos; aceptar un acuerdo de uno de los demandados a cambio de obtener el testimonio en contra de otro, así se asegura por lo menos una condena de los procesados que cooperan, aunque sean en cargos menores; y mejoran las posibilidades de ganar una condena en contra de los demás.

A los procesados les provee de la oportunidad de participar en la emisión de una sentencia más flexible puesto que fue formulado y acusado un cargo menos severo; si se encuentra representado por un abogado privado, gasta menos en los honorarios y obtiene crímenes menos serios en su record criminal.

A la víctima le permite la participación al poder actuar a través del fiscal, quien lleva consigo no sólo las pretensiones del Estado sino las de la víctima,

además es el juez quien al imponer la sentencia mejora la situación de ésta al imponer medidas que ayuden a resarcir los daños recibidos.

4.3.1 El *Plea Bargaining* en las Cortes Federales

En las *Federal Rules of Criminal Procedure*²², específicamente la regla 11(e), reconoce y normativiza el concepto de acuerdos negociados; sin embargo, dadas las Directrices para Sentenciar de los Estados Unidos, la libertad de acción permitida al fiscal es restrictiva, por lo tanto, muchos delitos federales prevén condenas obligatorias, con la imposibilidad de admitir acuerdos. Existen delitos federales que expresamente prohíben la aplicación de acuerdos negociados.

La práctica penal federal está regida por el Título 18 del *US. CODE* Parte II del Procedimiento Criminal: Capítulo 221, sobre lectura de cargos, acuerdos y juicio. En el Manual de los Fiscales Estadounidenses (USAM) se verifican varias disposiciones frente a acuerdos entre las partes.

Por ejemplo, en el Capítulo 9-16.300 (acuerdos entre las partes) se indica que:

Los acuerdos deben reflejar honestamente una total seriedad en la conducta del procesado, y cualquier desviación debe ser coherente con las disposiciones para sentenciar. La política del Departamento de Justicia tiene por objeto disponer únicamente de los hechos que representan con exactitud la conducta del procesado.

Los acuerdos requieren de la aprobación de los asesores del Fiscal General, si los cargos son completamente desechados, si se acordó no indagar a las compañías del procesado o si se recomiendan sentencias particulares (USAM 7-5.611)

²²Reglas Federales de Procedimiento Criminal

4.3.2 Prohibiciones y restricciones

A un lado de las consideraciones legales en cuanto a la naturaleza voluntaria del acuerdo, hay otras restricciones y prohibiciones en la oportunidad del *plea bargain*:

1. En la práctica federal, los abogados estadounidenses no pueden realizar acuerdos que perjudiquen la responsabilidad civil o fiscal sin el consentimiento de las divisiones o agencias estatales afectadas (USAM 9-27.630).
2. Ningún fiscal puede acusar de un delito o amenazar con acusar un delito castigado con pena de muerte con el fin de obtener una posición conveniente en la negociación de un acuerdo (USAM 9-10.100).
3. En cualquier caso donde un procesado ha ofrecido una declaración de culpabilidad pero deniega que haya cometido el delito, el Fiscal debe probar los hechos de conocimiento del Estado para dar fundamento a la conclusión de que es culpable (USAM 9-16.015).
4. Los abogados defensores en Estados Unidos están advertidos de solicitar una relación explícita de todos los hechos del fraude cometido en contra de los Estados Unidos.

4.3.3 Disposiciones estatales

Las leyes estatales no crearon el derecho a acceder a los acuerdos negociados, ni tampoco lo prohíben, con una excepción: En 1975, el Fiscal General de Alaska, Ayrum Gross, prohibió los acuerdos negociados en Alaska, aunque la prohibición permanece en los libros, la súplica de los cargos se convirtió en algo común en las cortes; sin embargo, Alaska no ha sufrido un número de juicios atrasados o inmanejables que se previeron desde que la prohibición entró en rigor.

Una disposición que se encuentra en la mayoría de los estados, trata del requerimiento que debe hacer el fiscal a la víctima o a los sobrevivientes de ésta sobre cualquiera de los acuerdos que existan en el caso. En muchos Estados, las revisiones y comentarios que hacen las víctimas sobre el acuerdo y la sentencia se incluyen en las decisiones finales.

Estados Unidos es el modelo referente para la propuesta y su aplicación en Ecuador, aunque si bien el sistema de este país es el basado en el derecho común más que en el derecho plenamente establecido como tal en Códigos, ambos sistemas buscan que la oralidad y la acusación perfeccionen a la administración de justicia y ayuden a la descongestión de casos en las dependencias judiciales.

En Colombia, a diferencia de Ecuador, existe aún la etapa intermedia en el proceso penal, por lo que todavía se hablan de figuras que deben constar expresamente por escrito sin restar importancia a las audiencias en las cuales se debaten estos documentos procesales.

En el Perú, así como en Ecuador, existen figuras que ayudan a la terminación anticipada de un proceso, una de ellas es el homónimo del nombre en general, a más de ésta también existe la colaboración eficaz, que asimila la figura del “soplón” e institucionaliza beneficios para quien otorgue información en la investigación de un delito. Así mismo, la víctima en el proceso de terminación anticipada no participa sino a través el fiscal, quien lleva las riendas y la conducción de la elaboración del acuerdo

A pesar de la celeridad con la que los casos estadounidenses se despachan, las dependencias judiciales llegan a tener cerca del 10 por ciento de juicios lo que equivale a unos 2000 (*U.S. Bureau of Justice*, 2010) casos al año; aun así, con esta cifra relativamente baja de expedientes que manejan los fiscales y jueces, es complicada la administración de justicia, por lo que la respuesta no

se encuentra solamente en la implementación de salidas alternativas al juicio; la infraestructura y la capacitación que deben tener los funcionarios que manejan esta materia tan delicada debe ser encaminada a mejorar los estándares de prestación del servicio, ya que, como todo funcionarios del servicio público, también brindan una prestación a los usuarios del sistema, sea cual sea.

CAPÍTULO V

PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL Y LEYES CONEXAS, PARA LA APLICACIÓN DE LA FIGURA DEL ACUERDO NEGOCIADO EN MATERIA PENAL

Los conflictos penales en la actualidad, se han vuelto cotidianos, y la carga de su resolución para la sociedad y la administración de justicia, muy pesada. De lo revisado, analizado y anotado se colige que pueden convivir tres formas de resolución; el procedimiento ordinario, los procedimientos especiales y se proponen los acuerdos negociados, con el fin de aportar con una solución pronta y expedita al daño ocasionado por la comisión de un delito, buscando siempre que exista una reparación a la víctima u ofendido por parte del procesado, y una satisfacción a la sociedad que se ofendió, satisfacción que vaya más allá del cumplimiento de la pena de privación de libertad.

El sistema acusatorio oral es una incorporación beneficiosa para el sistema de administración de justicia ecuatoriano, ya que su objetivo es una respuesta ágil del órgano jurisdiccional y el auxilio en el despacho de causas en juzgados y tribunales de garantías penales del país; no obstante, debido a ciertos inconvenientes como el desconocimiento y la inoperancia de los sujetos que intervienen en el proceso penal, se ha impedido su perfeccionamiento y correcta aplicación, con las consecuencias funestas que ya se ha analizado y anotado.

El análisis histórico nos ha dejado ver que el retraso de la aplicación de la justicia a través de la normativa vigente, reformada y adaptada a las realidades actuales, de donde se entiende que no es por falta de norma, la mala aplicación de justicia, se deben a varias circunstancias han impedido su atención, por ejemplo, la figura de los jueces de paz, que se encuentra en el ordenamiento jurídico es inexistente en la práctica; al igual que fiscalías

especializadas en la aplicación de los procedimientos especiales, por citar las dos que importan a este estudio.

En virtud de lo expuesto en los capítulos anteriores, y a modo de cierre de la propuesta de aplicación de la figura del acuerdo negociado, se plantea a continuación un proyecto de reforma a los Códigos de Procedimiento Penal y Código Orgánico de la Función Judicial, así:

5.1 Reformas al Código de Procedimiento Penal.

Refórmense los siguientes artículos en los siguientes términos:

Art. 65.- Funciones.- En el segundo inciso agréguese después de las palabras “durante todas las” la expresión “etapas procesales y pre procesal”

Art. 69.- Derechos del ofendido.- Agréguese después del numeral 3. La expresión “4. A ser informado sobre la realización de un acuerdo negociado y a intervenir como parte en él”; y, refórmese la numeración del artículo

Art. 73.- Comunicación del Fiscal con el procesado.- Sustitúyase el artículo por el siguiente:

“El fiscal y los investigadores policiales no podrán tomar contacto con el procesado, sin la presencia de su defensor. El fiscal podrá hacerlo en caso que el procesado solicite la realización de un acuerdo negociado, sentando una razón sobre lo acontecido y exponiéndola en el acta de acuerdo.”

En la Sección Cuarta del Capítulo III del Título I del Libro Segundo, sustitúyase la palabra acusado por procesado.

Art. 143.- Agréguese en el primer inciso, después de la palabra testimonio lo siguiente: “o en cualquier etapa del proceso penal, inclusive en la indagación

previa”. Entre el primero y segundo incisos agréguese: “En caso de existir un acuerdo negociado entre Fiscal y procesado, dicha valoración se hará en beneficio del imputado.”

Art. ...- En el Libro Cuarto “De las etapas del proceso”, en el Título innumerado “Normas generales para las audiencias”, en el artículo innumerado segundo réformese la expresión “o simplificados” por, “simplificados o acuerdos negociados”.

Art. 215.- Indagación previa.-

1) Agréguese entre los incisos primero y segundo el siguiente párrafo:

“En esta etapa pre procesal se podrá solicitar la celebración de un acuerdo negociado, conforme las disposiciones de este Código.”

2) Sustitúyase la frase:

“Sin perjuicio de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa; las actuaciones de la Fiscalía, de la Función Judicial, y de otras instituciones y funcionarios que intervengan en la indagación previa, se mantendrán en reserva de terceros ajenos a ésta y del público en general, sin perjuicio del derecho del ofendido, y de las personas a las cuales se investiga y de sus abogados, de tener acceso inmediato, efectivo y suficiente de las investigaciones.

El personal de las instituciones mencionadas que habiendo intervenido en estas actuaciones, las divulguen o pongan de cualquier modo en peligro el éxito de la investigación o las difundan atentando contra el honor y al buen nombre de las personas en general, serán sancionados conforme a lo previsto en el Código Penal”

Por el párrafo siguiente:

“En virtud de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa, las actuaciones de la Fiscalía, de la Policía Judicial, de la Función Judicial, y de otras instituciones y funcionarios que intervengan en la indagación previa serán públicas para quienes deseen tener acceso, y que no pertenezcan a los medios de comunicación; igualmente exceptúense los casos en los que el conocimiento de estas actuaciones pongan de cualquier modo en peligro el éxito de la investigación o atenten contra el honor y el buen nombre de las personas en general.

Art. 216.- Atribuciones del Fiscal.- Agréguese después del numeral 9. Lo siguiente y refórmese la numeración del artículo:

10. Cuando se lo solicite, acudir a las conversaciones previas con el procesado para la realización de un acuerdo negociado.

Art. 304-A.- Reglas Generales.- A continuación agréguese el siguiente artículo:

“Art. ...- En caso de un acuerdo negociado, la sentencia deberá estar en concordancia con lo acordado entre el fiscal y el procesado.”

En el capítulo I del Título V del Libro Cuarto, agréguese un capítulo en los siguientes términos:

“CAPÍTULO...

ACUERDOS NEGOCIADOS ENTRE LA FISCALÍA Y EL PROCESADO

Art. ...-Finalidades.- Con el fin de humanizar la actuación procesal y la sanción; obtener justicia; restaurar los derechos y bienes jurídicos de la víctima, brindar solución a los conflictos sociales que genera el delito; propiciar una reparación hacia la sociedad de los perjuicios derivados del delito y lograr la

participación del procesado y la víctima en la concreción de su caso, la Fiscalía y el procesado podrán llegar a acuerdos que impliquen celeridad para la terminación del proceso.

Art. ...- Devolución de bienes mal habidos.- En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial, hasta que no se reintegre el valor del cincuenta por ciento equivalente al incremento percibido y el resto quede bajo la custodia de un depositario judicial, no se iniciará la realización de un acuerdo negociado. Para tal efecto, cuéntese con la asistencia de peritos que realicen el inventario de los bienes objeto del incremento patrimonial.

Art. ...- Iniciativa.- Desde el inicio de la indagación previa, la Fiscalía y el procesado podrán llegar a un acuerdo sobre la formulación de cargos, la acusación, la solicitud de pena, o el archivo de la causa. Obtenido este acuerdo, el fiscal solicitará audiencia de terminación del proceso ante el Juez de Garantías Penales.

El fiscal y el procesado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo de admisión de la perpetración del ilícito, posterior a lo cual el Juez, sentenciará conforme el delito tipificado, siempre que el fiscal:

1. Elimine de su acusación alguna circunstancia agravante, o un cargo específico; ó,
2. Disminuya en la solicitud de la pena al mínimo establecido en el delito tipificado en el Código Penal.

En caso de abstenerse de acusar, se seguirá conforme lo establecen las normas sobre la desestimación, omitiendo elevar en consulta la misma y solicitando el archivo provisional de la causa.

Art. ...- Modalidades.- La aceptación de los cargos determinados en el acuerdo constará en un acta que se presentará al juez de garantías penales.

También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos comprobados y sus consecuencias. Si de este acuerdo hubiere un cambio favorable para el procesado con relación a los cargos a imponer, esto constituirá la única rebaja a la que accede el procesado por el acuerdo.

Aprobado el acuerdo por el Juez de Garantías Penales, en la misma audiencia dictará la sentencia correspondiente. Para ello, el Juez de Garantías Penales debe revisar que en el acuerdo no se viole ningún derecho o garantía constitucional que asista a las partes.

Las reparaciones que deban realizarse a la víctima como resultado de los acuerdos entre fiscal y procesado, se conocerán desde el inicio de las conversaciones previas para su aceptación o rechazo. En caso de rechazarlos, no podrá celebrarse acuerdo alguno.

Art. ...- Aceptación total o parcial de los cargos.- El procesado puede aceptar parcialmente los cargos. En estos eventos los beneficios de punibilidad sólo serán extensivos para efectos de lo aceptado.

Art. ...- Reglas comunes.- Se pueden realizar los acuerdos sin la presencia de un defensor, sin embargo, debe dejar constancia de este hecho en el acta.

En caso de contar con un defensor, prevalece lo que decida el procesado en caso de discrepancia con su defensor, de lo cual quedará constancia en el acta.

Art. ...- Requisitos.- Son requisitos imprescindibles para la realización de los acuerdos los siguientes:

1. Carecer de antecedentes penales.
2. El Fiscal debe determinar el grado de responsabilidad del procesado.
3. No se podrán realizar acuerdos cuando se trate de delitos sexuales, por su naturaleza.
4. La petición se formulará de manera individual y no puede beneficiar a otros procesados a menos que de la información otorgada el fiscal deduzca la inocencia de otro procesado.
5. Cuando exista la presunción de que la información que entrega el procesado puede aportar al cese de otros actos que perjudiquen a la sociedad y sus derechos, o que a partir de ella se pueda lograr la solución de otros casos de mayor envergadura.
6. La víctima debe aprobar o rechazar el acuerdo indemnizatorio al que hubiere lugar, derivado de la negociación del acuerdo negociado. En caso de objetar este acuerdo, la víctima tiene el derecho de seguir las vías judiciales que aseguren su indemnización.

Art. ...- Acta de constancia de acuerdo.- El fiscal deberá elevar a escrito un acta que contenga el acuerdo realizado con el procesado.

El acta deberá presentarse en la audiencia de terminación del proceso para que el juez imponga la sanción conforme los cargos que se le imputan al acusado o archive provisionalmente la causa.

Art. ...- Audiencia de terminación del proceso.- Una vez realizado el acuerdo y habiendo consentido con la víctima sobre la reparación o de haberse logrado un acuerdo reparatorio complementario al acuerdo negociado, el Fiscal deberá

solicitar al Juez de Garantías Penales que señale día y hora, dentro de las 48 horas siguientes para llevar a cabo la audiencia de terminación del proceso.

En la audiencia se observarán las reglas comunes para las audiencias, conforme lo dispone este Código.

Art. ...- Presentación de recursos.- Habiendo llegado a un acuerdo entre las partes y el Fiscal o entre el procesado y el Fiscal, y éste presentado al Juez de Garantías Penales, se podrá interponer recurso de nulidad, solamente por las solemnidades y omisiones procesales que pueda presentar el acta de negociación.

Habiéndose resuelto el recurso, no habrá más que reclamar y se procederá conforme lo ordenado por el superior y lo vigente en el acta”

Con la incorporación de estos aspectos, se pone en vigencia los acuerdos negociados, que beneficiarán a varios sectores de la población ecuatoriana, que quiere enmendar lo que han hecho mal y que benefician a los órganos de administración de justicia.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES:

Del análisis del tema se concluye y recomienda:

1. Implementar la propuesta expuesta, dentro del Código de Procedimiento Penal, a fin de obtener una figura ágil y fácil de aplicar en el ordenamiento ecuatoriano, la cual deberá estar acompañada también de un reglamento para la correcta operativización y atención de los sujetos procesales en la resolución de la causa.
2. Instruir en la formación de profesionales del derecho una cultura de conciliación y de solución de los problemas ágilmente, ya que el abogado será quien asesore al cliente sobre los métodos resolutivos del proceso, para la elección de la mejor alternativa; además, deberá ser el letrado quien verifique que su cliente no esté siendo perjudicado por la aplicación de esta figura o por la actuación de los fiscales sin perjuicio de lo observado por el Juez de Garantías Penales.
3. Incorporar fiscalías especializadas en la tramitación de acuerdos negociados, con una amplia formación en derechos humanos y en funcionamiento del *plea of guilty* o de los preacuerdos, a fin de innovar el conocimiento y promover la mejor aplicación de esta novedosa y positiva figura.
4. Promover en las instancias pertinentes, el análisis, estudio y medición a través de matrices de la aplicación de los procedimientos abreviado y simplificado dentro de cada uno de los delitos, ya que no existe información tabulada, y ella constituiría un gran aporte y conocimiento sobre las aplicaciones de los procedimientos especiales contemplados actualmente en el Código de Procedimiento Penal, y su influencia en el descongestionamiento de la administración de justicia.

5. Promover el conocimiento y entrenamiento para llegar a la obligatoriedad de aplicación sobre el manejo de los acuerdos negociados y la sustanciación de los mismos en los sujetos que intervienen en la administración de justicia, a fin de mantener imparcialidad, equidad y honestidad en las actuaciones con los sujetos al realizar los acuerdos, tomando en consideración a la víctima u ofendido y buscando una reparación inmediata para la víctima, el Estado y la sociedad.
6. Capacitar al personal de todas las instancias penales a fin de promover una cultura de la conciliación, de la aplicación de los acuerdos negociados con celeridad, eficiencia y eficacia, originando una situación beneficiosa para el Estado, los sujetos partes y la sociedad en general.
7. Incorporar nuevos métodos que eviten que las víctimas sean revictimizadas por el sistema, si bien la implementación de la discreción en los delitos de índole sexual ha mejorado la situación, no ha logrado evitar que las víctimas se encuentren en situaciones de riesgo respecto de los delincuentes, se encuentren o no arrepentidos del cometimiento del ilícito. Es necesario un sistema que resguarde a las víctimas que sufren de delitos mayores, por cuanto la información que pueden brindar también es importante para las investigaciones que se están realizando.

BIBLIOGRAFÍA

- Arana Montoya Edgar, Cortés Margarita, Martínez Jairo, Martínez María Gladys, Pérez Carlos y Tobón Germán, (2008) “El sistema acusatorio y los preacuerdos”, Primera edición, Editorial Universidad de Medellín, Medellín.
- Baytelmann Andrés y Duce Mauricio, (2007) “Litigación penal oral y prueba”, Grupo editorial Ibáñez, Bogotá D.C.
- Bermúdez Martín, (2007) “La acción de grupo, normativa y aplicación en Colombia”, Primera Edición, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá D.C.
- Bernate Ochoa Francisco, Díaz Cortés Lina, Forero Juan Carlos, Galeano Juan Pablo, Henao Luis Felipe, Lombana Jaime, Martínez Wilson, Rodríguez Alfredo, Sánchez Raúl y Sintura Francisco, (2005) “Sistema Penal Acusatorio”, Primera edición, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá D.C.
- Binder Alberto, Gadea Daniel, González Daniel, Quiñones Héctor, Belido Manuel, Miranda Manuel, Houed Mario, Resumil Olga y Uanera Pablo, (2006) “Derecho procesal penal”, Primera reimpresión, Editorial Escuela de la Judicatura ENJ, Santo Domingo.
- Cabana Guy y Massariol Sylvie, (2007) “Los 10 secretos del negociador eficaz”, Editorial Sirio S.A., Málaga.
- Carretero Santiago, (2005) “Nueva introducción a la teoría del derecho”, Editorial Dykinson, S.L., Madrid.

- Carocca Pérez Alex, (2006) “Etapa intermedia o de preparación del juicio oral en el nuevo proceso penal chileno”, Editorial Red Ius el Praxis, Santiago de Chile.
- Castán Vázquez José María, Guzmán Cristina, Pérez Teresa, López Agua y Sánchez José María, (2000) “Hominum causa omne ius constitutum est: escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. José María Díaz Moreno, S.J.”, Editorial Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Madrid.
- Ceballos Velásquez Alberto, (2000) “Jueces de Paz: La experiencia en Colombia, una experiencia futura”, Primera edición, Editorial Corporación Región, Red De Justicia Comunitaria e Instituto Popular De Capacitación, Justicia Comunitaria y Jueces de Paz. Las técnicas de la paciencia, Medellín.
- Clariá Olmedo Jorge, (2004) “Derecho Procesal Penal”, Tomos I, II y III, Reimpresión, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires.
- Coutant Christelle, (2002) “Le principe de la réparation intégrale en droit privé”, Presses Universitaires, Marseille.
- Coral José Eladio, (2008) “Juzgamiento de Adolescentes Infractores: Análisis doctrinario de sus fundamentos”, Primera edición, Cevallos editora jurídica, Quito.
- Delmas-Marty Mireille, (2000) “Procesos penales de Europa. Alemania, Inglaterra y Gales, Bélgica, Francia e Italia”, Traducción de Pablo Morenilla Alard, Editorial EDIJUS, Zaragoza.
- De Lucas Javier Augusto et al., (2003) “Jornadas Iberoamericanas. Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa”, Primera reimpresión, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F.

- Fanjul Fernando, Martos Fernando y Carrillo Clara, (2005) “Policía local de los ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Madrid: Temario”, Editorial Mad. S.L., Madrid.
- Fontán Balestra Carlos y Ledesma Guillermo, (1980) “Derecho penal: introducción y parte general”, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Galindo Miguel Ángel, (2008) “Diccionario de economía aplicada: política económica, economía mundial y estructura económica”, Ecobook – Editorial del Economista, Madrid.
- Gómez Colomer Juan Luis, (2008) “El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho”, Primera Edición, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F.
- Guzmán Carrasco Marco, (2006) “Pobreza, exclusión e inequidad social en el mundo, en América y específicamente en Ecuador”, Tomos I, II y III, Editorial CCE, Quito.
- Henao Luis Felipe, (2006) “Introducción al derecho penal de la sociedad postindustrial”, Primera edición, Centro editorial Universidad del Rosario, Bogotá D.C.
- Heumann Milton, (1981) “Plea Bargaining: The Experiences of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys”, the University of Chicago Press, Chicago.
- León Parada Víctor, (2005) “El ABC del nuevo sistema acusatorio penal: el juicio oral”, Primera edición, Ecoe Ediciones, Bogotá D.C.

- Martínez Ferrán, (2007) “La Cancha de la Vida”, Bresca Editorial SL, Barcelona.
- Martos Fernando, Bermejo Jesús y Santos Rodríguez, (2006) “Auxiliares administrativos de corporaciones locales de Canarias: Temario General”, Cuarta edición, Editorial Mad, S.L., Madrid.
- Medina Mora Icaza Eduardo, (2008) “Uso legítimo de la fuerza” Primera reimpresión, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F.
- Monsalve Fernando, (2005) “La reforma procesal penal”, Editorial Red Pharo, Santiago de Chile
- Morales Alberto, (2004) “Guía de Actuaciones Para la Aplicación del Nuevo Código de Procedimiento Penal”, Primera edición, GTZ, La Paz.
- Nader Kuri Jorge, (2008) “La responsabilidad penal del juzgador”, Primera edición, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F.
- Pasara, Luis (2010) “Línea de base de la producción judicial, aspectos cuantitativos” Projusticia, Quito.
- Pérez Pinzón, Alvaro (2006), Radicación 24052 (Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Colombia 14 de marzo de 2006).
- Pomareda Cecilia y Stippel Jörg, (2005) “El Nuevo Código de Procedimiento Penal: De la teoría a la práctica: A través de casos desarrollados”, Segunda edición, GTZ, La Paz.
- Puppio Vicente, (1995) “Teoría general del proceso”, Octava edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.

- Robalino, Vicente, (2003) “Del procesamiento a adolescentes infractores”, Ediciones Uniandes, Ambato
- Rodríguez García Nicolás, (1997) “La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado”, Primera edición, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.
- Saltos Napoleón y Vásquez Lola, (2009) “Ecuador: su realidad, edición actualizada 2009-2010” Décimo séptima edición, Fundación “José Peralta”, Quito.
- Sierra Hugo y Salvador Alejandro, (2005) “Lecciones de Derecho Penal: Parte general”, Primera edición, Editorial de la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca.
- Sosa Enrique y Jaren Luis, (2000) “Código procesal penal de Mendoza: Ley 6730”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza.
- Torres Acosta, Alexandra. (1998). La reparación del daño en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista de Derecho Privado No. 4, 151-175.
- Zamora José, (2009) “Derecho victimal: la víctima en el nuevo sistema penal mexicano”, Segunda Edición, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F.
- Centro de Estudios e Investigaciones Estadísticas ICM-ESPOL, (2010) “Estadísticas de Delitos en la ciudad de Guayaquil”, Recuperado Septiembre 06, 2010, de: www.icm.espol.edu.ec/estadisticas/estadisticas_de_delitos.htm
- Colectivo Pro Derechos Humanos, (2008) “Tortura en Ecuador... ¡Nunca más!”, publicado en el Blog de la Pagina Web del Colectivo Pro

Derechos Humanos el 25 de septiembre de 2008, recuperado de <http://prodh.org/blog/?p=177>, el 08 de mayo de 2011

- Tasa de homicidios del país es de 18.8, (2010, marzo 15), El Expreso, Recuperado agosto 16, 2010 de <http://www.diario-expreso.com/ediciones/2010/03/16/nacional/judicial/tasa-de-homicidios-del-pais-es-de-188/>
- La Justicia busca cambiar en medio de críticas, (2010, agosto 25), El Comercio, Recuperado Septiembre 2, 2010 de <http://www.elcomercio.com/2010-08-25/Noticias/Judicial/Noticias-Secundarias/EC100825P5CORTE3RA.aspx>
- En 3 años, la cifra de judiciales aumentó, (2010, agosto 29), El Comercio, Recuperado Septiembre 2, 2010 de <http://www.elcomercio.com/2010-08-29/Noticias/Judicial/Noticias-Secundarias/EC100829P68INSEGURIDAD.aspx>
- Vásconez, I. (2010). Justicia indígena juzga hoy a Orlando Quishpe. *Diario El Hoy*. Recuperado Abril 25, 2011 de <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/quishpe-recibe-hoy-sentencia-409387.html>