

## **CAPITULO I**

### **LA JUSTICIA**

#### **1.1.- CONCEPTO.**

La justicia es sin duda uno de los temas de mayor dificultad e interés dentro de la filosofía jurídica, existiendo serias discrepancias en cuanto a su naturaleza y contenido. En efecto, la justicia a través de la historia ha tenido diversas concepciones ligadas las unas de otras; las primeras surgen concomitantemente con el intento del hombre de formalizar la necesidad social de normar su vida de relación subjetiva a una norma, a un principio superior que garantice el desenvolvimiento sin perturbación de sus actividades.

Los filósofos, teólogos, moralistas, etc., son los primeros que buscaron la esencia del concepto o criterio de Justicia, alcanzando con el tiempo, pese a las diferentes concepciones del mundo y contenido ideológico de tales pensadores, un acuerdo en cuanto a los atributos fundamentales que definen, jerarquizan y establecen sus características particulares que la diferencian de otros valores y virtudes inminentes.

Desde el punto de vista jurídico, sentamos como premisa que la justicia vive en la sociedad, pertenece al reino de lo ético, lo justo es lo moralmente bueno que regula no solo la voluntad humana, sino también, las relaciones, estructuras e instituciones creadas por los hombres.

Tomando cuerpo objetivo, la Justicia entiende a la persona en referencia a una relación, la Justicia es alteridad, supone el yo y el álter, que actúan en un campo material de relaciones, conductas, ordenamientos e instituciones, en que a cada quien se le da lo suyo. Objetivamente la Justicia es la idea de pertenencia, representa un concepto inmutable y permanente, aunque varíen las condiciones de su aplicación, la Justicia es la regla de proporcionalidad entre individuos entre sí y la colectividad. Respecto a la medida de proporcionalidad de la justicia existen diversas concepciones filosóficas, jurídicas y políticas, las mismas que han dividido al mundo en dos grandes corrientes, una idealista-subjetiva y otra materialista- objetiva.

El concepto Jurídico de Justicia proviene de la naturaleza íntima de la conciencia y representa una de sus actitudes necesarias y fundamentales. Solamente a cierta altura del desarrollo cultural, el hombre adquiere la capacidad de juzgar objetivamente sus acciones, para el ser humano primitivo, el valor jurídico tiene su propia personalidad, reconociendo en los otros únicamente objetos que obran en subjetividad, solo cuando concuerdan con el suyo.

Históricamente, de la evolución del concepto de justicia podemos inferir el contenido político y filosófico de las distintas sociedades económicas, a efecto de lo cual, deben citarse las principales definiciones de justicia que han sido el pilar de la organización jurídica de los pueblos, a saber:

En el mundo antiguo, Plantón manifiesta que la Justicia, “es la suma y compendio de todas las virtudes”, pues constituye un principio armónico, ordenador de estas, determinando de este modo el campo de acción de las demás virtudes, como la fortaleza, la templanza, la prudencia, la sabiduría, etc. Principio de armonía que se hace extensivo al Estado y el derecho, dándole a la Justicia un contenido objetivo de vigencia en la sociedad, como idea que existe al margen de los individuos.

Aristóteles conceptúa la Justicia como la virtud total o perfecta, medida de proporcionalidad de los actos, el medio equidistante entre el exceso y el defecto, la Justicia es el supremo bien ordenador de la vida. Para Aristóteles la Justicia no es mas que la actividad sociológica subjetiva, la conciencia, el habito humano de obrar en razón y equidad.

Los escolásticos, entre los que destaca San Ambrosio, definen a la Justicia como: “la bondad fecunda generadora de otras virtudes”. Juan Crisóstomo, afirma que la Justicia consiste en “la observancia de los mandamientos y obligaciones en general”. San Agustín entendió que la Justicia es el amor, “el zumo del bien y de Dios”. Finalmente, Santo Tomás de Aquino considera a la Justicia, como la “Virtud general”.

Posteriormente, Antonio Genovese, Filósofo Italiano del siglo XVIII, manifiesto que: “en todo país donde se cree que los hombres no son de una misma especie, sino que unos son hombres dioses y otros hombres bestias, otros hombres y otros semihombres, no puede reinar sino la injusticia, el fundamento de la justicia en la igualdad entendida como cualidades de las obligaciones recíprocas; la naturaleza no hace a unos hombres ciervos de otros”.

Cicerón a su vez, considera a la Justicia como propósito que debe realizarse en la sociedad humana, es así, “la reina y señora de todas las virtudes” traducida en la rectitud moral.

Ulpiano sostuvo, que la Justicia es “el reconocimiento de la existencia real de los criterios de igualdad y proporcionalidad en las especies humanas, con miras a garantizar la existencia y libertad de las personas”

Para Cesare Beccaria, “la Justicia es igual a la voluntad de convivir con los prójimos, de modo que todos tengamos dignidad de hombres, y como voluntad constructora de una ciudad de los pares, de una coexistencia equitativa en la felicidad terrena”.

Para el filósofo alemán Kant, el concepto de Justicia equivale a la libertad, ergo, “es la independencia de la imposición del arbitrio ajeno, en tanto que pueda coexistir con la libertad ajena, según la Ley General”.

Stambler, admite que la Justicia es una “idea formal de una absoluta armonía, según la cual debe ser ordenada toda materia jurídica, es decir, los varios propósitos humanos”.

El pensador liberal Juan Jacobo Rousseau entiende a la Justicia, como “la racionalidad, en tanto que consiste en que yo obro como si fuese otro, afirmando que

el primer sentimiento de la Justicia no nos viene de lo que nosotros debemos, sino de la que no es debida”.

Federico Engels, uno de los precursores del Socialismo Científico, manifestó que la Justicia es “la expresión ideológica sublimada de las condiciones económicas circunstanciales, elevada a la categoría de un principio de armonía, de igualdad proporcional entre las relaciones de cambio y en los procesos de distribución de los bienes”.

Para Carlos Marx, “la Justicia aparece natural, porque se deriva evidentemente de las relaciones de producción, de manera que es justo lo que es adecuado a una clase dominante, e injusto lo que se opone a ellos”.

En definitiva, la Justicia vive por y para la sociedad y son las relaciones humanas y económicas las que la definen y orientan.

## **1.2.- EL VALOR DE LA JUSTICIA.**

La Justicia es el valor supremo, el ser humano desde sus inicios ha preferido la Justicia que la infamia, siendo ésta una vivencia a priori del espíritu humano. La implantación de la justicia ha sido intrínseca a la historia de la humanidad, este es un hecho evidente, independiente de las revelaciones que al propósito ha hecho la axiología moderna.

La belleza, el bien, la verdad, la santidad, la libertad, la Justicia; son entidades, de cuya esencia se han ocupado todos los hombres de ciencia, a través de la última de sus disciplinas, la filosofía de los valores de axiología.

Gustavo Radbruch, afirma que el Derecho es un valor, una realidad referida a los valores y un fenómeno cultural.

El Derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico y a la idea de equidad. La idea del derecho no puede ser otra que la Justicia, lo justo, lo bueno, lo verdadero son absolutos, son valores derivados de la idea de la igualdad, la equidad es la Justicia del caso concreto, mientras que el derecho es la realidad cuyo sentido estriba en servir a la Justicia. Afirmación ésta, que nos da la medida de la trascendencia del valor justicia y su vivencia en la sociedad a través del Derecho.

Stambler, profundiza en lo anotado, al aseverar que todo derecho designado es un intento por ser justo.

La justicia es la orientación y sustento de la Ley. Según Aristóteles, la Justicia continúa siendo uno de los aspectos del bien, y el bien se predica en tantos sentidos como el ente.

La Justicia es equiparada con el concepto de Derecho, de acuerdo y en conformidad con una Ley, se afirma que la norma jurídica debe ser justa. La justicia como criterio ideal, más alto, que trasciende a todas las determinaciones jurídicas positivas, implica una conformidad, congruencia, y proporción, es decir, de acuerdo al criterio de Leibniz “congruunt as proportionalitas quaedam”.

En tal sentido, se llama justa, a una observación, una operación lógica o aritmética, y hasta mecanismos mensuradores de toda índole, en cuanto estén exentos de errores y responden a su finalidad; la Justicia entonces, no hace solo relación a una sentencia a una Ley positiva; el elemento específico que le da el verdadero carácter filosófico, no es una congruencia o correlación cualesquiera, lo que confirma en rigor la verdadera naturaleza idea de Justicia, es el sentido de coordinación entre seres subjetivos.

El concepto de Justicia a lo largo del tiempo ha evolucionado en su contenido, el valor de la Justicia ha sido diferente en las distintas sociedades en su origen y aplicación, así, en las fases primigenias del pensamiento, la Justicia fue concebida

en sentido genérico, de correspondencia con algo preestablecido, como virtud universal, atributo de la divinidad, concepto preconizado por la religión.

La concepción monoteísta tuvo asidero en el mundo Hebreo-Cristiano, aquí, la Justicia es atribuida a la divinidad misma, es su nota fundamental, virtud que denota la infalibilidad y armonía de sus actos de voluntad

En Grecia, perdura este concepto, la Justicia se encarna en diversas divinidades, representado a cada uno de los valores éticos, así, citamos a Temis, consejera de la prudencia de Júpiter y de los hombres, divinidad puesta por sobre los oráculos, que promueve reuniones públicas y las preside, dando origen a los ordenamientos civiles, del conuhio Júpiter y Temis. Dike, la diosa de los juicios, hermana de la verdad tiende a resolver las contiendas y se refugia en el cielo cuando es tratada mal por los hombres. El significado de esta divinidad, es cada vez más preciso, su imagen se torna más potente y severa, a veces cruel, toda vez que se le atribuye no solo la función de conciliación arbitral, sino la venganza inexorable de la pena, esta evolución ideológica que nos revela la mitología, traducida poéticamente o referida en diversos mitos que han espaciado el análisis filosófico, es paralelo al aumento de autoridad del Estado y la diferenciación del Derecho con las demás formas de obrar, de lo cual deviene una relación de Justicia entre los hombres y entre los hombres y la divinidad.

Con Platón, la Justicia es concebida como la virtud universal, cuyo fundamento, estado por la exigencia de que suceda lo que debe acaecer éticamente; de que exista una verdadera correspondencia entre el hecho y la norma que la atañe.

Para elevar la Justicia a un principio regulador de la vida individual, social e institucional, Platón deja de lado todas las tendencias que trataban de circunscribir, a una esfera de aplicación a la Justicia, niega como tal la idea de que la Justicia consista en dar a cada uno lo que se le debe, de acuerdo al criterio de Simónides, e igualmente, en hacer el bien a los amigos, y el mal a los enemigos; eliminados estas posiciones que desvalorizaban a la Justicia, equiparándola con el arbitrio o la fuerza,

Platón repone su esencia, reduciéndola en la actuación del propio deber, o sea, en el desarrollo de las aptitudes que atañen naturalmente a cada parte del alma y a cada clase social.

La Justicia así entendida, constituye la virtud que rige y armoniza, tanto el obrar de los particulares como el de las multitudes congregados, asignando a cada facultad o energía la dirección correspondiente y los límites propios; consiste por tanto, la proporción entre las diversas partes que componen un todo orgánico, a cada una de las cuales bien puede poseer una virtud propia y particular, como la sabiduría, la fuerza, la templanza, pero sin embargo permanecen subordinadas a aquel principio formal que vincula entre sí las distintas partes lo mismo que a sus respectivas virtudes.

De acuerdo a esta doctrina, la Justicia es un valor que se identifica con la armonía, la perfección, la belleza; en ella se juntan los valores morales y jurídicos, la política, la ética y la sociología, no se distinguen entre ellos, lo justo es la nota común, tanto de la vida interior del individuo como de sus intereses sociales.

La necesidad del obrar armónico, pasa a ser un principio formal cuando se requiere para aplicar lo “propio” de cada uno, vale decir, cuál ha de ser el deber de cada parte o energía aparente para sí, y con respecto al todo.

Platón trató de establecer tal medida, el distinguir la función de las clases sociales que integran el Estado, pero el esquema republicano trazado por Platón, contiene sobre el particular tantos elementos empíricos y arbitrarios, fuera de verdad, que constituye por sí la mejor demostración de la insuficiencia del mencionado principio para resolver el problema de la Justicia.

El principio de Justicia como virtud universal, ha evolucionado con el tiempo, delimitando su esfera, llegando con la filosofía Presocrática a entenderse como principio exclusivamente de orden social. Para Aristóteles, la justicia es una virtud

total, en tanto que la injusticia es el continente del vicio, es decir. el vicio integral. Lo justo, se identifica con lo proporcional, la medida que representó la equidistancia entre lo mucho y lo poco, puesto que dicho orden debe encontrarse en toda virtud.

El Cristianismo recoge el criterio de Platón, la Justicia referida a la divinidad es la expresión del cumplimiento de una voluntad trascendente y todopoderosa, en la cual se unifica la sabiduría, la bondad y la misericordia, por lo que San Agustín afirma que la Justicia radica en el amor al sumo bien de Dios.

La Justicia distribuyendo a cada uno el propio grado de dignidad, genera en el hombre un precepto, en el que el alma está sometida a Dios, y el cuerpo al alma; el concepto de Justicia significa la perfección de todo el ser, y unidad armónica de las diversas partes, afirmando, que tanto es la pureza de Dios, que toda otra Justicia comparada con ella, parece ser injusticia.

La Doctrina Platón y Aristóteles, se manifiesta en la Escolástica con Santo Tomás de Aquino, que reafirma la noción de Justicia como virtud general y se explica que ella preside todas las virtudes porque se halla más cerca de la razón que las otras, y porque su objeto es más vasto, comprendiendo no solo las acciones que cumple el hombre subjetivamente, sino las que cumple en relación con otros.

El maestro Leibniz, subdivide a la jurisprudencia, en jurisprudencia divina, humana y civil, entendiendo como su objetivo primero y máximo el vínculo del hombre con Dios y luego respecto del género humano.

La Teología se presenta unida a la jurisprudencia, así, se formula una tripartición de la justicia, coherente con la jurisprudencia y a los tres grados de ella, Justicia conmutativa, distributiva y universal, que corresponden a los tres principios romanos, “Neminem Laedere, Suum Cuique Tribuere, Honestè Vivere” (no lesionar a nadie, dar a cada cual lo que es suyo, vivir honestamente).



Si bien entendidos por Leibniz en el sentido más amplio, el grado intermedio, o sea, la Justicia distributiva o Aequitas; comprendería bajo la especie del *Suum Cuique Tribuere*, los deberes de la gratitud, de la limosna y otros semejantes; corresponden al grado más alto, o sea, la justicia *universalis* llamada también *Pietas Vel* provistas; que apoyándose en la máxima del Honeste “Vel Potius Pie Vivere”, vivir honestamente, o mas bien, piadosamente, comprendería todas las virtudes.

Con Leibniz nos encontramos frente a la identificación de la ética con el derecho, o la legalización de la moral, lo que corresponde a la definición de la Justicia como *Caritas Sapientis*, es decir, la virtud que rige al amor hacia el fin del bien universal, la *Caritas* o la benevolencia debe ejercerse no solo con respecto a una determinada comunidad, sino en general, hacia todos los hombres, persigue entonces la moralización del derecho a la legalización de la moral.

Merced a ulterior sistematización crítica, el concepto de justicia perdió paralelamente su aspecto omnicomprensivo, hasta encontrar una definición más concreta, con la entrega de los elementos esenciales aportados por la filosofía.

Característica de los Estados asóciales, es la falta de instituciones jurídicas, la naturaleza social de la Justicia y el concepto de la misma en procura de abarcar el aspecto fundamental de ello, se debe a la Escuela Filosófica Itálica Pitagórica de origen Romano, que define a la Justicia como “la toda igualdad”, correspondencia entre términos contrapuestos, ciertamente puede asimilarse al cuadrado de un número, o sea al igual multiplicado, pues también aquella devuelve lo mismo por si mismo, lo justo intercambia lo que alguien hizo.

La justicia consiste, esencialmente, en el contracambio o compensación, la Justicia es igual en la distribución según los méritos de cada uno.

De la doctrina Pitagórica partió Aristóteles, o introdujo la suya, afirmando que el contracambio o comprensión material, no puede valer como principio de la justicia distributiva ni tampoco de la igualadora o colectiva, anotando que no se trata de

establecer una igualdad material, sino, más bien, una correspondencia de valores, así, sería injusto el cambio de cosas iguales en cantidad o número pero desiguales en valor (relación de cantidad y calidad).

De igual modo sería injusto aplicar igual pena, para delitos materialmente iguales, pero cumplidos con objetivos y condiciones diversas, conceptos que recoge la doctrina penal, para calificar las circunstancias de la infracción y el grado de responsabilidad de los sujetos participantes.

Como ideal, la justicia resulta difícil de concretar en su realidad permanente, justicia y derecho que debieran ser términos sinónimos, no lo son en los hechos y a veces en la apreciación común, el Derecho deja de ser justo por impulsos motivados en la realidad del ambiente, lo cual se debe a la apreciación subjetiva que la Justicia ha tenido y tiene en todos los tiempos, la Justicia que es un ideal de la verdad, tiene en la apreciación de los hombres, distintos prismas, siendo imposible albergarla en una Ley física imputable, producto de la naturaleza humana, la justicia sufre las mudanzas que le imprimen los cambios de opinión, las diversas apreciaciones de un fenómeno jurídico dado, así, justicia es la bigamia en los pueblos mahometanos, y justicia es la sanción del delito de bigamia en los pueblos cristianos, la esclavitud y la libertad en distintos tiempos han sido Justicia.

Derecho y Justicia se aproximan hasta casi confundirse, ya que debe contarse con el primero para facilitar al segundo, que lo restablece negado y lo ampara comprometido. Sin embargo, la doctrina tiende a la antítesis entre ambos términos, así se habla de derecho justo.

La Justicia abstracta, como todos los grandes conceptos humanos, presenta tantas interpretaciones como corrientes de pensamiento existen, posee el carácter teológico en San Agustín cuando la define como el amor al supremo bien de Dios, se revela racionalista cuando Platón la basa en la actuación del propio obrar, con Justiniano toma un acento estrictamente jurídico, el mismo que ha sido transcrito como fórmula matemática por los Pitágoricos, etc.

La Justicia moral es el habito del ánimo de dar a cada cual lo que es suyo, y justicia civil, el ánimo de conformar nuestras acciones con la Ley. La Justicia moral es una virtud, pues consiste en la voluntad firme y constante, la justicia civil, en cambio, es la práctica arreglada al cumplimiento de la Ley, orientada hacia el proceso civil o penal, todo lo que nos lleva a concluir a través de este pequeño esbozo, que sea cual fuere su apreciación, el valor de la Justicia en todos los tiempos es permanente.

### **1.3. - ELEMENTOS DE LA JUSTICIA.**

Los elementos esenciales de la justicia son:

Alteridad o Bilateralidad.- Elemento propio de toda determinación jurídica, o sea, la simultánea consideración de diversos sujetos puestos idealmente en un mismo plano y representados, por decirlo así, el uno en función del otro; la alteridad consiste en la relación social entre dos personas, el yo y el álter, el que da y el que recibe.

La paridad o igualdad inicial que se presupone entre los sujetos que participan en una relación de tal especie; la reciprocidad o correlación inescindible, por la cual, la afirmación de una personalidad en esta forma, importa a la vez una limitación respecto a una personalidad ajena, necesariamente afirmada en el mismo acto, siendo el límite tanto de separación como de conjunción, yendo acompañada la exigencia de la obligación, el señorío a la subordinación, de modo que ninguno de esos términos puede subsistir por si, ya que cada uno vale como complemento del otro, y el otro extrae su verdadero sentido, resultado de dicha formulación, que el obrar de cada uno en tal media, solo se considere en cuanto se encuentre o interfiera objetivamente con el obrar ajeno.

De allí, por ejemplo, que no sea un precepto de justicia en sentido propio, el deber de hacer el bien, o de cumplir el propio deber, ni ningún otro principio análogo que se dirija a un sujeto considerado por si mismo; y si en cambio, el deber de hacer lo

que otro puede profundamente pretender, y no hacer lo que constituiría un lesión para los demás, reduciéndose así el problema de la Justicia en concreto, a la delimitación e intersección de las exigibilidades recíprocas entre los sujetos.

Un sujeto como tal, no puede obrar, de cierto modo con respecto a otros, sin tomar así legítimamente en las mismas circunstancias, igual obrar de los demás con relación a él.

La noción del contracambio se revela como implícita en la de la justicia, no ya en el sentido de una duplicación material que deba cumplirse de los mismos actos, sino en el que todo acto realizado por alguno con respecto a otros, implica la virtual autorización a un acto análogo entre los mismos sujetos, que en hipótesis, han invertido sus papeles.

El yo bajo la esencia de alteridad, al par que el yo y el otro, se convierten en lo que se denominaría, entes fungibles, dada la esencial objetividad de la relación que los vincula.

Lo verdaderamente individual, irreductible e inefable en el sujeto, queda colocado, por tal consideración, en segunda línea, predomina por el contrario, la valoración de cada acto en su significado objetivo; es decir, en cuanto constituye un medio de comunicación o de interferencia entre sujeto y sujeto, y de ahí, la base para el tratamiento correspondiente.

La exigencia de la remuneración, se afirma también por lo tanto, como corolario del principio de Justicia. Contracambio y remuneración, tienen en realidad, idéntica raíz y el mismo significado transubjetivo. Ambos presuponen por igual, un reconocimiento de la persona, no sólo en su identidad abstracta, como sustancia provista de autonomía, sino a través de sus actitudes concretas, según puede apreciarse y ponderarse por otros, esta forma de apreciación, o ponderación objetiva, esta impuesta precisamente por la justicia, la que culmina en la exigencia de cada sujeto de ser reconocido por los otros en cuanto vale, y a cada cual le sea atribuido

por los otros lo que le corresponde, fórmulas que carecen de perfección, pero en tanto, y con las reservas debidas, estos elementos, representan los fundamentos y los lineamientos primordiales de toda posible consideración de la Justicia en su verdadero sentido, y por ello los hemos citado.

#### **1.4.- LA JUSTICIA PENAL.**

La experiencia histórica nos demuestra, que la vida no puede desenvolverse por simples acciones-efectos-acciones, sino sólo, en cuanto diversos individuos se guarden mutuo respeto y cooperen en un mismo fin, subordinando su propio comportamiento a un freno y a una norma común, que conlleva a una primaria correspondencia de cosas materiales y sensibles.

Encontrándose los primeros antecedentes de justicia en los animales, en la sedimentaria coordinación y organización, en la que se determinan de algún modo las actividades de los que pertenecen al grupo, que se abstienen de ofensas dentro de él y se prestan asistencia recíproca cooperando a la defensa común. Elementos éstos, que representan un encaminamiento hacia la formulación de la justicia que se le puede atribuir a un carácter subjurídico.

En la base, la Justicia es el esfuerzo del hombre por reparar la desigualdad de la naturaleza, de la colectividad; luego hablar de asociación, es hablar de Justicia, lo contrario sería tan absurdo “como un comercio sin intercambio”. Las relaciones entre hombres y animales, sin que puedan ser jurídicas como bien se ha señalado, constituyen al mismo tiempo, las primeras relaciones de justicia.

El tali3n es la institucionalidad de la venganza, a trav3s de cual, se concibe que quien comete una infracci3n sufra el mismo agravio que ha ocasionado. Est3 establecido por la naturaleza y por la ley, que a quien hace da3o, le siga igual venganza, el subconsciente de la justicia animal, se opone a la conciencia jur3dica del hombre, como tal, el 3nico animal jur3dico, los rasgos fundamentales de la Justicia como

principio de identidad y ecuación intersubjetiva, se encuentran visiblemente impresos en cualquier grado de la vida humana.

Así, el amor a la justicia no es sino en la mayoría de los hombres, el temor a sufrir la injusticia, el derecho ha sido inventado por temor al desafuero e iniquidad; luego, donde radica la justicia, precisa del obrar siendo yo como si fuera otro, sobre todo, cuando estoy moralmente seguro de no encontrarme jamás en el mismo caso, pues nada es más amargo que sufrir lo mismo que se ha hecho a otros.

La justa proporción para reprimir los espíritus inmoderados y crueles de venganza, fue la Ley del Tali3n que aseguraba la justa proporción material, constituyendo el límite conmutativo del furor. Tal modo se ha empleado para la gente ruda, a fin de que aprendiera a no transgredir lo debido, el tali3n hace alusi3n a la pasi3n ciega y desenfrenada de Justicia.

En todos los pueblos y en todo tiempo, ha existido un sistema regulador, que resulta de los elementos s3quicos de los mismos hombres, que se3ala a cada cual la esfera de su propia actividad, ligando uno al otro por una serie de v3nculos bilaterales y rec3procos, de manera tal que las pretensiones y obligaciones se corresponden y equivalen.

No importa que dicho sistema este enunciado expresamente o formulado por escrito, ya que si por varias razones, el sistema no puede ser cumplido, vive como ordenamiento l3gico, cuando es sostenido y alimentado por la conciencia preponderante, que continuamente se elabora y renueva.

Por ser el fen3meno de la retribuci3n del mal con el mal, sobre todo en la forma t3pica del Tali3n o de venganza regulada, o medida, el m3s aparente entre los de Justicia primitiva, se ha entendido que la Justicia Penal hist3ricamente precede a la Justicia Civil, as3, sostiene Durkheim “Le droit est tout entier penal”.

Mas contra esta tesis, es fácil observar que la pena, como el delito que le corresponde, supone un estado precedente de normalidad o de equilibrio, vale decir una exigencia y una obligación correlativas determinadas por una regla que puede ser tácita, pero que en la inmensa mayoría de los casos es observada y no transgredida, la trasgresión, o se la perturbación del equilibrio que con la pena busca precisamente establecer, representa en la realidad una excepción.

La Ley Penal, tiene en suma por presupuesto una serie de valores jurídicos ya definidos y reconocidos, con respecto a los cuales constituye solo una suerte de justicia segunda, es verdad que ya con la primera especie de determinaciones jurídicas o justicia primera, esta dada virtualmente la posibilidad de trasgresión, sin lo cual, sería insensato afirmar cualquier principio deontológico, pero lo que para estas determinaciones constituye y que la mayoría de veces no se verifica, en cambio, se constituye en la base de hecho para la justicia penal, la que parte precisamente de la hipótesis de una injusticia ocurrida o injuria, para referirse a una nueva serie de determinaciones jurídicas sujetas también a ellas, sosteniendo a su vez la posibilidad de una trasgresión o incumplimiento.

La Justicia penal no interviene en todos los actos de violación de preceptos jurídicos elementales o primarios, la Ley violada, admite otras formas de reafirmación o reintegración del derecho, que está dada por la obligación de restaurar y resarcir en todos los casos de injusticia cometida, conceptos que son eminentemente civiles y no mudan de naturaleza, aún cuando sean actuados con medios coercitivos.

En resumen, existe una sanción y una coacción civil, que como exigencias son propias del derecho, a la par que la sanción y coacción penal agregadas o superpuestas a aquellas, en ocasiones, pueden también faltar y de todos modos no pueden nunca darse por si solos.

El Derecho Penal es el más antiguo de los derechos, es naturalmente el primer ramo del derecho positivo; el derecho primitivo, es el Derecho Penal.

La determinación positiva o empírica de la Justicia, no representa el último término ni la instancia suprema de ello, la justicia no se identifica con la legalidad sin ser contradictoria a ella, antes más bien, pueden y deben coincidir entre sí, reflejándose de manera más o menos adecuada, la primera en la segunda; pues nunca es justo lo establecido, siempre se habla de justicia, la humanidad también ha luchado por la legalidad como medio de asegurar sus derechos, tratando de llegar a la perfección jurídica.

Con el correr del tiempo se ha establecido como principio, que nadie puede hacer Justicia por su propia mano, salvo a riesgo de empeorar su situación o perder su derecho, sin embargo, por necesidad o Justicia urgente, se reconocen ciertas excepciones como: la legítima defensa.

El derecho a perseguir de la Justicia penal, radica en el principio de igualdad de devolver el mal por el mal, la legítima defensa de los hombres a exigir la reparación del mal. Toda vez que el acto criminal es negativo, así que la pena correctiva, busca positivizarlo a través de la negación de la negación; cuando se responde el mal con el mal conscientemente, es malo el mismo, ya que el dominio de la recompensa es el último silo donde se ha atrincherado el poder arbitrario.

Respecto a la Justicia Penal, los seguidores de Pitágoras, tuvieron en cierta medida, por base la idea del Talión, pues esta concepción, común a todas las legislaciones primitivas, constituye base de las concepciones de proporcionalidad material e inmaterial.

Fue el Pitagórico, Hipódamos de Mileto quién trazó el esquema de una República ideal en la que trataba de una mejor distribución de los bienes y de los honores ciudadanos, en una justicia distributiva y correlativa, tratando de que el Estado proveyese a expensas públicas la educación de los hijos de los caídos en guerra, honores a quienes hubieren reportado beneficio para la República.



Hipódamos pretendía que las sentencias judiciales no se produjesen por simple votación, sino que todo juez motive su pensamiento, se entendía, sin que tuerza su conciencia para aceptar o rechazar una tesis determinada, (tesis ésta que se aparta del concepto del contracambio mecánico o material constituye remoto antecedente del derecho libre) contrario a la aplicación mecánica del derecho.

Aristóteles difiere con Hipódamos al respecto, pues piensa que el Juez, al contrario del arbitrio, debe resolver las cuestiones exclusivamente en los términos propuestos sin posibilidad de que participe su iniciativa, ni de una solución intermedia, tesis opuestas que hasta la actualidad se discuten en la doctrina Penal, tienen una respuesta únicamente en el análisis de la situación cultural y relación económica de los distintos pueblos organizados.

Aristóteles, distingue en la justicia particular distintas especies.

La primera, es la Justicia distributiva que se aplica en la repartición de los honores y de los bienes, y persigue que cada uno de los asociados reciba de ellos una proporción adecuada a su mérito.

En consecuencia, Aristóteles sostiene la existencia de tres formas de justicia, aritmética, geométrica y armónica, entendemos que si las personas no son iguales, tampoco tendrán cosas iguales, con lo cual, dice Aristóteles, se confirma el principio de igualdad que sería violado si se diese igual trato a méritos diferentes; la justicia distributiva consiste pues en una relación proporcional geométrica.

La Justicia igualadora, correlativa o sinalagmática, reguladora de las relaciones intercambiables, tienen también aplicación del principio de igualdad en el sentido de medir impersonalmente el daño o la ventaja, o sea, las cosas y las acciones en su valor objetivo, medida que tiene su tipo en la proporción aritmética y que tiende a hacer que cada una de las partes que intervienen en una relación, se encuentre en un nivel de paridad, de modo que ninguna haya dado o recibido más ni menos. Estos términos, deben aplicarse a las relaciones destructuales o voluntarias y a las

relaciones involuntarias y que hacen del delito, o sea, para todo tipo de cambios, tanto de naturaleza civil, como penal.

La Justicia igualadora, puede considerarse bajo dos aspectos; uno en cuanto determina la formación de las relaciones de cambio según una cierta medida, presentándose entonces como Justicia conmutativa, y otra, en cuanto tiende a hacer prevalecer dicha medida, en el caso de controversias con intervención del Juez, tomando entonces el carácter de judicial y que en materia de delitos, se ejerce por necesidad, porque se trata, contra voluntad de reparar un daño injustamente producido.

Aristóteles, considera a la Justicia Penal bajo un aspecto más de carácter privado que público, como una relación entre ofensor y ofendido, dejando a un lado el orden jurídico, al cual debe responderse a través del Estado; así, la diferencia entre el resarcimiento del daño y la pena, se anula, caso se suprime, la Justicia Penal se asimila a la igualadora o sinalagmática, antes que la distributiva.

Con el transcurso del tiempo, la Justicia Penal, pertenece por excelencia al orden público, el mismo que tiene diversos intereses, protege disímiles valores, cuan distinta es la organización social y económica de los pueblos, el delito y el delincuente han sido objeto de múltiples teorías, estudios y doctrina.

Toda vez que se ha comprendido, que el delito y el tipo-delincuente, son productos sociales, la Justicia Penal se ha humanizado, la ciencia se ha puesto a su servicio, entendiendo que los valores relacionados a la Justicia Penal, son fundamentales en la vida del hombre, pues en ellos radican otros como la Libertad, la Dignidad, el Honor, etc.

### **1.5.- APLICACIÓN DE LA JUSTICIA.**

Jurídicamente, la Justicia en los diversos Estados, se ha encarnado en las Instituciones Jurídicas que lo representan, plasmada materialmente en el mandar de la Ley, el mismo que es dictado positivamente por quienes tienen a su cargo la

función legislativa y encargado en su aplicación al poder judicial, a los jueces y magistrados de Justicia. Como poder judicial, la Justicia equivale a Jurisdicción, así se habla de la Justicia ordinaria, de la Justicia especial, de la Justicia Militar, eclesiástica, etc; administrando justicia en nombre del Estado y por autoridad de la Ley.

La Historia del mundo nos revela una lucha permanente de los pueblos por la implantación de la Justicia, la misma que ha de depositarse en la confianza de la existencia de un poder Judicial sapiente, honesto, libre y responsable, pues es claro que la Justicia constituye el nervio unificador por medio del cual se integra todo un sistema, es el alma de la República, si esta la conserva viva, sino, languidece y muere, diariamente los pueblos del mundo libran innumerables batallas por la persecución de un Estado justo, libre de toda opresión, arbitrio y miseria, lucha que se traduce en la búsqueda de nuevas políticas y sistemas de vida, donde los hombres tengan la confianza necesaria del respeto de su derecho y la seguridad Jurídica de la aplicación de la Justicia.

Un sistema donde hacer Justicia, signifique proceder según la Ley y la razón, prescindiendo de consideraciones personales, amenazas, presiones, gratitud, y cualquier otra circunstancia o motivo que empañe la serenidad del que juzga y la imparcialidad de su fallo.

Atrás quedaron ya los tiempos de la Justicia Individual, es la hora de la Justicia Social, en la cual, la política a aplicarse mire por los intereses de la colectividad, para lo cual es necesario garantizar la imparcialidad de la administración de justicia.

El Juez debe ver claro y tener oídos para las dos partes que intervienen en una relación jurídica, quien resuelva una controversia, sin escuchar a la otra parte, aunque resuelva de forma legal, su fallo no es justo; bien se ha dicho, que el peor daño de un pueblo civilizado, es la duda acerca de la imparcialidad de la Justicia.

Por ello el empeño de los hombres libres de echar por tierra todo sistema que desconoce los principios generales del derecho contra la justicia y su propia existencia, sin la cual, los Estados no son sino hacedores de inequidad, perdiendo su razón de ser; esta lucha mundial, se fundamenta, desde el evangelio que enseña la virtud de la Justicia, anotando “Bien aventurados los que padecen la persecución y la injusticia porque de ellos es el reino de los cielos”<sup>1</sup> y hombres que han sacrificado su propia existencia para llevar a sus pueblos a sistemas más elevados de vida.

---

<sup>1</sup> San Mateo, Versículo 10.

## **CAPITULO II**

### **EL DERECHO**

#### **2.1 – ORIGEN.**

Al tratar del origen del Derecho, forzosamente, debemos conocer sobre las dos grandes corrientes universales que lo fundamentan; el idealismo y el materialismo.

Las concepciones idealistas en el campo del Derecho, se refieren a normas absolutas, abstractas y universales, válidas para todos los hombres en los diferentes tiempos y lugares.

Las concepciones teológicas consideran, por ejemplo, que: “Dios, la idea absoluta, el espíritu universal, es el que dicta e impone las normas a la Sociedad”. El Derecho por lo tanto, de acuerdo a éstas doctrinas, tiene una esencia eterna, metafísica, confundiendo de este modo, a la Justicia con la equidad absoluta.

En todo caso, en la practica judicial, ningún Derecho, por más justo que sea, representa la Justicia completa, sino una Justicia relativa, pues en las distintas sociedades los grupos de poder protegen sus intereses y bienes en detrimento del interés colectivo.

Dentro de esta órbita idealista de desarrollo, la teoría del Derecho Natural sostiene la existencia de Principios Jurídicos absolutos de una validez permanente y universal; de una ley natural que fundamenta a la Ley Positiva, un derecho dado por la naturaleza misma, que se refleja en la conciencia individual, la cual, de acuerdo a la Escuela Clásica, deviene de la razón humana intemporal y abstracta, constituida por un ser eterno, intangible y autónomo.

Uno de estos Derechos eternos, universales e indestructibles, emanados de la naturaleza humana, de acuerdo a esta teoría, es la propiedad; por ello es que con el triunfo de la Revolución Francesa inspirada en la teoría del Derecho Liberal, triunfa

también el derecho de propiedad que de manos de los reyes de origen teocrático, pasa a manos de la burguesía, que se constituye a su arbitrio, en un arquetipo universal y eterno de titular de la propiedad, adquiriendo sus derechos, producto de su naturaleza y razón, categoría abstracta intemporal y eterna.

Igualmente, incido en el campo del idealismo, tenemos a la llamada Escuela Histórica, que nos habla del Derecho como “la obra del espíritu popular invisible”, como producto de la nación o de los “idealidades ético-sociales”.

En conclusión, puede decirse que las teorías idealistas consideran al Derecho como un valor en sí mismo, al margen de los condicionamientos humanos, cuyos principios jurídicos se encuentran colocados por encima del tiempo y del espacio, se trata de teorías abstractas que se desprenden, ya de la creencia en un ente superior que norma la conducta moral y jurídica de los hombres, o se refieren a una naturaleza humana ideal, que por su naturaleza es ajena a las condiciones materiales en las que el hombre vive y actúa.

El criterio de Justicia, de manera que la evolución del Derecho, para los idealista, coincide con el anhelo de aproximar las normas que rigen y se impone a los hombres como guía de su acción.

En oposición a las teorías idealistas, la concepción materialista del Derecho, considera que el bien social se fundamenta en la economía política. Las relaciones jurídicas, así como las formas de Estado, no pueden explicarse por sí mismas, se afirma que, ni por la llamada evolución general del espíritu humano, la anatomía de la sociedad está formada por el conjunto de relaciones que corresponden a un grado determinado de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales y que constituyen la estructura económica de la sociedad, la base práctica sobre la que se elevan los institutos jurídicos y políticos.

Estas relaciones entre los hombres, dentro del proceso de la producción, están determinados por la posición que ocupan en el proceso productivo, así, unos son

dueños de los medios de producción, por lo que pueden poner sus propias reglas a los demás.

Son estas relaciones de producción, de distribución y cambio, las que se expresan jurídicamente en el Derecho, especialmente en el Derecho de Propiedad. En otros términos, el derecho privado positivo, no es otra cosa que la expresión legal de las relaciones de producción y cambio, que rigen dentro de un sistema social, en tanto que del derecho público constituye el andamiaje jurídico del Estado, que legaliza la existencia de tal o cual sistema.

En consecuencia, para las concepciones materialistas el Derecho surge de la sociedad, vive y se transforma en ella, en concordancia con el desarrollo de interés de las distintas fuerzas productivas que dominan en la historia, no es pues de ningún modo, una idea absoluta, definitivamente hecha, ajena al vivir humano.

## **2.2.- CONCEPTO.**

Etimológicamente “derecho” deriva de la voz latina “directum”, que implica la idea de algo recto, ajustado a una norma o a la idea de la norma misma, consistiendo el Derecho, de acuerdo a tal definición, en lo justo y recto.

De modo general, se puede afirmar que el Derecho, es un conjunto de normas que rigen el obrar libre del hombre, como ser social e igual; los romanos las designaban con la palabra *Ius* que equivale a la ciencia de lo justo y de lo injusto, es la ciencia de las leyes, es decir, lo que trata del conjunto de relaciones jurídicas que unen a los hombres entre sí y que tienen por fundamento la Justicia Individual o social. En opinión de algunos autores, el Derecho constituye el conjunto de reglas de conducta de obligatorio cumplimiento, y cuya observancia puede ser impuesta por la autoridad legítima en forma coactiva, estribando aquí su diferencia con otras normas de conducta social como la moral, las normas de urbanidad, etc; las mismas que no se encuentran revestidas del carácter obligatorio del Derecho.

Ihering define al Derecho, como el “conjunto de normas según las cuales se ejerce en un Estado la coacción”.

De acuerdo al criterio individualista de Kant, el Derecho es “el complejo de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el criterio de todos los demás, según una ley universal de libertad;”

El criterio sociológico de Duguit, señala que el Derecho “es la regla de conducta impuesta a los individuos que viven en sociedad, regla cuyo respeto se considera en un momento dado por una sociedad, como la garantía del interés común que ocasiona una reacción colectiva contra el autor de alguna violación”.

Autores eclécticos como Castán, definen al Derecho como el sistema de normas fundadas en principios éticos y susceptibles de sanción coercitiva, que regulan la organización de la sociedad y las relaciones de los individuos y agrupaciones que viven dentro de ella, para asegurar en la misma, la consecución armónica de los fines individuales y colectivos.

El derecho señala por medio de sus normas imperativas un orden de posibilidades para la acción de los individuos, dentro del cual éstos no pueden ser obstaculizados por los demás.

Lo anotado, naturalmente supone, para los individuos, la obligación de abstenerse de disponer de los límites de su esfera de acción, pues de lo contrario, chocan con el legítimo impedimento de los demás, por ello, Del Vecchio ha definido al Derecho como un instrumento para “la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determine, excluyendo todo impedimento”.

El Derecho, de acuerdo al criterio de Fraga Iribarne, es un instrumento de control social a través del cual, en toda sociedad existe un orden de control de las actividades de los individuos y de los grupos; un orden de control social, es decir,



una serie de procesos sociales que hacen al individuo responsable con relación a la sociedad, construyen y mantienen la organización social, forman la personalidad humana, socializando al individuo y permiten alcanzar un orden social mejor.

El Derecho no es pues una tentativa de orden dentro del proceso de vida social, nos indica, de acuerdo al sentir de Merrien, lo que va a hacerse y por quien en el campo de la conducta social; la tarea específica del Derecho es la de organizar a la sociedad de modo más racional, eliminando en lo posible los motivos de fricción entre los ciudadanos, tocándole establecer relaciones justas entre los individuos; realizar la Justicia en la sociedad, por lo cual se lo ha llamado también al Derecho, la ciencia de los justos.

### **2.3.- EVOLUCIÓN.**

En épocas primitivas, el Derecho y la religión, no estaban diferenciados, como por ejemplo, sucedía en el Talmud y el Corán.

Los Diez Mandamientos son, en gran parte, proposiciones jurídicas; la vida de los pueblos, en sus inicios, se desenvuelve en formas religiosas, como el indio que ofrece rasgos de elevada moralidad.

Desde el punto de vista de la Cultura, se puede, por tanto hablar de un “primer Derecho”; el Derecho de la cultura primitiva. Con su progreso y su consiguiente diferenciación, la religión se hace mas íntima y el Derecho se seculariza. Entonces, en este “segundo Derecho”, la idea de fin pasa al primer plano en fomento del bien común.

Ideológicamente, del Derecho primitivo de orden colectivista y teocrático, ejercido en nombre de Dios, con el transcurso del tiempo y la organización política de las sociedades, pasa a ser exclusivo del Estado, que es el titular del mismo.

Así, se separa de la idea de la religión, formando parte del orden público, con preferencia a los valores individuales del hombre de acuerdo a la teoría liberal, para dar paso a la doctrina incontenible de la cuestión social, que marca el ritmo de las actuales colectividades.

Son fuentes creadoras del Derecho, a saber: la Ley, la Costumbre, la Jurisprudencia, la Doctrina, fuentes históricos- jurídicas,

Son directas los códigos y más textos legales que de modo concreto e inmediato permiten conocer las ideas, normas, instituciones, ordenamientos o sistemas vigentes en una época; e indirectas: los documentos de aplicación del derecho, la literatura jurídica, o sea, las obras redactadas con fines teóricos o prácticas por los tratadistas, las reducciones con fines teóricos o prácticos por los tratadistas, las reducciones privadas de derecho consuetudinario, además de documentos de diversa especie que aportan notas de Derecho; y fuentes gráficas escritas o pictóricas.

#### **2.4.- DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO.**

Constituye el Derecho objetivo, la norma, la Ley, el conjunto de proposiciones jurídicas, tanto del Derecho escrito como del consuetudinario; de él derivan para los miembros de la comunidad jurídica derechos subjetivos y pretensiones especiales, lo mismo contra los demás asociados que contra el Estado, cuyo resultado es una relación jurídica entre ellos. Se entiende aquí por norma al derecho objetivo, algo muy amplio y genérico: toda regla de la actividad libre del hombre, del “deber ser”, es decir, límites de la libertad aplicados en criterio jurídico.

El Derecho en el sujeto, como facultad de este, es el Derecho subjetivo, definido como: facultad moral inviolable, de hacer o no hacer o de exigir algo a otros. Llámasele inviolable, porque aunque la fuerza puede ofender a mi derecho o no respetarlo, el Derecho permanece inmutable.

El Derecho subjetivo, no es la imposición del más fuerte, ni el interés preferente tutelado por la autoridad, sino la norma de Justicia que se origina de la propia naturaleza humana y que debe respetarse, aunque eventualmente no tenga el respaldo de la fuerza.

El Derecho subjetivo se refiere a la facultad que las personas tienen para realizar determinados actos o para exigir que otras personas, inclusive el Estado, no les impiden realizar lo que la Ley permite y faculta, así, en tanto que el Derecho en sentido objetivo, representa la norma en sí misma que una conducta moral o jurídica requieren, el Derecho en sentido subjetivo está representado por todo aquello que el individuo puede hacer o exigir que otros hagan, de acuerdo con la Moral y el Derecho.

El Derecho objetivo hace referencia al Derecho positivo o sea, el conjunto de normas legales reguladoras de las relaciones privadas de los individuos, y las públicas entre estos y el Estado; y el Derecho subjetivo alude, al que activa o positivamente corresponde a cada persona para realizar unos actos determinados o para cumplir aquellos otros a que por Ley esta obligado.

El derecho objetivo, es la norma agendi o norma para actuar y el Derecho Subjetivo, es la facultad agendi o facular de actuar, es decir, la autorización concedida por la norma a las personas para exigir de los demás una determinada conducta.

Arcázate y Rosell han dicho, que siendo el Derecho una tendencia que busca coordinar aspiraciones fundamentales, es lógico que contenga el instrumento armonizador, que es la norma o Derecho objetivo y las aspiraciones que son el Derecho subjetivo. Conviene señalar, que la división del Derecho en objetivo y subjetivo, es discutida por algunos autores, quienes llegan a negar la existencia de un Derecho subjetivo, mientras otros, no solo lo reconocen, sino que afirman, posiblemente con acierto, que este es anterior al Derecho objetivo.

Ha sido tema de discusión determinar si el Derecho natural puede o no ser considerando como un verdadero Derecho, lo negó Recaséns Siches cuando afirma que llamar Derecho al Derecho natural, es decir, a unas normas puramente ideales o racionales, dotadas de intrínseca y necesaria validez, equivale a usar la palabra Derecho en sentido figurado o traslaticio, pues sin desconocer el valor de aquellas, no tienen otro alcance que el de inspirar y dirigir la elaboración del Derecho, bajo cuya luz podemos enjuiciar críticamente la realidad de un determinado momento histórico en el Derecho, el Derecho natural, pues no es Derecho objetivo de acuerdo a este criterio, ya que carece de coacción, sin la cual el Derecho es letra muerta, por lo tanto, el Derecho subjetivo es válido únicamente respecto a las normas positivas del Derecho y no a las normas ideales del Derecho natural.

## **2.5.- FIN DEL DERECHO.**

El derecho tiene como finalidad hacer posible el cumplimiento de los fines humanos, bien se considere que los individuales deben prevalecer sobre los colectivos, o bien se entienda lo contrario.

Ihering manifiesta que, constituyendo el fin de los actos del ser animado la realización de sus condiciones de existencia, el Derecho representa la forma de la garantía de las condiciones de vida de la sociedad; específicamente el Derecho tiene como función dirimir conforme a normas establecidas y de obligatorio cumplimiento, los conflictos que se suscitan entre personas físicas o jurídicas, particulares o públicas, dentro de una sociedad organizada y como medio de impedir la resolución de las contiendas mediante el empleo de la violencia, con la que el más fuerte se impondría a los más débiles, manteniendo a la colectividad en un régimen de barbarie, incompatible con la civilización y el progreso.

La vigencia del Derecho está orientada hacia la realización del bien común, hacia la justicia, que es aspiración de todo pueblo, el Derecho es la estructura que lleva a concreción las aspiraciones y tendencias de un pueblo, estructura que es coronada

por la Justicia, sin la cual el edificio jurídico social, sería incompleto. Mediante el Derecho, el Estado busca imponer el orden social, e implantar la seguridad jurídica.

El Derecho es una limitación de los deseos del hombre, en tanto su satisfacción, no impida las satisfacciones del deseo y necesidad de los otros.

El Derecho en todos los tiempos ha sido un conjunto de sanciones, garantías o castigos para impedir la violación de sus normas y reparar las infracciones a las mismas, lo que está garantizado por la coacción, sin la cual sería imposible su vigencia.

La protección de los valores fundamentales para el desarrollo de la vida de las distintas sociedades, es otra de las finalidades del Derecho, circunstancia ésta que ha determinado que se convierta en un instrumento al manejo de los intereses de los grupos de dominio que han encontrado en ésta estructura social, la forma de legalizar su arbitrario y tiranía, en desmedro del Derecho de los más, en muchos casos. Estos valores han variado en las sociedades, así, en el Derecho primitivo el Derecho tiene un carácter ritual, religioso, se pone por encima del Derecho humano, un Derecho Divino.

Con la Revolución Francesa, triunfa el principio económico, la propiedad individual pasa a ser el bien o valor tutelado por este Derecho, que la considera sagrada, para finalmente, con la revolución socialista de octubre relieves los contenidos sociales de igualdad en el hacer de todos los ciudadanos en la construcción social, sin diferencia de clases.

## **2.6.- DERECHO Y SOCIEDAD.**

El derecho es una forma objetivada de la vida humana, está constituido por un conjunto de ideas, de significaciones que son reglas de la conducta humana, esencial a la vida humana y a la sociedad, es sin dudar uno de los frutos más altos de la cultura de todos los tiempos, siendo su carácter más importante, la mutación, y en

efecto el Derecho ha variado a través de los tiempos y pueblos en cuanto a su estructura y contenido, aún cuando ha sido uniforme en cuanto a la identidad de funciones de la vida humana, junto con el arte, la filosofía, la técnica, etc.

Podemos afirmar que el Derecho está constituido por un conjunto de significaciones de estructura finalista, dirigida a la protección de ciertos valores y que constituyen normas de contenido histórico, pues son la interpretación humana en determinado momento, de las exigencias de ciertos valores condicionados a ciertas circunstancias.

El Derecho es la esencia social o colectiva, por lo tanto, cabe en él a más de un estudio filosófico jurídico, un estudio sociológico, siendo un producto humano normativo social el Derecho.

Desde inicios del siglo XX se afirma que a cada estructura económica de los medios de producción corresponde una organización social, en la cual, las ideas de moral, Derecho, Filosofía, cultura, etc., no son más que relaciones sociales determinadas por condicionamientos económicos, la cultura está subordinada o constituida por los actos y obras humanas que aspiran a realizar ideas de valor, encarnar la verdad en el conocimiento filosófico y científico del universo.

Las sociedades van día a día, cambiando las normas positivas del Derecho, para ponerlo a tono con el desarrollo cultural y económico, lo mismo que para lograr la realización material y concreta de la Justicia, logrando la supresión de las diferencias, que hacen a unos hombres mejores que otros y por fin, alcanzar la plena vigencia de un estado de Derecho, donde la seguridad jurídica ciudadana sea la base fundamental para el desenvolvimiento sin interrupción de sus actividades y su desarrollo pleno de sus capacidades.

## **CAPITULO III**

### **EL DERECHO PENAL**

#### **3.1.- FUNDAMENTO.**

Antón Onoca, parafraseando a Eugenio Florian, manifiesta que sí las leyes y demás normas jurídicas, fuesen voluntariamente respetadas por todos los ciudadanos, no habría sido necesaria la creación del Derecho Penal, pero el hombre es un eterno violador de los principios legales; y de aquí que, al lado del Derecho declarativo, sea necesario el sancionador.

De este concepto, podemos desprender que el fundamento del Derecho Penal, está en la necesidad ciudadana traslucida en el poder punitivo del Estado, de garantizar el cumplimiento de las normas de Derecho positivo que regula la convivencia social, mediante un sistema legal de orden garantizador, preventivo y sancionador, que tiene por objeto reparar los resultados que derivan de la inobservancia de la Ley, y que atentan contra los bienes jurídicamente protegidos de los individuos y la colectividad.

#### **3.2.- CONCEPTO.**

Entre las muchas definiciones de Derecho penal dadas por los principales criminalistas, que guardan el punto de vista personal de sus pensamientos, cabe anotar las siguientes:

Desde el punto de vista subjetivo, haciendo relación al fundamento del Derecho penal, Berner y Brusa dicen que es “la ciencia que funda y determina el ejercicio del poder punitivo del Estado”. Entre las definiciones de carácter objetivo, podemos citar a Renazzi, Tancrodo, Canónico, Holtzendorff, Watcher, etc., que consideran el Derecho Penal como: “El conjunto de normas que regulan el Derecho Punitivo”.

Entre los pensadores modernos, podemos anotar a Prins, Garraud y Von Liszt que afirman, que el Derecho Penal es “El conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian el crimen como hecho y a la pena como legítima consecuencia”.

Descriptivamente y con carácter metafísico, Silvela que sigue en esencia a Valdéz, manifiesta que el Derecho Penal es: “El conjunto de aquellas condiciones libres para que el Derecho que ha sido perturbado por los actos de una voluntad opuesta a él, sea restablecido y restaurado en todas las esferas y puntos donde la violación llegó”.

Alimena, define al Derecho penal como: “la ciencia que estudia al delito como fenómeno jurídico y el delincuente como sujeto activo; y por lo tanto, las relaciones que derivan del delito como violación del orden jurídico y de la pena como reintegración de ese orden”.

El Argentino Ramos conceptúa al Derecho penal, como: “el conjunto de reglas jurídicas y de doctrinas fundamentales por cuyo medio las sociedades buscan las mejores condiciones posibles para prevenir los delitos y reprimir con medidas coercitivas y regeneradoras los hechos antisociales que se producen en su seno”.

Para Soler, el Derecho Penal es “la parte del Derecho que se refiere al delito y a las consecuencias que éste acarrea, ello es, generalmente la pena”.

Luis Jiménez de Asúa a su vez, manifiesta que el Derecho Penal es el “conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado”, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.

James Goldschmidt, ve al Derecho Penal como: “el complejo de las normas generales e inquebrantables producidas por la cultura de una comunidad, inspirándose en la idea de la Justicia, las cuales para posibilitar la coexistencia de los hombres, les imponen deberes de un hacer u omitir típicamente correlativos con los



Derechos, señalando regularmente contra la violación de los deberes una represión de la comunidad organizada”.

Para Raymundo del Río, el Derecho Penal es la “ciencia que trata del delito, del delincuente y de las medidas que le son aplicables en defensa y satisfacción sociales”.

Para Ortalón, el Derecho Penal constituye represión social, luego “es una concepción de la razón humana, deducida de una relación del hombre en sociedad, en la que la sociedad tiene la facultad de hacer sufrir al hombre cierto mal en relación de la violación del derecho que ha cometido”.

Finalmente, para Ingenieros, el Derecho Penal, esta ciencia es una: “Institución destinada a sistematizar la defensa colectiva contra los individuos inadaptados a la vida en sociedad”.

### **3.3.- NATURALEZA.**

La naturaleza del Derecho Penal, esta definida fundamentalmente por su condición sancionadora, por llevar envuelto en sí, la amenaza de una pena para el evento de una violación a la norma positiva de Derecho, la misma que faculta a los ciudadanos a hacer, no hacer, o poder hacer, es decir, manda, prohíbe o permite.

Desde el punto de vista objetivo, el Derecho Penal consiste en el *Jus puniendi* o poder o facultad que tiene el Estado para determinar qué hechos son delitos y señalar y aplicar las penas correspondiente, es decir, que en esta facultad hay dos períodos, en el primero se fijan el delito y la pena y en el segundo se aplica la ley ya establecida, lo que revela que el poder del Estado no puede ser arbitrario, sino que debe ajustarse a las normas, estar autolimitado por el Derecho objetivo o conjunto de disposiciones que regulan en concreto y en cada Estado la facultad de castigar; es el *jus poenal*.

En el aspecto objetivo, Mezguer, considera al Derecho Penal como: “el conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, constituyendo, el delito el presupuesto y la pena, la consecuencia”. Por lo tanto, el Derecho Penal subjetivo, no es de ningún modo limitado, su limitación se logra, mediante el Derecho Penal objetivo.

### **3.4.- CONTENIDO.**

Hasta antes de Beccaria, el Derecho Penal era sólo lo legislado, más tarde acoge en su seno cuestiones teórico jurídicas; de allí para adelante, podemos afirmar que hay dos cuestiones fundamentales en el Derecho penal, la idea y el hecho, un aspecto inmutable y otro positivo.

Existe un efecto, un Derecho criminal superior o todos los tiempos y a todos los lugares, esto es la Justicia Penal, considerada en su esencia ideal, universal e inmutable y un derecho material objetivo manifestado a los hombres; el uno es universal e idéntico (Derecho Penal absoluto); y el segundo, múltiple, mutable, de vida, limita el Derecho ideal en el tiempo y el espacio.

El Derecho Penal ha sido objeto de estudios de diversa clase, así filosófico, histórico, crítico, comparativo, etc., de los que se desprende que su contenido científico esta integrado entre otras ciencias o disciplinas, por la biopsicología criminal, psicología criminal, medicina legal y psiquiatría, estadística criminal, policía judicial científica, etc. Todas estas, disciplinas encargadas del estudio de la materia penal, es decir, el delito, el delincuente y la pena.

### **3.5.- CARACTERISTICAS.**

De modo general , el Derecho Penal, es un Derecho normativo, valorativo y finalista; específicamente, es un derecho preventivo, represivo o sancionador, readaptador, público, garantizador, reeducador.

Normativo: El Derecho penal es normativo, porque está integrado por un conjunto de normas que tienen por objetivo, describir la conducta criminosa de una persona, por eso se dice que el Derecho penal es hipotético, ya que es el enunciado de una hipótesis que bien puede no acontecer.

De este principio se sirvió Beling para asegurar que una es la norma y otra es la Ley; la Ley penal es suigéneris, es exclusivamente descriptiva, describe los hechos en forma hipotética, y el hecho delictuoso existe, este debe acontecer, cumpliendo todos los requisitos que la Ley señala.

Valorativo: La conducta es susceptible de apreciación cualitativa y cuantitativa, de valoración y medida material, por ello se habla de conductas graves, leves, etc. El criterio valorativo, en todo caso, se basa en el hecho de que es factible medir la conducta humana.

Finalista: Cabe afirmar, que todo Derecho procura un fin, y por ellos se especifican. Los fines del Derecho Penal son proteger los Derechos de las personas en base de leyes sancionadoras y garantizar el cumplimiento de todo el orden jurídico del Estado, basado en los intereses de la sociedad.

Preventivo: Trata de prevenir que no acontezca el hecho delictuoso.

Represivo o sancionador: Cuando el delito se ha consumado, para restituir el daño por él ocasionado, tiene que sancionar a quien lo cometió, como sanción por violar la norma positiva y como ejemplo ante los demás.

Readaptador: El delincuente en muchos casos, es un desadaptado social, y el Derecho Penal, tiende a su regeneración.

Público: Sólo al Estado le compete la función de crear normas que definan los delitos y que impongan las sanciones, es el titular de la coacción penal;

Garantizador: Protege los bienes jurídicos de la sociedad mediante la sanción que es la pena; y,

Reeducador: El déficit de cultura, educación, moral, etc., del sujeto delincente, procura a través de un sistema adecuado, superar el actual Derecho Penal.

### **3.6.- ELEMENTOS.**

Son elementos básicos que integran el estudio del Derecho penal, el delito, el delincuente y la sanción.

Francisco Carrara, define el delito como un ente antijurídico, resultante de la oposición del hecho del hombre y la Ley.

Filosóficamente, se considera delito a la infracción de un Derecho Individual o colectivo.

Jurídicamente, Anselmo Feuerbach, definió al Delito, como la “acción contradictoria al Derecho, de la cual constituye una violación”.

Ritcher lo concebía como “una lesión de los derechos ajenos, cometidos con voluntad y mala intención”

Franz Von Liszt, decía que el delito es un acto culpable y antijurídico, condenado por una pena.

Van Hammel consideró que el delito es la “conducta humana descrita en la ley, contraria al Derecho, punible e imputable por culpabilidad”.

Beling afirma que delito es la “acción, típica, antijurídica y culpable, sometida a una adecuada sanción penal, que llena las condiciones objetivas de la penalidad”.

Similares criterios tienen los profesores Edmundo Mezguer y Mayer, para encontrar finalmente a Jiménez de Azua quien al definir el delito dice: “ es el acto típicamente antijurídico, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.

El delincuente es el sujeto activo de delito, ser vivo que produce en Derecho Penal situaciones de gran trascendencia jurídica con la violación de la norma positiva de derecho, mas no es un mero sujeto del delito, de la aplicación de la norma penal, que está dada en la relación del delito y la sanción, elementos que en principio eran considerados únicos en el derecho penal; sino un elemento que ha merecido diferentes tipos de consideraciones, por la complejidad de su formación y conductas que determinan una serie de circunstancias delictivas, importantes para la fijación del tipo de delito en que ha incurrido y su responsabilidad.

La sanción o pena, constituyen, el daño o castigo que mediante el pronunciamiento de una autoridad competente, de acuerdo a lo establecido por las leyes, se impone al responsable de una infracción jurídica, la misma que como veremos adelante, ha tenido distintos caracteres en las distintas etapas de la historia.

### **3.7.- EVOLUCIÓN.**

El Derecho Penal, en los pueblos primitivos, tuvo un origen de carácter mágico y religioso, careciendo la conducta del hombre de una dirección consciente de principios de casualidad.

Del tabú se derivan una serie de prohibiciones, quienes desobedecían eran castigados por la divinidad, de cuyo mandato, al correr de los años, se llega a las prohibiciones civiles entre los hombres, que al principio se confunden con las primeras.

La inicial reacción es colectiva contra el trasgresor de la norma que es eminentemente religiosa, el crimen entonces, es el atentado contra la divinidad y la pena el sacrificio a la misma. El tabú violado exige la expiación, a este misterio responden también los objetos inanimados y los animales en afán de purificación.

Cuando las tribus se hallan en convivencia colectiva, surgen tipos de penas primitivas contra los miembros de la propia tribu, y de la otra, en los casos de violación de la paz o atentado contra sus miembros; en el primer caso la pena es la expulsión del grupo y en el segundo se presenta como un combate al extranjero, una venganza de sangre que se ejerce de tribu a tribu en forma colectiva.

Se afirma que un origen de la pena constituye el instinto de conservación, el titular de la sanción es la comunidad, no el individuo afectado, de esta pena surge como contrapartida la venganza, que toma cuerpo en la naturaleza humana y que también primitivamente es colectiva.

En la venganza, no había proporción entre la ofensa y el castigo, ya que la respuesta a la agresión era ilimitada. Esta enemistad entre grupos se llamó para los germanos Faída, lo que condujo muchas veces a la guerra. En ésta época también aparece la “Expulsión De La Paz”: Situación similar al Destierro, donde el autor del delito era expulsado de su grupo y privado de la protección familiar, dejándolo apto para la venganza del ofendido y de sus parientes.

En la Edad Media el Derecho Penal observa una mezcla de elementos diversos: Romanos, Germanos y Canónicos, en los diferentes países; y aún en cada país, prevalecían, ya unos u otros.

En lo que respecta a la venganza, básicamente tenemos dos limitaciones que son:

- La Ley Del Talión: Los antecedentes de aplicación se dieron en el Código de Hamurabi, en las XII Tablas y en la Ley Mosaica. La ley establece la proporción entre el daño sufrido y la pena a aplicar, consecuentemente, la pena debe ser igual al daño sufrido por la víctima, "Ojo Por Ojo, Diente Por Diente" si los delitos no producían daño físico Ej. un robo, la pena consistía en que se le cortara la mano.

La Ley del Talión, constituye una limitación intensiva de la pena.

- La Composición: Consiste en reemplazar la pena por el pago de una cantidad de dinero. En principio fue voluntaria y luego pasó a ser legal (u obligatoria), no pudiendo la víctima recurrir a la venganza.

Es el antecedente de la actual indemnización civil por los daños materiales o morales causados por el delito.

Fue una época de lenta y continua organización social y jurídica; en el campo de las penas, de las primitivas de expulsión, se pasa a las de muerte, mutilación, penas pecuniarias, etc.,

En la época moderna contemporánea, los pueblos han ido unificando paulatinamente su legislación Penal de conformidad con los principios científicos dominantes, el Derecho Penal pertenece al Derecho Público. Con la revolución Francesa, toma un carácter humanista para finalmente, en la hora actual, dar paso a la doctrina de la defensa social, con la marcada tendencia de la individualización de la pena y búsqueda de la rehabilitación del reo .

Poco a poco van introduciéndose en las legislaciones la sentencia y las condenas indeterminadas; la liberación condicional; las medidas de seguridad; el tratamiento especial de los anormales, ebrios, toxicómanos, vagabundos, reincidentes y menores.

Se regula el estado peligroso, la organización penitenciaria y de seguridad, con asilos de criminales alienados, mendigos, toxicómanos, niños; centros de detención, de corrección y trabajo; prisiones- escuelas, sanatorios, talleres y colonias agrícolas, instituciones de Antropología Criminal; con elementos modernos para estudios de Medicina Legal, Psicología Experimental, Antropología, Estadística, etc.

En lo que respecta a la evolución histórica de las formas de pensar, debemos anotar que el Derecho surge en el momento en que la sociedad nace *Ubi societas ubi jus*, en tanto que el Derecho Penal lo hace desde que se hace necesaria la defensa del orden jurídico social. Algunos intereses humanos elevados a la categoría de bienes

jurídicos que fueron infringidos, crearon el derecho punitivo, cuando por su calidad de vitales exigieron una defensa y una protección estrictamente penales, el hecho del castigo, es un hecho tan antiguo y universal, que resulta innegable, y su razón no es ni puede ser otra que la necesidad de proteger el derecho y el orden social.

Unas veces, bastará la sanción de tipo privado para restaurar al Derecho infringido, otras en cambio, la violación lesiona intereses sociales y lógicamente la sanción debe ser de tipo social, las sanciones en el primer caso, caen dentro del Derecho Privado, y en el segundo en el área del Derecho Penal.

Cinco formas de sanción penal principales a través de la historia, merecen citarse, a saber:

#### 3.7.1.- LA VENGANZA DE LA SANGRE.

Aunque no son los jueces, sino la familia, los allegados de la víctima los que reprimen el delito, lo hacen en representación de la sociedad, por lo tanto, hay que considerar la venganza de sangre como una fase de la Justicia Penal. Ciertamente es que la reacción violenta y excesiva, resta en gran parte a esta forma de aplicar la pena, el carácter ético jurídico; más, tales características se dan confusamente, y a veces tan desfiguradas que solo un análisis minucioso puede dar con ellas, lo evidente es que la sociedad veía que era necesario defenderse, y lo hacía en forma jurídica y moral rudimentaria, en consecuencia con el grado de civilización que vivía.

En los tiempos más remotos, la pena surgió como una venganza del grupo, reflejando el instinto de conservación del mismo. La expulsión del delincuente, fue en primer lugar, considerado el castigo más grave que podría imponerse, ya que de este modo se colocaba al infractor en situación de absoluto abandono y convertido en víctima por su desamparo, de agresiones provenientes de miembros de su propio grupo o de elementos extraños a éste.



Debemos decir que la venganza privada surge por la falta de protección adecuada que hasta después se organiza, cada particular, cada familia y cada grupo se protege y se hace justicia por sí mismo. Según se ve, en éste período la función represiva estaba en manos de los particulares, Este tipo de venganza es conocido como venganza de la sangre, ya que se caracterizó por el homicidio y las lesiones, delitos que por su naturaleza se denominan de sangre.

Esta venganza de la sangre, originaba con frecuencia verdaderas guerras de familias y aún entre tribus, y para evitar los excesos, se admitió el talión, el mismo que se admitió antes y después, en otras fases de la Justicia Penal, puesto que el talión no es más que una medida penal que puede coexistir con fases más o menos modernas; su formula, ojo por ojo, diente por diente, significó indudablemente un gran progreso en épocas en que los excesos de la reacción punitiva traían como consecuencia nuevos y más grandes crímenes que los que trataban de reprimir la sociedad.

En algunas ocasiones los vengadores al ejercitar su reacción, se excedían causando males mucho mayores que los recibidos, hubo necesidad de limitar la venganza, así apareció la formula del talión, para significar que el grupo solo reconocía al ofendido el derecho de causar un mal de igual intensidad al sufrido,

Este sistema talional supone la existencia de un poder moderador y, en consecuencia, envuelve ya un desarrollo considerable, ya que limita los excesos de la venganza, sea personal o del grupo, señalando objetivamente la medida de la reacción punitiva en función del daño causado por el delito.

Se debe destacar que ésta época talional es ubicada, de acuerdo a diversos autores, en una antigüedad de aproximadamente dos mil años antes de la era cristiana; y que fue contemplada dentro del Código de Hammurabí, que a su vez fue un conjunto de preceptos que consagró el principio de la retribución, al sancionar con el daño de la pena otro de semejante gravedad inferido con el delito, extendiéndose en ocasiones la responsabilidad a personas distintas del culpable, pretendiendo una compensación perfecta.

Posteriormente a la época talional, surge el sistema de composiciones, instituto de importancia relevante en algunos pueblos y que vino a sustituir el mal de la pena mediante una compensación económica dada al ofendido o a la víctima del delito, y que constituyó una nueva limitación de la pena por el pago de una cierta cantidad de dinero por lo que tuvo acogida entre aquellos pueblos que conocieron el sistema de intercambio monetario.

La composición, que en un principio era voluntaria, se convirtió posteriormente en obligatoria y legal, evitándose así las inútiles luchas originadas por la venganza privada de un modo más preciso y claro.

Las composiciones fue un sistema según el cual el ofensor podía comprar al ofendido o a su familia el derecho de venganza.

El talión, es por lo tanto un límite, una medida, no una pena. Esa misma finalidad, más acentuada, tuvo la llamada composición, que evitaba la persecución del delito mediante un precio, por eso se la llamaba compra de paz.

### 3.7.2.- LA VENGANZA DIVINA.

La sociedad organizada con un sentido teocrático o sagrado, dicta normas a los ciudadanos, que son más bien preceptos religiosos de origen divino, siendo el objetivo de la pena impuesta, aplacar la ira de la divinidad ocasionada por el delito, y hacer expiar al delincuente su culpa. En este período se da una evolución en la civilización de los pueblos. Los conceptos Derecho y religión se funden en uno sólo y así, el delito más que ofensa a la persona o al grupo, lo es a la divinidad. Los jueces aplican la pena en nombre de la divinidad para defensa también de la sociedad, que habría de sufrir los rigores de la venganza divina en caso de no obligar al culpable a expiar el crimen cometido.

La justicia represiva es manejada generalmente por la clase sacerdotal. Aparece en muchísimos pueblos, pero se perfila de manera clara en el hebreo.

Debemos situar dentro de este período de evolución del Derecho Penal al Pentateuco, que era un conjunto de cinco libros que integraban la primera parte del Antiguo Testamento en los que se contienen las normas del Derecho del pueblo de Israel. El derecho de castigar proviene de la divinidad y el delito constituye una ofensa a ésta, la pena en consecuencia, esta encaminada a compensar el ultraje a la divinidad, al aplicar su ira, identificándose para el delincuente con el medio de expiar su culpa.

Otra forma de apreciación sobre la venganza divina la podemos encontrar en los libros sagrados de Egipto, que son igualmente prueba de la fusión entre los conceptos de delito y represión como los de ofensa a la divinidad y expiación religiosa. Ambos Derechos: el egipcio y el Judío, están llenos de espíritu religioso; ya que se observa la delegación de uno de los sacerdotes en orden al derecho de castigar.

### 3.7.3.- LA PENA PÚBLICA.

La Sociedad políticamente organizada y con poder suficiente, se propone mantener el orden jurídico con sus propios medios, al principio, en forma tan cruel, con penas tan duras que resultan casos totalmente oscurecidos; el carácter ético-jurídico de la pena y su justificación se los encuentra en el análisis histórico y en el estudio de la civilización y la cultura, como en la sensibilidad de la época, donde la barbarie y el bandidaje, restaban toda seguridad a la vida y todos los valores humanos; aquí, la pena de muerte tenía preponderancia sobre las demás penas.

En esta etapa se transforman los conceptos de pena y función represiva, dándoles un carácter eminentemente público, es decir, esta etapa se caracteriza por la aspiración de mantener la tranquilidad pública.

De un modo más preciso, a medida que los Estados adquieren mayor solidez, se da la distinción entre delitos privados y públicos, según el hecho lesione de manera directa los intereses de los particulares o el orden público. Este es el ciclo en que aparecen las leyes más severas, en que se castigan con más dureza no sólo los crímenes más graves, sino incluso hechos hoy indiferentes.

Reinaba la injusticia, ya que mientras los nobles o poderosos eran objeto de una protección penal más eficaz, a los plebeyos y siervos se reservaban los castigos más duros y su protección en muchos casos era una pantomima de la justicia, todo esto ocasionado por la facultad que tenían los jueces y tribunales de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no previstos como delitos, y de estos poderes abusaron con exceso, pues no los pusieron al servicio de la justicia, sino de la autoridad tirana.

En este período nada se respetaba, pues incluso se desenterraban los cadáveres para procesarlos.

No obstante que el espíritu de la injusticia y el barbarismo inspiró al derecho Penal Europeo hasta el siglo XVIII, esta peculiaridad también impero en Oriente y América, para conseguir sometimiento al soberano o a los grupos políticamente fuertes a través del terror y la intimidación.

Raúl Carranca y Trujillo señala que en éste período la humanidad aguzó su ingenio para inventar suplicios; para vengarse con refinado encarnizamiento la tortura era una cuestión preparatoria durante la instrucción y una cuestión previa antes de la ejecución, a fin de obtener revelaciones o confesiones.

Es en éste período que nacen los calabozos, la jaula de hierro o de madera, la argolla, la oreja, los azotes, la decapitación por hacha, la hoguera, trabajos forzados y otras tantas manifestaciones de crueldad.

Esta fase fue la que representó el nacimiento de las más crueles prácticas a la hora de impartir la justicia, teniendo como ejemplo el surgimiento de la Santa Inquisición, que como veremos más adelante, representó la peor etapa conocida, puesto que los religiosos además de fungir como jueces y tribunales, llevaban a la práctica injusticias en beneficio propio.

Sin embargo de lo mencionada, será más tarde la influencia del Derecho Canónico y de la Iglesia, las que irán suavizando la penalidad, así, un Papa construye la primera

cárcel secular, otras se construyen en poder civil, las garantías procesales son cada vez más precisas. La pena va perdiendo el aspecto de venganza pública y humanizándose continuamente hasta llegar en su trayectoria humanitaria en muchos casos a perder eficacia, lo que hace pensar que no basta de jueces y tribunales imparciales, ni de garantías procesales mejores, se necesita sobre todo penas con un sentido finalista, compatibles con el respeto a la personalidad humana, pero efectivas, sin pecar de benignas.

#### 3.7.4.- EL PERIODO HUMANITARIO.

Después de todas las vicisitudes que se habían presentado en las etapas anteriores, el campo del Derecho Penal finalmente tiene una formula que pone fin a la excesiva crueldad, surgiendo un movimiento humanizador de las penas y, en general, de los sistemas penales.

Esta tendencia humanitaria, tomo forma en la segunda mitad del siglo XVIII, teniendo como su máximo exponente a Cesar Bonnezeana, Marques de Beccaria, sin dejar de lado los trabajos de Montesquiu, D' Alembery, Voltaire, Rousseau y otros.

Cesar Beccaria, con su libro de los Delitos y de las penas (DEI DELEITE E DELLLE PANE) se une a la critica demoledora de los sistemas penales, pugna por la exclusión de suplicios y crueldades innecesarias; se propone la certeza contra las autoridades de las penas, suprimiendo los indultos y las gracias que siempre hacen esperar la impunidad a ciertos delincuentes; se orienta la represión hacia el porvenir, subrayando la utilidad de las penas sin desconocer su necesaria justificación; se preconiza la peligrosidad del delincuente para la determinación de las sanciones aplicables (sanciones ad- hoc) y se urge por una legalidad de los delitos y de las penas, hasta el extremo de censurar la interpretación de la ley, por el peligro de que pudiera servir de pretexto para su modificación.

De todos los capítulos que integran el libro de Beccaria, son más importantes los que hacen referencia al origen de la pena y del derecho de castigar; el de la interpretación de las leyes, que se ocupa de la oscuridad de aquellas; las relativas a la pena de

muerte; la templanza en las penas; la relación entre delito y la pena y las medidas de seguridad.

Comparto el criterio de varios personajes al destacar los siguientes puntos del libro de Cesar Bonnasena:

- a) El derecho a castigar: Basado en el contrato social.
- b) Las penas únicamente pueden ser establecidas por las leyes: Estas han de ser de aplicación general y sólo los jueces pueden declarar su violación.
- c) Las penas deben ser publicas, prontas y necesarias, proporcionales al delito y nunca deben ser atroces.
- d) Los jueces al no ser legisladores carecen de la facultad de interpretar la ley.
- e) El fin de la pena es evitar que el autor cometa nuevos delitos, así como la ejemplaridad respecto a los demás hombres.
- f) La pena de muerte debe ser proscrita por injusta: El contrato social no lo autoriza, dado que el hombre no puede ceder el derecho a ser privado de la vida, de la cual el mismo no puede disponer por no pertenecerle.

#### 3.7.5.- LA ETAPA CIENTÍFICA.

Existen estudiosos que señalan una quinta etapa con respecto a la evolución del Derecho Penal, principalmente por considerar que presenta perfiles y caracteres propios; pero después de un exhaustivo estudio, comparten el principio destacable que dice que desde el momento en que se empieza a sistematizar en los estudios sobre materia penal, puede hablarse del periodo científico.

La etapa científica, inicia con la obra de Beccaria y culmina con la de Francisco Carrara, considerado como el principal exponente de la Escuela Clásica del Derecho Penal.

Existen autores que señalan, como principio del período científico, las doctrinas de los positivistas de fines del siglo XIX, pero se considera que hasta que aparecieron las teorías de iluminados como: Manuel Kant, Sthal, Federico Hegel, Baver y otros, surgieron diversos criterios que fueron dando luminosidad a esta etapa y se clasificaron de la siguiente manera:

- 1) Teorías que ven en la pena la retribución: Sea de origen divino, moral o jurídico.
- 2) Teorías según las cuales la pena tiene un carácter intimidatorio: Por lo tanto su fin es la prevención del delito.
- 3) Teorías que encuentran la función de la pena en la defensa de la sociedad, sea esta directa o indirecta.

Al mismo tiempo que aparece la etapa científica, van surgiendo diversas escuelas con una clara inspiración jurídico filosófico que van dejando precedente, de éstas escuelas debo destacar a la Clásica, a la Positiva, la Tercera escuela y la Escuela Técnico - Jurídica.

### **3.8.- OBJETIVOS.**

El autor clásico P. Jerónimo Montes dice: “la misión del Derecho Penal, es amparar el orden jurídico amenazado con un mal de los que tratan de perturbarle y haciendo sufrir el mal contenido en la amenaza a los transgresores”.

El objetivo inmediato del Derecho Penal, es formular bajo un aspecto puramente ético- jurídico y basándose en la legislación, los delitos y las penas como generalizaciones ideales elevándose hasta las ideas fundamentales y los últimos principios, para formar un sistema cerrado; exponer en la parte general del sistema, el

concepto del crimen y de la penal general; y, en la especial la relación de los crímenes en particular y de las penas legales.

José Ingenieros considera que el objeto del Derecho Penal es asegurar la máxima defensa contra los individuos peligrosos, permitiendo la máxima rehabilitación a los desadaptados de la vida social.

Von Liszt fundador de la escuela Alemana de Política Criminal, entiende que todo derecho existe para el hombre; tiene por objeto la defensa de los intereses de la vida humana. El Derecho es por su naturaleza, la protección de los intereses. A los intereses jurídicamente protegidos, se los llama bienes jurídicos. Y si el Derecho tiene como misión especial el amparo de la vida humana, el Derecho Penal tiene como misión particular la defensa más enérgica de los intereses dignos y necesitados de protección, por medio de la amenaza y ejecución de la pena, considerada como un mal contra el delincuente.

Ahora, bien, es necesario anotar que los intereses jurídicamente protegidos, no han sido los mismos, las sociedades, de acuerdo a los distintos sistemas económicos y políticos de vida, han puesto unos valores sobre otros y a ellos ha protegido, protegiendo también a la clase que los detenta, así, en el capitalismo, un interés jurídicamente protegido es la propiedad privada, tendiendo por tanto los códigos Liberales, en su catálogo de delitos, varios que defienden y protegen tal derecho y como tal a su clase titular de la propiedad de los medios y modos de producción sociales; la burguesía.

Resumiendo, podríamos afirmar que el Derecho Penal es un Derecho esencialmente protector del sistema de la sociedad, a través de la sanción.

### **3.9.- DERECHO PENAL LIBERAL.**

El Derecho Penal Liberal, es de esencia individualista, inspirado en los principios filosóficos que dieron luz a la revolución liberal, convirtiéndose en un instrumento de defensa de sus conquistas.



El Código Francés de 1791, recoge los principios fundamentales de la revolución francesa: libertad, igualdad y confraternidad, el primero de ellos, consagrado en el aforismo jurídico de protección *nullum crime, nulla poena sine lege*; el principio de igualdad se traduce en el derecho punitivo por la entidad objetiva, figura del delito que hoy llamamos tipo legal, no se admitían diferencias subjetivas en cada delito concreto, se quería tratar por igual a todos los elementos, inclusive a los desiguales, lo que constituía un error que dio margen a que se introduzcan las figuras de las circunstancias atenuantes.

Para el Derecho Penal Liberal, la norma penal, no sólo garantiza la igualdad, ya que ante el delito no hay privilegios personales, sino que refuerza la libertad humana con la máxima de que no hay delito sin tipicidad.

La fraternidad tiene eco en la dulcificación y benignidad de las penas, se quiere suprimir el tormento y los suplicios atroces tales como: la rueda, el descuartizamiento, la hoguera, la guillotina, etc. Penas éstas, que fueron instrumentos para ajusticiar a todo ser humano, sin distinción a ningún privilegio.

El Derecho Penal Liberal, ha tenido influencia en todos los códigos clásicos, considera al delito como mera ejecución de un acto punible y la pena como un mal, estableciendo por lo tanto una serie de garantías para que sean reprimidos únicamente los actos que se estimen delitos y para que no se castigue arbitrariamente a quién ha infringido la ley. Más, es necesario anotar que en la práctica, el Derecho Penal Liberal, vigente en los países de corte capitalista liberal, es un instrumento de la burguesía para someter al resto de los pueblos a su dominio y pues, pese las declaraciones de igualdad, libertad y confraternidad, la evidente diferencia entre unos ciudadanos y otros, entre una clase social y otra, hace que al Derecho se lo aplique de conformidad con el lugar que ocupan los ciudadanos en el proceso de producción; las leyes y su aplicación están en manos de la clase dominante, que cierne un cerco sólido en todo lo que representa defensa de los intereses de clase; así

los valores jurídicamente protegidos por el derecho liberal en su fase penal, tienen mucho que ver con la defensa de la propiedad privada, la familia y el Estado Liberal.

### **3.10.- DERECHO PENAL FASCISTA.**

El Derecho Penal Fascista, comprende a Italia y Alemania.

En Italia: Tenemos el Código Penal Fascista de 1930, octubre 19, Real Decreto que rige desde el primero de julio de 1931, tuvo antes de su edición una serie de modificaciones de hecho y fuera de ley, de orden legislativo penal, dada en brutales procedimientos fascistas ejercidos fuera la ley. Así, en 1926, se dictan disposiciones severas en contra de los enemigos políticos; la ley de desnacionalización; la ley de defensa del Estado y la que restablece la pena de muerte al servicio del fascismo italiano y de Mussolini, todas estas son medidas de orden político que traen aparejadas cambios de orden penal.

El código penal italiano, contempla tres libros, de los delitos en general el primero; de los delitos en particular el segundo y de las contravenciones el tercero; su característica fundamental es la más enérgica tutela de cuantos intereses se conectan con el Estado y la dictadura fascista de tipo estatal, se multiplican las formas de delitos contra el Estado, los mismos que tienen primera importancia en la escala de delitos, castigándose su infracción con las penas de muerte y penas privativas de la libertad.

El Derecho Penal, se resume a la conservación y defensa del Estado, nace con el Estado mismo, análogo, pero sustancialmente diverso del derecho de defensa del individuo y encaminado a fin de asegurar y patentizar las condiciones fundamentales e indispensables de la vida común.

Italia mantuvo en cierto grado los principios liberales, su régimen consagró un Estado totalitario, una tiranía pretendidamente nacional, donde la nación, es la base del orden legal. El Derecho Penal Italiano, liga al Juez a la Ley. El principio *nullum*

*crimen nulla poena sine lege*, se mantiene, limitándose su aplicación a las concepciones políticas del fascismo; en cierto sentido diríamos que la libertad subsiste aunque todo aquel que no pensaba conforme al partido totalitario único, era delincuente y debía ser eliminado; la fraternidad no tiene cabida en el Derecho Penal Italiano.

Los delitos contra la vida y la integridad corporal, son definidos como el interés del Estado en orden a la seguridad de las personas, el delito es un atentado a la idea nacional, el Derecho Penal Italiano fue un importante instrumento de gobierno del fascismo, acentuando su carácter despótico y totalitario, en la constitución del “eje” con Alemania, el mismo que una vez tomado por los fascistas, fue reformando con rudeza totalitaria, creando una serie de leyes penales al servicio del régimen, con el objetivo de crear un código punitivo propio. El Derecho Penal nacional socialista, según el cual, la ley escrita deja de ser la única fuente del derecho, abandona el principio *nullum crimen nulla poene sine lege*, imperando en su lugar la analogía, desaparecen los criterios de autor y coautor, así como el de tentativa y consumación, se castiga toda actividad preparatoria de un acto punible.

Respecto a las penas, se sostiene que el nacionalismo debe mantener sin discusión alguna la de muerte en la forma de la decapitación, como la más digna entre otras; ya que la de la horca, se reserva para los autores de delitos contra la seguridad pública, como indignidad, en atención al móvil que los guió, no se fija límite alguno para la pena pecuniaria, pues en atención a la calidad de las personas, el Juez no debe tener ninguna reserva y aplicar la máxima sanción, tendiendo a la ejemplaridad.

Se introducen como penas propias los castigos corporales y los días de ayuno, los primeros recomendados en los delitos contra la moral, malos tratos, etc; y los segundos, serán forma agravada de la privación de la libertad, como penas complementarias, se enuncia la prescripción aplicable a las penas de privación de la libertad no menores de tres meses, siempre que no represente peligro para el país y la seguridad pública; la prescripción lleva consigo la pérdida de los derechos de ciudadanía y se aplica preferentemente al extranjero o hijo de extranjero.

El nazismo declara que el Derecho Penal no es una garantía de los derechos particulares, sino un aparato de autopolicía del cuerpo social, tiene un fin expiacionista, afirmándose que la culpabilidad y la expiación están ligadas y se condicionan recíprocamente. La exigencia de la expiación, vive en el Estado nacionalsocialista esencialmente punible; no se acepta el principio de la retroactividad y se afirma que la extra actividad, ha de resolverse en leyes especiales, caso por caso.

El Derecho Penal Fascista por otro lado, es de orden subjetivo, voluntarista, en él, se pena la voluntad del agente, no el resultado ni el acto, se acepta la posibilidad de admitir el suicidio en los casos cuya decisión corresponda al poder político; se acentúan las diferencias entre prisión y reclusión por los agravantes impuestos por el juez, tales como el aislamiento completo, reclusión en tinieblas, grilletes, etc.; el mal de las penas cortas, se remedia haciéndolas más severas.

En Alemania Nazi: No se llegó a formular un Código Penal Nazi, se legisló en base a varias leyes y ordenanzas dispersas y otras reformas que integraron el “nuevo orden fascista”, a través de ellas, se coloca junto a la Ley, a la analogía y el sano sentimiento del pueblo, como elemento de sanción; se manifiesta, que si ninguna ley penal puede aplicarse directamente al hecho, este será castigado conforme a la Ley, cuyo concepto básico corresponde al Juez.

Entre las leyes nazis dictadas, podemos mencionar entre otras, a la ley de prevención de descendencia y ley esterilizadora; ley sobre la defensa de la salud hereditaria del pueblo alemán; normas del matrimonio eugénico, etc., medidas que debían garantizar el desarrollo espiritual y moral del pueblo y que éste lo exigía, se estableció el arresto de la juventud en base de un Derecho Penal de menores cuyo objeto era eliminar a la delincuencia precoz.

El Estado fascista alemán, pretendió constituir un nuevo estilo de vida, fundado en las más hondas tradiciones germánicas, convocación imperialista; el poder político,

se dice, tiene su fuente en la comunidad del pueblo, concebida esta en un sentido étnico, correspondiendo a la raza superior (la aria), la dirección del mundo, la dictadura fascista alemana es de la comunidad racial del pueblo alemán para su dominio sobre el orbe, que requiere de un Führer (conducción), y un Führer (conductor), el fascismo alemán, se esforzó por crear un derecho conforme a las tradiciones populares, las leyes penales en él constituyen sólo una referencia, la equidad es la medida fundamental del enjuiciamiento; el delito en conjunto, y la crueldad de las penas, fueron su distintivo, la propaganda nacional socialista de orden político, se plasmó en el campo penal a través de numerosas normas de la unidad de sangre.

El derecho penal se transforma en uno de los medios de lucha por la elevación ética del pueblo, la Biología Criminal es para los Nazis la doctrina de la relación entre la decadencia racial y las manifestaciones delictivas, la pena constituye un instrumento selectivo y eliminador.

El Derecho fascista, se asevera, reposa en el corazón, en la conciencia del pueblo alemán, no se halla en leyes abstractas, de allí que el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, no tiene lugar, el Derecho Penal fascista, debe mirar primero lo que el delincuente representa, de ahí, la admisión de las medidas de seguridad extremas en todo caso, por ejemplo, la castración de los delincuentes sexuales calificados de incorregibles, etc.; el pensamiento del pueblo alemán se dice, orienta toda concepción jurídica, es fuente del Derecho Penal, y la esencia del pueblo descansa sobre tres presupuestos fundamentales, que son: territorio, comunidad de sangre y armonía anímica creada, sumados a una lengua común.

Otro fundamento del Derecho Penal Fascista, es el deber de fidelidad del pueblo, del individuo a la colectividad, como tal, el delito es la violación de este deber, el profundo sentido de la pena es la expiación de la voluntad de quien ha delinquido, con el objeto de vigorizar el orden jurídico, se castiga la intención, sin tomar en cuenta ninguna exteriorización, se presume toda culpabilidad, el hecho y el agente

constituyen una unidad inseparable en la que hay que realizar una evaluación entre la personalidad del agente y la adecuación al hecho consumado.

Siendo el sano sentimiento del pueblo y la analogía fuentes del Derecho (y el Derecho fascista mismo), el juez se convierte en un creador del Derecho, su poder es omnipotente, ilimitado, con un profundo sentimiento racista.

La seguridad jurídica, que de acuerdo al criterio de Labond, constituye “la característica del Estado de Derecho por la cual, el Estado no puede requerir ninguna acción ni imponer ninguna omisión, no puede mandar ni prohibir a su súbditos, más que en virtud de un precepto legal” no tiene ningún asidero en el Estado fascista; Tribunales Especiales para administrar la justicia nazi se establecieron en Alemania y en el exterior, en ellos, el caso de un ciudadano podía ser arbitrariamente “oído” de tal manera, que pudiera resultar culpable. En los países ocupados, estos Tribunales podían ser en principio civiles o militares.

El ciudadano de un territorio ocupado, estaba justamente aterrorizado, tanto por no saber que clase de tribunal lo iba a juzgar, como por la clase de cargos que las autoridades podían acusarle. Multas, confiscaciones de la propiedad, encarcelamiento, o quizás, todas las cosas a la vez, podían de improviso recaer sobre él, impuestos por miembros de la SS. Tribunales arbitrarios, auxiliados en unos casos y administrados en otros, por la política alemana, que de acuerdo a una ley del Estado prusiano de febrero de 1936, dictada por Hitler, se definieron las funciones de la GESTAPO, que tenía “La obligación de investigar y suprimir todas las tendencias contra el Estado por toda Prusia, reunir y evaluar los resultados de cualquier intranquilidad. Ni las instituciones, ni las diligencias de la GESTAPO, serán descubiertas para ser revisadas por los tribunales administrativos”.

Se dictaron también muchas leyes de protección al Estado y al partido nacional socialista, lo mismo que otras antisemitas como las de Nurenberg de 1935 de protección de sangre y honor alemana; cuya sanción correspondía a los tribunales del Reich y las fiscalías, tribunales de la SS, de la GESTAPO, etc., y cuyo cumplimiento

tenía lugar en pavorosos centros de reclusión, campos de concentración que en primera instancia fueron de castigo y luego de exterminio, etc.

En definitiva, desde el punto de vista alemán, actuaban conjuntamente dos clases de sanciones legales: la justicia del Estado definida por la constitución y el dominio de la “ley” impuesto por Hitler, dominio que ha sido descrito como una “autoridad extraconstitucional del Fuher”, autoridad que invariablemente, predominaba cuando se planteaba cualquier divergencia relativa a los derechos civiles; dictadura de Hitler que se basó en decretos de “emergencia”, tanto escritos como no escritos, manteniendo a Alemania en un estado permanente de emergencia, desde 1933, hasta 1945 y que tenía como importantes brazos ejecutores a la SS y a la GESTAPO que podían considerarse inmunes a toda interferencia formal del Estado.

### **3.11.- DERECHO PENAL SOCIALISTA.**

De conformidad con la teoría socialista, en general el Derecho no es sino la voluntad originada en Ley de la clase dominante, todo Derecho tiene un contenido, el mismo que está dado por las relaciones de producción. El principio de legalidad del Derecho socialista, a su vez, sostiene que toda ley, es un mandato, es la manifestación formal de la vida de un pueblo; de acuerdo a este principio, la ley debe ser obedecida, no por ser ley, sino por ser instrumento para la edificación de la sociedad socialista, el cumplimiento de la ley, tiene que ser estricto, porque quien no obedece la ley, se convierte en elemento negativo de la revolución.

El derecho de clase, en efecto, siempre ha sido expiatorio, de defensa punitiva de los intereses de la clase dominante, tutela los intereses de la clase que impera, de allí la definición del alemán Mezguer, quién afirma que “el código civil es un código de clase, el derecho civil es para los ricos y el derecho penal para los pobres”.

Vaccana a su vez anota: “La función de las leyes penales, no ha sido hasta ahora, la de defender a la sociedad; es decir a todas las clases que la forman, sino principalmente al interés de aquellos en cuyo favor se ha constituido el poder

político”, añadiendo que una profunda transformación del Derecho Penal y una eficaz y racional obra de prevención de la delincuencia, no podrán lograrse, mientras exista el privilegio económico, la superpoblación y la miseria.

El Estado socialista, trata de suprimir las diferencias sociales de clases, bajo un régimen de comunidad e igualdad, poniendo por delante la función social del Derecho Penal. El manifiesto del Partido Comunista de 1848, expresaba, “las leyes, la moral, la religión, son para el proletariado otros tantos prejuicios burgueses, sobre los que anidan otros tantos intereses burgueses. Todas las sociedades, todas las clases sociales han procurado consolidar sus posiciones adquiridas, sometiendo a la sociedad entera a su régimen de adquisición,

Luego, la ley es un flagelo que el burgués ha trazado para servirse del proletariado, los códigos protegen los intereses de la clase burguesa en general, la santidad de la Ley, la inviolabilidad de las instituciones, son abstracciones que constituyen el más firme sostén de las posiciones de la burguesía.

Para que la ley penal no constituya instrumento de opresión de clase, hay que crear un Derecho socialista, en base de la supresión de la diferencia de clase, pues el delito y los delincuentes, son hijos de la sociedad. La génesis del delito, se encuentra mayormente en lo económico; bien lo afirmaba Celso N. Solano al decir que “ el delito es hijo de la miseria”, la reincidencia depende entonces de si el liberto se somete o no a la opresión existente.



## **CAPITULO IV**

### **EL DERECHO PROCESAL PENAL**

#### **4.1.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES.**

No obstante la íntima vinculación que existe con el Derecho Sustantivo, hoy en día no se puede negar la autonomía del Derecho Procesal, que se ha hecho más firme desde que en los últimos tiempos se separó el Derecho Procesal del civil y del penal. En efecto; en un principio no se distinguía el Derecho de la acción, así como el Derecho de fondo era uno solo. Pero actualmente el contenido y el objeto son diversos.

Para puntualizar la diferencia, por un lado se habla de Derecho material, de fondo o sustantivo, y por otro (en contraposición), de un Derecho formal, rituario o adjetivo. La autonomía del Derecho Procesal comenzó a adquirir importancia con el Código de procedimiento civil francés de 1806, y su estudio comprende el Poder Judicial, que integraba el Derecho constitucional; la prueba, que se estudiaba en el Derecho civil; el procedimiento del concurso, que pertenecía al Derecho comercial; etcétera.

Hace ya tiempo atrás, el Derecho Procesal Penal estuvo incorporado dentro del Derecho Penal. En la actualidad, es indiscutible que ha adquirido una plena independencia, con fundamentos y contenidos propios, no obstante de permanecer íntimamente vinculado al Derecho Penal, pues la Ley Penal toma vida a través del Proceso Penal, y el Proceso Penal toma vida a través del Derecho Procesal Penal.

Es el derecho penal sustantivo el que describe la conducta antijurídica y señala la pena que debe aplicarse al autor de la infracción, siendo el único medio señalado por el Estado para la imposición de la pena el proceso penal (es decir, no puede aplicarse sino a través de un proceso penal). El fin del procedimiento penal, en consecuencia no es otro que la realización del Derecho Penal, su aplicación; la misma que es

encargada a un Poder Judicial que tiene por misión, hacer práctica la Justicia Penal en la en la sociedad, en base de una norma sustantiva de Derecho: el Derecho Penal, y una norma de procedimiento: el Derecho Penal adjetivo.

A modo de introducción, diremos que la ciencia del derecho procesal existe desde el momento en que se abandonaron las concepciones empíricas, sustituyéndolas por el conocimiento de los principios y el sistema del Proceso.

Doctrinariamente son dos ramas autónomas; formalmente integran códigos distintos, pero el uno resulta inconcebible sin el otro. Inclusive hay materias, como las referentes al ejercicio de la acción penal o la extinción de la responsabilidad penal, que mantienen un indudable carácter mixto; y por eso las disposiciones referidas a estos temas se distribuyen entre los dos códigos.

#### **4.2.- FUNDAMENTOS.**

El Estado concebido como aquella parte de la sociedad jurídicamente organizada o como la organización jurídica de un pueblo dentro de un territorio determinado<sup>2</sup>, crea el orden jurídico mediante normas que regulan las relaciones individuales, lo mantiene o restablece, y trata de satisfacer las necesidades de sus integrantes. Cada una de estas actividades está a cargo, respectivamente, de los tres poderes, a saber: Legislativo, Judicial y Ejecutivo.

El Estado dicta las reglas de conducta a que deben someterse los individuos, garantizando al mismo tiempo el cumplimiento de aquéllas, lo que constituye el contenido de la función jurisdiccional. En principio como se vio, el individuo defendía su propio derecho, y para asegurar el respeto de éste, fue necesario conferir al jefe de familia, y después del grupo, la facultad de administrar justicia. Esta facultad después pasó al príncipe, como un atributo personal, y finalmente se radicó en el Estado.

---

<sup>2</sup> Alsina, H., *Tratado teórico práctico de Derecho procesa, civil y comercial*, t.1, pág. 25, Bs. Aires, 1941.

El Estado interviene cuando se suscitan conflictos de intereses, incluso en determinados casos en que no se solicita propiamente su intervención, esto es, en los casos en que sea grande la perturbación causada a la sociedad (regla que admite como excepción, los delitos de acción penal privada).

“Desde tiempos pretéritos, los códigos han dado gran importancia a la organización y funcionamiento de la justicia”<sup>3</sup>.

Es evidente que las normas jurídicas no son suficientes para obtener una vida social pacífica; se requieren también de órganos o instituciones que faciliten su aplicación y vigencia.

La actividad jurisdiccional procura directamente satisfacer los intereses individuales y colectivos, es decir; da vigencia a las normas generales. Es en la función jurisdiccional que el Estado sustituye a la actividad particular (privada), mediante dos formas que corresponden a dos etapas del proceso:

1. La de conocimiento: Donde el juez sustituye a las partes y declara existente o no una voluntad concreta de la ley, concerniente a las mismas.
2. La de ejecución: Donde la actividad de los órganos del Estado sustituye a la de las partes, obligando al vencido a cumplir la sentencia.

El Derecho Procesal Penal se encarga de regular las formas mediante las cuales se proponen y resuelven las cuestiones sometidas a la decisión de los órganos que administran justicia.

#### **4.3.- CONCEPTO.**

---

<sup>3</sup> Lascano,D.,Jurisdicción y *competencia*, págs.9 y sigs.,Bs.Aires,1941.

El Derecho Procesal Penal, tiene por objeto el estudio del proceso penal, de las leyes de procedimiento que rigen y de las leyes no penales que por cualquier circunstancia, entran también a regular el proceso penal, ya sea como leyes subsidiarias, de referencia, etc.

A través de las antiguas denominaciones: “praxis”, “ordines iudiciales”, práctica, procedimientos, “procedure” (en Francia), “procedura” (en Italia), la de procedimientos es la que más se generalizó. “Pero debe insistirse en que la palabra procedimiento no comprende sino una parte de la materia, de donde la más correcta denominación es la de Derecho Procesal, obviamente superior a la de Derecho judicial, que implicaría una atención mayor de la organización judicial que del proceso, y a la de práctica forense, de contenido más empírico y carente de valor científico”<sup>4</sup>.

El Derecho Procesal Penal es la rama del Derecho que constituye el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso. Correlativamente, debemos entender por Proceso Penal, siguiendo el criterio de Francisco Carnelutti, al conjunto de actos encaminados a comprobar el delito y consecuentemente la pena.

El contenido de las normas Procesales Penales, esencialmente se refieren a:

- Las reglas para determinar la competencia de los jueces;
- Las formas de ejercicio de la acción penal;
- La actuación del Ministerio Público y del agraviado dentro del proceso;
- Las garantías para que el acusado pueda ejercer su derecho a la defensa;
- Las etapas del proceso;

---

<sup>4</sup> Alcalá Zamora y Castillo, N. y Levene, R. (h.), *Derecho procesal*, t.1.págs. 31 y 32.

- Los actos procesales;
- Las medidas cautelares (como la prisión preventiva), ordenadas por el juez;
- Los medios de prueba, destinados a establecer la existencia del delito y de la responsabilidad penal.
- Los recursos para impugnar sentencias y otras resoluciones judiciales.

#### **4.4.- NATURALEZA.**

Los derechos y garantías Constitucionales serían estériles, si no existiesen las leyes procesales que regulen su ejercicio y su existencia. Por eso, el Derecho Procesal Penal es una rama del Derecho Público interno, la acción es pública, y la actividad jurisdiccional corresponde al Estado.

No puede ponerse en duda que abarca la jurisdicción en su aspecto dinámico (vale decir, vinculada al proceso, aunque se la estudie en Derecho Constitucional como atributo de la soberanía del Estado), y la competencia, pues debe imponerse límites a la actuación de los órganos jurisdiccionales.

La ejecución es asimismo materia procesal penal, ya que el fin del proceso es proteger el Derecho, y ello se obtiene mediante la sentencia y las medidas para la ejecución. Naturalmente que este tema está vinculado al de la existencia de un Derecho Ejecutivo Penal, distinto al Penal y al Procesal Penal.

La acción pertenece también a este campo, como lo afirmó Chiovenda, porque por ella tiene razón de ser el proceso, no obstante que la mayor parte de las acciones son derechos privados. Finalmente, el Derecho Procesal Penal abarca la prueba, especialmente las normas probatorias generales.

#### **4.5.- FINALIDAD.**

Para Chiovenda, la finalidad del juicio penal consiste en “procurar actuar la voluntad de la ley, que exige la aplicación de la pena”<sup>5</sup>.

La actividad jurisdiccional requiere la creación de órganos, la delimitación de sus facultades y competencia, y la reglamentación de su actividad, es decir, del procedimiento (obligatorio tanto para el juez como para las partes).

La actividad jurisdiccional tiene por objeto asegurar la tranquilidad social, manteniendo el orden jurídico, que en caso extremo se restablece a través de la sentencia judicial, determinando el Derecho que debe aplicarse al caso específico.

Para Manzini, la finalidad específica del proceso penal “es la de obtener, mediante la intervención del juez, la declaración de certeza, positiva o negativa, del fundamento de la pretensión punitiva derivada de un delito, que hace valer por el Estado el Ministerio público”<sup>6</sup>. El contenido del proceso penal lo constituye entonces, la declaración de certeza jurisdiccional de las condiciones que determinan, excluyen o modifican la realización de la pretensión punitiva del Estado.

La finalidad práctica del proceso, es la declaración de certeza de la verdad en relación al hecho concreto, y a la aplicación de sus consecuencias jurídicas. Fundamentalmente, el interés que determina el proceso penal, es el de llegar a la punibilidad del culpable, o sea, el realizar la pretensión punitiva del Estado contra el imputado, en cuanto resulte culpable, o la absolución del inocente.

Las normas procesales penales tutelan principalmente el interés social de reprimir la delincuencia y también el de garantizar la libertad individual, tratando de evitar el error y la arbitrariedad, mediante la investigación de la verdad material, es por ésta consideración, que no basta la confesión del acusado (como sucede en el procedimiento civil), si no se sujeta a determinados aspectos, y que la ley rodea de precauciones a la prueba.

---

<sup>5</sup> Chiovenda, J., *Principia di Diritto processuale civile*, págs. 324 y 325, Napóles. 1923.

<sup>6</sup> Manzini, V., *Derecho procesal penal*, vol.1, pág. 248.

En conclusión, podemos decir que la finalidad del Derecho Procesal Penal consiste en la realización del Derecho Penal (en hacer posible la aplicación de la pena a quien hubiere cometido un delito), realización que la hace a través del Proceso Penal, que se desarrolla cumpliendo normas de procedimiento que se emplearán para su enjuiciamiento. De esa manera se realiza la justicia, se establece el imperio del Derecho en general y se garantiza el ordenamiento jurídico, protector de la sociedad y del individuo.

El resultado del proceso es indeterminado; será una condena, si el procesado fuere culpable; será una absolución, en caso de ser inocente.

El origen común del Derecho Procesal Penal con el Derecho Penal y su finalidad esencial, que como vimos, no es otra cosa que hacer posible la aplicación de las leyes penales, explican la íntima conexión de estos dos Derechos.

No obstante lo dicho, existen autores como Víctor Lloré Mosquera que ven en el Derecho Procesal Penal una pluralidad de fines que son más específicos y detallados que aquél gran fin al que nos referimos en líneas anteriores, así tenemos:

- “La investigación del hecho delictuoso para conocer las circunstancias en que fue desarrollado;
- Descubrimiento del responsable del delito y de las personas que participaron en otros grados en su comisión;
- Aseguramiento del imputado y de los sujetos cuya presencia se necesaria par el esclarecimiento de la verdad;
- Aseguramiento del cuerpo del delito y de los demás elementos probatorios;
- Aseguramiento de bienes suficientes para cubrirle valor de las indemnizaciones que se deban al Estado y a los particulares (en caso de que éstas sean exigibles); e,

- Imposición y cumplimiento de la pena como medio de restaurar el orden social alterado”<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Víctor Lloré Mosquera, Compendio de Derecho Procesal Penal, Pág. 18, Cuenca- Ecuador.



## **CAPÍTULO V**

### **EL MINISTERIO PÚBLICO**

#### **5.1.- ORIGEN.**

Sobre el origen del término “fiscal”, Whanda Fernández de León manifiesta que el significado primigenio de la palabra Fiscal, alude al funcionario que tiene vinculación con el Fisco, ya que los antecedentes auténticos del actual Ministro Fiscal, se remontan a la legislación romana. Allí nacieron las voces FISCALÉN, para señalar a los vigilantes del erario público y PATRONOS FISCO, a los encargados de la recaudación de los impuestos y administración de regalías.

Es decir, que en sus orígenes esta institución revestía un carácter financiero-económico.

Otros autores sostienen que la moderna institución del Ministerio Público, tiene sus raíces en los sistemas de administración de justicia que imperaron en las épocas más remotas de la humanidad.

El Ministerio Público se origina cuando la sociedad se preocupa por poner fin a las venganzas privadas, para lo cual se hizo necesaria la presencia del Estado como ente máximo de organización social, que regula y limita la aplicación de la Ley.

El Ministerio Público es de origen francés. Algunos autores creyeron encontrar su origen en las antiguas Grecia y Roma, debido a que algunas de las funciones que se le atribuyen, fueron ya cumplidas por funcionarios de esa época. Ahora, existe casi unanimidad en admitir que los verdaderos antecedentes de ésta institución deben ser buscados en el antiguo derecho francés y principalmente en su derecho revolucionario.

El origen del procedimiento penal se remonta a las costumbres y formas observadas por los atenienses en el Derecho Griego, en donde el Rey, el Consejo de Ancianos y

la Asamblea del Pueblo, en casos específicos, llevaban a cabo juicios orales de carácter público para sancionar a quienes ejecutaban actos en contra de determinados usos y costumbres. Para esos fines, el ofendido (cualquier ciudadano) presentaba y sostenía la acusación ante el Arconte<sup>8</sup>, el cual, cuando no se trataba de delitos de acción privada y según el caso, convocaba al Tribunal del Areópago, al de los Ephetas y al de los Eliastas.

En Atenas la Asamblea del pueblo era el más alto organismo encargado de administrar justicia y estaba reservado para el conocimiento privativo de ciertos delitos como los políticos y todos aquellos que tuvieran relación directa con la existencia del Estado. En este Tribunal prácticamente no existían garantías para el acusado en consideración a que no se regía por sistema predeterminado alguno.

El Areópago fue uno de los más populares y conocidos tribunales de Atenas, estaba formado por antiguos Arcontes y se caracterizaba por sesionar de noche y actuar a través de votación secreta. Su competencia, al principio, se extendía a una gran cantidad de delitos, pero con posterioridad fue limitada al conocimiento de los delitos de homicidio premeditado, incendio, etc.

Los Ephetas constituían un Tribunal de 51 personas que tenía por objeto sancionar los delitos no premeditados, es decir, tipificados por una norma.

Finalmente, el tribunal de los Eliastas, era un tribunal popular formado por ciudadanos de reconocida solvencia, que tuvieran más de 30 años de edad y cuyo número ascendía hasta seis mil y que anualmente eran elegidos por sorteo. La competencia de este Tribunal estaba reservada para el conocimiento de todos los delitos que no fueran de competencia del Areópago o de los Ephetas.

En Atenas los delitos se clasificaban en "delitos de acción pública": aquellos que interesaban a toda la sociedad por los efectos del delito; y "delitos de acción privada": aquellos en que sólo se ofendía el interés privado.

---

<sup>8</sup> Primer Magistrado a quien se confió el gobierno de Atenas después de la muerte del rey Codro, posteriormente se crearon nueve con el mismo fin.

El procedimiento de acción pública se desarrollaba a instancias del acusador, mientras que el de acción privada quedaba en manos del ofendido o de sus familiares más íntimos, de sus tutores o amos, pudiéndose en éste último transigir económicamente.

Cuando el delito era de aquellos que podían poner en peligro la ciudad misma y llegaba a conocimiento de los Thesmotetas (tribunal compuesto por los seis últimos arcontes), podían denunciar a la Asamblea del Pueblo la comisión del delito y esta Asamblea era la que elegía al ciudadano que debía actuar como Acusador.

Entonces, el antecedente histórico del Ministerio Público se pretende encontrar en la figura de aquél ciudadano, que actuaba como defensor del interés de la sociedad.

El acusador se presentaba mediante querella ante el Arconte, el mismo que obligaba al inculpador a prestar juramento de que continuará el proceso hasta la sentencia y ante quien ofrecía presentar las respectivas pruebas del hecho que estaba acusando. Con estas formalidades previas, el Arconte convocaba a los jueces populares que debían conocer de la acusación, mientras el acusador estaba dedicado a reunir todas las pruebas que debía presentar contra el acusado. Este, a su vez, debía comparecer ante el Arconte y si no lo hacía voluntariamente podía ser llevado por la fuerza pública o por el propio acusador. Presente el acusado, podía solicitar que se le concediera una tregua para organizar y preparar su defensa bajo la promesa jurada de que diría la verdad.

Si el Arconte ordenaba la prisión del acusado, éste podía recuperar la libertad condicionalmente, mediante la garantía personal de tres ciudadanos, quienes ofrecían a ésta autoridad que en cuanto así lo ordenare, el garantizado se presentaría. (Fianza carcelaria).

En el día señalado para la celebración de la audiencia, la cual por su naturaleza era de carácter oral y pública, se reunía el Tribunal bajo la dirección de un Thesmoteta, siendo el acusador el primero en exponer los motivos de la acusación y

conjuntamente con su exposición iba presentando las pruebas respectivas que, cuando era testimonial, sus titulares sólo podían ser examinados bajo juramento por el propio acusador, sin que ni el Thesmoteta ni el acusado pudieran examinarlos. Por su parte, una vez que el acusador terminaba su exposición así como el análisis de su prueba, se otorgaba el uso de la palabra al acusado o quien lo representara, quien también podía presentar las pruebas, inclusive testimonial, que le favoreciera. Dichos testigos, como en el caso de los del acusador, rendían sus declaraciones bajo juramento y no podían ser examinados sino por quien los convoco, con exclusión del Thesmoteta y del acusador.

Terminado el debate, los jueces votaban inmediatamente sin que procediera deliberación alguna, por medio de conchas, piedras, etc., las mismas que eran contadas por el Thesmoteta, que era el que proclamaba el resultado del proceso.

La resolución tomada en sentencia era inapelable.

Debe destacarse que en Grecia el ejercicio de la acción penal también podía ser ejercida por el agraviado.

Los romanos fueron asimilando sucesivamente las instituciones del Derecho Griego y con el transcurso del tiempo las transformaron, dándoles características particulares que más tarde servirían para cimentar el moderno Procedimiento Penal.

En Roma, el ejercicio de la acción penal era de iniciativa privada, luego se optó por un sistema de acusación popular y de oficio que según la doctrina ahí se encuentra el germen del Ministerio Público. Sin embargo, otros autores consideran que el Ministerio Público no se presentó en la civilización Romana, no obstante que muchos magistrados y ciudadanos estaban investidos de funciones especiales que constituyen el anticipo de la Institución Moderna.

El procedimiento penal romano se caracterizó por que:

- Los actos de acusación, defensa y decisión se encomendaban a personas distintas;
- Prevaleció el principio de publicidad;
- La prueba ocupó un lugar secundario; y
- La sentencia se pronunciaba verbalmente conforme a la conciencia del juez.

Posteriormente aparecen los "Advocati Fisc Romanos", que eran verdaderos fiscales pero que se encargaban solamente de los intereses del Emperador. También en Italia existieron los Cónsules Locorum-Villarum o Minístrales que eran funcionarios subalternos cuya función consistía en descubrir los delitos, pero no eran propiamente promotores fiscales.

Tampoco se encuentran rasgos definidos del actual Ministerio Público en la legislación canónica medieval, puesto que los caracteres y funciones propias de esta institución se encontraban repartidas en la representación del poder real ejercido por las autoridades locales.

En la Edad Media, se admitió la presencia de Abogados de la corona conocidos como Fiscales, encargados de defender los intereses personales pero no eran funcionarios públicos ni ejercían la acción penal en contra de los sindicados, porque para su juzgamiento bastaban los inquisidores.

Las transformaciones del orden político y social con motivo de la Revolución Francesa, hicieron surgir el Sistema de Acusación Estatal, pero encomendado a comisarios y a acusadores públicos, razón por la cual, tal como manifiesta Maier, la aparición del Ministerio Público con su moderna función acusatoria es un desarrollo contemporáneo posterior al iluminismo y su fecha de nacimiento no corresponde exactamente al orden revolucionario inmediato surgido de la Revolución Francesa, sino del advenimiento del Orden Napoleónico, con la ley de 20 de abril de 1810. Sus funciones fueron de requerimiento y de ejercicio de la acción, no tiene las funciones instrumentarias reservadas a las jurisdicciones, pero eso no significa que le son

indispensables para el cumplimiento de su cometido. Incluso en la actualidad existen fricciones entre los jueces y los fiscales.

El hecho de que el origen del Ministerio Público se atribuya a la legislación Francesa, no significa que en los demás países de Europa continental se hubiera adecuado mecánicamente esta Institución. La recepción del derecho francés se produce bajo la influencia del sistema jurídico nacional vigente y de las demás circunstancias socio- políticas.

Para comprender bien el origen del Ministerio Público, debe tenerse en cuenta los orígenes del procedimiento penal. En sus inicios, se limitaba a orientar la venganza privada, proponiendo un árbitro imparcial encargado de controlar el desenvolvimiento normal del proceso. Los interesados debían comparecer: el agraviado para sustentar su reclamo, y el denunciado para defenderse, es éste tipo de proceso el que ha recibido el nombre de "acusatorio". Al comienzo, el derecho de acusar correspondía exclusivamente a la víctima o a sus parientes. Las componendas que se producían entre las partes obligó al Estado, en la medida que se consolidaba, a establecer condiciones necesarias, tenientes a que la infracción cometida no permaneciese impune.

Si vemos lo sucedido en Francia, constatamos que desde el siglo XIII existía, entre las diferentes jurisdicciones, numerosos agentes llamados procuradores, que asumían la función de representar a las partes en el proceso. Los Señores feudales utilizaban, también, un "procurador" para defender sus intereses fiscales al igual que los Reyes.

A mediados del siglo XIV, el Procurador del Rey aparece finalmente instalado en el proceso penal. Es así como en la práctica surgió la institución del acusador especializado (paralelamente al desarrollo del poder de la corona), encargado de representar objetivamente el interés social, es así que nace el Ministerio Público.

La autoridad de ésta Institución va a aumentar a medida que el procedimiento deviene en "inquisitivo", influenciado por el procedimiento eclesiástico.

No obstante, la aparición de éste Ministerio no puede ser apreciada únicamente desde la perspectiva del Proceso Penal. Si se tiene en cuenta su evolución durante los siglos XIV al XVI, se aprecia que su configuración es el resultado de la fusión de dos instituciones diferentes.

En efecto, el Ministerio Público se formó en un largo proceso histórico durante los siglos XIV y XVI, y como se mencionó, es el resultado de la fusión de dos instituciones, a saber :

1.- La de los Abogados del Rey:

La cual se consolidó en el siglo XIV, y sus miembros cumplían funciones puramente procesales.

2.- La de los Procuradores del Rey:

De origen más remoto, era de carácter administrativo, y sus miembros cumplían funciones fiscales.

A inicios del siglo XVI, como única institución, en el Ministerio Público prevalecieron las funciones administrativas sobre las procesales, de ésta manera, éste instituto fue un instrumento importante del centralismo monárquico, en contra del “particularismo y las fuerzas centrífugas del feudalismo”. Se había gestado como “arma antinobiliaria de los Reyes en Francia”.

En la época del absolutismo los miembros de éste ministerio, se hicieron apreciar por el pueblo es así que en los Cuadernos de Súplicas de 1789 no figuran quejas formuladas contra ellos. Las críticas formuladas en aquél entonces, son generales y tienen su origen en la aversión popular existente contra los magistrados.

La Asamblea Constituyente no lo hizo desaparecer, sino que lo reforma. Ahora la función político-administrativa que los caracterizó durante el Ancien Régime, pasó a manos de los prefectos y funcionarios procesales.

Los legisladores revolucionarios organizaron el procedimiento penal de acuerdo al modelo civil, con el fin de estatuir un Tribunal imparcial. Al acusado (demandado), se le opuso como demandante al acusador público: representante de la sociedad, sin embargo, la inestabilidad política y jurídica de este período, no permitió que la institución adquiriera una clara estructura.

Con la Constitución de 13 de diciembre del año de 1799, (año VIII de la República) Napoleón adquirió los plenos poderes de gobierno y bajo su dominio el Ministerio Público se organizó plenamente.

En la organización del Ministerio (con el objetivo de consolidar y centralizar el poder), se retorna al modelo existente en la Monarquía absoluta; sin embargo, no se trata de una simple imitación, sino todo lo contrario, Rassat ha podido decir que es falso sostener que "el Ministerio Público moderno es una transposición del que existió en la época del ancien régime", pues según él, se trata de dos instituciones diferentes: ya que la función de la nueva institución se encuentra determinada en base a la "défense des intérêts propres de la nation". La organización es definida con relación a la representación del Ejecutivo. De esta manera soterrada, se identificaban los intereses de la sociedad con los intereses del Estado.

Las bases legales del instituto son fijadas en éste sentido, primero por la Ley del 27 de enero de 1801; luego, con el Code d' instruction criminelle de 1808; y, finalmente en las leyes sobre la organización judicial del 20 de abril de 1810 y en los decretos del 30 de marzo de 1808, 6 de julio y 18 de agosto de 1810. Sus características decisivas fueron la duplicidad y la ambigüedad.

Fue concebido con una doble visión, al mismo tiempo como:



- Órgano judicial: Constituido por magistrados independientes y autónomos en sus apreciaciones; y,
- Como funcionarios del Poder Ejecutivo ante los tribunales: Sometidos al poder central, siendo equiparados a los funcionarios de la administración gubernamental.

Su sometimiento al Poder Ejecutivo (Ministerio de Justicia) se manifestaba respecto a los nombramientos, exclusiones y sanciones. En cierta forma, eran dependientes de sus superiores jerárquicos en cuanto al cumplimiento de sus funciones y, en último análisis, al citado Ministerio.

En resumen, se puede afirmar que los textos legales napoleónicos estatuyen un Ministerio Público "configurado como representante del poder central", por consiguiente, sus miembros eran nombrados y destituidos por éste; y estaban sometidos a un régimen de responsabilidad centrado, de manera acentuado en la forma de responsabilidad disciplinaria.

En Alemania, el Ministerio Público surge como institución autónoma, sólo durante la formación del Estado moderno en el siglo XIX. Dentro de la justicia penal, se encuentra muy relacionado, con el abandono del proceso inquisitivo en favor del acusatorio, hecho que refleja de manera directa, la idea de la división de poderes; la misma que se materializa también, en la distribución de funciones dentro de cada Poder, de ésta forma, en el poder judicial se distinguió entre el poder de acusar y el de condenar, dos organismos diferentes debían ejercerlos: el Ministerio Público y el Juez Penal respectivamente.

Desde un comienzo fue objeto de críticas; pero la evolución legislativa de los primeros años del siglo veinte, tiende al fortalecimiento del Ministerio Público.

La institución analizada, alcanzó su mayor fuerza durante el régimen nazi. En la reforma de 1933, se da al Ministerio Público poderes omnímodos pues no se encuentra sometido o limitado a la leyes que resguardan las libertades individuales,

al control del juez o de la parte agraviada; transformándose en el rector del proceso, jerárquicamente organizado y sometido a las directivas del poder central (del cual forma parte), deviniendo en el instrumento idóneo para imponer la voluntad política del Estado autoritario dentro del proceso penal.

A la derrota del régimen nazi, la oposición contra el Ministerio Público fue fuerte y general, sin embargo, no logró concretarse, y fue disminuyendo al consolidarse el nuevo régimen político conforme a la nueva Constitución, es por ésta razón que se lo conservó, se mantuvo su organización jerárquica y su dependencia del Poder Ejecutivo (Ministerio de Justicia). Sin embargo, se redujo prudentemente sus potestades y se evitó su manipulación por parte del Poder central, mediante una clara regulación de la facultad otorgada a éste para darle directivas. En la actualidad, mantiene las líneas fundamentales de su estructura jerárquica; tanto interna (los miembros del Ministerio Público son representantes del jefe máximo) como externamente (el Ministerio de Justicia es la autoridad máxima), éstos funcionarios no actúan por poder propio, sino en representación del Procurador General (de acuerdo al sistema federal del país).

En el proceso penal vigente, el Ministerio Público tiene funciones de investigación, de acusación, de impugnación, de ejecución y otros procedimientos complementarios. No debe olvidarse que en el siglo pasado, los alemanes al adoptar el sistema acusatorio no se inspiraron tanto en el derecho francés como en el anglosajón.

En España, tenemos en primer lugar a los Fiscales, instituidos por Juan I en el Parlamento de Briviesca (1385) y cuyo número fue aumentado notablemente por los Reyes Católicos. Estos funcionarios ejercían vigilancia sobre la buena marcha de los Tribunales, siendo su poder reforzado por Felipe V de Borbón. Esta institución fue trasplantada a América por los conquistadores; donde también los fiscales desempeñaron la función de defensa de los indios.

El Ministerio Público moderno (originario de Francia), es incorporado en la Constitución española de 1812; pero, sólo en el Reglamento provisional 1 para la Administración de Justicia de 1835, aparece claramente instituido.

En 1870, la Ley Orgánica del Poder Judicial lo regula como órgano de iniciativa, vigilancia y representación del Gobierno ante los Tribunales. Hasta 1926, los Jueces y Fiscales formaban parte de la misma institución. A partir de entonces (Estatuto Orgánico de 1926, Reglamento de 1927), ambos son separados para constituir organismos diferentes.

En cuanto a su organización, el Ministerio Público obedecía a un orden jerárquico y dependiente del Poder Ejecutivo (a quien representaba ante los Tribunales). En la actualidad se ha perfeccionado su estructura y funciones; sobre todo, mediante la expedición de la Ley Orgánica del Estado de 1970 y la Constitución de 1978.

En la República del Ecuador, puede considerarse como el antecesor más remoto del Ministerio Público, al funcionario que defendía la jurisdicción y los intereses de la hacienda real en los Tribunales del Consejo de Indias. El Fiscal, luego era el funcionario público encargado de la defensa de los indios.

El Ministerio Fiscal tiene un origen hispano- francés basado en la distinción entre órganos jurisdiccionales (encargados de administrar la justicia penal) y órganos requerientes (Ministerio Público).

## **5.2.- DENOMINACIÓN.**

Ahora bien, el Ministerio Público puede ser definido como un órgano administrativo autónomo, encargado de la investigación y de la formulación de la acusación de los delitos de acción penal pública, además interviene en las todas las etapas del proceso penal.

Al Fiscal, también conocido como Procurador de Justicia, Ministro Fiscal, PRORRATA (entre los países socialistas), también se lo ha definido como un ente que vela por la adecuada y correcta aplicación de la ley, en otras palabras, es o actúa como un garante de la legalidad.

A través del tiempo y en distintos sistemas jurídicos, el ente acusador recibe diferentes denominaciones; algunos lo identifican como “Ministerio Público”, expresión que proviene del Derecho Francés, “Ministere Public”; otros como el Derecho Español, lo denominan “Ministerio Fiscal”, denotando que el representante del Ministerio Fiscal es el abogado del Fisco, como lo fue en su origen, teniendo un carácter predominante en el campo de lo tributario y fiscal, lo que no obedece a su posterior función dentro del ámbito judicial penal.

En el Ecuador, herederos de la tradición española, conservamos la denominación del Ministerio Fiscal, Ministros Fiscales y Agentes Fiscales, denominaciones que conducen a equívocos en relación a las funciones y naturaleza jurídica y conceptual de la Institución y su rol en el proceso penal.

Por lo expuesto, aunque no precisa y expresiva en su alcance, la expresión Ministerio Público denota la representación del interés público de la sociedad y resulta más aceptable que la de Ministerio Fiscal.

En el Ecuador hasta el año de 1979 conservamos la denominación de Ministerio Fiscal. Por lo que podemos concluir que resulta más aceptable la denominación de Ministerio Público, pues los intereses fiscales están en manos de otros órganos como por ejemplo el Servicio de Rentas Internas.

### **5.3.- UBICACIÓN INSTITUCIONAL.**

La ubicación del Ministerio Público tiene relación directa con la función atribuida por la Ley, y el sistema procesal vigente, los que a su vez están subordinados a la organización política y social del Estado.

En los primeros tiempos, el Ministerio Público dependía directamente del Ejecutivo y se le atribuía la función de abogado del fisco; con la división de poderes del Estado y destacando el papel del ejercicio de la vindicta pública dentro de un sistema penal inquisitivo, se atribuye al Ministerio Público una dependencia al organismo judicial; este camino recorrió nuestro Ministerio Público, hasta que mediante Decreto No. 3534, promulgado en el Registro Oficial No. 871 de 10 de agosto de 1979, pasó a formar parte de la estructura de la Función Ejecutiva, sistema de dependencia del Ejecutivo que tiene su base en Francia y que ha avanzado a una fórmula:

- Dependencia del Ejecutivo; e,
- Independencia funcional.

Frente a estas posiciones, la polémica se centra a señalar que la actividad del Ministerio Público se orienta a la realización de la justicia dentro de la esfera de la promoción de la acción penal, que se define como un elemento esencial de la facultad punitiva del Estado, cuyo ejercicio corresponde a la Función Jurisdiccional.

Cabe sin embargo anotar que si bien en el ámbito de la justicia penal en particular, el Ministerio Público y la Función Judicial tienen participación y objetivo común en la realización de la justicia, su específica actuación los diferencia claramente, el primero como promotor de la acción penal pública, custodio de la legalidad, controlador procesal y representante de la sociedad en el proceso y; el segundo, cuya misión es administrar justicia; por lo tanto, es distinta la naturaleza de las funciones de los órganos que actúan para alcanzar el mismo fin: la justicia.

Por otro lado, la función de control de la legalidad en las actuaciones de los funcionarios y empleados de la Función Judicial, no puede ser ejecutada por el Ministerio Público dentro del ámbito de la propia Función Judicial, pues ésta se limita o elimina por la dependencia existente.

La dependencia del Ministerio Público al Ejecutivo, aparte de romper el esquema constitucional y republicano de separación de poderes, pone en riesgo su independencia por la eventualidad de que se den influencias político partidistas.

El Ministerio Público en el proceso penal y en el sistema acusatorio, debe ser un ente autónomo, alejado de aquellas influencias político partidistas, puesto que de lo contrario, no podrá ser auténtico defensor de la legalidad y promotor de la justicia, solo esta condición asegura que como órgano de la justicia, cumpla de manera independiente, imparcial y objetiva su misión. Este es el camino lógico que siguió el Ministerio Público en el Ecuador a partir de 1997, año en que se promulgó la Ley Orgánica del Ministerio Público.

El Ministerio Público en la actualidad es uno, indivisible e independiente en sus relaciones con las ramas del poder público y lo integraran los funcionarios determinados en la ley. Tiene autonomía administrativa y económica. El Ministro Fiscal General del Estado ejerce su representación legal.

El Ministerio Público prevendrá en el conocimiento de las causas penales, dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal penal. De existir fundamento acusará a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

El Ministerio Público se encuentra ubicado como sujeto procesal y sus características las podemos encontrar dentro de la Constitución Política de la República, del Código de Procedimiento Penal y particularmente, en la Ley Orgánica del Ministerio Público.

El Ministerio Público es una institución constitucional, representada por un conjunto de funcionarios públicos, cuya misión esencial consiste en el ejercicio de la acción penal pública. Constituye parte formal en el proceso penal, puesto que su intervención tiene por objeto reclamar la actividad jurisdiccional para la definición

de la relación de derecho penal material, y tiene determinadas facultades dispositivas sobre las formas procesales.

La circunstancia de que actúe en representación del Estado, al que le interesa que se imponga la pena a quien ha cometido el delito, imprime una especial característica a su actuación en cuanto esta debe ser estrictamente imparcial.

El Ministerio Público como es una institución de derecho público, tiene plena capacidad de actuación.

#### **5.4.- EL MINISTERIO PÚBLICO ECUATORIANO, EVOLUCIÓN HISTÓRICA.**

En la Justicia Colonial, se conoce a los Fiscales ante los distintos órganos judiciales, a veces formando parte de los mismo. En el Consejo de Indias había un solo fiscal en materia civil encargado de la protección de los pobres y de los indios en las causas iniciadas por ellos.

En la Gran Colombia, el 12 de octubre de 1821, se organizan los Tribunales y Juzgados con la presencia de Fiscales.

En la época de la República, durante la presidencia de Juan José Flores, se instituyó la Alta Corte, en la que tenía participación el Fiscal, poco después se dicta la primera Ley Orgánica del Poder Judicial, en donde se mantiene la presencia del Ministerio Público.

Sin embargo, en el Ecuador, la primera Constitución que hace mención del Ministerio Público es la dictada por Gabriel García Moreno en el año de 1869, en la cual, se lo incluye como parte de la Función Judicial.

Posteriormente, el Ministerio Público forma parte de la Procuraduría General del Estado.

Actualmente, las reformas promulgadas en el Registro Oficial N° 2 del 13 de febrero de 1997 y la Codificación de la Constitución de la Asamblea Nacional Constituyente, aprobada el 5 de junio de 1998, contiene una sección especial del Ministerio Público, en la cual se la califica como una persona jurídica de derecho público, autónoma e independiente en materia administrativa y en lo económica.

La Nueva Ley Orgánica del Ministerio Público desarrolla la norma constitucional, por lo tanto, el Ministerio Público deja de ser parte de la Procuraduría General del Estado y constituye un órgano autónomo del sector público, con personería jurídica propia, es decir, independiente. Su ejercicio procesal principal es el de intervenir como representante de la sociedad, en los procesos taxativamente previstos por la Ley. Por consiguiente, queda claro que el Ministerio Público no solo es un órgano Estatal y constitucional, sino que está organizado en forma separada de los demás entes del Estado, cuyas funciones necesariamente deben ejercerse en forma independiente.

### **El Ministerio Público dentro de la Constitución Política Ecuatoriana:**

Dentro del constitucionalismo nacional, para los fines pertinentes del presente trabajo, basta con remitirnos a un análisis de las Constituciones que han tenido lugar en el siglo pasado, ya que de lo contrario, el estudio de éste apartado se desviaría de su objetivo central, así pues, tenemos:

- La constitución de 1906: Solo se refiere al Poder Judicial y no hace referencia alguna al Ministerio Público.
- La Constitución de 1945: Dedicar el Título VII a la Función Judicial y el Título XI al Ministerio Público disponiendo que " El Procurador General de la Nación, los Tribunales de Justicia y los demás Tribunales que designe la Ley, ejercen el Ministerio Público bajo la dirección del Presidente de la República" .



- La Constitución de 1946: Sigue la misma disposición de que el Procurador General y los Fiscales ejercen el Ministerio Público bajo la dirección del Presidente de la República. Hasta aquí, las Constituciones citadas disponen solamente que el Procurador General del Estado, los Fiscales y los demás funcionarios señalados en la Ley, ejercen el ministerio público bajo la dirección del Presidente de la República, por lo tanto, las normas constitucionales, no establecían que los fiscales estaban sometidos a la dependencia del Procurador General del Estado.

- La Constitución de 1967: Se refiere también a la Función Jurisdiccional y al Ministerio Público, dispone que el Ministerio Público se ejerce por parte del Procurador General, los fiscales de los Tribunales de Justicia y los demás funcionarios que la ley determine. Hay que observar que esta norma se refiere ya a los "Fiscales de los Tribunales de Justicia", reconociendo, en forma implícita que los fiscales son parte de la Función Jurisdiccional.

- Las Constituciones de 1945 , 1946 y 1967: Determinan que el Procurador General debe reunir los mismos requisitos que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia para el ejercicio del cargo.

- Las constituciones de 1945 y 1946: Se limitan a disponer que el Procurador debe ser designado por el Congreso en la forma señalada con la Constitución.

- La Constitución de 1967: Manda ya en forma expresa, que el Procurador debe ser designado por el Congreso de una tema enviada por el Presidente de la República.

- Las Constituciones de 1945, 1946 y 1967: No contienen ninguna disposición sobre los requisitos, ni sobre la forma de elección del Ministro Fiscal General, por que se parte del supuesto que este alto funcionario forma parte de la Corte Suprema de Justicia, y que por lo tanto debe reunir los mismos requisitos que los ministros de ese tribunal y debe ser designado en la misma forma que los demás magistrados. Efectivamente, el Art. 12 de la Ley Orgánica de la Función Judicial promulgada en el Registro Oficial No. 636 , del 11 de Septiembre de 1974, dispone que la Corte

Suprema de Justicia esta integrada por 16 ministros jueces y por un Ministro Fiscal, mientras que las cortes superiores están, así mismo integradas por los ministros jueces y un ministro fiscal. Las Cortes Superiores designan a los Jueces y Agentes Fiscales de sus respectivas jurisdicciones.

Sin embargo, la Ley Orgánica del Ministerio Público que se promulgó en el Registro Oficial No. 871, del 10 de Julio de 1979, acoplándose a la Constitución aprobada mediante el referéndum de 1978 y que entró a regir a partir de 1979, estableció que el Ministerio Público se ejerce por el Procurador General del Estado, los ministros y agentes fiscales y los demás funcionarios determinados por la ley; que el Procurador es la máxima autoridad y representante legal de la Procuraduría General del Estado, que entre las funciones del Procurador se encuentra la de supervisar las funciones del Fiscal General; que el Ministro Fiscal General es la máxima autoridad de la Fiscalía y que será nombrado por el Congreso Nacional de la terna que para el efecto debe enviar el Procurador General del Estado. De esta manera, se trasladó definitivamente al Ministerio Público de la Función Judicial a la Procuraduría General del Estado.

- La Constitución de 1978-79: En efecto, como queda indicado, dispone que el Ministerio Público se ejerce por parte del Procurador General del Estado, los Ministros y Agentes Fiscales y los demás funcionarios que determine la ley, señala que el Congreso Nacional debe elegir al Procurador General del Estado en base de la terna que envíe el Presidente de la República y no dispone la forma de elección del Ministro Fiscal General, porque la Ley Orgánica del Ministerio Público referida, dispone que el Congreso nombre a este funcionario de la terna que envíe el Procurador General del Estado, con lo cual quedó claramente definida la posición subalterna del Ministro Fiscal General con respecto al Procurador General.

- La Constitución de 1983: Se produjo un cambio substancial en el sistema de la designación del Ministro Fiscal General, puesto que la norma correspondiente, señala que entre las facultades del Congreso Nacional ésta la de designar al Procurador General del Estado y al Ministro Fiscal de las ternas que envíe el Presidente de la República.

Desde ese momento, por lo menos en el sistema de la elección, parece que el Ministro Fiscal General alcanzó un mismo nivel que el Procurador General del Estado. Para su elección ya no depende del Procurador, sino directamente del Presidente de la República. Sin embargo, las demás normas del Ministerio Público no se han reformado, por lo cual el Ministerio Público forma parte de la Procuraduría General del Estado, cuyo representante máximo, resulta ser el Procurador General del Estado.

- La Constitución de 1984: En su artículo 110, establece:

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

### **Ley Orgánica del Ministerio Público:**

La Ley Orgánica del Ministerio Público, publicada en el Registro Oficial NO. 26 del 19 de Marzo de 1997 , en su artículo 2 dice:

"El Ministerio Público se ejerce por el Ministro Fiscal General, los Ministros Fiscales Distritales, y los Agentes Fiscales y los demás funcionarios que determine la Ley, y tiene como funciones específicas, la defensa y patrocinio de la sociedad en los casos señalados por la Constitución y las leyes".

El Ministerio Público se encuentra definido en el Art. 1 de la Ley Orgánica referida, y se indica que para el sistema mixto, " El Ministerio Público es persona jurídica de derecho público, autónoma e independiente, en lo administrativo y presupuestario. Tendrá su sede en la capital de la República."

Por efectos de la Ley 2.000-19, publicada en el Registro Oficial No.100, se establece que el Ministerio Público es autónomo e independiente también en lo económico.

#### **5.5.- ESTRUCTURA DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Ministerio Público es un órgano independiente de la Procuraduría General del Estado. Se ejerce por el Ministro Fiscal General, los Ministros Fiscales Distritales, los Agentes Fiscales y demás funcionarios que determine la ley, en cooperación directa con la Policía Judicial.

Estará constituido por los mismos órganos anteriormente citados, y adicionalmente, formarán parte del Ministerio Público el Director Nacional de Asesoría Jurídica y el Secretario General.

En la actualidad, el Congreso Nacional, por mayoría de sus integrantes, designa al Ministro Fiscal General del Estado como Máxima Autoridad y representante del Ministerio Público, en base de una terna enviada por el Consejo Nacional de la Judicatura.

Los miembros del Consejo Nacional de la Judicatura son designados por el pleno de la Corte Suprema de Justicia. Este Consejo está integrado también por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia o un delegado suyo.

El Ministro Fiscal General durará seis años en el ejercicio de sus funciones, y debe reunir los mínimos requisitos que son necesarios para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Debe responder ante el Congreso en casos de juicio político por las infracciones constitucionales o legales cometidas durante el desempeño de su cargo, y en caso ser declarado culpable podrán censurarlo sin perjuicio de iniciar las debidas acciones penales correspondientes, si existen indicios de responsabilidad que pesen en su contra.

El Ministro Fiscal General del Estado cesa en sus funciones por las siguientes causales:

- Terminación del periodo para el que fue elegido
- Por muerte,
- Por destitución,
- Por incapacidad o abandono del cargo declarados por el Congreso Nacional, y
- Por renuncia aceptada por el Congreso.

El Director Nacional de Asesoría Jurídica deberá reunir los mismos requisitos que el Fiscal General y lo subrogará cuando este último cese en sus funciones sea por ausencia o por falta temporal o definitiva hasta cuando el Congreso nombre el respectivo reemplazo.

Siguiendo el esquema, observamos que en cada distrito existe un Ministro Fiscal que durará cuatro años en sus funciones contados a partir de la fecha de posesión de su cargo y que es nombrado por el Ministro Fiscal General.

Los Ministros Fiscales Distritales deben reunir los mismos requisitos que se exigen para ser Ministro de una Corte Superior. Estos funcionarios pueden ser removidos por el Ministro Fiscal General, previo sumario administrativo, en caso de verificarse culpa grave en el cumplimiento de sus funciones, sin perjuicio de las acciones civiles y penales de haber mérito suficiente.

Por otro lado, en cada provincia trabajan agentes fiscales, nombrados también por el Ministro Fiscal General. Estos funcionarios durarán 4 años en el ejercicio de sus funciones, contados a partir de la fecha de la posesión de su cargo, y deben reunir los mismos requisitos necesarios que para ser Juez Penal. Pueden ser removidos por el

Ministro Fiscal General, en caso de culpa grave o infracciones en el cumplimiento de sus funciones, sin perjuicio de acciones civiles y/o penales a que hubiere lugar.

Cabe tener presente que en los lugares donde no hay agentes fiscales, el Ministro Fiscal del correspondiente Distrito nombrará Promotores Fiscales, para cuya designación se preferirá a los Doctores en Jurisprudencia o Abogados.

El Ministerio Público es uno, indivisible e independiente en sus relaciones con las ramas del Poder Público y lo integran los funcionarios que determine la ley. Tendrá autonomía administrativa y económica. El Ministro Fiscal General del Estado ejercerá su representación legal. (Art. 217 Constitución)

Esta disposición que proviene de una Ley Superior como es la Carta Magna, se cumple en la práctica a plenitud. Esta autonomía administrativa y económica le confiere al Ministerio Público toda la independencia del caso, para poder cumplir la misión específica encomendada.

El Ministro Fiscal General no podrá ser reelegido en el desempeño del cargo. (Art. 218 Constitución).

Al ser nombrado por el Congreso Nacional por una terna presentada por el Consejo Nacional de la Judicatura, es fácil deducir que la máxima autoridad del Ministerio Público será una persona afiliada a un partido político, y no uno de los mejores ciudadanos de la sociedad ecuatoriana, que sería lo ideal, para que esta Institución del Estado esté bien representada y cumpla su papel con verdadera independencia y sin ninguna presión política.

Evidentemente que el Ministerio Público tiene el monopolio de la Investigación con el auxilio de la Policía Judicial; cabe resaltar que si no hay acusación fiscal, no se iniciará ningún juicio; además, el Ministerio Público es el responsable de impulsar la acusación durante todo el trámite del juicio penal, de ahí se justifica su participación activa en todas las etapas del proceso penal.

## **5.6.- EL PATROCINIO PÚBLICO Y EL PATROCINIO DEL ESTADO.**

Corresponde al Ministerio Público el patrocinio público, es decir; representar a la sociedad en su conjunto dentro del juicio penal, en tanto que corresponde a la Procuraduría General del Estado el patrocinio del Estado, es decir, la defensa de los intereses del Estado en todo juicio. Esta clara diferenciación tiene lugar con el advenimiento del sistema procesal penal mixto, toda vez que en el sistema penal inquisitivo el Fiscal representaba al Rey o a la Corana y tenía como relevante función la atinente a la recaudación de tributos. Al abandonar el Ministerio Público la vindicta pública (la venganza en nombre del Estado) y asumir la defensa de la sociedad, hubo necesidad de crear un ente que defienda los intereses del Estado que son primordialmente de carácter patrimonial o económico.

A la cabeza de la Procuraduría se encuentra el Procurador General del Estado quién es el abogado del mismo y la actuación de aquél se da preferentemente en juicios de carácter civil, pudiendo intervenir también en juicios penales que perjudican los intereses del Estado, como es el caso de los referidos a peculado o disposición arbitraria de fondos públicos y enriquecimiento ilícito.

El Ministerio Público, en cuya cabeza se encuentra el Ministro Fiscal General, como ya se anotó, representa a la sociedad y por lo tanto, en su intervención debe contemplar aspectos inherentes a la defensa de los derechos humanos de los agraviados, de los imputados y más tarde de los sentenciados, asuntos que son extraños al patrocinio del Estado, de ahí que el Fiscal es garante de la legalidad y del respeto de la reglas del debido proceso.

La defensa de los intereses de la sociedad y del Estado por lo mismo, no son compatibles en ésta medida. No obstante lo anotado, en el tránsito del sistema mixto al sistema procesal penal acusatorio moderno, el Ministerio Público ecuatoriano, que desde 1830 hacía parte de la Función Judicial, en 1979 (al dictarse la primera Ley Orgánica del Ministerio Público), salió de la esfera de la Función Judicial para

integrarse a la Procuraduría General del Estado, dependiente del Ejecutivo, siendo entonces que la primera autoridad del Ministerio Público era el Procurador General del Estado y la segunda autoridad el Ministro Fiscal General, la defensa de los intereses del Estado (o el patrocinio del Estado), era ejercido por el Procurador a través de los ministros y agentes fiscales, pues la Procuraduría en el campo administrativo no contaba con Procuradores provinciales o distritales; los Fiscales entonces se veían dentro del proceso penal en una situación sui generis de defender al mismo tiempo los intereses del Estado y los intereses de la sociedad dentro del juicio, lo cual resulta incoherente, pues por ejemplo, en un juicio penal incoado por la comisión de un delito contra la propiedad del Estado, el Fiscal debía acusar la infracción en nombre del Estado, y al mismo tiempo, como defensor de la sociedad; si no encontraba fundamentos probatorios en contra del imputado, debía abstenerse de acusar, así mismo, existiendo circunstancias atenuantes o eximentes de responsabilidad, debía considerarlas.

Esta incompatible actuación fue superada en 1997, cuando se dicta la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público, publicada en el registro Oficial N° 26 de 19 de marzo de 1997, la que consagra al Ministerio Público como persona jurídica de derecho público, autónoma e independiente en lo administrativo, económico y presupuestario, definiendo claramente el rol del ente acusador respecto del de la Procuraduría General del Estado, cuyas atribuciones constan regladas en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, según la cual, le corresponde el ejercicio del patrocinio del Estado, por lo tanto, en un juicio penal pueden concurrir simultáneamente ambos organismos, cumpliendo cada cual el rol propio que le asigna la Ley: el Ministerio Público, que ejerce el patrocinio público (o de la sociedad); la Procuraduría General del Estado, que ejerce el patrocinio del Estado y el Contralor General del Estado, que es el juez de cuentas del Estado, en el ejemplo citado, la actuación de cada institución y sus personeros, será distinta dentro de un ámbito claramente determinado, sin que exista cruce ni duplicación de funciones e intereses.



Las Funciones del Ministerio Público se encuentran precisadas a lo largo de éste trabajo; las atinentes a la Procuraduría General del Estado y al Procurador, constan en su Ley Orgánica y son las siguientes:

## Capítulo I

### DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, SU ÁMBITO DE COMPETENCIA Y ORGANIZACIÓN.

Art. 1.- (De la Procuraduría General del Estado): La Procuraduría General del Estado es un organismo público autónomo, con personería jurídica, patrimonio y fondos propios, dirigido y representado legalmente por el Procurador General del Estado. Tendrá su sede en la Capital de la República y, podrá establecer delegaciones distritales o provinciales, de acuerdo a sus necesidades administrativas.

Art. 2.- (Del Procurador General del Estado): El Procurador General del Estado es el representante judicial del Estado.

Le corresponde el patrocinio del Estado, el asesoramiento legal y las demás funciones que determina la ley. Puede delegar dicha representación, de conformidad con lo que se establezca en el Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado.

El período de su gestión, los requisitos y la forma de elección serán los previstos en la Constitución Política de la República.

Art. 3.- (De las funciones del Procurador General del Estado): Corresponden privativamente al Procurador General del Estado, las siguientes funciones:

a) Ejercer el patrocinio del Estado y de sus instituciones de conformidad con lo previsto en esta ley;

- b) Representar al Estado y a los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica, en defensa del patrimonio nacional y del interés público;
- c) Supervisar el curso de los juicios o reclamos que involucren a las entidades del sector público que tengan personería jurídica; promoverlos o intervenir con respecto a ellos, en defensa del patrimonio nacional y de interés público;
- d) Representar al Estado Ecuatoriano y a las entidades del sector público en cualquier juicio o reclamo que deban proponer o que se plantee en su contra en otro Estado, de acuerdo con la Constitución Política de la República, los tratados o convenios internacionales vigentes y las leyes del Estado Ecuatoriano;
- e) Absolver consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, así como a las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico. El pronunciamiento será obligatorio para la administración pública, sobre la materia consultada, en los términos que se indican en esta ley;
- f) Emitir los informes y dictámenes requeridos por las leyes, en relación con los actos y contratos de las instituciones del Estado. Dichos informes y dictámenes serán obligatorios;
- g) Supervisar el cumplimiento de dichos contratos y proponer o adoptar, con este fin, las acciones judiciales o administrativas necesarias en defensa del patrimonio nacional y del interés público. Esta supervisión incluirá la oportuna ejecución de los contratos con el fin de evitar el encarecimiento del precio de las obras, bienes o servicios y que su retardo perjudique a la comunidad;
- h) Reclamar judicial o administrativamente de terceros los bienes fiscales; y, en el caso de los de carácter provincial o municipal o pertenecientes a organismos

autónomos del sector público, requerir de las autoridades correspondientes igual medida debiendo actuar por su propia iniciativa en el evento de que no lo hicieren;

i) Informar anualmente por escrito al H. Congreso Nacional sobre el ejercicio de sus funciones;

j) Presentar proyectos de ley, en las materias que correspondan a sus atribuciones específicas;

k) Expedir el Reglamento Orgánico Funcional, para la organización, gobierno y administración de la Procuraduría General del Estado;

l) Elaborar anualmente la proforma presupuestaria de la entidad; y,

m) Las demás atribuciones señaladas en la Constitución Política de la República y las leyes.

Art. 4.- (Del Subprocurador General del Estado): El Subprocurador General del Estado será designado por el Procurador General del Estado. Para el ejercicio de sus funciones, reunirá los mismos requisitos y tendrá las mismas prohibiciones legales de aquél. Subrogará al Procurador General del Estado en caso de falta definitiva, hasta que el Congreso Nacional designe el nuevo titular. Se encargará del despacho de los asuntos que expresamente le delegue el Procurador General del Estado, de acuerdo con el Reglamento Orgánico Funcional de la institución.

## Capítulo II

### DEL PATROCINIO DEL ESTADO.

Art. 5.- (Del ejercicio del Patrocinio del Estado): Para el ejercicio del patrocinio del Estado, el Procurador General del Estado está facultado para:

a) Proponer o contestar demandas, y en general intervenir en las controversias que se sometan a la resolución de los órganos de la Función Judicial, de tribunales arbitrales, y de tribunales o instancias, con jurisdicción y competencia en los procedimientos administrativos de impugnación o reclamos, sea como actor, demandado o tercerista, sin limitaciones, en los procesos o procedimientos que interesen al Estado y a las entidades u organismos del sector público, en la forma establecida en esta ley;

b) **Intervenir como parte procesal en los juicios penales**, controversias y procedimientos administrativos de impugnación o reclamo, que se sometan a la resolución de la Función Judicial, tribunales arbitrales y otros órganos jurisdiccionales, en los que intervengan los organismos y entidades del sector público, que carezcan de personería jurídica;

c) Supervisar el desenvolvimiento de los procesos judiciales y de los procedimientos arbitrales y administrativos de impugnación o reclamo, en los que participen las instituciones del Estado que tengan personería jurídica, e intervenir con respecto a ellos, en defensa de los intereses del Estado, ante cualquier organismo, Corte, Tribunal o Juez, dentro del país o en el exterior;

d) Representar judicialmente al Estado, a los organismos y entidades del sector público, de acuerdo con la Constitución Política de la República, tratados y convenios internacionales y la ley, en cualquier proceso o procedimiento que corresponda a la jurisdicción de los organismos, jueces o autoridades en otro Estado, con facultad para desistir de las acciones que hubiere propuesto y con facultad para transigir;

e) Asesorar de oficio o a petición de los organismos y entidades del sector público en demanda o defensa de los intereses de las instituciones del Estado, tanto en las acciones y procesos judiciales, como en los procedimientos alternativos de solución de conflictos, así como en los administrativos de impugnación o reclamos en los que haya sido notificado el Procurador General del Estado. El organismo o entidad

proporcionará a la Procuraduría todos los antecedentes, su criterio jurídico y la información pertinente, para el debido asesoramiento;

f) Autorizar a las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público, previo informe favorable del procurador o asesor jurídico respectivo, para desistir o transigir del pleito, cuando la cuantía de la controversia sea indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América; y,

g) Exigir a las personas naturales o jurídicas que tengan vínculos con el Estado, a través de la contratación pública, o de las formas o modalidades previstas en la ley y, particularmente a los titulares o máximas autoridades de las instituciones del Estado, la información que requiera, en cumplimiento de la ley, la misma que será proporcionada en el término máximo de diez días, contado a partir de la fecha de la entrega-recepción del requerimiento, sin que esta facultad pueda afectar al sigilo bancario, documentación secreta o reservada, derechos de autor o de propiedad intelectual, industrial o comercial, cuyo requerimiento de información debe formularse de conformidad con la ley.

El incumplimiento de esta obligación en el término indicado, tratándose de servidores públicos, motivará que la Contraloría General del Estado, a pedido de la Procuraduría General del Estado, establezca las responsabilidades y sanciones pertinentes, de conformidad con la ley, sin perjuicio de las responsabilidades penales a que hubiere lugar. Para el caso de las personas naturales o jurídicas del sector privado que tengan vínculos con el Estado a través de la contratación pública o de las formas o modalidades previstas en la ley, el Procurador General del Estado, oficiará obligatoriamente a la Contraloría General del Estado exponiendo las razones y motivos del requerimiento no satisfecho, para que dicho organismo proceda a adoptar las acciones administrativas que el caso amerite, de conformidad con la ley, respecto de los eventuales perjuicios ocasionados al Estado y a sus instituciones.

## **5.7.- EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA FUNCIÓN JUDICIAL.**

- La Constitución de 1967 se refiere a la Función Jurisdiccional y al Ministerio Público, dispone que el Ministerio Público se ejerce por parte del Procurador General, los fiscales de los Tribunales de Justicia y los demás funcionarios que la ley determine. Esta norma se refiere ya a los "Fiscales de los Tribunales de Justicia", reconociendo, en tácitamente que los fiscales son parte de la Función Judicial.

- Las Constituciones de 1945, 1946 y 1967 no contienen ninguna disposición sobre los requisitos, ni sobre la forma de elección del Ministro Fiscal General, por que se parte del supuesto de que aquél forma parte de la Corte Suprema de Justicia, y que por tal virtud, debe reunir los mismos requisitos de los ministros de ese tribunal y debe ser designado en la misma forma que los magistrados. Así, el Art. 12 de la Ley Orgánica de la Función Judicial promulgada en el Registro Oficial No. 636 , del 11 de Septiembre de 1974, dispone que la Corte Suprema de Justicia esta integrada por 16 ministros jueces y por un Ministro Fiscal, mientras que las cortes superiores están, así mismo integradas por los ministros jueces y un ministro fiscal. La Corte Superior designa a los Jueces y Fiscales dentro de su jurisdicción.

El pasar del tiempo y el camino recorrido permitió diferenciar la función específica de jueces y fiscales, si bien ambos son entes del sistema de la administración de justicia penal, sin embargo, son distintos en su actuar. Así, el Ministerio Público es promotor de la acción penal pública, custodio de la legalidad y representante de la sociedad en el juicio, mientras que los jueces tienen la misión trascendental de administrar justicia.

La dependencia del Ministerio Público a la Función Judicial, no solo que subordinaba la gestión de los fiscales al accionar del juez, sino que volvía débil la voz del Fiscal en representación de la sociedad.

## **5.8.- SISTEMAS PROCESALES EXISTENTES, CARACTERES, ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

De acuerdo a las funciones de investigar, acusar y de resolver, dependen las características de los diferentes sistemas procesales que se han implementado durante los últimos tres mil años de nuestra historia, que según un significativo número de tratadistas en materia penal, son cuatro: el acusatorio, el inquisitivo, el mixto y el acusatorio moderno.

Las formas de manifestación del proceso penal se observan en las funciones que se realizan en el mismo y que son necesarias:

- a) La función de acusar: Si se imputa a alguien el cometimiento de un delito, resulta necesaria la presencia de alguien que haga la imputación;
- b) La Función de defensa: Al ser el objeto del proceso una relación de derecho penal, es indispensable que se ponga al acusado en condiciones de refutar y rechazar la acusación;
- c) La Función de decisión: Eminentemente práctico entre los fines del proceso penal es el de juzgar al acusado, de obtener una sentencia, de definir la concreta relación de derecho penal.

Si cada una de estas tres funciones es encomendada a un órgano propio e independiente, tendremos consecuentemente tres órganos distintos: un acusador, un defensor y un juzgador y estaremos frente a un proceso acusatorio. Si las tres funciones están concentradas en manos de un mismo órgano, de una sola persona que es el juez, el proceso es inquisitivo. Por lo tanto tenemos que:

1. En el primer caso, el proceso toma el nombre de acusatorio y da lugar a un proceso de partes; y,
2. En el segundo caso, el proceso toma el nombre de inquisitivo y da lugar a un proceso unilateral, de un juez con actividades varias.

El sistema en el proceso representa un conjunto ordenado, integral y total que presenta unidad y cuya pluralidad es intuitiva. Todo forma parte de este sistema: la norma, el objeto, los sujetos, las situaciones jurídicas, los actos, las funciones y las estructuras.

No debemos olvidar que el proceso penal se encuentra enmarcado dentro de un triángulo:

- a) Ministerio Público: Como acusador;
- b) Órgano Jurisdiccional: Como regulador del proceso que resuelve el conflicto;  
e,
- c) Imputado: Como el afectado síquica y moralmente por la acción penal y el problema socioeconómico.

La lectura ideológica del Código de Procedimiento Penal, nos lleva a apreciar la vigencia de los Sistemas Inquisitivo, Acusatorio y Mixto.

Estos sistemas se presentan como expresión de la unidad sistemática del orden jurídico general o especial a partir de los preceptos particulares del derecho positivo. Entonces, para la comprensión dogmática de un conjunto de reglas jurídicas vigentes o no, sean nacionales o extranjeras, se requiere una función puramente científica a través de la aplicación del método inductivo.

No obstante de lo anotado, debemos distinguir en realidad cuatro sistemas procesales en materia penal, que son a saber:

- a. El sistema acusatorio oral privado de la antigüedad;
- b. El sistema inquisitivo escrito de la época medieval;
- c. El sistema mixto liberal posterior a la Revolución Francesa; y,
- d. El sistema acusatorio oral público moderno de corte anglosajón.



Algunos autores encuentran en el Código de Manú, los primeros vestigios del sistema acusatorio oral privado. Sin embargo, otros sostienen con mayor rigor histórico, que el origen de este sistema procesal se encuentra en Atenas, de donde se extendió a Roma<sup>9</sup> y luego a toda Europa.

En principio el hombre actuaba anárquicamente sea de manera personal, familiar, grupal o tribal en defensa de sus intereses particulares, alejaba o neutralizaba directamente el ataque y muchas veces castigaba con sus propias manos al agresor, a sus familiares y si era posible a los demás miembros de su grupo y de su tribu. Era el tiempo de la justicia primitiva, elemental y simple, sin jueces ni tribunales, sin medida ni clemencia, razón por la cual, todavía no se puede reconocer la existencia de ningún sistema procesal penal propiamente dicho.

Desde este punto de vista, la "Ley del Talión: Ojo por Ojo y Diente por Diente", representó gran avance en la civilización humana, porque se implementó por primera vez un criterio de proporcionalidad entre el ataque y la defensa, entre la agresión y la consecuencia.

Igualmente, el sistema penal acusatorio privado de la antigüedad, representó un gran adelanto en el comportamiento social de la humanidad, porque implantó ciertas normas de procedimiento para la composición del conflicto que había surgido entre dos o más personas, a través de un juicio sometido a la decisión de un juez- árbitro. En otras palabras, el sistema acusatorio oral privado de la antigüedad reemplazó al combate "salvaje" inicial, por una contienda sin sangre sometida a la decisión de un tercero componedor.

Respecto a los sistemas procesales penales que aquí se trata de manera sucinta, parto de los principios que dan forma a cada uno. Cabe aclarar que los distintos autores preocupados por el tema, no presentan, en términos generales, disparidad notable en lo referente a sus contenidos.

---

<sup>9</sup> Del 496 al 270 ac., Roma conquistó todo lo que constituye actualmente Italia; del 264 al 201 ac., sostuvo las dos primeras guerras púnicas; del 200 al 130 ac., intervino en Oriente, destruyó Cartago (tercera guerra púnica) y sometió a Grecia convirtiéndola en una provincia más de la República.

Como ya se examinó en su momento, a través del tiempo y en distintos sistemas, la denominación del Ente Acusador ha sido distinta, algunos países lo identifican como Ministerio Público, expresión que como se indicó, proviene del Derecho Francés "Ministere Public", sin que signifique que el Ministerio Público representa el interés público, sino el de la sociedad, pues lo público atañe todo lo que es estatal y la defensa del interés público está a cargo de otros organismos, particularmente por el abogado del Estado que es el Procurador General del Estado.

Países que tienen tradición española denominaron al ente Acusador como Ministerio Fiscal, (el Fiscal en su origen fue el abogado del Fisco). La palabra Fiscal tiene un carácter predominantemente tributario y este carácter no guarda armonía con las funciones que fueron asignadas paulatinamente al Ministerio Público.

El Ministerio Público, en los primeros tiempos dependía directamente del Ejecutivo, o antes de que el Estado tenga forma en la división de poderes o funciones, dependía del poder de monarcas y reyes.

Cuando los fiscales dependían de la Corona, sus funciones no eran de estricto carácter jurídico, más tarde en la República (en el año de 1830), cuando se dictó el 28 de septiembre la Primera Ley Orgánica de la Función Judicial y hasta 1979 año en el que se promulgó la primera Ley del Ministerio Público, los fiscales formaron parte de la Función Judicial, había consecuentemente el Ministro Fiscal de la Corte Suprema, los Ministros Fiscales de las Cortes Superiores y los Agentes Fiscales que se vinculaban con los juzgados penales. El Ministro Fiscal General tenía atribuciones de carácter administrativo y disciplinario sin mayor trascendencia.

Al Fiscal se le atribuían en un inicio las funciones de abogado del fisco; con la división de poderes del Estado fueron diferenciándose la actividad judicial, ejecutiva y legislativa, entonces el Ministerio Público constituye un órgano de administración de Justicia.

La Fiscalía es una dependencia de la Función Judicial y representa a la vindicta pública; más tarde, con la influencia del sistema acusatorio público, se hace imprescindible dotar al Ministerio Público de una autonomía orgánica y administrativa, pues se dividen las funciones del juez y del fiscal.

#### **5.8.1.- SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO.**

Lo que se pretendía con este sistema era restablecer el derecho lesionado, que se conocía por la acusación del agraviado, imponiendo una sanción al culpable, quien podía defenderse en igualdad de condiciones con el actor, previa responsabilidad comprobada del hecho, cuyas pruebas eran solamente dirigidas por el juez a petición de parte.

En este sistema encontramos que existe una marcada protección al individuo, el mismo que no es sujeto de prisión preventiva, sino que conserva su libertad hasta la decisión final; y además existe el patrocinio de cualquier persona, es decir, tenía libertad de defensa.

El acusador es diferente del Juez y no se encuentra representado por un órgano especial; pero es necesaria su actuación, pues de lo contrario no había juicio penal.

No existe la acusación de oficio y el derecho de acusar es ilimitado. Las partes intervinientes en el proceso se encuentran en igualdad frente a la pasividad del juez. Los medios de defensa son equilibrados para las partes. Podríamos decir que el acusado podía inclusive, escoger sus jueces, de donde encontramos el origen del derecho de recusación.

En éste sistema, la equidad prevaleció sobre la noción de lo legal.

Al encuadrarse dentro de las particularidades anotadas, este sistema presenta ciertas desventajas como:

- a).- La paralización de la represión por falta de acusación. La acusación se hallaba limitada ya que si la misma era calificada de calumniosa, se imponía al acusador la pena solicitada por el acusado;
- b).- La utilización de la acusación como instrumento de extorsión o chantaje; y,
- c).- La estigmatización del acusado provocada por la publicidad de los debates.

Sin embargo, no todo era negativo, pues el fundamento democrático de éste sistema garantizaba la defensa del acusado, permitiendo organizar sus medios de prueba en libertad. Así mismo, el debate oral, público y contradictorio, por sus características, aliviaba la tensión social y simplificaba los procedimientos que concluían en una resolución ágil, sin ser precipitada.

#### 5.8.1.1.- ORIGEN DEL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO.

Lo encontramos presente en los regímenes políticos democráticos de Grecia y Roma del siglo XII, en que existía poca injerencia estatal y un gran respeto a las libertades individuales, inclusive el acusado tenía defensa por medio del "patronus".

#### 5.8.1.2.- CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO.

El sistema acusatorio oral primitivo era por excelencia de carácter privado, la forma acusatoria primera que surge históricamente, resulta de la concepción privada del Derecho penal. Supone que el ofendido o su grupo, tienen derecho a una reparación a través no de un proceso verdadero, sino, valiéndose de un combate simulado que indiferenciaba pretensión civil y penal (proceso civil y penal).

El profesor L. Prieto-Castro, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, también destaca el origen privado del sistema acusatorio oral de la antigüedad, que se basaba en un convenio privado entre las partes. Explica que el

procedimiento romano se dividía en dos tiempos: procedimiento "in jure" (en derecho) y procedimiento "apud iudicem".

La etapa "in jure" estaba sometida a la dirección del pretor, que era el magistrado que ejercía jurisdicción en la antigua Roma y en las provincias a ella sometidas, y su finalidad era fijar los hechos y los términos de la controversia. Esta primera etapa "in jure" se iniciaba con la exposición que el actor debía hacer ante el titular de la jurisdicción en presencia del demandado, sobre el asunto reclamado o controvertido, exposición inicialmente de carácter oral y más tarde escrita.

Posteriormente se pasaba a examinar los presupuestos procesales, como la competencia del tribunal y la legitimidad de las partes, ya que si no se daban esos presupuestos o el "ius civile" no concedía legis actio para el caso concreto, ni tampoco el derecho complementario del pretor, éste no otorgaba la acción, es decir; la venia para continuar el proceso ante el juez, lo que era conocido como denegatio actionis. En caso favorable concedía la autorización o "dare actiomen".

El demandado podía negar los cargos y oponer las excepciones respectivas o simplemente reconocer el derecho del actor, en éste último caso se terminaba el procedimiento y no se pasaba a la segunda etapa. Si no habían impedimentos procesales ni confesión ni juramento y el pretor aceptaba la fórmula, se nombraba iudex (arbitro) y se cerraba el contrato formal de "litis contestatio" con la entrega y aceptación del escrito con la fórmula ante testigos .

En esta primera etapa del proceso se nota claramente la privacidad del ejercicio de la acción dentro del Derecho Romano, pues los árbitros no se ponían en marcha de oficio, sino mediante la reclamación concreta del ofendido. En tal virtud, para el Derecho Romano, el ofendido debía presentar su acusación como requisito sine-quantum para que los jueces árbitros avoquen conocimiento y se pongan en marcha (sin acusación no había juicio).

En la segunda fase o sea en el procedimiento "apud judicem" correspondía a las partes probar sus alegaciones. En esta fase final del procedimiento dominaban los principios de la oralidad y de la inmediación, es decir; contacto directo entre el juez y las partes y la publicidad.

En la época en que surgió el sistema acusatorio oral de la antigüedad, no se encontraba todavía organizado un aparato judicial del Estado, como existe en la actualidad, por lo tanto, el actor tenía que someter su conflicto a resolución de un juez privado (juez árbitro). No obstante, ya se habían implementado ciertas normas que obligaban a determinados ciudadanos a aceptar la función de árbitros y otras reglas dirigidas a obligar al vencido a observar la resolución o sentencia dictada por aquél.

En la organización del proceso penal prevalecía el principio acusatorio (desconcentración de las funciones procesales), aunque soportando algunas derogaciones circunstanciales, derivadas de la índole de los asuntos.

Un limitado sentimiento de solidaridad social permitía que la comunidad sintiese la alarma general causada por el delito cuando se trataba de infracciones de carácter político o de las formas más graves de atentados personales, a los que se denominaban delitos públicos, pero no la conmovía con la misma intensidad frente a atentados "menos graves" llamados delitos privados, en los que sólo percibía el perjuicio ocasionado a la víctima y no a la sociedad; y esta distinta actitud del grupo social en uno y otro caso, esta distinta reacción, se reflejaba en las formas procesales:

- Los delitos privados eran tratados de la misma manera que los asuntos civiles: El proceso sólo se iniciaba por acción del ofendido (sistema de acción privada) y se componía de una demanda, de su contestación, de las pruebas aportadas por las partes y luego un debate oral.

- Con el paso de los siglos, se comienza a distinguir la figura del Fiscal, funcionario que en el Derecho Español coopera de manera secundaria con el juez instructor,

mientras que en el Derecho Anglosajón, toma para sí la tarea exclusiva de la presentación de la acusación, como paso previo para la iniciación del juicio, al tratarse de delitos de acción penal pública cometidos en contra de los particulares y en contra de los intereses del Estado o de la sociedad civil en general, de tal manera que si no hay acusación fiscal no hay juicio.

Por lo tanto, de o dicho podemos resumir las características de éste sistema de la siguiente manera:

- La solución del conflicto se daba por el acercamiento privado y directo entre las partes (de allí su denominación).
- La manera de solucionar el problema dependía de las partes en conflicto, antes que de la organización del poder soberano del Estado representado a través de la administración de justicia. No existía un poder o una función judicial del Estado debidamente estructurada, con grados e instancias, como consecuencia de esto, quién resolvía el conflicto era un juez privado (árbitros) cuya resolución era obligatoria para el vencido.
- En la acusación privada no se encuentran vestigios de lo que hoy conocemos como Derecho Penal, sin embargo, hay tratadistas que consideran que la concepción privada del derecho penal supone la reparación del daño por parte del infractor a través de un proceso que en realidad no era tal, puesto que se trataba mas bien de una confrontación simulada que no establecía diferencias entre pretensión ni entre proceso de orden civil o penal. De ésta manera, el llamado proceso no pasó de ser un convenio privado entre las partes cuya finalidad era en primer lugar fijar los hechos y los términos de la controversia, luego examinar los presupuestos de validez procesal como competencia del juzgador y legitimidad de las partes, puesto que si no habían estos presupuestos no podía proceder la acción.
- El demandado podía negar los cargos excepcionándose, o reconocer las pretensiones del actor, en cuyo caso terminaba el proceso, así se advierte la

privacidad del ejercicio de la acción en el derecho romano, ya que los árbitros no actuaban de oficio, sino solo frente a una reclamación específica reflejada en la acusación del particular ofendido.

- En la fase de la acusación predominaban los principios de oralidad e inmediación.

- En la fase de la acusación privada encontramos notables diferencias entre el proceso romano y el germánico, el proceso romano ostentaba el carácter de un juicio por el papel de inmediación del juez que decidía el conflicto basado en un acto de inteligencia; en cambio, el resultado del proceso germánico (que era mas bien rudimentario), dependía de una manifestación de voluntad superior divina, en el cual poco o nada interesaba la íntima convicción del Juez, aquí lo relevante era la provocación del juicio divino derivado del juramento y de ciertas exposiciones a que se sometían los contendientes.

- Nadie podía ser llevado a juicio sin acusación privada, este antecedente es lo que ha permitido mantener hasta la actualidad los delitos de acción privada, que se accionan solo con la reclamación particular.

- La acusación privada en el derecho romano, se sustentaba en el derecho a la paz pública y social y a una vida tranquila y armónica, por tanto, quien la violaba atentaba contra un derecho social, y por ende arremetía un derecho particular y quien se sentía afectado tenía facultad para acusar al infractor, nace así el reconocimiento del delito como una ofensa social, ya que engendraba un cierto aire cívico.

- El principio citado duro poco cuando el desarrollo de la sociedad desbordó las expectativas planteadas por la ausencia de una política de control estatal y el predominio de la voluntad de los particulares. (Constituía en verdad un problema social dejar a merced de la voluntad ajena la persecución de los delitos).

Principios del Sistema Procesal Penal Acusatorio Privado:



A) La contradicción:

En la antigüedad, el aporte probatorio surgía necesariamente de la propia iniciativa de las partes en contienda, dada por la confrontación entre las pretensiones del actor y las excepciones que proponía el demandado, las cuales debían ser materia de arreglo por parte del árbitro componedor.

Por la característica oral de este sistema, el derecho de las partes, principalmente del demandado a reprochar los cargos en su contra; o del actor, de reprochar las pruebas contrarias, eran de carácter oral.

Nótese aquí los primeros rasgos de lo que llamamos como legítimo derecho de defensa.

B) La oralidad:

En la antigüedad, la oralidad era considerado el medio de comunicación más importante e idóneo. Todos los procesos eran llevados en forma oral por la casi inexistente presencia de la escritura, de esta manera gobernantes y gobernados, dirigentes y ciudadanos, tenían fácil acceso a ejercer sus reclamaciones directamente, sin discriminación alguna, por ser la oralidad un medio de comunicación general.

Observamos aquí una política social, en que si bien no había un proceso propiamente dicho, se permitía el acceso de todos los ciudadanos a la justicia para acusar cuando se sentían lesionados en sus derechos.

C) La publicidad:

Se da como consecuencia de la pobre infraestructura existente, al no existir recintos apropiados para ventilar los procesos, los juicios se celebraban en lugares públicos. Como ya se dijo, en este sistema no existía un aparato judicial debidamente estructurado, por tanto, es obvio que tampoco existiesen lugares propicios donde este

pueda funcionar, de tal manera que los procesos se llevaban a cabo en lugares públicos donde acudían a presenciar las controversias cualquier interesado o curioso, sin restricción de ninguna naturaleza.

D) La inmediación:

La etapa de juzgamiento se celebraba en contacto personal y directo entre las partes, los testigos y el juez, quien calificaba y practicaba los medios de prueba necesarios, así mismo en forma directa y personal.

El árbitro ejerce un control directo en la relación procesal, de hecho, por la oralidad que caracteriza este sistema, y por la forma de contradecir los argumentos, los árbitros debían estar presentes y llevar a cabo todas las diligencias.

Se reconocen como derechos procesales de las partes, el derecho social y la política procesal.

E) La concentración:

Dadas las características anteriores, el juicio inexorablemente debía terminar en poco tiempo. El juez-arbitro privado, luego de la audiencia practicada con las partes, debía resolver sin mayores dilaciones ni incidentes (política procesal y social- principio de celeridad).

### **5.8.2.- SISTEMA PROCESAL PENAL INQUISITIVO.**

Institución judicial creada por el pontificado en la edad media, con la misión de localizar, procesar y sentenciar a las personas culpables de herejía. En la Iglesia primitiva la pena habitual por herejía<sup>10</sup> era la excomunión.

---

<sup>10</sup> La herejía consiste en todo error en materia de fe, y se produce cuando cualquier cristiano se opone a lo que cree y propone la Iglesia Católica.

Con el reconocimiento del cristianismo como religión Estatal en el siglo IV por los emperadores romanos, los herejes empezaron a ser considerados enemigos del Estado, sobre todo cuando habían provocado violencia y alteraciones del orden público. San Agustín aprobó con reservas la acción del Estado contra los herejes, aunque la Iglesia en general desaprobó la coacción y los castigos físicos.

Los fundamentos de este sistema son:

- a).- La supresión de la acusación como origen del proceso;
- b).- El poder del Estado de promover la represión de los delitos (en lo que el acusado es objeto de persecución); y,
- c).- La consecución de la confesión del delito por parte del inculpado sin importar que medios se empleen.

Según José Marques “El Juez penal es el actumtrium personaun” , esto significa que en su persona de juzgador se identifica y confunde la de acusador y es él además quien dirige la defensa, que solo pretende la declaración de culpabilidad. Por lo que en esta persona se concentra la acusación, la defensa y la decisión.

En su intervención como juez, actúa de oficio, en base a denuncias por lo general secretas; es designado por el Estado al cual está vinculada su decisión favorecedora. Su actividad es básica y fundamental en este sistema, pues él instruye y condena. Toma parte en el proceso como actor (acusación oficiosa) provocando una marcada desigualdad entre los contendientes, sacrificando derechos y garantías individuales, en su afán represivo.

La defensa del imputado la tiene el juez; el acusado en general, no puede tener defensor; y, si lo consigue, la posible prueba de descargo o razón es limitada.

El juez, al dirigir las pruebas, por iniciativa propia, e investido de poderes discrecionales para indagar, consigue la acumulación política de todas las circunstancias de cargo, sin control del acusado, basándose en su afán de defender a la sociedad frente al demandado. El sistema de prueba adoptado es el de tasación, constituyendo la máxima muestra o razón "conforme a derecho", la confesión del reo, que se consigue por cualquier medio (normalmente el tormento autorizado).

Este sistema de valor histórico - dialéctico, combatido en su tiempo por Montesquieu, Voltaire y Beccaria, entre otros, fue básicamente escrito, secreto y no contradictorio, represivo al máximo y atentatorio de la garantía de presunción de inocencia y de los derechos de la persona, en general.

Peligroso por los alcances de su afán represivo, su valor es menor que las críticas que ha recibido. Su importancia radica en que sirvió, sin lugar a dudas como fundamento para evidenciar la necesidad del surgimiento de un posterior sistema menos rígido y no desconocedor de los intereses particulares.

#### 5.8.2.1.- ORIGEN DEL SISTEMA PROCESAL PENAL INQUISITIVO.

El sistema acusatorio dejó de representar los intereses de las sociedades griega y romana de antaño y fue superado por el sistema inquisitivo, fundado en la inquisitio, las pesquisas judiciales, el lenguaje escrito, el secreto del sumario, la falta de inmediación y de concentración.

Este sistema alcanzó su apogeo en la edad media, combinado con la aplicación del sistema legal o formal de la valoración de la prueba y la confesión conseguida bajo tormento.

Surgió como tal en el último período del derecho Romano, estableciendo sus bases Dioclesiano. Lo encontramos presente además, en los regímenes absolutistas y totalitarios y sobre todo en el Derecho Canónico. En él encontramos una clara conexión entre derecho político y proceso penal, idea que explica el maestro Alcalá

Zamora, al decir que “...este no es un proceso genuino, sino una forma autodefensiva de administración de justicia”.

En el siglo XII, en respuesta al resurgimiento de la herejía de forma organizada, se produjo en el sur de Francia un cambio de opinión dirigida de forma destacada contra la doctrina albigense<sup>1</sup>. La doctrina y práctica albigense parecían nocivas respecto al matrimonio y otras instituciones de la sociedad y, tras los más débiles esfuerzos de sus antecesores, el papa Inocencio III organizó una cruzada contra esta comunidad. Promulgó una legislación punitiva contra sus componentes y envió predicadores a la zona francesa, sin embargo, los múltiples intentos destinados a someter la herejía no estuvieron bien coordinados y fueron relativamente ineficaces.

La Inquisición en sí no se constituyó hasta 1231, con los estatutos Excommunicamus del papa Gregorio IX, por medio de ellos, el papa redujo la responsabilidad de los obispos en materia de ortodoxia, sometió a los inquisidores bajo la jurisdicción del pontificado y estableció severos castigos.

El cargo de inquisidor fue confiado casi en exclusiva a los franciscanos y a los dominicos, a causa de su mejor preparación teológica y su supuesto rechazo de las ambiciones mundanas.

Al poner bajo dirección pontificia la persecución de los herejes, el Papa Gregorio IX actuaba en parte movido por el miedo a que Federico II (emperador del Sacro Imperio Romano) tomara la iniciativa y la utilizara con objetivos políticos. La nueva institución, restringida en principio a Alemania y Aragón, entró enseguida en vigor en el conjunto de la Iglesia, aunque no funcionara por entero o lo hiciera de forma muy limitada en muchas regiones de Europa.

Dos inquisidores con la misma autoridad (nombrados directamente por el Papa), eran los responsables de cada tribunal con la ayuda de asistentes, notarios, policía y asesores. Los inquisidores fueron figuras que disponían de imponentes potestades,

---

<sup>11</sup> Denominase albigense a todo natural de la ciudad Francesa de Albi. Usualmente se aplica al hereje de una secta que tuvo su principal asiento en la ciudad citada durante los siglos XII y XIII.

porque podían excomulgar incluso a príncipes. En estas circunstancias, sorprende que los inquisidores tuvieran fama de justos y misericordiosos entre sus contemporáneos, pues varios de ellos fueron acusados de crueldad y mas abusos.

Los inquisidores se establecían por un periodo definido de semanas o meses en alguna plaza central, desde donde promulgaban órdenes solicitando que todo culpable de herejía se presentara por propia iniciativa. Los inquisidores podían entablar pleito contra cualquier persona sospechosa. A quienes se presentaban por propia voluntad y confesaban su herejía, se les imponía penas menores.

Se concedía un periodo de gracia de un mes más o menos, para realizar esta confesión espontánea; el verdadero proceso comenzaba después.

Si los inquisidores decidían procesar a una persona sospechosa de herejía, el prelado del sospechoso publicaba el requerimiento judicial, entonces la policía inquisitorial buscaba a quienes se negaban a obedecer los requerimientos, negándoseles derecho de asilo. Los acusados recibían una declaración de cargos contra ellos.

Durante algunos años se ocultó el nombre de los acusadores, pero el papa Bonifacio VIII abrogó esta práctica. Los acusados estaban obligados bajo juramento a responder de todos los cargos que existían contra ellos. El testimonio de dos testigos se consideraba por lo general prueba de culpabilidad.

Los inquisidores contaban con una especie de consejo, integrado por clérigos y laicos, para que les ayudaran a dictar un veredicto. Les estaba permitido encarcelar testigos sobre los que recayera la sospecha de que estaban mintiendo. En 1252, el Papa Inocencio IV, bajo la influencia del renacimiento del Derecho Romano, autorizó la práctica de la tortura para extraer la verdad de los sospechosos. Hasta entonces este procedimiento había sido ajeno a la tradición canónica.

Los castigos y sentencias para los que confesaban o eran declarados culpables se pronunciaban al mismo tiempo en una ceremonia pública al final de todo el proceso. Era el sermo generalis o auto de fe.

Las sanciones podían consistir desde una peregrinación, un suplicio público, una multa o cargar con una cruz, en los casos más graves las penas eran la confiscación de propiedades o el encarcelamiento, sin embargo, la pena más severa que los inquisidores podían imponer era la de prisión perpetua. La entrega de un reo a las autoridades civiles hecha por los inquisidores, equivalía a solicitar la ejecución de esa persona. Por su parte, dos pedazos de tela roja cosidas en el exterior de la ropa, señalaban a los que habían incurrido en falsas acusaciones.

Aunque en sus comienzos la Inquisición dedicó más atención a los albigenses y en menor grado a los valdenses<sup>12</sup>, sus actividades se ampliaron a otros grupos heterodoxos, como la Hermandad, y más tarde a las denominadas brujas y adivinos. Una vez que los albigenses estuvieron bajo control, la actividad de la Inquisición disminuyó, y a finales del siglo XIV y durante el siglo XV se supo poco de ella. Sin embargo, a finales de la edad media, los príncipes seculares utilizaron modelos represivos que respondían a los Inquisitivos.

El proceso inquisitivo apareció como necesario para que la represión de la delincuencia no quedara a merced o discreción de los acusadores privados y así fue que en un primer momento ya se sentó la regla de que si el acusador no quería proseguir la acusación, debía el juez continuarla de oficio y castigar al culpable.

El sistema inquisitivo como todo sistema, responde a una verdadera necesidad social y tanto es así que, aún con importantes modificaciones, engendraron el sistema mixto en el cual prevalecía lo esencial de sus principios.

---

<sup>12</sup> adj. Sectario de Pedro de Valdo, autor de una herejía, francés del siglo XII, según el cual todo lego que practicara voluntariamente la pobreza podría llegar a ejercer las funciones del sacerdocio. Se denomina valdense a toda persona perteneciente a esta secta.

En la sociedad actual, dadas las circunstancias que rodean a todo delito (amenazas, temor, chantaje, poder, etc.), resultaría absurdo pretender un sistema acusatorio, que dejaría la represión de la delincuencia sólo en manos de los particulares, cuya colaboración hasta se vuelve dificultosa en la prueba de testigos.

El proceso inquisitivo se expresa mediante la escritura, afectando a la inmediación y fraccionando el proceso en fases, rigiendo plenamente el principio de oficialidad, tanto en la iniciativa como en el impulso procesal, desapareciendo los jurados y tendiendo los jueces en teoría a ser técnicos.

El secreto del proceso es absoluto en términos generales, por que tiene muy pocas atenuaciones, llegando incluso hasta ser secreto el lugar y la forma en que actuaba el tribunal e incluso la sentencia que se dictaba.

#### 5.8.2.2.- CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA PROCESAL PENAL INQUISITIVO.

El proceso inquisitivo se divide en dos fases:

- 1.- Se hace una inquisición general, tomando información sobre el delito y el posible autor, para luego individualizar un sospechoso.
- 2.- Se inicia la inquisición especial, es decir, contra una persona determinada, lo que sucede incluso cuando es sorprendida en flagrancia (en el momento de cometer el delito).

En el sistema inquisitivo, contradictoriamente al anterior, la iniciativa es del órgano judicial, quien tiene en todo momento el poder de proceder de oficio, aun sin ser requerido por los particulares interesados.

A la inobservancia del derecho, el Estado reacciona por iniciativa pública, prescindiendo de toda consideración del interés individual. Ello se da en el proceso



penal, dada la naturaleza pública de los bienes tutelados por el derecho sustantivo. El juez puede de oficio, apartándose de la iniciativa de las partes, llevar a cabo todas las investigaciones que estime oportunas para la comprobación de la verdad histórica. Las excepciones son muy pocas, ya que sólo ocurren en los delitos de acción privada, en que rige el sistema dispositivo.

El profesor Manzini anota que la forma inquisitoria, se caracterizó por el proceso unilateral, con actitud plena, multiforme y sin contrapeso de partes. Surge este sistema por los cambios políticos, que hicieron desaparecer la forma acusatoria en el siglo XVI.

La Inquisición de Inocencio III, es un claro ejemplo de este sistema que no reconoce humanitarismo ni fueros de defensa, dejando al juez la potestad de decidir sin presencia de partes y con ausencia de los derechos defensivos. El juez deberá proveer a todo, incluso a la defensa.

La Revolución Francesa, fundada en principios humanitarios, abolió el sistema inquisitorial. Recordemos que cuando el pueblo de París atacó a la Bastilla, encontró a muchas personas privadas de su libertad por deseo de la despótica aristocracia, sin mandamiento judicial.

De lo anotado hasta el momento, básicamente podemos hablar de seis principios que identifican a éste sistema:

A) La inquisitio o iniciación de oficio:

En el sistema acusatorio oral de la antigüedad, la iniciativa quedaba librada a la manifestación de la voluntad de los interesados, quienes debían requerir la intervención del órgano judicial, en cambio en el sistema inquisitorio, la iniciativa es del órgano judicial, quien tiene en todo momento el poder de oficio, aun sin ser requerido por los particulares interesados.

Ya no hubo como confiar en la entereza de los ciudadanos para que se presenten a acusar a las personas que supuestamente hubiesen cometido delitos contra la seguridad exterior o interior del Estado u otros delitos que afectaban gravemente a la estructura jurídica, económica y política del Estado de la Edad Media; por lo tanto, hubo que abandonar el sistema de que si no había acusación no había ni juicio ni castigo, motivo por el cual se facultó a los jueces para que, cuando de cualquier modo lleguen a tener noticia del cometimiento de un acto delictivo, inicien el sumario de oficio, sin necesidad de acusación o de cualquier otra instancia de parte.

Sobre este mismo aspecto, la investigadora Ana Isabel Garita, nos dice que con el pasar del tiempo, las sociedades locales primitivas fueron emplazadas por el Estado-Nación, vigente en amplios territorios gobernados por el Soberano, que exhibía una representación de origen divino, lo cual, por otra parte trajo consigo el alejamiento del individuo como protagonista de la composición de sus propios conflictos, que se transforma en súbdito del soberano, quien asume el poder jurisdiccional de la administración de justicia de carácter inquisitiva.

#### B) Las pesquisas judiciales:

No hubiera servido de nada que los jueces puedan iniciar las sumarias o los sumarios de oficio, sino pudieran realizar las pesquisas de oficio, ex oficio. Por lo tanto, una vez que se abre la etapa del sumario, los jueces dejan de ser jueces, (si es que algún día lo habrían sido) y se convierten en malos pesquisas, investigadores o detectives judiciales, a fin de comprobar la existencia del delito y los indicios de la culpabilidad del supuesto infractor, sistema que contradice la doctrina y la lógica jurídica, porque el juez no puede ser investigador lo mismo que el investigador no puede ser juez.

Se da con el surgimiento del poder político central reflejado en el Estado, con lo que las organizaciones sociales se transforman en subordinados del poder soberano Estatal. Así es como nace lo que hoy conocemos como Derecho Penal, en forma de poder Estatal para el control y manejo de la sociedad representada por los subordinados sometidos a aquel poder, así quienes atentaban contra la organización

social, contra un orden de vida pacífico, debían ser perseguidos mediante la acción penal pública, de oficio, que tenía por objeto encontrar la verdad histórica de un hecho punible.

De ésta manera, las partes propias del conflicto carecen de poder para solucionarlo consensualmente, y la investigación y conducción procesal está a cargo de un juez oficial.

En este sistema no importan los métodos utilizados para la búsqueda de la verdad,. Al remplazar el consenso, por un método científico para obtener la verdad, este no repara en la crueldad de los medios empleados con tal de cumplir su fin.

Como dice el tratadista Julio Maier, la inquisición reemplazó el método de composición de los conflictos, de sus propios protagonistas que representan el sistema acusatorio oral privado, por la persecución penal pública y la encuesta escrita y secreta del inquisidor.

### C) La escritura:

Para el tiempo en que se implemento el sistema inquisitivo, ya había un importante sector de individuos que sabían leer y escribir su respectivo idioma. Era el pequeño e ilustrado mundo de los clérigos, de los escribanos y de los inquisidores, que se comunicaban entre ellos a través de un lenguaje escrito, desconocido para la generalidad de las gentes.

Si bien es verdad que el idioma escrito le daba al proceso la ventaja de la permanencia mas o menos indefinida, por otro lado, también el lenguaje escrito le daba al proceso un carácter de misterio y secretismo, que muchas veces atemorizaba y aterraba a los sindicados. No hay que olvidar que los españoles trajeron a América Latina el sistema inquisitivo implementado en el Santo Oficio de la Inquisición, que se aplicó no solo a los ciudadanos españoles, sino a los indígenas (que no sabían leer ni escribir).

Aún hoy, en Latinoamérica sobre todo, existe un alto porcentaje de analfabetos, que no entienden el lenguaje escrito común, peor el lenguaje escrito de abogados, jueces y secretarios de juzgados y tribunales. Esos ciudadanos tienen por lo tanto recelo y desconfianza de un sistema judicial que utiliza un lenguaje “inalcansable” para ellos. Desde este punto de vista, se dice que el lenguaje escrito tiene matices segregacionistas y antidemocráticos.

En este sistema, la acumulación sistemática de papeles en que se convierte el "juicio" y la multiplicidad de funciones adicionales e incompatibles que se le asignan al juez (la de instructor y la de juzgador), posteriormente desembocarían en una gran burocracia.

No debemos olvidar que todo sistema procesal posee registros, no obstante, el sistema inquisitivo se basa completamente en registros. La información está siempre mediatizada por un registro, que restringe el acceso de un gran porcentaje de la población al ejercicio de sus derechos y a la verdad procesal.

Con el sistema escrito nace el proceso material propiamente dicho, como medio para la realización de la justicia, puesto que deja constancia de todos y cada uno de los actos, diligencias y pruebas que se evacuan dentro de él, lo que permite de cierto modo el control de esas actuaciones.

#### D) El secreto:

Junto con la escritura, el sistema inquisitivo se caracterizó por ser secreto, no sólo para el sindicado, sino para el público en general,

El inculcado ni siquiera llegaba a tener conocimiento de la acusación que contra él se había propuesto, violándosele los pocos y casi inexistentes derechos que podía tener. Al no tener acceso a los cargos contra él planteados, poco o nada podía hacer para

reprocharlos y defenderse (pues no podía conocer ni controlar el desarrollo de este proceso proclive a error, arbitrariedad e injusticia).

E) Falta de inmediación:

En este sistema, no había la audiencia oral y pública de juzgamiento, y por lo tanto tampoco había inmediación entre los jueces, las partes y las pruebas. El proceso podía concluir sin que necesariamente se conozcan unos a otros, es decir entre las partes del proceso.

F) La desconcentración:

La acumulación de escritos convierte a los procesos en extensos y a veces en incontrolables, debido a la duración del proceso penal (especialmente de la etapa del sumario), la causa avanza en forma lenta, dando pequeños saltos de acto procesal en acto procesal, en uno de los cuales se pierde la verdad y la idea de la justicia.

Surgen los incidentes y las demoras, en medio de lo cual el juez se ve absorbido en un proceso burocrático, que lo saca del concepto de justicia

De acuerdo con el tratadista Víctor Fairen Guillen, el sistema inquisitivo se caracteriza por:

1. La intervención ex officio del juez;
2. El secreto procesal, no solo en relación al público, sino también respecto al mismo imputado;
3. Procedimiento y defensa totalmente escritos;
4. Unidad de posiciones entre juez y acusador;

5. Plena libertad del juez en la búsqueda de las pruebas;

6. Prisión preventiva del imputado.

7. La prueba legal.

8. Búsqueda de la confesión.

9. Actuación delegada del juez.

10. Doble instancia.

11. La pena como un castigo o penitencia.

Se argumentó que la inquisición era mas efectiva que la acusación privada para la represión de los delitos, porque no dependía de la voluntad privada (del particular). Se pensaba que solo así, el sistema daría respuesta a una verdadera necesidad social, tal fue la idea, que con importantes modificaciones fundó el sistema mixto moderno que prevaleció hasta hace poco.

El sistema mixto tuvo como objetivo buscar el adecuado equilibrio entre el interés social (reflejado en la represión delincencial) y el particular (de defensa de la libertad individual).

#### 5.8.2.3.- LA INQUISICIÓN ESPAÑOLA COMO MODELO EJEMPLIFICADOR.

La Inquisición española se caracteriza por aparecer como diferente a la Inquisición medieval. Antes de todo, es necesario anotar, que la Inquisición española se fundó con aprobación Papal en 1478, a recomendación del rey Fernando V y de la reina Isabel I. Esta Inquisición se iba a ocupar del problema de los calificados marranos, así llamados los judíos que por coerción o por presión social se habían convertido al cristianismo; después de 1502 centró su atención en los conversos del mismo tipo del

Islam y en la década de 1520, a los sospechosos de apoyar las tesis del protestantismo.

Luego de pocos años de la fundación de la Inquisición, el Papado renunció en la práctica a su supervisión en favor de los soberanos españoles. De esta forma, la Inquisición española se convirtió en un instrumento al servicio del Estado más que de la Iglesia, aunque los eclesiásticos, y de forma destacada los dominicos, actuaron siempre como sus funcionarios.

La Inquisición española estuvo dirigida por el Consejo de la Suprema Inquisición, siendo sus procedimientos similares a los de su raíz medieval. Con el tiempo se convirtió en un tema popular, en especial en las zonas protestantes, debido a la crueldad y oscurantismo, aunque sus métodos fueran parecidos a los de instituciones similares en otros países católicos romanos y protestantes de Europa.

La superior organización y la consistencia del apoyo que recibía éste Consejo por parte de los monarcas españoles, (en especial de Felipe II), hicieron que tuviera un mayor impacto en la religión, la política y la cultura, en comparación a las instituciones paralelas de otros países. Fueron ésta eficacia y el apoyo político los que permitieron a Tomás de Torquemada<sup>13</sup>, ejecutar a miles de supuestos herejes.

Este gran inquisidor y su tribunal, tenían jurisdicción sobre los tribunales locales de los virreinos como México y Perú, donde estuvieron más ocupados con la hechicería que con la herejía.

El emperador Carlos V introdujo la Inquisición en los Países Bajos en 1522, pero no consiguió acabar con el protestantismo.

La Inquisición se estableció en Sicilia, en 1517, aunque no lo pudo hacer en Nápoles y Milán.

---

<sup>13</sup> Inquisidor dominico español, famoso por su ciencia y devoción. Fue nombrado primer inquisidor en 1482. Redactó las severas Instrucciones de los Inquisidores.

Muchos historiadores han señalado que varios territorios protestantes tenían instituciones tan represivas como la Inquisición española, por ejemplo, el consistorio de Ginebra en tiempos del reformador francés Juan Calvino.

Después de bastante tiempo, la Inquisición quedó al fin suprimida en España en 1843, tras un primer intento, fallido, de los liberales en las Cortes de Cádiz, en 1812

#### 5.8.2.4.- APARECIMIENTO DEL SANTO OFICIO.

Como consecuencia del auge del protestantismo y su penetración en Italia, en 1542 el Papa Pablo III hizo caso a reformadores como el cardenal Juan Pedro Carafa y estableció en Roma la Congregación de la Inquisición, conocida también como la Inquisición romana y el Santo Oficio. Fueron seis cardenales, incluido Carafa, los que constituyeron la comisión original, cuyos poderes se ampliaron a toda la Iglesia.

Objetivamente, el Santo Oficio era una institución nueva vinculada a la Inquisición medieval sólo por vagos precedentes. Se caracterizó por estar más libre del control episcopal que su predecesora, concibiendo su función de manera diferente, así, mientras la Inquisición medieval se había centrado básicamente en las herejías que ocasionaban desórdenes públicos, el Santo Oficio se ocupó de la ortodoxia de índole más académica y, sobre todo, la que aparecía en los escritos de teólogos y eclesiásticos destacados.

Durante los 12 primeros años, las actividades de la Inquisición romana fueron prácticamente modestas, reducidas casi en su totalidad a Italia. Es a partir que Carafa pasa a ser el Papa Pablo IV (en 1555), que emprendió una persecución activa de sospechosos, incluidos obispos y cardenales como es el caso del prelado inglés Reginald Pole.

Pablo IV encargó a la Congregación que elaborara una lista de libros que atentaban contra la fe o la moral, aprobando el primer índice de Libros Prohibidos en 1559. Aunque Papas posteriores atenuaron el celo de la Inquisición romana, no modificó el



hecho de que comenzaran a considerarla como el instrumento consuetudinario del Gobierno Papal para regular el orden en la Iglesia y la ortodoxia doctrinal; por ejemplo, procesó y condenó a Galileo en 1633.

Será en 1965 cuando el papa Pablo VI, respondiendo a numerosas quejas, reorganice el Santo Oficio y le denomine con el nuevo nombre de Congregación para la Doctrina de la Fe.

### **5.8.3.- SISTEMA PROCESAL PENAL MIXTO.**

El Sistema Procesal Penal Mixto se originó en Francia en 1789 (Revolución Francesa), por la convergencia de dos nociones básicas, a saber: la inquisitiva, que bajo los principios de oficialidad, legalidad e investigación oficial de la verdad, efectiviza la persecución penal Estatal; y, la acusatoria, que se orientaba a relevar las garantías para el derecho de defensa.

En efecto, será la revolución francesa fundada en principios humanitarios, la que abolió el sistema inquisitorial, cuando el pueblo de París atacó a la Bastilla, y encontró a muchísimas personas encarceladas sin proceso ni mandamiento judicial, sino por el simple capricho de la aristocracia.

Dicha abolición tuvo como antecedente la renovación del Derecho Penal proveniente de la gran influencia del libro de Beccaria, que encontró un escenario propicio en la Revolución francesa.

Con anterioridad a la Revolución, ya se manifiesta su influjo en el Código Penal Austriaco de 1787, obra de José Von Sonnenfels, que había combatido la pena de muerte inspirándose en un sentido utilitario, y en el Código Penal Toscano de 1786.

Los primeros códigos penales de la Revolución fueron: el de 6 de octubre de 1791 y el de 3 de Brumario del año IV de la República (25 de octubre de 1795), pero ya en la Declaración de los Derechos del Hombre (26 de agosto de 1789) se habían

establecido principios penales y procesales constitutivos de garantías individuales que pasaron después a los Códigos Penales y Procesales.

Tras estos Códigos de escasa vida, apareció el de 1810 (que tuvo fuerza obligatoria desde el 1.º de enero de 1811). Su base son los principios de la escuela utilitaria, aspirando a realizar la defensa social por medio de la intimidación. Inspirada en estos criterios, su penalidad forzosamente había de ser extremadamente severa, tiende ante todo a castigar al culpable, mientras que la idea de la enmienda falta por completo. Sin embargo, modificaciones posteriores han atenuado en gran manera su rigor y modernizado en amplia escala su caduco articulado. Este código, aún en vigor, ha tenido considerable influencia en la formación de los Códigos penales de gran número de países.

Por lo tanto, el sistema mixto es ya un sistema moderno, basado en eminentes cuerpos normativos sustantivos y adjetivos, en los que se consagran principios penales y procesales de garantías constitucionales, una vez asimilada la experiencia de las formas antiguas.

No se hace una mixtificación de dos formas para obtener una tercera, sino que como dicen muchos tratadistas, la mixtura es especial, puesto que consiste en hacer en uno dos procesos distintos, uno de los cuales en la formación de este proceso es completamente inquisitivo; y el otro, en una etapa posterior, tiene características de acusatorio; en el que hay que distinguir los dos periodos y formas que lo componen (pues dependiendo de los países y legislaciones, por tratarse de un sistema mixto, con etapas sumarias escritas y plenarias orales, siempre habrá un predominio de una de estas formas, respecto de la otra).

El Sistema Procesal Penal Mixto en un principio se dividía en dos fases: la inquisitoria que regia el sumario, recopilando datos; y la acusatoria, para el plenario o juicio que culminaba con la resolución.

#### 5.8.3.1.- CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA PROCESAL PENAL MIXTO.

1.- Era fundamentalmente escrito.

2.- Público.

3.- Contradictorio.

4.- Existía el principio de inmediación del Juez para con los actos procesales que se practican y no pueden ser comisionados, deprecados o exhortados a otra Autoridad Judicial o jurisdiccional

5.- Las partes procesales o formales tenían igualdad de Derecho para hacer sus petitorios:

- a) El Acusador Particular para que formalice su querella;
- b) El fiscal para que emita su dictamen correspondiente y;
- c) El Defensor del sujeto pasivo del proceso para que conteste el traslado que se le corre tanto con la mencionada formalización, como con el dictamen fiscal, es decir, hay actividad procesal bilateral.

- Con la revolución francesa que se inspiraba en Principios humanitarios, se dio la renovación del derecho penal, en donde lo más sobresaliente fue el surgimiento de jueces independientes que garantizaban mayor imparcialidad.

- La renovación del derecho penal parte del ejercicio de la potestad soberana, del poder del Estado para reprimir los delitos, invirtiendo de ésta forma el principio romano antiguo de que “quien ofendía a la sociedad, ofendía a un miembro de ella que debía acusar privadamente”. En el sistema mixto en cambio se adopta la premisa de que “quien comete un delito no solo lesiona un interés particular, sino el interés social”, de ésta manera surgen los principios de oficialidad y legalidad. El Juez en primer lugar, y posteriormente el Fiscal, están en la obligación de perseguir los delitos hasta lograr la imposición de una pena, obviándose así el interés del particular

para proponer la acción o continuarla, después de que hubieran cubierto los perjuicios.

- En la sustanciación del proceso penal mixto, existe un juez unipersonal que sustancia la etapa sumarial escrita hasta la expedición del auto en la etapa intermedia, con una capacidad de disposición procesal absolutista, para disponer de la libertad, disponer pruebas, dominar el proceso, valorar la prueba libremente y resolver con aplicación de la sana crítica y libre convicción; y, posteriormente, en la etapa del plenario, un juez pluripersonal, que luego de formalizar su integración, evacúa la audiencia de juzgamiento en donde se practican las pruebas de forma oral (prevaleciendo la prueba testimonial, instrumental, enervándose pruebas técnicas y periciales), y se dicta sentencia en forma inmediata.

- En la etapa del sumario, conducida por el juez unipersonal (quien como señalé, tiene poder y dominio absoluto del proceso y de las pruebas), por ser eminentemente escrita (inquisitiva) donde se practican las pruebas que van a dominar el resultado del proceso, se produce un deterioro del principio de justicia debido a la demora que el sistema escrito conlleva; el sumario se extiende demasiado, el Juez no puede controlar los plazos legales y se da generalmente una arbitrariedad en la privación de la libertad.

- En el sistema mixto ya se dan notables diferencias de las funciones jurisdiccionales del juez (propias de la administración de justicia), con las específicas que tiene el fiscal como parte dentro del proceso y como representante del Ministerio Público, responsable de la representación de la sociedad (del interés público), sea que en un comienzo aparezca confundido su papel con el de la Función Judicial, sea que lo haga como organismo confundido con las funciones del ejecutivo, o como dentro del desarrollo del Ministerio Público se ha dado, en forma autónoma, con lo que puede establecer el verdadero rol del fiscal, como representante y defensor de la sociedad y no como aparecía antes, confundido como representante del Estado (Procuraduría General del Estado).

- Con éste sistema se eliminaron la mayoría de los mecanismos inquisitivos, se introducen nuevas formas de pensamiento relativas al ejercicio y cumplimiento de las penas y a la rehabilitación del reo.
- Con el sistema mixto se incorporan sendos cuerpos normativos penales y procesales en el mundo, donde se implementan garantías individuales y procesales relativas a los derechos humanos.
- En este sistema procesal, por influencia de las garantías individuales promovidas por la Declaración de los Derechos del Hombre, se establece la igualdad de los derechos de las partes en el proceso y la notificación de los actos procesales para el ejercicio de la defensa y la petición de pruebas de lado y lado.
- El sistema obedece a una evolución jurídica procesal dentro del campo del respeto a las garantías y derechos humanos, pues no es propiamente una mixtificación de las dos formas procesales antiguas, sino que como se mencionó, consiste en hacer en uno dos procesos distintos, uno de los cuales como quedó indicado, en su formación es eminentemente inquisitivo, y el otro, en una etapa posterior es acusatorio.
- El sistema mixto se caracteriza por ser eminentemente escrito, provocando una acumulación de causas en las dependencias judiciales y consecuentemente sobrepoblación en los centros carcelarios. Esto crea desconfianza en la ciudadanía que recurre al órgano jurisdiccional en busca de justicia, una de las razones para la expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal.

#### 5.8.3.2.- PRINCIPIOS PROCESALES.

##### A). El principio acusatorio.

1. A los efectos del proceso inquisitivo, pertenece en primer término la fusión en la persona del juez de las actividades persecutoria y judicial. Esto significaba, una pretensión psicológica excesiva con respecto al juez. Sólo un juez dotado de una

capacidad sobrehumana, podría substraerse de su actividad decisoria a una actividad investigativa. Es en alto grado significativo cómo la literatura de la época de la reforma del siglo 19, desde los más diversos puntos de vista, ha sido impulsada a la cuestión cardinal: ¿Puede la situación psicológica del juez garantizar en el proceso inquisitivo el conocimiento de la verdad? Aun hoy resulta válida la negativa del pensamiento científico.

Desde entonces forma parte de las experiencias psicológicas fundamentales de carácter procesal, que la íntima imparcialidad y desprevención que exige en el juez la función decisoria, solo se pueden garantizar cuando él está libre de todo pre-juicio, tan posible de existir tratándose de una actividad agresiva contra el encausado.

Teniendo en cuenta esta experiencia, se puede comprender que la reforma del siglo XIX: “la implantación del Ministerio Público”, posibilita la transferencia de esa actividad agresiva e investigadora a un órgano del Estado diferente de la autoridad judicial y, al mismo tiempo, limita la función del tribunal a una actividad instructora y decisoria frente al material sospechoso acumulado sin su cooperación.

En este sentido: “nemo iudex sine actore”. Este principio acusatorio era el fundamento de nuestro derecho procesal penal anterior al vigente.

#### B). El principio oficial y las máximas de la instrucción.

1. El principio de que la persecución del delito es deber fundamental del Estado y, por consiguiente, que es un derecho y deber de sus órganos, es un principio que se ha logrado a través de un lento proceso por suplantación del pensamiento jurídico germano y del derecho de autodefensa de los particulares que en él se funda.

El mayor significado de la evolución del derecho inquisitivo consiste en que la lucha contra el delito ha sido reconocida como función del Estado, y que en la conciencia jurídica se ha arraigado el principio de la persecución pública y oficial del delito.

2. La máxima de la oficialidad domina el proceso penal en un doble aspecto:

a) El Ministerio Público y la autoridad policial no tienen necesidad de esperar a que los particulares denuncien ciertos hechos delictivos, sino que deben intervenir de oficio frente a posibles sospechas y disponer la investigación necesaria para su aclaración.

b) Al Ministerio Público le incumbe promover de oficio la acción penal. El fundamento político- jurídico de este deber oficial, es la obligación constitucional de garantizar la justicia.

### C. El principio de la legalidad.

1. De los preceptos del derecho penal material se pueden extraer la conclusión de que de ellos nace no solo una pretensión penal publica sino, también al mismo tiempo, el deber absoluto de las autoridades estatales de realizar la persecución y buscar el castigo de los culpables. El deber del Estado de perseguir el delito, con sus limitaciones y sus medidas, se funda en el deber jurídico público de garantizar la justicia.

De aquí deriva por lo común el deber de persecución que incumbe a las autoridades establecidas con ese fin. Sin embargo, no se puede dudar que es también pertinente, que por ciertos intereses de Estado compatibles con la justicia, que se pueda limitar el deber de persecución.

2. La ley prescribe cuales son las acciones judicialmente punibles y perseguibles. Si en el caso particular concurren los requisitos legales, existe en general, el deber de perseguir y de acusar: principio de legalidad. No obstante, en el caso particular, su realización no depende solo de los presupuestos objetivos de la ley sustantiva y de la ley procesal sino, también de la existencia de suficientes fundamentos de hecho. Para la realización práctica del principio de legalidad, se da con esto un criterio de apreciación imprescindible.

3. La adopción del principio de legalidad, hace innecesaria la acción privada subsidiaria, o la acción popular. El titular de la misma puede promoverla sin acudir al Ministerio Público y lo hará siempre que, de antemano, cuente con que éste considera que no hay interés público en la causa.

D). La publicidad.

1. El proceso inquisitivo se desarrolló en el Despacho del inquiriente y de las autoridades sentenciadoras. La desconfianza que, especialmente en la época de las persecuciones demagógicas se había arraigado, condujo no solo a que se llamaran jueces legos sino, también, a que se exigiera la publicada del proceso, en el sentido de que los no participantes en el mismo pudieran asistir como espectadores u oyentes. Por consiguiente, el liberalismo político del siglo XIX, aspiraba la participación del pueblo en los más importantes asuntos de la vida pública; quería también que la administración de justicia se hiciera accesible a la cooperación y a la presencia del pueblo.

Ni aún el principio procesal de la oralidad, resulta una necesidad científicamente demostrable en relación a la publicidad, porque un debate oral en un local cerrado en nada disminuye el valor y la significación de la oralidad.

Y tampoco se puede fundar la necesidad de la publicidad en el carácter jurídico material del delito de asunto público, porque el proceso inquisitivo del derecho común consideró al delito como tal, sin que por eso se originara en ninguna parte la necesidad de que los debates fueran públicos. Por lo tanto, la publicidad sólo se puede concebir como consecuencia de exigencias políticas.

2. Se debe reconocer que con la publicidad de los debates pueden existir inconvenientes. De hecho, muchos se presentan, esto ha llevado a que legalmente se excluyera la publicidad en los debates correspondientes a los Tribunales de Menores, por el grave peligro que importa para las tendencias educativas de la administración



de justicia penal de menores. Pero a menudo existen también los peligros de la publicidad en los procesos contra los adultos. La honra y pudor del acusado pueden verse afectados.

La publicidad del debate y del pronunciamiento de la Sentencia.- La forma republicana de organización exige el control de los actos de los funcionarios públicos, tanto por las partes intervinientes como por el poder público en general, y aún por la opinión pública, que es el juez mas duro, existiendo como excepción las audiencias privadas en los casos de Seguridad Nacional y delitos sexuales.

En cuanto a la sentencia, el código en estudio, establece en el Art. 324 que " El Tribunal podrá suspender el pronunciamiento de la sentencia para el día siguiente a la de la audiencia ". Por lo que, la pretensión del legislador fue que el debate y el pronunciamiento de la sentencia conserve una unidad que garantice la inmediación y para la totalidad de los actos del debate entre los que queda incluida la recepción de la prueba, se realicen ante el Tribunal y en presencia de todas las partes procesales, en especial del imputado, y el público, controlador de las actuaciones; y que estas personas puedan escuchar, al término de la Audiencia Pública, el pronunciamiento de la sentencia condenatoria o absolutoria.

En referencia al Plenario diremos que sus características son: Acusatorio, oral, público y contradictorio.

Sin embargo, en principio no se puede renunciar a la publicidad de los debates judiciales. La significación de la Administración de Justicia Penal es tan grande; el interés de la comunidad, es tan importante, que sería prácticamente imposible eliminar la publicidad de los debates judiciales.

#### E). Oralidad e inmediación.

1. La sentencia tiene que ser la consecuencia del debate principal y se debe fundar en el convencimiento a que el juez ha llegado con respecto al material de hecho, por el

contenido del debate. Para la obtención de la sentencia no tiene importancia el contenido de los autos. Solo la discusión oral puede ser su fundamento. La producción de toda prueba, que en el debate obtiene su significado decisivo, posibilita que el juez pueda experimentar el influjo de la persecución inmediata por los sentidos.

2. La oralidad y la inmediación son compatibles con el proceso inquisitivo del derecho común. El principio inquisitivo, que en el proceso penal actual perdura como máxima de la oficialidad y de la instrucción, que junto con otros principio procesales conserva su importancia, no se opone necesariamente a la oralidad y a la inmediación.

En el proceso del derecho común, el inquiriente entra también en relación con el acusado. Se producen argumentaciones en pro y en contra, declaraciones, preguntas y respuestas y, al mismo tiempo, aquél recoge inmediatamente imprecisiones tanto personales como objetivas de toda la prueba consultada, especialmente de la del acusado.

Los jueces sentenciantes veían solo con los ojos del instructor; estaban privados de todo lo que pueden ofrecer las percepciones inmediatas; dependían de lo que el inquiriente consideraba esencial y no podían controlar si las percepciones de lo visto y de lo oído por aquél estaban libres de objeciones o agravadas por gruesos errores y mistificaciones. Así, para obtener la sentencia en el proceso inquisitivo del derecho común, se estaba bajo el dominio funesto de la escritura, de la conformidad a los autos y de la mediación.

3. El principio de la oralidad, según la doctrina general, tiene como significado que la sentencia sólo se puede fundar en lo que ha sido materia del proceso realizado en forma oral. El debate oral se realiza inmediatamente ante el tribunal, por lo que este puede recibir una impresión inmediata de todo lo alegado oralmente: de manera que la oralidad y la inmediación se podrían considerar idénticas.

Sin duda que entre ambos principios existe una estrecha relación interna, sin embargo, se deben separar, por que en forma oral también se puede producir una prueba mediata, por ejemplo: cuando un testigo declara sobre el contenido de un documento. Por lo tanto, el principio de inmediación solo se refiere a la relación entre el tribunal y los medios de prueba, es decir, al Tribunal le debe ser accesible esta percepción sensible inmediata; mientras que el principio de oralidad determina la forma que la ley prescribe en general para el desarrollo procesal, en el sentido de que todas las manifestaciones procesales, particularmente cuando deben servir de fundamento a la sentencia, se deben producir oralmente en el debate principal.

4. El principio de oralidad predomina en el debate principal. Porque constituye el fundamento esencial de la sentencia. Pero la forma escrita no está proscrita absolutamente.

Las declaraciones escritas que el acusado o un testigo ofrecieron bajo el pretexto de una mas clara exposición, se deben rechazar por inatendibles. El juez no se puede procurar de los autos el conocimiento necesario para fundar la sentencia.

5. En la instancia de apelación y en la de casación subsiste el principio de oralidad; en cambio el principio de inmediación resulta esencialmente limitado en la instancia de apelación pues, aquí, en lugar del interrogatorio de los testigos y de los peritos, pueden entrar sin restricciones, los protocolos de las declaraciones hechas por ellos en primera instancia. En la instancia de casación desaparece la inmediación

#### **5.8.4.- SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO MODERNO.**

El sistema inglés de la Edad Media y de la Época Moderna es de carácter acusatorio, como se lo mantiene hasta la actualidad, con las modificaciones que ha sufrido debido al progreso de la humanidad.

Con excepción de algunos delitos graves, los jueces no pueden iniciar el proceso penal de oficio, aunque rige la acción popular por cualquier persona, o por ciertas

entidades. Puede existir una especie de investigación preliminar conducida por funcionarios de la Corona y por los jueces de paz.

Para 1873 se creó una dirección de acusaciones públicas, como organismo oficial que se ocupaba de casos delictuosos de especial gravedad o importancia, o de complicada prueba, así como también cuando nadie se presentaba como acusador, en cuyo caso, se decía que había una acción oficial.

El control de las acusaciones está sometido a un Gran Jurado, que determina si han de ser admisibles, pasando, en caso positivo, al tribunal de juicio, donde actúa el Pequeño Jurado. En esta etapa el procedimiento es contradictorio y público.

Poco a poco se van introduciendo actos procesales que se realizan mediante escritos, sustituyendo de esta forma a la antigua oralidad romana y germana. La acusación debe formularse por escrito, igualmente la citación al acusado.

El procedimiento es de corte civil y contradictorio, por ello, a la citación seguía la contestación de la litis. El acusador debía prestar “juramento de calumnia” afirmando que su acusación no era falsa, comprometiéndose a sostener la verdad. Tanto acusador como acusado podían nombrar un procurador para que los representara.

La examinación de los testigos se realizaba en secreto, separadamente, las partes solo podían presenciar el juramento de los testigos del acusador o del acusado.

Se realizaban exámenes periciales en ciertos casos, como por ejemplo homicidios; aunque también había una pericia jurídica, la cual consistía en la posibilidad de que, habiendo una cuestión difícil o compleja de derecho, las partes o el juez podían pedir que un jurisperito diera su versada opinión sea oralmente o por escrito. La discusión se cerraba con las conclusiones finales, luego de lo cual se dictaba la sentencia que era condenatoria o absolutoria. Los actos del proceso se consignaban en distintos libros: uno, de acusaciones; y, otro, de testigos.

Con el avance del proceso, el sistema acusatorio se vuelve más técnico, la Revolución Francesa recoge las experiencias del Common Law Anglosajón, caracterizándose especialmente por dividir el ejercicio de la acción y el de la jurisdicción (dejando en manos del juez exclusivamente la jurisdicción; y entregando al fiscal, en calidad de representante del Ministerio Público, el ejercicio de la acción).

En los Estados Unidos de Norte América, se deja en manos de la Fiscalía y de la Policía Judicial la instrucción del proceso penal, o sea, aquí rige el principio acusatorio puro.

En nuestro país, en Septiembre de 1995, la CLD encarga a los doctores Edmundo Duran Díaz, Walter Guerrero Vivanco y Alfonso Zambrano Pasquel, la elaboración de un proyecto sobre la base del presentado por la Corte Suprema de Justicia, tomando en cuenta los Códigos aprobados por Guatemala en el año de 1993; por Costa Rica en el año de 1996; por Venezuela; Chile y Paraguay, que incorporaron el Código de Procedimiento Penal modelo Iberoamericano (a esa altura también lo tiene Honduras).

El sistema vigente en nuestros días, es el acusatorio moderno.

#### 5.8.4.1.- CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA ACUSATORIO MODERNO:

- a) La Instrucción y la acusación del Fiscal;
- b) La contradicción;
- c) La oralidad;
- d) La publicidad;
- e) La inmediación; y,

f) La concentración.

## **5.9.- CONCLUSIONES.**

Debemos comprender básicamente dos cosas:

1.- Que las formas de procedimiento no son estables o inmutables, ya que deben ajustarse a las necesidades de la colectividad, que demandan las modificaciones que debe introducir la autoridad o ente Estatal respectivo, en un momento determinado;

2.- No existen en la actualidad sistemas puros, cuyas características permitan identificarlos hasta llegar a distinguirlos con precisión a unos de otros, pues, como dice ZAFFARONI (yendo aún más allá): “los regímenes inquisitivo y acusatorio no existen en la realidad; son abstracciones; aun históricamente es dudosa su existencia; han sido mixtos, y no formas puras, todos los sistemas que han existido”.

## **CAPITULO VI**

### **PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTUACIÓN DEL ENTE ACUSADOR.**

El Ministerio Público debe ser idóneo y vigoroso, forjando un vínculo efectivo entre la sociedad y la justicia; para ello, todos los esfuerzos se deben dirigir a un continuo proceso de formación técnico jurídico, a objeto de alcanzar su eficiencia; debe estar preparado para dirigir con sagacidad y conocimiento a la Policía Judicial en la tarea de investigación confiada por la ley. Este rol apunta a proteger los derechos y garantías universales de los seres humanos, en especial, los referentes a la justicia, consagrados en la Constitución, las leyes y los convenios internacionales; por ello se requiere de un Ministerio Público dotado de todos los medios para alcanzar estos objetivos.

Es indispensable una efectiva selección del personal, quienes junto con su capacidad, conocimiento, probidad y entrenamiento logren el cumplimiento cabal de sus obligaciones Institucionales.

#### **6.1.- PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD.**

El representante del Ministerio Público, debe actuar con absoluta imparcialidad. El Ministerio Público dentro del proceso penal no ejerce derechos propios ni tiene pretensiones procesales propias. El interés del Fiscal no coincide en el juicio con los intereses de cada una de las partes, ofendido e imputado. El Ministerio Público no persigue derechos subjetivos y sólo pretende la aplicación de la ley y la realización de la justicia.

#### **6.2.- PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD.**

El principio fundamental del Ministerio Público es cumplir con su objetivo, que consiste en que se cumpla la realización de la justicia, el Ministerio Público no mantiene antagonismos con las partes y le corresponde por Ley impulsar la acción

penal en base a la acusación fiscal, solicitar la prueba y reproducir los medios indagatorios. Su posición debe llevarlo a un análisis sereno, objetivo, de la realidad procesal, destacando todo cuanto favorezca o desfavorezca a las partes, es decir, debe formarse la idea de una realidad procesal objetiva, que oriente correctamente su dictamen.

### **6.3.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD.**

Este principio constituye la regla básica, es la columna vertebral del proceso penal, pues de la Ley nace la competencia, así como el procedimiento consta en ella. Este principio se refiere esencialmente a que en todos los casos, el ejercicio de la acción penal pública es irrenunciable y obligatoria, pues a través de ésta se garantiza la vigencia de la justicia penal y el debido proceso.

### **6.4.- PRINCIPIO DE IGUALDAD.**

Tiene estrecha relación con el principio antes citado, pues desde el momento en que el legislador criminaliza una conducta y se convierte en Ley, no pueden admitirse excepciones a la función requirente, ya que de lo contrario, se estará sustituyendo al legislador, actuando de manera arbitraria y discriminatoria, dejando de ésta forma a la deriva el pleno cumplimiento del principio de igualdad, cambiándolo por la discrecionalidad en el desempeño de la acción penal, la misma que jamás admite excepción alguna en razón de la condición de las personas o la característica del hecho inculpativo, interfiriéndose de ésta manera en la seguridad jurídica.

La teoría del “Labering aproach” (o “etiquetamiento” en español), ha puesto de relieve un proceso de selección entre los hechos punibles conocidos, a partir de describir, comprender y explicar la criminalidad, considerando las reacciones de la sociedad, de la opinión pública; no obstante, éste criterio de selección es de orden subjetivo y puede producir una deformación de la criminalidad efectiva, propiciando la impunidad.



Los delitos menores denominados “bagatelas jurídicas”, son los que ocupan en mayor grado a la justicia penal, pero una solución al problema de la excepción de la legalidad debe plantearse en la creación y funcionamiento de los jueces de paz (Art. 191 Constitución), para que resuelvan tales conflictos limitados a una cuantía, reconociendo en protección de la sociedad la reincidencia de los infractores para graduar la pena. No existiendo éstos instrumento legales, jueces de Instrucción, Ministerio Público y Policía Judicial investigan en primera acción respecto a la inmensa cantidad de denuncias que se reciben de modo incontrolable, discriminan los hechos delictivos que deben ir a juicio penal, desvirtuando la aplicación del principio de legalidad que, en garantía del sistema de derecho (sin ceñirse a la teoría retribucionista absoluta de la pena de origen monárquico), asegura la realización de la justicia de manera igualitaria.

#### **6.5.- PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.**

Este procesalmente hablando, es una excepción al principio de legalidad.

El principio de oportunidad no entraña liberalidad, este obedece a razones de interés colectivo, así como para evitar el hacinamiento de los detenidos en cárceles y prisiones. Por este principio no se dejaría de sancionar los delitos.

El nuevo Código de Procedimiento Penal, considera delitos de acción penal pública de instancia particular a la revelación de secretos de fábrica y a la estafa (y otras defraudaciones). Delitos que sólo podrán ser impulsados por el Ministerio Público, previa denuncia del ofendido, pues de hecho, delitos de menor cuantía no serán denunciados en la práctica.

Las reglas del principio de oportunidad, que representan la posibilidad del acusador público de dejar de perseguir un hecho punible por razones de conveniencia político-criminales (y que por lo tanto son excepciones al principio de legalidad), deben estar fijadas en la Ley, considerar la etiología del delito y las realidades socio- económicas del país, reglando los parámetros en los que proceda su aplicación para evitar la

subjetiva excepción del principio que se equipara a la impunidad, el totalitarismo y la arbitrariedad.

Convertir el sistema penal en un instrumento totalmente represivo que llene los centros de detención de presos sin sentencia (con graves problemas para la sociedad), o no sancionar los delitos, dejando sin protección a la sociedad, son extremos graves.

Los delitos menores deben ser sancionados con penas que no comporten necesariamente la pérdida de la libertad, especialmente en aquellos casos que de acuerdo a las estadísticas, son los que en mayor escala se repiten: robos; hurtos y estafas menores, y ser sentenciados en procedimientos ágiles y orales, así se combinarían la práctica de los principios de legalidad y oportunidad y la garantía social de que el sistema penal salvaguarda el interés público.

#### **6.6.- PRINCIPIO DE AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA.**

Tiene que ver en el orden externo con la ubicación del Ministerio Público que, como ya se dejó establecido, debe ser autónomo funcionalmente y contar con rentas propias, de manera que ninguna autoridad extraña pueda influenciar en su gestión y torcer los dictados de la justicia.

En el campo individual se traduce en la garantía de que ni la autoridad superior del Ministerio Público, menos aún autoridad o persona extraña, puede atentar contra la imparcialidad del funcionario del Ministerio Público en el pleno ejercicio de sus derechos y obligaciones (Art. 217 Constitución).

#### **6.7.- PRINCIPIO DE UNIDAD E INDIVISIBILIDAD.**

El principio de unidad consiste en la indivisibilidad del Ministerio Público, esto significa que el Ministerio Público, a través de sus distintos representantes en la administración de Justicia Penal, se presenta como un todo, como entidad unitaria.

Los funcionarios del Ministerio Público, al asumir la representación del ente acusador, lo hacen siempre a nombre de la sociedad. Pero el hecho de que todos representen unitariamente al Ministerio Público, no significa que tengan una posición uniforme en los dictámenes que deban emitir.

Los integrantes del ente acusador tienen competencia para tratar el asunto en el ámbito que les ha sido sometido a su conocimiento en representación del Ministerio Público.

#### **6.8.- PRINCIPIO DE JERARQUÍA.**

Los agentes fiscales, junto al principio de unidad, deben observar el principio de jerarquía. Esto significa que, dentro del proceso penal debe tener preeminencia el criterio o dictamen del superior.

Este principio de jerarquía, no solamente incluye la actividad procesal, también tiene que ver con las instrucciones de carácter general de índole escrito que dicta el superior, estas instrucciones no deben ser arbitrarias, sino que deben responder a criterios técnicos, científicos y doctrinarios que orienten la correcta actuación del Ministerio Público. Cabe resaltar que en el campo administrativo, el Ministerio Público también se actualiza jerárquicamente.

Los órganos inferiores tienen que seguir las instrucciones del Superior en dos campos:

- 1) Un campo de carácter formal, que se realiza dentro de los procesos y tiene lugar cuando el Ministro Fiscal General puede revisar un dictamen del Ministro Fiscal Distrital o del Agente Fiscal; y,
- 2) El otro campo es el administrativo, a través de mecanismos de supervisión para detectar irregularidades, que el Ministro Fiscal General y el Ministro Fiscal Distrital

(en su orden), pueden sancionar; de esta manera los principios de unidad y de jerarquía se complementan.

#### **6.9.- PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD.**

Si bien es verdad que el representante del Ministerio Público debe ejercer su función de modo independiente e imparcial, éstos principios no significan que tiene arbitrios incontrolados.

De acuerdo al ordenamiento constitucional, legal y administrativo, no hay funcionario exento de responsabilidad y en el caso del Ministerio Público, el control jerárquico asegura la vigencia de éste principio de responsabilidad para garantizar la legalidad de la actuación de los funcionarios del Ministerio Público tanto en el orden administrativo y disciplinario, como en el procesal.

## **CAPÍTULO VII**

### **EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO MODERNO.**

#### **7.1.- EL MINISTERIO PÚBLICO COMO PARTE DEL PROCESO PENAL.**

Multiplicidad de criterios existen alrededor de la facultad específica de esta controvertida figura, no solamente por su ambigüedad funcional, sino también por su indeterminación conceptual y estructural. Al respecto señalaré algunas opiniones vertidas por estudiosos del derecho.

Miguel Fenech, dice que la función principal del Ministerio Público es la de "pedir la actuación de la pretensión punitiva y la del resarcimiento en su caso, ya que los funcionarios del Ministerio Público tienen el deber de ejecutar, con arreglo a las disposiciones de Ley, todas las acciones penales (pretensiones punitivas) que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas (procesos), menos en aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente al acusador particular". Por lo manifestado, el autor señala al Ministerio Público, como un organismo que actúa deduciendo en juicio derechos sustanciales, pertenecientes al Estado, por lo que no solo es sujeto del proceso sino de la relación sustancial que constituye el objeto de este.

Otros autores sostienen que el Ministerio Público es un Sustituto Procesal que actúa a nombre propio pero en defensa de un interés ajeno, ya sea del Estado, de la sociedad o de un particular. Hay quienes se inclinan a pensar que se trata de un órgano que no coincide con el Juez, ni tampoco es una parte procesal, sino una institución peculiar.

Finalmente, se habla del Ministerio Público como un instituto descentralizado e intermedio entre el poder jurisdiccional y las partes.

Como conclusión de lo anotado anteriormente, podemos decir que la presencia del Ministerio Público, como protagonista del proceso penal es trascendental, puesto que asegura la naturaleza contradictoria del mismo y la imparcialidad del Juez. Su misión esencial en el juicio, entre otras, es la de velar porque los intereses de las partes no se vulneren, mediante el ejercicio de la pretensión punitiva.

El Ministerio Público es esencial en el proceso y debe actuar conforme a los principios de independencia, objetividad, unidad y jerarquía, legalidad e igualdad, oportunidad, autonomía y responsabilidad. Pero esta circunstancia no implica que sea necesariamente un acusador, pues existirán ocasiones en las cuales desestime la denuncia, convirtiéndose por lo tanto en un colaborador de las partes. Sin embargo, para que pueda cumplir su función adecuadamente, será necesario su debida capacitación y formación, asegurando de esta manera el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema judicial. La capacitación del Ministerio Público, no tiene relación con su formación continua y concreta.

## **7.2.- ETAPAS DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO MODERNO.**

En el sistema procesal penal actual, para dar inicio al proceso, el Fiscal dictará una resolución abriendo la Instrucción Fiscal.

El Juez tiene como objeto el proteger los derechos fundamentales del imputado y del ofendido.

La única forma para que el Ministerio Público ejerza la acción penal pública de instancia particular, es a través de denuncia previa que se presenta ante el Fiscal, quien tiene el monopolio o facultad de la acción penal y decide si se inicia o no un proceso.

– La Indagación Previa. (Ministerio Público y Policía Judicial):

En este sistema, la investigación preprocesal es reservada, con lo que se evita el ocultamiento o la fuga del sospechoso; el ocultamiento, alteración o destrucción de las evidencias; la intimidación, neutralización o eliminación de los testigos; la desaparición de los bienes malhabidos, etc.

La Indagación Previa se mantendrá en reserva del público, sin menoscabar el derecho del ofendido y de las personas a las cuales se investiga, para acceder de manera inmediata y efectiva a las investigaciones.

El objetivo de la reserva es que no se entorpezcan las investigaciones realizadas por las dos instituciones, razón por la cual, la mayoría de los fiscales guardan hermetismo respecto de la totalidad del expediente, cuando en el último de los casos debería ser únicamente de sus actuaciones.

Los únicos casos en que se debería guardar reserva es cuando se vayan a pedir medidas cautelares al juez penal, tales como el allanamiento o la intervención telefónica del sospechoso, que para que logren sus finalidades probatorias respectivas no deben ser conocidas por el sujeto pasivo del proceso, pero el resto de actuaciones (versiones, reconocimientos, peritajes, etc.) no deben ser reservadas.

El Fiscal facilita el descubrimiento de la verdad, el esclarecimiento de los hechos investigados, apegándose a las garantías del debido proceso, protegiendo o garantizando el buen nombre y la fama del investigado (en caso de ser inocente), así como los derechos del ofendido.

En la aprehensión, en caso de delito flagrante (Art. 161 del Código de Procedimiento Penal), los Agentes de Policía, deben poner al detenido a ordenes del Juez dentro de las 24 horas siguientes; además de lo previsto en el Art. 161, cualquier persona puede aprehender al que haya huido del establecimiento penitenciario, al Imputado contra quien se hubiese dictado orden de prisión preventiva y al condenado que estuviese prófugo.

Desde la indagación previa, antes de resolver la apertura de la instrucción, si lo considera necesario, el Fiscal con la colaboración de la policía judicial (que actuará bajo su dirección), investigará los hechos presumiblemente constitutivos de infracción penal que por cualquier medio hayan llegado a su conocimiento.

El Código de Procedimiento Penal vigente señala que por “regla general”, el proceso penal se desarrolla en las etapas siguientes:

1. La Instrucción Fiscal. (Ministerio Público):

Es la primera fase del proceso y se denomina así, porque el ejercicio de la acción penal publica corre a cargo exclusivamente del Fiscal, de acuerdo con los Arts. 33,65,66 y 67 del Código de Procedimiento Penal.

La Indagación Previa

Investigación

La Instrucción Fiscal

El Investigador- Fiscal, descubre la evidencia del delito:

Testimonial

Documental

Material

Reserva la evidencia

El Fiscal prepara la evidencia para el juicio. Su responsabilidad es buscar la verdad, pero dentro de los límites de la justicia, y el debido proceso.



El Fiscal resolverá el inicio de la instrucción en cuanto considere que existen fundamentos suficientes para imputar a una persona participación en un hecho delictivo. Si como medida cautelar o por tratarse de un delito flagrante se hubiere privado de la libertad a alguna persona, el Fiscal deberá dictar la resolución de inicio de la instrucción dentro de las veinte y cuatro horas siguientes al momento de la aprehensión.

Sin perjuicio de las garantías del debido proceso, las actuaciones del Ministerio Público y de la Policía Judicial para el esclarecimiento del delito durante la indagación previa, se mantendrán en reserva. Sus resultados serán conocidos durante la etapa de instrucción.

Cuando el Fiscal considere que se han realizado todos los actos de investigación, o cuando hubiere fenecido el plazo de noventa días, declarará concluida la instrucción y emitirá el respectivo dictamen.

Código de Procedimiento Penal, Art. 215 217 y 224

La acusación particular puede presentarse desde el momento en que el Juez notifica al ofendido con la resolución del Fiscal de iniciar la etapa de Instrucción, hasta antes de la conclusión de la misma.

## 2.- La Etapa Intermedia.

El título II del Libro IV del Código de Procedimiento Penal, cubre todo el período en sus tres secciones de audiencia previa, auto de llamamiento a juicio y auto de sobreseimiento.

La Etapa Intermedia

Audiencia Preliminar

Auto de Sobreseimiento

## Auto llamamiento ajuicio

### a.- La audiencia preliminar:

Presentado el dictamen Fiscal, el juez mandará a que se lo notifique al imputado y al ofendido. Dispondrá que el expediente se ponga a disposición de éstos, para que puedan consultarlo.

En el día y hora señalados, el juez declarará instalada la audiencia, la cual tiene dos momentos:

1.- Se escucha en su orden al imputado, al Fiscal y al acusador particular (directamente o a través de sus abogados defensores), a fin de que presenten sus alegaciones con respecto a la existencia de requisitos de:

- Procedibilidad;
- Cuestiones prejudiciales;
- Competencia; y,
- Cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso.

2.- Se concede la palabra al Fiscal, al acusador particular y al defensor del imputado (o al mismo imputado), para que aleguen los fundamentos del dictamen fiscal y de la acusación particular.

### b.- Auto de llamamiento a Juicio:

Si el juez considera que de los resultados de la instrucción Fiscal se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación del imputado como autor, cómplice o encubridor, dictará auto de llamamiento a juicio.

Si el Juez considera que los resultados de la Instrucción Fiscal no ameritan el auto de llamamiento a juicio, podrá archivar el proceso. Cuando se trate de delitos

reprimidos con reclusión, el Juez tiene la obligación de elevar a consulta su providencia, la misma que será conocida por la Corte Superior respectiva, para que sea confirmada o revocada.

c.- Auto de Sobreseimiento:

El sobreseimiento puede ser de tres clases, a saber:

1. Provisional del proceso y provisional del imputado;
2. Definitivo del proceso y definitivo del imputado; y,
3. Provisional del proceso y definitivo del imputado.

Código de Procedimiento Penal, Arts. 240, 241 y 242.

3.- El Juicio (Tribunal Penal):

Esta etapa comprende el Título III del libro IV del Código de Procedimiento Penal y consiste básicamente en la Sustanciación ante el Tribunal Penal.

La etapa del Juicio se caracteriza por la presencia de los siguientes principios procesales: la Inmediación, la publicidad, la continuidad, la oralidad y la contradicción.

En la etapa del juicio se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para, según corresponda, condenarlo o absolverlo.

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

Comprende:

- a. Sustanciación ante el Presidente.
- b. Sustanciación ante el Tribunal Penal.
- c. Sentencia.

Código de Procedimiento Penal, Art. 250, 251, 260 y 262.

#### 4.- La Etapa de Impugnación:

Consta en el título IV del Libro Cuarto del Código en mención. Es el momento en que se pueden presentar los recursos.

Las sentencias, autos y resoluciones son impugnables solo en los casos y formas expresamente establecidos en el Código de Procedimiento Penal. Cuando la ley no distinga el derecho a impugnar, corresponde a las partes.

El defensor puede interponer los recursos, pero el imputado o acusado puede desistir de los recursos interpuestos por éste.

Comprende:

- 1.- Recurso de Hecho
- 2.- Recurso de Nulidad
- 3.- Recurso de Apelación
- 4.- Recurso de Casación

#### 4.- Recurso de Revisión

Código de Procedimiento Penal, Art. 324

### **7.3.- ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

La función esencial del Ministerio Público se ejercita en el campo del Derecho Penal; aquí y dentro del proceso penal acusatorio (como se señala en el decurso de la tesis), la misión del Ministerio Público es principal, pues ostenta el monopolio de la acción penal pública, tiene una función requirente y, de acuerdo al principio de oficialidad, impulsa la acción penal pública y lleva la acusación en nombre de la sociedad; sin embargo, la Ley basada en el hecho de que el Ministerio Público representa a la sociedad, le ha encargado varias funciones de carácter extra penal.

En el ámbito del derecho civil, las funciones del Ministerio Público, si bien tienen relevancia en el interés público, no la tienen en el hacer fundamental de la Institución, estas funciones tienen lugar en el área de menores, familia y sucesión intestada, donde se dispone el recibir la opinión del representante del Ministerio Público. En la práctica, esto se ha vuelto un simple formalismo pues los fiscales que tienen abundante e importante trabajo en el área penal, se limitan a firmar providencias de cajón, en algunos caso sacrificando el interés público, pues no se interiorizan con los hechos.

Es indispensable entonces, que se introduzcan reformas al Código Civil, trasladando las funciones asignadas en éste campo al Ministerio Público a otro u otros organismos como por ejemplo: el Ministerio de Bienestar Social, a través de profesionales psicólogos, orientadores vocacionales, visitadores sociales, etc., que con propiedad cumplirían la función de protección de defensa del interés social, dejando al Ministerio Público a través de sus órganos la intervención exclusiva en el campo penal, en el cual, difícilmente se da abasto para cumplir su tarea, pues aún en ese campo de especialidad, se deja de lado funciones tan importantes que le asigna la Ley, como la defensa de los derechos humanos de los detenidos.

El Ministerio Público aparece con un carácter plurifuncional de gran relevancia como es el:

- a) Coadyuvar en la defensa y patrocinio público para mantener el imperio de la Constitución y la Ley.
- b) Coordinar y dirigir la lucha contra la corrupción.
- c) Observar el correcto funcionamiento y aplicación del régimen penitenciario y de rehabilitación del delincuente.
- d) Velar por la protección de la víctima, testigos y otros participantes en el juicio.
- e) Intervenir como parte en procesos civiles y de menores.
- f) Imponer sanciones administrativas a sus empleados y funcionarios.

#### 7.3.1.- ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL.

En lo que concierne a las atribuciones del Ministerio Público como órgano constitucional del Estado dentro del proceso penal, debemos remitirnos al texto de la Constitución y la Ley.

Así, encontramos que el Capítulo I, Título III del Libro I del Código de Procedimiento Penal vigente, se refiere al Ministerio Público y en el Art. 65 señala claramente las funciones que le corresponde al Fiscal en el ámbito procesal penal. Estas disposiciones se encuentran vinculadas con el Art. 219 de la Constitución Política del Ecuador, y los Arts. 2 y 3 de La Ley Orgánica del Ministerio Público. De las normas citadas, se infiere que las funciones esenciales atribuidas al Ministerio Público con la implementación del nuevo sistema proceso penal son:

1. Ejercer la acción penal en los delitos de acción pública (Función Estimuladora). Cabe anotar que, el ámbito de la intervención de los fiscales se circunscribe a estos casos y por ello, el Ministerio Público no tiene ninguna intervención en los delitos de acción penal privada y peor aún en las contravenciones.
2. Dirigir la indagación previa y la instrucción fiscal con el apoyo de la Policía Judicial, mediante el despliegue de una serie de diligencias para obtener elementos de convicción, con el objeto de determinar la existencia o no del delito, así como la verificación de la participación de los imputados (Función Investigativa).
3. Participar e intervenir como sujeto principal en la etapa intermedia y en la etapa del juicio (Función Acusadora).
4. Dirigir y coordinar las acciones de la Policía Judicial en las indagaciones previas y en las diligencias procesales penales. En definitiva, la Fuerza Pública debe brindar todo su apoyo a los Funcionarios del Ministerio Público para que puedan cumplir a cabalidad sus funciones.

En conclusión, la función y las atribuciones del Ministerio Público con la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal son trascendentales, relevantes, históricas, porque interviene en forma exclusiva en la Instrucción Fiscal, luego en la etapa intermedia durante la Audiencia, y le corresponde también intervenir durante la audiencia pública en la etapa del juicio, así como en la etapa de impugnación como lo estableceré más adelante.

El Ministerio Público en representación de la sociedad tiene la obligación de preservar los bienes de las personas y proteger a la sociedad. Dos son los sujetos principales en el proceso penal: ofendido e imputado; el Ministerio Público es parte pero sólo desde el punto de vista formal, los fines que persigue el Ministerio Público en calidad de ente acusador, coinciden con los fines del Proceso Penal.

El ofendido persigue que se imponga la máxima sanción al imputado, este a su vez, pretende justificar su inocencia o atenuar su responsabilidad, en tanto que el Ministerio Público pretende la realización de la Justicia, es decir, la realización de la voluntad y espíritu de la Ley. Por lo dicho, el Ministerio Público no es parte propiamente del Proceso Penal.

El representante del Ministerio Público en el Proceso investigativo debe ponderar todos los elementos sean positivos o negativos, los que favorezcan o desfavorezcan a las partes, sin que le importe el resultado del proceso en éste sentido.

Si bien el Ministerio Público tiene Derechos y Obligaciones al igual que las partes dentro del proceso, su actividad se orienta a buscar la verdad de los hechos.

Según los Arts: 206, 217, 226, 229, 247, 251, 286, 303, 337, 354, 366 y 369 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio Público cumple un papel relevante en la Instrucción Fiscal, que consiste en que sólo si el Fiscal estima que existen datos relevantes sobre la existencia del delito y fundamento grave que le permitan presumir que el imputado es autor o partícipe de la infracción, emitirá su dictamen acusatorio.

La función del Fiscal en la Etapa Intermedia también es trascendental y de importancia, porque le corresponde hacer una exposición sobre los fundamentos de la acusación.

Durante la etapa del juicio, la misma que se sustancia en base a la acusación fiscal, el Ministerio Público juega un papel sumamente importante, porque de la exposición clara, precisa y fundamentada que haga en la audiencia pública, dependerá la justicia.

En la etapa de impugnación, el Ministerio Público también interviene en forma destacada, sobre todo en el recurso de nulidad, así como en el recurso de casación, el mismo que tiene que ser fundamentado por el Ministro Fiscal General.



En el procedimiento abreviado, el Fiscal tiene la facultad de tomar la iniciativa, siempre y cuando se trate de delitos sancionados con una pena máxima inferior a cinco años, que el imputado admita el acto que se le atribuye y consienta en la aplicación de éste proceso.

De esta forma, se puede concluir que las funciones del Ministerio Público durante todo el Proceso Penal son sumamente relevantes y destacadas en beneficio de una correcta administración de justicia.

El Objetivo más importante que persigue el Ministerio Público es la defensa de los intereses de la sociedad, en su conjunto. Resaltando que para el cumplimiento del mismo tendrá siempre a sus órdenes el auxilio de la Policía Judicial.

#### 7.3.2.- ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EXTRA PENALES.

Las normas que le atribuyen funciones extra penales al Ministerio Público en el derecho ecuatoriano, constan en el Código Civil, en los artículos que a continuación aparecen:

##### CODIGO CIVIL:

##### **De la presunción de muerte por desaparecimiento:**

Art. 67.4 Será oído para proceder a la declaración, y en todos los trámites judiciales posteriores, el *Ministerio Público*, y el juez, a petición de éste, o de cualquiera persona que tenga interés en ella, o de oficio, podrá exigir, además de las pruebas que se le presentaren, si no las estimare satisfactorias, las otras que, según las circunstancias convengan.

Art. 74 (Facultades de los poseedores): Los poseedores provisionales podrán, desde luego, vender una parte de los muebles o todos ellos, si el juez lo creyere conveniente, oído el *Ministerio Público*.

### **Del Matrimonio:**

Art. 90 (Ext. 103) (Prohibición de matrimonio con el guardador): Mientras que una persona no hubiere cumplido dieciocho años, no será lícito al tutor o curador que haya administrado o administre sus bienes casarse con ella, sin que la cuenta de la administración haya sido aprobada por el juez, con audiencia del *Ministerio Público*.

Igual inhabilidad se extiende a los descendientes del tutor o curador para el matrimonio con el pupilo o pupila.

El matrimonio celebrado en contravención a esta disposición sujetará al tutor o curador que haya contraído o permitido, a la pérdida de toda remuneración que por su cargo le corresponda, sin perjuicio de las otras penas que las leyes le impongan.

No habrá lugar a las disposiciones de este artículo si el matrimonio es autorizado por el ascendiente o ascendientes cuyo consentimiento fuere necesario para contraerlo.

Art. 98 (Ext. 114) (Acción de nulidad del matrimonio): La acción de nulidad del matrimonio puede proponerse por los cónyuges o por el *Ministerio Público*, si se funda en defectos esenciales de forma, o en los impedimentos dirimentes señalados en el Art. 95, pero si la acción se funda en los vicios del consentimiento señalados en el Art. 96, solamente podrá demandar el cónyuge perjudicado, esto es, el que incurrió en error, el que se casó con un demente, el que fue raptado o el que sufrió amenazas graves.

### **De la terminación del matrimonio:**

Art. 107,6 En el caso de que ambos padres se hallaren en la inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de los padres, correspondería la guarda, en su orden, según las reglas del art. 411, pudiendo el juez alterar ese orden, si la conveniencia de los hijos, así lo exige. A

falta de todas estas personas, cuando, a convicción del juez, el menor o menores se encuentren en estado de abandono, ordenará que sean entregados a un establecimiento de asistencia social, público o privado, o en colocación familiar, en un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica, y fijará, al efecto, la pensión que deban pagar así el padre, como la madre, o las personas que les deban alimentos, para atender a la crianza y educación de los hijos, todo lo cual se resolverá a solicitud del *Ministerio Público* o de los parientes, hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Si tales personas, carecen en absoluto de medios económicos para pagar una cuota mensual, deberá declararlo así en su providencia.

El cobro de tal pensión se hará por apremio en la forma determinada por el juez.

La sentencia, en cuanto resolviere sobre la educación de los hijos, será susceptible del recurso de apelación, pero solo en el efecto devolutivo.

El juez podrá en todo tiempo, modificar la providencia en lo referente al cuidado, educación y alimentos de los hijos, aun cuando hubiere sido confirmada o modificada por el superior, siempre que, previa una tramitación igual a la que sirvió de base para la resolución primitiva, encontrare suficiente motivo para reformarla. Esta providencia será también susceptible del recurso de apelación, que se lo concederá igualmente solo en el efecto devolutivo. El juez, para tramitar el divorcio y mientras se ventilare definitivamente la situación económica de los hijos, deberá señalar la pensión provisional con que la que uno o ambos cónyuges han de contribuir al cuidado, educación y subsistencia de la prole común.

Podrá también el juez, en caso necesario cambiar la representación de los hijos.

El guardador tiene la obligación de rendir cuentas anuales documentadas del ejercicio de su guarda.

Art. 122 (Ex 142) (Formalidades de las causas de nulidad y divorcio): Las causas sobre la validez o nulidad del matrimonio tendrán siempre dos instancias e intervendrá en ellas, como parte, el *Ministerio Público*.

En las de divorcio, los recursos se regirán por lo dispuesto en la ley, para el trámite verbal sumario.

Art. 145 (Ex 169) (Autorización judicial supletoria por interdicción del que debe autorizar): Si el cónyuge que debe prestar su consentimiento para un contrato relativo a los bienes de la sociedad conyugal, estuviere en interdicción, o en el caso del artículo 512, el juez, oído el *Ministerio Público*, suplirá el consentimiento, previa comprobación de la utilidad.

#### **De la Patria Potestad:**

Art. 322 (Ex 282) (Procedimiento de la suspensión de la patria potestad): La suspensión de la patria potestad deberá ser decretada por el juez, con conocimiento de causa, y después de oídos sobre ello, los parientes del hijo, el *Ministerio Público* y el Tribunal de Menores.

#### **De las tutelas y curadurías en general:**

Art. 397 (Ex 393) (Curador agregado): Si el tutor o curador, alegando la excesiva complicación de los negocios del pupilo y su insuficiencia para administrarlos cumplidamente, pidiere que se le agregue un curador, podrá el juez acceder, oyendo previamente sobre ello a los parientes del pupilo y al *Ministerio Público*.

El juez dividirá entonces la administración del modo que más conveniente le parezca.

Art. 398 (Ex 394) (Curador para bienes donados o heredados bajo condición): Si al que se halla bajo tutela o curaduría se hiciere una donación o dejare una herencia o legado, con la precisa condición de que los bienes comprendidos en la donación,

herencia o legado se administren por la persona que el donante o el testador designen, se accederá a los deseos de éstos, a menos que, oídos los parientes y el *Ministerio Público*, apareciere que conviene más al pupilo repudiar la donación, herencia o legado, que aceptarles en estos términos.

Si se acepta la donación, herencia o legado, y el donante o el testador no hubieren designado la persona, o la que ha sido designada no fuere idónea, hará el juez la designación.

### **De las diligencias y formalidades que deben preceder al ejercicio de la Tutela o Curaduría:**

Art. 423 (Ex 422) (Exoneración del inventario): Si el tutor o curador probare que los bienes son demasiado exigüos para soportar el gasto de la formación de inventario, podrá el juez, oídos los parientes del pupilo y el *Ministerio Público*, remitir la obligación de inventariar solemnemente dichos bienes, y exigir solo un apunte privado, firmado por el tutor o curador y por tres de los más cercanos parientes, mayores de edad, o por tres personas respetables, a falta de éstos.

### **De la administración de los tutores y curadores relativamente a los bienes:**

Art. 442 (Ex 441) (Aprobación judicial de las particiones): Hecha la división de una herencia, o de bienes raíces que el pupilo posea con otros, proindiviso, será necesaria, para que surta efecto, nueva decisión judicial que, con audiencia del *Ministerio Público*, la apruebe y confirme.

Art. 459 (Ex 458) (Orden judicial de rendir cuentas): Podrá el juez, mandar de oficio, cuando lo crea conveniente, que el tutor o curador, aun durante su cargo, exhiba las cuentas de su administración o manifieste las existencias a otro de los tutores o curadores del mismo pupilo, o a un curador especial, que el juez designará al intento.

Podrá solicitar esta providencia, con causa grave, calificada por el juez, verbalmente, cualquier otro tutor o curador del mismo pupilo, o cualquiera de los consanguíneos más próximos de éste, o su cónyuge, o el *Ministerio Público*.

#### **Reglas especiales relativas a la tutela:**

Art. 480 (Ex 482) (Intervención del Ministerio Público): El pupilo tendrá derecho para solicitar la intervención del *Ministerio Público*, cuando de alguno de los actos del tutor le resulte manifiesto perjuicio, y el Ministerio, hallando fundado el reclamo, ocurrirá al juez.

#### **Reglas relativas a la curaduría del disipador, del ebrio consuetudinario y del toxicómano:**

Art. 482 (Ex 484) (Iniciación del juicio de interdicción): El juicio de interdicción podrá ser provocado por el cónyuge del supuesto disipador, por cualquiera de sus consanguíneos, hasta en el cuarto grado, por sus padres, hijos y hermanos, y por el *Ministerio Público*.

El *Ministerio Público* será oído aun en los casos en que el juicio de interdicción no haya sido provocado por él.

Art. 491 (Ex 493) (Intervención del Ministerio Público): El disipador tendrá derecho para solicitar la intervención del *Ministerio Público* cuando los actos del curador le fueren vejatorios o perjudiciales, y el curador se conformará entonces a lo acordado por el *Ministerio Público*.

#### **De las curadurías de bienes:**

Art. 515 (Ex 517) (Intervención del Ministerio Público): Intervendrá en el nombramiento el *Ministerio Público*.

### **De las excusas:**

Art. 552 (Ex 586) (Personas que pueden excusarse): Pueden excusarse de la tutela o curaduría.

1. El Presidente y Vicepresidente de la República, los Ministros de Estado, los Magistrados de la Corte Suprema, de los tribunales distritales de lo Fiscal, de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, del Tribunal Agrario, de la Corte Nacional de Menores y de las Cortes Superiores, los fiscales y demás personas que ejercen el *Ministerio Público*, los jueces de lo Penal y los jueces de Menores.
2. Los administradores y recaudadores de rentas fiscales.
3. Los que están obligados a servir por largo tiempo, un empleo público a considerable distancia del lugar en que se ha de ejercer la guarda.
4. Los que tienen su domicilio a considerable distancia de dicho lugar;
5. (Derogado)
6. Los que adolecen de grave enfermedad habitual, o han cumplido sesenta y cinco años.
7. Los extremadamente pobres.
8. Los que ejercen ya dos guardas; y los que, estando casados o teniendo hijos bajo patria potestad, ejercen ya una guarda, pero no se tomarán en cuenta las curadurías especiales;

Podrá el juez contar como dos la tutela o curaduría que fuere demasiado complicada y gravosa; y,

9. Los que tienen bajo su patria potestad cinco o más hijos, contándoseles también los que han muerto en acción de guerra, bajo las banderas de la República.

### **Reglas comunes a las incapacidades y a las excusas:**

Art. 562 (Ex 566) (Intervención del Ministerio Público): El juicio sobre las incapacidades o excusas alegadas por el guardador deberá seguirse con intervención del *Ministerio Público*.

### **De la remoción de los tutores y curadores:**

Art. 579 (Ex. 583) (Remoción de una guarda por haber sido removido de otra): El que ejerce varias tutelas o curadurías, y es removido de una de ellas por fraude o culpa grave, será por el mismo hecho, removido de las otras, a petición del *Ministerio Público*, de oficio o a petición de cualquier persona.

Art. 580 (Ex. 584) (Quienes pueden provocar la remoción): La remoción podrá ser provocada por cualquiera de los consanguíneos del pupilo, por su cónyuge, y aun por cualquier persona.

Podrá provocarla el pupilo mismo que haya llegado a la pubertad, recurriendo al *Ministerio Público*.

El juez podrá también promoverla de oficio

Serán siempre oídos los parientes y el *Ministerio Público*.

### **Del patrimonio familiar:**



Art. 858 (Ex. 863) (Autorización jurídica para ciertos contratos): En los casos de necesidad o conveniencia, calificados por el juez, previo conocimiento de causa y audiencia del *Ministerio Público*, podrá el instituyente dar en arriendo o en aparcería los inmuebles que formen el patrimonio.

El *Ministerio Público* se cerciorará de la necesidad y conveniencia del acto, bajo su más estricta responsabilidad.

Art. 859 (Ex. 864) (Administración): Corresponde a los cónyuges la administración del patrimonio familiar, si ambos lo han constituido, siguiendo reglas análogas a las de la administración de la sociedad conyugal.

En caso de muerte o de impedimento legal de uno de los cónyuges, le reemplazará el otro, y a falta de ambos, el administrador que nombraren los beneficiarios mayores de edad y el curador o curadores que, de acuerdo con las leyes, representaren a los menores beneficiarios.

En todo caso, el usufructo aprovechará en común al instituyente y a los beneficiarios. Si hubiere disconformidad respecto de la administración, resolverá el juez, siguiendo el trámite del juicio verbal sumario.

El divorcio de los cónyuges instituyentes no se inscribirá en el Registro Civil, sino cuando hubiesen acordado, entre ellos, la administración del patrimonio familiar, aprobada por el juez, con conocimiento de causa y audiencia del *Ministerio Público*.

Art. 870 (Ex. 875) (Intervención del Ministerio Público): Será oído el *Ministerio Público* en todos los juicios relativos al patrimonio familiar, incluso en las diligencias para constituirlo. Los casos de nulidad y rescisión, y cualquier litigio que se suscitare, se resolverán del modo y forma determinados en el artículo 864.

**De la nulidad y de la rescisión:**

Art. 1726 (Ex. 1736) (Solicitantes de la nulidad absoluta. Saneamiento): La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato, puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede así mismo pedirse por el *Ministerio Público*, en interés de la moral o de la ley, y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años.

#### **7.4.- EL DEBIDO PROCESO.**

Toda sociedad produce conflictos entre sus miembros, la mayoría de los cuales se resuelven sin que sea necesaria la intervención del Estado. Sin embargo, cuando el conflicto es de tipo penal, el Estado para resolverlo se arroga el monopolio del poder punitivo.

Los alcances y límites del derecho punitivo del Estado, responden necesariamente a la naturaleza y esencia del sistema político imperante, así, si el régimen es autoritario, su sistema penal reflejará ésta circunstancia; por el contrario, si el sistema político es democrático, sus instituciones jurídicas también lo serán (o por lo menos tendrán como meta serlo).

El objetivo del proceso penal en el sistema inquisitivo era investigar, juzgar y sancionar, y todas esas atribuciones las tenía el Juez; en cambio, en el sistema acusatorio moderno, el Estado ejerce su potestad punitiva a través de la acusación del Ministerio Público, como instrumento que le permite garantizar la convivencia social dentro de las normas de derecho, respetando las garantías constitucionales de los ciudadanos.

La investigación procesal penal tiene sus límites, pues si bien el delito se concibe como una ofensa a la sociedad con el que se lesionan bienes jurídicos individuales o colectivos, sin embargo, su alcance no puede rebasar el marco de las garantías del debido proceso.

Se afirma que el Derecho Procesal Penal es el reflejo del régimen político de un país, la historia del Derecho Procesal, es una historia paralela a la historia del Derecho Político. El Derecho Procesal Penal traza las líneas a las que debe someterse un trámite específico, pero junto a él, los principios del debido proceso procuran alcanzar un sistema de igualdad entre las partes, de modo que la una no predomine sobre la otra, ni el Estado coarte o limite derecho alguno.

En síntesis, la decisión política que defina el sistema debe optar básicamente por dos alternativas: primar el interés público y fortalecer el poder del Estado en la persecución penal, aun negando los derechos del individuo; o, en conceder a los sujetos las suficientes garantías para que enfrenten a ese poder punitivo, preservando su dignidad personal en un plano en el que no se encuentren desprotegidos frente a las instituciones públicas de persecución penal.

El penalista argentino Albert M. Binder, señala al respecto lo siguiente: “El segundo gran desafío de la democracia a la administración de justicia se refiere a la preservación de las garantías. En la práctica, es posible definir el grado de desarrollo de una sociedad democrática por el papel que en ella desempeñan cotidianamente los jueces. Esto lo advertía ya James Goldschmit, una de las más grandes autoridades en derecho procesal de este siglo, cuando señalaba que el proceso penal es el termómetro de los componentes democráticos o autoritarios de una sociedad. Yo lo expresaría, añade Binder, de la siguiente manera: para analizar si una sociedad es democrática o no, lo primero que debería hacerse, no es estudiar el funcionamiento de la vida parlamentaria o el desarrollo de los procesos electorales, sino observar como funciona en ella la justicia penal, porque ésta es la que define cómo trata el Estado a sus ciudadanos y qué grado de aplicación tienen en la práctica las grandes garantías procesales o las grandes garantías civiles”.<sup>14</sup>

Nuestra Constitución Política, catalogada en términos generales como “desarrollada”, establece (como no podía ser de otra manera) derechos y garantías de

---

<sup>14</sup>Binder Alberto, "EL PROCESO PENAL", Edit ILANUD-FORCAP, Costa Rica

la persona y consagra principios que deben regir en el proceso penal, que se constituyen en verdaderas limitantes del poder punitivo del Estado, tales son: único proceso, juez natural e independiente, principio de legalidad, principio de presunción de inocencia, inviolabilidad del derecho a la defensa, etc.

El debido proceso permite el respeto de esas garantías y derechos fundamentales previstos en la Constitución, en el ordenamiento legal del país, y en los pactos, tratados y convenios internacionales ratificados (y que en consecuencia forman parte de la normativa interna y son de forzoso e incuestionable cumplimiento).

Constituye la salvaguardia de todos los principios relativos a los derechos humanos, de tal forma que, un proceso penal debido, es aquél que se realiza con apego a las condiciones de oportunidad y legalidad, que garantizan una justa tramitación Judicial, en donde se hagan valer de modo efectivo los derechos señalados en el Art. 24 de la Constitución Política. Se trata de una visión humanista y civilizada del proceso y del sistema jurídico.

Refiriéndose al proceso penal, el Dr. Jorge Zavala Baquerizo dice: “es un proceso jurídico humano, provocado y orientado por humanos, protagonizado por humanos, donde siempre está presente la fase negativa de la sociedad, en donde toda la humanidad está involucrada por lo que se llama la Responsabilidad Compartida; agrega luego: en el proceso penal se juzga a toda la sociedad, porque pudo hacer oportunamente algo en beneficio físico y moral del posteriormente justiciable y no lo hizo”<sup>15</sup>.

El Art. 192 de la Constitución Política de la República determina que, el sistema procesal será un medio para la realización de la justicia, hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación,

---

<sup>15</sup> Zavala Baquerizo, Jorge; El Proceso Penal; cuatro tomos; Editorial EDINO.- Colombia, 1990.

celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

Igualmente, nuestra Constitución en su Art. 22, establece la responsabilidad civil en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por los supuestos de violación de las normas establecidas en el Art. 24, referentes a las garantías del debido proceso y determina además el derecho del Estado para repetir la acción contra el juez o funcionario responsable. La responsabilidad civil del Estado comprende las acciones de indemnización de daños y perjuicios y además la de daño moral.

A su vez, el Código de Procedimiento Penal garantiza el respeto de los derechos humanos, al disponer que los miembros de la Policía Judicial están obligados a observar estrictamente las formalidades legales y reglamentarias en cuantas diligencias les corresponda practicar y se abstendrán, bajo su responsabilidad, de usar medios de averiguación violatorios de los derechos humanos consagrados por la Constitución Política de la República, los Convenios Internacionales y las leyes de la República (Art. 211 del Código de Procedimiento Penal).

El debido proceso va unido al tema de los derechos humanos, pues se parte de la idea de que el acusado no es un objeto del proceso, sino una persona, un ser humano, al que debe dársele las mismas oportunidades que tiene el acusador dentro del proceso.

En definitiva, nuestra Constitución persigue la consolidación de un Estado de Derecho, que preserve el cumplimiento del conjunto de principios y procedimientos, con el fin de garantizar los derechos fundamentales de las personas. Se busca que el proceso penal sea más humano, digno, transparente y equiparador.

**7.4.1.- GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO QUE DEBE OBSERVAR EL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Ministerio Público debe garantizar la aplicación del debido proceso. Para asegurar el debido proceso, el Art. 24 de la Constitución Política establece la obligación de observar diecisiete garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezca la misma Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia, las mismas que serán analizadas en detalle más adelante.

Hay que resaltar los principios fundamentales que contempla el libro primero del Código de Procedimiento Penal, en sus Arts. 1 al 15:

- Juicio Previo: Nadie puede ser penado sino mediante una sentencia ejecutoriada, dictada luego de haberse probado los hechos y declarada la responsabilidad del imputado en un juicio, sustentado conforme a los principios establecidos en la Constitución Política de la República y en el Código de Procedimiento Penal, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y los derechos del imputado y de las víctimas. (Concordancia Art. 24, num.1, Constitución).

- Legalidad: Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción penal por la Ley Penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.

La infracción ha de ser declarada y la pena establecida con anterioridad al acto. Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de infracciones y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena haya o no comenzado a cumplirse.

Si la pena establecida al tiempo de la sentencia, difiere de la que tengan cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.

En general, todas las leyes posteriores que se dictaren sobre los efectos de las normas de procedimiento penal o que establezcan cuestiones previas, como requisitos de prejudicialidad, procedibilidad o admisibilidad, deberán ser aplicadas en lo que sean favorables a los infractores. (Concordancia Art. 24, num. 1 y 2, Constitución).

- Juez natural: Nadie puede ser juzgado sino por los jueces competentes determinados por Ley. (Concordancia Art. 24, num. 11, Constitución).
  
- Presunción de Inocencia: Todo imputado es inocente hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable. Por éste motivo la Indagación Previa es reservada. (Concordancia Art. 24, num. 7, Constitución).
  
- Único Proceso: Ninguna persona será procesada ni penada más de una vez por un mismo hecho. (Concordancia Art. 24, num. 16, Constitución).
  
- Celeridad: Para el trámite de los procesos penales y la práctica de los actos procesales, son hábiles todos los días y horas; excepto en lo que se refiere a la interposición y fundamentación de recursos, en cuyo caso correrán sólo los días hábiles.
  
- Extradición: Es obligación del Juez solicitar en la forma prevista por la Ley y los Convenios Internacionales, la extradición del prófugo en los casos de prisión preventiva o de sentencia condenatoria ejecutoriada.
  
- Conclusión del Proceso: El Proceso Penal sólo puede suspenderse o concluir en los casos y formas establecidos expresamente en este el código. Concluye por auto de sobreseimiento o por sentencia.
  
- Notificaciones: Toda providencia debe ser notificada a las partes procesales. La notificación se hará mediante una boleta dejada en el domicilio judicial o en la casilla judicial señalada para el efecto.
  
- Impulso Oficial: El proceso Penal será impulsado por el Fiscal y el Juez, sin perjuicio de gestión de parte. (Concordancias Art. 219 Constitución y 25 del Código de Procedimiento Penal).

- Inviolabilidad de la defensa: La defensa del imputado es inviolable.

El imputado tiene derecho a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas.

Si el imputado esta privado de la libertad, el encargado de su custodia debe transmitir acto seguido al juez, al Tribunal o al Ministerio Público las peticiones u observaciones que formule. (Concordancia Art. 24, nums. 10 y 12).

- Información de los Derechos del imputado: Toda autoridad que intervenga en el proceso, debe velar para que el imputado conozca inmediatamente los derechos que la Constitución Política de la República y el Código de Procedimiento Penal le reconocen.

El imputado tiene derecho a designar un defensor. Si no lo hace, el juez debe designarlo de oficio antes de que se produzca su primera declaración. El Juez o Tribunal pueden autorizar que el imputado se defienda por sí mismo. En tal caso, el defensor se debe limitar a controlar la eficacia de la defensa técnica. (Concordancias Art. 24, nums. 4, 5 y 10 Constitución y Art. 166 Código de Procedimiento Penal).

- Traductor: Si el imputado no entiende el idioma español, podrá designar un traductor. Si no lo hace, el Fiscal o el Tribunal, lo designará de oficio.

El Estado cubrirá los costos de las traducciones. (Concordancia Art. 24, num. 12 Constitución).

- Igualdad de derechos: Se garantiza al Fiscal, al imputado, a su defensor, al acusador particular, a sus representantes y las victimas, el ejercicio de las facultades y derechos previstos en la Constitución Política de la República y en el Código de Procedimiento Penal.



- Interpretación restrictiva: Todas las disposiciones del Código de Procedimiento Penal que restringen la Libertad o los Derechos del Imputado o limitan el ejercicio de las facultades conferidas a quienes intervienen en el proceso, deben ser interpretadas restrictivamente.

La persecución penal del Estado encuentra su contrapartida o equilibrio en lo que el Derecho Constitucional llama garantías del debido proceso, que consisten en el conjunto de condiciones que deben necesariamente cumplirse para asegurar una adecuada defensa de las personas (cuyos derechos y obligaciones están considerados judicialmente).

En aplicación de los principios constitucionales, actualmente nuestro Derecho Procesal Penal es básicamente garantista, es decir; es el derecho constitucional reformulado, en tanto reglamenta los principios y garantías reconocidos por la Carta Fundamental. De esta forma, el país ha ingresado a la política de los límites del debido proceso, esto es, dentro de márgenes filosóficos, ideológicos y políticos de un Estado Social de Derecho, que respeta en todo momento la dignidad y garantías judiciales de los ciudadanos.

De lo anotado, se puede concluir que el Ecuador cuenta con una Constitución Política humanista y un Código de Procedimiento Penal garantista de los derechos fundamentales, que representa una especie de desarrollo de las disposiciones constitucionales, observando como consecuencia, un verdadero paradigma ideológico e institucional en el modo de aplicación del Ius puniendi del Estado.

Las garantías del debido proceso se concretan en la aplicación de los siguientes principios:

#### 7.4.1.1.- LA ORALIDAD.

Según el Art. 158 del Código de Procedimiento Penal, el Juicio es oral; bajo esa forma deben declarar las partes, los testigos y los peritos. Las exposiciones y alegatos

de los abogados, serán igualmente orales, y finalmente, las resoluciones interlocutorias deben pronunciarse verbalmente, pero habrá que dejar constancia de ellas en el acta del juicio.

El descubrimiento de la verdad histórica, el ejercicio del Derecho de Defensa y el Derecho a la legalidad, fueron elementos que impusieron la necesidad de que el juicio sea público. A través de la oralidad, se puede tener contacto directo con las partes, es decir, que si la publicidad es eficiente, la oralidad permite la inmediación.

#### 7.4.1.2.- LA PUBLICIDAD.

Los artículos 44 y 255 del Código de Procedimiento Penal, contienen disposiciones expresas sobre la publicidad. Esta se opone al secreto del proceso.

Un juicio es público porque tienen libre acceso a él las partes procesales, y porque dentro del proceso, todas las actuaciones son conocidas por ellas; así mismo, porque cualquier persona que tenga interés en una pieza procesal o documento del juicio, puede solicitarlos al juez.

#### 7.4.1.3.- LA INMEDIACIÓN.

Es el resultado directo de la oralidad. La inmediación permite el contacto directo y simultáneo entre los sujetos procesales con los medios de prueba y también con los jueces y representantes del Ministerio Público, así lo establece el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal.

#### 7.4.1.4.- EL JUEZ NATURAL.

El numeral 11 del Art. 24 de nuestra Constitución Política y el Art. 3 del Código de Procedimiento Penal, contienen disposiciones expresas en relación al Juez Natural.

El principio del Juez Natural, concierne a la competencia de los jueces de lo penal, la misma que es legal, improrrogable y privativa. La competencia nace de la ley, y asegurar la competencia es lo que debe hacer el juez en su primera providencia. Todo ciudadano tiene su juez propio del que no puede ser distraído.

#### 7.4.1.5.- PRINCIPIO INDUBIO PRO-REO.

El principio de “indubio pro reo”, que señala el numeral 2 del Art. 24 de la Constitución, se encuentra establecido desde el inicio del Derecho Penal, siendo uno de los pilares de la doctrina penal, tiene un carácter protector de la parte considerada como más débil dentro de la relación del proceso penal, en consideración a factores de orden psicológico, económico y social que afronta el imputado o el acusado, así como las difíciles condiciones de los centros carcelarios para el cumplimiento de la condena, puesto que quien es imputado de un delito sufre la privación de su libertad, de su medio de subsistencia, se expone a la destrucción de su familia, etc.

Por lo dicho, se aplican las sanciones menos rigurosas cuando existe conflicto entre dos o más leyes sancionadoras, aunque fueren promulgadas después de la infracción. (en caso de duda, se aplicarán siempre en el sentido más favorable al encausado).

El Art. 4 del Código Penal prohíbe en esta materia la interpretación extensiva, por lo cual, el Juez debe atender estrictamente a la letra literal de la ley, y solo en caso de duda, interpretarla en el sentido más favorable al reo.

La norma constitucional se concreta en los incisos cuarto y quinto del Art. 2 del Código de Procedimiento Penal, que extienden este principio al campo procesal indicando que si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa, y además que en general, todas las leyes posteriores que se dictaren sobre los efectos de las normas de procedimiento penal o que establezcan cuestiones previas tales como requisitos de prejudicialidad, procedibilidad o admisibilidad, deberán ser aplicadas en lo que sean favorables a los infractores.

#### 7.4.1.6.- PRINCIPIO NON BIS IN IDEM.

Se encuentra contemplado en el numeral 16 del Art. 24 de la Constitución y en el Art. 5 del Código de Procedimiento Penal. Este principio abarca dos aspectos:

- 1) El procesamiento; y,
- 2) La pena, que debe estar contenida en una sentencia ejecutoriada.

Por lo tanto, para aplicar este principio es necesario que se haya iniciado un procedimiento o juicio en contra de una persona. Dicho juicio puede ser abandonado, puede prescribir, estar en el archivo, etc. En estos casos procede la aplicación de este principio, porque ya hubo juicio y no puede volver a instaurarse otro por el mismo hecho; y, porque también, ya pasó por autoridad de cosa juzgada.

Consiste en un principio básico del Derecho Penal que determina que nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa, debiendo ser entendida ésta garantía en un sentido amplio, puesto que no solo implica la imposibilidad de doble o múltiple condena por el mismo hecho punible, sino que se extiende a la persecución penal misma, impidiendo la iniciación de una nueva causa cuando otra idéntica se encuentra pendiente o ha concluido con resolución firme que absuelva o condene.

#### 7.4.1.7.- PRINCIPIO NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE PRAEUIA LEGE.

Este principio se encuentra consagrado en el numeral primero del Art. 24 de la Constitución, es básico y representa una de las garantías fundamentales del proceso penal. Viene siendo aplicado desde el sistema inquisitivo con el propósito de impedir la arbitrariedad del juzgador, quien podría acomodar a determinadas circunstancias la conducta delictiva y las sanciones, con afanes de persecución política, religiosa o de otra naturaleza. Por lo tanto, no se puede juzgar a una persona si el acto u omisión cometidos no se encuentran previamente tipificados como infracción penal, ni se le

puede aplicar una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Esta garantía contempla además la obligación del juzgador de observar el trámite establecido para cada procedimiento.

Surge con el propio Derecho Penal, constituye garantía principal para el imputado y para la sociedad, significa que los delitos y las penas deben constar en una ley que responda a las necesidades sociales.

Esta garantía aparece en los cuatro primeros incisos del Art. 2 del Código de Procedimiento Penal, bajo el título de "Legalidad", al señalar que nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la ley penal, o sufrir una pena que no esté en ella establecida, añadiendo luego que la infracción ha de ser declarada y la pena establecida con anterioridad al acto y además que un acto, si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse.

Este principio aleja el abuso de poder de los gobernantes y es común a todas las legislaciones penales del mundo; constituye la base de la seguridad jurídica.

#### 7.4.1.8.- DERECHO A LA DEFENSA.

El derecho de defensa es básico en el Derecho Penal, su observancia la garantiza el numeral 10 del Art. 24 de la Constitución y los artículos 11 y 12 del Código de Procedimiento Penal. Por ésta garantía se prohíbe la privación del derecho a la defensa en cualquier estado o grado del procedimiento, y se señala la obligación de las autoridades que intervienen en el proceso, de velar para que el imputado conozca inmediatamente los derechos que le reconocen la Constitución y la Ley.

Esta garantía va aparejada a los principios de inmediación y publicidad, garantiza que el Derecho Penal llegue a realizar la justicia, pues el imputado se coloca en

igualdad con el acusador, tiene derecho a presentar pruebas de descargo y desvanecer las pretensiones del acusador (podrá presentar atenuantes y eximentes).

El Ministerio Público y el Juez velarán porque se cumpla éste principio, del cual se derivan al menos nueve garantías a favor de las personas:

1. Derecho a ser informada de las razones de su detención en forma clara, a conocer la identidad de la autoridad que la ordenó, la de los agentes que la llevan a cabo y de los responsables del interrogatorio (numeral 4 del Art. 24 de la Constitución y Art. 166 del Código de Procedimiento Penal).

2. Derecho a solicitar la presencia de un Abogado y a comunicarse con un familiar (numeral 4 del Art. 24 de la Constitución).

3. Derecho a la defensa técnica, nadie puede ser interrogado, ni aun con fines de investigación, por el Ministerio Público o por una autoridad policial, sin la asistencia de un Abogado, bajo pena de carecer el testimonio de eficacia probatoria (numeral 5 del Art. 24 de la Constitución y Art. 71 del Código de Procedimiento Penal).

Para efectos del cumplimiento de ésta garantía, el Código de Procedimiento Penal en su Art. 74 y siguientes, crea la figura de la Defensoría Pública Nacional, que se encargará del patrocinio de los imputados que no hayan designado defensor.

El defensor público debe cumplir su tarea desde el momento en que es designado, debiendo responder por su gestión; consecuentemente, debe estar sujeto a un régimen administrativo y a un control sobre su actuación en el campo ético, sólo así esta garantía será efectiva.

Esta dependencia se encuentra aún en etapa de formación, y constituye uno de los puntos más cuestionables en la aplicación del nuevo sistema procesal.

4. Derecho a ser juzgada por el juez competente (numeral 11 del Art. 24 de la Constitución y Art. 3 del Código de Procedimiento Penal).

5. Derecho a ser informado en su lengua materna, de las acciones iniciadas en su contra (numeral 12 del Art. 24 de la Constitución).

6. Derecho a que las pruebas sean actuadas dentro de la etapa del juicio con observancia de la Constitución y la ley. Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales, carecerá de eficacia probatoria alguna (numeral 14 del Art. 24 de la Constitución y Art. 80 del Código de Procedimiento Penal).

7. Derecho a exigir que los testigos y peritos comparezcan ante el juez a responder el interrogatorio respectivo. Además, existe el derecho a acceder a los documentos relacionados con el proceso (numeral 15 del Art. 24 de la Constitución).

8. Derecho de acceder a los órganos judiciales para obtener la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses, sin que en caso alguno quede la persona en indefensión (numeral 17 del Art. 24 de la Constitución).

9. Derecho a exigir que las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las partes sean motivadas, con la enunciación de las normas o principios jurídicos en que se hayan fundado y la explicación sobre la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho (numeral 13 del Art. 24 de la Constitución).

#### 7.4.1.9.- PRINCIPIO REFORMATIO IN PEIUS.

Este principio se encuentra consagrado en el numeral 13 del Art. 24 de la Constitución, y tiene relación con los recursos o fase impugnatoria de los autos y sentencias. Tiende a garantizar el derecho del imputado para recurrir a todo medio posible de defensa, con el objeto de desvirtuar o atenuar su responsabilidad penal, a fin de que cuando se resuelva la impugnación de una sanción, no se empeore su situación, aún cuando se trate de un recurso de casación.

Esta garantía se encuentra limitada por lo dispuesto en el Art. 328 del Código de Procedimiento Penal, según el cual, ningún Tribunal Superior podrá empeorar la situación jurídica del acusado, si fuese el único recurrente; es decir, no podrá ponerle una pena mayor.

Esta garantía tiene soporte en el hecho de que, correspondiendo particularmente al Ministerio Público la responsabilidad de defender a la sociedad en el proceso penal y velar por el principio de legalidad, puede ser que el agraviado se encuentre satisfecho con el resultado del juez, pero el Ministerio Público debe intervenir de inmediato, pues de no hacerlo, se beneficia al acusado.

#### 7.4.1.10.- PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Este clásico principio procesal se encuentra garantizado en el numeral 7 del Art. 24 de la Constitución y en el Art. 4 del Código de Procedimiento Penal, que manifiesta que se presumirá la inocencia a toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia condenatoria ejecutoriada. Está estrechamente ligado con los derechos al honor, a la dignidad, al buen nombre y a la buena fama de las personas.

El ser sindicado en un juicio, no significa que se tenga responsabilidad o se sea culpable, pues le acompaña al acusado la garantía de inocencia.

Consecuencias jurídicas inmediatas de su aplicación:

- La carga de la prueba, es por la ubicación del onus probandi como responsabilidad del acusador y no del acusado.
- Se vincula con el uso de la prisión preventiva, cuya orden debe ser emitida únicamente cuando exista el peligro de fuga del imputado y para garantizar la inmediación de éste dentro del proceso. Este problema ha sido recurrente en el país, de ahí la norma de caducidad de la prisión preventiva que establece el numeral 8 del Art. 24 de la Constitución y el Art. 169 del Código de Procedimiento Penal (actualmente reformado por la Ley 2003-10, Registro



Oficial No. 743 de 13 de enero del 2003, que establece la figura de la “Detención en Firme”, que por cierto adolece de serios vicios de inconstitucionalidad).

- Finalmente, éste principio se complementa además con la aplicación del derecho que tiene el imputado de ser privado de la libertad únicamente cuando exista orden escrita de juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas en la ley, salvo el caso de delito flagrante (numeral 6 del Art. 24 de la Constitución).

La condena de una persona se cumple cuando está en firme la sentencia condenatoria, ahí termina la prisión preventiva para dar paso a la condena.

#### 7.4.1.11.- LA ECONOMÍA PROCESAL.

Este principio va de la mano del principio de oralidad. Los plazos en materia penal, por perentorios que sean, siempre serán dilatados en un sistema predominantemente escrito. La nueva legislación penal, adecuada al sistema acusatorio, garantiza la celeridad del proceso penal, pues permite la concentración de la prueba y la inmediación; ya no habrá la posibilidad de que se reabra el sumario varias veces, en el nuevo sistema, tanto la etapa intermedia, como la etapa del juicio, tendrán limitada duración, sin posibilidad procesal de dilaciones, pues la audiencia será continua, y la prueba será evacuada en dicha audiencia.

#### 7.4.1.12.- PRINCIPIO DE OFICIALIDAD.

Este principio guarda íntima relación con la naturaleza del poder público que tiene la facultad de perseguir y sancionar a quienes cometen delitos, es decir, nos referimos al Ius Punendi.

El juicio penal en esencia no es un juicio entre las partes, el interés de la sociedad es superior a la pretensión punitiva de cualquiera de ellas. El delito lesiona los intereses

privados, los bienes jurídicos protegidos por el derecho, como son la paz, el orden, la seguridad, el bien común y la justicia. El Ministerio Público en representación de la sociedad, y el juez como administrador de justicia, tienen el deber irrenunciable de impulsar la acción penal. Lejos de una transacción o abandono de la acción penal, la legalidad tiene que imponerse en materia penal.

Si no termina el proceso con sentencia condenatoria, el derecho penal no habría cumplido su cometido.

#### 7.4.1.13.- IGUALDAD DE DERECHOS.

Consagrado en el Art. 14 del Código de Procedimiento Penal, se relaciona con el Principio Constitucional de igualdad ante la ley. Se refiere a que las partes tienen el mismo derecho dentro del proceso penal; en todo lo que se refiere a las notificaciones, impugnaciones y actuación de prueba sin limitación alguna.

#### 7.4.1.14.- RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS.

Este principio se encuentra previsto en los artículos 3, 4, 24 numeral 14, y 219 de la Constitución, así como en los artículos 211 y 220 del Código de Procedimiento Penal, y artículo 8 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Esta garantía, defiende los derechos humanos de los sujetos procesales y vela por la rehabilitación del sentenciado en la etapa de la ejecución de la pena.

#### 7.4.1.15.- INFORMACIÓN DE LOS DERECHOS DEL IMPUTADO.

Este principio se encuentra en el numeral 4 del Art. 24 de la Constitución y Art. 12 del Código de Procedimiento Penal. Esta garantía procesal tiene por objeto que el imputado conozca los cargos que se le formulan y los derechos que le asisten, todo esto, en garantía del Derecho Penal, evitando vicios que invaliden los actos procesales.

#### 7.4.1.16.- PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD.

Este principio está en el inciso tercero del Art. 65 del Código de Procedimiento Penal. Tiene íntima relación con los principios de independencia e imparcialidad del Fiscal. Consiste en una valoración adecuada de los hechos, libre de perjuicios particulares frente a los mismos.

El Fiscal no tiene que contaminarse de la opinión pública, su criterio tiene que centrarse en un análisis frío y legal de los hechos probados.

#### 7.4.1.17.- MONOPOLIO DE LA ACCIÓN PENAL.

Se encuentra consagrado en el Art. 33 del Código de Procedimiento Penal y se refiere al Procedimiento Penal Acusatorio, en que al Ministerio Público se le atribuye el monopolio de la acción penal pública, esto significa, que si no hay acusación fiscal, no hay Juicio, perdiendo el Juez la atribución de iniciar un proceso penal.

#### 7.4.1.18.- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Esta garantía establecida en el numeral 3 del Art. 24 de la Constitución, asegura un equilibrio entre la sanción y la infracción cometida, a fin de que el infractor cumpla una pena en proporción al daño causado, limitando de esta forma la capacidad persecutoria que tiene el Estado. Así mismo, ésta garantía permite la existencia de sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, para los delitos que no son considerados de gravedad.

Al respecto, el Art. 171 del Código de Procedimiento Penal señala que siempre que se trate de un delito sancionado con pena que no exceda de cinco años y que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por delito, el juez o tribunal puede ordenar una o varias de las siguientes medidas alternativas a la prisión preventiva: el arresto domiciliario, con la vigilancia policial que el juez o tribunal disponga; la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o tribunal, o ante

la autoridad que él designe; y, la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal.

Se establece además que cualquiera que fuere el delito, la prisión preventiva será sustituida por el arresto domiciliario en todos los casos en que el imputado o el acusado sea una persona mayor de sesenta y cinco años de edad o que se trate de una mujer embarazada y hasta noventa días después del parto.

En la práctica, el arresto domiciliario no ha sido aplicado por cuanto no se cuenta con la reglamentación necesaria, y además por las dificultades que se tendría en su ejercicio, debido a que la fuerza pública no dispone de los elementos necesarios para garantizar la vigilancia de los sentenciados.

#### 7.4.1.19.- PRINCIPIO DE LA NO AUTOINCRIMINACIÓN.

Este importante principio está relacionado con la garantía que tiene el imputado o acusado de guardar silencio o abstenerse de declarar contra sí mismo, así como de no autoincriminarse dentro del proceso, conforme lo establece el Art. 81 del Código de Procedimiento Penal.

La aplicación de este principio conlleva a su vez, la aplicación de las siguientes garantías:

1. Derecho a abstenerse de declarar, sin que esto implique consecuencia negativa alguna (numeral 4 del Art. 24 de la Constitución y Art. 218 del Código de Procedimiento Penal).
2. Voluntad en la declaración del imputado. El Código de Procedimiento Penal le concede facultad al acusado de negarse a contestar preguntas que le formulen al momento de rendir su testimonio en la etapa del juicio (Art. 295 del Código de Procedimiento Penal).

3. No ser obligado a declarar dentro del juicio penal en contra de su cónyuge o parientes hasta dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; ni compelido a declarar en contra de sí mismo, en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal (numeral 9 del Art. 24 de la Constitución y Art. 143 del Código de Procedimiento Penal).

4. Consentimiento expreso de la persona para obtener muestras de fluidos corporales y componentes orgánicos (Art. 82 del Código de Procedimiento Penal).

5. No ser obligado a declararse culpable de la infracción mediante el uso de coacción física o moral, ni con el empleo de la violencia, drogas o cualquier técnica o sistema que atenten contra la declaración libre y voluntaria del imputado (Art. 220 del Código de Procedimiento Penal).

#### 7.4.1.20.- PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA.

Aunque no consta en forma específica dentro de las garantías del debido proceso, el fundamental principio procesal de independencia se encuentra instituido en el Art. 199 de la Constitución Política de la República, al señalar que los órganos de la función judicial serán independientes en el ejercicio de sus deberes y atribuciones. Ninguna función del Estado podrá interferir en los asuntos propios de aquellos. Los magistrados y jueces serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional aun frente a los demás órganos de la Función Judicial; sólo estarán sometidos a la Constitución y a la ley.

Este mismo principio lo podríamos aplicar también al Ministerio Público, para que observe “independencia frente a otras ramas del poder público”<sup>16</sup> e internamente, haciendo uso adecuado de su autonomía funcional, determinando las normas de conducta que deben observar los fiscales, a fin de que sus actuaciones en la investigación preprocesal y procesal penal sean ceñidas a la ética y al derecho.

---

<sup>16</sup> Constitución Política de la República, Art. 217.

## **CAPÍTULO VIII**

### **LA POLICÍA JUDICIAL Y EL MINISTERIO PÚBLICO.**

#### **8.1.- REFERENCIA HISTÓRICA.**

En nuestro país, el general Guillermo Rodríguez Lara, a través de Decreto Supremo No. 891, publicado en el Registro Oficial No. 636, del 11 de septiembre de 1974, al expedir la nueva Ley Orgánica de la Función Judicial, dispuso la creación de la Policía Judicial, como un organismo especializado de la Policía Nacional, cuyos deberes y atribuciones tenían que precisarse en el Reglamento Orgánico Funcional, que debía preparar la Policía en coordinación con el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, para someterlo a consideración del Presidente de la República.

Luego de unos años, el Consejo Supremo de Gobierno, mediante Decreto No. 2636, publicado en el Registro Oficial No. 621, de 4 de julio de 1978, introdujo el Título III “De la Policía Judicial”, al final del Libro I del Código de Procedimiento Penal.

El Código de Procedimiento Penal, promulgado en el Registro Oficial No. 511 del 10 de junio de 1983, en su Art. 53 disponía: “La Policía Judicial es un cuerpo auxiliar de la Administración de Justicia, integrado por personal especializado de la Policía Nacional. Su funcionamiento se sujetará a las normas de este Código y a las del Reglamento respectivo”.

A inicios de la década de los 90, aparecieron criterios opuestos respecto a la organización de la Policía Judicial. Algunos sostenían la tesis que disponía el Código de Procedimiento Penal de aquél entonces, es decir, de que la Policía Judicial juegue el papel de un cuerpo auxiliar de la administración de justicia, integrado por personal especializado de la Policía Nacional. Por otra parte, otros expresaban que la Policía Judicial debía ser una dependencia de la Función Judicial, independiente de la Policía Nacional.

El Presidente de la Corte Suprema de aquél entonces, presentó un Proyecto de Reformas al Código de Procedimiento Penal, que en lo atinente al tema disponía lo siguiente: “La Oficina de Investigación del Delito es un Organismo integrado por personal especializado de la Policía Nacional, sometido a la dirección y control del Ministerio Público. Su funcionamiento se sujetará a las normas de la Ley Orgánica del Ministerio Público, del Código de Procedimiento Penal y del Reglamento que dictará el Presidente de la República”.<sup>17</sup>

Este organismo debía estar sometido a la dirección y control del Ministerio Público y no de la Corte Suprema de Justicia, debido a que las autoridades de la época vieron la necesidad de preparar una nueva forma de administrar justicia en materia penal, en donde la etapa preparatoria del proceso debía estar a cargo del Ministerio Público y no de los llamados jueces de instrucción.

El Presidente de la República firmó el Reglamento Orgánico de la Policía Judicial, que se publicó en el Registro Oficial No. 995, del 7 de agosto de 1992, preparado por la Procuraduría General del Estado y la Policía Nacional, en base de las normas pertinentes del anterior Código de Procedimiento Penal.

De acuerdo con el Art. 1 del Reglamento citado, “La Policía Judicial, como organismo técnico de la Policía Nacional, es un cuerpo auxiliar de la Administración de Justicia; se rige, en lo que fuere aplicable, por la Ley Orgánica de la Policía Nacional, Código de Procedimiento Penal, Ley Orgánica de la Función Jurisdiccional y demás leyes y reglamentos pertinentes a esa organización”.

El Art. 5 del Reglamento disponía que “la Policía Judicial está conformada por el Consejo Directivo y por la Dirección Nacional de la Policía Judicial. El Consejo Directivo está integrado, entre otros, por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia o su delegado, quien lo preside.

---

<sup>17</sup> Proyecto de Reformas al Código de Procedimiento Penal.

De acuerdo con la transitoria del Decreto de creación de la Policía Judicial, hasta que entre a funcionar esta, corresponde a la Policía Nacional ejercer las funciones encomendadas a la Policía Judicial.

La Ley Orgánica del Ministerio Público, publicada en el Registro Oficial 26 de 19 de marzo de 1997, en su capítulo VIII de las “Disposiciones Generales”, artículo 25, dispone que la Policía Judicial estará a órdenes de los ministros y agentes del Ministerio Público para las diligencias de indagación previa y procesales penales.

En la Constitución Política de 1998, el artículo 219, inciso 2 dice que “para el cumplimiento de sus funciones, el Ministro Fiscal General organizará y dirigirá un cuerpo policial especializado y un departamento médico legal”.

Con el propósito de atender el mandato constitucional contenido en el segundo inciso del Art. 219, se firmó el primer Convenio de Cooperación Interinstitucional con la Policía en septiembre de 1999; luego se realizaron varios cursos de preparación del personal que labora en la Policía Judicial con miras a que esta Institución asuma su nuevo rol bajo la dirección de los Fiscales.

Conjuntamente, Policía y Ministerio Público, procedieron a elaborar formatos estandarizados de informes policiales, para lo cual se desarrollaron seminarios en las ciudades de Quito, Guayaquil, Riobamba y Cuenca, así como seminarios de capacitación en repartos policiales de todo el país.

Con miras a la organización de la Policía Judicial, en los primeros meses del 2001 se comenzó la redacción del “Reglamento de la Policía Judicial”, el mismo que es el resultado del trabajo conjunto de las dos Instituciones, siendo acogido por el Presidente de la República y publicado en el Registro Oficial de julio 13 del 2001.

Meses antes a la vigencia total del nuevo Sistema Procesal Penal, se inició el trabajo de la estructuración de la “nueva policía judicial”; el proceso de selección de sus miembros de conformidad con lo establecido en su Reglamento y en la Ley



Orgánica del Ministerio Público concluyó con la ACREDITACIÓN de 1905 personas entre Oficiales, Clases, Policías y personal civil de la Policía Judicial. El acto público de acreditación de los miembros de la Policía Judicial se cumplió de manera simultánea y solemne en todos los distritos del país el 31 de octubre del 2001.

## **8.2.- JUSTIFICACIÓN.**

Desde la antigüedad se ha concebido a la Policía como el ente encargado de velar por el orden público y la seguridad ciudadana, bajo las órdenes de las autoridades políticas y jurisdiccionales.

En un sentido material, su objeto preventivo se traduce en el ejercicio que impide la comisión de delitos, bien sea imponiendo con arreglo a las leyes, reglamentos y ordenanzas el cumplimiento de las normas de convivencia social; o bien sea persiguiendo los delitos ya cometidos. Esta última actividad se la conoce con el nombre de “policía judicial”, que actúa como instrumento auxiliar del Poder Fiscal y Judicial; función a la que corresponde, la investigación de los delitos.

Los órganos jurisdiccionales se encargan del ordenamiento del proceso y la dilucidación del acto delictivo; a la policía por su parte, le compete garantizar la tranquilidad pública y el cumplimiento de las órdenes judiciales, la fuerza pública es el elemento coactivo del Estado para la observancia y el cumplimiento de los objetivos atribuidos a cada uno de sus poderes y autoridades legítimamente designadas.

Los pesquisas o detectives actúan preferentemente en la investigación y en la persecución de los delitos, sea por propia cuenta o haciéndolo bajo la dependencia de los jueces o fiscales.

Se ha considerado que la dirección de la investigación realizada por una autoridad judicial garantiza el respeto a los derechos y garantías individuales,

consecuentemente las evidencias recogidas gozarán de eficacia plena por no contrariar salvaguardas sustanciales y procedimentales.

La investigación de los delitos puede presentarse de dos modos distintos: el más frecuente ha consistido en la utilización por los jueces y tribunales de justicia de los cuerpos dependientes del Poder Ejecutivo (Policía Civil Nacional), y sobre los cuales, los miembros de la justicia no ejercen autoridad directa; por otra parte, se propende a mantener cuerpos de policía que directamente dependan de los jueces o de los fiscales.

A partir del siglo XXI, los procesalistas más destacados entendían que no puede existir una policía científica subordinada a los designios políticos derivados de la Función Ejecutiva.

Antes, al juez instructor o al fiscal que dirigía la investigación, le llegaban muchos hechos de modo indirecto, referenciales y parcializados, puesto que la policía actuaba en primer término, y los abogados en muchos casos reducían el universo de los hechos a los informes policiales, de los cuales en el mejor de los casos actuaban como fedatarios de su legalidad.

Los apremios ilegales, han estado presentes en mayor o menor grado en todo el mundo, de ésta manera se persigue ferozmente y se condiciona mentalmente a quien se presume autor de un delito, para de esta forma obtener pruebas que lo incriminen. Esta clase de actuaciones forma parte de la costumbre que regula la investigación policial, y que varias veces da origen y fundamento para el juzgamiento.

De estos abusos y atropellos no son culpables únicamente quienes materialmente los ejecutan, puesto que como es conocido, estas personas son ignorantes (sobretudo de la Ley), además hay que entender que su ejecución es frecuentemente permitida o solicitada por autoridades públicas.

La falta de una policía científica ha sido causa de la condena de inocentes, quienes llegan a declararse culpables de delitos no cometidos ante la aplicación de apremios ilegales o ante el temor de amenazas provenientes del poder público. El viejo esquema debe cambiar con el avance de la ciencia, la tecnología y del saber humano.

Se suele llamar *policía científica* a la *policía judicial* cuando cuenta con los medios necesarios para realizar la labor científica tales como: laboratorios, médicos especializados, servicios antropométricos y dactiloscópicos, fotográficos, identikit, planimetría, balística, etc. El carácter científico de la policía depende de los métodos de investigación que se empleen. Constancio Bernaldo de Quirós dijo: “acaso es demasiado presuntuoso el conjunto de métodos y procedimientos suministrados por las ciencias antropológicas, físicas y químicas para la comprobación de los delitos y la determinación y detención de los culpables, en sustitución de los empirismos rutinarios”<sup>18</sup>.

La policía judicial científica se ha desarrollado con la moderna criminología, bajo el estudio de sus primeros exponentes Ottolenghi y Nicéforo. El investigador se debe valer de todo medio cuanto éste a su alcance así, ordenará que la cámara fotográfica recoja imágenes con el fin de conservar inmutable la situación, las dimensiones y las distancias de las cosas, ordenará se realice un examen minucioso y diligente de las huellas del delito, evitando que nada se destruya.

Se trata de un órgano preestablecido para lograr el descubrimiento de la verdad acerca de la presunta comisión de un delito y la actuación de la ley penal en el caso concreto. Su misión no es aplicar la ley, sino facilitar su aplicación, en lo que podríamos llamar una actuación de "medio a fin".

Los laboratorios químicos, balísticos, grafológicos, histológicos, hematológicos ,etc., son indispensables para toda policía con pretensiones científicas; aun cuando conviene advertir que todos esos elementos científicos encaminados a una mejor investigación del delito e individualización del delincuente nada tienen que ver con las pruebas periciales que durante la indagación previa, o en la etapa de instrucción

---

<sup>18</sup> Enciclopedia Jurídica OMEBA, 2001.

puedan practicarse por orden del fiscal o a petición de las partes. Ni el investigador policial ni el fiscal podrán prescindir de la interpretación personal de los elementos psicológicos que rodean al delito y al delincuente, ni de los elementos circunstanciales que en torno al mismo hayan advertido.

Siempre habrá un elemento orientador de la investigación que, sobre la base de las circunstancias materiales y personales que rodean el delito, permita por inducción o por deducción llegar a ciertas conclusiones.

Así, de cómo se encuentre el lugar del suceso, podrá suponerse si hubo o no móvil de robo en un homicidio; de las condiciones y antecedentes morales de una persona, podrán deducirse las probabilidades de que sea o no autora del delito. Ello además de otros elementos de juicio pueden hacer cambiar el rumbo de la investigación. Por eso, el investigador debe estar revestido de elevadas condiciones de observación, de serenidad y de objetividad.

Quizás la falta de esas condiciones es la que muchas veces lleva a la policía a pasar por alto los elementos circunstanciales y la aplicación de la ciencia para acudir a medios más rápidos pero también más propensos a error (a acudir a medio ilegales).

Investigar es sinónimo de averiguar, indagar. En materia penal, investigamos hechos que consideramos delitos. La investigación es una actividad interdisciplinaria, creativa en la medida que busca alcanzar los medios necesarios para superar un estado de incertidumbre. Se trata de una actividad que encuentra o detecta los elementos que servirán de prueba.

En la investigación convergen normas, métodos, ciencia e intuición. Para alcanzar los objetivos deseados, es necesaria la conformación de equipos de trabajos interdisciplinarios altamente capacitados y entrenados para trabajar en este proceso dinámico que debe contar con el soporte de la tecnología y el trabajo en redes organizacionales.

El Juez, el Fiscal, la Policía Judicial y Policía Nacional tienen la misión de investigar en distintos niveles de responsabilidad.

El Juez (en casos excepcionales) y el Fiscal, no solo investigan sino que dirigen la investigación impartiendo directivas o autorizando las medidas que se les propone por los encargados de ejecutarlas. El nuevo Código de Procedimiento Penal contiene el principio acusatorio y coloca como regla general en la cabeza del Fiscal, la responsabilidad de la investigación penal preparatoria y la formulación de la acusación, dejando reservado para el Juez la función de controlar la legalidad de los actos realizados por el Ministerio Fiscal y el mérito probatorio de la acusación.

La Policía Judicial por su parte realiza una tarea investigativa encausada en dos aspectos:

- Jurídico, y
- Técnico-Científico.

En el primero, interviene receptando denuncias; en el segundo, recoge en el lugar del hecho y procura la obtención de todas las evidencias, indicios, huellas, rastros, etc. que con un tratamiento de rigor técnico científico, posibiliten la reproducción conceptual de los acontecimientos motivo de la investigación y la individualización de las personas o cosas relacionadas con el mismo.

La investigación de la policía judicial es una actividad, si bien reglada por el derecho, totalmente desformalizada en su ejecución, dirigida a constatar la posible existencia de un hecho delictivo y sus circunstancias, para establecer y asegurar los elementos probatorios indispensables que deberán ser evacuados durante el juicio. Su informalidad diferencia la investigación penal preparatoria a cargo de los Fiscales, cuya excesiva formalización conspira con su proclamado carácter "preparatorio" y resta significado al juicio oral.

La Policía Civil Nacional cuando sorprende en flagrancia y actúa como auxiliar de la justicia constatando el hecho y entregando el procedimiento a la autoridad competente, está también realizando una tarea investigativa.

Basta tener presente los deberes que incumben a la policía para darnos cuenta de la importancia social de su misión. La falta de un cuerpo policial haría caer al Estado en una completa anarquía.

El descrédito de la Policía resulta de factores como el encontrarse al servicio de la clase política, limitándose las facultades judiciales.

Los Agentes de Policía tienen varias atribuciones, como por ejemplo: detener con fines de investigación por un lapso no mayor de veinticuatro horas a personas sospechosas; realizar allanamientos domiciliarios con fines de pesquisa, detención de personas o secuestros, salvo que se trate de entrar a establecimientos públicos, negocios, comercios, locales y demás lugares abiertos al público en los que sólo se dará aviso de atención; etc.

La función de la Policía Judicial consiste en investigar los delitos de acción pública, impedir las consecuencias ulteriores de los cometidos, individualizar a los culpables y reunir las pruebas necesarias para la actuación de la Justicia.

La Policía Judicial, se caracteriza por ser:

- 1) Jurídica: en tanto su existencia y competencias se encuentran reguladas por la Ley;
- 2) Auxiliar: del Ministerio Público;
- 3) Eventual: porque su intervención va dirigida exclusivamente con relación a cierto tipo de delitos;
- 4) Cautelar: tratando de asegurar la verdad sobre el delito y la aplicación de la Ley; y
- 5) Imparcial: porque no se limita a reunir las pruebas de cargo, sino que procura además las de descargo.

### **8.3.- ESTRUCTURA DE LA POLICÍA JUDICIAL EN EL ECUADOR.**

De acuerdo con el Reglamento de la Policía Judicial, dado por Decreto Ejecutivo No. 1651. RO/ 368 de 13 de Julio del 2001, y el Art. 4, literales b) y d) de la Ley Orgánica de la Policía Nacional, en concordancia con los artículos 54 literal c) y 56 del mismo cuerpo legal, se otorga a la Policía Nacional las funciones de prevenir la comisión de delitos, investigar las infracciones penales y la aprehensión de los presuntos infractores.

La Policía Judicial realizará la investigación de los delitos de acción penal pública de instancia oficial y de instancia particular, bajo la dirección jurídica y control del Ministerio Público, a fin de reunir o asegurar los elementos de convicción y evitar la fuga u ocultamiento de los sospechosos, de acuerdo a lo previsto en el Código de Procedimiento Penal.

Comprenden también todas las diligencias investigativas que realicen los diferentes servicios de la Policía Nacional bajo la dirección y control del Ministerio Público, como el de antinarcóticos, investigación de accidentes de tránsito, de secuestros y extorsión, y otros que por necesidad de prevenir y combatir el delito existen o se crearen.

Los miembros de la Policía Judicial dependen jerárquica, disciplinaria, administrativa y operativamente de la Policía Nacional; el control y la dirección jurídica de las investigaciones corresponden al Ministerio Público.

La Policía Judicial está conformada por:

1. El Consejo Directivo de la Policía Judicial; y,
2. La Dirección Nacional de la Policía Judicial.

EL CONSEJO DIRECTIVO:

Es el órgano de decisión de la Policía Judicial, tiene su sede en la capital de la República, con jurisdicción nacional.

El Consejo está integrado por:

1. El Ministro Fiscal General o su delegado, quien lo presidirá;
2. El Presidente de la Corte Suprema de Justicia o su delegado;
3. El Ministro de Gobierno o su delegado;
4. El Comandante General de la Policía Nacional o su delegado; y,
5. El Director Nacional de la Policía Judicial, quien actuará como Secretario, con voz informativa, pero sin voto.

Las resoluciones del Consejo se tomarán por mayoría de votos conformes de sus miembros. En caso de empate se decide en el sentido del voto del Presidente.

Deberes y atribuciones del Consejo Directivo:

1. Establecer las políticas y los programas de acción de la Policía Judicial y supervigilar su actuación;
2. Aprobar y expedir los reglamentos internos, manuales e instructivos que presentare el Director Nacional de la Policía Judicial o alguno de los miembros del Consejo Directivo;
3. Ratificar la designación del Director Nacional de la Policía Judicial, que realizará el Comandante General de la Policía Nacional, de conformidad con las leyes y reglamentos institucionales, quien previamente deberá ser acreditado por el Ministro Fiscal General;



4. Aprobar la proforma presupuestaria, el plan de actividades y conocer el orgánico personal;

5. Aprobar la selección de personal beneficiario de becas;

6. Conocer y aprobar todo proyecto de reformas a este reglamento, y ponerlo a consideración del Presidente de la República;

7. Aprobar la creación o supresión de dependencias de la Policía Judicial, a pedido del Director Nacional; y,

8. Velar por el honor y prestigio de la Policía Judicial.

#### LA DIRECCION NACIONAL DE LA POLICIA JUDICIAL:

Es el órgano ejecutivo de la Policía Judicial, con sede en Quito y jurisdicción nacional; su titular será un Oficial General de la Policía Nacional en servicio activo, con experiencia y capacitación.

La Dirección Nacional establecerá procedimientos, planificará y ejecutará acciones; y, entrenará al personal que la integra para el mejor desempeño de sus responsabilidades bajo la dirección y control de los representantes del Ministerio Público.

La Dirección Nacional de la Policía Judicial contará con los siguientes niveles:

1. Directivo;

2. Asesor;

3. De Apoyo; y,

#### 4. Operativo.

##### 1.- NIVEL DIRECTIVO:

El Director Nacional de la Policía Judicial ejerce sus funciones directivas y de mando, sujeto a las leyes y reglamentos pertinentes y a las resoluciones del Consejo Directivo.

Deberes y atribuciones del Director Nacional de la Policía Judicial:

1. Cumplir y hacer cumplir las leyes y reglamentos relacionados con el ámbito de su competencia funcional y las órdenes legalmente impartidas por los fiscales y jueces competentes;
2. Responder ante el Consejo Directivo y más organismos competentes, respecto de las actuaciones del personal en funciones de Policía Judicial; del personal de otros servicios policiales que investiguen los delitos, así como del personal que excepcionalmente cumplan estas funciones;
3. Elaborar la proforma presupuestaria, el orgánico de personal, los planes de actividades y presentarlos al Consejo Directivo de la Policía Judicial, hasta el último día hábil del mes de julio de cada año, para su aprobación;
4. Organizar cursos para especialización técnica del personal, en coordinación con la Dirección Nacional de Educación de la Policía Nacional y la Escuela de Capacitación de Fiscales del Ministerio Público;
5. Gestionar la concesión de becas, ante los países y organismos pertinentes, para la tecnificación de los miembros de la Policía Judicial;

6. Calificar al personal de oficiales, clases y policías beneficiarios de becas de especialización y poner en conocimiento del Consejo Directivo para el trámite correspondiente;

7. Coordinar las acciones de la Dirección Nacional de la Policía Judicial con la Dirección Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación; la Dirección Nacional de Rehabilitación Social; y, otras instituciones que fueren necesarias para el cumplimiento de sus funciones específicas;

8. Presentar, hasta el quince de junio de cada año, al Consejo Directivo y al Comandante General de la Policía Nacional, un informe de actividades con las indicaciones y recomendaciones que estimare convenientes para el mejor desempeño de las funciones inherentes a la Policía Judicial;

9. Solicitar al Comandante General de la Policía Nacional el nombramiento o contratación del personal civil nacional, técnico especializado, previa aprobación del Consejo Directivo;

10. Supervisar el funcionamiento técnico y administrativo de las dependencias a su cargo;

11. Suscribir la documentación que se dirija a nombre de la Dirección Nacional de la Policía Judicial;

12. Elaborar y conservar las actas de las sesiones del Consejo Directivo;

13. Gestionar la cooperación internacional relacionada con la investigación de los delitos;

14. Disponer la movilización temporal de los miembros de la Policía Judicial a nivel nacional para resolver casos específicos; previo conocimiento y autorización del fiscal que dirige la investigación;

15. Autorizar o delegar la eliminación de antecedentes policiales o penales, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales correspondientes;

16. Poner en conocimiento del Sr. Comandante General las faltas graves que cometieren el personal acreditado para su juzgamiento y sanción; y,

17. Las demás atribuciones que le confieran las leyes y reglamentos pertinentes.

## 2.- NIVEL ASESOR:

Las funciones de asesoría de la Dirección Nacional de la Policía Judicial, estarán a cargo de los siguientes organismos, en su ámbito propio de acción:

- a) El Comité Consultivo del Director Nacional de la Policía Judicial;
- b) El Departamento de Asesoría Jurídica de la Policía Judicial; y,
- c) El Departamento de Asesoría Técnica.

### a).- El Comité Consultivo:

Le corresponde el desempeño de funciones de consultoría, asesoramiento y recomendación al Director Nacional de la Policía Judicial en asuntos relacionados con: las políticas institucionales, el cumplimiento de actividades tendientes a la prevención y/o represión del delito; y, la evaluación de las mismas, en las unidades que integran la Policía Judicial.

El Comité estará integrado por:

- El Subdirector de Investigaciones de la Policía Judicial, quien lo presidirá;
- El Subdirector Técnico Científico;
- El Jefe de la Oficina Central Nacional Interpol;
- Un oficial superior delegado del Director Nacional Antinarcóticos; y,
- El Jefe del Servicio de Investigación de Accidentes de Tránsito.

Se reunirán ordinariamente el último día laborable de cada mes, o por disposición del Director Nacional de la Policía Judicial, cuando lo estime necesario.

b).- El Departamento De Asesoría Jurídica:

Será ejercido por un Oficial del Servicio de Justicia de la Policía Nacional.

Funciones:

1. Asesorar a la Policía Judicial, en asuntos de su competencia;
2. Presentar proyectos de reformas a las leyes y reglamentos que rigen la Policía Judicial;
3. Emitir los informes legales que le fueren solicitados; y,
4. Las demás que se le encomendaren.

c).- El Departamento De Asesoría Técnica:

Está especializado en aspectos relacionados con la planificación, estructura y organización de la Policía Judicial.

El Departamento estará a cargo de un profesional con formación o título académico de nivel superior y que acredite probidad y experiencia suficiente en actividades relacionadas con Policía Judicial.

Su nombramiento será solicitado por el Director Nacional de Policía Judicial al Comandante General de la Policía Nacional, previa aprobación del Consejo Directivo.

Funciones:

1. Asesorar a la Policía Judicial en asuntos de carácter técnico policial;
2. Presentar proyectos concretos de estructura, planificación, organización y actualización de procedimientos de Policía Judicial, encuadrados en las disposiciones legales vigentes;
3. Presentar cuando le sean requeridas, recomendaciones al Director Nacional de la Policía Judicial en aspectos relacionados con la capacitación y especialización del personal perteneciente a la Policía Judicial; y,
4. Todas las demás actividades que se le encomendaren en razón de sus conocimientos profesionales.

### 3.- NIVEL DE APOYO:

Se conforma de los siguientes departamentos:

1. Relaciones Públicas;
2. Administrativo;
3. Financiero;

4. Capacitación; y,

5. Otros que se crearen.

1.- Departamento De Relaciones Publicas:

Será ejercido por un oficial de policía en servicio activo especializado o por un profesional titulado en comunicación social.

Funciones del Departamento de Relaciones Públicas:

1. Coordinar con los medios de comunicación colectiva la difusión de las actividades de la Policía Judicial;

2. Publicar los aspectos más importantes de las actividades del organismo, conforme a la política institucional;

3. Organizar los actos protocolarios de la Policía Judicial;

4. Mantener un archivo del material publicado en los medios de comunicación social, sobre las actividades de la Policía Judicial; y,

5. Las demás funciones que se le encomendaren.

2.- Departamento Administrativo:

Estará a cargo de un oficial de policía en servicio activo, especializado en administración, o por un profesional con estudios superiores en administración.

Corresponde al Departamento Administrativo dirigir y coordinar las diferentes secciones que son:

1. Secretaría, Archivo y Estadística;
2. Recursos Humanos;
3. Servicios Generales, con las unidades de: Transporte, Mantenimiento, Materiales; Imprenta, Rastrillo y Bodega.

#### 2.1.- Sección Secretaria, Archivo Y Estadística:

La Sección estará a cargo de un oficial de policía subalterno en servicio activo. Esta sección cumple con las siguientes funciones:

1. Dar trámite a las disposiciones impartidas por el Director Nacional de la Policía Judicial;
2. Llevar el control de la documentación recibida y despachada, y organizar los archivos;
3. Elaborar estadísticas; y,
4. Las demás funciones que se le encomendaren.

#### 2.2.- Sección Recursos Humanos:

Estará a cargo de un oficial de policía en servicio activo especializado, o de un profesional con estudios superiores en administración o psicología industrial. Esta sección cumple con las siguientes funciones:

1. Preseleccionar el personal civil que prestará sus servicios en las diferentes dependencias de la Policía Judicial, cuya nómina presentará al Director Nacional para el trámite del nombramiento;



2. Presentar a trámite ascensos, promociones, remociones, destituciones, sanciones y demás acciones administrativas, de conformidad con la ley y el reglamento;

3. Coordinar con la Dirección Nacional de Educación de la Policía Nacional la planificación y ejecución de cursos de capacitación y especialización del personal que labora en las diferentes dependencias de la Policía Judicial;

4. Sugerir la medidas necesarias para resolver los problemas sociales del personal que laboran en las diferentes dependencias de la Policía Judicial; y,

5. Las demás funciones que se le asignaren.

#### 2.3.- Sección Servicios Generales:

Estará a cargo de un oficial de policía en servicio activo, con conocimiento sobre la materia.

La Sección está integrada por las siguientes unidades:

1. Transporte y Mantenimiento;

2. Materiales;

3. Imprenta;

4. Rastrillo y Bodega; y,

5. Otras que se crearen.

Las funciones de la Sección Servicios Generales son:

1. Preparar las normas técnicas para la aprobación del Comité Asesor, tendientes a la mejor utilización y mantenimiento de los suministros, materiales, equipos y demás bienes asignados al personal de las diferentes dependencias de la Policía Judicial;

2. Aplicar mecanismos aconsejables para garantizar el control, distribución y uso de los suministros, materiales, equipos y demás bienes asignados al personal de las diferentes dependencias de la Policía Judicial;

3. Mantener los suministros necesarios, de los materiales, equipos y demás bienes que permitan atender oportunamente las necesidades de cada unidad administrativa; y,

4. Otras funciones que se le asignaren.

### 3.- Departamento Financiero:

Estará a cargo de un oficial de policía de Intendencia de la Policía Nacional en servicio activo.

Competencias:

1. Dirigir la administración de los recursos económicos asignados por el Estado y los que provengan de otras fuentes;

2. Cumplir las normas de contabilidad gubernamental, las políticas y recomendaciones de auditoria y las normas técnicas de control interno;

3. Velar por la correcta y oportuna utilización de los recursos materiales y financieros, así como controlar el registro de las operaciones financieras;

4. Supervisar la preparación de planes anuales de adquisiciones y plan financiero;
5. Presentar, al Director Nacional, los informes financieros, la proforma presupuestaria, así como ejecutar, evaluar y liquidar el presupuesto de la institución;
6. Firmar, conjuntamente con el Administrador de Caja, los cheques que se giren; y,
7. Las demás funciones señaladas en leyes y reglamentos.

El Departamento tiene las siguientes secciones:

1. Presupuesto;
2. Contabilidad;
3. Administración de Caja; y,
4. Adquisiciones y Proveeduría.

4.1.- Sección Presupuesto:

Funciones:

1. Preparar la proforma presupuestaria en base a la técnica de presupuesto por programas;
2. Controlar que los gastos correspondan efectivamente a las partidas específicas constantes en el presupuesto y certificar sobre la disponibilidad económica;

3. Colaborar en la elaboración del plan operativo anual y de actividades en general;

4. Preparar informes estadísticos sobre el movimiento presupuestario; y,

5. Las demás funciones que le encargue el Jefe Financiero.

#### 4.2.- Sección Contabilidad:

Funciones:

1. Llevar y mantener actualizado el Sistema de Contabilidad Gubernamental;

2. Mantener actualizado el inventario de bienes;

3. Preparar los estados e informes financieros y llevar el registro contable de los recursos materiales;

4. Mantener el control contable sobre los inventarios y activos fijos;

5. Analizar los comprobantes y documentos, previo al registro contable;

6. Preparar los cheques y comprobantes previa la autorización del Director Nacional, los informes de partidas presupuestarias y disponibilidad de caja;

7. Llevar el registro del movimiento de las cuentas bancarias;

8. Preparar informes estadísticos periódicos, de carácter financiero; y,

9. Las demás funciones que le encargue el Jefe Financiero.

#### 4.3.- Sección Administración De Caja:

Funciones:

1. Asegurar la oportuna disponibilidad de los recursos financieros;
2. Recaudar los recursos que correspondan al organismo, así como satisfacer las obligaciones, legalmente adquiridas;
3. Custodiar las especies valoradas;
4. Informar sobre la existencia, tenencia, uso y estado de los bienes custodiados y distribuidos;
5. Depositar diariamente los ingresos en el Banco Central y entregar los comprobantes de depósitos a Contabilidad;
6. Firmar los cheques, conjuntamente con el Jefe Financiero, y entregarlos a los beneficiarios previa legalización de los documentos correspondientes;
7. Preparar resúmenes diarios de ingresos, egresos y enviarlos a Contabilidad o Presupuesto; y,
8. Las demás funciones que le asigne el Jefe Financiero.

#### 4.4.- Sección Adquisiciones Y Proveeduría:

Funciones:

1. Elaborar las solicitudes de adquisición de materiales, de acuerdo las necesidades, previa autorización del Director Nacional;

2. Establecer los sistemas y mecanismos de custodia, mantenimiento, identificación, reparación y distribución ágil y oportuna de los bienes y materiales;
3. Llevar el inventario actualizado de los bienes de bodega;
4. Preparar el plan anual de adquisiciones;
5. Elaborar los documentos para las cotizaciones de precios;
6. Presentar los cuadros comparativos sobre las cotizaciones de precios;
7. Elaborar informes sobre las existencias de los bienes disponibles;
8. Llevar registros de proveedores;
9. Recibir y distribuir, previa autorización superior, los bienes adquiridos, de acuerdo a las necesidades; y,
10. Las demás funciones que le asigne el Jefe Financiero.

4.- El Departamento De Capacitación:

Funciones:

1. Planificar y ejecutar cursos de capacitación y especialización en todos los aspectos relacionados con Policía Judicial;
2. Realizar permanentemente eventos de capacitación y actualización en forma coordinada con el Ministerio Público, la Función Judicial y otras instituciones afines;

3. Preparar el programa anual de capacitación y especialización para el personal de la Policía Judicial; y,

4. Las demás funciones que se le asignare.

#### 4.- NIVEL OPERATIVO:

Está integrado por:

1. La Subdirección de Investigaciones de Policía Judicial;

2. La Subdirección Técnico Científica; y,

3. La Oficina Central Nacional de INTERPOL.

Se considera dentro del Nivel Operativo los procedimientos de investigación procesal, antinarcóticos y otros servicios especializados de la Policía Judicial, además de las investigaciones realizadas por los diferentes servicios de la Policía Nacional que actúan bajo la dirección y control jurídico del Ministerio Público.

##### 4.1.- Subdirección De Investigaciones De Policía Judicial:

Estará a cargo de un oficial Coronel de Policía de línea de Estado Mayor, en servicio activo, quien subrogará al Director Nacional en su ausencia, y actuará, por delegación de aquel, en el cumplimiento de sus funciones específicas.

Atribuciones:

1. Realizar la investigación pre-procesal y procesal penal bajo la dirección y control de los representantes del Ministerio Público;

2. Recomendar a la Dirección Nacional de Policía Judicial la organización de las jefaturas y subjefaturas de la Policía Judicial, de acuerdo con la densidad poblacional e incidencia delictiva;
3. Proponer al Director Nacional la adopción de políticas y procedimientos para el mejor cumplimiento de las funciones de Policía Judicial;
4. Coordinar el funcionamiento y las actividades de las jefaturas y subjefaturas de la Policía Judicial;
5. Elaborar planes de desarrollo en esta actividad de la Policía Judicial;
6. Centralizar los datos, informes, documentos y requerimientos sobre asuntos delincuenciales del país y destinarlos hacia los servicios pertinentes;
7. Servir de nexo administrativo entre las jefaturas y subjefaturas de la Policía Judicial con la Dirección Nacional de la Policía Judicial; y,
8. Otras funciones que se le asignaren.

Dependencias:

Dependerán de la Subdirección de Investigaciones de Policía Judicial los siguientes Departamentos:

1. El Departamento de Inteligencia Antidelincuencial;
2. El Departamento de Coordinación y Planificación Operacional;
3. El Centro de Información Interinstitucional;
4. El Centro de Coordinación y Control de Sustracción de Vehículos;
5. El Departamento de Investigación de Delitos Económico Financieros; y,
6. El Departamento de Violencia Intrafamiliar.



#### 4.1.1.- El Departamento De Inteligencia Antidelincuencial:

Estará a cargo de un oficial superior de policía de línea en servicio activo.

Funciones:

1. Orientar la búsqueda de información;
2. Recopilar, procesar y analizar la información proveniente de todas las unidades operativas de inteligencia de la Dirección Nacional de la Policía Judicial; y,
3. Producir la inteligencia necesaria y dar a conocer al escalón superior para la toma de decisiones en la lucha contra la delincuencia en sus diferentes manifestaciones.

#### 4.1.2.- El Departamento De Coordinación Y Planificación Operacional:

Estará a cargo de un oficial superior de policía de línea en servicio activo.

Al Departamento de Coordinación y Planificación Operacional le corresponde:

1. Mantener información permanente sobre la situación delincucional en las ciudades, provincias y a nivel nacional de manera escrita, computarizada, graficada y mediante el uso de mapas y cartas geográficas;
2. Establecer los patrones y formas de comportamiento de la delincuencia nacional e internacional que opera en el país;
3. Determinar las acciones delincuenciales efectuadas por los infractores en dos o más provincias;
4. Formular proyectos de estrategias para prevenir y reprimir los delitos; y,

5. Recomendar la emisión de directivas y la realización de operaciones antidelincuenciales específicas.

4.1.3.- El Centro De Información Interinstitucional:

Estará al mando de un oficial de policía de línea en servicio activo.

Al Centro le corresponde recolectar, procesar y suministrar información de instituciones públicas y privadas que permitan apoyar las actividades de la Policía Judicial de los diferentes niveles, operativos.

4.1.4.- El Centro De Coordinación Y Control De Sustracción De Vehículos:

Estará al mando de un oficial de policía de línea en servicio activo.

Le corresponde:

1. Centralizar a nivel nacional la información relativa a los vehículos sustraídos, recuperados y entregados; y,

2. Proporcionar la información que le sea solicitada por los diferentes servicios policiales, por las autoridades para procedimientos de investigación y para la aplicación de la ley.

4.1.5.- El Departamento De Investigaciones De Delitos Económico Financieros:

Estará a cargo de un Fiscal especializado y un oficial de policía de línea en servicio activo.

Al Departamento le corresponde el acopio y procesamiento de información específica relacionada con delitos económico y financieros con el fin de apoyar la acción investigativa de las unidades operativas.

#### 4.1.6.- El Departamento De Violencia Intrafamiliar

Estará a cargo de un oficial superior de policía de línea en servicio activo debidamente capacitado en la materia, contará con las siguientes secciones:

1. Planificación;
2. Capacitación;
3. Centro de Cómputo y Comunicaciones;
4. Relaciones Públicas; y,
5. Asesoría Jurídica.

A este departamento y sus unidades especializadas les corresponde:

1. Investigar las presuntas infracciones intrafamiliares bajo la dirección de los fiscales;
2. La realización de actividades preventivas en relación con las infracciones descritas en dicha ley; y,
3. Diseñar un sistema de registro de infractores y estadística de sentencias condenatorias en su área y remitir en forma periódica dicha información al Archivo Central.

#### 4.2.- Subdirección Técnico Científica:

Estará a cargo de un oficial superior de policía de línea de Estado Mayor en servicio activo, con formación académica en Criminalística, Criminología o Ciencias Forenses.

Contará con los niveles Directivo, Asesor, de Apoyo y Operativo.

Funciones del subdirector Técnico Científico:

1. Coordinar y asesorar las actividades de los diferentes niveles, departamentos y unidades de apoyo criminalístico y técnico científico de las jefaturas y subjefaturas de la Policía Judicial, tutelando, el recto cumplimiento de las normas legales en la actividad pericial y administrativa de la Subdirección;

2. Prestar apoyo técnico científico a los magistrados, jueces, fiscales y funcionarios del Ministerio Público por medio de sus departamentos, unidades y peritos;

3. Sugerir y promover la contratación del personal técnico científico necesario para el buen funcionamiento de los diferentes departamentos de la Subdirección y de las Unidades de Apoyo Criminalístico de las jefaturas y subjefaturas de la Policía Judicial;
4. Preparar los proyectos de adquisición de los equipos y material necesarios para el funcionamiento de los diferentes departamentos y dependencias técnico científicas de jefaturas y subjefaturas de la Policía Judicial;

5. Velar por la modernización de los recursos tecnológicos, provisión de medios de trabajo y capacitación del personal técnico científico y operativo de sus dependencias a nivel nacional;

6. Recomendar la conveniencia de aplicación de convenios que conciertan a las unidades técnico científicas, su personal, instalaciones y recursos, con criterios de racionalidad y beneficio institucional;

7. Es su potestad el trámite administrativo de toda la actividad pericial, extrajudicial y preprocesal y procesal penal en sus departamentos y unidades técnicas; y,

8. Las demás funciones que sean necesarias para el buen cumplimiento de su misión y las que se le encomendaren en forma legal y reglamentaria.

Las funciones específicas que corresponden a estos departamentos se cumplirán bajo la dirección de los representantes del Ministerio Público.

Esta Subdirección contará con los siguientes departamentos, cuyas funciones estarán bajo la dirección de los fiscales:

1. Criminalística;

2. Medicina Legal; y,

3. Archivo Central Nacional.

#### 2.1.- Departamento De Criminalística:

Estará a cargo de un oficial superior de línea de la policía en servicio activo, especializado en Criminalística.

En las cuatro cabeceras distritales de la Policía se establecerá un Departamento de Criminalística; y las jefaturas y subjefaturas de Policía Judicial de los restantes comandos provinciales contarán con unidades de Apoyo Criminalístico.

Bajo la dirección de los fiscales, corresponde a los departamentos de Criminalística, acudir al lugar de los hechos para proteger la escena del delito; buscar, fijar, levantar, etiquetar las muestras dando inicio a la cadena de custodia, y analizar todos los indicios, señales o evidencias sobre un presunto hecho delictivo, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Penal.

Funciones de los jefes de los departamentos de Criminalística:

1. Dirigir y presidir el Consejo Consultivo Forense integrado por los jefes de sección para el asesoramiento, consulta y aval acerca de los dictámenes periciales en forma previa a su emisión;
2. Planificar, organizar y supervigilar los procesos de capacitación del personal del departamento y la actividad docente institucional en su jurisdicción;
3. Supervisar y asesorar técnicamente al personal de las diferentes secciones;
4. Formular requerimientos de recursos humanos, recursos materiales y de equipos a la Subdirección Técnica Científica;
5. Informar en forma permanente de las novedades de sus dependencias a la Subdirección Técnico Científica; y,
6. Las demás que se le asignaren.

Los departamentos de Criminalística contarán con las siguientes secciones:

- a. Inspección Ocular Técnica;
- b. Audio, Vídeo y Afines;

- c. Fotografía Pericial;
- d. Dibujo y Planimetría;
- e. Identidad Física Humana;
- f. Registro de Detenidos;
- g. Balística;
- h. Biología;
- i. Química Analítica;
- j. Toxicología Analítica;
- k. Física;
- l. Documentología;
- m. Identificación de Grabados y Marcas Seriales;
- n. Incendios y Explosivos;
- o. Análisis Informático y Telecomunicaciones;
- p. Centro de Acopio y Conservación de Evidencias; y,
- q. Otras que se crearen.

Las secciones de los departamentos y unidades de Apoyo de Criminalística estarán dirigidos por oficiales o clases profesionales especializados en la materia.

a.- SECCION DE INSPECCION OCULAR TECNICA.

Estará bajo la dirección de los fiscales y le corresponde:

1. Acudir al lugar de los hechos;
2. Ejecutar las técnicas criminalísticas de observación, búsqueda, protección, revelado, fijación, levantamiento, embalaje, etiquetado y transporte de toda huella, vestigio, señal, indicio, objeto, documento o instrumento que permita esclarecer la verdad de los hechos;
3. Tomar las huellas papilares de los cadáveres y de las personas inidentificadas para proceder a la identificación;
4. Iniciar la cadena de custodia;
5. Elaborar el informe de todo lo actuado y remitir los elementos encontrados a las diferentes secciones del Departamento de Criminalística;
6. Conservar los archivos de la sección; y,
7. Las demás funciones que se le asignare.

b.- SECCION DE AUDIO, VIDEO Y AFINES.

A la Sección de Audiovisuales le corresponde:

1. Realizar los análisis cualitativos y transcripciones de todo tipo de archivos magnéticos visuales y auditivos;



2. Efectuar análisis de sonidos y voces para su identificación;
3. Respalidar los informes periciales de las demás secciones con grabaciones de video u otros medios de fijación magnética;
4. Mantener la cadena de custodia; y,
5. Las demás funciones que se dispusieren.

c.- SECCION FOTOGRAFIA PERICIAL.

Le corresponde:

1. Respalidar con fotografías todos los informes periciales de las diferentes secciones técnicas;
2. Realizar las tomas fotográficas correspondientes en apoyo a la Sección de Registro de Detenidos;
3. Organizar y mantener actualizado el archivo de negativos en correlación con los informes remitidos por las demás secciones;
4. Mantener la cadena de custodia; y,
5. Las demás funciones que se asignare.

d.- SECCION DIBUJO Y PLANIMETRÍA.

Atribuciones:

1. Proporcionar apoyo a las demás secciones del Departamento de Criminalística en la elaboración de planos, croquis, dibujos y retratos hablados o descriptivos;

2. Fijar el lugar de los hechos mediante la aplicación del dibujo y la planimetría para elaboración de planos en planta, abatidos, vistas en corte y perspectivas isométricas donde constará:

a) Lugar del hecho, ubicación geográfica (plano de situación);

b) Orientación (plano de conjunto);

c) Posición del cadáver (plano de detalle); y,

d) Fijación del mobiliario como también los indicios, rastros y evidencias de interés criminalístico.

3. Reconstruir la escena del hecho donde consta la recreación de la escena de acuerdo a la versión de los involucrados (testigos, autores, inculcados, víctimas, etc.) que es fijado por el dibujante planimetrista mediante planos que registran los movimientos, ubicación, desplazamientos y acciones que realizan los actores según la versión de cada uno de ellos, para verificar la relación de los mismos;

4. Conservar el archivo de la sección; y,

5. Las demás funciones que se crearen y/o dispusiere la autoridad legal y que permitan el esclarecimiento del hecho punible.

e.- SECCION DE IDENTIDAD FISICA HUMANA.

Le corresponde:

1. Realizar la identificación de personas o cadáveres, mediante la aplicación de los diferentes métodos o sistemas de identificación física humana;
2. Efectuar la identificación papiloscópica de las personas involucradas en actos delictivos a través de los rastros papilares levantados en el lugar del hecho;
3. Realizar los análisis comparativos de características fisonómicas, fotografías, videos, huellas, u otros elementos, a fin de llegar al establecimiento de la identidad física humana;
4. Reconstruir la fisonomía de personas sospechosas a través del retrato hablado, kit de identificación fotográfica u otro sistema similar manual o computarizado, con los datos proporcionados por víctimas o testigos;
5. Mantener la cadena de custodia; y,
6. Las demás funciones que se crearen y/ o dispusiere la autoridad legal tendientes al esclarecimiento del hecho, punible.

f.- SECCION REGISTRO DE DETENIDOS.

Le corresponde:

1. Mantener los registros fotográficos y papiloscópicos de los detenidos por delitos flagrantes y/o con orden de autoridad competente;
2. Organizar y actualizar permanentemente los archivos de registros filiatorios alfabéticos, decadactilares, monodactilares, computarizados y los demás que se crearen en función del avance tecnológico y de las necesidades;
3. Efectuar las tomas fotográficas en la que constará una placa de individualización, la misma que siendo de carácter referencial y reservado,

contendrán los datos de la sección, el número de registro, el nombre y apellido de la persona que se registra, su estatura, la fecha de registro incluyendo el día, mes y año;

4. Organizar y actualizar el Archivo Necrodactilar, con las tarjetas decadactilares tomadas a los cadáveres que ingresan a los departamentos médico legales;

5. Actualizar periódicamente el registro de características o señales particulares, las fotografías y datos personales de los detenidos reincidentes;

6. Proceder a la búsqueda manual o sistematizada, en los registros monodactilares, de las impresiones que se correspondan con los rastros dactilares levantados en el lugar del hecho, las mismas que serán remitidas a la Sección de Identidad Humana para su respectivo estudio comparativo y elaboración del informe;

7. Proceder a la búsqueda manual o sistematizada, en los registros decadactilares; de las impresiones que se correspondan con las huellas de cadáveres no identificados, las mismas que serán remitidas a la Sección de Identidad Humana para su cotejo comparativo e informe correspondiente;

8. Efectuar la identificación física de los detenidos por medio de los registros decadactilares, con el fin de detectar falsas identidades, remitiéndolos a la Sección de Identidad Humana para su respectivo análisis e informe;

9. Recabar de la Oficina Central Nacional de INTERPOL la información concerniente a ciudadanos ecuatorianos aprehendidos por delitos cometidos en el exterior; y,

10. Las demás funciones que se establecieron y/o dispusiere la autoridad legal y que permitan el esclarecimiento del hecho punible.

Los datos obtenidos en el registro de detenidos, son de carácter referencial y constituyen únicamente una base de datos reservados de uso policial en el proceso investigativo.

g.- SECCION DE BALÍSTICA.

Corresponde a ésta Sección:

1. Organizar y mantener en forma actualizada la documentación técnica sobre armas y municiones;
2. La identificación de las armas de fuego, neumáticas y mecánicas por medio de la confrontación de las balas, vainas y otros elementos de la munición u otros métodos técnicos adecuados;
3. Estado de funcionamiento mecánico y aptitud para el disparo de las armas de fuego, neumáticas y mecánicas;
4. Establecer la procedencia de los cartuchos, grados de calidad e idoneidad para su uso;
5. Determinación de calibres, velocidad de los proyectiles, trayectorias, dirección, distancia de disparo, ubicación del tirador y/o víctima y todos los fenómenos concurrentes en la balística exterior;
6. Identificación y estudio de residuos producto del proceso del disparo encontrados en el arma, objetos, víctima y/o victimario;
7. Estudio sobre impactos y efectos;
8. Mantener la cadena de custodia y el archivo de la sección;

9. Participar en el registro documental de la compra venta de armas de fuego y efectuar la toma de testigos balísticos de dichas armas; y,

10. Las demás funciones que se crearen y/o dispusiere la autoridad legal y que permitan el esclarecimiento del hecho punible.

#### h.- SECCION DE BIOLOGÍA.

Corresponde a la sección de Biología:

1. La observación de muestras, ensayos preliminares, confirmatorios, investigación de la especie, tipificación en manchas de sangre, semen o de otras secreciones y muestras biológicas;

2. Los estudios de biología molecular:

3. Mantener la cadena de custodia; y,

4. Los demás que se le ordenaren, crearen y/o dispusiere la autoridad legal tendientes al esclarecimiento del hecho.

#### i.- SECCION QUIMICA ANALITICA.

Corresponde a la Sección:

1. El análisis cualitativo y cuantitativo de estupefacientes y drogas de uso indebido, precursores e insumos químicos sometidos a fiscalización;

2. La identificación de restos de explosivos y deflagraciones;

3. El análisis cualitativo tintas y pinturas;

4. El estudio cualitativo de fibras y otros materiales naturales y sintéticos en general;

5. Mantener la cadena de custodia; y,

6. Las demás funciones que se le encargaren, crearen y/o dispusiere la autoridad legal tendientes al esclarecimiento del hecho punible.

j.- SECCION TOXICOLOGIA ANALITICA.

Le corresponde:

1. La identificación y cuantificación de tóxicos, teniendo en cuenta las propiedades físicas, químicas y biológicas del mismo, sobre diversas muestras: gaseosas, polvos, soluciones, medicamentos, muestras biológicas, etc;

2. Mantener la cadena de custodia; y,

3. Las demás funciones que se le encargaren, crearen y/o dispusiere la autoridad legal tendientes al esclarecimiento del hecho punible.

k.- SECCION DE FISICA.

Le corresponde a la Sección de Física:

1. El estudio y fundamentación de los hechos y fenómenos de la materia y la energía que permitan conocer la verdad en una probable infracción;

2. Analizar las fibras textiles, materiales plásticos, materias metálicas, pinturas y, en general, las huellas e indicios que no sean de naturaleza biológica;

3. Efectuar las pruebas, exámenes, observaciones y experimentaciones de los hechos y fenómenos físicos relacionados con la infracción;

4. Mantener la cadena de custodia; y,

5. Las demás funciones que se le encargaren, crearen y/o dispusiere la autoridad legal tendientes al esclarecimiento del hecho punible.

#### 1.- SECCION DOCUMENTOLOGIA.

A la Sección de Documentología corresponde:

1. Efectuar análisis de documentos sujetos a pericia para establecer su autenticidad, autoría, falsedad y/o integridad en manuscritos, dactilografiados, fotomecánicos, sellográficos y otros;

2. Analizar elementos escritores, tintas y soportes, empleados en la confección de documentos;

3. Determinar tiempos de ejecución en documentos dactilografiados así como identificar la máquina en textos mecanografiados;

4. Establecer la cronología de escrituras manuscritas, dactilógrafadas, improntas sellográficas, etc.;

5. Efectuar estudios cualitativos de impresos, artes gráficas en general en los diversos sistemas de impresión (calcográfico, litográfico, offset, tipográfico, etc.);

6. Establecer autenticidad o falsedad en "documentos fiduciarios y especies de seguridad" tales como: moneda, cheques, documentos de identidad, bonos, tarjetas de crédito, etc.;



7. Analizar elementos escritores, tintas y soportes, empleados en la confección de documentos;

8. Mantener la cadena de custodia y archivo; y,

9. Las demás funciones que se le asignen, creen y/o dispusiere la autoridad legal tendientes al esclarecimiento de un hecho punible.

#### m.- SECCION IDENTIFICACION DE GRABADOS Y MARCAS SERIALES.

Le corresponde:

1. Determinar la autenticidad, falsedad o alteración de las numeraciones seriales grabadas sobre las superficies metálicas en automotores y armas de fuego;

2. Analizar los grabados, marcas seriales, impresos sobre superficies metálicas o de otra índole, en objetos de valor o cualquier otro que se requiera;

3. Mantener actualizada la información técnica útil para sus labores periciales;

4. Efectuar la regeneración físico química de grabados o marcas seriales eliminadas y/o alteradas en su soporte original;

5. Mantener la cadena de custodia; y,

6. Las demás funciones que se le asignen, creen y/o dispusiere la autoridad legal tendientes al esclarecimiento de un hecho punible.

#### n.- SECCION DE INCENDIOS Y EXPLOSIVOS.

Corresponde a la Sección de Incendios y Explosivos:

1. Analizar los restos de sustancias inflamables o de explosivos encontrados en el lugar del hecho;

2. Establecer los daños subidos por las personas y bienes por causa del siniestro y determinar su origen;

3. Mantener la cadena de custodia; y,

4. Las demás funciones que se le encargaren, crearen y/o dispusiere la autoridad legal tendientes al esclarecimiento del hecho punible

#### m.- SECCION ANALISIS INFORMATICO Y TELECOMUNICACIONES.

A la Sección de Análisis Informático y Telecomunicaciones le corresponde:

1. Identificar los procesos y autores de fraude, falsificación, invasión y atentado de los sistemas informáticos y de telecomunicaciones;

2. Recopilar y mantener actualizada la información referente a medidas de seguridad informática y en telecomunicaciones;

3. Mantener la cadena de custodia; y,

4. Las demás funciones que se le asignen, creen y/o dispusiere la autoridad legal tendientes al esclarecimiento de un hecho punible.

#### o.- LA SECCION CENTRO DE ACOPIO Y CONSERVACION DE ELEMENTOS MATERIALES.

Los centros estarán dirigidos por un oficial o clase especializados en la materia que serán responsables en última instancia por la seguridad e integridad de las evidencias depositadas.

Se organizarán centros de Acopio y Conservación de elementos materiales adscritos a cada uno de los departamentos de Criminalística Distritales así como en cada una de las jefaturas y subjefaturas de la Policía Judicial. Para lo que se contará con infraestructura y tecnología que permita la preservación de todas las evidencias, de alta peligrosidad química y contaminación ambiental.

El Centro de Acopio y Conservación de elementos materiales, vestigios o evidencias, es una dependencia técnica encargada de:

1. Reunir y mantener en forma sistematizada todos los elementos materiales, vestigios, indicios o evidencias recogidos durante la investigación fiscal y/o policial hasta la etapa del juicio o resolución judicial en que se decidirá su destino final;
2. Mantener las evidencias en depósito dispuestas de tal forma que permita la supervisión y acceso a ella en las veces que fuere solicitada mediante requerimientos judiciales o fiscales; y,
3. Mantener y referir la cadena de custodia.

## 2.2.- El Departamento De Medicina Legal:

Estará a cargo de un oficial de policía de servicios con título de Doctor en Medicina, especializado en Medicina Legal.

El Departamento Médico Legal de la Policía Nacional en Quito, es el organismo central de todos los servicios de medicina legal y unidades de apoyo de la Institución.

Las jefaturas y subjefaturas de la Policía Judicial contarán con la correspondiente Unidad de Medicina Legal.

Atribuciones del Departamento:

Realizar peritajes médico legales utilizando los protocolos estandarizados que hayan sido aprobados por el Ministro Fiscal General, sobre lesiones, delitos sexuales, cálculo de edad, accidentes de trabajo, de tránsito, enfermedades profesionales, determinación de incapacidades definitivas y permanentes, autopsias médico legales, estudios de genética y biología molecular y dictámenes criminológicos, psicológicos y psiquiátricos.

Para el cumplimiento de sus fines el Departamento de Medicina Legal está constituido por:

1. Sección de Clínica Forense, con sus divisiones de Medicina Legal Laboral o Infortunística y Traumatología Forense;
2. Sección de Tanatología Forense;
3. Sección de Gineco-Obstetricia Forense;
4. Sección de Antropología Forense e Identidad Humana;
5. Sección de Odontología Forense;
6. Sección de Genética y Biología Molecular;
7. Sección de Criminología con sus divisiones de Psiquiatría y Psicología Forense;
8. Sección de exámenes auxiliares con sus divisiones de Laboratorio Clínico, Laboratorio de Histopatología, Imagenología, y complementarios; y,

## 9. Sección de Secretaría Técnica, Archivo y Estadística.

### SECCION DE CLINICA FORENSE.

Es la encargada de satisfacer los requerimientos de los fiscales o jueces, referentes a delitos o contravenciones que produzcan lesiones, casuística laboral y de tránsito, para lo que contará con las divisiones de Medicina Legal Laboral y Traumatología Forense.

### SECCION DE TANATOLOGIA FORENSE.

Tiene por funciones el estudio de los cadáveres en el lugar de los hechos, la sala de autopsias y el laboratorio forense con la finalidad de establecer la causa de muerte y ayudar a establecer la manera de la muerte, el tiempo probable de la muerte y contribuir a su identificación.

### SECCION DE GINECO-OBSTETRICIA FORENSE.

Tiene como funciones el estudio de las víctimas de delitos que atacan contra la libertad sexual y reproductiva, el producto de la concepción, de los medios de su comisión, los resultados, indicios o evidencias del hecho con la finalidad de establecer la existencia de una infracción, la identidad de sus autores y las consecuencias en las víctimas.

En esta clase de exámenes se observará estrictamente lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal.

### SECCION DE ANTROPOLOGIA E IDENTIDAD HUMANA.

Tiene como función específica la identificación indubitable de todo cadáver sin identificación utilizando para ello los métodos antropométricos, papiloscópico, dentario, y otros que fueren necesarios en forma complementaria.

## SECCION DE ODONTOLOGIA FORENSE.

Tiene como función específica contribuir al diagnóstico de la edad, determinar la existencia de lesiones personales con pérdida o fractura de las piezas dentales, en el campo laboral y en la identificación de cadáveres por la comparación.

## SECCION DE GENETICA Y BIOLOGÍA MOLECULAR

Contribuye a la determinación de paternidad presunta o disputada; la identificación de personas o restos de personas; autores de delitos; y todos los procedimientos en los que se necesite el establecimiento de identidades por medios comparativos.

## SECCION DE CRIMINOLOGÍA.

Le corresponden los estudios tendientes a determinar el estado mental en el momento de la acción delictuosa, la criminogénesis, criminodinamia, la peligrosidad criminal, la dependencia de drogas, el diseño de políticas de prevención y/o represión del delito, tratamiento y rehabilitación del delincuente y los demás estudios criminológicos que se le encomendaren.

Están integradas a la Sección de Criminología las unidades de Psicología y Psiquiatría Forense.

- *Unidad de Psicología Forense:* Le corresponde:

1. Realizar evaluaciones psicológicas de víctimas de violencia sexual, intrafamiliar y delincuencia;
2. Efectuar exámenes psicológicos para determinar el estado psíquico;
3. Evacuar consultas acerca de psicología del testimonio; y,

4. Otras que se le encomendaren.

- *Unidad de Psiquiatría Forense*: Tiene como funciones:

1. Dictaminar en los casos en que para los fines de la justicia se necesite conocer de la conducta de una persona que padece enfermedad mental, permanente o transitoria, o de su comportamiento durante los intervalos lúcidos de la enfermedad y lo referente a los trastornos del desarrollo psíquico;

2. Establecer los pronósticos médico-psiquiátricos en la enfermedad mental; y,

3. Las demás funciones que se le encomendare.

#### SECCION DE EXAMENES AUXILIARES.

Es la instancia técnica multidisciplinaria encargada de procesar los indicios y evidencias del lugar de los hechos, las muestras recogidas durante los reconocimientos y autopsias médico legales, fijar por medio de imágenes radiográficas, fotográficas y afines de las lesiones, sitios de localización de proyectiles, fracturas, cuerpos extraños y toda la actividad complementaria para dar soporte objetivo a los dictámenes periciales en general.

#### SECCION DE SECRETARIA TECNICA, ARCHIVO Y ESTADISTICA.

Le corresponde la tramitación, archivo y estadística de toda la documentación que ingrese o egrese al Departamento Médico Legal y remitirla a la Subdirección Técnico Científica dentro de los plazos establecidos para su envío.

Los departamentos Médico Legales cumplirán con las siguientes obligaciones:

1. Ningún cadáver será recibido o retirado de la morgue policial mientras no exista autorización fiscal.

2. Los cadáveres y las vísceras, podrán ser conservados en el frigorífico de la Policía hasta que sea debidamente identificado conforme a ley en el primer caso y se obtenga los resultados de laboratorio en el segundo, previa disposición escrita del Fiscal a cargo de la investigación.

3. Salvo disposición legal, ninguna persona extraña al mismo podrá presenciar los trabajos de autopsias, ni entrar por motivo alguno a la Sala de Necropsias durante las horas de funcionamiento.

4. Los cadáveres deberán permanecer en el departamento hasta que se practiquen las diligencias legales necesarias, pudiéndose obtener las piezas que se creyere conveniente con el fin de ser utilizadas para el desarrollo de la ciencia médica, con conocimiento y autorización fiscal o judicial competente y/o de los familiares directos del occiso.

5. Las vestimentas de los cadáveres que tengan algún interés legal, se guardarán en bolsas catalogadas para el efecto en el Centro de Acopio y Conservación de elementos materiales de la Subdirección Técnico Científica.

6. El control de la recepción, ingreso y salida de cadáveres se llevará a cabo por medio de los libros correspondientes que se elaborarán para esta efecto y de su destino posterior son responsables civil y penalmente los jefes del Departamento Médico Legal, el de la Sección de Tanatología Forense y el personal de esta sección.

7. Procurar acciones de consejería legal en beneficio de las usuarios sobre el uso más eficiente de sus servicios y acciones procesales de defensa de las víctimas;

8. Mantener la cadena de custodia;



9. Las funciones que se le encargaren, crearen y/o dispusiere la autoridad legal, tendientes al esclarecimiento del hecho punible.

### 2.3.- Departamento De Archivo Central Nacional:

El Departamento de Archivo Central Nacional y los archivos provinciales son dependencias técnicas adscritas a la Subdirección Técnico Científica, que tienen por finalidad mantener en forma reservada, registros policiales y penales actualizados referidos a personas que por diversos motivos han sido incursas en causas procesales judiciales o investigaciones policiales no resueltas o que han merecido sentencia condenatoria.

El Archivo Central Nacional estará a cargo de un oficial superior de policía de línea en servicio activo.

Los archivos provinciales estarán a cargo de oficiales subalternos de policía o clases en servicio activo, especializados en el área de registro de detenidos y archivo de documentos.

Funciones del Archivo Central Nacional y Provincial:

1. Abrir y mantener actualizados los prontuarios penales y registros preventivos para el cumplimiento de sus funciones;

2. Consignar, cruzar y clasificar en forma exclusiva la información en el Archivo Central Nacional y/o Provincial para concederla a autoridades judiciales o policiales en forma legal;

3. Recibir por medio de la Dirección Nacional de la Policía Judicial los informes investigativos y registros de detención de todas las jefaturas y subjefaturas, las que deben conservar coherencia, veracidad e integridad;

4. Coordinar con la Función Judicial y Dirección Nacional de Rehabilitación el envío oportuno y periódico de la información concerniente a sentencias condenatorias, cumplimiento de la pena y libertades;

5. Actualizar en forma coordinada con la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, los datos de filiación y de fallecimientos;

6. Establecer un banco de datos centralizado respecto de personas desaparecidas con las unidades de investigación policial, organismos gubernamentales y no gubernamentales encargadas de estas actividades;

7. Conferir los certificados de antecedentes personales, de conformidad con el reglamento respectivo; y,

8. Las demás actividades que se le asignaren.

*Centro De Computo, Comunicaciones Y Difusiones Del Archivo Central Nacional Y Provincial:*

Estará a cargo de un oficial de policía especializado en informática.

Competencias:

1. Procesar la información necesaria para el adecuado cumplimiento de las funciones del Archivo Central;

2. Diseñar un sistema de registro de infractores con sus nombres, alias, domicilios, especialidades, métodos, hábitos, costumbres, amistades, medios de transporte, etc.;

3. Mantener un prontuario delictivo con las sentencias condenatorias dictadas por los jueces y tribunales penales nacionales e internacionales;

4. Suministrar la información requerida por las autoridades judiciales, del Ministerio Fiscal y administrativas;

5. Transmitir en forma reservada, oportuna y actualizada la información solicitada, por los diferentes servicios de la Policía Nacional;

6. Previo el registro correspondiente se transmitirán o difundirán las características de los vehículos y/o bienes sustraídos; 7. Difundir las órdenes judiciales, fiscales, circulares con orden superior especial con referencia a determinadas personas con la descripción de las modalidades delictuales utilizadas;

8. Transmitir inmediatamente las informaciones de interés para la investigación policial; y,

9. Procesar las cancelaciones de antecedentes personales cuando la persona afectada lo requiera, previo el estudio e informe de las autoridades judiciales que conocieron los respectivos casos.

Las cancelaciones se harán:

a.- Cuando se haya cumplido la pena en un centro de rehabilitación;

b.- Cuando la pena se haya declarado prescrita; y,

c.- Cuando haya transcurrido el tiempo igual o mayor al determinado en el Código Penal, y se considere prescrita la pena.

#### 4.3.- Oficina Central Nacional De INTERPOL:

Será la dependencia que representa a la Organización Internacional de Policía Criminal (O.I.P.C.) del Ecuador, como miembro de dicha organización, de acuerdo a los convenios internacionales respectivos y se rige por estatutos y reglamentos específicos, en concordancia con las leyes ecuatorianas.

Funciones de la Oficina Central Nacional de INTERPOL:

1. Procurar y desarrollar, dentro del marco de las leyes de los diferentes países y del respeto a la declaración universal de los derechos humanos, la asistencia recíproca de las autoridades de la Policía Criminal;
2. Establecer y desarrollar todas las actividades que puedan contribuir a la prevención y represión de las infracciones perseguibles de oficio;
3. Centralizar las informaciones y la documentación de interés internacional y transmitir las a las demás oficinas centrales nacionales y a la Secretaría General de la organización;
4. Disponer o proceder a las averiguaciones, operaciones, actos de policía, pedidos por las demás oficinas centrales nacionales y transmitir las respuestas lo más pronto posible;
5. Transmitir a las demás oficinas centrales nacionales, para su ejecución, al extranjero; los pedidos de los jueces, fiscales, Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (CONSEP), Superintendencia de Bancos y servicios de policía;
6. Asistir a las asambleas generales de la organización y velar por el cumplimiento de las resoluciones acordadas; y,
7. Las demás funciones compatibles con su naturaleza funcional y que consten en leyes, reglamentos y convenios internacionales.

## LAS JEFATURAS Y SUBJEFATURAS PROVINCIALES DE POLICIA JUDICIAL.

En cada provincia habrá una Jefatura de la Policía Judicial cuya sede estará en su capital. Esta constituye, en su jurisdicción, el órgano ejecutivo de investigación, de conformidad con las leyes, reglamentos y demás disposiciones emanadas de autoridad competente.

Las jefaturas provinciales de Policía Judicial están a cargo de oficiales superiores de policía de línea, de estado mayor, en servicio activo.

Las jefaturas provinciales de Policía Judicial contarán con los correspondientes niveles Directivo, Asesor, de Apoyo y Operativo.

Nivel Operativo: Estará conformado por las unidades Técnico Científica, Investigación de Policía Judicial e Inteligencia Antidelincuencial.

De acuerdo con la densidad poblacional e incidencia delictiva, las unidades de Investigación de Policía Judicial contarán con brigadas especializadas.

La Unidad Técnico Científica conformará secciones de Apoyo Criminalístico, Médico Legal y de Archivo:

La Unidad de Inteligencia Antidelincuencial contará con el soporte del Grupo de Inteligencia y Apoyo Operacional.

En los cantones en los que el Director Nacional de la Policía Judicial estimare necesario, habrá subjefaturas de Policía Judicial, las que estarán a cargo de un oficial de policía de línea, en servicio activo.

Las subjefaturas de Policía Judicial constituyen, en su jurisdicción, los órganos ejecutivos de investigación, de conformidad con las leyes, reglamentos y demás disposiciones emanadas de autoridad competente.

Los miembros de la Policía Judicial, en cumplimiento de su función y en coordinación con el Fiscal que dirige la investigación, podrán trasladarse a cualquier lugar de la República previa notificación del particular a su superior jerárquico.

Notificada que sea una Jefatura o Subjefatura de Policía Judicial, de la presencia de un miembro de otro reparto en su jurisdicción, dará parte a la Dirección Nacional de la Policía Judicial y le proporcionará el apoyo necesario para el cumplimiento de su misión.

#### INTEGRANTES.

Son miembros de la Policía Judicial los oficiales, clases y policías de línea y de servicios, en servicio activo, así como los empleados civiles que integran los niveles Directivo, Asesor, de Apoyo y Operativo

Los miembros de la Policía Nacional que vayan a desempeñar funciones de Policía Judicial requerirán de acreditación del Ministro Fiscal General.

#### Requisitos para cumplir funciones de Policía Judicial:

1. Mínimo 2 años de servicio en la Policía Nacional para oficiales y 4 años para el personal de clases y policías, (excepto el personal especializado en materias específicas de Policía Judicial, en cuyo caso bastará el título académico o profesional);

2. Formación mínima de 6 meses en actividades de Policía Judicial;

3. Acreditar buena conducta en el desempeño de las funciones como miembro de la Policía Nacional;

4. No haber sido sancionado por faltas disciplinarias de tercera clase contempladas en el Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional;

5. Haber sido precalificado para las funciones de Policía Judicial por el Comandante General de la Policía Nacional;

6. Obtener la aprobación del Comité Asesor de Acreditación nombrado para el efecto por el Ministro Fiscal General; y,

7. Haber sido acreditado por el Ministro Fiscal General del Estado.

#### EL SISTEMA DE ACREDITACION.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 8 literal K de la Ley Orgánica del Ministerio Público, es atribución del Ministro Fiscal General conceder y revocar las habilitaciones o acreditaciones al personal de la Policía Judicial.

El documento que se entregue es el único que acredita o habilita para cumplir funciones de Policía Judicial.

Comité Asesor para la acreditación a los miembros de la Policía Nacional: Estará conformado por:

1. El Director Nacional de Asesoría del Ministerio Público;

2. El Director General de Personal de la Policía Nacional;

3. El Director Nacional de Recursos Humanos del Ministerio Público;

4. El Director Nacional de la Policía Judicial; y,

5. El Director Nacional de Política Penal del Ministerio Público.

Funciones del Comité Asesor de acreditación:

a) Estudiar las hojas de vida de cada uno de los candidatos a cumplir funciones de Policía Judicial, que el Comandante General de la Policía Nacional someterá al análisis del comité;

b) Seleccionar al personal integrante;

c) Poner en conocimiento del Ministro Fiscal General la nómina del personal seleccionado; y,

d) Evaluar anualmente la conducta y eficiencia de los miembros de la Policía Judicial que servirá de antecedente para la calificación que requiere el miembro de la Policía de acuerdo a la Ley de Personal de la Policía Nacional.

Observados los procedimientos, el Ministro Fiscal General, mediante acuerdo acreditará a los miembros de la Policía Nacional que han sido seleccionados en la forma prevista en los artículos precedentes.

*Revocatoria De Las Acreditaciones:*

Cuando por motivos legalmente justificados, faltas graves o por razones obligatorias de carácter profesional, sea necesario revocar la acreditación, el Comité Asesor luego de la investigación y el análisis respectivo, someterá a consideración del Ministro Fiscal General su recomendación, para que esta autoridad mediante acuerdo revoque la habilitación de un miembro de la Policía Judicial.



La revocatoria de la acreditación impuesta como sanción imposibilita la reincorporación a la Policía Judicial.

En casos de faltas en el cumplimiento de las funciones encomendadas, los miembros de la Policía Judicial serán sancionados, con sujeción a las leyes y reglamentos policiales, sin perjuicio de las acciones penales correspondientes.

Los mandos policiales garantizarán la permanencia en este servicio de sus integrantes, por un mínimo de 3 años, procurando establecer la carrera de Policía Judicial en sus miembros.

Si por necesidades institucionales, la Policía Nacional requiere cambiar de su servicio a un miembro de la Policía Judicial, comunicará por escrito este hecho al Ministro Fiscal General, con un tiempo de sesenta días de anticipación al cumplimiento del plazo de tres años a efectos de prever su reemplazo, establecido en el procedimiento de acreditación.

A los miembros de la Policía Judicial no se les podrá distraer de sus funciones específicas, salvo los casos de emergencia nacional determinados en la Constitución Política de la República.

La evaluación de los miembros de la Policía Judicial será anual.

#### CARACTERÍSTICAS DE LA POLICÍA JUDICIAL.

El mando jerárquico de la Policía Judicial estará a cargo de la Dirección Nacional, subdirecciones especializadas, jefaturas y subjefaturas respectivas, debiendo estos mandos coordinar su labor con los demás servicios de la Policía Nacional y con los representantes del Ministerio Público quienes dirigen y controlan jurídicamente sus actuaciones.

En toda investigación se actuará obligatoriamente con criterio técnico centralizado y de policía judicial integral, debiendo cumplir con los requisitos de cadena de custodia, sin prescindir de la responsabilidad y dirección jurídica del representante del Ministerio Público.

Las unidades de la Policía Judicial interactuarán en forma técnica, permanente y coordinada con las unidades: Técnico Científica, de Investigación de Policía Judicial, de Investigación de Accidentes de Tránsito, de Antinarcóticos, OCN INTERPOL y los demás servicios de la Policía Nacional que cumplan funciones de Policía Judicial.

*Obligación de los miembros de la Policía Nacional:*

Los miembros de la Policía Nacional que tengan conocimiento de la comisión de un delito, están obligados a tomar las medidas urgentes, precautelatorias y de conservación e informar de inmediato, a la Policía Judicial.

*Ausencia de Personal Policial Calificado:*

En caso de no existir oficiales de Policía con formación académica (exigida para el cumplimiento de las funciones determinadas en el respectivo reglamento), se contratará personal civil que reúna estos requisitos.

El personal civil de la Policía Judicial con nombramiento, estará sujeto a las leyes y reglamentos de la Policía Nacional.

El personal civil contratado está sujeto a la Ley de Servicios Personales por Contrato.

*Obligaciones de los Miembros de la Policía Judicial:*

Los miembros de la Policía Judicial están obligados a guardar reserva, bajo apercibimientos legales, respecto de las actividades de investigación durante la indagación previa.

Los miembros de la Policía Judicial que presten servicios en los laboratorios distritales, provinciales y cantonales, los departamentos de Medicina Legal, y las demás unidades técnico científicas, intervendrán gratuitamente en las diligencias como peritos especializados, previa designación por los fiscales del Ministerio Público o los jueces competentes.

De acuerdo a la ley, se establecerán mecanismos de recuperación de gastos de materiales, reactivos, insumos y bienes fungibles en general, empleados durante la prestación de los servicios.

La prestación de estos servicios no beneficiará a dichos miembros.

#### Designación de Peritos:

Los peritos serán designados de la nómina que mantendrá la Dirección Nacional de Policía Judicial; quienes deberán estar acreditados y registrados de conformidad con la Ley Orgánica del Ministerio Público y el correspondiente reglamento.

#### Presupuesto de la Policía Judicial:

La Policía Judicial contará con los recursos presupuestarios asignados por el Estado. El presupuesto comprenderá además, las asignaciones extra presupuestarias provenientes de convenios nacionales e internacionales, donaciones, legados, tributos, remates, especies valoradas y cualquier otro ingreso legalmente generado, de lo que se informará al Ministro de Economía y Finanzas.

### Conclusiones:

Lo que podría exigirse a los funcionarios policiales que hubiesen de desempeñar tan altos cargos dentro de la institución es que poseyesen un título universitario de índole jurídica, no sólo porque la relación entre el Derecho y la defensa de las garantías individuales y colectivas parece evidente, sino también por el carácter judicial de la policía. La exigencia del título universitario tal vez podría servir incluso para suavizar métodos de investigación aún reprobables.

### **8.4.- PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN.**

Es fundamental que las actuaciones de la Policía Judicial se rijan por una serie de principios derivados explícita o implícitamente del ordenamiento jurídico.

De acuerdo con la doctrina 27, se trata de los siguientes principios:

- \* Legalidad: Por el cual las competencias de actuación de la Policía Judicial deben originarse en una disposición legal que la habilite expresamente para actuar;
- \* Idoneidad del medio empleado: Implica, entre otras cosas, restricciones en el uso de la coacción;
- \* Necesidad: Se refiere a considerar la oportunidad de la intervención de acuerdo con la regla general de la intervención mínima (característica fundamental del Derecho Penal contemporáneo) y la posibilidad de recurrir a otros medios para la resolución satisfactoria del problema planteado;
- \* Proporcionalidad: Prohibición de cualquier exceso en la intervención;
- \* Eficacia: Principio que justifica la atribución de ciertos poderes a la Policía Judicial;
- \* Celeridad: Agilidad en el desempeño de las diligencias a cargo; y

\* Equidad: Impone el total respeto de las garantías fundamentales de las personas investigadas.

## **8.5.- LA INDAGACIÓN POLICIAL.**

De conformidad con el Art. 49 del anterior Código de Procedimiento Penal, la indagación policial tenía como objeto recoger las pruebas que conduzcan al esclarecimiento del delito, a buscar y capturar a los culpables del mismo, a reconocer el lugar de la infracción y a recoger los materiales, documentos y todo cuanto pueda servir al descubrimiento de la infracción.

De conformidad con la norma correspondiente, la Policía Judicial se encontraba autorizada para recibir por escrito y con fidelidad la versión que libre y espontáneamente hiciere el imputado sobre las circunstancias y móviles del hecho, su participación en el mismo, así como la de otras personas. Esta versión era firmada por el imputado, el Agente Fiscal y el Agente de la Policía Judicial. Si el imputado no sabía o podía firmar, se hacía constar este particular y, a nombre suyo firmaba un testigo.

La obligación que tenía el Agente Fiscal de concurrir a suscribir el acta que contenía la declaración extraprocesal del inculcado, se basó en evitar la violación de los derechos humanos del detenido.

Con el actual Código de Procedimiento Penal, la Policía Judicial realiza la investigación de los delitos de acción penal pública y de instancia particular, bajo la dirección y control del Ministerio Público, con el propósito de asegurar los elementos de convicción y evitar la fuga u ocultamiento de los sospechosos.

Le corresponde hoy por hoy a la Policía Judicial principalmente:

- Dar aviso al Fiscal, inmediata y detalladamente de toda noticia que tenga sobre un delito de acción penal pública;
- Recibir y cumplir las órdenes del Fiscal y el Juez competentes;

- Aprender a las personas sorprendidas en delito flagrante, y ponerlas dentro de las veinticuatro horas siguientes a órdenes del Juez competente junto con el parte informativo, para que el Juez confirme o revoque la detención, de o cual informará simultáneamente al Fiscal;
- Identificar y examinar el cadáver;
- Preservar los vestigios del delito y los elementos materiales de la infracción, a fin de que los peritos puedan reconocerlos y describirlos; etc.

No se obligará al imputado mediante coacción física o moral a que se declare culpable. Queda prohibido “antes” o durante la tramitación del proceso, el empleo de la violencia, de drogas, de técnicas o sistemas que atenten contra la declaración libre y voluntaria, los agentes de la Policía Judicial que contravengan esto incurrirán en sanción penal.

Los miembros de la Policía Judicial están obligados a observar las formalidades legales y reglamentarias en toda diligencia que deban practicar, y no deberán emplear medios de averiguación violatorios de los derechos humanos previstos tanto en la Constitución Política, como en los Convenios Internacionales y las leyes.

El acusado no podrá ser obligado a declarar en su contra.

## **8.6.- VALOR DE LA INDAGACIÓN POLICIAL.**

En la etapa pre- procesal de la Indagación Previa solo se investiga y la prueba se produce exclusivamente en el juicio, ante los Tribunales Penales, con excepción de determinados anticipos jurisdiccionales de pruebas que no se pueden repetir, como por ejemplo el caso de los testimonios urgentes. “La Policía Judicial realizará la investigación de los delitos de acción pública y de instancia particular, bajo la dirección y control del Ministerio Público, a fin de reunir o asegurar los elementos de convicción y evitar la fuga u ocultamiento de los sospechosos, en el tiempo y según las formalidades previstas en éste Código”.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Código de Procedimiento Penal, Art. 208.

## **CAPÍTULO IX**

### **DEONTOLOGÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El tema a tratar, aparentemente sencillo, es complejo porque no ha sido posible diseñar un estatuto de ética profesional para el Ministerio Público, dado entre otras cosas, el carácter subjetivo del tema, su naturaleza especulativa y la distinta forma como se ha estructurado la institución en los diversos países.

Por eso, por ejemplo, en nuestra Ley Orgánica del Ministerio Público no se dice cómo deben actuar los Fiscales, ni siquiera qué es lo que no deben hacer desde el punto de vista ético y moral. Las prohibiciones como la de no intervenir en causa propia, la de no recibir otros estipendios fuera del sueldo, etc., son de orden legal y práctico orientadas a la mejor efectividad de la función antes que de naturaleza eminentemente deontológica. Dentro de este contexto y limitaciones, voy a poner a vuestra consideración algunas reflexiones que podrían servir de referencia al tratar la ética del Ministerio Público.

Desde que ingresamos al estudio del Ministerio Público, las reflexiones se orientan a la posibilidad de señalar los lineamientos de lo que podría denominarse el "deber ser" del Ministerio Público y sobre las diferencias que podrían encontrarse con la Deontología Forense en general.

En principio, para un profesional, como todos los demás, le resulta difícil elaborar una ética profesional, porque para ello se debe ser un hombre excepcional, para no resultar de aquellos moralistas que exigen a los demás las virtudes que a ellos les faltan, o como aquellos que dan buenos consejos para consolarse de no poder dar buenos ejemplos.

Entendemos como Deontología del Ministerio Público el conjunto de principios y normas relativos al deber ser de los agentes y ministros fiscales, esto es, a los que nos señalan formas de comportamiento para el correcto desempeño de la misión.

En la actividad profesional debemos fusionar la actuación versada en derecho, como también, la actuación basada en ideales morales y éticos. Para el tema propuesto, es menester señalar en primer lugar el sentido y la función especial del Ministerio Público, situación que se puede presentar compleja.

Desde su denominación el Ministerio Público afronta problemas, se ha dicho por ejemplo, que el nombre de Ministerio Público es inexpresivo, inexacto y ambiguo porque no significa nada concreto y además, se le encarga diversas funciones en muchos casos incompatibles.

En tal virtud, existen dos grandes conceptos que sobresalen dentro de la Deontología del Ministerio Público, ellos son a saber :

- a) La ciencia y la técnica; y
- b) La ética y moral.

Si solo nos preocupamos por ser éticos, habremos dejado de lado al derecho e incurriremos en errores que nos conducirán al desacierto y a la injusticia; de igual manera, si solo concentramos nuestro interés a la ciencia, seremos fríos y crueles aplicadores de la ley, desnaturalizado de ésta manera la justicia, puesto que la aplicación rígida de la Ley conduce al ejercicio tirano de la misma. Entonces, parece que lo ideal para caminar conforme a los dictados de la ética profesional se resume en dos cuestiones:

1. Desarrollar al máximo nuestras convicciones, teniendo presente que el progreso de la ciencia no siempre se ha conciliado con el progreso de la cultura ni con los principios de la solidaridad humana.



2. Tratar de fortalecer al máximo nuestras virtudes, puesto que si la misión es de conciliación y equilibrio, de serenidad y de paz, debemos tratar de ser prudentes, diligentes, justos, honestos y humanos.

**Primer aspecto :** El desarrollo de nuestras convicciones. Esto se logra mediante el estudio, la reflexión y la investigación, a fin de alcanzar dos tipos de habilidades:

a) Ciencia para lograr el conocimiento del derecho, y más específicamente de la ley aplicable a los casos sometidos a nuestra consideración, tratando de interpretar su sentido y vigencia de la mejor manera ; y,

b) Técnica, entendida como el conjunto de procedimientos y recursos para armonizar las habilidades anteriores.

Para alcanzar el primer objetivo debemos tener presente siempre que no somos ni debemos ser simples máquinas procesadora de conceptos, sino tratar de ser profundos estudiosos del derecho (aún cuando no sea de todo éste, pero por lo menos de nuestra especialidad) aplicando la relación y la lógica. No por el hecho de haber obtenido un título, o haber logrado cierto estatus profesional, vamos a creer que tenemos el privilegio de ser poseedores de la verdad.

Para entender los hechos e interpretarlos, es necesario tener el mayor bagaje posible de conocimientos generales y una cultura profesional, que dependerá en gran medida de una sólida cultura general. Para ello hay que leer mucho, no descuidar los nuevos progresos de la ciencia, porque eso nos llevará a comprender mejor los distintos factores que han influido en tal o cual acontecimiento que es objeto de juicio y resolución, sin embargo, debemos saber elegir el material para no malgastar energías y tiempo. Solo el estudio, la reflexión y el aprendizaje permanente, nos impedirán caer en la rutina, que a fuerza del hábito induce a la pereza mental que es la peor desgracia que puede ocurrirle a un Fiscal. Así, la falta de conocimiento y actualización provoca el aniquilamiento de la imaginación, impidiendo la búsqueda de soluciones justas y creativas a problemas nuevos que la gran movilidad de la

sociedad contemporánea nos presenta. El Fiscal que llega a este estado, con toda seguridad que producirá decisiones ineficaces.

Para lograr el segundo objetivo, es preciso la experiencia y ésta se logra afrontando todas las responsabilidades y encargos que se nos encomienden, nada se logra sino en base a esfuerzo, paciencia y disciplina (no hay que confundir experiencia con rutina).

Aquí es cuando se hace necesario armonizar los conocimientos con la moral, solo así se logrará una clase de profesional conocedor de las ciencias generales y de la ley; que entienda el derecho como ciencia de valoraciones, emancipado de prejuicios de clase, poder y simpatías políticas, apto para dictaminar en justicia y en forma libre. Por eso se ha dicho, con razón, que el verdadero derecho no solo está en los códigos y libros, sino en los hombres que lo conocen y aplican. Las leyes pueden quedar obsoletas y por su carácter general no pueden preverlo todo y solo la labor prudente y sabia de quienes la practican o aplican puede humanizar sus efectos y completar sus vacíos. La imperfección de la ley puede ser superada por una inteligencia que conoce la necesidad histórica que ella debe satisfacer.

Para comprender el derecho y aprenderlo, además de ser estudioso hay que saber escuchar, así, muchas veces por no querer escuchar se pierde la oportunidad de captar una verdad y con frecuencia no queremos escuchar por soberbia. Muchos errores de interpretación de la ley o de algunos conceptos científicos, se deben a que por creer que sabemos más que nuestro interlocutor, cerramos los ojos a la verdad. Por ello es factor importante en el conocimiento de la ciencia, el tener conciencia de nuestra humana falibilidad, hasta el punto de reconocer abiertamente nuestros errores.

Consecuentemente, la falta de conocimiento o de ciencia, es a veces resultado inconsciente de nuestro orgullo. Si hemos escogido el camino de la justicia, no debemos dejar de oír las razones de quien quiere orientarnos cuando nos sugiere que estamos en el camino equivocado. Si se es obstinado y se cree que está en juego la

justicia, en realidad lo que puede ponerse en juego en el fondo, es el amor propio, y así, sin darse cuenta, el Fiscal se convierte en parte.

Tal vez por eso, la duda es gran auxiliar en la administración de justicia. No siempre se puede estar seguro de todo, no siempre existe la certeza de algo, pero si siempre ponemos en duda nuestro saber, investigamos mejor.

La seguridad anquilosa de saber, detiene el avance de la cultura, de la ciencia, de la humanidad. En cambio, la duda es prueba de que existimos. Por eso es necesario una pequeña dosis de duda que nos obligue, antes de pronunciarnos sobre algo, a repensar y estudiar de nuevo. Es por esto, que el peor consejero es la precipitación.

Para hablar del aspecto ético propiamente dicho, lo primero que debemos tener presente es el sentido de la misión del Fiscal. Pensar seriamente sobre la naturaleza y valor de aquella función. Estar convencidos que la tarea que la sociedad encomienda al Ministerio Público es trascendental, conocer ciertamente la importancia social de los actos de aquellos funcionarios, saber cuál es el papel que desempeñan como representantes del Ministerio Público, cultivando algunas virtudes que son muy propias a su condición.

En primer lugar tenemos la templanza. La justicia es una tarea que exige equilibrio, que en buena cuenta es el dominio de uno mismo, fortaleza para no perder la serenidad y alcanzar la sabiduría. Si los representantes del Ministerio Público no saben dominarse, harán depender la justicia de sus estados de ánimo. Si no saben controlar sus pasiones, cómo podrían comprender las pasiones de los demás?, acaso no justificarían también los excesos de otras personas?. Serán duros cuando no han podido resolver un problema en su hogar o serán generosos cuando han recibido una buena noticia. La templanza les permitirá actuar de la misma forma, tanto en los buenos como en los malos momentos y evitará que la función hepática tenga incidencia fatal con la administración de justicia.

La templanza obliga a actuar por encima de las antipatías o simpatías que se tengan por algunas u otras personas. De otro lado, enseña a disimular las angustias y flaquezas. La mente del Fiscal debe estar despejada, aún cuando su corazón esté atormentado.

La justicia como ideal supremo de verdad, necesita de una voluntad serena y firme de dar la razón al que la tiene. De esa manera, solo haciendo buen uso de la templanza se podría discernir la justicia objetivamente, libre de pasiones y de rencores.

La templanza nos aconseja que no debemos envanecernos con lo que sabemos, no ser fatuos con el título, porque el hombre templado no persigue los honores, el encumbramiento o el protagonismo, sino la mejor forma de servir a la función. Para ello, debemos olvidarnos de los poderes que se nos asiste y solo tener presente nuestros ineludibles deberes que, con espíritu de sacrificio debemos silenciosamente cumplir.

La función confiada a los Fiscales no consiste en un privilegio dado para disfrutar de él, sino que consiste en una misión que deben realizar a base de disciplina. Así se podrá armonizar sus acciones con el bien, por amor a la justicia y no por la ambición de sacar una ventaja o el temor de ser sujetos de una sanción.

Cervantes en el Quijote nos recuerda estas sencillas palabras : "Cuando pudiere o debiere tener lugar la equidad no cargue todo el rigor de la ley al delincuente, que no es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo".

Cicerón nos recuerda que para conservar su autoridad no hay medio más a propósito que hacerse amar y nada más contrario que hacerse obedecer. Por eso es más fácil aborrecer al que se teme que admirar al que se ama. El hombre bueno no busca el encumbramiento ni el envanecimiento sino, la forma mejor de servir, se olvida de su poder y solo tiene presente sus deberes.

Sin embargo, la bondad referida no ha de significar debilidad y renunciamento a los deberes y derechos, no se puede ser tan bondadoso como para dejar de perseguir un delito, sino simplemente, ser buenos como para comprender las acometidas de nuestros semejantes, para pasar por alto los agravios que consciente o inconscientemente infieren las partes, los abogados, etc. Esa comprensión a las imprudencias de nuestros semejantes, sobre todo de las partes de un juicio, debe hacerse teniendo presente que cada interesado que acude al Ministerio Público, no está en el pleno uso de todas sus facultades porque sufre la indignación a causa del grave problema que confronta, y que se agrava muchas veces por la injusticia, por la intolerancia, puede ser que se trate de un ser envilecido por el sentimiento de la culpa, ofuscado por la ambición o por el miedo de perder lo que más quiere o que este sufriendo porque es víctima de la incomprensión. Si a esa situación se agrega la indiferencia de los Agente y Ministros Fiscales, se hará que esa persona se atormenta perdiendo la confianza en nuestro ministerio.

Donde el Fiscal precisamente no acuden los hombres felices, que gozan de tranquilidad y alegría; sino aquellos que sufren la pérdida de su libertad, de sus familiares, de su patrimonio, etc. y cuyas esperanzas están depositadas en las manos de los funcionarios del Ministerio Público. Entonces, a estas personas lo primero que habrá que ofrecerles será la necesaria comprensión, inspirada en la bondad. Por eso, si no podemos atender inmediatamente sus petitorios como corresponde o no podemos resolver positivamente su caso, por lo menos consolémosles con una palabra, con una buena razón y cordialidad. Con frecuencia ocurre que, una sola palabra de consuelo es suficiente para detener la impaciencia de un litigante, de ésta manera, podrá devolverse en ciertos casos la fe perdida en la justicia a alguien que no puede obtenerla por una serie de razones. No es justo agregar un motivo más de resentimiento a sus problemas y mucho menos con afán de causarle daño, peor aún cometer la grave falta de exigir o recibir coimas por el trabajo ya remunerado.

Para ser justos, no necesitamos ser despiadados y para ser legales no debemos ser insensibles. Siempre se debe buscar la justicia, excepcionalmente, la injusticia debe

ser el producto del error, del equívoco de buena fe, jamás de la mala intención o de la venganza.

Hay que ser valientes. Valerosos para defender la justicia y hacer que ella prevalezca. Solo así podremos hacer de ella, noble escenario donde se represente la verdad y no cuarto oscuro de componendas. El pueblo debe tener fe en las personas a quienes se confía el control de la recta administración de justicia. La sociedad debe ver en el Ministerio Público, el mejor aliado contra la arbitrariedad y debe convencerse de que si tiene la razón, será amparado. Esa fe de la comunidad en la justicia, es necesaria demostrarla a través de la actuación independiente libre de toda clase de presiones de arriba o de abajo. No puede pretender ser justo, quien tiene miedo al dolor, a la pobreza o al reproche de los que están por encima de él; es la única manera de ser defensores de la sociedad, del interés público, de la realidad.

La imparcialidad y la rectitud se encontrarán vigentes, cuando estén avaladas por la independencia de criterio y el valor con que se lo defiende, solo así podemos construir sólida garantía para el grande y el pequeño, para el rico y para el pobre. Pero ser valiente no significa necesariamente ser soberbio, ya lo dijo alguien, difícil es para el Fiscal hallar el punto medio de equilibrio entre el espíritu de humildad ante sí mismo; estimarse tanto así como para saber defender su opinión contra la imposición de los poderosos o contra las insidias dialécticas de los profesionales y al mismo tiempo reconocer la razón de los demás que dicen lo contrario.

En virtud de la independencia de criterio, en el momento de resolver un caso debe sentirse libre de toda subordinación jerárquica, porque él solo es responsable de sus actos, para no tener que esconderse tras la cómoda pantalla de la orden superior.

Se necesita valor también para soportar las limitaciones del cargo, el bajo sueldo, y para enfrentarse a las tentaciones que cotidianamente se ofrece y hasta para poder negar a un amigo un favor, cuando éste pretende que en aras de la amistad se consagre una injusticia. Cicerón decía : "Hacer una injusticia por satisfacer a un amigo, es como levantar las armas contra la patria por la misma razón". El Fiscal no

es dispensador de mercedes, ni puede estar al servicio de sus amigos. La sociedad le encarga funciones más trascendentales que están por encima de las contingentes exigencias de ciertos intereses.

Se requiere valor para tratar las tareas más difíciles o desempeñarse con la misma responsabilidad en las grandes o pequeñas causas. Eso le permitirá al Fiscal ser grave, intachable, severo, incorruptible, inaccesible a la adulación.

En el ejercicio de la función, no puede concebirse que la justicia sea un desgano despacho de trámites burocráticos. Se ha dicho que el verdadero peligro a que están expuestos los que tienen que ver con la administración de justicia, no viene tanto de fuera, sino que surge más bien de adentro, en ese lento agotamiento interno.

La pereza, cuando se presenta una vez, tiende a permanecer y lleva a adormecerse en la costumbre, lo que significa el aniquilamiento de la curiosidad crítica y una especie de esclerosis de la sensibilidad humana; la preocupante misión que obliga al espíritu a vigilar permanentemente, se reemplaza con la cómoda indiferencia del burócrata que le permite vivir dulcemente adormecido.

De lo anotado, nos ponemos a pensar qué es lo que los Fiscales deben temer más:

A los factores externos que detienen el esfuerzo o al decaimiento del entusiasmo?

A la falta de medios o elementos necesarios para un adecuado trabajo o a la poca fe del espíritu ?

Los Fiscales deben demostrar que existen, de ellos depende la supervivencia de la libertad, la pasión por la justicia y el hábito por el trabajo podrán más que cualquier fuerza que pretenda detener sus afanes.

Hay que poner el mismo escrúpulo para estudiar todos los casos, aún los más pequeños. Se debe tener presente que no existen grandes ni pequeñas causas, porque la injusticia es grave aún en pequeñas cantidades.

Es indispensable que los Fiscales expresen claridad en sus actos y dictámenes en beneficio de la comprensibilidad. La claridad va hermanada de la sencillez y la didáctica. A veces es útil evitar hacer alarde de erudición. Es frecuente ver personas que hacen uso de la retórica para hacer oscuro lo que ha sido siempre claro, sibilino lo que no es misterioso y enredado lo que no necesita mayores argumentos.

En resumen, el Fiscal en su grave misión debe ser justo y recto, cualidad que se resume en la práctica diaria de la máxima de Ulpiano que nos enseña a "vivir honestamente, no hacer daño a nadie y dar a cada cual lo que le corresponde".



## **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.**

### **CONCLUSIONES.-**

1.- Primero.- El rol del Ministerio Público dentro del proceso penal ha cambiado en el curso de la historia en relación directa a los distintos sistemas vigentes, es decir, inquisitivo, mixto y acusatorio; y estos a su vez guardan relación directa con los sistemas políticos económicos y sociales que han de devenido, así, el sistema inquisitivo se corresponde con gobiernos de carácter autoritario, de tipo monárquico; el sistema mixto a gobiernos de tipo republicano surgidos a partir de los postulados de la revolución francesa, en la que tiene lugar la división de poder del Estado (Funciones) y finalmente, el sistema acusatorio tiene vigencia en gobiernos de tipo democráticos, garantías de los derechos humanos y garantías individuales.

2.- Segundo.- La ubicación administrativa y funcional del Ministerio Público se ha modificado, también de acuerdo a los sistemas procesales penales imperantes, así en el sistema inquisitivo el Ministerio Público depende directamente del Ejecutivo, del Mandatario o Monarca que dice representar al Estado y defiende los intereses de éste; en el sistema mixto, el Ministerio Público se judicializa, saliendo de la esfera del Ejecutivo, convirtiéndose en defensor de la sociedad, abandonando la representación de la vindicta pública, y en el sistema acusatorio el Ministerio Público de ser autónomo para poder cumplir con su misión de promotor de la acción penal pública, en representación de la sociedad.

3.- Tercero.- En el Ecuador el tránsito del Ministerio Público ha seguido el sendero señalado, en la Colonia conforme al Derecho Español el representante del Ministerio Público (Fiscal) actuaba al nombre del Rey y tenía atribuciones en materia tributaria y recaudación de impuestos, por ello el nombre de Fiscal, desde 1830 hasta 1979 en la época republicana el Ministerio Público forma parte de la Función Judicial y a partir de la vigencia de la Ley del Ministerio Público, con proyección a una futura autonomía salió de la esfera de la función judicial para ser parte de la Procuraduría General del Estado, confundiendo las funciones del patrocinio público propia del

Ministerio Público con la del patrocinio del Estado que le corresponde a la Procuraduría General del Estado, y a partir de 1989 adquiere la condición de ente autónomo.

4.- Cuarto.- La gestión del Ministerio Público en el ámbito del sistema acusatorio implantado en el nuevo código de procedimiento penal, vigente en el Ecuador, es trascendental, ostenta el monopolio de la acción penal pública, tiene la responsabilidad de labor investigativa y la carga de la prueba para sustentar su dictamen acusatorio, si no existe acusación fiscal no hay juicio, tal es el principio en que se fundamenta el sistema acusatorio penal.

5.- Quinto.- El sistema acusatorio es de tipo garantista, se privilegia el respeto de las garantías de los derechos del ciudadano contemplados en la Constitución Política de la República, los Tratados Internacionales y la Ley, los principios del debido proceso se imponen no solo en defensa de los derechos del imputado, que constituye la parte más débil en la relación jurídica del proceso penal, sino del resultado de todo el proceso y en última instancia de la justicia.

6.- Sexto.- El Ministerio Público es custodio de la legalidad del proceso penal y al propio tiempo tiene la obligación de cumplir la Ley y todas previsiones relativas al debido proceso.

7.- Séptimo.- El complejo y la trascendencia de las funciones asignadas al Ministerio Público demandan que el mismo esté dotado no sólo de autonomía orgánica y funcional, sino también de autonomía económica, lo que no ocurre en el país, situación perjudicial que menoscaba la independencia del ente acusador.

8.- Octavo.- Los representantes del Ministerio Público para cumplir con su grave misión deben tener cualidades profesionales de letrados especialistas en derecho procesal penal e investigadores, pues les corresponde dirigir el proceso investigativo, teniendo como ente auxiliar a la policía judicial; a más de estas condiciones

profesionales, el Fiscal debe tener una condición ética insobornable, en consideración a que es el garante de la legalidad y la justicia.

9.- Noveno.- Igual que la autonomía del Ministerio Público es condición principal para que tenga real vigencia el sistema acusatorio, la instrumentación de una policía judicial técnica y científica dependiente del Ministerio Público es el camino lógico que debe darse en orden a garantizar los resultados de una investigación justa, oportuna e imparcial.

10.- Décimo.- Un régimen democrático en la medida en que lo sea en la práctica, más no solo formalmente será la garantía de la real aplicación del sistema acusatorio, caso contrario la justicia penal será un privilegio y escenario de discriminaciones, más allá de las declaraciones legales.

11.- Undécimo.- El sistema procesal acusatorio moderno es sin duda, un importante avance en el campo del Derecho Procesal que consagra principios como: la publicidad, la oralidad, la inmediación, la celeridad, ect, ha sido implantado en el Ecuador luego de la experiencia en muchos países, sus bondades son evidentes; no obstante el éxito de la aplicación del sistema depende en mucho la actuación del Ministerio Público; si el ente acusador no está a la altura de las circunstancias, se corre el riesgo de que el sistema fracase.

12.- Duodécimo.- El Estado ecuatoriano debe hacer efectiva la defensoría pública, dotar de la infraestructura básica a los jueces, las universidades deben preparar a profesionales bajo en nuevo perfil de la oralidad; la policía judicial debe tecnificarse y equiparse nivel de todo el país; debe haber un proceso riguroso de selección, capacitación y carrera para garantizar la idoneidad de sus miembros.

13.- Décimo tercero.- debe cambiarse el sistema de elección del Ministro Fiscal General, evitando la influencia política en su designación.

RECOMENDACIONES.-

- 1.- Primero.- Debe institucionalizar la defensoría pública con profesionales del Derecho que sean remunerados a nivel de jueces y fiscales, para que cumpla efectivamente el mandato Constitucional de una efectiva defensa del imputado que carece de defensor particular.
- 2.- Segundo.- Debe conformarse un cuerpo técnico y científico de policía judicial dependiente del Ministerio Público, garantizando su profesionalización y estabilidad.
- 3.- Tercero.- Debe dictarse una ley de carrera del Ministerio Público, como garantía de estabilidad, promoción y probidad.
- 4.- Cuarto.- Debe dotarse al Ministerio Público de rentas propias, sí como por ejemplo tiene la Contraloría y Procuraduría General del Estado, para evitar la dependencia económica del ejecutivo y asegurar los recursos necesarios para cumplir su vasta gestión.-
- 5.- Quinto.- Debe dictarse una Ley reformativa del Código Civil, en el cual en el ámbito del derecho de familia, de menores, sucesiones, que ha asignado al Ministerio Público importantes funciones que sin embargo son subalternas a las esenciales de carácter penal que le son propias y que por lo mismo, se las cumple como simple formalidad, desestimando la importancia del derecho social, estas funciones estarán mejor cumplidas por otros entes Estatales encargados de la defensa de los grupos sociales vulnerables.

