



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

**TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
DOCTORA EN JURISPRUDENCIA**

**“LA DETENCIÓN EN EL CASO DEL DELITO
FLAGRANTE EN LA LEGISLACIÓN PENAL Y EN LA
NORMA CONSTITUCIONAL. REFORMAS”.**

AUTORA:

Mercedes Alejandra Araujo Quiñonez

DIRECTOR:

Dr. José Aurelio Macas Illéscas

**Loja – Ecuador
2009**

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Las ideas emitidas en el contenido del informe final de la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de la autora.

F_____

AB. MERCEDES ALEJANDRA ARAUJO QUIÑÓNEZ

Yo, Dr. JOSÉ AURELIO MACAS ILLESCAS

DIRECTOR DE INVESTIGACIÓN

CERTIFICO:

Que el presente trabajo de investigación realizado por la Abogada MERCEDES ALEJANDRA ARAUJO QUIÑÓNEZ sobre el tema: "**LA DETENCIÓN EN EL CASO DEL DELITO FLAGRANTE EN LA LEGISLACIÓN PENAL Y EN LA NORMA CONSTITUCIONAL**", ha sido cuidadosamente revisado por el suscrito, por lo que he podido constatar que cumple con todos los requisitos de fondo y forma establecidos por la escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica Particular de Loja, para esta clase de trabajos, por lo que autorizo su presentación.

Loja, agosto del 2009

Dr. José A. Macas Illescas

DIRECTOR

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, Ab. MERCEDES ALEJANDRA ARAUJO QUIÑÓNEZ, declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: "Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos y técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad".

f_____

Ab. MERCEDES ALEJANDRA ARAUJO QUIÑÓNEZ

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Universidad Técnica Particular de Loja, a la Escuela de Ciencias Jurídicas, a sus distinguidos catedráticos y de manera especial al Sr. Dr. JOSÉ AURELIO MACAS ILLESCAS, Director del presente trabajo, por sus conocimientos y gran experiencia puestos a disposición en esta investigación.

LA AUTORA:

f _____

Ab. MERCEDES ALEJANDRA ARAUJO QUIÑÓNEZ

DEDICATORIA

A Dios, Padre, por su amor, bendiciones y misericordia, quien es mi guía para conducirme por el camino de la verdad y defender la justicia en su nombre apegada a la Ley y al Derecho.

A mi madre, a mis hermanos, por su paciencia y amor; por quienes trabajo y estudio y que con su sola existencia llenas mi vida de alegría y me dan la fuerza necesaria para seguir adelante, por todo su apoyo moral y económico que han hecho posible la culminación de mi carrera. A todos los que amo porque me han estado apoyando aún en los momentos más difíciles, por lo que los llevaré siempre en mi corazón.

MERCEDES ALEJANDRA ARAUJO QUIÑONEZ

SUMARIO O ESQUEMA DE TESIS

TEMA: LA DETENCIÓN EN EL CASO DEL DELITO FLAGRANTE EN LA LEGISLACIÓN PENAL Y EN LA NORMA CONSTITUCIONAL. REFORMAS.

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I:

GENERALIDADES DEL MINISTERIO PÚBLICO Y EL DELITO FLAGRANTE

1.1. El Fiscal

1.1.1. Antecedentes

1.1.2. Funciones

1.1.3. Atribuciones

1.2. El delito flagrante

1.2.1. Antecedentes

1.2.2. Concepto

1.2.3. Características

CAPITULO II

EL DEBIDO PROCESO

2.1. Garantías

2.2. Principios fundamentales

2.2.1. Generalidades

2.3. Actuaciones del Ministerio Público

CAPITULO III
ANÁLISIS NORMATIVO COMPARATIVO SOBRE LA DETENCIÓN EN
EL DELITO FLAGRANTE

- 3.1. Legislación ecuatoriana
- 3.2. Legislación Argentina
- 3.3. Legislación Boliviana
- 3.4. Legislación Peruana
- 3.5. Legislación Española

CAPITULO IV
INVESTIGACIÓN JURÍDICA DE CAMPO

- 4.1. Diagnóstico criterial sobre el tema
- 4.2. Presentación y análisis de resultados
- 4.3. Comprobación de hipótesis y objetivos
- 4.4. Jurisprudencia sobre el tema

CAPITULO V
CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA DE REFORMA

- 5.1. Conclusiones
- 5.2. Recomendaciones
- 5.3. Propuesta de reforma al artículo 216 del Código de Procedimiento Penal

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

El propósito del presente del trabajo de investigación jurídica para la elaboración de una tesis de grado doctoral, se desarrolla con el tema: **LA DETENCIÓN EN EL CASO DEL DELITO FLAGRANTE EN LA LEGISLACIÓN PENAL Y EN LA NORMA CONSTITUCIONAL**, porque el numeral 4 del Art. 77 de la Constitución dejan leer "la agente o el agente", lo que implica una repetición insulsa, porque el término carece de femenino; el numeral 13 del Art. 77 contiene otra repetición insulsa al decir "las adolescentes y los adolescentes", siendo que adolescentes es para ambos géneros; en el Art. 194 utiliza los términos ..."económica y financiera", esto es una tautología; el Art. 194 sigue dando autonomía administrativa, económica y financiera, descentralización, a pesar de ser un departamento de la Función Judicial.

Que la norma Constitucional tiene concordancia con el Art. 417 de la misma Constitución que ordena la sujeción a la Constitución de los tratados e instrumentos internacionales y éste mandato tiene concordancia con el Art. 425, que exige el orden jerárquico de leyes: "El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos". Este mandato tiene concordancia con

el Art. 82 que exige el derecho a la seguridad jurídica.

El Art. 197 queda como letra muerta frente al mandato del numeral 3 del Art. 181 de la misma Constitución; el Código Orgánico de la Función Judicial no ha creado al Juez de Garantías Penales; el Art. 194 no es coherente en las disposiciones; el Art. 281, contradice al numeral 2 del Art. 284, en cuanto a la autonomía administrativa. El numeral 9 del Art. 284 contiene una repetición insulsa al decir: "...la propuesta presupuestaria y la programación presupuestaria". El numeral 10 del Art. 284 contradice al mandato constitucional del Art. 134, en lo que dispone el numeral 3.

Que en el Capítulo III de los delitos contra la libertad individual, se estipulan multas sin ningún criterio. Que la disposición general octava de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal, reforma al Art. 15, sin embargo, no contiene el texto en mención; en el Art. 33 se lee: "...a la fiscal o al fiscal", lo que implica una redundancia insulsa, porque Fiscal se expresa tanto para masculino como para femenino; en la última parte del numeral 1 del Art. 77 de la Constitución se lee: "Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas";

Que el Art. 84 de la Constitución de la República del Ecuador exige la adecuación jurídica de las normas y leyes: "La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos

en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución". Sin embargo el art. 27 del Código de Procedimiento Penal, sin relación alguna está creando la competencia de los jueces de garantías penales, sin que el Código Orgánico de la Función Judicial los haya creado.

En el número 6 del Art. 216 del Código de Procedimiento Penal se lee: Ordenar la detención de la persona sorprendida en delito flagrante y ponerla, dentro de las veinte y cuatro horas siguientes, a órdenes de la jueza o juez de Garantías Penales.

En el Art. 161 se lee "Los Agentes de la Policía Nacional, de la Policía Judicial, origina una repetición; en el 2º inciso del Art. 161 se invoca el Juez de Garantías, sin que consten ni en la Constitución ni los haya creado el Código Orgánico de la Función Judicial; el Art. 84 de la Constitución ordena la adecuación jurídica de las normas y leyes; en el inciso tercer del Art. 161 se evoca al Juez de Garantías Penales; en el Art. 216 se repite "La Fiscal o el Fiscal".

CAPÍTULO I

GENERALIDADES DEL MINISTERIO PÚBLICO Y EL DELITO FLAGRANTE

CAPITULO I:
GENERALIDADES DEL MINISTERIO PÚBLICO Y EL DELITO
FLAGRANTE

1.1. EL FISCAL

Según el DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, Fiscal, "en lo adjetival, pero en enfoque procesal, lo concerniente al fiscal como sustantivo, cual oficio público. Funcionario que ejerce el Ministerio Público ante los tribunales... En lo penal sostiene la acusación pública, aunque no tenga la inexcusable obligación -cual es opinión vulgar- de acusar sin motivo ni de reclamar crueldad o rigor al amparo de una interpretación ingrata de la Ley"¹.

En el orden procesal, los fiscales intervienen en las cuestiones de competencia, en los conflictos de jurisdicción (recursos de fuerza y de queja), en las inhibitorias por razón de la materia, en la abstención de los tribunales municipales, en la recepción de exhortos extranjeros, en la ejecución de sentencias de tribunales de otros países, el trámite de exhortos.

En el enjuiciamiento criminal, el Fiscal es el protagonista principal, por cuanto el proceso de esta índole se basa en la acusación, que el fiscal ejerce en todo caso cuando se trata de acción pública, o incluso en algunas

¹. CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**, Edición 1986, Tomo IV, p.79

de carácter privado, como las causas de violación y rapto, cuando la víctima no puede comparecer en juicio o carezca de próximos parientes o representantes legales que puedan actuar en nombre de ella; y esto en virtud de la instancia por fama pública. Los fiscales ejercen las acciones penales en forma de querrela.

Según el Art. 194 de la Constitución de la República del Ecuador, que trata de la Fiscalía General del Estado: "La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso"².

1.1.1. ANTECEDENTES

En la Argentina, interventor de los partidos en las mesas electorales. En los pueblos de la época hispánica en América, el indígena encargado de que los otros cumplieran con sus deberes religiosos. En Chile y en Bolivia, seglar que cuidaba de una capilla rural, ayuda al párroco y dirige el culto; es decir, una especie de sacristán, según el mismo Cabanellas, ya invocado.

Con respecto a su acepción genuina, como encargado del Ministerio

². CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 194:
Fiscalía General del Estado

Público, ya la Partida IV, Título XVIII, Ley 12, llama patrono del Fisco al Fiscal y dice de él: "Ser hombre que es puesto para razonar y defender en juicio todas las cosas y los derechos que pertenecen a la cámara del Rey"³ y agrega que ésta es la octava dignidad por la cual sale el hijo de la potestad de su padre.

Los Fiscales como Cuerpo, están organizados bajo el doble lema de la unidad y de la independencia; así, en principio, mediante circulares de los superiores y consulta de los inferiores, el Ministerio Público tiende a mantener un solo criterio ante los tribunales. Y, por otra parte, existe una jerarquía comparable a la militar, cuya cabeza se encuentra en el Fiscal del Tribunal Supremo, Corte Nacional y que desciende por los funcionarios fiscales de las Audiencias o Cámaras hasta los fiscales municipales o de paz.

El Dr. Luis Abarca Galeas, en su obra ya citada, en la lección 2 describe la evolución jurídica que conduce a la actual concepción y estatus jurídico de la Fiscalía.

1. El Ministerio Público antes del 19 de marzo de 1997. "En el Registro Oficial del 26 de marzo de 1997 se publicó la Ley Orgánica del Ministerio

³. PARTIDA IV, TITULO XVIII, Ley 12, llama **Patrono del fisco**

Público que se encuentra vigente, que tiene como característica fundamental concebir al Ministerio Público como una persona jurídica de derecho público, autónoma e independiente, en lo administrativo, al tenor de lo contemplado en su Art. 1; lo cual es de relevar por su trascendental importancia, ya que hasta entonces, tanto los Arts. 110, 111 y 112 de la anterior Constitución Política que se encontraba vigente, así como en la anterior Ley Orgánica del Ministerio Público, se concebía a éste como una dependencia de la Procuraduría General del Estado, a cargo del patrocinio público en las causas penales de acción pública; patrocinio que se limitaba a intervenir como parte en tales causas penales, pero sin funciones investigativas de ninguna clase y como un simple espectador de las investigaciones preprocesales que realiza la Policía Judicial por su propia iniciativa (indagación policial) o por orden judicial, así como de la investigación procesal que realiza el titular del órgano jurisdiccional penal competente que conoce de la causa, al que el sistema procesal penal vigente le asigna el rol fundamental, tanto en la investigación procesal como en la decisión de la causa; de tal forma que, la intervención del Fiscal se limita a presentar la acusación en patrocinio de la sociedad cuando encuentra méritos procesales para hacerlo, aunque como parte procesal tiene facultades para presentar pruebas, jamás lo hace por la inexistencia de una dependencia para la investigación criminalística técnica y científica adscrita al Ministerio Público, a cargo de proporcionar y practicar las pruebas que se requieran en la investigación procesal; lo cual también afecta al Juez inquisidor, porque al no contar con un centro de investigación

que le apoye en la investigación procesal, también se convierte en espectador de las investigaciones que realizan las partes interesadas, a tal punto que si en cualquier causa por un delito de acción pública no se presenta acusador particular para que presente las pruebas pertinentes para que el proceso penal cumpla con su finalidad, la regla general es de que el delito quedará impune aunque se conozca cuáles son sus autores y partícipes; y peor todavía es en el caso de los delitos no flagrantes, que ingresarán a la zona negra de los delitos no esclarecidos"⁴.

Esta antigua concepción del Ministerio Público en el Ecuador ha permanecido invariable desde que nos constituimos en Estado independiente; por esta razón en la Constitución política de los años 1967, 1946 y 1945 el Ministerio Público era una dependencia de la Procuraduría General del Estado, con la agravante de que en las dos últimas, se encuentra bajo la dirección del Presidente de la República, por ello, en concordancia al Art. 3 de la Ley de Patrocinio del Estado del año 1959 reitera que el Ministerio Público se encuentra bajo la dirección del Presidente de la República.

Como se puede inferir, el sistema procesal inquisitivo de investigación de los delitos vigente históricamente en el Ecuador hasta el Código de Procedimiento Penal del año 1983, es correlativo con esta concepción del Ministerio Público.

⁴. ABARCA Galeas, Luis, **Lecciones de Procedimiento Penal**, Tomo I, pp. 11-12

2. El obsoleto sistema procesal inquisitivo vigente en el Ecuador hasta el mes de julio del año 2001 y la función subordinada y pasiva del Fiscal. "Este sistema históricamente vigente en nuestro país desde la colonia, porque fue traído de Europa por los conquistadores, se lo instituyó en este continente bajo las influencias predominantes entonces; se caracteriza porque el Juez es el protagonista principal en el proceso penal y el Fiscal y las partes procesales desempeñan una función accesoria, secundaria y consecuentemente no se considera necesaria para que el proceso siga su curso, si el Juez así lo considera, de tal forma que todo el proceso gira alrededor del Juez y el Fiscal es su simple espectador"⁵.

3. El Ministerio Público en el sistema procesal inquisitivo. "Dentro del marco teórico jurídico del sistema procesal inquisitivo contemplado en el Código de Procedimiento Penal del año 1983 que por desgracia deberá regir hasta el día 13 de julio del año 2001, en que entrará en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal publicado en el Registro Oficial N° 360 de fecha 13 de enero del año 2000. sistema que permanece vigente como un rezago histórico porque la inquisición fue suprimida definitivamente por el gobierno español por decreto de fecha 15 de julio de 1884; es de inferir que el Ministerio Público se encuentra subordinado al órgano jurisdiccional penal como un apéndice innecesario metido dentro de una camisa de fuerza que

⁵. IBIDEM, p. 12

le priva de la iniciativa en la investigación procesal, convirtiéndole en un simple espectador de las actuaciones del Juez, de la parte acusadora y de la defensa, privado en absoluto del apoyo de un departamento de investigación criminalista técnica y científica que le permita presentar pruebas en la investigación procesal, lo cual ha determinado que el Fiscal se convierta en un funcionario de segunda categoría adscrito a un determinado juzgado, en que vegeta esperando que el Juez le ordene emita alguna opinión o emita algún dictamen bajo pena de multa para el caso de que no lo haga dentro del plazo legal; opiniones o dictámenes que pueden ser acogidos o no por el juez"⁶.

Tan cierto es lo expuesto que, todo el ordenamiento jurídico regulatorio de la actividad del Fiscal como parte en el proceso penal, se encuentra condicionado para tenerlo como una figura decorativa del juzgado al que se encontraba adscrito sin ninguna facultad que le permita intervenir como protagonista de la investigación procesal. Al respecto, veamos las siguientes disposiciones que resumen las características de la actividad del Fiscal en el sistema procesal inquisitivo, a saber:

El Fiscal se encontraba adscrito a un determinado juzgado y solamente podía intervenir en las causas penales de delitos de acción pública que se substanciaba en un respectivo juzgado, salvo que algún otro juez penal en defecto del Fiscal de su judicatura le ordene intervenir en determinada

⁶. IBIDEM, p. 13

causa, según lo previsto en los Arts. 111 y 115 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, de tal forma que el Fiscal, mientras que el Juez no lo ordene no podía intervenir como parte en dichas causas penales, lo cual se corroboraba con lo dispuesto en concordancia por el numeral 4 del Art. 221 del Código de Procedimiento Penal de 1983.

El Fiscal era un funcionario subalterno con respecto al juez, porque éste podía multarlo, según lo previsto en el Art. 237 del mencionado cuerpo legal cuando no presentaba sus dictámenes dentro del plazo legal. Las opiniones y dictámenes del Fiscal no obligaban al Juez, que podía acogerlas o desecharlas, al tenor de lo contemplado en el Art. 238 del mismo cuerpo legal.

El Fiscal carecía de facultades investigativas preprocesales y a lo sumo podía intervenir en la indagación policial, que se limitaba por regla general al interrogatorio del imputado, firmando el acta en que contenía la versión de éste, al tenor de lo contemplado en el Art. 50 y numeral 5 del Art. 54 del invocado Código Procesal de 1983. En la realidad esta función era denigrante para el Fiscal, porque firmaba la versión del imputado después que éste era torturado por el supuesto investigador policial para obtener que se auto inculpe; de tal forma que, el Fiscal con la firma de la respectiva acta legalizaba la tortura y la violación de los derechos humanos que se cometían por los supuestos investigadores de la Policía Judicial.

El Fiscal carecía de facultades investigativas procesales y a lo sumo intervenía como parte en las causas penales de acción pública, según lo previsto en el numeral 4 del Art. 112 de la Ley Orgánica de la Función Judicial y el Art. 23 del Código de Procedimiento Penal.

El Fiscal no era el titular del ejercicio de la acción penal pública y a lo sumo podía excitar al Juez para que la ejerza iniciando el respectivo proceso penal, cuando tenía noticia de la perpetración de un delito, de conformidad con los Arts. 14 y 21 del tantas veces citado Código Procesal Penal de 1983.

4. La emancipación del Ministerio Público mediante la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1997. "De forma inesperada y sorpresiva en el Registro Oficial N° 26 de fecha miércoles 19 de marzo de 1997, se publicó la Ley Orgánica del Ministerio Público dentro de un trámite anodino en el plenario de las Comisiones Legislativas del Congreso Nacional y de inmediato se siente su influjo en las caducas estructuras jurídicas del Estado, porque en esa Ley del Ministerio Público se lo concibe como un órgano del poder público, autónomo e independiente y su ejercicio les correspondía exclusivamente al Ministro Fiscal General, a los Ministros Fiscales Distritales y Agentes Fiscales, al tenor de lo previsto en los Arts. 1 y 2 de esa Ley"⁷.

⁷. IDEM, p. 15

Como se ve, el Ministerio Público se emancipó de la tutela de la Procuraduría General del Estado y aparecía como un órgano especializado del poder público para ejercer la defensa y el patrocinio de la sociedad en la lucha contra el delito y la corrupción, para lo cual se le otorgó facultades investigativas ampliamente consideradas tanto en el ámbito preprocesal como procesal, al tenor de lo estipulado en los Arts. 3, 17 y 19 de la "citada" nueva Ley.

Es de relieves que por esa Ley, el Ministerio Público, dejó de ser un simple espectador privado de toda facultad para luchar contra el delito y la corrupción y se convirtió en el órgano principal del sistema de defensa social contra el delito, dotado de amplias facultades investigativas para enfrentarlo en todo ámbito: en el de la prevención, represión y corrección.

Además de esas amplísimas facultades investigativas, esa Ley reconocía al Ministerio Público facultades de dirección y coordinación de la actividad de los demás órganos del sistema de defensa social, en su lucha contra el delito, según consta en el literal c) del Art. 3 y en el literal h) del Art. 8, lo cual le permitió convertirse en un órgano de control, coordinación y vigilancia de la actividad no sólo del sistema de defensa social, sino que por excederse sus facultades investigativas al área de prevención contra el delito, contra la actividad de los funcionarios de cualquier organismo, dependencia o institución del Estado, en relación a que se observe el orden

jurídico penal, precisamente mediante la investigación preventiva preprocesal, recabando informes y documentos relativos a las actuaciones oficiales de los funcionarios cuestionados.

5. La nueva concepción del Ministerio Público en la Constitución Política de 1998. Con esta moderna concepción del Ministerio Público, como un órgano especializado del poder público y dotado de amplias facultades investigativas para luchar contra el delito y de dirección, coordinación y vigilancia para que los demás órganos del sistema de defensa social contra el delito sean operativos y eficaces, que nos trajo la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público, no tenía reconocimiento constitucional porque en la "Carta" fundamental en su Art. 110 se mantuvo el Ministerio Público como una dependencia de la Procuraduría General del Estado, con funciones meramente representativas y sin facultad alguna para enfrentar al delito y la corrupción; era necesario llevarla a la Constitución, puesto que solamente ésta puede crear órganos del poder público "autónomos" e independientes y no una ley orgánica, cuya función es reglamentar la norma constitucional sin contravenir su espíritu o contradecirla, como ocurría en la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público que no reconocía al Procurador General del Estado como titular del ejercicio del Ministerio Público.

Ese reconocimiento constitucional se produjo en la Constitución Política dictada por la Asamblea Nacional Constituyente en el mes de junio de 1998 y que rigió hasta el 20 de octubre del 2008, con la circunstancia de que este

reconocimiento rebasaba el ámbito de la concepción del Ministerio Público que nos trajo la tantas veces referida Ley Orgánica del Ministerio Público, porque en el Art. 219 de la Constitución Política establecía las atribuciones del Ministerio Público, se le otorgaron otras y muy importantes que no constaban en dicha Ley Orgánica. Concretamente, las nuevas facultades que se le otorgaron al Ministerio Público fueron:

Para organizar y dirigir un cuerpo policial y un departamento médico legal, obviamente con el objeto de que proporcionen los medios técnicos y científicos que se requerían para la moderna investigación criminalística.

Para la vigencia del funcionamiento y ampliación del régimen penitenciario y la rehabilitación social del delincuente que ha sido declarado penalmente responsable del delito y cumplía la sentencia condenatoria que se le ha impuesto, con el propósito de obtener su reinserción social o que se reintegre a la vida en sociedad como un elemento útil y que cumpla una función social. En tal virtud, el Ministerio Público, tenía facultades de control en todo centro de rehabilitación social.

Para proteger a las víctimas, testigos y otras personas que participaron en los procesos penales, lo cual se encontraba de acuerdo con la naturaleza de la función investigativa y acusatoria del Ministerio Público en su lucha contra el delito y la corrupción y consecuentemente para cumplir esa función debió descubrir a las personas que podían aportar pruebas y

protegerlas para que los delincuentes no los atemoricen o causen daño para que no se presenten al respectivo proceso penal o se les haga víctimas de retaliaciones después de éste.

Para coordinar y dirigir la lucha contra la corrupción que se encuentra enquistada y se reproducía en todas las estructuras de las instituciones, organismos y dependencias del Estado y que precisamente por falta de un órgano especializado dotado de específicas facultades para enfrentar a la corrupción, ésta ha permanecido en la más campante impunidad desde tiempos históricos. Para cumplir con este objetivo el Ministerio Público podía exigir la colaboración de todos los órganos del sistema de defensa social contra el delito, especialmente de la policía y órganos jurisdiccionales.

6. El Ministerio Público en el Código de Procedimiento Penal del año 2000. "Como era de esperarse bajo el influjo de la Ley Orgánica del Ministerio Público del año 1997 y la Constitución Política del año 1998 que nos rige, nuestro legislador emprendió la necesaria y constructiva labor de adecuar al sistema jurídico a la nueva concepción y funciones del Ministerio Público, que por el principio de la supremacía de la Constitución quedó derogada en todo aquello que no permitía el ejercicio de las específicas facultades del Ministerio Público"⁸.

Esa beneficiosa labor de nuestro legislador principió cuando se dictó el

⁸ IBIDEM, p. 17

nuevo Código de Procedimiento Penal publicado en el Registro Oficial N° 360 del jueves 13 de enero del año 2000, que para nuestra desgracia debió entrar en vigencia dieciocho meses después de su publicación en el tal Registro, esto es, el 13 de julio del año 2001, según lo previsto en la disposición final, salvo las disposiciones que desarrollaban los principios del debido proceso reconocidos por la anterior Constitución, que comenzaron a regir desde la fecha de la publicación del Código.

7. El Ministerio Público y la investigación técnica y científica del delito previsto en el Art. 219 de la Constitución Política de 1998. "El inciso segundo de esa disposición constitucional textualmente expresaba, "para el cumplimiento de sus funciones, el Ministro Fiscal General y dirigirá un cuerpo policial especializado y un departamento médico legal".

Esa previsión constitucional no pudo ser más acertada, porque era evidente la necesidad de que el Ministerio Público cuente con un cuerpo policial especializado en la investigación técnica y científica del delito bajo sus órdenes directas, lo cual significaba que los miembros de este cuerpo debían ser nombrados por el Ministro Fiscal General y eran personas capacitadas para la investigación criminalística técnica y científica del delito, tanto en la fase preprocesal como procesal y en cualquier especialidad delictiva"⁹.

⁹. IDEM, p. 18

No se trataba, pues, de un cuerpo de gendarmes uniformados estructurado bajo la disciplina y régimen policial, de ninguna manera, sino de técnicos investigadores especializados en las diferentes áreas de la investigación científica criminalística y consecuentemente, para que este cuerpo de investigaciones pueda realizar su labor necesariamente el Ministerio Público debía contar con un instituto o centro de investigación criminalística técnica y científica dotado de los laboratorios para el estudio físico-químico de los vestigios, huellas y rastros dejados por el proceso delictivo, objeto de la investigación, especialmente para el esclarecimiento de los delitos no flagrantes mediante la identificación de las personas que lo han consumado para su detención, procesamiento y condenación. Esta es la razón por la cual la norma constitucional también se refería a la organización y dirección del departamento médico legal con el objeto de dotar al Ministerio Público de la capacidad de investigar los delitos de sangre, sean flagrantes o no flagrantes.

Gracias a la labor de ese cuerpo de investigadores no sólo que el Ministerio Público adquirió la capacidad real y concreta de esclarecer los delitos no flagrantes, sino que también adquirió la capacidad para llevar la iniciativa en cualquier etapa del proceso penal y efectivamente presentar las pruebas pertinentes que se requerían para fundamentar la acusación fiscal en el proceso penal, cualesquiera que fuere el delito materia de la acusación.

Cuando se requerían realizar capturas, detenciones, aprehensiones y allanamientos el Ministerio Público contaba con el auxilio de la Policía

Judicial que, con el respeto que se merece la institución policial, de judicial no tenía nada y peor de técnica o científica, especializada en la investigación del delito, sea o no flagrante. En todo caso, cuando intervenía en la investigación de delitos lo hacía bajo la dirección y Control del Ministerio Público.

8. Los efectos de la nueva función del Ministerio Público en el sistema de defensa social contra el delito. "Nuestro sistema de defensa social contra el delito acusa un retraso de varias décadas con respecto a las formas actuales de manifestarse el delito, porque el delincuente habitual, la delincuencia organizada nacional e internacional, el delincuente de cuello blanco que se enriquece ilícitamente en la función pública de manera progresiva desarrollan formas de consumir los delitos que les garantizan la impunidad, para lo cual emplean los más sofisticados medios técnicos que el constante desarrollo tecnológico y científico pone a su alcance para la planificación, preparación, ejecución y ocultación del delito y consecuentemente la zona negra del delito impune por no haber sido identificados sus actores y partícipes de día en día se incrementa; en tanto que nuestras formas de prevenir, controlar y reprimir el delito no se actualizan y son completamente ineficaces ante las formas tecnologizadas y empleo de elementos técnicos por los delincuentes para no ser descubiertos y permanecer impunes"¹⁰.

¹⁰. IBIDEM, pp. 19-20

La estructura de nuestro sistema de defensa social contra el delito fue diseñada para responder a las necesidades de prevenir, controlar y reprimir el delito en una sociedad de carácter rural de hace décadas, cuando no existían las grandes aglomeraciones humanas de las ciudades, ni los tugurios ni las zonas rojas ni siquiera se podían imaginar las formas actuales de manifestarse los delitos, ni los factores criminógenos que hoy se generan en el seno de nuestra sociedad, ni era posible concebir que por el desarrollo de la ciencia y de la técnica y de los medios de comunicación las sociedades del orbe se pondrían en contacto a tal punto de llegar a la globalización de la economía y al apareamiento de factores criminógenos internacionales y de organizaciones delictivas internacionales, como son los traficantes de drogas, tratantes de blancas, traficantes de armas, traficantes de órganos, traficantes de menores, etc.

La reforma institucional y la institucionalidad de la Fiscalía General del Estado dentro del marco constitucional vigente, según la constitución del 2008, la trata el Dr. César Zapata Albuja, ex-Agente Fiscal del Ministerio Público, en la Revista Judicial de LA HORA. Señala:

El Art. 194 de la actual Constitución manda: "La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo¹¹ de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa,

¹¹. Aunque no es autónomo si depende de la Función Judicial

económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal¹² General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso"¹³.

La redacción de esta norma constitucional ya referida de la actual Constitución en vigencia, en su aplicación genera las siguientes situaciones jurídicas administrativas e institucionales de esta entidad del Estado:

1. Que la Fiscalía General del Estado, denominada anteriormente como Ministerio Público, en la actual Constitución se reestructura su naturaleza jurídico-administrativa institucional como un organismo de control para transformarse en un órgano autónomo de la Función Judicial, disminuyendo su autonomía a lo administrativo, económico y financiero, pero manteniendo su unidad e indivisibilidad.

2. Al encontrarse inmersa la Fiscalía General del Estado como órgano autónomo de la Función Judicial, pierde su independencia en su relación con las demás ramas del poder público como organismo de control, en defensa de la sociedad, quedando esta facultad controladora en competencia del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; de conformidad a las normas constitucionales 207 y 208 que tratan el objeto del Consejo aludido y sus deberes y atribuciones; porque es absorbida y

¹². Repetición insulsa que debe corregirse con "la o el Fiscal

¹³. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 194:
Fiscalía General del Estado

arrastrada dentro del ámbito institucional de la Función Judicial, debiendo adecuarse a su organización y funcionamiento como organismo operador de la administración de justicia.

3. El Art. 177 de la actual Constitución determina la organización de la Función Judicial: "La Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos y órganos autónomos. La ley¹⁴ determinará su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para la adecuación de administración de justicia"¹⁵.

Disposición constitucional que guarda íntima relación con el Art. 178 de la misma Carta Magna, que determina los órganos encargados de la administración de justicia: "Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes:

1. La Corte Nacional de justicia.
2. Las cortes provinciales de justicia.
3. Los tribunales y juzgados que establezca la Ley¹⁶.
4. Los juzgados de paz.

¹⁴. Código Orgánico de la Función Judicial

¹⁵. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 177: **Organización de la Función Judicial**

¹⁶. Como los jueces/zas y tribunales de garantías penales que ha creado el Código de Procedimiento Penal

"El Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial.

"La Función Judicial tendrá como órganos auxiliares el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley.

"La Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la Función Judicial.

"La ley¹⁷ determinará la organización, el ámbito de competencia, el funcionamiento de los órganos judiciales y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia"¹⁸.

Como consecuencia jurídica institucional, de las disposiciones constitucionales ya referidas, el Fiscal General del Estado, los Fiscales distritales, Agentes Fiscales y los demás funcionarios y empleados de esta entidad, se transformaron en servidores judiciales de un órgano autónomo de la Función Judicial que es la Fiscalía General del Estado.

4. Al ser la Fiscalía General del Estado un órgano autónomo de la Función Judicial, deberá sujetarse de manera obligatoria y constitucional, al órgano de gobierno administrativo vigilancia y disciplina que el CONSEJO DE LA JUDICATURA, organismo que tiene entre sus funciones principales en el

¹⁷. Código Orgánico de la Función Judicial

¹⁸. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 178: **Órganos encargados de la administración de justicia**

numeral tres (3) del Art. 181 de la Constitución vigente, la de dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, entre los cuales estarían comprendidos los fiscales distritales, agentes fiscales, funcionarios y demás empleados de la Fiscalía General del Estado, así como su evaluación, ascenso y sanción, quedando como letra muerta la disposición constitucional del Art. 197 que garantiza la carrera fiscal: "Se reconoce y garantiza la carrera fiscal, cuyas regulaciones se determinarán en la ley"¹⁹.

La profesionalización con base en la formación continua, así como la evaluación periódica de sus servidoras y servidores²⁰ serán condiciones indispensables para la promoción y permanencia en la carrera fiscal"²¹.

Lo que significa que la Fiscalía General del Estado como órgano autónomo de la Función Judicial pierde capacidad jurídica para nombrar, designar, promover y sancionar a los fiscales distritales, agentes fiscales y demás empleados y funcionarios de esta ciudad -Quito-, cuya competencia y aplicación le corresponde por la mencionada disposición constitucional al Consejo de la Judicatura de la Función Judicial, quedando reducida la autonomía de esta institución a lo económico, , administrativo y presupuestario.

¹⁹. Código Orgánico de la Función Judicial

²⁰. Servidoras/res

²¹. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 197:
Carrera Fiscal

5. Que al absorber a la Fiscalía General del Estado y a la Defensoría Pública como órganos autónomos al ámbito de la función Judicial, tiene que necesariamente adecuarse esta nueva configuración interinstitucional, por mandato constitucional en un solo cuerpo jurídico, llámese Código Orgánico de la Función Judicial o nueva ley orgánica de la misma, acorde a esta nueva realidad institucional, estableciendo una nueva estructuración jurídico-administrativa adecuando un mecanismo de funcionamiento para que su aplicación en la administración de justicia, conservando y manteniendo la independencia en el rol de sus funciones y atribuciones que les corresponde a estos órganos autónomos de acuerdo a la Constitución Política vigente.

6. La designación de fiscal General del Estado que consta en la actual Constitución en el art. 194, debería ser de Fiscal General de la Función Judicial, por tratarse de un órgano autónomo de dicha función, de conformidad a lo establecido en las normas constitucionales 177, 178, de esta Carta Magna.

7. El Ministerio Fiscal General en la anterior Constitución y la ley Orgánica del Ministerio Público, literal "o" del Art. 8, tenía que presentar un informe anual al Congreso Nacional sobre las labores cumplidas, que era su autoridad nominadora, actualmente tiene que presentar una rendición de cuentas de sus actuaciones ante el Consejo de Participación Ciudadana y Control social, de conformidad a lo establecido en el numeral 2 del Art. 208

de la actual Constitución, Consejo que de acuerdo al numeral 11 de la misma disposición jurídica constitucional es su autoridad nominadora como Fiscal General del Estado, debiendo posesionarse de conformidad al numeral 11 del Art. 120 de la actual Constitución ante la Asamblea Nacional.

Lo que significa que las actuaciones del Ministro Fiscal no eran reguladas ni controladas por entidad o autoridad pública alguna, simplemente se enmarcaban en la Constitución de 1998, Ley Orgánica del Ministerio Público y demás reglamentos; hoy con la nueva Constitución del 2008, las actuaciones del Ministro Fiscal general se encuentran observadas y controladas por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, lo que le resta autonomía en sus atribuciones como representante legal de la Fiscalía General del Estado²².

1.1.2. FUNCIONES

La función del Fiscal es distinta de la del Juez, aun cuando se hayan unificado ambas carreras en ocasiones, como en España. A los fiscales corresponde el recuerdo y defensa de la Ley, incluso con ardor o pasión; mientras los jueces han de interpretarla con la máxima ecuanimidad.

²². Cfr. ZAPATA Albuja, César, **Reforma institucional: La institucionalidad de la Fiscalía General del Estado dentro del marco constitucional vigente**, en Revista Judicial de LA HORA del viernes 9 de enero del 2009, pp. C1 y C12

Alegan como parte aquéllos; juzgan neutrales éstos.

Interviene en la ejecución de las sentencias de los pleitos en que haya sido parte, en la calificación de los concursos de acreedores, en la calificación de la quiebra, en la rehabilitación del quebrado, en las correcciones disciplinarias en asuntos civiles, en las responsabilidades de jueces y magistrados, en los recursos de casación en interés de la Ley y en los de revisión de sentencias firmes.

En la jurisdicción voluntaria se oirá al Fiscal cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos, y siempre que se refiera a persona o cosa cuya protección y defensa compete a la autoridad. Dentro de tal jurisdicción toma parte en todas las informaciones para perpetua memoria y en las dispensas de ley.

El Código Orgánico de la Función Judicial, en el Título V trata de los órganos autónomos; en el Capítulo I de la Fiscalía General del Estado y en el Art. 281 señala la su naturaleza jurídica: "La Fiscalía General del Estado es un organismo autónomo de la Función Judicial, con autonomía económica, financiera y administrativa. Tiene su sede en la capital de la República"²³.

El Art. 25 del Código de Procedimiento Penal señala las funciones de la

²³. CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Actualizado a abril del 2009, Art. 281: **Naturaleza Jurídica**

Fiscal o el Fiscal²⁴: "Corresponde a la fiscal o el fiscal²⁵, según lo previsto en la Constitución y este Código dirigir la investigación preprocesal y procesal penal.

De hallar fundamento, acusará a los presuntos infractores ante las juezas y jueces de garantías penales y tribunales de garantías penales²⁶ competentes, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. Si hay varios agentes fiscales en la misma sección territorial, la intervención se establecerá, de acuerdo con el Reglamento lo que expedirá la Fiscalía.

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

Igualmente se dispondrá que la Policía Judicial, como cuerpo auxiliar de la Fiscalía, realice las investigaciones por separado aunque relacionando los hechos y personas en orden a determinar la peligrosidad de los presuntos infractores"²⁷.

²⁴. Siendo que con el término Fiscal se refiere tanto en masculino y femenino, por abreviación las leyes deben expresar: "la o el Fiscal"

²⁵. La nota anterior es válida para estas reiteraciones insulsas

²⁶. Deben estar creados en el Código Orgánico de la Función Judicial, para respetar la jerarquía constitucional

²⁷. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Art. 25: **Funciones de la fiscal o el fiscal**

El inciso primero antes transcrito, tiene concordancias con los Arts. 2, 8, 17 y 19 de la Ley Orgánica del Ministerio Público que, por ser para doctrina, puede ser válida, aunque consta en la Disposición derogatoria: "Se deroga la Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el R.O. n° 1 del día 11 de agosto de 1998, y toda norma contraria a esta Constitución. El resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución".

También el numeral 3 de las disposiciones reformativas y derogatorias del Código Orgánico de la Función Judicial, deroga: "3. La Ley Orgánica del Ministerio Público, publicada en el Registro Oficial 250 del 13 de abril del 2006".

Sin embargo, el Art. 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público dispone las funciones del Ministerio Público: "El Ministerio Público se ejerce por el Ministerio Fiscal General, los ministros fiscales distritales, los agentes fiscales y demás funcionarios que determine la Ley.

Son funciones del Ministerio Público la defensa y el patrimonio de la sociedad en los casos señalados por la Constitución y las leyes.

La Policía Judicial estará a órdenes del Ministerio Público para el cumplimiento de sus funciones"²⁸.

²⁸. LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO, Art. 2: **Funciones del Ministerio Público**

El Art. 17 de la Ley orgánica del Ministerio Público señala los deberes y atribuciones de los ministros fiscales distritales; y el Art. 19 los deberes y atribuciones de los agentes fiscales.

El inciso segundo del Art. 25 del Código de Procedimiento Penal, tiene concordancia con el numeral 4 del Art. 21 del mismo Código de Procedimiento Penal que señala que "Hay conexidad cuando:

- a) El hecho punible ha sido cometido por dos o más personas en concurso o cooperación entre ellas o a intervenido más de una a título de participación;
- b) Se impute a una persona la comisión de más de un hecho punible con una acción u omisión o varias acciones u omisiones, realizadas con unidad de tiempo y lugar; y
- c) Se impute a una persona la comisión de varios hechos punibles, cuando unos se han cometido con el fin de consumir u ocultar otros;
- c) Cuando la infracción se hubiera cometido en el límite de dos secciones territoriales, será competente la jueza o juez de Garantías Penales que prevenga en el conocimiento de la causa"²⁹.

El último y cuarto inciso del Art. 25 del Código de Procedimiento Penal tiene

²⁹. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Art. 21, numeral 4

concordancia con el Art. 195 de la Constitución que señala el objeto: "La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas; y cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley"³⁰.

El Código de Procedimiento Penal, en el Título III del Libro Primero trata de los sujetos procesales, en el Capítulo I La Fiscalía y en el Art. 65 las funciones: "Corresponde a la Fiscal o al Fiscal el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública.- Además la Fiscal o el Fiscal intervendrán como parte durante todas las etapas del proceso penal de acción pública.- "No tendrá participación en los juicios de acción privada.

"Es obligación de la Fiscal o el Fiscal, actuar con absoluta objetividad,

³⁰. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 195:
Objeto de la Fiscalía

extendiendo la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo del imputado"³¹.

El inciso 1º del Art. 65 tiene concordancias con lo que dispone el inciso 1º del Art. 33 del Código de Procedimiento Penal: "El ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente a la Fiscal o al Fiscal".

El 2º inciso del Art. 65 del Código de Procedimiento Penal, tiene concordancias con lo que disponen los Arts. 14 y 17 de la Ley Orgánica del Ministerio Público que tratan de las causas de remoción y de los deberes y atribuciones de los Ministros Fiscales Distritales.

El Dr. Luis Abarca Galeas en su libro LECCIONES DE PROCEDIMIENTO PENAL, en el tomo I y la Lección 1 enumera la función del Ministerio Público en la defensa social contra el delito

1. La reacción social contra el delito. "La conducta delictiva altera el orden social en una doble dimensión; por un lado tenemos el ataque a la sociedad en su conjunto, al no observar la conducta socialmente exigida por el orden penal, por ser necesaria para el progreso, desarrollo y consecución de los fines de superación material, espiritual y cultural de la sociedad; y, por otro lado, implica el desconocimiento, vulneración o menoscabo de los derechos que la sociedad reconoce al particular perjudicado como ser social y que, los garantiza y protege jurídicamente, a condición de que el

³¹. DISPOSICIONES Reformatorias, publicadas en el Suplemento del Registro Oficial N° 544 del 9 de marzo del 2009

titular a su vez respete el ordenamiento jurídico y el derecho de los demás"³².

2. **Ámbito de la reacción social frente al delito y el carácter de su regulación jurídica.** "En un Estado de derecho democrático como el nuestro, la reacción social frente al delito se encuentra regulada por el ordenamiento jurídico y se la ejerce por los órganos especializados creados para tal efecto: órganos que operan desplegando su actividad anti delictiva cumpliendo funciones específicas complementarias, a saber:

La función policial, a cargo del control de los delincuentes habituales y sujetos socialmente peligrosos, para prevenir que cometan delitos, para establecer las circunstancias en que se han producido e identificar a sus autores y partícipes, detenerlos y con el respectivo informe de la investigación ponerlos a órdenes del competente órgano jurisdiccional penal para que sean procesado penalmente;

La función del órgano jurisdiccional penal, a cargo de la investigación procesal de los delitos con el propósito de establecer jurídicamente la existencia de éstos y la autoría o participación de los procesados o la identificación procesal de éstos, juzgarlos y en caso de encontrarlos culpables, mediante la respectiva sentencia condenatoria declararlos penalmente responsables del delito objeto del proceso e imponerles la

³². ABARCA Galeas, Luis, **Lecciones de Procedimiento Penal**, Tomo 1, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2001, p. 1

pena prevista en la Ley penal transgredida; y,

La función de rehabilitación de los delincuentes, a cargo de los centros de rehabilitación social en que las personas que han sido declaradas penalmente responsables de los delitos, cumplan las penas de privación de la libertad que se les ha impuesto mediante sentencia ejecutoriada. Las medidas de rehabilitación son independientes de la pena y dependen de la individualidad biopsíquica de cada sentenciado"³³.

Como se puede inferir, estas funciones son complementarias porque persiguen el mismo propósito; defender a la sociedad contra las desastrosas consecuencias que ocasionan los delincuentes, ya sea previniendo que los delincuentes potenciales cometan delitos, deteniéndolos cuando los han cometido, investigando los delitos para identificar a los autores y partícipes, procesándolos penalmente y sentenciándolos para que no vuelvan a delinquir y sean útiles a la sociedad.

3. La reacción social frente al delito y el Derecho Penal Sustantivo.

"Partiendo de la premisa de que la reacción social frente al delito, en cualquiera de sus funciones, es una actividad exclusivamente legal, nos encontramos con que solamente puede desenvolverse o presentarse cuando se perpetran infracciones penales"³⁴.

³³. IBIDEM, p. 2

³⁴. IBIDEN, p. 3

4. La reacción social frente al delito y el Derecho Penal Adjetivo. "La reacción social frente al delito no sólo que debe presentarse exclusivamente ante las conductas ilícitas incriminadas como delictivas en la ley, sino que debe manifestarse y desarrollarse en la forma prevista en la ley, sea durante la actividad policial investigativa de los delitos para determinar las circunstancias en que se han perpetrado e identificar a sus autores y partícipes, detenerlos y ponerlos a disposición del competente órgano jurisdiccional penal para su procesamiento y condena en caso de ser culpables; o también durante la investigación procesal que desenvuelve dicho órgano para establecer la existencia jurídica penal de la infracción, la autoría o participación del procesado o los procesados, su culpabilidad, con el objeto de imponerles la pena prevista en la ley penal para el delito objeto del proceso"³⁵.

5. La reacción social frente al delito y el Derecho Penitenciario. "La función del órgano jurisdiccional penal termina cuando la sentencia que declara penalmente responsable al autor y partícipe del delito queda ejecutoriada y como consecuencia, éstos deben cumplir la pena de privación de la libertad que se les ha impuesto, en los centros de rehabilitación social que existen para tal efecto en nuestro país, porque a partir de este momento, la ejecución de la sentencia se regula por el derecho penitenciario, que además contempla los tratamientos correctivos, reeducación, y de rehabilitación a que deben ser sometidos los internos durante el lapso en

³⁵. IDEM, p. 4

que cumplen la pena, para obtener su corrección a fin de que no vuelvan a delinquir y cuando cumplan la pena se reincorporen a la sociedad sin acusar peligrosidad alguna, como personas útiles y con una función social que cumplir"³⁶.

En el Ecuador, el derecho penitenciario representado por el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social.

6. El Ministerio Público y su función dentro del sistema de defensa social contra el delito. "La sociedad jurídica y políticamente organizada en Estado de derecho democrático y soberano, en ejercicio precisamente de su soberanía crea o instituye órganos especializados a cargo de la función de enfrentar el delito en todos los ámbitos posibles: la prevención, la represión y la rehabilitación.

"La reacción social contra el delito considerada en los tres frentes de acción indicados, que la cumplen los órganos especializados instituidos para el efecto, se encuentra regulada por el ordenamiento jurídico para garantizar los derechos de la personalidad jurídica social de las personas naturales imputadas de conductas antisociales; por lo cual, en ningún momento o circunstancia estos derechos pueden ser conculcados por el sistema de defensa social contra el delito, puesto que en el caso contrario se incurre a

³⁶. IBIDEN, p. 5

su vez en la transgresión del ordenamiento jurídico"³⁷.

Entre los órganos especializados instituidos por el Estado para la defensa de la sociedad contra el delito, se encuentra la Fiscalía como una manifestación de poder público con la función específica de investigar los delitos con el objeto de identificar a sus actores y partícipes, descubrir, observar y reconocer el resultado del delito, sin testigos, huellas o rastros, los instrumentos o los objetos utilizados para cometerlos y mediante la práctica de los actos investigativos probatorios previstos en la ley procesal, introducirlos al respectivo proceso penal durante la instrucción fiscal, para que al ser apreciados por el titular del órgano jurisdiccional penal sirvan de elementos de convicción para decidir la causa; y además para intervenir como parte acusadora de los imputados y procesados en las causas penales por delitos de acción pública.

Para cumplir esta función de importancia fundamental para que el sistema de defensa social contra el delito sea realmente operativo y consecuentemente se encuentre en capacidad de reprimir a los delincuentes cualquiera que fuese su especialidad delictiva y rango social, el ordenamiento positivo al Fiscal específicas atribuciones en relación a la investigación preprocesal y procesal de los delitos, para lo cual cuenta con el apoyo de la Policía Judicial, que opera bajo su dirección y control en la

³⁷. IBIDEM, pp. 5-6

investigación de los delitos de acción penal pública, al tenor de lo previsto en el Art. 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y en los Arts. 65 y 66 del Código de Procedimiento Penal.

El Fiscal para cumplir su función en todo el territorio nacional mantiene dependencias en todos los distritos judiciales, a cargo de un Fiscal Distrital con varios fiscales; por lo cual, tienen una estructura institucional jerarquizada, según lo estipula el Art. 4 de la referida Ley Orgánica del Ministerio Público.

7. La múltiple función del Fiscal dentro del sistema de defensa social. "El Jus Puniende o derecho de la sociedad jurídica y políticamente organizada en Estado para reprimir a los delincuentes, no solamente comprende la facultad de imponer sanciones a los transgresores del orden jurídico penal, a través de una función especializada del poder público, a cargo del órgano jurisdiccional penal; porque se define y concreta en una múltiple dimensión una referente a la prevención del delito, otra a la investigación policial para descubrir a los autores y partícipes en la consumación del delito, una para perseguirlos y acusarlos ante el órgano jurisdiccional penal para que imponga la pena prevista en la ley cuando aquellos son declarados penalmente responsables del delito que se les imputa y, finalmente, un área de corrección o de reeducación y vigilancia de los delincuentes para posibilitar su reinserción social. Esta múltiple función la cumple el sistema

de defensa social"³⁸.

8. Naturaleza de las funciones de control, coordinación y vigilancia, que cumple la Fiscalía. "La naturaleza de estas funciones es doble porque además de controlar, coordinar y vigilar que los distintos órganos del sistema de defensa social cumplan su función para que este sistema realmente sea operativo y eficaz en su defensa de la sociedad contra el delito; estas funciones también desenvuelven su actividad en el área de prevención del delito o disuasiva, porque el Fiscal tiene atribuciones para la permanente verificación de que los titulares de los diferentes órganos del poder público, instituciones, organismos y dependencias, así como sus funcionarios y empleados cumplan con sus atribuciones legales y observen el ordenamiento jurídico penal en el ejercicio de las funciones para las cuales fueron nombradas por la respectiva autoridad.

9. Naturaleza de las funciones de investigar el delito y perseguir a los delincuentes que cumple la Fiscalía. "Cuando se consuma un delito cualquiera y donde quiera, interviene el Fiscal como órgano específico para canalizar y conducir la reacción social contra sus autores y partícipes, a través de todos los órganos del sistema de defensa social; para cuyo objeto se le reconoce como titular exclusivo de la acción penal pública contra los delincuentes, que la ejerce contra el órgano jurisdiccional penal

³⁸. IBIDEM, p. 7

competente, para que les imponga la sanción prevista en la ley penal; por lo cual, la naturaleza de la acción penal pública tanto por el fondo como por la forma, es de reactiva o de respuesta a la conducta vulneratoria del orden jurídico penal, que actúa como estímulo o causa para desencadenarla"³⁹.

1.1.3. ATRIBUCIONES

El Art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 195 da las atribuciones, al señalar el objeto: "La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusatorio a los presuntos infractores ante el Juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

"Para cumplir sus funciones, la fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y complicará con las demás atribuciones establecidas en la

³⁹. ABARCA Galeas, Luis, Op. cit., pp. 8-9

Ley⁴⁰.

El Art. 216 del Código de Procedimiento Penal, señala las atribuciones de la o el Fiscal: "La Fiscal o el Fiscal deberá, especialmente:

1. Recibir las denuncias presentadas por delitos de acción pública;
2. Reconocer los lugares, resultados, huellas señales, armas, objetos e instrumentos conducentes a establecer la existencia del delito e identificar a sus posibles responsables, conforme a lo dispuesto en el capítulo de la prueba material;
3. Recibir del ofendido y de las personas que hubiesen presenciado los hechos o de aquellas a quienes constare algún dato sobre el hecho o sus autores, sin juramento, las versiones que dieren. Se les advertirá de la obligación que tienen de presentarse a declarar ante la Jueza o Juez de Garantías Penales o ante el Tribunal de Garantías Penales. Estos datos se consignarán en el acta que será suscrita por las personas intervinientes;
4. Solicitar a la Jueza o Juez de Garantías Penales que con las solemnidades y formalidades previstas en el capítulo de la prueba testimonial, reciba el testimonio de quien se encuentre imposibilitado de concurrir cuando procesalmente le corresponda;
5. Impedir, por un tiempo no mayor de seis horas que las personas cuya

⁴⁰. CONSTITUCIÓN de la República del Ecuador, Art. 195:
Objeto

información sea necesaria se ausenten del lugar sin haberla proporcionado;

6. Ordenar la detención de la persona sorprendida en delito flagrante y ponerla, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a órdenes de la Jueza o Juez de Garantías Penales.

7. Solicitar a la Jueza o Juez de Garantías Penales que realice la identificación del sospechoso o del procesado, cuando el agraviado o los declarantes no conozcan el nombre y apellido de la persona a la que consideran incriminada en el delito que es objeto del proceso, pero aseguren que la reconocerían si volvieran a verla. Esta diligencia, se cumplirá en presencia del abogado de la defensa de acuerdo a las siguientes reglas:

a) La Jueza o Juez de Garantías Penales, el secretario y el agraviado, o el declarante en su caso pasarán al lugar donde se encuentre el sospechoso y, colocado éste en el puesto que hubiere escogido entre diez o más individuos, lo más análogamente vestidos, la Jueza o Juez de Garantías Penales preguntará a la persona que debe realizar la identificación, si en el grupo que tiene frente a él se encuentra el sospechoso:

b) Si el agraviado o el declarante respondiere afirmativamente, la Jueza o Juez de Garantías Penales ordenará que señale a la persona a quien se refirió en el momento de declarar; y,

c) De lo practicado en el acto de identificación se sentará el acta

correspondiente, con las firmas de la Jueza o Juez de Garantías Penales, secretario e identificante. Este mismo procedimiento de identificación se observará cuando se tratara de personas homónimas;

8. Disponer que la Policía Judicial recoja, custodie y preserve los objetos, documentos e instrumentos que puedan servir para asegurar las pruebas del delito y la identidad de sus autores; y cuide que tales señales no se alteren, borren u oculten. De ser posible y necesario, realizará u ordenará que se realice el levantamiento de un croquis del lugar donde se cometió el delito y que se obtengan fotografías, grabaciones u otras pericias criminalísticas;

9. Solicitar a la Jueza o Juez de Garantías Penales que dicte las medidas cautelares, personales y reales que la Fiscal o el Fiscal considere oportunas. Igualmente deberá pedir la revocatoria o cesación de dichas medidas, cuando estime que la investigación practicada ha permitido desvirtuar los indicios que las motivaron. En estos casos, deberá remitir a la Jueza o Juez de Garantías Penales copias certificadas de lo actuado; y,

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

La Fiscal o el Fiscal podrá delegar la práctica de las diligencias a que se refieren los numerales 2, 3 u 5 a la Policía Judicial o a investigadores

especializados bajo la dirección de ésta.

El denunciante o cualquier persona que, a criterio de la Fiscal o el Fiscal deba cooperar para el esclarecimiento de la verdad, está obligado a concurrir a la Fiscalía para la práctica del acto procesal respectivo, para cuyo fin el secretario le notificará personalmente o por una boleta dejada en la residencia del notificado.

En caso de incumplimiento, la Fiscal o el Fiscal o Tribunal de Garantías Penales pueden hacer uso de la fuerza pública"⁴¹.

El inciso primero del Art. 216 del Código de Procedimiento Penal, concuerda con los Arts. 2, 17 y 19 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que disponen las funciones del Ministerio Público, deberes y atribuciones de los Ministros Fiscales distritales y, deberes y atribuciones de los Agentes Fiscales.

El numeral 1, del Art. 216 del Código de Procedimiento Penal, concuerda con los Arts. 33 y 42 del mismo cuerpo que señalan el ejercicio de la acción penal y la denuncia.

El último inciso del Art. 216 del Código de Procedimiento Penal tiene concordancia con el Art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador que trata del objeto de la Fiscalía General del Estado.

⁴¹ . CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Art. 216:
Atribuciones de la o el Fiscal

Es de relieve que, las atribuciones del Fiscal se encuentran absolutamente especializadas para la investigación de los delitos; más aún, la especialización se encuentra íntimamente relacionada con el carácter de la fase investigativa, porque no son las mismas en la fase de la investigación procesal, porque cada una de éstas difiere sustancialmente por su objeto. Efectivamente la primera persigue la identificación de los presuntos autores y partícipes en la consumación del delito materia de la investigación; en tanto que, la segunda tiene por objeto la prueba de la existencia de la infracción y la determinación de la responsabilidad penal de los autores y partícipes y como consecuencia imponerles la respectiva pena.

El Art. 17 de la Ley Orgánica del Ministerio Público trata de los deberes y atribuciones de los Ministros Fiscales distritales: "Son deberes y atribuciones de los ministros fiscales distritales:

- a) Supervigilar la conducción de las indagaciones previas y la investigación procesal penal, que realicen los agentes fiscales de su distrito de conformidad con la ley.
- b) Informar semestralmente o cuando éste lo solicite, al Ministro Fiscal General sobre el cumplimiento de sus funciones;
- c) Intervenir como parte en las causas penales que se substancien en la Corte superior⁴² de su distrito, por infracciones que deben perseguirse de

⁴². Corte provincial

oficio;

d) Promover y disponer que se instaure en los juzgados respectivos la acción penal por infracciones pesquisables de oficio;

d) Ordenar que las víctimas, testigos, o cualquiera de los intervinientes en la investigación preprocesal o procesal, cuya vida o regularidad personal se halle en peligro, ingresen de modo inmediato al Programa de Protección de acuerdo con el reglamento respectivo; y,

e) Los demás deberes y atribuciones que les correspondan de conformidad con la ley y sus reglamentos"⁴³.

El Art. 19 de la Ley Orgánica del Ministerio Público señala los deberes y atribuciones de los Agentes Fiscales: "Corresponde a los agentes fiscales los siguientes deberes y atribuciones:

a) Conducir las indagaciones previas y la investigación procesal con el apoyo de la Policía Judicial;

b) Investigar por delegación del Ministro Fiscal de Distrito, las quejas que formulen los particulares contra los agentes de la Policía Judicial;

c) Cumplir las comisiones que le encomendare el Ministro General⁴⁴ y los ministros fiscales del distrito;

d) Informar trimestralmente al Ministro Fiscal del Distrito, sobre el cumplimiento de sus funciones;

⁴³. Art. 11 de la Ley 2000-19, Promulgada en el Registro Oficial N° 100 del 16 de junio del 2000

⁴⁴. Fiscal General

- e) Ejercer los demás deberes y atribuciones determinados por la ley y los reglamentos;
- f) Intervenir como parte de los juicios que por infracciones de acción pública se substancien en la judicatura que se les asigne;
- g) Excitar la acción penal por infracciones pesquisables de oficio en los juzgados de lo Penal, de Tránsito y Fiscal del distrito al que pertenecen; y,
- h) Intervenir de acuerdo con la ley en las investigaciones de tráfico ilegal de estupefacientes"⁴⁵.

1.2. EL DELITO FLAGRANTE

1.2.1. ANTECEDENTES

El delincuente sorprendido en delito flagrante, in flagranti, en flagrante o en fragante (porque de todas esas maneras podía decirse y, además, "in fraganti", locución latina) pudo ser detenido por cualquier persona. Para la autoridad y sus agentes constituyó deber detenerlo y, la omisión de su cumplimiento podía constituirse delito.

El Diccionario Explicativo del Derecho Penal ecuatoriano del Dr. Aníbal Guzmán Lara tiene un antecedente del delito flagrante: "Es el que se comete públicamente y por lo mismo con la presencia de testigos. El delito quedaba a la vista ya en su realización, ya en el resultado. Lo flagrante era, por lo mismo lo comprobable al momento, lo que era evidente por público y

⁴⁵. LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO, Art. 19: **Deberes y atribuciones de los agentes fiscales**

notorio; se sabía a punto fijo cual era la persona que cometió la infracción y cuál era ésta"⁴⁶.

El delito flagrante estaba de manifiesto desde el primer momento. Esto no significaba que en todo delito de esta condición no haya lugar a justificarse procesalmente la responsabilidad, ya porque nadie podía ser condenado sin procesamiento previo, ya también porque podían haber causas eximentes de responsabilidad que liberen al agente de las consecuencias del hecho cometido. Esto nos lleva a indicar que sólo podía estar a la vista la acción u omisión; la responsabilidad debía en todo caso establecerse.

Podían también existir otras circunstancias que aminoraban la responsabilidad como la pena, como excusante o, por el contrario que la agravaban. ¿Había mayor responsabilidad en este delito?. La contestación era positiva al pensar que al agente no le importó la presencia de otras personas, ni la posibilidad de la represión, ni la prueba que iba a producirse en su contra: el ejecutor era un desalmado o desaprensivo.

Había que hacer una distinción. Si se aprovechaba de un tumulto o conmoción popular, había agravación; más gravedad aún si tal conmoción tenía como base una desgracia pública⁴⁷. Si se trataba de un delito

⁴⁶. GUZMÁN Lara, Aníbal, **Diccionario Explicativo del Derecho Penal Ecuatoriano**, Jurisprudencia de la Corte Suprema, Tomo I, 1977, pp. 207-208

⁴⁷. Art. 30 n° 2, del Código Penal anterior al 1977, con referencia a los Arts. 388 a 396 y 134 del Código Penal

impulsivo, generalmente pasional, no había la mayor peligrosidad porque lo que impulsó al autor fue la vehemencia, la pasión incontrolada, inversamente había mayor peligrosidad cuando se ejecutaba el acto delictivo buscando de propósito la noche o el despoblado, pues, que dentro de esas circunstancias se pretendía asegurar más el éxito del delito; no había la posibilidad de que alguien interfiriera, ayude a la víctima, le preste auxilio; también se aseguraba el autor de la impunidad⁴⁸.

Lo flagrante no se constituía por aprovechar del conglomerado, como en los casos de hurto tan frecuentes. Se constituía por hacerlo a la vista. A esta se encuentran delito y delincuente. Concordancias; se eximía de responsabilidad:

- a) Para el cónyuge ofendido el hecho aun de matar a su marido o mujer al sorprenderlo en flagrante adulterio, es decir, efectuando la cópula carnal.
- b) Herir o lesionar al reo de hurto o robo cuando se le sorprendía en flagrante o con las cosas hurtadas o robadas.

El robo se iniciaba desde que se empleaba la fuerza sobre las cosas o violencia en las personas, por ejemplo desde que el hombre realizaba la labor de perforar una pared, rompiendo una cerradura, amordazando a una persona, etc.

Tampoco había responsabilidad en el que defendía a una persona atacada

⁴⁸. Art. 30 n° 4, del Código Penal, con referencias a los Arts. 592, 596, 599, 601 del mismo Código

ilegítimamente. No se creía que había agresión legítima, significaba que no hubo provocación del atacado sino necesidad racional de defensa. Suponían por desigualdad en el medio empleado. Nuestra Ley penal de 1977 aún permitía esta defensa cuando mediaba provocación del atacado⁴⁹.

Había una causa excusante cuando la infracción se cometía al sorprender en acto sexual ilegítimo a su hija, nieta o hermana (no restringía al hecho ser ella mayor de edad). El acto dañoso podía recaer ya en la mujer, ya en el hombre que yacía con ella. Dentro del procedimiento penal habían disposiciones que se referían al delito inflagranti.

Flagrancia, según el Diccionario de Derecho Penal, "era lo que se cometía en el instante del hecho. El delito flagrante era el que se descubría en el momento de su comisión, presente el autor del mismo. El delito así descubierto tuvo testigos"⁵⁰. Carrara dividió a los delitos en flagrantes y no flagrantes, según se hayan o no descubiertos en el momento de su perpetración.

El Dr. Efraín Torres Chávez en sus BREVES COMENTARIOS AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DEL ECUADOR Y PRACTICA PENAL, en el comentario al Art. 175 de 1977 decía que "allí tenemos una definición de

⁴⁹. Art. 21 del Código Penal de 1977

⁵⁰. EZAINE Chávez, Amado, **Diccionario de Derecho Penal**, 5^a ed. de 1975, p. 103

delito flagrante que era el cometido en presencia de una o más personas. Además, se establecía una alternativa, con la conjunción o cuando se lo descubría inmediatamente después de su comisión. Desde luego para que el supuesto, había condiciones: aprehenderlo con armas, instrumentos o documentos relativos al delito recién cometidos. De no haber esta exigencia, cualquier interesado, al grito de delito flagrante, conseguía una detención, asegurando que le consta su comisión minutos o segundos antes"⁵¹.

En la realidad de las cosas, era lugar común decir que nadie llamaba a testigos para cometer un delito o que alguien recurría al Notario para que dé fe sobre su comisión. Por lo mismo, la cosa literal del Art. 175 no era muy cierta, porque de lo que se trataba, realmente era de una casualidad o rara oportunidad de la presencia de una o muchas personas, en el momento mismo de la realización de un delito.

En definitiva, los delitos flagrantes, fueron los menos numerosos de todos. Era natural, que tenían muy fácil prueba, justamente, por su misma condición de flagrancia. Ahora bien, si el autor estaba armado, el momento de su detención, era obvio que dicha arma era comisada por la Policía, si fuere del caso y simplemente arranchada o quitada por las personas que intervenían en su aprehensión.

⁵¹. TORRES Chávez, Efraín, **Breves Comentarios al Código de Procedimiento Penal del Ecuador de 1983 y Práctica penal**, 1997, pp. 237-238

1.2.2. CONCEPTO

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, delito flagrante es "aquel en que el delincuente es sorprendido mientras lo está cometiendo; cuando es perseguido y detenido sin solución de continuidad con respecto a la ejecución, tentativa o frustración; y cuando es aprehendido en circunstancias tales, o con objetos, que constituyen indicios vehementes de la comisión del delito y de la participación del sospechoso; por ejemplo, quien posee los efectos robados y no da descargo de su posesión o quien aparece con lesiones o manchas de sangre junto a alguien matado o se sabe que estuvo en contacto con él hasta la última hora de la víctima. La evidencia de las pruebas se traduce a veces en simplificaciones procesales, que abrevian el fallo"⁵².

El delincuente sorprendido en delito flagrante, en flagrante, en fragrante o en fragante (porque de todas esas maneras puede decirse y, además, "in fraganti", locución latina) podía ser detenido por cualquier persona. Para la autoridad y sus agentes constituía deber detenerlo y, la omisión de su cumplimiento podía constituir delito.

En concepto legal, "la notoriedad cuando menos relativa de los hechos y la inequívoca individualización del procesable, que no es sinónimo de su

⁵².CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**, Tomo III, p. 67

identificación personal exacta, por ocultaciones o deformaciones documentales o físicas, conducen a tornar somero el sumario y a que resulte recomendable por demás el expedito juzgamiento de quien aparece como culpable de manera casi evidente"⁵³.

El Código de Procedimiento Penal, promulgado el 13 de enero del 2000, en el Art. 162, definía el delito Flagrante: "Es delito flagrante el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su comisión, si el autor es aprehendido con armas, instrumentos, huellas o documentos relativos al delito recién cometido"⁵⁴.

La Ley sin número, promulgada en el Suplemento del Registro Oficial N° 555 del 24 de marzo del 2009, en su Art. 37, disponía que sustituyese el Art. 162 con el siguiente:

El Art. 162 del Código de Procedimiento Penal, da el concepto de delito flagrante: "Es delito flagrante el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que haya existido una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la

⁵³. CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**, Tomo III, p. 67

⁵⁴. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Actualizado a septiembre del 2004, Art. 162: **Delito flagrante**

detención, así como que se le haya encontrado con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos al delito recién cometido.- No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de 24 horas entre la comisión del delito y la detención"⁵⁵.

Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual define al delito flagrante como "Aquel en que el delincuente es sorprendido mientras lo está cometiendo; cuando es perseguido y detenido sin solución de continuidad con respecto a la ejecución, tentativa o frustración; y cuando es aprehendido en circunstancias tales, o con objetos, que constituyen indicios vehementes de la comisión del delito y de la participación del sospechoso; por ejemplo, quien posee los defectos robados y no da descargo de su posesión o quien aparece con lesiones o manchas de sangre junto a alguien matado o se sabe que estuvo en contacto con él hasta la última hora de la víctima. La evidencia de las pruebas se traduce a veces en simplificaciones procesales, que abrevian el fallo"⁵⁶.

El Art. 161 del Código de Procedimiento Penal determina sobre la detención por delito flagrante: "Los Agentes de la Policía Nacional, de la Policía Judicial, o cualquier persona pueden detener, como medida cautelar, a quien sea sorprendido en delito flagrante de acción pública. En

⁵⁵. CÓDIGO de Procedimiento Penal, Art. 162: **Delito flagrante**

⁵⁶. CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**, Tomo III, pp. 67 y ss.

este último caso, la persona que realiza la detención deberá inmediatamente entregar al detenido a un miembro policial.

El policía que haya privado de libertad o recibido a una persona sorprendida en delito flagrante, comparecerá de inmediato con el detenido ante el Juez de Garantías. El Fiscal, con la presencia del defensor público, podrá proceder previamente conforme lo determina el Art. 216 de este Código, luego de lo cual el Agente de la Policía elaborará el parte correspondiente, quien además comunicará a éste sobre el hecho de la detención.

Dentro de las veinticuatro horas desde el momento en que ocurrió la detención flagrante, el Fiscal solicitará al Juez de Garantías Penales que convoque a audiencia oral en la que realizará o no la imputación, y solicitará la medida cautelar que considere procedente, cuando el caso lo amerite⁵⁷.

El Art. 216, invocado en el inciso segundo del Art. 161 antes transcrito, determina las atribuciones de la o el Fiscal.

El artículo innumerado (161.1) del Código de Procedimiento Penal dispone la audiencia de calificación de flagrancia: "El Juez dará inicio a la audiencia

⁵⁷. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Art. 161: **Detención por delito flagrante**

identificándose ante los concurrentes como Juez de Garantías Penales⁵⁸, señalando los derechos y garantías a que hubiere a lugar. Luego concederá la palabra al representante de la Fiscalía quién expondrá el caso, indicando las evidencias encontradas en poder del sospechoso, y fundamentando la imputación que justifica al inicio de la instrucción fiscal, de conformidad con los requisitos establecidos en el Art. 217 de este Código. El Fiscal solicitará las medidas cautelares que estime necesarias para la investigación y señalará un plazo máximo de hasta treinta días para concluir la instrucción fiscal. Acto seguido el Juez de Garantías Penales⁵⁹, concederá la palabra si la estimare necesaria, a fin de que relate las circunstancias de la detención. Luego escuchará al detenido para que exponga sus argumentos de defensa, quien lo hará directamente o a través de su abogado defensor. La intervención del detenido no excluye la de su defensor.

"El Juez de Garantías Penales⁶⁰ concluirá la audiencia resolviendo la existencia de elementos de convicción para la exención o no de medidas cautelares. Inmediatamente, dispondrá la notificación a los sujetos procesales en el mismo acto de la audiencia. Posteriormente, el Fiscal de

⁵⁸. Que aún no es creado en el Código Orgánico de la Función Judicial

⁵⁹. Que aún no es creado en el Código Orgánico de la Función Judicial

⁶⁰. Que aún no es creado en el Código Orgánico de la Función Judicial

turno remitirá la actuación a la Fiscalía General, a fin de que continúe con la instrucción el fiscal especializado que avoque conocimiento en caso de haberla⁶¹.

El Art. 217, invocado en el inciso primero del artículo innumerado (161.1) del Código de Procedimiento Penal trata de la audiencia de formulación de cargos: "Cuando el fiscal cuente con la información necesaria y los fundamentos suficientes para deducir una imputación, enviará a la sala de sorteos la petición al juez de garantías penales, a fin de que señale día y hora para la audiencia de formulación de cargos, acto en el que solicitará de estimar pertinente, las medidas cautelares personales y reales.

"El Juez de Garantías Penales que conozca el caso, dentro de las veinticuatro horas subsiguientes, señalará día y hora para la audiencia solicitada, la que deberá realizarse dentro de cinco días a partir de dicho señalamiento, indicando en la notificación a los sujetos procesales a que de no concurrir a la misma, se contará con el defensor público.

"El Juez de Garantías Penales dará inicio a la audiencia, identificándose ante los concurrentes como juez de garantías; luego concederá la palabra al fiscal, quien en su exposición, y luego de identificarse, deberá consignar en su pronunciamiento lo siguiente:

⁶¹. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Art... (161.1)

1. La descripción del hecho presuntamente punible;
2. Los datos personales del investigado; y,
3. Los elementos y resultado de la indagación que le sirven como fundamento jurídico para formular la imputación.

"El Fiscal solicitará al Juez de Garantías Penales que notifique con el inicio de la instrucción a los sujetos procesales; y señalará además el plazo dentro del cual concluirá la etapa de instrucción fiscal, la que en todo caso, no excederá de noventa días con la excepción prevista en el Art. 221.

"La resolución de la instrucción fiscal, con todos los datos consignados en la audiencia y la notificación respectiva, quedará registrado en el extracto de la audiencia, elaborado por el secretario de la judicatura y suscrito por él, bajo su responsabilidad.

"En esta audiencia, si el ofendido considera pertinente, solicitará fundamentadamente al fiscal la conversión de la acción, y el procesado podrá solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, así como cualquiera de los derechos y garantías de que se crea asistido, en la forma y términos previstos en la Constitución y este Código.

"No impedirá la realización de la audiencia, el desconocimiento, respecto del lugar o domicilio en que deba notificarse a la persona o personas contra quienes se vaya a formular la imputación; y en todo caso la audiencia se

desarrollará con la intervención del defensor público, para garantizar el derecho a la defensa"⁶².

El Art. 221, invocado en el inciso 7º trata de la formulación de procesado: "En cuanto aparezcan en el proceso datos que hagan presumir la autoría o participación de una persona en el hecho objeto de la instrucción, el fiscal formulará la imputación observando el procedimiento y requisitos señalados en el Art. 217 de este Código.

"En estos casos, la etapa de instrucción se mantendrá abierta por un plazo máximo de hasta treinta días adicionales, contados a partir de la notificación con esa resolución al nuevo procesado o al defensor público designado por el Juez de Garantías Penales"⁶³.

1.2.3. CARACTERÍSTICAS

El delito flagrante tiene enjuiciamiento abreviado, porque son objeto de un procedimiento de urgencia los delitos flagrantes castigados con penas no superiores a las de presidio o prisión mayores, cualquiera sea la que pueda corresponder al presunto reo por razón de sus antecedentes penales; además, los delitos con esa penalidad máxima, con la de multa o con la de privación del permiso de conducir, siempre que para su persecución no sea

⁶². CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Art. 217: **Audiencia de formulación de cargos**

⁶³. Por el Art. 55 de la Ley sin número, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 555 del 24 de marzo del 2009, se substituyó el tenor del Art. 221 con el transcrito

necesaria querella.

"Cuando un particular intente querellarse por delito flagrante puede acudir al Juez de instrucción o al fiscal más próximo, o a cualquier funcionario de policía, para que practique las primeras diligencias, a fin de dejar constancia de los hechos y proceder a la detención del autor"⁶⁴.

La tramitación de estas causas, en que no se permite promover cuestiones de competencia en la forma habitual, tendrá carácter preferente. Cuantos intervengan en ellas, procurarán abreviarlas con su actividad procesal. Como normas características del procedimiento cabe señalar las que siguen:

1ª.El Juez o Tribunal practicará directamente las diligencias, aun cuando deba dirigirse a quienes no sean subordinados o superiores inmediatos.

2ª.Los despachos se expedirán por los medios más rápidos.

3ª.Cuando los citados no se encuentren o sean desconocidos en cuanto al domicilio, se recurrirá al medio más expedito de comunicación supletoria, incluidas la radio y televisión.

4ª.La requisitoria se fijará en forma de edicto en el local del tribunal.

5ª.Las fianzas que se exijan por responsabilidad pecuniaria y costas pueden constituirse incluso por depósito en metálico en el mismo juzgado o por garantía bancaria.

6ª.De todo escrito o documento que se presente en la causa se

⁶⁴. LEY de **Enjuiciamiento Criminal** de España, Art. 273

acompañarán tantas copias literales, manuscritas, mecanografiadas, fotográficas o impresas cuanto sean las demás partes y el fiscal; la omisión originará el libramiento por el secretario a cargo del omitente.

7ª. Cabe formar piezas separadas para juzgar de los delitos conexos.

8ª. Se llevará un libro especial en los juzgados para estas causas.

De conformidad con los criterios del Dr. Santiago Trujillo Castillo, Fiscal de Pichincha, autor del Procedimiento en el delito flagrante, en la Revista Judicial que entrega LA HOYA del martes 21 de julio del 2009 (p.C1), cuando una persona ha cometido un delito flagrante y es aprehendida ese momento y encontrándole en su poder algunas evidencias que no puede justificar su posesión e inmediatamente el Policía aprehensor concurre a la Policía Judicial, donde toma contacto con el Fiscal de turno e indicándoles los hechos de la aprehensión, quien solicitará la Juez de Garantías Penales⁶⁵ de turno se realice la audiencia de calificación de flagrancia dentro de las 24 horas, una vez instalada dicha Audiencia el Fiscal de turno expondrá los hechos relevantes del ilícito cometido y de las evidencias encontradas en su poder, quien iniciará instrucción fiscal por el delito cometido; y si este delito supera una sanción con una pena mayor a un año solicitará al Juez que se sirva dictar las medidas cautelares como la prisión preventiva, dicha instrucción fiscal durará máximo hasta treinta días para concluir dicha instrucción fiscal.

⁶⁵. Autoridad que aún no ha creado el Código Orgánico de la Función Judicial

El Juez de Garantías Penales concluirá la audiencia resolviendo la existencia de elementos de convicción para la exención o no de medidas cautelares. Inmediatamente, dispondrá la notificación a los sujetos procesales en el mismo acto de la audiencia. Posteriormente, el Fiscal de turno, remitirá todo lo actuado a la Secretaría de cada Unidad especializada, a fin de que otro Fiscal de dicha Unidad avoque conocimiento y continúe con la Instrucción Fiscal.

Una vez que el Fiscal ha realizado toda la investigación penal en el tiempo de 30 días solicitará al Juez de Garantías Penales que señale día y hora para que se lleve a efecto la audiencia preparatoria a juicio, donde el fiscal emitirá el dictamen acusatorio en forma oral.

Se debe hacer conocer a la ciudadanía que la Fiscalía trabaja las 24 horas, es decir se realiza turnos de 07h00 a 12h00, 12h00 a 18h00 a 24h00 todos los días en la Unidad de Flagrantes de la Fiscalía de Pichincha ubicada en la Planta baja de la Policía Judicial de Pichincha, ubicada en las calles Roca y Juan León Mera de esta ciudad de Quito.

CAPÍTULO II

EL DEBIDO PROCESO

CAPITULO II

EL DEBIDO PROCESO

La Ley sin número de las Reformas al Código de Procedimiento Penal, en el Art. 1, dispone: Luego del Art. 5 del Código de Procedimiento Penal, agréguese el siguiente artículo innumerado⁶⁶.

El Art. innumerado (5.1) del Código de Procedimiento Penal dispone la aplicación del debido proceso: "Se aplicarán las normas que garanticen el debido proceso en todas las etapas o fases hasta la culminación del trámite; y se respetarán los principios de presunción de inocencia, inmediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos"⁶⁷.

2.1. GARANTÍAS

El artículo innumerado (5.1), transcrito en el apartado anterior, tiene concordancia con el Art. 76 de la Constitución, porque allí se declaran las garantías básicas al derecho al debido proceso: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

⁶⁶. LEY s/n, Publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 555 del 24 de marzo del 2009, Sección II, Documento 2, p. 1

⁶⁷. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Art...)5.1): **Debido Proceso**

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un Juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.
4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.
5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.
6. La Ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.
7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
 - a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
- d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
- e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.
- f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor e intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.
- g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
- h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
- i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.
- j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
- k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente.

Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su explicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se dedica sobre sus derechos"⁶⁸.

El numeral 1, antes transcrito, tiene concordancia con el Art. 4 del Código Penal, que trata de la interpretación extensiva. El Juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la Ley. En los casos de duda se la interpretará en el sentido más favorable al reo"⁶⁹.

El numeral 1 del Art. 76 de la Constitución, también tiene concordancias con los arts. 3, 15, 19 del Código de Procedimiento Penal, porque en el Art. 3 trata del juez natural; en el Art. 15 la interpretación restrictiva y el Art. 19 la legalidad.

El Art. 15 no recoge la disposición general octava de la Ley Reformatoria al

⁶⁸. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 76: **Garantías básicas del derecho al debido proceso**

⁶⁹. CÓDIGO PENAL, Art. 4: **Interpretación extensiva e indubio pro reo**

Código de Procedimiento Penal⁷⁰, dispone: "En los artículos -15- a continuación de la frase Constitución Política de la República, agréguese la siguiente frase: "Los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos"; sin embargo, el presente artículo no contiene el texto en mención.

Asimismo el numeral 1 del Art. 76 de la Constitución concuerda con el Art. 2 del Código de Procedimiento Civil, que trata de la independencia de la administración de justicia y sus titulares: "El poder de administrar justicia es independiente; no puede ejercerse sino por las personas designadas de acuerdo con la ley"⁷¹.

El numeral 2 del Art. 76 de la Constitución, concuerda con el Art. 269 del Código de Procedimiento Civil que da la definición de sentencia. Pero también concuerda con los Arts. 1 y 4 del Código de Procedimiento Penal, ya que allí se dispone el juicio previo y la presunción de inocencia.

El numeral 3 del Art. 76 de la Constitución, que estoy analizando, concuerda con el Art. 2 del Código Penal que exige la tipicidad y vigencia de Ley posterior. Asimismo, concuerda con el Art. 2 del Código de Procedimiento Penal que exige la legalidad.

El numeral 4 del Art. 76 de la Constitución, concuerda con lo que disponen

⁷⁰. Ley sin número, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 555 del 24 de marzo del 2009

⁷¹. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Art. 2: **Independencia de la administración de justicia y sus titulares**

los Arts. 115 a 121 del Código de Procedimiento Civil que, sucesivamente tratan de la valoración de la prueba, la pertinencia de la prueba, oportunidad de la prueba, potestad de jueces para ordenar pruebas de oficio a excepción de la prueba de testigos, práctica de la prueba previa notificación a la parte contraria, publicidad de la prueba y medios de prueba; además con el Art. 410 que trata de la facultad para pedir pruebas.

El numeral 5 del Art. 76 de la Constitución, concuerda con lo que manda el numeral 5 del Art. 11: "En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia".

También concuerda con las disposiciones de los Arts. 4, 9, 15 y 24 del Código Penal, que tratan la interpretación extensiva e indubio pro reo, el principio de especialidad, la causa de inculpabilidad: caso fortuito y causa de justificación: estado de necesidad. Asimismo, concuerda con lo que trata el Art. 5 del Código Civil: promulgación de la ley.

El literal a) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución, concuerda con lo que manda el Art. 75 de la misma Carta Magna que da el derecho al acceso gratuito a la justicia. Pero además, concuerda con lo que disponen los artículos 11 y 14 del Código de Procedimiento Penal que exigen la inviolabilidad de la defensa y la igualdad de derechos.

El literal b) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución, concuerda con lo

que dispone el Art. 410 del Código de Procedimiento Civil sobre la facultad para pedir pruebas.

El literal c) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución, concuerda con lo que dispone el inciso segundo del Art. 11 de del Código de Procedimiento Penal que determina la inviolabilidad de la defensa: "El procesado tiene derecho a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas".

El literal d) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución, tiene concordancia con lo que manda el numeral 5 del Art. 168 de la misma: "En todas sus etapas, los jueces y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley". También hay concordancias con los artículos 9 y 10 del Código de Procedimiento Penal que exigen las notificaciones y el impulso oficial. Asimismo hay concordancias con los Arts. 73 y 277 del Código de Procedimiento Civil que tratan de la definición de citación y notificación y la obligación de hacer leer la sentencia.

El literal e) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución, concuerda con los Arts. 12 y 71 del Código de Procedimiento Penal que exigen la información de los derechos del procesado y la necesidad del defensor.

El literal f) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución, concuerda con lo que dispone el Art. 13 del Código de Procedimiento Penal que exige el

traductor. También concuerda con lo que disponen los Arts. 264 a 268 del Código de Procedimiento Civil que señalan los casos en los que se debe nombrar intérpretes, el efecto de la omisión del nombramiento de intérprete, los requisitos para ser intérprete, las normas aplicables a los intérpretes y la prohibición de excusa para el intérprete.

El literal g) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución, concuerda con lo que dispone el Art. 12 del Código de Procedimiento Penal que trata de la información de los derechos del procesado.

El literal h) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución, concuerda con lo que dispone el inciso segundo del Art. 11 del Código de Procedimiento Penal: "El procesado 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".

El literal i) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución, concuerda con lo que manda el Art. 171 del mismo cuerpo constitucional y que trata de la justicia indígena. Con los Arts. 5 y 41 del Código de Procedimiento Penal que exigen único proceso y los efectos de cosa juzgada. También con lo que dispone el Art. 297 del Código de Procedimiento Civil de los efectos de la sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada.

El literal j) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución, concuerda con las

disposiciones de los Arts. 210, 213, 216, 217, 220, 250 y 256 del Código de Procedimiento Civil que tratan de los testigos no idóneos por falta de conocimiento, testigos no idóneos por falta de probidad, testigos no idóneos por falta de imparcialidad, casos en los que pueden ser testigos los parientes, compadres y padrinos, número de testigos permitidos, nombramiento de peritos y, los requisitos para desempeñar el cargo de perito.

El literal k) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución, concuerda con lo que mandan los Arts. 172 del mismo cuerpo constitucional sobre los principios de la función judicial y los órganos encargados de la administración de justicia y 178 por determinar los órganos encargados de la administración de justicia y en el inciso cuarto del numeral 4 de ese Art. 178: "La Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la Función Judicial".

Concuerda también con lo que disponen los Arts. 3 y 16 del Código de Procedimiento Penal que tratan del Juez natural y la exclusividad. Con lo que disponen los Arts. 1, 2 y 24 del Código de Procedimiento Civil, esto es la jurisdicción y competencia, la independencia de la administración de justicia y sus titulares y, el derecho a ser demandado ante el Juez competente.

El literal l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución, concuerda con lo que

disponen los Arts. 274 y 276 del Código de Procedimiento Civil que implican la fundamentación de la sentencia y autos, el contenido de las sentencias y autos y lo que dispone el inciso primero del 402 del mismo Código de Procedimiento Civil: "Si las partes se pusieren de acuerdo, lo harán constar en acta, y el Juez, de encontrar que el acuerdo es lícito y comprende todas las reclamaciones planteadas, lo aprobará por sentencia y declarará terminado el juicio. La sentencia deberá inscribirse, cuando fuere necesario, a fin de que sirva de título, para los efectos legales correspondientes".

Por último. el literal m) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución, concuerda con lo que disponen los Arts. 281, 282, 306, 320, 323 y 369 del Código de Procedimiento Civil que tratan de la irrevocabilidad de la sentencia, la aclaración y ampliación de la sentencia, la interposición de recursos, los recursos permitidos, la definición de apelación y recurso de hecho en sentencia expedida en juicio ordinario. También concuerda con lo que dispone el Art. 2 de la Codificación de la Ley de Casación que señala la procedencia.

El Art. 77 de la Constitución de la República del Ecuador, señala las Garantías en caso de privación de la libertad: "En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La juez o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.

2. Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos.

3. Toda persona, en el momento de la detención, tendrá derecho a conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio.

4. En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique.

5. Si la persona detenida fuera extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular de su país.

6. Nadie podrá ser incomunicado.

7. El derecho de toda persona a la defensa incluye:

a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento.

b) Acogerse al silencio.

c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

8. Nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de las víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente.

9. Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos

sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedarán sin efecto.

10. Sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, la persona detenida recobrará inmediatamente su libertad, aun cuando estuviera pendiente cualquier consulta o recurso.

11. La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada.

12. Las personas declaradas culpables y sancionadas con penas de privación de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en centros de rehabilitación social. Ninguna persona condenada por delitos comunes cumplirá la pena fuera de los centros de rehabilitación social del Estado, salvo los casos de penas alternativas y de libertad condicionada, de acuerdo con la ley.

13. Para las adolescentes y los adolescentes infractores regirá un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida. El Estado determinará mediante ley sanciones privativas y no privativas de libertad. La privación de la libertad será establecida como último recurso, por el período mínimo necesario, y se llevará a cabo en establecimientos

diferentes a los de personas adultas.

14. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre.

Quien haya detenido a una persona con violación de estas normas será sancionado. La ley establecerá sanciones penales y administrativas por la detención arbitraria que se produzca en uso excesivo de la fuerza policial, en aplicación o interpretación abusiva de contravenciones u otras normas, o por motivos discriminatorios.

Para los arrestos disciplinarios de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, se aplicará lo dispuesto en la ley⁷².

El numeral 1 del art. 77 de la Constitución, concuerda con los Arts. 1, 161 y 162 del Código de Procedimiento Penal, porque en ellos se trata del juicio previo, detención por delito flagrante y delito flagrante.

2.2. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Uno de los requisitos para que se reconozca a un Estado como de Derecho es la existencia de la Constitución Política. Esta tiene entre sus funciones

⁷². CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 77: **Garantías en caso de privación de la libertad**

fundamentales, delimitar los aspectos organizacionales y dogmáticos que rigen la vida del Estado.

Uno de los aspectos dogmáticos de mayor trascendencia cualitativa es justamente el respeto al debido proceso, entendido en términos muy generales como el cumplimiento de los requisitos, garantías y elementos que permiten que en un determinado proceso, administrativo, judicial o de cualquiera otra naturaleza, desde su inicio hasta su conclusión, el ciudadano tenga, sin discrimines de ningún tipo, pleno acceso, libertad de defensa y participación, independientemente del contenido de la respectiva resolución. Es tanta la importancia del debido proceso, que del cumplimiento o no de los elementos que lo constituyen se puede definir si un determinado Estado vive o no en términos reales un régimen de Derecho.

Ha existido desde el punto de vista de la doctrina, cierto debate en cuanto a cuál es la naturaleza jurídica del debido proceso. Algunos autores han llevado a mencionar que se trata de un principio general del derecho.

Mario Madrid Malo Garizabal, señala que "el debido proceso es el que en todo caso se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de Derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem. Como las demás potestades del Estado, la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico: sólo puede ser ejercida dentro de los

términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan en sentido positivo y negativo a los servidores públicos. Estos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista y, sólo pueden actuar apoyándose en una previa atribución de competencia. el derecho al debido proceso en el que tiene toda persona a la recta administración de justicia.

"El derecho al debido proceso es el derecho a un proceso justo: a un proceso en el cual no haya negación o quebrantamiento de lo que cada uno tenga jurídicamente atribuido o asignado. Es debido a este proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad de derecho material. Se le llama debido porque se le debe a toda persona como parte de las cosas justas y exigibles que tiene por su propia subjetividad jurídica"⁷³.

Desde la perspectiva estrictamente penal, Madrid Malo cita a Fernando Velázquez en los siguientes términos: "...el debido proceso es todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido al proceso penal, que le aseguran a lo largo del mismo una recta, pronta y cumplida administración de justicia; que le aseguran la libertad y la seguridad jurídicas, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales

⁷³ .MADRID Malo Garizabal, Mario, **Derechos fundamentales**, 2da. ed., 3R Editores, Bogotá, 1997, p. 146

conforme a derecho"⁷⁴.

Para nosotros, se trata efectivamente de un derecho fundamental, reconocido y garantizado en nuestra Constitución Política y que tiene un ámbito de aplicación que desborda el campo estrictamente penal. Por otro lado, es importante destacar que el debido proceso -que no tiene un contenido únicamente procesal penal y penal- ha sido incorporado en la legislación constitucional europea y latinoamericana. Y lo que es más, el debido proceso ha sido recogido como parte de convenios internacionales. Así, en la declaración Universal de los Derechos del Hombre, suscrita el 10 de diciembre de 1948, Art. 10: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal"⁷⁵.

Lo anotado hasta aquí con relación al debido proceso nos da una visión respecto a su contenido fundamental. Y es importante subrayar que la Constitución Política de la República del Ecuador, recoge la gran mayoría, si no todo, del contenido asignado al debido proceso a nivel de doctrina mayoritaria y de convenios internacionales. De otro lado, esto no significa

⁷⁴. MADRID Malo, Garizabal, Mario, Op. cit. p. 151

⁷⁵.DECLARACIÓN Universal de los Derechos Humanos, Art. 10, Asamblea General de la ONU, 10 de diciembre de 1948

que antes de la expedición de la actual Carta Política nos hayamos mantenido al margen de la existencia de tal concepto.

Pero existen ahora consagraciones expresas -y concordantes con diversas disposiciones de la Constitución- que no eran parte del ordenamiento constitucional anterior y, en algunos casos, además del carácter expreso constituyen innovaciones extraordinarias. En efecto, como se anotó en líneas anteriores, la Constitución asigna al debido proceso el carácter de un derecho -Art. 23 numeral 27- estructurado a base de una serie de garantías básicas que detalla el Art. 24 de la Constitución Política. En efecto, el primer inciso de este artículo dice: "Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas; sin menos cabo de otras que establezca la Constitución, los instrumentos internacionales, la ley o la jurisprudencia".

Es realmente destacable la alusión a las garantías básicas constantes en los convenios internacionales, pues, constituye una ratificación de la enorme trascendencia que provee la nueva Carta a la legislación supranacional. Se trata de una expresión o un defecto más de la nueva estructura jerárquica del ordenamiento jurídico ecuatoriano. También es importante destacar la alusión a la jurisprudencia como fuente constitutiva de garantías básicas que permitan asegurar el debido proceso.

La Constitución Política de 1997 le daba un tratamiento y una normativa específica a tan importante concepto jurídico. Primero lo enunciaba y luego

le daba un desarrollo específico. Pero, ¿cuáles fueron las innovaciones de la nueva Constitución en relación a la codificación de la Constitución anterior, publicada en el Registro Oficial N° 2 del 13 de febrero de 1997:

A. La necesidad de tipicidad legal administrativa o de otra naturaleza. Es decir, se amplía el concepto de la tipicidad a un campo más allá del penal como requisito previo para poder juzgar por un acto u omisión descrito legalmente al momento de cometerse. La justificación de esta innovación está dada por la reiterada práctica gubernamental de inventar sanciones por decretos o acuerdos ministeriales.

B. La necesidad de la observancia del trámite propio de cada procedimiento. como requisito para juzgar a una persona. El mensaje de esta innovación es también de que cualquiera que fuere la materia a juzgarse o el tipo de sanción a imponerse, es fundamental el cumplimiento del trámite propio. Es decir, ese respeto necesario no sólo debe darse en materia penal.

C. El establecimiento de penas alternativas a las de privación de la libertad.

D. El derecho que tiene toda persona, al ser detenida, además del derecho a conocer en forma clara -la anterior Constitución no hablaba de la necesidad de esa claridad, pero sí del derecho a ser informado de la causa de detención- las razones de su detención, de conocer:

a) La identidad de la autoridad que ordenó la detención;

- b) La identidad de los agentes que llevan a cabo la detención;
- c) La identidad de los responsables del respectivo interrogatorio;
- d) El derecho a ser informado de su derecho a permanecer en silencio;
- e) El derecho a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique;
- f)"Será sancionado quien haya detenido a una persona, con o sin orden escrita del juez, y no justifique haberla entregado inmediatamente a la autoridad competente"⁷⁶.

Luego, esto significa que existe un derecho del detenido a ser entregado en forma inmediata a la autoridad competente. El sentido de la palabra "entregado" es más bien de "puesto a disposición".

F. Queda prohibida la comunicación. La Constitución de 1997 decía que la incomunicación no podía exceder de 24 horas.

G. Se precisa que sólo el juez competente puede privar de la libertad. La Constitución de 1997 se refería a "autoridad competente".

H."La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con

⁷⁶.CONSTITUCIÓN Política, actualizada a noviembre de 1997, Publicada en el Registro Oficial N° 2 del 13 de febrero de 1997

reclusión. Si se excediesen esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa.

En todo caso, y sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, el detenido recobrará inmediatamente su libertad, sin perjuicio de cualquier consulta o recurso pendiente"⁷⁷.

I. Se precisa que el derecho a no ser privado del derecho de defensa se refiere a ningún estado o grado del respectivo procedimiento. La anterior Constitución Política se refería a "cualquier estado o grado del proceso". Lo cual significa que ahora no sólo se abarca el campo procesal sino también el administrativo.

J. El derecho a ser "oportuna y debidamente informada, en su lengua materna, de las acciones iniciadas en su contra"⁷⁸.

K."Las resoluciones de los poderes públicos que afectan a las personas, deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación

⁷⁷.CONSTITUCIÓN Política, actualizada a noviembre de 1997, Publicada en el Registro Oficial N° 2 del 13 de febrero de 1997

⁷⁸.CONSTITUCIÓN Política, actualizada a noviembre de 1997, Publicada en el Registro Oficial N° 2 del 13 de febrero de 1997

del recurrente"⁷⁹.

Esta disposición tiene una amplia justificación. En efecto, la práctica administrativa y judicial han puesto de manifiesto en muchos casos la carencia de una verdadera motivación en las respectivas resoluciones. En el mundo judicial el tema es especialmente dramático a nivel penal cuando se fundamentan los autos de prisión preventiva, del cual muchos jueces han abusado hasta la saciedad, pues, casi por tradición, se han limitado a decir más o menos lo siguiente: "por cuanto se han cumplido los requisitos previstos en el Art. 177 del Código de Procedimiento Penal, se dicta auto de prisión preventiva de..."⁸⁰ incumpliendo con ello la exigencia procesal penal establecida en el Código de la materia de motivar la decisión. La necesidad de fundamentar la prisión preventiva tiene gran importancia, como que a través de ella se está rompiendo la regla general y la garantía constitucional de la libertad.

A nivel de la Función Administrativa o Ejecutiva el tema también ha sido dramático, tanto que hubo la necesidad de incorporar en el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva una disposición expresa que obliga a todos los órganos e instituciones respecto de los

⁷⁹.CONSTITUCIÓN Política, actualizada a noviembre de 1997, Publicada en el Registro Oficial N° 2 del 13 de febrero de 1997

⁸⁰.Varios procesos judiciales del Distrito Judicial de Loja y de los Tribunales Penales

cuales rige el Estatuto -la Función Ejecutiva- deben motivar sus resoluciones.

L. Los testigos y los peritos están obligados a responder el interrogatorio respectivo, y las partes tendrán derecho de acceso a los documentos relacionados con el respectivo procedimiento. Esta obligatoriedad de responder, al igual que la de comparecer ante el Juez, rige según la Constitución "En cualquier clase de procedimiento". En el caso de los peritos también es novedad la precisión constitucional en cuanto a que deben comparecer ante el juez. La codificación anterior determinaba en la letra "e" del número 19 del Art. 22 el que disponía que toda persona imputada por una infracción penal tendrá derecho "a obtener que se compele a comparecer a los testigos de descargo"⁸¹.

LL."Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión".

Es realmente extraordinaria la inclusión del contenido del numeral 17 del Art. 24 de la Constitución Política. De otro lado, el carácter imparcial de esa tutela es un elemento realmente natural y obvio, pues, la imparcialidad es la esencia de la Función Judicial. La imparcialidad es un elemento que consta también como garantía del debido proceso.

⁸¹. CONSTITUCIÓN Política de 1997, Art. 22, número 19

N. Finalmente, la última diferencia que destacamos en relación al derecho al debido proceso en el marco constitucional actual, en relación a la codificación de la última es la siguiente: "El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley"⁸².

La vivencia de laborar junto a un abogado en libre ejercicio de la profesión por más de quince años a la fecha, me pone en el escenario de la realidad, para constatar que buena parte de las resoluciones judiciales no se cumplen, tal vez porque se ha establecido una cultura ciudadana en el orden de dar poca importancia a las resoluciones judiciales, a lo que se suma la falta de energía en los señores jueces, para lograr su cumplimiento. O acaso también sea el motivo la poca credibilidad en la administración de justicia.

La realidad del repetido incumplimiento de las resoluciones judiciales lo lleva al legislador a incluir este mandato de que su incumplimiento será sancionado por la Ley. Ya que se supone que el debido proceso no sólo son garantías sustantivas y procesales sino también de ejecución, de vivencia efectiva de lo resuelto. Por eso los dos conceptos, el de la tutela y el de la sanción por incumplimiento de las resoluciones judiciales se encuentran ubicada en el mismo numeral 17 del artículo 24 de la Constitución Política.

⁸². CONSTITUCIÓN Política de la República del Ecuador, Actualizada a junio de 1999, Última parte del numeral 17 del Art. 24, p. 10

El efecto jurídico del incumplimiento de alguna de las normas y mandatos de la Constitución Política sobre el debido proceso, en el Art. 22 especificada la consecuencia dice: "El Estado será civilmente responsable en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o de su detención arbitraria y, por los supuestos de violación de las normas establecidas en el Art. 24. El Estado tendrá derecho de repetición contra el juez o funcionario responsable"⁸³. Más allá de lo referido en el debido proceso, el Art. 22 actual establece un desarrollo extraordinario sobre la responsabilidad civil del Estado por error judicial.

Volviendo al debido proceso, es importante destacar que el enfoque procesal del mismo está expresado en el Art. 192 de la Constitución Política del Ecuador, que dice: "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, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades"⁸⁴.

Como ya dejé expresado en apartados anteriores, el proceso penal en la

⁸³. CONSTITUCIÓN Política de la República del Ecuador, Art. 22: **Responsabilidad civil del Estado**, p. 5

⁸⁴. CONSTITUCIÓN Política de la República del Ecuador, Art. 192: **Sistema procesal**, p. 53

legislación ecuatoriana se encuentra determinado por principios constitucionales y por la doctrina universal en el campo del enjuiciamiento penal, que determina el derecho del Estado a perseguir las conductas irregulares y el derecho de los ciudadanos para acogerse a los preceptos constitucionales de la legítima defensa.

2.2.1. GENERALIDADES

La Corte no revisará todos los fallos de la Función Judicial, vigilará que los acusados tengan el debido proceso y que no se haya violado ninguna garantía. La nueva Constitución en vigencia mantiene los derechos fundamentales como el debido proceso, específicamente en el Art. 76 que señala las garantías básicas del derecho al debido proceso.

En concordancia con los principios constitucionales, el Código de Procedimiento Penal, en el artículo innumerado (5.1.) exige la aplicación del debido proceso: "Se aplicarán las normas que garanticen el debido proceso en todas las etapas o fases hasta la culminación del trámite; y se respetarán los principios de presunción de inocencia, inmediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos"⁸⁵.

⁸⁵. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Art... (5.1): **Debido Proceso**

* **EL DEBIDO PROCESO EN MATERIA PENAL.** La Ley o enmienda Miranda es un sólido pilar en la estructuración del debido proceso penal que no puede ser tal, sino aquel en el que "se han respetado los derechos y garantías que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de una investigación o en contra de quien se ha iniciado un proceso penal para juzgar su conducta"⁸⁶.

Desde la perspectiva estrictamente penal. Madrid-Malo cita en la página 151 a Fernando Velázquez en los siguientes términos: "... El debido proceso es todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido al proceso penal, que le aseguran a lo largo del mismo una recta, pronta y cumplida administración de justicia: que le aseguran la libertad y la seguridad jurídicas, la racionalidad y la finalización de las resoluciones judiciales conforme al derecho".

Para mi, se trata efectivamente de un derecho legal, reconocido y garantizado en nuestra Constitución y que tiene un ámbito de aplicación que desborda el campo estrictamente penal. Hablar del debido proceso penal es referirme igualmente al respeto a los derechos humanos en la Administración de Justicia Penal que, como sabemos se refieren a aquellos

⁸⁶.CHIESA Aponte, Ernesto, **Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos**, Edit. Nomos, Bogotá, 1995, Tomo I, pp. 35-61

derechos fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona que, por una u otra razón, justa o injustamente entran en contacto con los sistemas de justicia penal en un país, refiriéndome a un concepto de justicia penal en sentido amplio; es decir teniendo en cuenta no solo la fase judicial-penal, sino que cubre la actividad de los órganos represivos del Estado.

En un Estado de Derecho el perseguimiento y la sanción de los delitos es responsabilidad exclusiva del Estado, que debe ser el titular del ejercicio de la acción penal, sin que se menoscabe su titularidad por la posibilidad de que la acción penal en cierto tipo de delitos pueda ser ejercida por el particular ofendido, como acontece en los denominados delitos de acción penal privada.

La disposición final del Código de Procedimiento Penal, en el inciso tercero señala que "Lo previsto en el inciso anterior no será aplicable al Cap. IV, Título IV del Libro IV y a los Arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429 y 430, que por desarrollar los principios del debido proceso reconocidos por la Constitución de la República del Ecuador.

2.3. ACTUACIONES DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

El Código Orgánico de la Función Judicial, en el Título V crea los órganos autónomos y en el Cap. I de la Fiscalía General del Estado y, en el Art. 281 señala su naturaleza jurídica: "La Fiscalía General del Estado es un organismo autónomo de la Función Judicial, con autonomía económica, financiera y administrativa, en concordancia con el Art. 194 de la Constitución de la República del Ecuador. En el Art. 284 se señalan las competencias del Fiscal General del Estado: "Compete al Fiscal General del Estado:

1. Representar judicial y extrajudicialmente a la Fiscalía General;
2. Determinar, dentro del marco de las políticas generales de la Función Judicial, las políticas institucionales y ponerlas en práctica por medio de las unidades administrativas correspondientes;
3. Expedir, mediante resolución, reglamentos internos, instructivos, circulares, manuales de organización y procedimientos y cuanto instrumento se requiere para funcionar eficientemente;
4. Dirigir la administración de los recursos financieros de la Fiscalía General del Estado;
5. Autorizar el gasto de la Fiscalía General del Estado, y asignar montos de gasto a las unidades administrativas correspondientes y a las directoras o directores regionales y provinciales, de acuerdo a lo que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública;
6. Expedir y mantener actualizado el Reglamento Orgánico Funcional respectivo:

7. Celebrar los contratos estrictamente necesarios para el funcionamiento institucional;
8. Celebrar convenios de cooperación con personas públicas o privadas, que permitan un mejor cumplimiento de las funciones asignadas por la Constitución y la Ley;
9. Elaborar la propuesta presupuestaria y la programación presupuestaria cuatrianual respectiva, conforme las políticas generales de la Función Judicial, y ponerla en conocimiento del Consejo de la Judicatura para su incorporación al presupuesto de la Función Judicial;
10. Preparar proyectos de ley o de reglamento en las materias relacionadas con el ejercicio de las funciones institucionales y presentarlas a la Asamblea Nacional o a quien ejerza la Presidencia de la República;
11. Preparar proyectos de estándares de calidad y eficiencia para los servicios institucionales prestados y ejecutarlos; de ser necesario podrá crear, modificar o suprimir, y determinar el número de Fiscales, lo que será comunicado al Consejo de la Judicatura para que realice el proceso de selección y la designación de los funcionarios requeridos;
12. Presentar a la ciudadanía, a la Asamblea Nacional y la Consejo de la Judicatura un informe anual de labores, que incluirá necesariamente una relación de las causas y procesos judiciales en los que hayan intervenido, clasificados por materias; la clase y número de solicitudes recibidas y las medidas adoptadas para su atención y trámite; y los datos estadísticos que permitan una visión clara de la gestión realizada;
13. Presentar denuncias y quejas ante la Corte Constitucional o el Consejo

de la Judicatura o cualquier otro acto violatorio de la ley o de los reglamentos por parte de las personas a cargo de los procedimientos en los que intervengan institucionalmente; y

14. Las demás que establezcan la Constitución y la Ley"⁸⁷.

El numeral 10 del artículo transcrito, tiene concordancias con lo que manda el Art. 134 en su numeral 3: "La iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde: 3. A las otras funciones del Estado en los ámbitos de su competencia", luego, no sería actuación de la Fiscalía, sino de la Función Judicial.

⁸⁷. CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Art. 284:
Competencias del Fiscal General del Estado

CAPÍTULO III

ANÁLISIS NORMATIVO COMPARATIVO SOBRE LA DETENCIÓN EN EL DELITO FLAGRANTE

CAPITULO III

ANÁLISIS NORMATIVO COMPARATIVO SOBRE LA DETENCIÓN EN EL DELITO FLAGRANTE

3.1. LEGISLACIÓN ECUATORIANA

El Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador, trata de los derechos de libertad: "Se reconoce y garantizará a las personas:

1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá penas de muerte..."

La Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 77 señala las garantías en caso de privación de la libertad y en la segunda parte del numeral uno manda: "...Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La Jueza o Juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva"⁸⁸.

El numeral 2 del mandato antes invocado ordena: "Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante..."

El numeral 3, manda: "Toda persona en el momento de la detención, tendrá

⁸⁸. CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 77:
Garantías en caso de la privación de la libertad

derecho a conocer en forma clara y en lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y de las personas responsables del respectivo interrogatorio.

"4. En el momento de la detención, la agente o el agente⁸⁹ informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado⁹⁰, o de una defensora o defensor⁹¹ público en caso de que pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique.

"5. Si la persona detenida fuera extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular de su país..."

El numeral 1 del Art. 77 de la Constitución tiene concordancia con los Arts. 1, 161 y 162 del Código de Procedimiento Penal, que respectivamente tratan del juicio previo, la detención por delito flagrante y definición de delito flagrante.

El numeral 2 del Art. 77 de la Constitución tiene concordancias con los Arts. 16, 19 y 162 del Código de Procedimiento Penal que tratan: exclusividad en

⁸⁹. La o el Agente, por no tener femenino

⁹⁰. Abogada/o

⁹¹. Defensor/a

materia penal, legalidad y definición del delito flagrante.

El numeral 3 del Art. 77 de la Constitución, tiene concordancias con los Arts. 11 y 12 del Código de Procedimiento Penal que tratan: la inviolabilidad de la defensa y la información de los derechos del imputado.

El numeral 4 del Art. 77 de la Constitución tiene concordancias con los Arts. 12 y 71 del Código de Procedimiento Penal que exigen la información de los derechos del imputado y la necesidad del defensor; pero además con lo dispuesto en el inciso 2º del Art. 166 del mismo cuerpo: "También será informada de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique. Será sancionado quien haya detenido a una persona, con o sin orden escrita del Juez, y no justifique haberla entregado inmediatamente a la autoridad competente"⁹².

El numeral 5 del Art. 77 de la Constitución, concuerda con lo que dispone el Art. 13 del Código de Procedimiento Penal, que exige traductor.

El numeral 6 del Art. 77 de la Constitución, concuerda con lo que dispone el inciso 2º del Art. 166 antes transcrito. Pero además, con el Art. 205 del Código Penal que prohíbe la incomunicación o torturas del detenido.

⁹². CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, inciso 2º del Art. 166: **Comunicación**

El Art. 51 de la Constitución de la República del Ecuador determina los derechos de las personas privadas de la libertad: "Se reconoce a las personas privadas de la libertad los siguientes derechos:

1. No ser sometidas a aislamiento como sanción disciplinaria.
2. La comunicación y visita de sus familiares y profesionales del derecho;
3. Declarar ante una autoridad judicial sobre el trato que haya recibido durante la privación de la libertad.
4. Contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar su salud integral en los centros de privación de libertad.
5. La atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas.
6. Recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de sus mujeres embarazadas y en período de lactancia, adolescentes, y las personas adultas mayores, enfermas y con discapacidad.
7. Contar con medidas de protección para las niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia"⁹³.

El Código Penal, en el Libro II, tiene el Título II que trata de los delitos contra las garantías constitucionales y la igualdad racial; en el Capítulo III de los delitos contra la libertad individual; en el Art. 180 del arresto ilegal:

⁹³. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 51: **Derechos de las personas privadas de la libertad**

"Los empleados públicos, los depositarios y los agentes de la autoridad o de la fuerza pública que, ilegal y arbitrariamente, hubieren arrestado o hecho arrestar, detenido o hecho detener a una o más personas, serán reprimidos con seis meses a dos años de prisión y multa de doce a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.- Podrán además, ser condenados a la interdicción de los derechos de ciudadanía por dos a tres años"⁹⁴.

El inciso primero del artículo transcrito tiene concordancias con el Art. 77 de la Constitución que antes transcribí; pero también tiene concordancias con los Arts. 184 y 185 del mismo Código Penal que tratan de la detención ilegal por más de diez días y por más de un mes.

Tiene concordancias con el Art. 166 del Código de Procedimiento Penal que se refiere a la comunicación; además concuerda con el Art. 142 del Código Penal de la Policía que se refiere que determina las sanciones por arresto ilegal.

El Art. 182 del Código Penal reprime la prolongación indebida de la detención de una persona: "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario que retuviere a un detenido o preso cuya libertad haya debido decretar o ejecutar; y el que prolongare indebidamente la detención

⁹⁴. CÓDIGO PENAL, Art. 180: **Arresto ilegal**

de una persona, sin ponerla a disposición del Juez competente"⁹⁵.

La disposición anterior tiene concordancias con los Arts. 164 y 165 del Código de Procedimiento Penal que tratan de la detención y el límite.

El Art. 183 del Código Penal trata de la detención ilegal: "Serán reprimidos con prisión de dos meses a dos años y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica los que, sin orden de las autoridades constituidas y fuera de los casos en que la Ley y los reglamentos permitieran u ordenaran el arresto o detención de los particulares, hubiesen arrestado o hecho arrestar, detenido o hecho detener a cualquier persona, siempre que este arresto o detención no constituya un delito más severamente reprimidos"⁹⁶.

La transcripción del artículo anterior concuerda con el Art. 77 de la Constitución de la República que señala las garantías en caso de la privación de la libertad. También concuerda con los Arts. 164 y 165 que se refieren a la detención y el límite. Pero además concuerda con lo que disponen los Arts. 184 a 186 del mismo Código Penal que se refieren a la detención ilegal por más de diez días, por más de un mes y arresto con orden falsa.

⁹⁵. CÓDIGO PENAL, Art. 182: **Prolongación indebida por la detención de una persona**

⁹⁶. CÓDIGO PENAL, Art. 183: **Detención ilegal**

El Art. 184 del Código Penal trata de la detención ilegal por más de diez días: "La prisión será de seis meses a tres años y multa de seis a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, si la detención ilegal y arbitraria hubiere durado más de diez días"⁹⁷.

La disposición anterior concuerda con el Art. 144 del Código Penal de la Policía que da las normas relativas a la detención ilegal. También tiene concordancias con los Arts. 164 y 165 del Código de Procedimiento Penal que señalan la detención y el límite.

El Art. 185 del Código Penal trata de la detención ilegal por más de un mes: "Si la detención ilegal y arbitraria hubiere durado más de un mes, el culpado será reprimido con prisión de uno a cuatro años y multa de dieciséis a cuarenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norteamérica"⁹⁸.

Este artículo tiene concordancias con el Art. 144 del Código Penal de la Policía que da las normas relativas a la detención ilegal. También tiene concordancias con los Arts. 164 y 165 del Código de Procedimiento Penal que señalan la detención y el límite.

⁹⁷. CÓDIGO PENAL, Art. 184: **Detención ilegal por más de diez días**

⁹⁸. CÓDIGO PENAL, Art. 185: **Detención ilegal por más de un mes**

El Art. 186 del Código Penal trata del arresto con orden falsa: "Se aplicará la pena de reclusión menor de tres a seis años, si el arresto hubiere sido ejecutado con una orden falsa de la autoridad pública, o con el traje o bajo el nombre de uno de sus agentes, o si la persona arrestada o detenida hubiere sido amenazada de muerte"⁹⁹.

El Código de Procedimiento Penal, en el Libro III trata de las medidas cautelares y en el numeral 12 del Art. 160 se dispone la "detención".

El Art. 161 del Código de Procedimiento Penal trata de la detención por delito flagrante: "Los agentes de la Policía Nacional, de la Policía Judicial o cualquier persona pueden detener como medida cautelar, a quien sea sorprendido en delito flagrante de acción pública. En este último caso, la persona que realizó la detención deberá inmediatamente entregar al detenido a un miembro policial.

El policía que haya privado de libertad o recibido a una persona sorprendida en delito flagrante comparecerá de inmediato con el detenido ante el Juez de Garantías. El Fiscal, con la presencia del defensor público, podrá proceder previamente conforme lo determina el Art. 216 de este Código, luego de lo cual el Agente de la Policía elaborará el parte correspondiente, quien además comunicará a éste sobre el hecho de la

⁹⁹. CÓDIGO PENAL, Art. 186: **Arresto con orden falsa**

detención.

Dentro de las veinticuatro horas desde el momento en que ocurrió la detención flagrante, el Fiscal solicitará al Juez de Garantías Penales que convoque a audiencia oral en la que realizará o no la imputación y solicitará la medida cautelar que considere procedente cuando el caso lo amerite"¹⁰⁰.

Las Reformas al Código de Procedimiento Penal, dadas en la Ley sin número y publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 555 del 24 de marzo del 2009, en el Art. 35 ordenaron sustitúyase el Art. 161 por el transcrito.

3.2. LEGISLACIÓN ARGENTINA

El delito flagrante tiene trascendencia parlamentaria, por la alarma o repulsa pública que provoca, conduce a que se derogue la inmunidad parlamentaria de diputados y senadores. Así puede comprobarse por los textos constitucionales de la Argentina y España, aun cuando con intermitencias en el primer país y con prolongación de décadas en el segundo la anormalidad institucional superior resulta incuestionable.

El Art. 61 de la Constitución de Argentina declara al respecto así: "Ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido in fraganti en la ejecución

¹⁰⁰. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Art. 161: **Detención por delito flagrante**

de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante u otra aflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho"¹⁰¹.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Argentina, entrega un concepto procesal de la detención: "La detención significa la privación judicial, gubernativa o disciplinaria de la libertad personal, como medio de contribuir a la investigación de un delito o como sanción discrecional de una falta o contravención. Cuando existe delito o apariencia justificada del mismo, la ley autoriza la detención o privación de libertad de una persona, llevada a cabo por la autoridad pública, por uno de sus agentes e incluso por un particular, esto en caso de flagrante delito"¹⁰².

La detención significa tanto la sujeción material, el echarle mano a una persona, como la permanencia de ésta en un lugar hasta que la autoridad gubernativa o judicial resuelve su libertad o procesamiento.

3.3. LEGISLACIÓN PERUANA

El Diccionario del Derecho Penal del Perú, trata de detención provisional: "Es una detención que no tiene el carácter de pena, se trata de una medida precautiva. Presupuestos para que se dicte la detención provisional o en delito flagrante:

¹⁰¹. CONSTITUCIÓN DE ARGENTINA de 1985, Art. 61

¹⁰². CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**, Tomo III, p. 223

- 1º. Que se haya cometido una infracción penal, la que se halle en vía de investigación;
- 2º. Que el delito materia de investigación, sea penado por lo menos con prisión;
- 3º. Que contra el presunto autor recaigan motivos de credulidad sobre su responsabilidad"¹⁰³.

La detención provisional, permite en los casos de duda, asegurar la concurrencia del imputado, evitando su fuga o las presuntas posteriores influencias sobre los testigos que puedan declarar en el proceso.

A tenor de lo dispuesto en el Art. 83 del Código Penal Peruano, "la detención provisional tiene por principal objeto, que el inculpado preste su declaración instructiva. La detención provisional no puede durar más de diez días, dentro de los cuales el Juez Instructor habrá de dictar la libertad o la detención definitiva del inculpado, bajo responsabilidad del Juez"¹⁰⁴.

El Art. 81 del Código Penal peruano, establece que procede la detención provisional del imputado, en los siguientes casos:

- 1º. Cuando ha sido sorprendido en el acto de la perpetración del delito, o en

¹⁰³. EZAINE Chávez, Amado, **Diccionario de Derecho Penal**, Ediciones Jurídicas Lambayecanas, Chiclayo-Perú, s/a, p. 116

¹⁰⁴. CÓDIGO PENAL PERUANO, Art. 83: **Detención por delito inflagrante**

los actos preparatorios del mismo, o huya al ser perseguido, inmediatamente por el agraviado, por la policía o por cualquier otra persona;

2º. Cuando se trata de delitos contra el patrimonio del Estado;

3º. Cuando lo solicite el Ministerio Público y a juicio del instructor y a juicio del instructor, la naturaleza del juicio lo exija;

4º. Cuando fuese reincidente, vago, careciese de domicilio o hubieran presunciones fundadas de que se trata de evadir el juzgamiento"¹⁰⁵.

3.4. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Con el precepto del Art. 61 de la Constitución de Argentina, concuerda el Art. 56 de la Constitución española de 1931, que declaraba: "Los diputados sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. La detención será comunicada inmediatamente a la Cámara o a la Diputación Permanente. Si algún juez o tribunal estimare que debe dictar auto de procesamiento contra un diputado, lo comunicará así al Congreso, exponiendo los fundamentos que considere pertinentes. Transcurridos sesenta días, a partir de la fecha en que la Cámara hubiese acusado recibo del oficio correspondiente, sin tomar acuerdo respecto del mismo, se entenderá denegado el suplicatorio. Toda detención o procesamiento de un diputado

¹⁰⁵. CÓDIGO PENAL del Perú, Art. 81

quedará sin efecto cuando así lo acuerde el Congreso, si está reunido, o la Diputación Permanente, cuando las sesiones estuvieren suspendidas o la Cámara disuelta"¹⁰⁶.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, reformada parcialmente en la cuestión de 1967, expresa que delito flagrante es el que se está cometiendo o se acaba de cometer cuando un delincuente o delincuentes son sorprendidos. Textualmente declara el legislador que "se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuere cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persigan. También se considerará delincuente infraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación en él"¹⁰⁷.

La función del Fiscal es distinta de la del Juez, aun cuando se hayan unificado ambas carreras en ocasiones, como en España.

La Ley de Enjuiciamiento Civil español le impone al Ministro fiscal el deber

¹⁰⁶. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA de 1931, Art. 56

¹⁰⁷. LEY de **Enjuiciamiento Criminal** de España de 1967, Art. 779

de velar por la puntual observancia de ese cuerpo legal: "A cuyo fin, en los pleitos y demás asuntos judiciales en que intervenga, si notare alguna falta que merezca corrección, propondrá al Juez o tribunal lo que estime procedente"¹⁰⁸.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal español, empieza por establecer, muy de acuerdo con la tendencia protectora de los derechos individuales del siglo XIX, que ningún español ni extranjero puede ser detenido sino en los casos y forma por las leyes previsto¹⁰⁹. Toda persona puede detener a otra en los casos siguientes:

- 1º. Al intentar cometer un delito y en el momento preciso de ir a cometerlo;
- 2º. Al delincuente infraganti;
- 3º. Al Recluso que se fugare de un establecimiento penal;
- 4º. Al que se fugare de una cárcel;
- 5º. Al que se fugare durante su conducción a cárcel o establecimiento penal;
- 6º. Al detenido o procesado que se fugare;
- 7º. Al procesado que esté en rebeldía"¹¹⁰.

¹⁰⁸. LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOL, 1985, Art. 457

¹⁰⁹. Art. 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal español de 1985

¹¹⁰. Art. 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal español de 1985

CAPÍTULO IV

INVESTIGACIÓN JURÍDICA DE CAMPO

CAPITULO IV
INVESTIGACIÓN JURÍDICA DE CAMPO

4.1. DIAGNOSTICO CRITERIAL SOBRE EL TEMA

PREGUNTA 1. ¿Cree Ud. que hay concordancia entre lo que manda el numeral 6 del Art. 216 del Código de Procedimiento Penal y el numeral 1 del Art. 77 de la Constitución en cuanto a la detención en delito flagrante?.

CUADRO N° 1

Hay Concordancia	Jueces		Abogados		Total	
	f	%	f	%	f	%
SI	2	3.33	8	26.67	10	30.00
NO	8	30.00	12	40.00	20	70.00
TOTAL	10	33.33	20	66.67	30	100.00

Fuente: Encuestas

Elaboración: De la Autora

Análisis e interpretación. El 70% cree que no hay concordancia entre lo que manda el numeral 6 del Art. 216 del Código de Procedimiento Penal y el numeral 1 del Art. 77 de la Constitución, porque el numeral 6, le faculta "Ordenar la detención de la persona sorprendida en delito flagrante y ponerla, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a órdenes de la Jueza o Juez de Garantías Penales. En cambio el numeral 1 del Art. 77 de la Constitución manda: "Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La Jueza o Juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva".

PREGUNTA 2. ¿Considera Ud. necesario analizar y determinar el alcance de los Arts. 216 del Código de Procedimiento Penal y el numeral 2 del Art. 77 de la Constitución?

CUADRO N° 2

Determinar el alcance	Jueces		Abogados		Total	
	f	%	f	%	f	%
SI	10	16.67	20	66.67	30	100.00
NO	-	-	-	-	-	-
TOTAL	10	16.67	20	66.67	30	100.00

Fuente: Encuestas

Elaboración: De la Autora

Interpretación y análisis. El 100% de investigados consideran necesario analizar y determinar el alcance de los Arts. 216 del Código de Procedimiento Penal y el numeral 2 del Art. 77 de la Constitución, porque allí se ordena que "Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o Juez competente..."

En estricto rigor jurídico y legal no hace falta orden proveniente ni de Fiscal ni del juez/a ni de ninguna otra autoridad, en razón de que para aprehender a una persona que hubiere sido sorprendida en delito flagrante, no se necesita orden de ninguna especie; más aún, como es bien sabido, cualquier persona, y, obviamente, el propio Fiscal, la puede aprehender sin formalidad de ninguna naturaleza, siempre y cuando, de inmediato se la

entregue a la Policía o al Fiscal o al mismo Juez Penal. De todas maneras, pueden haber situaciones en las que haga falta que el Fiscal ordene a la Policía Judicial o a un miembro de la Fuerza Pública, que detenga al que comete delito en su presencia.

PREGUNTA 3. Es de su criterio que se debe conocer las funciones generales de los Agentes Fiscales? Si () No () ¿Por qué?.....

CUADRO N° 3

Conocer las funciones de los agentes fiscales	Jueces		Abogados		Total	
	f	%	f	%	f	%
SI	7	23.33	16	53.33	23	76.67
NO	3	10	4	13.33	7	23.33
TOTAL	10	33.33	20	66.67	30	100.00

Fuente: Encuestas

Elaboración: De la Autora

Es del criterio del 76.67% que se debe conocer las funciones generales de los Agentes Fiscales; el 23.33% señalaron que no porque el Art. 25 del Código de procedimiento penal señala las funciones de la fiscal o el fiscal.

PREGUNTA N° 4.- ¿Se debe especificar qué es delito flagrante en la legislación penal ecuatoriana ecuatoriana y en otras legislaciones latinoamericanas? Si () No () ¿Por qué?.....

CUADRO N° 4

Especificar el delito flagrante	Jueces		Abogados		Total	
	f	%	f	%	f	%
SI	7	23.33	15	50.00	22	73.33
NO	3	10	5	16.67	8	26.67
TOTAL	10	33.33	20	66.67	30	100.00

Fuente: Encuestas

Elaboración: De la Autora

Según el 73.33% de encuestados se debe especificar que es delito flagrante en la legislación penal ecuatoriana, y en otras legislaciones latinoamericanas; el 26.67% señalaron que no.

PREGUNTA Nº 5.- ¿Considera oportuno analizar las características del debido proceso, sus principios fundamentales, generalidades y el rol que le compete al Ministerio Público? Si () No () ¿Para qué?.....

CUADRO Nº 5

Características del debido proceso	Jueces		Abogados		Total	
	f	%	f	%	f	%
SI	10	33.34	20	66.66	30	100.00
NO	-	-	-	-	-	-
TOTAL	10	33.34	20	66.66	30	100.00

Fuente: Encuestas

Elaboración: De la Autora

El 100% consideraron oportuno analizar las características del debido proceso, sus principios fundamentales, generalidades y el rol que le compete al Ministerio Público, para asegurar el debido proceso.

PREGUNTA Nº 6.- ¿Se debe conocer el criterio que tienen los abogados

de la provincia de Esmeraldas sobre la detención en el delito flagrante?

Si () No () ¿Por qué?

CUADRO N° 6

Conocer el criterio	Jueces		Abogados		Total	
	f	%	f	%	f	%
SI	10	33.34	20	66.66	30	100.00
NO	-	-	-	-	-	-
TOTAL	10	33.34	20	66.66	30	100.00

Fuente: Encuestas

Elaboración: De la Autora

El 100% de encuestados señalaron que se debe conocer el criterio que tienen los abogados de la provincia de Esmeraldas sobre la detención en el delito flagrante, ya que el Código Orgánico de la Función Judicial, en el art. 323 al tratar de la abogacía como función social, señala: "La abogacía es una función social al servicio de la justicia y del derecho.- Es garantía fundamental de toda persona ser patrocinada por un abogado de su libre elección"¹¹¹.

PREGUNTA N° 7.- ¿Cree Ud., que en la normativa de la legislación penal que regula la detención en el caso del delito flagrante existe contradicción con lo dispuesto en la norma constitucional sobre la detención en referencia? Si () No () ¿Por qué?

CUADRO N° 7

¹¹¹. CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Art. 323:
La abogacía como función social

Características del debido proceso	Jueces		Abogados		Total	
	f	%	f	%	f	%
SI	10	33.34	20	66.66	30	100.00
NO	-	-	-	-	-	-
TOTAL	10	33.34	20	66.66	30	100.00

Fuente: Encuestas

Elaboración: De la Autora

El 100% de encuestados cree que en la normativa de la legislación penal que regula la detención en el caso del delito flagrante si existe contradicción con lo dispuesto en la norma constitucional sobre la detención en referencia. El numeral 6 del Art. 216 del Código de Procedimiento Penal: "Ordena la detención de la persona sorprendida en delito flagrante y ponerla, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a órdenes de la jueza o juez de Garantías Penales". Contradice al numeral 1 del Art. 77 de la Constitución: "...no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas.

4.2. PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

Como había planificado en el proyecto de la tesis utilizar la técnica de la encuesta a un número de 30 profesionales del Derecho, pude aplicarla a 5 magistrados, 5 jueces y 20 abogados en libre ejercicio de su profesión y de sus respuestas presento los resultados y el análisis respectivo.

PREGUNTA 1. ¿Cree Ud. que hay concordancia entre lo que manda el numeral 6 del Art. 216 del Código de Procedimiento Penal y el numeral 1

del Art. 77 de la Constitución en cuanto a la detención en delito flagrante?.

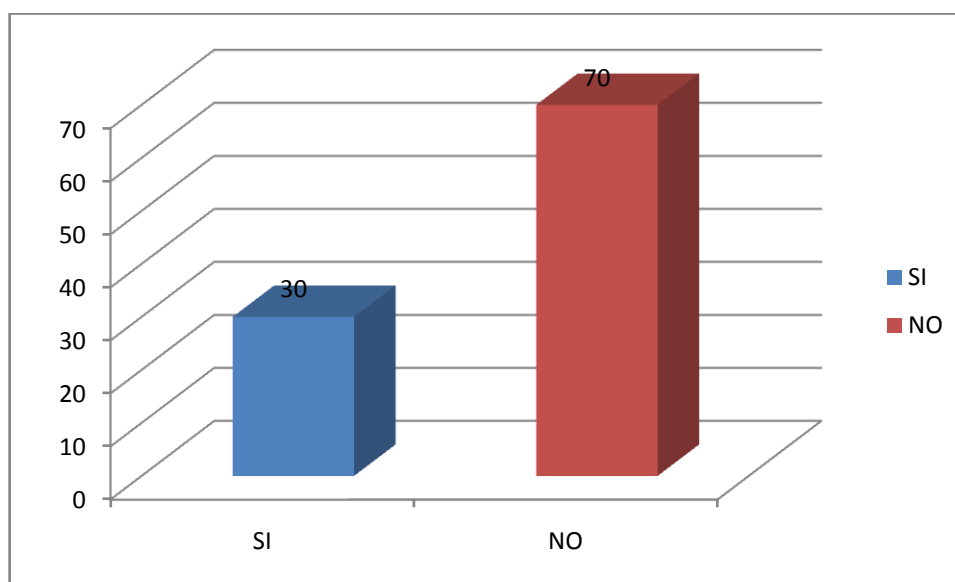
CUADRO N° 1

Hay Concordancia	Jueces		Abogados		Total	
	f	%	f	%	f	%
SI	2	3.33	8	26.67	10	30.00
NO	8	30.00	12	40.00	20	70.00
TOTAL	10	33.33	20	66.67	30	100.00

Fuente: Encuestas

Elaboración: De la Autora

GRÁFICO N° 1



El 70% de encuestados cree que no hay concordancia entre lo que manda el numeral 6 del Art. 216 del Código de Procedimiento Penal y el numeral 6 del Art. 24 de la Constitución, posiblemente porque no han revisado las disposiciones dadas.

PREGUNTA 2. ¿Considera Ud. necesario analizar y determinar el alcance de los Arts. 216 del Código de Procedimiento Penal y el 24 de la

Constitución Política de la República en cuanto a la detención en delito flagrante? Si () No () ¿Por qué?

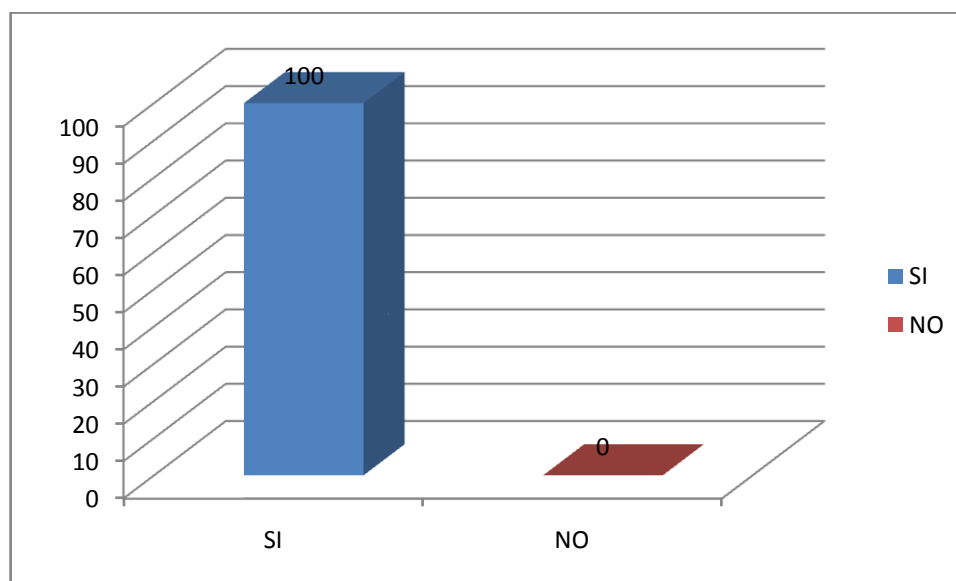
CUADRO N° 2

Determinar el alcance	Jueces		Abogados		Total	
	f	%	f	%	f	%
SI	10	16.67	20	66.67	30	100.00
NO	-	-	-	-	-	-
TOTAL	10	16.67	20	66.67	30	100.00

Fuente: Encuestas

Elaboración: De la Autora

GRÁFICO N° 2



El 100% considera analizar y determinar el alcance de los artículos 216 del Código de Procedimiento Penal y el 24 de la Constitución Política de la República en cuanto a la detención en delito flagrante porque allí se

observa contradicción.

Nº 6 Art. 216 CPP	6 Art. 24 de la Constitución
“Ordenar la detención de la persona sorprendida en delito flagrante y ponerla dentro de las 24 horas siguientes, a órdenes del Juez competente.	“Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de Juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la Ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse detenido sin fórmula de juicio, por más de 24 horas...”

PREGUNTA 3. Es de su criterio que se debe conocer las funciones generales de los Agentes Fiscales? Si () No () ¿Por qué?.....

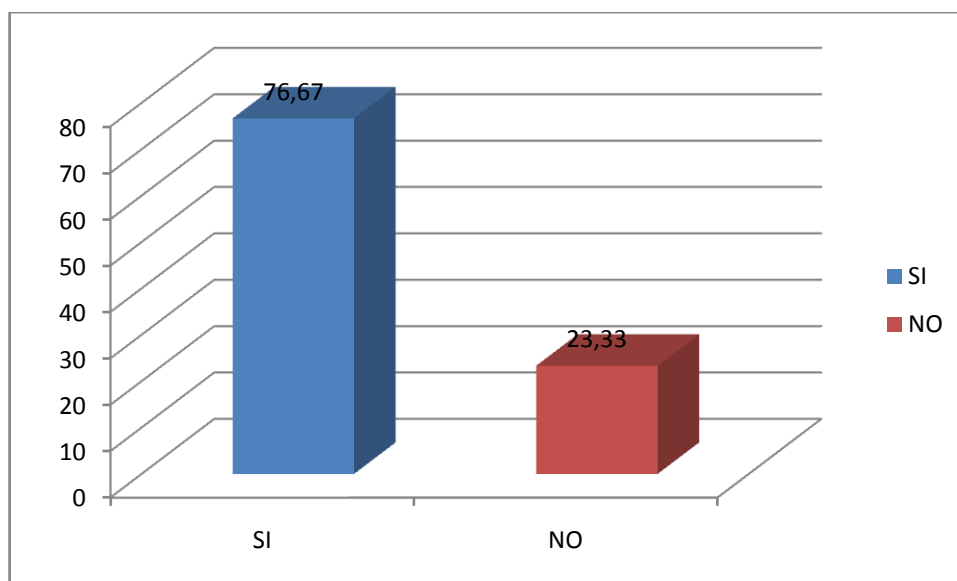
CUADRO Nº 3

Conocer las funciones de los agentes fiscales	Jueces		Abogados		Total	
	f	%	f	%	f	%
SI	7	23.33	16	53.33	23	76.67
NO	3	10	4	13.33	7	23.33
TOTAL	10	33.33	20	66.67	30	100.00

Fuente: Encuestas

Elaboración: De la Autora

GRÁFICO Nº 3



Es del criterio del 76.67% que se debe conocer las funciones generales de los Agentes Fiscales; el 23.33% señalaron que no porque el Art. 25 del Código de procedimiento penal señala las funciones de la fiscal o el fiscal.

PREGUNTA N° 4.- ¿Se debe especificar qué es delito flagrante en la legislación penal ecuatoriana y en otras legislaciones latinoamericanas? Si

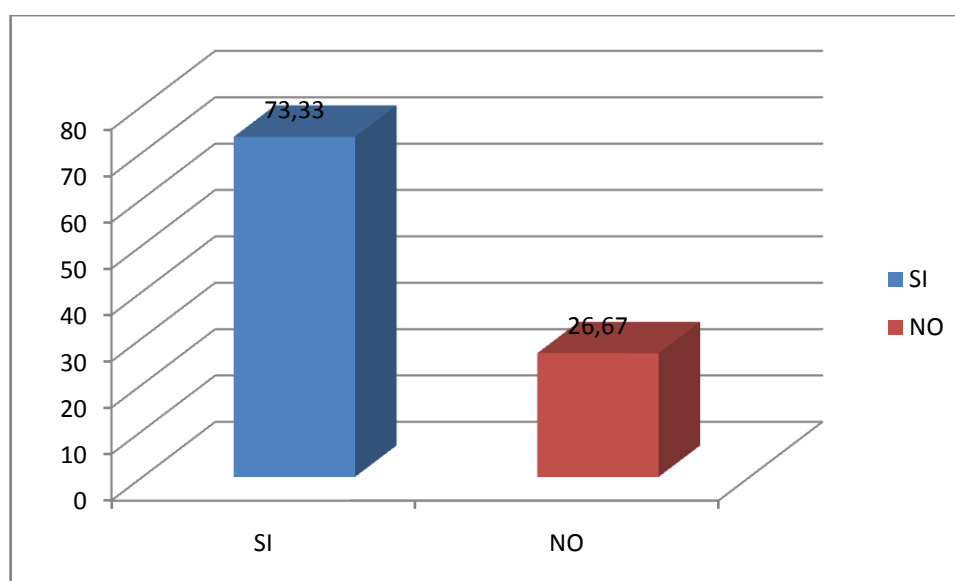
() No () ¿Por qué?.....

CUADRO N° 4

Especificar el delito flagrante	Jueces		Abogados		Total	
	f	%	f	%	f	%
SI	7	23.33	15	50.00	22	73.33
NO	3	10	5	16.67	8	26.67
TOTAL	10	33.33	20	66.67	30	100.00

Fuente: Encuestas
Elaboración: De la Autora

CUADRO N° 4



Según el 73.33% de encuestados se debe especificar que es delito flagrante en la legislación penal ecuatoriana, y en otras legislaciones latinoamericanas; porque tal como lo define el Código de Procedimiento Penal es muy escueta e incompleta.

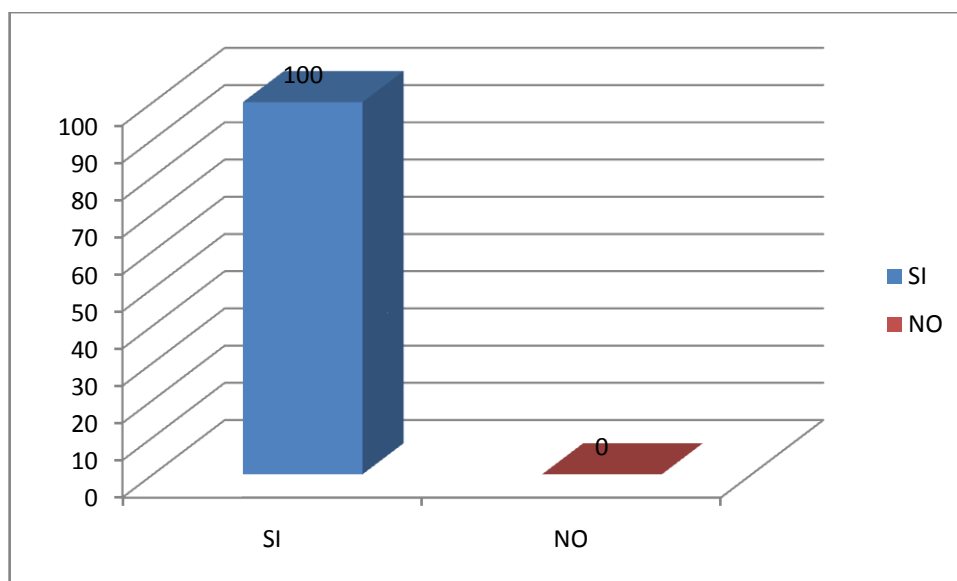
PREGUNTA N° 5.- ¿Considera oportuno analizar las características del debido proceso, sus principios fundamentales, generalidades y el rol que le compete al Ministerio Público? Si () No () ¿Para qué?.....

CUADRO N° 5

Características del debido proceso	Jueces		Abogados		Total	
	f	%	f	%	f	%
SI	10	33.34	20	66.66	30	100.00
NO	-	-	-	-	-	-
TOTAL	10	33.34	20	66.66	30	100.00

Fuente: Encuestas

Elaboración: De la Autora



El 100% de encuestados consideraron oportuno analizar las características del debido proceso, sus principios fundamentales, generalidades y el rol que le compete al Ministerio Público, para asegurar el debido proceso, porque el numeral 27 del Art. 23 garantiza: “El derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones”.

PREGUNTA N° 6.- ¿Se debe conocer el criterio que tienen los abogados de la provincia de Esmeraldas sobre la detención en el delito flagrante?

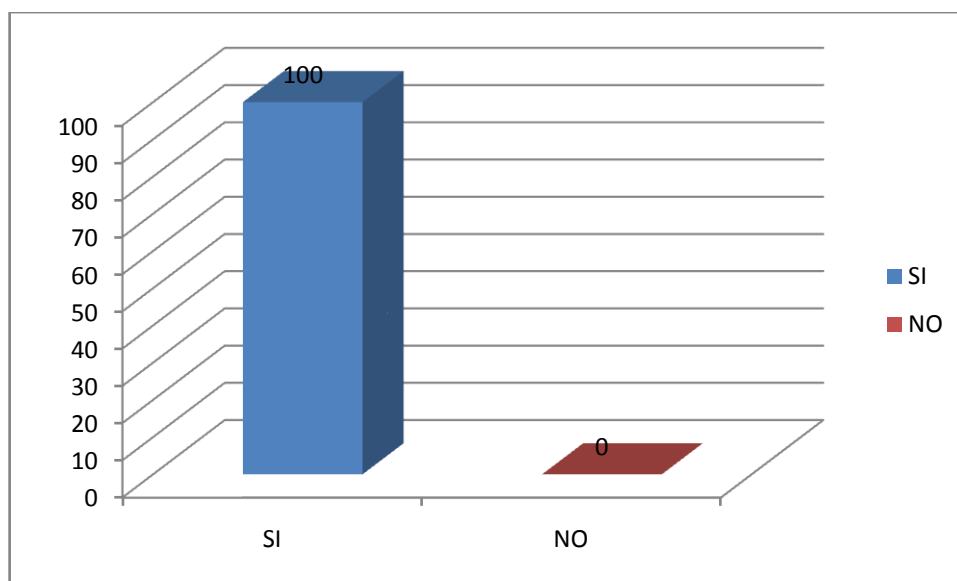
Si () No () ¿Por qué?

CUADRO N° 6

Conocer el criterio	Jueces		Abogados		Total	
	f	%	f	%	f	%
SI	10	33.34	20	66.66	30	100.00
NO	-	-	-	-	-	-
TOTAL	10	33.34	20	66.66	30	100.00

Fuente: Encuestas

Elaboración: De la Autora



El 100% de encuestados señalaron que se debe conocer el criterio que tienen los abogados de la provincia de Esmeraldas sobre la detención en el delito flagrante para que se actúe en los procesos de la litis con probidad y equidad.

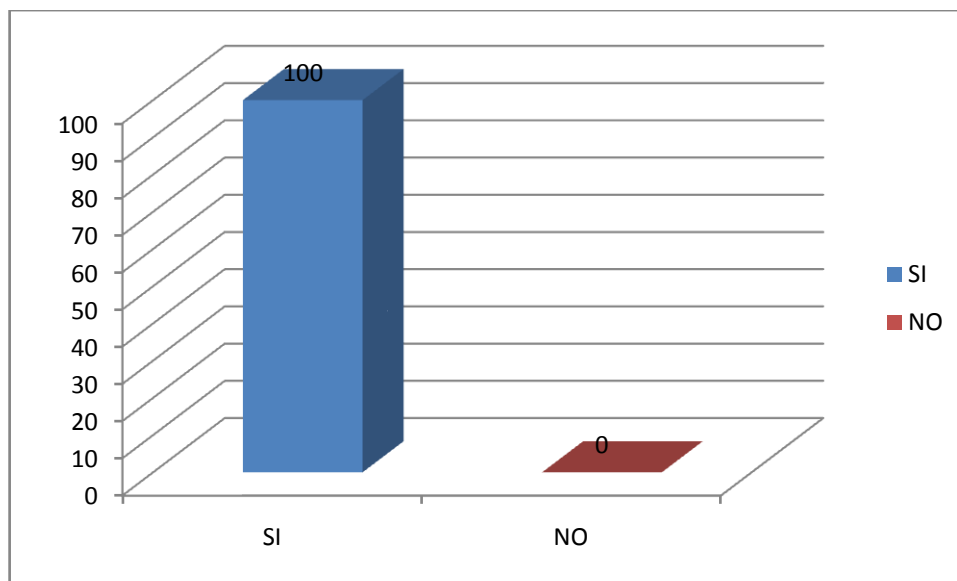
PREGUNTA Nº 7.- ¿Cree Ud., que en la normativa de la legislación penal que regula la detención en el caso del delito flagrante existe contradicción con lo dispuesto en la norma constitucional sobre la detención en referencia? Si () No () ¿Por qué?

CUADRO Nº 7

Características del debido proceso	Jueces		Abogados		Total	
	f	%	f	%	f	%
SI	10	33.34	20	66.66	30	100.00
NO	-	-	-	-	-	-
TOTAL	10	33.34	20	66.66	30	100.00

Fuente: Encuestas

Elaboración: De la Autora



El 100% de encuestados cree que en la normativa de la legislación penal que regula la detención en el caso del delito flagrante si existe contradicción con lo dispuesto en la norma constitucional sobre la detención en referencia porque mientras en el Código de Procedimiento Penal se ordena la detención en la Constitución se la prohíbe.

4.3. COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS Y OBJETIVOS

ENUNCIADO DE LA HIPÓTESIS: En la normativa de la legislación penal que regula la detención en el caso del delito flagrante existe contradicción con lo dispuesto en la norma constitucional sobre la detención en referencia.

COMPROBACIÓN. Para comprobar que el enunciado anterior de la

hipótesis es verdadero desarrollo el procedimiento teórico deductivo haciendo uso de la razón y la lógica para demostrar que tanto en la doctrina como en los criterios de los investigados se dice, según el resultado y análisis de la pregunta N° 7 que: El 100% de encuestados cree que en la normativa de la legislación penal que regula la detención en el caso del delito flagrante sí existe contradicción con lo dispuesto en la norma constitucional sobre la detención en referencia porque mientras en el Código de Procedimiento Penal se ordena la detención en la Constitución se la prohíbe.

OBJETIVO GENERAL: Analizar y determinar el alcance de los artículos 216 del Código de Procedimiento Penal y el 24 de la Constitución Política de la República en cuanto a la detención en delito flagrante.

Para demostrar el cumplimiento de este objetivo general se ha de observar el desarrollo de los 5 capítulos de la presente tesis, pero además debemos tomar en cuenta los criterios investigados que dicen:

El 70% de encuestados cree que no hay concordancia entre lo que manda el numeral 6 del Art. 216 del Código de Procedimiento Penal y el numeral 6 del Art. 24 de la Constitución, posiblemente porque no han revisado las disposiciones dadas.

El 100% considera analizar y determinar el alcance de los artículos 216 del

Código de Procedimiento Penal y el 24 de la Constitución Política de la República en cuanto a la detención en delito flagrante porque allí se observa contradicción:

Nº 6 Art. 216 CPP	6 Art. 24 de la Constitución
"Ordenar la detención de la persona sorprendida en delito flagrante y ponerla dentro de las 24 horas siguientes, a órdenes del Juez competente.	"No podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de 24 horas".

ESPECÍFICOS:

1. Conocer las funciones generales de los Agentes Fiscales.

Para demostrar el cumplimiento de este primer objetivo específico invito a observar el desarrollo del numeral 1.1. del primer capítulo de la presente tesis, al que le agrego el criterio de los investigados: Es del criterio del 76.67% que se debe conocer las funciones generales de los Agentes Fiscales, porque el Art. 19 de la Ley Orgánica del Ministerio Público determina los deberes y atribuciones y en los literales del a), al h). se le ordena conducir las indagaciones previas y excitar la acción penal por infracciones pesquisables de oficio en los juzgados de lo penal pero en ninguna de ellas se le autoriza la detención.

2. Especificar que es delito flagrante en la legislación penal

ecuatoriana, y en otras legislaciones latinoamericanas.

Para demostrar el cumplimiento de este segundo objetivo específico sugiero la lectura del numeral 1.2. del capítulo uno de la presente tesis en donde he desarrollado los antecedentes, conceptos y características; pero además, adjunto el criterio de los investigados, ya que según el 73.33% de encuestados se debe especificar que es delito flagrante en la legislación penal ecuatoriana, pero con mayor claridad tomando en cuenta otras legislaciones latinoamericanas, porque tal como lo define el Código de Procedimiento Penal es muy escueta e incompleta.

3. Analizar las características del debido proceso, sus principios fundamentales, generalidades y el rol que le compete al Ministerio Público para asegurar el debido proceso.

Para demostrar el cumplimiento de este tercer objetivo específico, invito a revisar prolijamente el desarrollo del segundo capítulo de la presente tesis en el que he desarrollado sus garantías, principios fundamentales y las actuaciones del Ministerio Público; pero además a ello adjunto el criterio de los investigados porque el 100% de encuestados consideraron oportuno analizar las características del debido proceso, sus principios fundamentales, generalidades y el rol que le compete al Ministerio Público, para el debido proceso porque el numeral 27 del Art. 23 garantiza: "El derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones".

4. Conocer el criterio que tienen los abogados de la provincia de Esmeraldas sobre la detención en el delito flagrante.

Para demostrar el cumplimiento del cuarto y último objetivo específico invito a observar, estudiar y analizar el desarrollo del tercer y cuarto capítulos de la presente tesis en los que se analizó comparativamente sobre la detención en otras legislaciones, el diagnóstico criterial sobre el tema, la presentación y análisis de resultados, comprobación de hipótesis y objetivos que facilitan enfocar la jurisprudencia sobre el tema; pero además, el siguiente fue el criterio de los investigados: el 100% de encuestados señalaron que se debe conocer el criterio que tienen los abogados de la provincia de Esmeraldas sobre la detención en el delito flagrante para que se actúe en los procesos de las litis con probidad y equidad; asimismo, el 100% de encuestados cree que en la normativa de la legislación penal que regula la detención en el caso del delito flagrante sí existe contradicción con lo dispuesto en la norma constitucional sobre la detención en referencia porque mientras en el Código de Procedimiento Penal se ordena la detención en la Constitución se la prohíbe.

4.4. JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA

"Tened en cuenta señores jueces -dice el Dr. José C. García Falconí-que

no son apreciaciones subjetivas del Juez, las que permiten limitar la libertad; señores jueces, son razones objetivas, amparadas legalmente; y, por tal debidamente respaldadas en la causa; y, ello debe producirlo y exponerlo el Juez al resolver sobre la Libertad, así lo dice con razón un fallo de la Corte Suprema de Costa Rica; o sea los jueces de cualquier nivel que sean, tienen que cumplir con este mandato constitucional, muy en especial en autos resolutorios, como los de prisión preventiva, de allanamiento y otras medidas cautelares de aseguramiento real y personal, solo así, se hace efectivo el Debido Proceso en un Estado de Derecho, de lo contrario procedería el Amparo de Libertad o el Hábeas Corpus, que hoy ya no solo es de carácter municipal sino constitucional o la revocatoria de orden de prisión vía apelación".

La referencia a la jurisprudencia surge cuando el autor citado comenta el numeral 6 del Art. 24 de la Constitución Política de la República. Ese numeral 6, concuerda con los siguientes artículos del nuevo Código de Procedimiento Penal:

35, actos urgentes;

72, necesidad del defensor: los derechos consignados en este artículo ya forman parte de los numerales 6 y 5 del Art. 24 de la Constitución

Política. Ojalá que la prohibición de la incomunicación que, como se

observa es absoluta, se tenga siempre presente, en especial por parte de los guardianes de los detenidos, quienes con cualquier pretexto y casi siempre el de la orden del superior jerárquico impiden a los detenidos entrevistarse con sus parientes próximos e, inclusive, con su abogado defensor.

162, delito flagrante: el Art. 161 faculta a los agentes de la Policía Judicial o de la Policía Nacional a aprehender a una persona sorprendida en delito flagrante de acción pública e inmediatamente después de su comisión, pero con la obligación de entregarla a órdenes del Juez competente dentro de las 24 horas posteriores. Igual autorización tiene cualquier persona, pero ésta debe entregarla inmediatamente a la Policía y, ésta, a su vez al Juez penal.

163, agentes de la aprehensión: Tiene su correspondiente en el 176 del anterior Código de Procedimiento Penal y tiene algunos cambios: primero, se ha suprimido el numeral 1 que consignaba la posibilidad de aprehender al que intentare cometer un delito, en el momento de comenzar a cometerlo, posiblemente porque si ya se lo ha empezado a cometer estamos, en realidad, frente a un delito flagrante; y, segundo, del inciso final se ha suprimido la posibilidad de que cuando la aprehensión la realice una persona particular entregue el aprehendido al Teniente Político. Quien realizó este cambio, ignora que en un elevado número de parroquias ecuatorianas, no hay ningún miembro de la Policía

Nacional y menos aún de la Policía Judicial, aunque sí hay destacamentos militares. Posiblemente, la razón del cambio la podríamos encontrar en que ciertamente muchos de los tenientes políticos son muy limitados, para utilizar un término benigno, de tal manera que llegado el momento no sabría qué hacer con el aprehendido.

164, Detención: Los fundamentos y el objeto de la detención, como expresa el Art. 164, se mantienen, sólo que ahora el Juez competente "a pedido del Fiscal", tendrá que ordenar la detención de una persona "contra la cual haya presunciones de responsabilidad", sin especificar de donde provienen o se originan tales presunciones. Para el cumplimiento de la orden de detención, se entregará dicha boleta a un agente de la Policía Judicial.

168, competencia, forma y contenido de la decisión: El Art. 168 del nuevo Código de Procedimiento Penal tiene una mejor redacción en cuanto a los siguientes aspectos trascendentales:

Competencia: el auto de prisión preventiva lo puede dictar el Juez penal o Tribunal competente, por propia decisión o a petición del Fiscal.

Forma: si es auto debe ser por escrito, motivado y fundamentado, como ordinal el Art. 24 numeral 13 de la Constitución.

Contenido, debe contener:

a) Los datos procesales del imputado o, si se ignoran, los que sirvan para identificarlo. Esto es importante para evitar que se prive de la libertad a otras personas;

b) Una breve relación de los hechos delictivos que se le imputan "y su calificación delictiva". Esta última parte por la que se impone al Juez o Tribunal penal la obligación de adelantar criterio al calificar el hecho delictivo, si bien es verdad podría ser conveniente para preservar los derechos del imputado, principalmente el derecho a la defensa, al permitirle conocer con relativa precisión qué delito se le imputa, no es menos cierto que podría dar lugar a apreciaciones erradas y originarias de posibles injusticias, como si se califica de tentativa de asesinato lo que únicamente es delito de lesiones, impidiendo la concesión de libertad provisional bajo caución;

c) La fundamentación clara y precisa de los requisitos mencionados y exigidos en el Art. 167, esto es, de los indicios sobre la existencia del delito y la participación del imputado; y,

d) La cita de las disposiciones legales aplicables; se entiende no tan solo las sustantivas que tipifican los delitos, sea el Código Penal u otras leyes penales especiales, sino también las leyes adjetivas o procesales.

- 169, caducidad de la prisión preventiva; si la administración de justicia penal va a cambiar en el Ecuador, empezando por cumplir y hacer cumplir

los plazos previstos en las leyes, particularmente, el que consta en el Art. 223 del Código de Procedimiento Penal que dice que la Instrucción fiscal sólo durará 90 días, "improrrogables", no puedo sino expresar mi satisfacción y acuerdo con el contenido del Art. 169, sobre la caducidad de la prisión preventiva, que es idéntico al del Art. 24 numeral 8 de la Constitución y sus ya famosos plazos de 6 meses y un año; mas, como sabemos que ello no acontecerá, por múltiples razones conocidas por todos los ecuatorianos, he de reiterar mi desacuerdo con esos plazos y sus correspondientes normas, tanto constitucional como procesal, que han producido tan nefastos resultados en nuestro país, devolviendo, sin juzgamiento, para que vivan en el seno de una sociedad desprotegida a una gran cantidad de delincuentes, muchos de ellos de alta peligrosidad y cínicamente confesos y, esto en razón de una gran gama de responsabilidad compartida; de algunos jueces lentos y negligentes, principalmente, a los que se unieron otros factores, como una policía inoperante, no pocos agentes y ministros fiscales que mantuvieron en su poder los expedientes por meses sin cumplir con su deber de emitir los dictámenes definitivos; sin dejar de lado a no pocos abogados defensores que con maniobras de todo tipo buscaron sólo el paso del tiempo como único recurso de defensa exitosa.

- 170, revocatoria o suspensión de la prisión preventiva. El Art. 170 mejora notablemente el tratamiento relativo a la revocatoria o suspensión de la prisión preventiva, que constaba en el Art. 180 del anterior Código de

Procedimiento Penal. Ahora se puntualiza en qué casos la prisión preventiva debe revocarse o suspenderse, que no es lo mismo.

- 319, libertad inmediata. El Art. 319 del nuevo Código de Procedimiento Penal es igual al 341 del anterior, al menos en su inciso primero, en el que se dispone la inmediata libertad del acusado absuelto a pesar de cualquier recurso que se interpusiere, sin perjuicio del cumplimiento de la pena que se llegare a imponer si la absolución fuere revocada, disposición que ahora tiene su fundamento en los plazos máximos fijados en la Constitución para la duración de la prisión preventiva, como medida cautelar.

- 359, objeto del recurso de revisión:

- 360, causas del recurso de revisión;

- 368, nueva revisión;

- 416, caso de revisión;

- 419, casos de prisión preventiva o internación provisional;

- 422, procedencia del amparo de libertad;

- 423, reglas de competencia para el recurso de amparo de libertad.

Hay concordancias con tratados internacionales, específicamente con el Art. 7.5 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos que dispone: 'Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un Juez u otro funcionario autorizado por Ley

para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

LA HORA ECUADOR, del domingo 9 de agosto del 2009, p.B5, titula: FISCAL INVESTIGA MILLONARIOS CONTRATOS. Aparentemente los decretos de emergencia no se justificaron para la contratación de varias obras.

Verificación:

* El fiscal Alfredo Alvear dispuso que se recepte la versión libre y sin juramento del ex Subsecretario de Obras Públicas, Rafael Pezo Zúñiga, así como de todas las personas que conozcan de los hechos denunciados, para lo cual se señalará día y hora oportunamente.

También ordenó que se oficie al Ministerio de obras Públicas, para que remita a la Fiscalía una certificación en la que conste la nómina de los empleados o funcionarios que tienen la responsabilidad para determinar la emergencia, analizar los aspectos técnicos y verificar las costas de los contratos a celebrarse por dicha entidad con empresas contratistas y la nómina de los integrantes del Comité de contrataciones que conoció y adjudicó las obras.

OBRAS, algunas de las vías:

- * Compañía Abedul, iluminación de la vía Puerto-Aeropuerto (Manta), por 1'4004,962 dólares; y, iluminación del Puente Gómez Rendón (Guayas) por 420.000 dólares.
- * Empresa Odorisia S.A., arreglo de la vía La Concordia-Puerto Nuevo (Manabí), por 7'806.239 dólares.
- * Carlos Morocho Duque, arreglo de la vía Palestina-Vinces, por 5'133.876 dólares.
- * Consorcio Manavial, la carretera San Antonio-La Margarita-San Vicente.
- * Jesús del Gran Poder, rehabilitación de caminos vecinales (Cañar).
- * Verdu y H&H, rehabilitación de la carretera Cumbe-Oña (Cañar).
- * Hidalgo & Hidalgo, carretera Santo Domingo-Juján.

El fiscal subrogante Alfredo Alvear inició una indagación previa de las presuntas irregularidades que se habrían cometido en las contrataciones de obras viales, contratos petroleros y de salud pública, por un monto de 2 mil 886 millones de dólares, todos amparados en decretos de emergencia.

La base de esta indagación tiene como sustento la nota periodística publicada por el diario El Comercio el 26 de julio del 2009, en la que se hace una serie de afirmaciones que ponen en tela de duda la justificación de los decretos de emergencia firmados por el Presidente de la República y los Ministros de cada una de las áreas.

Empresas no especializadas. También se hacen reparos a la entrega de las

obras a personas naturales y empresas con razones sociales distintas a la naturaleza del proyecto, y para reforzar esta afirmación se cita por ejemplo que a la Compañía Oderisio S.A., dedicada a la elaboración y comercialización de juguetes y juegos infantiles, se le adjudicó la reconstrucción de la vía La Concordia-Puerto Nuevo, en la provincia de Manabí.

Igual se habla de un supuesto sobreprecio de 60 mil dólares por kilómetro en la contratación de la vía Santo Domingo Juján, adjudicada a la empresa Hidalgo & Hidalgo, situación que habría sido advertida por el ex Subsecretario Rafael Pezo Zúñiga al ex Ministro de Obras Públicas Jorge Marúm.

El Fiscal subrogante, Alfredo Alvear señala que con estos y otros antecedentes, y con el fin de investigar la existencia de una infracción penal, así como sus presuestos autores, cómplices y encubridores, da inicio a la indagación previa.

Diligencias. Para el efecto, dispone que se oficie a la Superintendencia de Compañías a fin de que remita a la Fiscalía una certificación en la que conste la razón y objeto social, nombre de los accionistas, fecha de constitución y demás documentación concerniente a la inscripción de las compañías Oderisio S.A.; Consorcio Manabí; Abetul; Jesús del Gran Poder; Hidalgo & Hidalgo; Verdu H&H.

LA HORA DEL ECUADOR, del lunes 17 de agosto del 2009, p.B5 titula: "FISCAL PIDE SE DEJE SIN EFECTO SENTENCIA. Los jueces contestan que no existen causales legales para hacer eso con el fallo impugnado.

El Dato: El miércoles 19 de agosto del 2009, a las 15H30 tendrá lugar una audiencia en la Corte Constitucional para escuchar los argumentos del Fiscal y de los jueces nacionales.

El acto motivo del litigio:

* El 9 de abril del 2001, Galo alfonso Jiménez fue nombrado Director Nacional de Auditoría Interna del Ministerio Público, pero cinco meses más tarde fue removido del cargo y este acto administrativo dio origen a este litigio legal que deberá ser dilucidado en última instancia por la Corte Constitucional.

Washington Pesántez argumenta que la autoridad nominadora del Ministerio Público, hoy Fiscalía General del Estado, tenía atribución legal para nombrar y remover a directores nacionales.

Esta medida fue tomada, según el funcionario, al tenor de lo dispuesto en el art. 8 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, vigente en ese entonces, y que no era menester un informe previo de la Contraloría para remover al funcionario.

El Fiscal General, Washington Pesántez, interpuso ante la Corte

Constitucional un recurso extraordinario de protección para que se deje sin efecto una sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, por la cual el Ministerio Público debería pagar 700 mil dólares de indemnización a un ex-funcionario.

El directivo dice en su demanda que "en aras de una correcta administración de justicia y en consonancia con los postulados y principios del Estado constitucional de derechos y justicia, disponga la reparación integral de los derechos vulnerados por la sentencia inconstitucional de esta Sala, órgano jurisdiccional que ha efectuado una evidente errónea interpretación que perjudica a la institución".

Como medida cautelar, a fin de evitar que se sigan vulnerando los derechos establecidos en la Constitución, solicita que se suspenda la ejecución de esta sentencia dictada el 23 de marzo del 2009.

Responden magistrados. No obstante, los jueces de esta Sala: Juan Morales, Freddy Ordóñez y Manuel Yépez, contestan que no se puede admitir que para cubrir las graves deficiencias administrativas cometidas por el Ministerio Fiscal, hoy Fiscalía General del Estado, se acuse de los errores que comete esa institución a los jueces nacionales.

Agrega que ellos han aplicado la ley con sujeción total a las normas jurídicas y a los principios generales del derecho que sustentan todo el sistema de administración de justicia.

Además aducen que la acción extraordinaria de protección contiene una serie de pseudo argumentos que intentan demostrar que en la sentencia de la Sala de lo Contencioso se han producido violaciones al debido proceso y a los derechos constitucionales, situación que no se ha dado y que es atribuible más bien a la acción de la Fiscalía.

Argumento de la institución. Los jueces también señalan que una de las afirmaciones centrales de la acción propuesta por la Fiscalía, es la de que el actor del juicio contra ese ente desempeñaba el cargo de libre nombramiento y remoción, de acuerdo al Art. 90 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

Para ello esta aseveración está errada, pues, el funcionario no era de libre remoción ya que su cargo de Auditor General exige, como formalidad sustancial previa, que se demuestren las causas legales para su separación y que se cuente con el informe previo del Contralor General del Estado, situación que no se ha dado.

Los jueces concluyen que la sentencia de la Sala debe ser respaldada, por tanto se deberá declarar improcedente la acción extraordinaria de protección porque la violación de los derechos constitucionales no es atribuible a dicho fallo y que más bien la Fiscalía General emitió ilegalmente el acto administrativo materia del juicio.

Los funcionarios judiciales deberán someterse a un concurso de oposición

y méritos para ingresar. La Función Judicial experimentó cambios profundos dentro de la nueva Constitución. Se prevé que ese poder del Estado estará integrado por la Corte Nacional de Justicia, las cortes superiores, los tribunales y juzgados, Consejo de Judicatura, Fiscalía, notarías, juzgados de paz, Defensoría Pública y un órgano de última instancia, la Corte Constitucional. Varias entidades cambian sus nombres y todas deben litigar bajo el sistema oral. Los servicios judiciales deben someterse a un concurso de oposición y méritos, impugnación y control social para formar parte de la Función Judicial.

En la Corte Nacional las enmiendas restan poder a los magistrados que serán denominados jueces. Esta entidad ya no es de última instancia. El número de funcionarios baja de 31 a 21 y ellos organizan las salas especializadas.

La Corte Constitucional es en ente máximo de control, interpretación constitucional y de administración de justicia. Este como los demás órganos tienen autonomía administrativa, económica y financiera.

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas también ejercen funciones jurisdiccionales.

El debate. La Función Judicial tiene cambios radicales. Los diferentes órganos judiciales experimentaron modificaciones desde los nombres de

las entidades hasta la reestructuración de cada uno de ellos.

En lo formal, la Corte Suprema de Justicia cambia de denominación: será la Corte Nacional de Justicia. Según el magistrado Mauro Terán, el nombre que actualmente lleva el órgano no es por superioridad ni jerarquía, sino que se denomina así por ser la última instancia. "Según la Constitución hay instancias administrativas y jurisdiccionales sobre ella".

Marco Albuja, experto en derecho, explicó que el cambio de nombre buscó romper el modelo piramidal que ha regido en el Ecuador en sus constituciones". Otro de los cambios es que se reduce el número de magistrados de 31 a 21 y la categoría de magistrados cambia a jueces.

Terán dice que en toda sociedad la conflictividad se incrementa día a día. "Sabido eso la Asamblea Constituyente dictaminó la reducción de miembros". No obstante, Albuja explica que se reducen los magistrados, pero en la Constitución no se determina el número de conjueces que ayudará a las juezas y jueces en la ejecución de todos los procesos".

En la Corte Superior de Justicia y en los demás órganos judiciales, los funcionarios deben cumplir con el Art. 176, que dice: "Los requisitos y procedimientos para designar servidoras y servidores judiciales deberán contemplar un concurso de oposición y méritos, impugnación y control social; se propenderá a la paridad entre mujeres y hombres (...)".

El Juez Alberto Moscoso, de la Corte Superior de Justicia, mostraba su desacuerdo. Si bien expuso que se realice un concurso, al hacerlo, como dice la Constitución, varias de las personas que entrarían a trabajar tal vez no hayan tenido la experiencia en ser jueces o quizá no hayan estado en un juzgado anteriormente".

En el 2º inciso se incluye una excepción. Esta dice que los jueces de la Corte Suprema de Justicia, los servidores judiciales deberán aprobar un curso de formación general y especial y pasar pruebas teóricas y psicológicas para su ingreso al servicio.

Moscoso estimaba que sería una buena opción para que la Función Judicial se fortalezca, pero para ello se necesitan suficientes recursos económicos. Albuja compartía su opinión. Añadió que sin el apoyo político tampoco se podría lograr ese cambio importante.

Los recursos también servirán a la Función Judicial para mejorar el sistema oral e implementar todas las adecuaciones, en las diferentes provincias.

Otro de los artículos que es de obligatoria aplicación para los funcionarios judiciales se refiere a la experiencia. Los empleados deben tener un mínimo de 10 años de experiencia. Uno de los órganos de control que tiene más fuerza en la Función Judicial es el Consejo Nacional de Judicatura.

Las funciones de esta entidad están definidas en el Art. 181 de la Constitución. "Serán funciones del Consejo de la Judicatura, además de las que determina el Código de la Judicatura:

- 1) Definir y ejecutar las políticas para el mejoramiento y modernización del sistema judicial.
- 2) Conocer y aprobar la proforma presupuestaria de la Función Judicial, con excepción de los órganos autónomos.
- 3) Dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como su evaluación, ascensos y sanción. Todos los procesos serán públicos y las decisiones motivadas (...)"

El constitucionalista ex-Presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales, Ernesto López, afirmaba que esa entidad tendrá un gran poder porque podrá controlar varios órganos de la Función Judicial.

Por otro lado, la justicia indígena también forma parte de la Función Judicial, como se observa en el Art. 191 inciso 4: "Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrario a la Constitución y a las leyes. La Ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional".

A eso, la líder indígena Lourdes Tibán, directora ejecutiva del Consejo de

Desarrollo de las nacionalidades y pueblos del Ecuador, indicaba que este reconocimiento constitucional implica que en un mismo ámbito territorial convivan dos o más sistemas jurídicos. "Este sistema indígena no es estático, cambia históricamente y su vigencia depende del uso constante de las costumbres y de las normas de conducta social de los distintos pueblos que conforman el territorio nacional".

¿Qué implica?. Según la Constitución, todos los órganos judiciales tuvieron cambios. La Constitución trata de romper un modelo piramidal y por lo tanto la Corte Suprema de Justicia ya no es la última instancia del Poder Judicial, sino que es la Corte Constitucional, la justicia ordinaria, desde el 28 de septiembre, se llama órgano jurisdiccional.

Se rompe el paradigma de que los magistrados, quienes obtuvieron la categoría de jueces, no hacen justicia siendo delegados por el Estado sino por la ciudadanía. Con esto nació la nueva visión de la Función Judicial. Esta tiene la potestad de administrar justicia ejerciéndose así por los órganos de la Función Judicial, quienes gozan de autonomía administrativa, económica y financiera.

La organización y funcionamiento de la Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos. Sin embargo, el Código Orgánico de la Función Judicial determina su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para

la adecuada administración de justicia.

Cada órgano tiene un número establecido de funcionarios judiciales, que deben someterse a un concurso de oposición y méritos para poder ejercer su carrera. Los funcionarios judiciales ya no deben tener un mínimo de 15 años de ejercer la profesión de abogadas o abogados, sino que se redujo a 10.

¿Qué significa?. Un giro de 180 grados a la justicia? Una vez que la Constitución está vigente, sólo el tiempo definirá si las reformas planteadas serán una respuesta a los problemas estructurales de la justicia. Entre los principales están la lentitud en el trámite de procesos, la corrupción latente en el sistema y la falta de judicaturas y de capacitación de los funcionarios.

Sin duda, una de las mayores reformas es la marcada división de competencias entre la Corte Nacional de Justicia y el Consejo de la Judicatura. Desde que fue creado, el Consejo de la Judicatura debe encargarse de la administración del Poder Judicial. No obstante, esa capacidad fue restringida porque la Corte Suprema de Justicia mantuvo el control de los nombramientos de los jueces. Con las enmiendas se otorgó esa facultad a la Judicatura, lo que merma el poder de los magistrados, que sólo deberán dedicarse a juzgar. El trámite de los procesos es oral. Este ya se aplica en varias instancias procesales, pero requiere ser generalizado, lo que no sólo demanda una normativa y base constitucional, sino recursos.

Quizá la parte más polémica tiene que ver con la justicia indígena. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercen funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y

PROPUESTA DE REFORMA

CAPITULO V

CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA DE REFORMA

Cumplida la investigación sobre el tema: **LA DETENCIÓN EN EL CASO DEL DELITO FLAGRANTE EN LA LEGISLACIÓN PENAL Y EN LA NORMA CONSTITUCIONAL** y desarrollado el informe de la misma, me creo estar en capacidad de entregar las siguientes conclusiones, recomendaciones, y propuesta de reforma al Art. 216 del Código de Procedimiento Penal y sus correlativos.

5.1. CONCLUSIONES

1º Delito flagrante es aquel en que el delincuente es sorprendido mientras lo está cometiendo, cuando es perseguido y detenido sin solución de continuidad con respecto a la ejecución, tentativa o frustración, y cuando es aprehendido en circunstancias tales, o con objetos, que constituyen indicios vehementes de la comisión del delito y de perpetración del sospechoso.

2º La notoriedad cuando menos relativa de los hechos y la inequívoca individualización del procesable, que no es sinónimo de su identificación personal exacta por ocultaciones o deformaciones documentales o físicas, conducen a tornar somero el sumario y a que resulte recomendable por

demás el expedito juzgamiento de quien aparece como culpable de manera casi evidente.

3º El delito flagrante, por la alarma o repulsa pública que provoca, conduce a que se derogue la inmunidad parlamentaria de los señores asambleístas. Así puede comprobarse con los textos constitucionales de la Argentina y España, aún cuando con intermitencias en el primer país y con prolongación de décadas en el segundo la anormalidad institucional superior resulta incuestionable.

4ª. El Art. 162 del Código de Procedimiento Penal da la definición de delito flagrante, señalando que: "Es delito flagrante el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que haya existido una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la detención, así como que se le haya encontrado con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos al delito recién cometido.- No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión del delito y la comisión", según lo dispone el Art. 37 de la Ley sin número publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 555 del 24 de marzo del 2009.

5º En definitiva, los delitos flagrantes, son los menos numerosos de todos. Es natural, que tienen muy fácil prueba, justamente, por su misma

condición de flagrancia. Ahora bien, si el tutor ha estado armado, el momento de su detención, es obvio que dicha arma será comisada por la Policía, siguiere del caso y simplemente arranchada o quitada por las personas que intervengan en su aprehensión.

6ª. Un alto porcentaje de encuestados cree que no hay concordancia entre lo que manda el numeral 6 del Art. 216 del Código de Procedimiento Penal y el numeral 1 del Art. 77 de la Constitución, porque en el primero dice: "Ordenar la detención de la persona sorprendida en delito flagrante y ponerla, dentro de las veinte y cuatro horas siguientes; y la Constitución ...en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas.

7ª. Es del criterio del más alto porcentaje de investigados que se debe conocer las funciones de la o el fiscal señaladas en el Art. 25 del Código de Procedimiento Penal y la Sección 10ª de la Constitución que trata de la Fiscalía General del Estado y en ninguna se la autoriza la detención por delito flagrante.

8ª. El 100% de encuestados consideraron oportuno analizar las características del debido proceso, sus principios fundamentales y generalidades y, las garantías básicas del derecho al debido proceso dadas en el Art. 76 de la Constitución, en donde ya no se toma en cuenta al fiscal.

9ª El 100% de encuestados señalaron que se debe conocer el criterio que tiene los abogados de la Provincia de Esmeraldas sobre la detención en el delito flagrante para que se actúe en los procesos de las litis con probidad y equidad ya que el Código Orgánico de la Función Judicial en el Título VII trata de las abogadas y abogados y en el Capítulo I el patrocinio de las causas.

5.2. RECOMENDACIONES

1º Sugiero como recomendación para entender el delito flagrante el siguiente ejemplo: quien posee los efectos robados y no da descargo de su posesión o quien aparece con lesiones o manchas de sangre junto a alguien con él hasta la última hora de la víctima. La evidencia de las pruebas se traduce a veces en simplificaciones procesales, que abrevian el fallo.

2º El delincuente sorprendido en delito flagrante, in flagrante, en fragante o in fragante, porque de todas esas maneras puede decirse y, además "in fraganti", locución latina, puede ser detenido por cualquier persona. Para la autoridad y sus agentes constituye deber detenerlo y, la omisión de su cumplimiento puede constituir delito.

3º. Entiéndase por delito flagrante lo que se comete en el instante actual.

Es el que se descubre en el momento de su comisión, presente el autor del mismo. El delito así descubierto tuvo testigos. Deben dividirse a los delitos en flagrantes y no flagrantes, según se hayan o no descubierto en el momento de su perpetración.

4º. Recomiendo tomar en cuenta que en la realidad de las cosas, es lugar común decir que nadie llama a testigos para cometer un delito o que alguien recurra al Notario para que dé fe sobre su comisión. Por lo mismo, la cosa literal de los artículos 175 y 172 no es muy cierta, porque de lo que se trata, realmente es de una casualidad o rara oportunidad de la presencia de una o muchas personas, en el momento mismo de la realización de un delito.

5º Según el más alto porcentaje de encuestados se debe especificar que es delito flagrante en la legislación penal ecuatoriana, tomando en cuenta la doctrina de otras legislaciones latinoamericanas, porque tal como lo define el Código de Procedimiento Penal es muy escueta e incompleta.

6º. El 100% de encuestados cree que en la normativa de la legislación penal que regula la detención en el caso del delito flagrante sí existe contradicción con lo dispuesto en la norma constitucional sobre la detención en referencia porque mientras en el Código de Procedimiento Penal se ordena la detención en la Constitución se la prohíbe, por lo que sugiero reformas.

7ª La Constitución de la República del Ecuador del 2008 que crea órganos del poder público, en la Sección 10ª del Cap. IV, del Título IV, solamente se refiere a la Fiscalía General del Estado y, en el Art. 194 señala que "es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera..." Denigraron al Ministerio Público, cambiándole a un órgano de la Función Judicial.

8ª. El 100% de los investigados cree que no hay concordancia entre lo que manda el numeral 6 del Art. 216 del Código de Procedimiento Penal y los numerales 4 y 9 del Art. 11 de la Constitución, porque el numeral 6, le faculta "Ordenar la detención de la persona sorprendida en delito flagrante y ponerla, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a órdenes de la Jueza o Juez de Garantías Penales. En cambio los numerales 4 y 9 del Art. 11 de la Constitución mandan: "Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales". Y "El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución".

9ª El delito flagrante por implicar una trascendencia parlamentaria, por la alarma o repulsa pública que provoca, conduce a que se derogue la inmunidad parlamentaria de Asambleístas. Así puede comprobarse por los textos constitucionales de la Argentina y España, aun cuando con

intermitencias en el primer país y con prolongación de décadas en el segundo la anormalidad institucional superior resulta incuestionable.

10ª. El Código de Procedimiento Penal en el Art. 216 que señala las atribuciones de la o el fiscal, invoca en varios renglones la Jueza o Juez de Garantías Penales y el Tribunal de Garantías Penales, pero en el Código Orgánico de la Función Judicial, todavía no se han creado esas instancias.

11ª. La Constitución de la República del Ecuador, en el Título IV de la participación y organización del poder, en el Cap. IV, la Función Judicial y Justicia Indígena, y la Sección 10ª de la Fiscalía General del Estado, con lo que desaparece el Ministerio Público y pasa a ser un Departamento de la Función Judicial y según el Art. 194, es un órgano de la Función Judicial.

12ª. El Código Orgánico de la Función Judicial, en el Título V trata de los órganos autónomos; en el Cap. I de la Fiscalía General del Estado, con lo que elimina el Ministerio Público; el Art. 281 le señala la naturaleza jurídica, en los siguientes términos: "La Fiscalía General del Estado es un organismo autónomo de la Función Judicial, con autonomía económica, financiera y administrativa. Tiene su sede en la capital de la República"¹¹².

13ª. Se sugiere tomar en cuenta la definición de delito flagrante del Art. 162

¹¹². CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Art. 281: **Naturaleza jurídica de la Fiscalía General del Estado**

del Código de Procedimiento Penal, según la reforma dada con el Art. 37 de la ley sin número publicada en el Suplemento del Registro Oficial N 555 del 24 de marzo del 2009: "Es delito flagrante el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que haya existido una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la detención, así como que se le haya encontrado con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos al delito recién cometido.- No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión del delito y la detención".

14^a. El numeral 6 del Art. 216 del Código de Procedimiento Penal: "Ordena la detención de la persona sorprendida en delito flagrante y ponerla, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a órdenes de la jueza o juez de Garantías Penales". Contradice al numeral 1 del Art. 77 de la Constitución: "...no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas.

Si la Fiscalía General del Estado pasó a ser órgano autónomo de la Función Judicial y, el Art. 254 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone: "El Consejo de la Judicatura es el órgano único de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial, que comprende: órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos"; el numeral 11 del Art. 208 de la

Constitución no tiene concordancia ni coherencia con lo que manda al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social: "Designar a la primera autoridad de la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado y Contraloría General del Estado, luego de agotar el proceso de selección correspondiente".

La Fiscalía General del Estado, no participa ni debe participar en el Consejo de Participación Ciudadana, para que no haya contradicciones con los Arts. 167 y 168 de la Constitución, por eso obliga reformar ese numeral.

El literal f de la 5ª disposición transitoria, del Código Orgánico de la Función Judicial dispone: "Las y los Fiscales distritales, agentes fiscales distritales, agentes Fiscales, procuradores de adolescentes y demás funcionarios y empleados de la Fiscalía General y fiscalías distritales del país, siempre que cumplan con los requisitos exigidos para las servidoras y servidores de la Función Judicial, y que merezcan evaluación positiva, pasarán a formar parte de la Fiscalía General en cargos de similar jerarquía y remuneración en atención a la nueva organización dispuesta por este Código. El Fiscal General permanecerá en su cargo hasta que sea nombrado el nuevo Fiscal General de acuerdo a la Constitución y el Código de la Función judicial".

Las disposiciones reformativas y derogatorias, en el numeral 3 disponen: Deróganse "La Ley Orgánica del Ministerio Público, publicada en el Registro Oficial 250 del 13 de abril del 2006".

15. Recomienda a las Autoridades de la Escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica Particular de Loja, entregar a la Función Legislativa las reformas que a continuación puntualizo:

5.3. PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 216 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL PERO ANTES HAY:

5.3.1. REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

0001

LA ASAMBLEA NACIONAL
DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

CONSIDERANDO:

Que con el numeral 4 del Art. 77 de la Constitución dejan leer "la agente o el agente", lo que implica una repetición insulsa, porque el término carece de femenino;

Que el numeral 13 del Art. 77 contiene una repetición insulsa al decir "las adolescentes y los adolescentes", siendo que adolescentes es para ambos géneros.

Que en el Art. 194 utiliza los términos ..."económica y financiera", esto es una tautología.

Que el Art. 194 sigue dando autonomía administrativa, económica y financiera, descentralización, a pesar de ser un departamento de la Función Judicial.

Que la norma Constitucional tiene concordancia con el Art. 417 de la misma

Constitución que ordena la sujeción a la Constitución de los tratados e instrumentos internacionales y éste mandato tiene concordancia con el Art. 425, que exige el orden jerárquico de leyes: "El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos". Este mandato tiene concordancia con el Art. 82 que exige el derecho a la seguridad jurídica.

Que el Art. 197 queda como letra muerta frente al mandato del numeral 3 del Art. 181 de la misma Constitución;

En uso de las atribuciones que le concede el numeral 2 del Art. 441 que faculta la reforma de la Constitución,

Acuerda:

Dictar una Ley reformativa que reforme a la Constitución en los artículos indicados, ya que "la enmienda de uno o varios artículos, que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de la Constitución se realizará

Refórmese en el numeral 4 del art. 77 la expresión "la agente o el agente", con la frase "la o el agente".

Art. 1. Refórmese el numeral 13 del Art. 77, eliminando la repetición de "adolescentes" para que diga: "Las o los adolescentes".

Art. 2. Refórmese el Art. 128 fuero. "Ningún Asambleísta, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido in fraganti en la ejecución de algún delito de acción pública, infamante u otra aflictiva; de lo que se dará cuenta a las Autoridades de la Asamblea Nacional con la información sumaria del hecho.

Los asambleístas sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. La detención será comunicada inmediatamente a las autoridades de la Asamblea Nacional. Si algún Juez o Jueza estimare que debe dictar auto de procesamiento contra un Asambleísta, lo comunicará así a la Asamblea Nacional, exponiendo los fundamentos que considere pertinentes. Transcurridos sesenta días, a partir de la fecha en que la Asamblea Nacional hubiese acusado recibo del oficio correspondiente, sin tomar acuerdo respecto del mismo, se entenderá denegado el suplicatorio. Toda detención o procesamiento de un Asambleísta quedará sin efecto cuando así lo acuerde la Asamblea Nacional, si está reunida.

Art. 3. Suprimir el Art. 197, porque queda como letra muerta, frente al mandato: "Serán funciones del Consejo de la Judicatura, además de los que determine la ley: 3. Dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como su evaluación, ascensos y sanción. Todos los procesos serán publicados y las decisiones motivadas".

Art. 4. Refórmese el Art. 194, en los siguientes términos: "La Fiscalía General del Estado es un organismo de la Función Judicial, la que pone en vigencia el principio de Autonomía Económica, Financiera y Administrativa, por ser una Función más del Estado y se rige por su propio Código Orgánico, reglamentos y resoluciones, bajo los criterios de descentralización y desconcentración.

Art. 5. Refórmese el Art. 194, eliminando el término "económica".

Disposición final. Esta Ley Reformatoria a la Constitución, sus reformas y derogatorias, entrarán en vigencia desde la fecha de la respectiva publicación en el Registro Oficial.

Es dada en el Distrito Metropolitano de Quito, en la Sala de Sesiones del Plenario de las Mesas de discusión de la Asamblea Nacional, el ... de del 2009.

5.3.2. REFORMAS AL CÓDIGO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

0002

LA ASAMBLEA NACIONAL
DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

CONSIDERANDO:

Que el Código Orgánico de la Función Judicial no ha creado al Juez de Garantías Penales;

Que el Art. 194 no es coherente en las disposiciones;

Que el Art. 281, contradice al numeral 2 del Art. 284, en cuanto a la autonomía administrativa.

Que el numeral 9 del Art. 284 contiene una repetición insulsa al decir: "...la propuesta presupuestaria y la programación presupuestaria".

Que el numeral 10 del Art. 284 contradice al mandato constitucional del Art. 134, en lo que dispone el numeral 3.

En uso de las atribuciones que le concede el Art. 136 de la Constitución de la República,

Decreta,

Dictar una Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, en

los términos que indican los siguientes artículos:

Art. 1. Refórmese, ateniéndose al Art. 161 del Código de Procedimiento Penal, en lo que tiene que ver con el Juez y Tribunales de Garantías Penales, exigiendo la creación de esa Autoridad, respaldados por el numeral 3 del Art. 178 de la Constitución.

Art. 2. Refórmese el Art. 194, en los siguientes términos: "La Fiscalía General del Estado es un organismo de la Función Judicial, la que pone en vigencia el principio de Autonomía Económica, Financiera y Administrativa, por ser una Función más del Estado y se rige por su propio Código Orgánico, reglamentos y resoluciones, bajo los criterios de descentralización y desconcentración.

Art. 3. Refórmese el Art. 281, en cuanto a la autonomía administrativa, que no la tiene, porque, según lo manda el numeral 3 del Art. 181 de la Constitución.

Art. 4. Refórmese el numeral 9 del Art. 284 en lo que tienen que ver a la repetición: "...la propuesta presupuestaria y la programación presupuestaria", con otra expresión que diga: "Elaborar la propuesta y la programación presupuestarias".

Art. 5. Refórmese el numeral 10 del Art. 284, que diga: Preparar proyectos de ley o de reglamento en las materias relacionadas con el ejercicio de las

funciones institucionales y presentarlas al titular de la Función Judicial y al Consejo de la Judicatura, para que éstos, a su vez, presenten a la Asamblea Nacional o a quien ejerza la Presidencia de la República.

Disposición final. Esta Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, sus reformas y derogatorias, entrarán en vigencia desde la fecha de la respectiva publicación en el Registro Oficial.

Es dada en el Distrito Metropolitano de Quito, en la Sala de Sesiones del Plenario de las Mesas de discusión de la Asamblea Nacional, el ... de del 2009.

5.3.3. REFORMAS AL CODIGO PENAL

0002

LA ASAMBLEA NACIONAL
DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

CONSIDERANDO:

Que en el Capítulo III de los delitos contra la libertad individual, se estipulan multas sin ningún criterio.

En uso de las atribuciones que le concede el Art. 136 de la Constitución de la República,

Decreta,

Dictar una Ley Reformatoria al Código Penal, en los términos que indica el siguiente artículo:

Art. 1. Refórmese los Arts. 180, 182, 183, 184, 185 y 186, en lo que tiene que ver con las multas irrisorias, aumentando a mínimos vitales generales, como prevención.

Disposición final. Esta Ley Reformatoria al Código Penal, sus reformas y derogatorias, entrarán en vigencia desde la fecha de la respectiva publicación en el Registro Oficial.

Es dada en el Distrito Metropolitano de Quito, en la Sala de Sesiones del

Plenario de las Mesas de discusión de la Asamblea Nacional, el ... de
del 2009.

5.3.4. REFORMAS AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

0003

LA ASAMBLEA NACIONAL
DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

CONSIDERANDO:

Que la disposición general octava de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal, reforma al Art. 15, sin embargo, no contiene el texto en mención;

Que en el Art. 33 se lee: "...a la fiscal o al fiscal", lo que implica una redundancia insulsa, porque Fiscal se expresa tanto para masculino como para femenino;

Que en la última parte del numeral 1 del Art. 77 de la Constitución se lee: "Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas";

Que el Art. 84 de la Constitución de la República del Ecuador exige la adecuación jurídica de las normas y leyes: "La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios

para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución". Sin embargo el art. 27 del Código de Procedimiento Penal, sin relación alguna está creando la competencia de los jueces de garantías penales, sin que el Código Orgánico de la Función Judicial los haya creado.

Que en el número 6 del Art. 216 del Código de Procedimiento Penal se lee: Ordenar la detención de la persona sorprendida en delito flagrante y ponerla, dentro de las veinte y cuatro horas siguientes, a órdenes de la jueza o juez de Garantías Penales.

Que en el Art. 161 se lee "Los Agentes de la Policía Nacional, de la Policía Judicial, origina una repetición;

Que en el 2º inciso del Art. 161 se invoca el Juez de Garantías, sin que consten ni en la Constitución ni los haya creado el Código Orgánico de la Función Judicial;

Que el Art. 84 de la Constitución ordena la adecuación jurídica de las normas y leyes;

Que en el inciso tercer del Art. 161 se evoca al Juez de Garantías Penales;

Que en el Art. 216 se repite "La Fiscal o el Fiscal".

En uso de las atribuciones que concede el Art. 136 de la Constitución de la República,

Acuerda,

Dictar una Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal porque según el Art. 15. Interpretación Restrictiva: "Todas las disposiciones de esta Ley que restringen la libertad o los derechos del procesado, de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos o limitan el ejercicio de las facultades conferidas a quienes intervienen en el proceso, deben ser interpretadas restrictivamente.

Art. 1. El inciso 1º del Art. 33, refórmese en los siguientes términos: "El ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente a la o el Fiscal".

Art. 2. Refórmese el Art. 161 en la parte que dice "Los agentes de la Policía Nacional, de la Policía..." con lo siguiente "Agentes de la Policía Nacional o Judicial".

Art. 3. Refórmese el inciso 3º del Art. 161, que diga: "Antes de que se cumplan las veinticuatro horas desde el momento en que ocurrió la detención flagrante..."

Art. 4. Refórmese el Art. 216, la frase "la Fiscal o el Fiscal", con "la o el Fiscal, en todos los incisos.

Art. 5. Refórmese el texto del numeral 6 del Art. 216: Solicitar al Juez/za boleta de captura o de detención contra la persona sorprendida en delito flagrante y ponerla, en acto seguido, a órdenes del Juez/za que autorizó la captura, antes de que se cumplan las veinticuatro horas que ordena la Constitución en el numeral 1 del Art. 77.

Disposición final. Esta Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal, sus reformas y derogatorias, entrarán en vigencia desde la fecha de la respectiva publicación en el Registro Oficial.

Es dada en el Distrito Metropolitano de Quito, en la Sala de Sesiones del Plenario de las Mesas de discusión de la Asamblea Nacional, el ... de del 2009.

BIBLIOGRAFÍA

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 544 del 9 de marzo del 2009, Actualizado a abril del 2009

CÓDIGO PENAL, Legislación conexas, Concordancias, Profesional, Corporación de estudios y Publicaciones, Quito, Actualizado a junio del 2009,

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Legislación Conexas, Concordancias, Profesional, Incluye Reformas publicadas en el Suplemento del Registro Oficial N° 555 del 24 de marzo del 2009, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Actualizado a junio del 2009

CONSTITUCIÓN de la República del Ecuador, Comentarios, Legislación, Concordancias, Publicada en el Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre del 2008, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Actualizada al 2 de enero del 2009

LEGISLACIÓN POLICIAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Actualizada al 2 de enero del 2009

VACA Andrade, Ricardo, Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Col. Cátedra, Nº 5, Quito, 2000

ALMEIDA SÁNCHEZ, Víctor M. (1991): Interpretaciones, Interrogantes Y Aplicaciones Penales, Tomos I y II, Lito e Imp. Poligráfica.

CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de derecho usual, 8 Tomos, Editorial Heliasta, 1996, Veinticuatroava Edición.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones 2001

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones 2000.

GUZMÁN LARA, Aníbal: Diccionario Explicativo del derecho procesal penal ecuatoriano, Editorial Jurídica del Ecuador. 1991

GUERRERO VIVANCO, Walter; LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES, Pudeleco 2001.

ETCHEBERRY, Alfredo DERECHO PENAL, Tomo primero. Editorial Gabriela Mistral Impresores, Santiago, Chile, 1976.

MERINO PÉREZ, Gonzalo: Enciclopedia de Práctica Jurídica, Apéndice Vil, Librería Magnus, Guayaquil - Ecuador 2000

TORRES CHAVEZ, Efraín: Breves Comentarios al Código de Procedimiento Penal y Práctica Penal, Escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica Particular de Loja, Loja - Ecuador. 1997

TORRES CHAVEZ, Efraín: Breves Comentarios al Código de Procedimiento Penal y Práctica Penal, Tomo II, Corporación de Estudios y Publicaciones, Cátedra, Quito - Ecuador. 1997

VACA ANDRADE, Ricardo: Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, Cátedra, Quito – Ecuador 2000.

ZABALA BAQUERIZO, Jorge: El proceso penal Ecuatoriano, Tomos I, II y III Edino, 1990.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. Práctica Penal, Edino, Guayaquil – Ecuador, 1993.

LEGISLACIÓN

CÓDIGO de Procedimiento Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, actualizado a diciembre del 2006.

CÓDIGO Penal, Legislación conexas-concordancias, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, actualizado a diciembre del 2006.

CONSTITUCIÓN Política de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, actualizada a diciembre del 2006.

LEY Orgánica de la Función Judicial, Reglamentos y Legislación Conexas, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, actualizada a diciembre del 2006.

LEY Orgánica del Ministerio Público, Reglamento, legislación conexas, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, actualizada a diciembre del 2006.

LEY de Enjuiciamiento Criminal de España de 1967, Art. 779 sacado de Internet.

INTERNET: www.google.com

ANEXOS

UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS ENCUESTA PARA 30

PROFESIONALES DEL DERECHO

Señor: Magistrado ()

Juez ()

Abogado ()

Como licenciada en Ciencias Jurídicas me he propuesto conocer sobre LA DETENCIÓN EN EL CASO DEL DELITO FLAGRANTE EN LA LEGISLACIÓN PENAL Y EN LA NORMA CONSTITUCIONAL, por lo que le ruego conteste el siguiente cuestionario de la presente encuesta:

CUESTIONARIO:

1. ¿Cree Ud. que hay concordancia entre lo que manda el numeral 6 del Art. 216 del Código de Procedimiento Penal y el numeral 6 del Art. 24 de la Constitución?

Si() No() ¿Porqué?.....

2. ¿Considera Ud., analizar y determinar el alcance de los artículos 216 del Código de Procedimiento Penal y el 24 de la Constitución Política de la República en cuanto a la detención en delito flagrante?

Si () No () ¿Porqué?.....

3. Es de su criterio ¿qué se debe conocer las funciones generales de los Agentes Fiscales? Si () No () ¿Porqué?.....

4. ¿Se debe especificar que es delito flagrante en la legislación penal ecuatoriana, y en otras legislaciones latinoamericanas?

Si () No () ¿Porqué?.....

5. ¿Considera oportuno analizar las características del debido proceso, sus principios fundamentales, generalidades y el rol que le compete al Ministerio Público?

Si () No () ¿Para qué?.....

6. ¿Se debe conocer el criterio que tienen los abogados de la provincia de Esmeraldas sobre la detención en el delito flagrante?

Si () No () ¿Porqué?.....

7. ¿Cree Ud., que en la normativa de la legislación penal que regula la detención en el caso del delito flagrante existe contradicción con lo dispuesto en la norma constitucional sobre la detención en referencia?

Si () No () ¿Porqué?.....

GRACIAS POR SU GENEROSA COLABORACIÓN

ÍNDICE

CONTENIDO	Páginas
Carátula	i
Declaración de Autoría	ii
Certificación	iii
Cesión de derechos de autor	iv
Agradecimiento	v
Dedicatoria	vi
Sumario o esquema de la tesis	vii
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO 1: GENERALIDADES DEL MINISTERIO PÚBLICO Y EL DELITO FLAGRANTE

1.1. El Fiscal	5
1.1.1. Antecedentes	6
1.1.2. Funciones	28
1.1.3. Atribuciones	42
1.2. El delito flagrante	49
1.2.1. Antecedentes	49
1.2.2. Concepto	54
1.2.3. Características	61

CAPÍTULO II: EL DEBIDO PROCESO

2.1. Garantías	66
----------------	----

2.2. Principios fundamentales	80
2.2.1 .Generalidades	92
2.3. Actuaciones del Ministerio Público	94

CAPÍTULO III: ANÁLISIS NORMATIVO COMPARATIVO SOBRE LA DETENCIÓN EN EL DELITO FLAGRANTE

3.1. Legislación Ecuatoriana	99
3.2. Legislación Argentina	107
3.3. Legislación Peruana	109
3.4. Legislación Española	110

CAPÍTULO IV: INVESTIGACIÓN JURÍDICA DE CAMPO

4.1. Diagnóstico criterial sobre el tema	115
4.2. Presentación y análisis de resultados	120
4.3. Comprobación de hipótesis y objetivo	128
4.4. Jurisprudencia sobre el tema	133

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA DE REFORMA

5.1. Conclusiones	153
5.2. Recomendaciones	156
5.3. Propuesta de reforma al artículo 216 del Código de Procedimiento Penal	163
5.3.1. Proyecto de reformas a la Constitución	163

	181
5.3.2. Proyecto de reformas al Código de Procedimiento Penal...	167
5.3.3. Reformas al Código Penal	170
5.3.4. Reformas al Código de Procedimiento Penal	172
BIBLIOGRAFÍA	176
ANEXOS	180
ÍNDICE	182

UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

**PROYECTO DE TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE DOCTORA EN JURISPRUDENCIA**

**“LA DETENCIÓN EN EL CASO DEL DELITO
FLAGRANTE EN LA LEGISLACIÓN PENAL Y EN LA
NORMA CONSTITUCIONAL. REFORMAS”.**

AUTORA:

Mercedes Alejandra Araujo Quiñonez

DIRECTOR:

Dr. José Aurelio Macas Illéscas

Loja – Ecuador
2009

1. TEMA:

LA DETENCIÓN EN EL CASO DEL DELITO FLAGRANTE EN LA LEGISLACIÓN PENAL Y EN LA NORMA CONSTITUCIONAL

2. PROBLEMATIZACIÓN

1. El Art. 216 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a las atribuciones del Fiscal, en el numeral 6, dice:

"6 Ordenar la detención de la persona sorprendida en delito flagrante y ponerla, dentro de las veinte y cuatro horas siguientes, a órdenes del juez competente;"

Ha quedado reducida la autonomía de la fiscalía General del Estado a lo económico, , administrativo y presupuestario, porque el Art. 194 de la Constitución se convierte en letra muerta, frente a lo que manda el numeral 3 del Art. 181 de la misma Constitución, que determina las funciones del consejo de la Judicatura. En tanto que la Constitución de la República del Ecuador, en la parte final del numeral 1 del Art. 77... "Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas".

Creándose una discordancia entre las normas legales, debido a que muchas personas detenidas en delito flagrante alegan la inconstitucionalidad de la detención, porque la Constitución que es la Carta

Magna del Estado y prevalece sobre los demás cuerpos legales, no establece específicamente si el Fiscal está facultado para ordenar la detención.

Esta discordancia entre lo prescrito por la Constitución Política y la ley, en este caso el numeral 6 del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, disposición que debe sujetarse a la norma Constitucional, a dado oportunidad, para la interpretación de las partes de acuerdo a los intereses de cada una de ellas, aduciendo que la orden de detención emitida por el Fiscal, en el caso del delito flagrante es inconstitucional, logrando en

algunos casos que se ponga en libertad al delincuente sorprendido en forma flagrante, dejando a la sociedad a merced de la delincuencia, razón por la cual es necesario clasificar las disposiciones en referencia para evitar la doble interpretación, aspecto que lo realizare en el transcurso de mi investigación y en la propuesta de reforma correspondiente.

3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

Las normas creadas no son una apéndice de la ley, sino una parte funcionalmente normal y necesaria de la creación de preceptos jurídicos, en consonancia con el espíritu del ordenamiento jurídico. El actual Código de procedimiento Penal, describe en el artículo 216 cuales son las atribuciones del fiscal y entre ellas tiene que ordenar la detención de la

persona sorprendida en delito flagrante y ponerla, dentro de las veinticuatro horas siguientes a órdenes del juez competente, para facilitar la administración de justicia y evitar que los delincuentes aleguen inconstitucionalidad por cuanto en la Constitución del Estado no se determina expresamente que otra Autoridad puede ordenar la detención, las dos normas legales deben estar en concordancia y por lo menos en la Constitución debe mencionarse al Fiscal.

En los actuales momentos me encuentro realizando mi pasantía en el Juzgado Tercero de lo Penal de Esmeraldas a órdenes del Dr. Freddy Olaya Seminario, y he observado como muchos delincuentes alegan que su detención no es legal por esta controversia entre los dos cuerpos de Ley.

Considero importante investigar este problema y efectuar un análisis comparativo de los numerales 6 del Art. 216 del Código de Procedimiento Penal y el N° 1 del art. 77 de la de la Constitución, ya que; la Constitución se constituye en la norma fundamental que establece y garantiza el debido proceso, normas éstas que tienen supremacía sobre cualquier otra norma de nuestra legislación.

Indudablemente este estudio comparativo servirá, para enriquecer mis conocimientos académico, y ayudará a una mejor administración de la justicia, ayudando a los Agentes fiscales y a los usuarios del sistema legal que reclaman justicia y que en muchas ocasiones se ven perjudicados por

ésta pequeña pero significativa controversia entre las dos normas legales.

La realización de la presente investigación es factible por cuanto tengo un marcado interés sobre el problema jurídico planteado y cuento con los recursos respectivos.

OBJETIVOS:

3.1 General:

Analizar y determinar el alcance de los artículos 216 del Código de Procedimiento Penal y los numerales 1 y 4 del Art. 77 de la República en cuanto a la detención en delito flagrante.

3.2 Específicos:

- Conocer las funciones generales de los Agentes Fiscales.
- Especificar que es delito flagrante en la legislación penal ecuatoriana, y en otras legislaciones latinoamericanas.
- Analizar las características del debido proceso, sus principios fundamentales, generalidades y el rol que le compete al Fiscal para asegurar el debido proceso.
- Conocer el criterio que tienen los abogados de la provincia de Esmeraldas sobre la detención en el delito flagrante.

4. HIPÓTESIS:

En la normativa de la legislación penal que regula la detención en el caso del delito flagrante existe contradicción con lo dispuesto en la norma constitucional sobre la detención en referencia.

METODOLOGÍA:

4.1 Metodología

Para mi trabajo de investigación utilizaré los métodos científicos: inductivo y deductivo:

INDUCTIVO.- Del análisis y la comparación de las disposiciones legales contenidas en el Código de Procedimiento Penal y Constitución Política de la República podré establecer que existe una omisión en la Constitución al no establecer específicamente si el Fiscal en caso de delito flagrante podrá ordenar la detención, hasta que esto no se establezca claramente el numeral 216 del Código de Procedimiento Penal, sería inconstitucional, por cuanto el Fiscal tendría atribuciones que la Constitución señala como específicas del Juez.

DEDUCTIVO.- Del contexto general, precisaré la reforma correspondiente al artículo 216 del Código de Procedimiento Penal.

6.2. Técnicas

FICHAS BIBLIOGRÁFICAS.- Recopilando la información de los diferentes textos que tengan relación con el tema de investigación.

FICHAS NEMOTÉCNICAS.- En las que recogeré la información de los contenidos que me sirvan para la presentación del informe.

ENCUESTAS

Utilizaré también la técnica de la encuesta a un número de treinta abogados, para que manifiesten su criterio sobre la atribución del fiscal de ordenar la detención de la persona sorprendida en delito flagrante.

7. PLAN DE TRABAJO

FASES	AÑO 2009						
	Junio	Julio	Agosto	Sept.	Octubre	Noviembre	Diciembre
Prediseño	xx						
Diseño del Proyecto		xxxx	xx				
Aprobación del Proyecto			xx				
Ejecución				xxx	xxxx	xx	
Corrección del Informe						xx	
Presentación							xx

8. RECURSOS

8.1. Recursos Humanos

Profesores de Seminario: Dr. José Aurelio Macas Illescas

Investigadora: Lic. Mercedes Alejandra Araujo

Director de Tesis:

8.2. Recursos Materiales

Presupuesto

Seminario de Investigación Jurídica	\$ 180.00
Bibliografía	\$ 200.00
Reproducción de ejemplares	\$ 150.00
Encuadernación	\$ 50.00
Gastos de Investigación	\$ 200.00
Varios	\$ 100.00
TOTAL	\$ 880.00

Son Ochocientos ochenta dólares

8.3. Financiamiento

Los gastos que se presenten en la investigación propuesta serán financiados con recursos propios de la investigadora.

9. SUMARIO O ESQUEMA D ETESIS

LA DETENCIÓN EN EL CASO DEL DELITO FLAGRANTE EN LA LEGISLACIÓN PENAL Y EN LA NORMA CONSTITUCIONAL

Introducción

CAPÍTULO I

GENERALIDADES DEL MINISTERIO PÚBLICO Y EL DELITO FLAGRANTE

- 1.1. El Fiscal
 - 1.1.1. Antecedentes
 - 1.1.2. Funciones
 - 1.1.3. Atribuciones
- 1.2. El delito flagrante
 - 1.2.1. Antecedentes
 - 1.2.2. Concepto
 - 1.2.3. Características

CAPÍTULO III

**ANÁLISIS NORMATIVO COMPARATIVO SOBRE LA DETENCIÓN EN
EL DELITO FLAGRANTE**

- 3.1. Legislación Ecuatoriana
- 3.2. Legislación Argentina
- 3.3. Legislación Boliviana
- 3.4. Legislación Peruana
- 3.5. Legislación Chilena

CAPÍTULO IV

INVESTIGACIÓN JURÍDICA DE CAMPO

- 4.1. Diagnóstico criterial sobre el tema
- 4.2. Presentación y análisis de resultados
- 4.3. Comprobación de hipótesis y objetivo
- 4.4. Jurisprudencia sobre el tema

CAPÍTULO V

**CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA DE
REFORMA**

- 5.1. Conclusiones
- 5.2. Recomendaciones
- 5.3. Propuesta de reforma al artículo 216 del Código de Procedimiento

Penal

Bibliografía

Anexos

índice

BIBLIOGRAFÍA:

- 1.- ALMEIDA SÁNCHEZ, Víctor M. (1991): Interpretaciones, Interrogantes Y Aplicaciones Penales, Tomos I y II, Lito e Imp. Poligráfica.
- 2.- CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de derecho usual, 8 Tomos, Editorial Heliasta, 1996, Veinticuatroava Edición.
- 3.- Código de Procedimiento Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones 2001
- 4.- Constitución Política de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones 2000.
- 5.- GUZMÁN LARA, Aníbal: Diccionario Explicativo del derecho procesal penal ecuatoriano, Editorial Jurídica del Ecuador. 1991
- 6.- GUERRERO VIVANCO, Walter; LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES, Pudeleco 2001.
- 7.- ETCHEBERRY, Alfredo DERECHO PENAL, Tomo primero. Editorial Gabriela Mistral Impresores, Santiago, Chile, 1976.
- 8.- MERINO PÉREZ, Gonzalo: Enciclopedia de Práctica Jurídica, Apéndice Vil, Librería Magnus, Guayaquil - Ecuador 2000
- 9.- TORRES CHAVEZ, Efraín: Breves Comentarios al Código de Procedimiento Penal y Práctica Penal, Escuela de Ciencias Jurídicas de la

Universidad Técnica Particular de Loja, Loja - Ecuador. 1997

10.- TORRES CHAVEZ, Efraín: Breves Comentarios al Código de Procedimiento Penal y Práctica Penal, Tomo II, Corporación de Estudios y Publicaciones, Cátedra, Quito - Ecuador. 1997

11.- VACA ANDRADE, Ricardo: Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, Cátedra, Quito – Ecuador 2000.

12.- ZABALA BAQUERIZO, Jorge: El proceso penal Ecuatoriano, Tomos I, II y III Edino, 1990.

13.- ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. Práctica Penal, Edino, Guayaquil – Ecuador, 1993.