

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

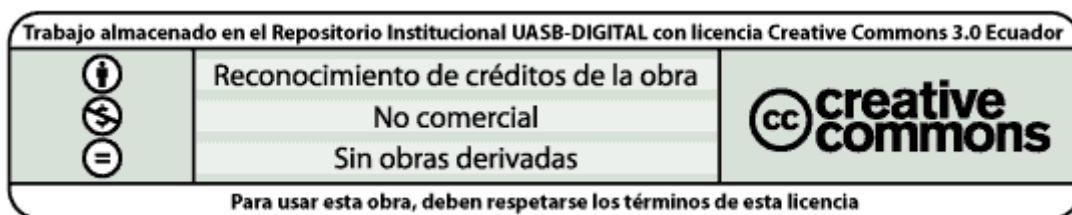
Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Procesal

**La Contraloría General del Estado como sujeto procesal en el
sistema acusatorio ecuatoriano**

Javier Velastegui Cadena

Quito, 2015



CLAÚSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Ángel Javier Velasteguí Cadena, autor de la tesis intitulada “La Contraloría General del Estado en el sistema procesal acusatorio ecuatoriano” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 13 de noviembre de 2015

Firma:

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Quito

Área de Derecho

Maestría en Derecho Procesal

La Contraloría General del Estado
como sujeto procesal en el sistema acusatorio ecuatoriano

Autor: Javier Velastegui Cadena

Tutor: Carlos Poveda Moreno

Quito, 2016

Abstract

Al tema relativo a los sujetos procesales en el sistema procesal acusatorio que mantiene en la actualidad la República del Ecuador, resulta imperioso ponerlo sobre la palestra de investigación, especialmente por las consecuencias jurídicas que, en este caso tiene, la presencia de la Contraloría General del Estado, como una de estas partes, sin obtener tal calidad.

Precisamente, el alcance de la presente investigación está destinado a establecer –sobre la base de disposiciones constituciones y legales, y los valiosos aportes doctrinales nacionales y extranjeros– cuáles son las personas naturales o jurídicas que pueden ser consideradas como partes procesales; sin embargo, en el ámbito nacional, las limitaciones están marcadas por la inoperante actuación de ciertos magistrados de la antigua Corte Suprema de Justicia que, sin considerar esas disposiciones constituciones y legales –mucho menos los aportes doctrinales– dieron un *status* especial a la Contraloría General del Estado, con una simple resolución, que inclusive reformó tácitamente el Código de Procedimiento Penal de entonces, además que se la atribuyó funciones que le correspondían a la Función Legislativa.

Por lo que queda anotado, el tema es absolutamente justificado dentro de una actualidad jurídica que requiere una respuesta adecuada y oportuna de las diferentes instancias, especialmente de la Función Judicial –tal como lo dejamos planteado en la investigación–, y que se comprobó que la actuaciones pasadas están siendo corregidas. Por ello, la idea que se mantuvo como hipótesis –y que se deja planteada para los lectores– es que el órgano de control no puede ser considerado como parte procesal en el sistema procesal penal ecuatoriano.

La presente investigación, a través de un análisis jurídico-crítico, pretende establecer una realidad jurídica que *debe ser* aplicada de forma inmediata, para buscar una adecuada aplicación de la *justicia*.

Palabras clave; procesal penal, partes procesales.

Dedicatoria

*A Doménica, fuente de toda inspiración y
fortaleza para avanzar ante toda adversidad
que plantea la vida; y, en ese mismo
sentido, vaya trazando su vida en esperanza de
mejores días*

Índice

	Página
Introducción.....	7

Capítulo primero

El sistema acusatorio oral

1. Generalidades.....	8
2. Asignación de roles a los participantes en el proceso penal	11
3. La relación procesal básica.....	17
4. La pretensión de los sujetos procesales	21

Capítulo Segundo

La Contraloría General del Estado

1. Antecedentes históricos.....	27
2. Naturaleza jurídica.....	28
3. Facultades constitucionales.....	30
4. Facultades legales.....	32
5. Facultades reglamentarias.....	34
6. Resolución 052.....	35

Capítulo tercero

Derecho comparado

1. Civil law: Colombia.....	44
2. Civil law: España.....	47

Conclusiones y recomendaciones.....	51
Bibliografía.....	53
Apéndices.....	55

Introducción

El trabajo de investigación plantea la necesidad de que la participación de la Contraloría General del Estado en los procesos penales que van a en contra del patrimonio del Estado, esté marcado dentro del ámbito de las disposiciones constitucionales y legales, especialmente porque la expedición de la Resolución No. 052, emitida por la antigua Corte Suprema de Justicia, le otorgó la calidad de sujeto procesal, vulnerando expresas disposiciones constitucionales y legales, especialmente porque consideramos que –y es el asunto de fondo del trabajo de investigación– esa posición que le otorgó la Resolución No. 052 vulnera principalmente el principio de igualdad de las partes, consagrado en la Constitución de la República.

Para establecer que la condición de la Contraloría General del Estado es indebida –especialmente a partir de la expedición de la Resolución No. 052– en una primera instancia realizamos un análisis de la parte legal y doctrinal respecto de a quiénes, en definitiva, se debe considerar como sujeto o parte procesal, en una especie de lo que podríamos llamar la parte medular de la tesis. En un segundo momento, se realiza una reseña historia y se identifica, legal y reglamentariamente, cuáles han sido las atribuciones que ha tenido el órgano de control para, en efecto, establecer si en función de sus propias disposiciones puede ser considerado como parte procesal.

La tercer parte, que es exclusiva de un estudio de Derecho comparado, pretende hacer una comparación de los considerados sistemas procesales acusatorios orales puros –de Estados Unidos de Norteamérica e Inglaterra–, que en realidad constituyen la génesis de los sistemas escritos europeos y latinoamericanos; con respecto a estos últimos, elegimos los de Colombia y España, por ser los sistemas más representativos y modernos. Sin embargo, dada la compleja estructura de los sistemas anglosajones, lo único que nos permite establecer es que las partes procesales son el fiscal y el acusado, y el juez se convierte en veedor del proceso; en tanto que en los sistemas escritos existen otras partes procesales.

Capítulo primero

El sistema acusatorio oral

1. Generalidades

No se puede concebir el desarrollo de los sistemas procesales penales a través de la historia, sin considerar que estos son producto de las condiciones políticas, culturales y económicas en los que se desarrollaron.

Si la expresión más vigorosa del poder del Estado es, precisamente, su poder penal, la afirmación de Ernst Beling, de que el Derecho Penal (material) no le toca al delincuente un solo pelo, sino que es el Derecho procesal penal el que se entiende de cerca con el hombre de carne y hueso –que muchas veces no es un delincuente –, aun factible de demostrar como exagerada, explica por sí sola el fenómeno indicado, el cual reducido a su exacta dimensión, se debe limitar a afirmar que, a pesar de que todo el Derecho es hijo de la cultura humana y de las ideas políticas que ella acuña, los cambios de orientación política aparecen “a flor de piel” en el Derecho Procesal Penal.¹

Son varios los tratadistas que, con respecto al desarrollo de los sistemas procesales penales a través de la historia, considere a ninguno de ellos como *sistemas puros*, pero sí coinciden, en cambio, que son tres los sistemas que se han desarrollado: a) el acusatorio; b) el inquisitivo; y, c) el mixto. Sin embargo, Walter Guerrero Vivanco, en su obra *Los sistemas procesales penales*,² habla de una cuarto sistema, el *sistema acusatorio oral público moderno de corte anglosajón*.

Nos referiremos esta vez, en forma somera, al sistema procesal acusatorio, por ser parte de la investigación.

El sistema procesal acusatorio subsistió durante toda la antigüedad y sus primeros vestigios se encontraron en el Código de Manú, aunque también se sostiene que la génesis de este sistema se encuentra en Atenas, de donde se extendió a Roma y luego a toda Europa, donde fue suplantado, en la Edad Media, por el sistema inquisitivo.

Es conocido que el sistema acusatorio oral se funda en varios principios muy marcados, a saber: la oralidad, la inmediación, la contradicción, la presunción de

¹ Julio B. J. Maier. “I Parte general. Fundamentos”. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed., 3ª reimpresión (Bueno Aires: Editores del Puerto s.r.l. 2004), 442-43.

² Ecuador, *Nuevo Código de Procedimiento Penal*, 2ª edición actualizada, Quito. Pudeleco Ediciones SA, marzo 2002, p. 21.

inocencia, el derecho a la defensa, la igualdad de las partes procesales, la imparcialidad del juzgador, la fundamentación de los fallos, entre otros. Estos principios fueron recogidos por el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, que entró en vigencia en enero del año 2000 y que —dicho sea de paso— trastocó en esa época, en forma fundamental, el procedimiento penal en el Ecuador, con la implementación de un nuevo sistema procesal penal, totalmente contrapuesto al que venía rigiendo por décadas en el país, el sistema inquisitivo.

Estos mismos principios del sistema procesal acusatorio se mantienen en el actual Código Integral Penal, que en su Art. 5 indica los principios que regirán el procedimiento penal, incluyendo —descriptivamente— algunos que no se contemplaban en el ya derogado Código de Procedimiento Penal, pero que doctrinariamente corresponden al sistema procesal acusatorio.

Hay que tomar en cuenta que la inclusión de un sistema acusatorio procesal penal cambió la estructura de pensamiento de los operadores de justicia y de los abogados, al separar en forma adecuada la actividad del juez, quien dejó de ser juez y parte en la fase de investigación y de decisión de responsabilidad del procesado, para convertirse —en este nuevo sistema— en un garantista de las normas procesales y de toda la fase de investigación, dejando a la Fiscalía General del Estado, por disposición constitucional y legal, como el único promotor de la acción penal.

La doctrina procesal ha estado empeñada en buscar diferencias entre los grandes sistemas que ha conocido la historia para represión punitiva. No obstante, lo que muestra la investigación histórica es que la dicotomía entre lo acusatorio y lo inquisitivo en realidad no permite caracterizar una estructura procesal determinada. Y ello es así porque los métodos de represión penal son producto de asimilaciones culturales únicas que suelen utilizar características de los dos modelos.

Los intentos de distinción ya habían sido señalados por Carrara, para quien el sistema acusatorio se caracteriza por los siguientes rasgos:

- a. Plena publicidad del procedimiento.
- b. Libertad personal del acusado hasta la condena definitiva.
- c. Paridad absoluta del derecho y poderes entre acusador y acusado.
- d. Pasividad del juez en la recolección de evidencia.
- e. Continuidad del procedimiento.
- f. Síntesis del procedimiento.³

³ Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett. *El Proceso Penal. I fundamentos constitucionales y teoría general*. 6ª. Ed. (Bogotá: Univerisad Externado de Colombia, 2013), 192-93.

Las características que son parte del sistema procesal acusatorio son coincidentes entre los tratadistas, como en efecto lo afirma el profesor Julio B. J. Maier, en su obra *Derecho Procesal Penal*, “I. Parte general”, cuando indica:

La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder, por el otro, el imputado quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan y se condicionan unos con otros: su principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de este reclamo (*nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*) y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye.⁴

Es por tanto marcada la actividad de los sujetos procesales en las etapas del proceso penal acusatorio: indagación, investigación y acusación. En la primera y segunda, con una actuación determinante del fiscal, para establecer una presumible responsabilidad del investigado y con una actuación secundaria del ofendido —sobre todo como apoyo a la investigación— dependiendo si ha presentado o no acusación particular, en tanto que el juez se convierte en verdadero vigilante de los derechos de las partes y del proceso. Para complementar la idea, hay que recordar que la decisión del juez, libre de toda responsabilidad de investigación, actúa en este caso sobre la base de lo que discuten las partes, como una conclusión fundamental de lo que significa la oralidad en el sistema acusatorio.

En la tercera fase se trastocan las actividades de los sujetos procesales, pues la acusación —que siempre dependerá del fiscal (recuérdese que sin acusación no hay juicio, según uno de los principios básicos del sistema acusatorio)— siempre será convalidada por el juez, que como veedor principal del proceso, estuvo anclado a este, en sus diferentes etapas.

La actividad permanente y fundamental del juez como protector de los derechos de las partes, se dará tanto en aquellos procesos conocidos como acción pública —como en los que acabamos de describir o en los de acción privada—, en los que el impulso del proceso corresponde únicamente al ofendido —y ya no al fiscal— a través de la presentación de una querrela penal.

⁴ Maier, *Derecho Procesal Penal*.

Evidentemente, como toda norma jurídica, ha existido una evolución en las instituciones procesales contenidas en las normas procesales, siendo el actual Código Integral Penal el resultado de estos cúmulos de experiencias, a veces buenas a veces malas, pero que en definitiva mantienen una sola dirección en el cumplimiento de lo establecido en la Constitución de la República, cuando indica que los juicios serán acusatorios orales.

2. Asignación de roles a los participantes en el proceso penal

Se ha establecido los orígenes del Fiscal en la Roma imperial, especialmente en el último periodo; pero es especialmente en la Francia medieval donde se ve el origen del ministerio fiscal, pues el rey, para protegerse de los envates de los señores feudales, estaba protegido por un grupo de abogados y procuradores que se encargaban de los propios problemas fiscales y de todo lo relacionado con la corona.

La figura del fiscal aparece, según varios autores, en la Roma clásica, con el *procuratore cesaris*, que no se asimila al Ministerio Público actual debido a que en esa época tan solo había acusación privada más no pública, Parece ser entonces que el antecedente directo de esta institución se encuentra en el medioevo francés con el *res du roi*, procuradores del rey, encargados inicialmente de los intereses del monarca en el juicio. Más al desaparecer la monarquía en el siglo XIV pasan a defender los intereses del Estado en el proceso.⁵

En el Ecuador, la primera referencia del Ministerio Público o Fiscalía General del Estado como se le conoce ahora, se encuentra en la Presidencia del general Juan José Flores, cuando en 1830 creó la Alta Corte, de la cual formaba parte el fiscal.

Se destacan como fechas importantes, en la historia de la Fiscalía General del Estado, el 19 de septiembre de 1830, cuando el Congreso nombró los primeros ministros y entre ellos el primer fiscal del Ecuador. El 1 de agosto de 1928, en la Presidencia de Isidro Arroyo Cueva, se crea la Procuraduría General de la Nación, que es considerada como el inicio de lo que hoy se conoce como Fiscalía General del Estado.

Sin embargo que estas dos instituciones, la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio Público como se conocía, se encontraban fusionadas como una sola

⁵ Richard Villagómez Cabezas. “El rol del fiscal”, en *Procedimiento Penal abreviado*, en <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/484/1/T605-MDP-Villag%C3%B3mez-El%20rol%20del%20fiscal%20en%20el%20procedimiento%20penal%20abreviado.pdf>, 53

entidad, con la expedición de la Constitución de la República del año de 1997, se separa el llamado Ministerio Público de la Procuraduría, como organismos independientes y por tanto con funciones separadas, para lo cual se dicta dos cuerpos legales, la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y la Ley Orgánica del Ministerio Público (R.O. 26 del 19 de marzo de 1997); y, es con la Constitución del 2008, que cambia la denominación de Ministerio Pública a Fiscal General del Estado, como se le conoce actualmente.

Veamos entonces qué indica la Constitución de la República, respecto de las atribuciones que tiene la Fiscalía:

Art.194. [...] 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

Art. 195. 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 al derecho de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.⁶

El COIP, respecto de la Fiscalía, en el Art. 442, confirma las actividades ya mencionadas en líneas anteriores, cuando hicimos la transcripción de normas constitucionales; sin embargo es menester que se tome muy en cuenta lo que sobre las actividades de Fiscalía General del Estado, establece el Código Orgánico de la Función Judicial, normativa en la que se incluyó precisamente a la Fiscalía como parte de la estructura orgánica de la Función Judicial.

Art. 282. *Funciones de la Fiscalía General del Estado.* A la Fiscalía General del Estado le corresponde:

1. Dirigir y promover, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal y demás leyes, en casos de acción penal pública; de hallar mérito acusar a los presuntos infractores ante el juez competente e impulsar la acusación en la sustanciación del juicio penal;
2. Dirigir y coordinar las actuaciones de la Policía Judicial en las indagaciones previas en las etapas del proceso penal;
3. Garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por delitos de acción pública, quienes deberán ser citados y notificados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo;

⁶ Constitución Política del Ecuador. [2008]. [Quito], Registro Oficial (RO) No. 449 (20 de octubre de 2008).

- cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria;
4. Dirigir, coordinar y supervisar las funciones de intercambio de la información y pruebas sobre nacionales o extranjeros implicados en delitos cometidos en el exterior, cuando así lo prevean los acuerdos y tratados internacionales;
 5. Dirigir y coordinar el Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que contará con la ayuda de organismos gubernamentales y no gubernamentales con el fin de establecer, de manera técnica y científica, procedimientos estandarizados para la práctica de la pericia médico legal;
 6. Conceder y revocar las correspondientes habilitaciones o acreditaciones, al personal de la Policía Judicial;
 7. Expedir en coordinación con la Policía Nacional los manuales de procedimiento y normas técnicas para el desempeño de las funciones de la Policía Judicial;
 8. Apoyar técnicamente a las personas que hacen sus prácticas preprofesionales en la Fiscalía General del Estado;
 9. Organizar y dirigir el sistema de protección de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal; y,
 10. Las demás determinadas en la Constitución y la ley.⁷

La relación procesal se constituye válidamente cuando el proceso ha surgido en la forma establecido por la ley, entre ellos, con la presencia de las partes procesales, que según el COIP son: el procesado, la víctima, la fiscalía y la defensa,

Sobre la víctima mucho se ha indicado, desde que tuvo un papel preponderante en el sistema acusatorio europeo, en los inicios precisamente de este sistema procesal, hasta que desapareció –procesalmente hablando– o tuvo poca actividad en el sistema inquisito para, por último –según los estudios criminológicos– ubicarlo a través de la victimología, como una de las figuras centrales dentro de la estructura del delito, como aquella persona natural o jurídica que sufre directamente las consecuencias o el resultado del delito.

Citando a Hidalgo Murillo, sobre las actividades y consideraciones que debe tener la víctima, Ricardo Vaca Andrade, en su obra *Derecho Procesal Ecuatoriano*, indica oportunamente:

Si bien coincidimos, en parte, con los autores citados, es decir, que el ofendido ha ido perdiendo importancia en la investigación de delitos y en la aplicación de las penas y que la acción penal pública debe ser monopolizada por un ente estatal, autónomo, especializado y profesionalizado en la acusación, no podemos coincidir, en primer lugar, en que el ofendido, como sujeto procesal puede perder importancia en la relación procesal, en segundo lugar, que la acción acusadora del Ministerio Público solo debe pretender la realización del derecho objetivo y no tanto la tutela del interés individual; en tercer lugar, que el ofendido no debe y pueda ser parte interesada y

⁷ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, en RO (9 de marzo de 2009).

esencial en la relación procesal penal, parte en sentido procesal, cuando ejerce la acción civil resarcitoria o la acción penal privada; y parte en el sentido probatorio, cuando denuncia en los casos de acción pública perseguible a instancia privada, cuando interviene directamente en los delitos de acción pública, cuando se convierte en objeto y medio de prueba, y cuando interviene como sujeto o parte coadyuvante del Ministerio Público.⁸

Los antecedentes que se tiene con respecto al *procesado* es que a lo largo de la historia ha merecido diferentes denominaciones: imputado, sindicado, investigado, procesado, acusado, dependiendo de la fase del procedimiento en que se encuentre el proceso penal y, por supuesto, dependiendo del sistema procesal de cada país.

La otra referencia que se tiene con respecto al *procesado*, tiene que ver –como un logro sustancial desde décadas atrás– el derecho a la defensa que tiene este sujeto procesal, en cumplimiento de disposiciones de tratados internacionales de derechos humanos, constitucionales y legales.

Para el caso del Ecuador, el derecho a la defensa se encuentra consagrado en nuestra Carta Suprema, en el Art.76, numeral 7. Al respecto, sobre el procesado y sus roles, Jorge Zavala Baquerizo indica:

En el CPP de 1983, y en los anteriores al mismo, al sujeto pasivo del proceso se denomina “sindicado”, estos es, la persona a la cual se le acusaba de la comisión de un acto. El CPP vigente lo denomina “imputado”, es decir, la persona a la cual se le atribuye un acto. Pero sea la denominación que se escoja, el hecho cierto es que trata de una persona a la cual se le ha sometido a un proceso penal por cuanto se le imputa la comisión de un delito. Es posible que esa persona, con posterioridad, dentro del mismo proceso penal se le sinde de ese mismo hecho, es decir, se le acuse de haber cometido la infracción. Lo importante es que se trata de uno de los dos extremos de la relación jurídica, que es de la naturaleza del proceso, cual es el sujeto pasivo del proceso o sea aquella persona frente a la cual se exhibe las pretensiones punitivas y de resarcimiento.⁹

Con esta pequeña introducción sobre el procesado y la víctima, establezcamos las atribuciones de estos, para lo cual nos referiremos a lo que indica la Constitución de la República sobre el particular.

La Ley Suprema, en el Art. 76, habla sobre la garantía del debido proceso, y en su numeral 3 indica: “Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad

⁸ Ricardo Vaca Andrade. *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano según el Código Orgánico Integral Penal*. Tomo I (Quito: Ediciones Legales. 2014), 233

⁹ Jorge Zabala Baquerizo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II (Guayaquil: Edino, 2004), 367

competente y con las observaciones del trámite propio de cada procedimiento”.¹⁰ Más adelante, en los siguientes literales del numeral 7 se indica:

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado de procedimiento.
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
- d) 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 de las que se presenten en su contra.
- 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.¹¹

Como se puede ver, de cara a la investigación, estas disposiciones tienen relación fundamentalmente con el derecho a la seguridad jurídica y, en consecuencia, al derecho a la defensa, como una garantía que tienen los dos sujetos procesales, aunque especialmente se la relaciona con el derecho del sujeto pasivo del proceso, el procesado, como habíamos expresado en líneas anteriores.

Tal como indicamos, partimos de las disposiciones constitucionales para definir los roles de los sujetos procesales. Ahora veamos cuáles son estos en forma particular y, para ello nos regirnos a lo que indica el Código Integral Penal.

El cuerpo adjetivo penal respecto del rol del procesado indica: “Art. 440. *Persona procesada*. Se considera persona procesada a la persona natural o jurídica, contra la cual, la o el fiscal formule cargos. La persona procesada tendrá la potestad de ejercer todos los derechos que le reconoce la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este código.”¹²

Como se ve, son muy generales las facultades y derechos que describen el articulado, respecto de la principal figura dentro del proceso penal, pues resulta evidente que sin él no se pondría en movimiento todo el aparataje estatal jurisdiccional para, en nombre de la sociedad, solicitar a la Fiscalía General del Estado, inicie una investigación preprocesal o procesal.

En cambio, el Art. 441 del Código Integral Penal, establece a quienes debe considerarse como víctima:

¹⁰ Constitución Política del Ecuador. [2008]. [Las cursivas son del autor].

¹¹ *Ibíd.*

¹² Ecuador, *Código Integral Penal* <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/system/files/document.pdf>

Art. 441. Víctima. Se consideran víctimas, para efectos de aplicación de las normas de este Código, a las siguientes personas:

1. Las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente han sufrido algún daño o bien jurídico de manera directa o indirecta como consecuencia de la infracción.
 2. Quien ha sufrido agresión física, psicológica, sexual o cualquier tipo de daño o perjuicio de sus derechos por el cometimiento de una infracción penal
 3. La o el cónyuge o pareja en unión libre, incluso en parejas del mismo sexo, ascendientes o descendientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de las personas señaladas en el numeral anterior;
 4. Quienes compartan el hogar de la persona agresora o agredida, en casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, integridad personal o de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.
 5. La o el socio o accionista de una compañía legalmente constituida que haya sido afectada por infracciones cometidas por sus administradoras o administradores.
 6. El Estado y las personas jurídicas del sector público o privado que resulten afectadas por una infracción.
 7. Cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellas infracciones que afecten intereses colectivos o difusos.
 8. Las comunidades, pueblos nacionalidades y comunas indígenas en aquellas infracciones que afecten colectivamente a los miembros del grupo.
- La condición de víctima es independiente a que se identifique, aprehenda, sancione o condone al responsable de la infracción o a que exista un vínculo familiar con este.¹³

En cuanto tiene que ver con el otro sujeto procesal –la defensa–, la Constitución asigna esta categoría a la defensoría pública, según se indica en el Art. 191, que no amerita mayor comentario por la naturaleza propia de su actividad.

El Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), en la parte pertinente, es concreto al referirse directamente a la Defensoría del Pueblo, como aquella institución que ofrece el servicio de defensoría gratuita al procesado u ofendido, que por varias razones no pueda tener la posibilidad de contratar un abogado privado. Con esto lo que realmente se busca es cumplir con otro de los principios fundamentales establecido en la Constitución, que es el acceso a una justicia gratuita.

Cabe sin embargo hacer notar que existe una deficiencia en el COIP, cuando se habla de *la defensa*, como sujeto procesal, porque en realidad lo que hace el cuerpo legal es referirse a la Defensoría Pública y sus actividades –como dejamos anotado– y no como debería ser, comenzando por el mismo título, a la actividad de patrocinio que lo puede hacer la Defensoría Pública o un abogado particular, que son dos temas totalmente diferentes.

¹³ COIP, RO, (9 de marzo de 2009).

3. La relación procesal básica

El proceso penal como una actividad humana es complejo; nació como efecto de la investigación de un hecho punible para terminar con la condena y cumplimiento de la sentencia o, caso contrario, con la absolución del procesado.

El derecho procesal, a decir de Jorge A. Clariá Olmedo, actualizado por Jorge E. Vásquez Rossi,¹⁴ en *Derecho Procesal Penal* Tomo I, se proyecta como algo objetivo –como una *serie gradual y progresiva y concatenada de actos regulados*–, y en otra parte subjetiva, en cuanto esos actos son cumplidos por una serie de instituciones públicas y otras personas particulares, autorizadas o no a intervenir en el proceso; un último elemento sería el teleológico *en cuanto esa actividad se dirige al descubrimiento de la verdad para actuar en concreto el Derecho penal*.

Dadas así las cosas, partimos de la idea general que la relación jurídico-penal, tiene que ver con la facultad –en este caso, de la Fiscalía General del Estado– para promover la acción penal, actividad que tiene como consecuencia necesaria excitar la jurisdicción a través del juez o tribunal penal, para lograr como consecuencia lógica y última de la relación jurídica, la cosa juzgada. Esta relación jurídica procesal, es una relación que se crea a raíz de las normas procesales que regulan el proceso penal y, por tanto, finaliza cuando se extingue el proceso.

En cambio, la relación procesal es distinta, surge de los poderes y deberes que la Constitución y la ley procesal otorga a los sujetos que intervienen en ella, y por obra de una actividad funcional primaria ante el conocimiento de un presunto delito. En ese momento se genera obligaciones, facultades, deberes y derechos de manera inmediata. Ante la requistoria del fiscal nace el deber del juez de investigar y de decidir, alguien adquiere la calidad de imputado y se le dota de todas las garantías que la Constitución establece en su favor.¹⁵

Para efectos del trabajo, y en este punto en particular, hay que distinguir cuál es la relación jurídica sustancial y cuál la procesal básica. La relación jurídico-sustancial, tal como indica la doctrina, deviene de una *relación abstracta*, del Derecho penal con el sujeto activo de la sanción. En efecto, la legislación penal genera correlación con todos los habitantes de una nación, en cuanto exista una amenaza de

¹⁴Jorge A. Clariá Olmedo actualizado Vásquez Rossi, *Derecho Procesal Penal*, tomo I (Buenos Aires: Rubinza-Culzini, s.f.), 212

¹⁵ Raúl Washington Ábalos. *Derecho Procesal Penal. Tomo I: Cuestiones fundamentales* (Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, s.f.), 370

por medio para los ciudadanos, en caso de incumplimiento de la ley penal. Además de abstracta es hipotética, porque se configura únicamente cuando se haya dictado una sentencia condenatoria que declare que ese acto fue delictuoso.

La relación jurídica se establece entre las partes activas y pasivas del proceso con el juez. La primera relación que se produce es cuando el sujeto pasivo reclama la actuación del juez ante una pretensión punitiva; se produce una relación directa, pero al mismo tiempo se plantea una relación entre el acusado y el acusador, generando una nueva relación jurídica entre estos dos sujetos procesales.

Una tercera relación jurídico-directa, por así llamarle, sucede cuando el acusado se opone a la pretensión punitiva planteada contra él por el juez, que además persigue al acusador por el hecho de la oposición o resistencia del acusado. En cambio, la relación procesal básica es diferente; surge de los deberes y derechos de los sujetos en el proceso penal concedidos por la Constitución y la ley procesal, y *por obra de una actividad funcional primaria ante el conocimiento de un presunto delito*.

En efecto, ante la iniciativa del fiscal, como promotor de la acción penal, nace la actividad del juez, como garantista del proceso y, alguien que es investigado por la presunta comisión del delito –llamado procesado, acusado– a quien, al igual que al resto de los sujetos procesales, se le otorgan todas las garantías que la Constitución establece.

Esta relación jurídica procesal es una relación que se crea con motivo de las normas procesales que regulan el Proceso Penal, y por tanto se extingue cuando el proceso termina. Sirve de fines prácticos importantes, pues marca los límites y el valor de los actos que pueden producir estos tres sujetos que hemos mencionado, evitando de cualquier de los tres en sacrificio de los otros.¹⁶

Sobre el mismo tema, Ricardo Vaca Andrade, citando a Hernando Devis Echandía, en su *Derecho Procesal Penal según el Código Integral Penal*, indica:

Hay que distinguir los sujetos de la relación jurídica sustancial que deber ser discutida o simplemente declarada en el proceso (en el primer caso se tratará de los mismos sujetos del litigio), y los sujetos titulares, activos y pasivos, del derecho sustancial que deben ventilarse en proceso (por ejemplo: el acreedor y su deudor, el propietario y el tercero poseedor del bien reivindicado; el hijo extramatrimonial y el supuesto padre; el autor del hecho ilícito y la víctima del mismo, etc.).- Los segundos son las personas que intervienen en el proceso como funcionarios encargados de dirigirlo y dirimirlo (jueces y magistrados como órgano del Estado) o como partes

¹⁶ Ibid.

(demandantes, demandados, terceros intervinientes, Fiscal General del Estado, sindicado o procesado).¹⁷

3.1. Sujetos de la relación procesal

Corrigiendo algunos errores del Código de Procedimiento Penal, y manteniendo otros, el actual COIP establece como sujetos procesales a: a) la persona procesada; b) el ofendido; c) el fiscal; y, d) la defensa. El error se refiere a establecer como sujeto procesal a la defensa y eliminar como tal al juez, que constituye uno de los elementos fundamentales en esta relación, como se deja indicado con los argumentos establecidos en líneas anteriores, y que también veremos en este subtítulo.

La doctrina, en general, establece que los sujetos principales de la relación procesal son: el juez, la Fiscalía General del Estado y el imputado (acoplamos los términos a nuestra legislación): “ninguno de ellos puede faltar, dado que el proceso está hecho para la tutela de los intereses que en abstracto representa el Ministerio Público y el imputado, y la garantía jurisdiccional en su función independiente de administrar justicia”.¹⁸ Por esta misma calidad de indispensables esenciales que le otorga la doctrina, es que partimos de una diferenciación en los términos: sujetos procesales principales y sujetos procesales eventuales, diferenciación terminológica muy aceptada por los tratadistas.

Los principales son aquéllos con los que forzosamente tiene que configurarse la relación procesal; es decir, son indispensables, no pueden faltar; los segundos son aquéllos que su actuación es voluntaria, a partir de la decisión de participar en el proceso. Dentro de estos últimos se encuentran los ofendidos por el delito, que toman la decisión de participar en el proceso para reclamar un pago indemnizatorio –también conocido como actor civil– a través de la acusación particular, para nuestro caso, establecido en el Art. 434 del COIP.

Queda entonces claro el tema de *los sujetos procesales*; ahora hay que distinguir el concepto de partes procesales, especialmente por la confusión que se da en la práctica en la utilización de estos términos,. Algunos tratadistas únicamente indican que solo puede ser un tema de semántica, y en parte podrían tener razón; pero esta distinción va más allá, porque hay que tomar en cuenta que los sujetos procesales

¹⁷ Vaca, *Derecho Procesal Ecuatoriano*.

¹⁸ Ábalos, *Derecho Procesal Penal*.

son la parte esencial de la relación procesal penal, en tanto que los partes procesales tienen como antecedente el Derecho Procesal Civil, pues en este existen dos partes: la conocida como parte actora y, la otra, como parte demanda; es decir, la primera solicita la actuación de la ley para sí o en cuyo nombre se pide la actuación de la ley y, la segunda, contra quien va dirigida la actuación de la ley; en definitiva, se puede considerar como partes procesales a quienes actúan en el proceso ejerciendo una pretensión, o soportando la misma.

Es muy difícil adoptar los criterios de lo enunciado, especialmente porque estamos hablando de dos ramas del Derecho, pues lo que puede ser aplicable para el Derecho procesal civil, no necesariamente debe acogerse en el Derecho procesal penal, porque en el civil las actividades que realizan los sujetos es considerablemente contrapuesta, pues va a ser difícil comparar la actividad que hace el actor cuando tiene una pretensión por sí mismo o a su nombre, con la posición que tiene la Fiscalía General del Estado, como sujeto procesal penal indispensable, *en la que su pretensión no va en contra del imputado sino que está frente al imputado*

Sin embargo de lo anotado hay que establecer que en el proceso penal existe la acción civil, cuando se demanda la indemnización por daños y perjuicios, y se crean los partes procesales: un actor que demanda la reparación de los daños por el cometimiento de un delito, será el ofendido del delito, y el demandado civil, el procesado.

La consideración doctrinal para establecer a los actores de un sujeto procesal o parte procesal, viene por un tema de orden semántico desde el punto de vista sustancial en el Derecho procesal civil y una definición formal en el Derecho procesal penal.

Se destaca, eso sí, que el juez como tal no es parte procesal, pues tiene una superioridad de potestades respecto de los otros sujetos del proceso, por su naturaleza misma de veedor y garantista del proceso, y por ser el que está embestido de ese poder jurisdiccional conferido a él, por el Estado.

En cambio, la Fiscalía General del Estado tampoco puede ser considerada como *parte* procesal, por ser la promotora de la acción penal que solicita a un juez la decisión certera respecto de un caso; está en condiciones de acusar o abstenerse de hacerlo y puede apelar de la decisión del juez o tribunal pluripersonal, en definitiva, puede *estar a favor o en contra del procesado*, según las condiciones propias del proceso. Esto se considera –y es coherente– un verdadero contrasentido de la definición sustancial de *parte procesal*, pues tal como se la considera, conlleva la idea

de contradicción con otra a quien va dirigida la pretensión y, en el caso de la Fiscalía, nada pide para sí. “La parte en sentido formal es aquélla que plantea conforme las formas del juicio la cuestión sustancial de la cual es titular el Estado (la pretensión represiva), y aquél contra quien se dirige y que tiene el derecho de resistencia”.¹⁹

Por estas mismas consideraciones se puede asumir que *el procesado* sea definido como sujeto principal o activo del delito; lo que recibe es una orden de averiguación sobre la posible comisión de un delito, investigación que la efectúa el fiscal por esa potestad que le dio el Estado, pero que también tiene las garantías que le franquea la Constitución, que deben ser protegidas por el juez; por lo tanto, no existe una parte contrapuesta en el sentido propio de la palabra

Concluamos, a manera de síntesis, con lo que Jorge Zavala Baquerizo indica en su obra *Tratado de Derecho Procesal Penal*, sobre este particular:

No se requiere, entonces, para considerar el concepto de parte en el proceso penal un “permanente antagonismo” sino lo que se requiere es la exhibición de una pretensión punitiva y por eso el concepto de “parte” desde el punto de vista procesal es referido a la pretensión punitiva: *partes procesales*, desde el punto de vista penal, son aquéllas que exhiben o frente a quienes se exhibe una pretensión punitiva. Cuando cesa definitivamente la pretensión se extingue el proceso y, por ende, cesa la actividad de las partes. De la misma manera, cuando en materia civil se enerva el “permanente antagonismo” (desistimiento, abandono) se extingue el proceso civil y cesa la actividad de las partes.

La diferencia, entonces, entre *parte* desde el punto de vista de procesal civil y *parte* desde el punto de vista procesal penal radica en que, en la primera, la característica está dada por la directa controversia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del proceso, que se refleja en una permanente persecución hasta que el demandante pueda lograr que el demandado ejecute lo que estaba obligado a ejecutar, positiva o negativamente; en tanto que en el procesal penal, el acusador se dirige al juez con una pretensión que no constituye una demanda de hacer o no hacer que obligue al acusado y que estaba este obligado a hacer antes que se inicie el proceso penal, sino que constituye una pretensión dirigida al juez para que este imponga una penal al acusado de haber ejecutado una infracción.²⁰

4. La pretensión de los sujetos procesales

Es muy común que exista una confusión entre los términos *acción* y *pretensión*; en verdad, es un tema no solo muy común sino que ha sido muy discutido; por ello, antes de establecer la pretensión, propiamente dicha, hay que hacer la distinción entre estas dos figuras jurídicas.

¹⁹ Ibíd.

²⁰ Zabala, *Tratado de Derecho procesal penal*.

Sobre la acción, siguiendo la línea de Zavala Baquerizo –que recoge acertadamente todas las tendencias históricas últimas, que se han dado sobre la misma– en su *Tratado de Derecho procesal penal* establece primero una definición que se aplica al Derecho procesal en general, para indicar que la acción “es un poder jurídico que tiene la finalidad de estimular al órgano jurisdiccional para que este inicie el proceso respectivo”.²¹

Por su parte, el doctor Ricardo Vaca Andrade, en su obra *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*, recoge, varios conceptos que se asimilan al transcrito del profesor Zavala Baquerizo:

Según Couture, la acción es el “Poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho para acudir a los órganos jurisdicciones a fin de reclamarles la solución de un conflicto de intereses” Véscove, por su parte, dice: “Justamente ese poder de reclamar la tutela jurisdiccional se denomina acción. Consiste en el poder (abstracto) de reclamar determinado derecho (concreto) ante la jurisdicción (el poder judicial, los tribunales). Y ese poder determina la obligación del órgano jurisdiccional de atenderlo, de darle andamio, de poner en marcha el proceso”.²²

Aún así, Vaca Andrade es contrario a la definición que propuso Jorge Zavala Baquerizo, respecto de la acción, cuando indica:

Algún autor nacional sostiene, equivocadamente, que la acción es un poder jurídico que tiene por finalidad estimular el órgano jurisdiccional para que este inicie el proceso respectivo; y, ello no es así, primero, porque el particular ofendido o denunciante no está dotado de un poder jurídico; y, segundo, porque no se estimula al órgano jurisdiccional, sino a la Fiscalía. Ello es realmente así cuando quien ejerce la acción penal la promueve la Fiscalía General del Estado, previa noticia del delito transmitida por la Policía o un denunciante, pero no se puede aceptar tal criterio si quien ejerce la acción penal es el mismo juez actuando por su propia iniciativa, pues en tal supuesto no cabe admitir que el juez penal se estimule a sí mismo, como sucedía antes cuando el propio juez por su iniciativa dictaba autocabeza de proceso, promoviendo el ejercicio de la acción penal ante sí mismo. En tal evento, que ya no se puede dar según el sistema procesal acusatorio vigente, el juez penal no ejerce la acción penal pues es el fiscal el que lo hace, resolviendo iniciar un proceso penal cuando formula cargos en la respectiva audiencia ante el juez penal.²³

A nuestro criterio, la contradicción que existe entre los dos tratadistas no pasa sino por una confusión semántica del profesor Vaca Andrade, porque en la definición que realiza el tratadista Zavala Baqueriza no indica que será el juez quien estimulará

²¹ *Ibíd.*

²² Vaca, *Derecho Procesal Penal*.

²³ *Ibíd.*, p. 358.

el órgano jurisdiccional; mas bien indica solamente que es el *poder para estimular el órgano jurisdiccional*, sin especificar que sea el juez o el fiscal; por lo tanto la opinión del doctor Ricardo Vaca nos parece un tanto apresurada.

Sobre la base de lo indicado, y agregando algunos elementos que completarían la definición del doctor Zavala Baquerizo de la acción, podríamos añadir que a más de ser un poder jurídico, indispensable para la definición, es necesario que incluya que sea *subjetivo, que tiene toda persona natural o jurídica*, tomando los términos que sobre el mismo tema indica el tratadista Hernando Devis Echandia, en su *Teoría general del proceso*, aplicable a toda clase de procesos.

Con estos añadidos, podríamos ensayar una definición: “La acción es un poder jurídico subjetivo que tiene toda persona natural o jurídica, y tiene como finalidad estimular el órgano jurisdiccional, para que este de inicio al proceso respectivo”.

Insistimos que partimos de una definición de acción en Derecho procesal, lo cual sirve para indicar que la doctrina en general ha concordado en el sentido que la acción es *única*; no existe una acción administrativa o civil o penal. Todas tienen una misma estructura, una misma unidad; lo que cambia, lo que hace diferentes una de otra materia, “es la naturaleza del objeto que permite su ejercicio”.²⁴ Por ello se habla de que si el derecho es de carácter civil, la acción que tendrá que ejercerse es civil; si la norma violada es administrativa, la acción a perseguir será la administrativa, etc.

Corresponde ahora, ensayar una definición de la acción procesal penal, sobre la base de lo anotado: “La acción es un poder jurídico subjetivo que tiene toda persona natural o jurídica o la Fiscalía General del Estado, que tiene como finalidad estimular el órgano jurisdiccional para que este de inicio a la investigación”. Con esta definición, inclusive, cubriríamos con las expectativas de los comentarios que el doctor Ricardo Vaca Andrade hiciera a la definición de acción ensayada por el tratadista Jorge Zavala Baquerizo.

A pesar de que lo único que hemos hecho es unificar la definición de dos ilustres tratadistas para concluir en una definición con iguales características, para efectos de la investigación quisiéramos llegar a establecer, de la definición indicada, que este poder jurídico que da el Estado a las personas naturales o jurídicas –y, en el caso de nuestro país, a la Fiscalía General del Estado–, para que ponga en movimiento la jurisdicción cuando una norma penal ha sido violentada. Destacamos la conclusión

²⁴ Zabala, *Tratado de Derecho procesal penal*.

de Zavala Baquerizo, cuando establece que el parámetro de la “definición de acción es que se cumple con el derecho constitucional que ninguna persona sea sancionada sin previa sustanciación y conclusión de un proceso legal, en que evidentemente los sujetos procesales sean los legalmente establecidos”.²⁵

De lo doctrinariamente hasta aquí establecido, podemos establecer que con el actual COIP las personas naturales o jurídicas que pueden estimular la jurisdicción penal, lo pueden hacer únicamente a través de la Fiscalía General del Estado –o el fiscal–, pues desde la expedición del Código de Procedimiento Penal quedó eliminada la posibilidad de que lo realice el propio juez, por iniciativa propia o de *oficio*.

El actual cuerpo legal, incluye en el Art. 422 que también se puede denunciar “ante el personal del sistema especializado integral de investigación, medicina legal o ciencias forenses o ante el organismo competente en materia de tránsito”, lo cual parece un redundancia –y, por tal, innecesario–, pues las instituciones que menciona el articulado forman parte, como apoyo de la Fiscalía General del Estado.

Se suma a esta la posibilidad de estimular la jurisdicción, cuando la Fiscalía General del Estado o el fiscal, tienen conocimiento de la comisión de un presunto delito y solicita al juez se inicie el proceso averiguatorio. Sin embargo, hay que dejar en claro, que existe una notable diferencia en cuanto al ejercicio de la acción penal por parte de los particulares, y el ejercicio de la jurisdicción administrativa, civil, laboral, tributaria: siempre es voluntario el ejercicio del derecho subjetivo para estimular la jurisdicción estatal; en tanto que para el fiscal es una obligación por la exigencia que le da la Constitución y la ley, salvo en el caso del ofendido, que tiene una decisión discrecional para promover o no el proceso penal. En cambio, como menciona el Art. 421 del COIP, las demás instituciones y funcionarios que reciben por parte de las personas naturales o jurídicas (afectadas o no por un presunto delito), la ley les da *el deber* de poner en conocimiento del juez, o del fiscal, el cometimiento de la infracción o que esta presumiblemente se haya cometido, pero no les impone la *obligación* de presentar formalmente la denuncia; de tal forma que para estos funcionarios o instituciones, su acción no siempre está encaminada a ejercer la acción penal.

Bajo todas estas consideraciones, veamos según nuestra legislación, a quien corresponde el ejercicio de la acción penal.

²⁵ *Ibíd.*

El Art. 409 del COIP, indica que la acción penal es pública, pero el ejercicio de la acción es pública y privada (Art. 410); y, según lo que hemos venido sosteniendo en líneas anteriores, el titular de la acción penal pública es la Fiscalía, en tanto, que el titular de la acción privada, corresponde a la víctima, a través de la presentación de la querrela

Lo que ha querido el legislador al clasificar el ejercicio de la acción penal, que se supone única, es significar lo que ya hemos dicho en líneas anteriores precedentes: que la acción penal es una sola, única, en cuanto derecho a buscar que el los organismos público encargados de hacer realidad el derecho de castigar del Estado, se pongan en funcionamiento uan vez que reciben la noticia del delito, por lo que ese accionar puede promoverse tanto por parte del organismo público que es la Fiscalía, en representación de la sociedad, como también por parte de la víctima, lo cual quiérase o no, nos lleva a la clasificación tradicional de delitos de acción pública y delitos de acción privada, que se ha querido soslayar y no se ha querido mantener en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), para dar una falsa idea de precisión de conceptos, de renovación o actualización de teorías.²⁶

Dadas así las cosas, ha modo de conclusión debemos considerar que la *acción* está vinculado estrechamente con el principio de *tutela judicial efectiva*, aunque se debe quedar claro, que la condición de ésta última contiene una dificultad al momento de definirla, sea que se la vea desde la óptica estrictamente del procedimiento, sea que se la considere como derecho natural; o, desde la óptica del derecho fundamental. Hemos visto en estas líneas las dos primeras circunstancias, veamo ahora desde la perspectiva del derecho fundamental.

Partiendo de la definición que habíamos ensayado sobre la acción, al establecer que es poder jurídico que se otorga a la personas naturales o jurídicas para que estimulen la jurisdicción para que se inicie el proceso respectivo, lleva implícito que el Estado debe realizar una organización adecuada de las instituciones estatales judiciales para que ese *poder que se otorga a las personas* quede mínimamente *garantizados*, para que se cumplan con los fines de la acción, a través de la jurisdicción, que además se plantea a través de la pretensión (demanda). Es importante lo indicado, porque el derecho de tutela efectiva desde el punto de vista de derecho fundamental, estas características de certidumbre o que queden garantizados, primero tengan esa circunstancias especial de derecho fundamental y adquieran un grado de

²⁶ Vaca, *Derecho Procesal Penal*. P. 361

eficacia; y, segundo, porque se requiere de una debida *conceptualización* del proceso, para que este sea un verdadero instrumento para proteger los derechos de las personas; claro está que en la debida *conceptualización*, juegan un papel determinante los jueces que deben interpretar adecuadamente estos derechos fundamentales como parte de una debido accionar del estado, dentro del marco constitucional.

En líneas anteriores habíamos dicho que se tiende a confundir los términos de acción y pretensión. Hemos tratado de establecer los parámetros de lo que debemos entender por acción; por tanto nos corresponde establecer las diferencias entre estas dos figuras legales. Para ello vale comenzar diferenciando el poder de sanción del Estado, o *iuspuniendi*, que es una facultad privativa del Estado, diferenciándolo del derecho que tiene el ofendido para reclamar la imposición de una sanción penal, para –por último– también diferenciar de esa facultad subjetiva que tienen las personas naturales, jurídicas o la Fiscalía General del Estado, para estimular al órgano jurisdiccional, como requisito previo e indispensable para imponer la sanción penal (ejercicio de la acción)

Al respecto, Jorge Zavala Baquerizo, en la obra ya citada indica:

Opinamos que ambos conceptos viven dentro del ordenamiento jurídico con fines diversos. La acción, como poder jurídico, puede ser ejercida para activar el órgano jurisdiccional penal; cumplida esta finalidad se extingue la acción. La pretensión es la reclamación, es la petición, es la voluntad de una de las partes –de la activa del proceso– tendiente a solicitar que el Estado haga efectivo el poder de penar en un caso concreto. La pretensión vive dentro del proceso, surge con motivo del proceso.²⁷

El actor siempre persigue un fin concreto que se traduce en la pretensión, pues esta busca un fin concreto que realiza el ofendido al órgano jurisdiccional para que se imponga una pena; es de interés propio y concreto del ofendido que esto se cumpla en la sentencia. La acción penal tiene como objetivo principal la iniciación del proceso penal y su tramitación hasta la sentencia; la pretensión penal busca el sometimiento de una persona a una pena.

La acción procesal penal se puede iniciar sin indicar el o los posibles autores, cómplices o encubridores del delito cometido o investigado; no se puede concebir la pretensión penal sin que esté dirigida contra una o varias personas como autores,

²⁷ Ibíd.

cómplices o encubridores. Sin embargo existen dos momentos, de acuerdo con lo que se establece en el COIP, para que se pueda plantear la pretensión penal: el uno, con la presentación de la denuncia en la etapa de indagación previa, o la presentación de la querrella en procesos de acción privada, claramente establecido y, el segundo, en la etapa de instrucción fiscal, con la presentación de la acusación particular.

Doctrinariamente se habla inclusive de que puede haber una tercera etapa en el proceso penal, para poder presentar la pretensión, que ya no depende del denunciante, acusador particular o querellante, sino que es una facultad de la Fiscalía General del Estado, como promotor de la acción penal, a través del dictamen fiscal, al concluir la etapa de instrucción fiscal, lo que al parecer es lógico y que además es la única pretensión que debe ser tomada en cuenta para fines de la sentencia. La oposición del procesado a la pretensión penal que contra él se ha formulado, es precisamente contra esta –contra la pretensión penal– y no contra la acción penal propiamente dicha.

Capítulo segundo

La Contraloría General del Estado

1. Antecedentes históricos

La primera ley relacionada con el funcionamiento y aparición de la Contraloría General del Estado data de fecha 2 de diciembre de 1927, como consecuencia del asesoramiento prestado al país por la Misión Kemmerer. La ley se denominó Ley Orgánica de Hacienda, fue publicada en el RS, No. 448, de 16 de noviembre de 1927, y dio lugar al nacimiento de lo que se denominó Contraloría General de la Nación, como departamento independiente del Gobierno, con el objeto de realizar el control fiscal, compilar cuentas y constituir la oficina central de la contabilidad del Estado.

Sin embargo de esta referencia, Juan Pablo Aguilar²⁸ indica que fue en la Constitución de 1929 que se menciona por primera vez a varias instituciones como órganos de control, tales como los ministerios y la Procuraduría General de la Nación; aunque no se menciona específicamente a la Contraloría, se habla en varios capítulos de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos.

²⁸ Juan Pablo Aguilar, “Compromiso político y organismos de control”, en revista *Foro* (Quito: UASB-Sede Ecuador, 2007), 98.

La Ley Orgánica de Hacienda de 1927 fue reformada por el Decreto Ley 1065-A y codificado en 1960, estableciendo que la Contraloría debe tener un sistema integrado de administración financiera y control, con el fin de precautelar la economía, la efectiva y eficiente administración de los recursos humanos, materiales y financieros, para controlar oportunamente los fondos fiscales. Siguiendo la referencia del doctor Aguilar, fue en la Constitución de 1945 donde específicamente se incluye un capítulo dedicado a la Contraloría General de la Nación, y es la Constitución de 1946 la que, en un solo capítulo, se agrupan todos los órganos de control, incluida – obviamente– la Contraloría General del Estado. De ahí en adelante siempre se ha mantenido a la Contraloría como órgano de control, dentro de diferentes estructuras en la distribución de las entidades que han conformado la estructura jurídico-política de la República del Ecuador.

Continuando con esta retrospectiva a las funciones asignadas desde su creación en 1927, y a sus reformas recopiladas en 1960, se la asignó una adicional, la de fiscalización, que fue introducida en la Constitución de 1967 y que determinó el cambio de su denominación de Contraloría General de la Nación a la de Contraloría General del Estado.

En 1977 se expide la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (en adelante LOAFYC), publicada en el RO 337 de 16 de mayo del mismo año, con la cual se sustituyó a la Ley Orgánica de Hacienda Codificada. La LOAFYC contenía las normas fundamentales que rigen la estructura y funcionamiento de la Contraloría General del Estado; en ella se plasmó el cambio de esta institución dejando atrás el sistema del simple control fiscal para instaurar el sistema de control gubernamental moderno de los recursos públicos.

Con la expedición de la LOAFYC cambió también la estructura normativa y administrativa de la Contraloría, y la institución se convirtió en un organismo superior de control de los recursos de las entidades del sector público. El control se efectúa mediante operaciones posteriores a los movimientos financieros y administrativos de cada entidad a través de exámenes especiales, auditorías financieras y operacionales.

2. Naturaleza jurídica

Al Estado se lo define como el grupo de ciudadanos políticamente organizados. Esta organización se traduce materialmente en el establecimiento de normas jurídicas

que tienen como fin regularizar esta organización, de tal forma que las personas y las instituciones que conforman el Estado queden subordinadas a las disposiciones legales, todo con el fin de buscar la armonía y la paz entre todos los ciudadanos.

Dentro de los conceptos propios de Estado, bajo los antecedentes anotados, destaca el elemento de *la soberanía* que tiene un Estado para autorregularse de acuerdo a sus intereses; esta soberanía, según se entiende, radica en el pueblo, que lo ejerce a través de los órganos del poder público, que son los que ejercen las políticas públicas en nombre del pueblo.

Para el cumplimiento del bien común, que es el fin último del Estado, éste – jurídicamente hablando– entrega potestades a funcionarios e instituciones del poder público, incluida la utilización de la fuerza pública –dentro de los límites indispensables previamente establecidos en las normas jurídicas–, para cumplir con sus facultades. De este concepto se desprende que existen mandantes y mandatarios; los primeros son los receptores de las órdenes impartidas por los funcionarios e instituciones que conforma el Estado y, los segundos, los emisores de las disposiciones constitucionales y legales, llamados potestades públicas.

En el caso de la Contraloría General del Estado, las potestades para cumplir con sus finalidades se encuentran en la Constitución de la República del Ecuador que, específicamente en el Art. 211, señala: “La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos”.²⁹

Para estar claro sobre la naturaleza de la Contraloría, en la actual Constitución no se la define como un órgano autónomo, como lo hacía la anterior; según la actual, tiene personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa, pero forma parte de la Función de Transparencia y Control Social. Su naturaleza está dada por lo dispuesto en el Art. 204 de la Constitución, que indica:

El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.

La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e

²⁹ Constitución de la República del Ecuador [2008].

incentivaré la participación ciudadana; protegeré el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendré y combatiré la corrupción.

La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.³⁰

En suma lo que podemos destacar históricamente es que la Contraloría –o Tribunal de Cuentas, como se lo conoce doctrinariamente– tiene una de las funciones delicadas dentro de la estructura del Estado, por ser el órgano veedor de los recursos económicos que manejan las instituciones del sector público –funciones que están determinadas en los Art. 225, 315– y de las personas jurídicas de derecho privado que tengan recursos públicos, establecidas en el Art. 211 de la Constitución de la República.

3. Facultades constitucionales

En una brevísima reseña jurídica sobre las facultades constitucionales que ha tenido la Contraloría General del Estado, veamos lo que indicaba la Constitución de la República de 1998, y sus reformas realizadas por el Congreso Nacional del año 2002, en relación a la actual.

Comenzaremos indicando que el Art. 118 de la anterior Constitución definía a los organismos de control y regulación, como instituciones del Estado, según el inciso tercero de dicho artículo. De forma específica, las disposiciones que establecían la calidad y funciones de la Contraloría se encontraban en el Título X (“De los organismos de control, Capítulo I, de la Contraloría General del Estado”), desde el Art. 211 hasta el 213. En efecto, el Art. 211 rezaba:

La Contraloría General del Estado es el organismo técnico superior de control, con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera, dirigido y representado por el Contralor del General del Estado, quien desempeñará sus funciones durante cuatro años.

Tendrá atribuciones para controlar ingresos, gastos, inversión, utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos. Realizará auditorías de gestión a las entidades y organismos del sector público y sus servidores, y se pronunciará sobre la legalidad, transparencia y eficiencia de los resultados institucionales. Su acción se extenderá a las entidades de derecho privado, exclusivamente respecto de los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público de que dispongan.

³⁰ *Ibíd.*

La Contraloría dictará regulaciones de carácter general para el cumplimiento de sus funciones. Dará obligatoriamente asesoría, cuando lo solicite, en las materias de su competencia.³¹

Entre las atribuciones adicionales, tal vez por su importancia, el Art. 212 indicaba que la Contraloría tenía potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal y debía hacer el seguimiento necesario para el cumplimiento de sus obligaciones; en tanto que el Art. 213 se refería a los requisitos para ser Contralor General del Estado.

Revisemos ahora lo que consagra la actual Constitución Política del Ecuador, respecto de la Contraloría General del Estado:

Art. 212. Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley:

1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.
2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.
3. Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones.
4. Asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite.³²

Para fines del presente trabajo, al hablar de la naturaleza de la Contraloría General del Estado, es aquí donde se debía bosquejar la estructura de la Contraloría, para que tenga las facultades necesarias para participar en los procesos penales como sujeto procesal, con todos los derechos y obligaciones que sus facultades acarrea.

En este punto creemos que vale la pena comentar la propuesta de reforma planteada por la Presidencia de la República a la Constitución y, especialmente, la contenida en el Art. 7 del proyecto de reformas, que pretende modificar el Art. 211 de la Carta Suprema, propuesta de reforma que indica: “La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de recursos estatales y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos

³¹ *Constitución Política de la República del Ecuador*, [1998]. ([Quito]. Edit. Gonzalo Arias Barriga, s.f.).

³² *Constitución Política*, [2008].

públicos”;³³ en cambio el Art. 8 del proyecto de reformas, que a su vez pretende reformar el numeral 2 del Art. 212, plantea:

Serán atribuciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley: [...] 2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles e indicios de responsabilidad penal, relacionados con los aspectos sujetos a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.³⁴

No existen mayores comentarios, pues las reformas constitucionales planteadas no hacen relación al motivo de la investigación; en realidad lo que plantean es un cambio en el objeto propio de las auditorías que realiza la Contraloría, dejando de lado la posibilidad que ésta no inmiscuya su accionar en las *actividades de gestión* que realicen las entidades públicas o privadas que tengan recursos públicos; cambios que según la Presidencia de la República se basan principalmente en el hecho de que existen interferencias de actividades entre las entidades públicas, y lo que se pretende es optimizar sus funciones.

4. Facultades legales

Ahora que hemos definido la estructura fundamental de la Contraloría con su naturaleza y funciones constitucionales, veamos lo que indica su ley. Al respecto citaremos únicamente las disposiciones referentes a la actuación del órgano de control, en los diferentes juicios, como parte procesal –según se define en la misma ley– y que hace relación con el objeto de este estudio:

Art. 31. [Numeral 13] Decidir la intervención como parte en los juicios civiles, penales, contencioso administrativos y otros relacionados con el manejo de los recursos públicos que son objeto de control. La intervención del Contralor General no exime la responsabilidad del funcionario a quien las leyes confieran la representación correspondiente;

15. [Sustituido por el Art. 5 de la Ley 2004-42³⁵]. Actuar coordinadamente con el Ministerio Público para iniciar y proseguir los juicios penales, relacionados con delitos en el manejo de los recursos públicos. Los funcionarios actuantes de la Contraloría General del Estado que, en ejercicio indebido de sus facultades de control,

³³ Proyecto de reforma a la Constitución, planteada por el Presidente de la República <http://www.presidencia.gob.ec/el-presidente/>

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ Ecuador. Ley 2004-42, RO No. 404, 23 de agosto de 2004.

causen daños y perjuicios al interés público o a terceros, serán civil y penalmente responsables.³⁶

Las facultades legales de la Contraloría especificadas en el Art. 31, suman un total de 37; sin embargo en este estudio solo nos referiremos a las específicas. Desglosemos estas atribuciones legales. Partamos de que las potestades que tiene el Contralor son facultativas y no imperativas para decidir sobre la participación como *sujeto procesal* en los diferentes procesos –administrativos, civiles o penales– que tengan que ver con el desmedro del patrimonio público. Esto significa que siendo considerada parte procesal –según lo definimos en el numeral 3.2. del primer capítulo de este trabajo–, la posición de la Contraloría en los procesos penales se encuentra en aquella calidad en la que “no es parte sustancial, principal del proceso, más bien vendría a ser una parte de apoyo, colaborador” a uno de los sujetos procesales principales –el fiscal, para ser más exactos–, y no un sujeto determinante para que el proceso penal se inicie, desarrolle y finalice.

Esto lo comentamos porque ocurre en la práctica que la participación de los abogados del órgano de control queda a voluntad –en determinadas causas o en determinadas etapas del proceso–, según la conveniencia política de los funcionarios de la Contraloría General del Estado.

Habíamos estudiado, en el capítulo de los sujetos de la relación procesal, que la esencia para ser considerados *parte en los procesos penales*, es la pretensión punitiva; es decir, la solicitud que hace la parte activa del proceso para que se active esa pretensión contra el sujeto pasivo del proceso; pretensión que concluye una vez finalizado el proceso, con la sentencia condenatoria o absolutoria, según corresponda; pero esa pretensión no se la otorga a cualquier persona, pues –como se dejó en claro–, se confiere exclusivamente a aquellos sujetos procesales principales, sin los cuales no se puede dejar de contar en el proceso penal, por ser esenciales del mismo; esto es: el fiscal y el ofendido.

De las disposiciones legales transcritas podemos deducir que la Contraloría –o sus funcionarios– no se encuentran dentro de los sujetos procesales, porque no están en capacidad legal de gestionar directamente la pretensión punitiva, por carecer de esa condición principal o sujeto activo del proceso. Para fortalecer este criterio,

³⁶ Ecuador. *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado* (Quito: Ediciones Legales, 2015). <http://www.fielweb.com/Buscador/Norma.aspx?Id=6934&T=Ley%20Org%C3%A1nica%20de%20la%20Contralor%C3%ADa%20General%20del%20Estado&Opcion=1>, 2015.

concluiremos que no pueden ser considerados sujetos, o partes principales, por el hecho de que la propia Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, *le exige* que coordine con el Ministerio Público –hoy Fiscalía General del Estado– el inicio y seguimiento de los juicios propuestos por mal manejo de los recursos del Estado, obligación que está muy lejana de las conferidas a las partes procesales principales.

Por último, indicamos que se necesita una reforma a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, para que se acople a las disposiciones constitucionales y legales vigentes, primero porque la figura del Ministerio Público, según la actual Constitución, fue suplantada por el de la Fiscalía General del Estado y, segundo, porque se mantienen vigentes la denominación del Código de Procedimiento Penal, que fue derogado por el COIP. Por ello, creemos que existe una falla sustancial en este último cuerpo normativo, al no indicar en las disposiciones generales que en determinada ley –o en las leyes, en general– que haga referencia al Código de Procedimiento Penal, se entenderá que se refiere al COIP.

A nuestro entender, si la Contraloría General del Estado quiere mantener una actividad de control en aquellos procesos penales que se han accionado por delitos contra el patrimonio estatal, deberá realizar una actualización de sus disposiciones legales, para dotar de legalidad a estas, pues tal cual se mantienen en la actualidad sus facultades, cualquier actividad que realice dentro del proceso no tiene sustento legal. En este sentido, la actividad del Contralor General del Estado ha estado más orientada a defender la posibilidad de que le arrebaten la atribución de realizar auditorías de gestión –planteadas en las reformas constitucionales por el Presidente de la República– que a otros temas importantes, como mantener en la ley que le rige, normas derogadas que impiden una actuación apegada a derecho.

5. Facultades reglamentarias

Hemos tratado de encontrar en el Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado una guía que permita canalizar la actividad de los funcionarios de ésta en actuaciones judiciales, sin que hayamos obtenido resultados al respecto. Creíamos que existía la posibilidad de que el Contralor, en uso de sus facultades, pudiera regular mediante acuerdo el trabajo de su cuerpo de abogados en las diferentes regionales, a nivel nacional; investigamos especialmente aquellas normas de menor jerarquía que hacen relación con la expedición de los trámites y pasos

para la emisión de aquellos informes de auditoría que tenga indicios de responsabilidad penal.

Encontramos el Acuerdo No. 013-SG-2011, emitido el 7 de julio de 2011 y publicado en el *suplemento* (S) del RO 474, de 21 de julio de 2011, que hace referencia al reglamento para la elaboración y trámite de informes de auditoría, examen especial e informes con indicios de responsabilidad penal, realizados por la unidades administrativas de control de la Contraloría General del Estado; acuerdo que en su Art. 8 se refiere particularmente a los informes con indicios de responsabilidad penal, pero nada dice respecto de la actuación de los funcionarios de dicha dependencia, cuando se haya iniciado un proceso judicial penal. El acuerdo habla únicamente del formato del contenido que deben observar los informes.

6. Resolución 052

Hemos expuesto hasta aquí criterios constitucionales, legales y doctrinales sobre la idea principal del presente trabajo; corresponde ahora verificar en la práctica por qué se decidió trabajar sobre aquél, basados principalmente en determinadas resoluciones de la antigua Corte Suprema de Justicia, que han llevado en la sustanciación de las causas penales en delitos contra el patrimonio del Estado, a crear criterios desatinados que han permitido otorgar a la Contraloría General del Estado una condición privilegiada dentro del proceso, en desmedro del justiciable, quebrantando –a nuestro entender– el principio de igualdad de las partes en el juicio, sin perjuicio de otros principios establecidos en la Constitución. Para ello, debemos referirnos forzosamente a la Resolución que dio inicio a una serie de interpretaciones que concluyeron en una aplicación inadecuada de disposiciones legales, llegando inclusive a la intromisión en las facultades de otros poderes del Estado, al reformar leyes a través de una simple Resolución.

Veamos entonces lo que indica la Resolución 052 del año 2007, emitida por el Pleno de la antigua Corte Suprema de Justicia, vigente a la fecha, que dispone que, en las causas penales relacionadas con el manejo de los recursos sometidos a su control, se tendrá como parte procesal a la Contraloría General del Estado:

La Corte Suprema de Justicia
Considerando:

Que se han dictado resoluciones con criterios diferentes en cuanto al alcance del numeral 13 del Art. 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en relación con el inciso segundo del Art. 52 del Código de Procedimiento Penal, en algunas causas penales relacionadas con el manejo de recursos sometidos a la vigilancia de la Contraloría General del Estado, al declarar que ésta, en unas constituye parte procesal siempre que hubiere presentado acusación particular, mientras que en otras se la ha considerado como parte, sin esa exigencia; y,

Que esa situación genera inseguridad jurídica, que afecta al interés público y que se hace necesario eliminar; y,

En uso de las atribuciones previstas en el Art. 15 de la Ley Orgánica de la Función Judicial,

Resuelve:

Art. 1. Se tendrá como parte procesal a la Contraloría General del Estado en las causas penales relacionadas con el manejo de los recursos sometidos a su control, en las que dicha entidad manifieste por escrito su decisión de intervenir en esa calidad, a efectos de cumplir con el deber impuesto por el inciso primero del Art. 212 [211] de la Constitución Política de la República, que obliga al indicado organismo de control a hacer el seguimiento permanente y oportuno, para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones y controles, y hacer efectiva la potestad enunciada en el numeral 13 del Art. 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Todo ello, sin perjuicio de su derecho a participar o no como acusadora particular, por intermedio de quien legalmente la represente, y de lo señalado en el Art. 351 del Código de Procedimiento Penal respecto del recurso de casación.³⁷

Para realizar nuestro análisis, comencemos indicando lo que en su tiempo señalaba la Ley Orgánica de la Función Judicial, vigente a la expedición de la Resolución No. 052, sobre las potestades que tenía el máximo organismo judicial de ese entonces. Al efecto la ley indicaba:

Art. 14. En los casos en que la Corte Suprema expidiere fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho, los ministros jueces y el Ministro Fiscal, que serán convocados inmediatamente después de ocurrida la discrepancia, dictarán, por mayoría de votos conformes, la disposición que será generalmente obligatoria, mientras no se disponga lo contrario por la Ley.

La resolución se dará, a más tardar, dentro de quince días de hecha la convocatoria y se publicará en el RO.

[Desde las reformas constitucionales de 23 de diciembre de 1992, para dictar la norma dirimente en caso de fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho, únicamente debe convocarse a los ministros jueces de la Corte Suprema. Desde la expedición de la antigua Ley Orgánica del Ministerio Público de 1979 (publicada en el RO 871, de 10 de julio de 1979), el Ministro Fiscal General no forma parte del Pleno de la Corte Suprema de Justicia.]

Art. 15. La misma facultad anterior tendrá la Corte Suprema, en los casos de duda u oscuridad de las leyes, la que podrá ejercitarla, sea por propia iniciativa o a pedido de las cortes superiores. La resolución que dicte tendrá igual vigor que la que se dictare en caso de fallos contradictorios, y regirá desde su publicación en el RO.³⁸

³⁷ Corte Suprema de Justicia, “Resolución 052”, ROS No. 221, del 28 de octubre de 2007.

³⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de la Función Judicial*, (Quito: Ediciones Legales. 2015). <http://www.fielweb.com/Buscador/Norma.aspx?Id=31408&Nombre=LEY%20ORG%C3%81NICA%20DE%20LA%20FUNCION%20JUDICIAL%20N%C2%B0%20891> 2015.

El actual Código Orgánico de la Función Judicial que reemplazó a la Ley Orgánica, mantiene la misma atribución para la miembros de la hoy llamada Corte Nacional de Justicia, que en el Art. 180, numeral 6 establece, “Expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la ley, y regirán a partir de su publicación en el RO.”³⁹

El problema se inicia por el alcance que dio, en su oportunidad, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia para emitir la Resolución No. 052, especialmente en la parte referida a la disposición de la Ley Orgánica de la Función Judicial que indicaba: “en los casos en que la Corte Suprema *expidiere fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho*. La misma facultad anterior tendrá la Corte Suprema, *en los casos de duda u oscuridad de las leyes*.”⁴⁰

¿Por qué existió una indebida interpretación al alcance de sus facultades por parte del pleno de la antigua Corte Suprema de Justicia? Porque entendió, sin considerar a fondo cuáles eran los puntos de derecho y los casos de oscuridad de la ley, que estaban siendo aplicados en forma diferente por las salas de lo Penal de la Corte.

Como un tema coyuntural importante, los ministros de la antigua Corte, debían tener en claro que la interpretación de las leyes correspondía –y corresponde en la actualidad– exclusivamente a la Función Legislativa, a través del Congreso Nacional, en su tiempo, y ahora a la Asamblea Nacional.

En efecto, el numeral 5 del Art. 130 de la Constitución de la República de 1998, al establecer las facultades del Congreso Nacional, expresaba: “Expedir, reformar y derogar las *leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio*”;⁴¹ Casi idéntica redacción mantiene el numeral 6 del Art. 120 de la Constitución actual: “Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, *e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio*.”⁴² Hay que dejar claramente sentado que según la Constitución vigente, la facultad para interpretar las leyes, es exclusiva de la Asamblea

³⁹ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, <http://www.fielweb.com:4080/CODIGO-ORGANICO-DE-LA-FUNCION-JUDICIAL.pdf>2015.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, “Resolución 052”. Las cursivas corresponden al autor.

⁴¹ *Constitución Política de la República del Ecuador*. [1998]. Las cursivas corresponden al autor.

⁴² *Constitución de la República del Ecuador*, [2008].

Nacional, lo que no sucede con las facultades que la misma Constitución otorga a la Corte Nacional de Justicia.

Vimos lo que consagra la actual Constitución –numeral 6 del Art. 120– respecto de las potestades de la Asamblea Nacional; en cambio, el Art.184, que se refiere a la Corte Nacional de Justicia, nada dice al respecto; de tal forma, que su única atribución para expedir resoluciones está sustentada en el Código Orgánico de la Función Judicial y, por lo tanto, sujeto –en mérito del principio de supremacía de la leyes– a la Constitución de la República y luego a la ley que lo rige. Esto sucede en nuestro actual sistema jurídico, y lo mismo aconteció a la fecha de la expedición de la Resolución No. 052, que se encuentra vigente hasta la actualidad.

Sostuvimos en líneas anteriores que ésta era la primera circunstancia por la que consideramos que existía una intromisión de facultades por parte de la antigua Corte Suprema de Justicia en las previstas para el Congreso Nacional; veamos ahora cuál sería otra causal para considerar que la Corte Suprema obró ilegalmente en la expedición de la Resolución No. 052: “Se tendrá como parte procesal a la Contraloría General del Estado en las causas penales relacionadas con el manejo de los recursos sometidos a su control, en las que dicha entidad manifieste por escrito su decisión de intervenir en esa calidad [...] Todo ello, sin perjuicio de su derecho a participar o no como acusadora particular”.⁴³

Habíamos comentado a quiénes debemos considerar sujetos procesales y a quiénes sujetos procesales secundarios, pero pretendemos establecer adicionalmente los actos procesales por los cuales tampoco se puede considerar a la Contraloría como parte procesal, según reza la Resolución No. 052.

En la práctica, la participación de los funcionarios del órgano de control en los procesos penales que tienen relación con el mal manejo de fondos públicos, se reduce a tener aprobado el informe de auditoría con presunciones de responsabilidad penal por el Contralor General del Estado y, de forma inmediata, presentarlo a la Fiscalía. Esto de presentar un informe con presunciones de responsabilidad, en el mejor de los casos, se traduce en *una denuncia*, de tal forma que la pregunta que surge es: ¿al amparo del texto de la Resolución No. 052, puede ser considerada la Contraloría General del Estado, como parte procesal?

⁴³ Corte Suprema de Justicia, “Resolución 052”. Las cursivas corresponden al autor.

La respuesta la tenía el derogado Código de Procedimiento Penal, que indicaba: “Art. 51. *Responsabilidad*. El denunciante no será parte procesal, pero responderá en los casos de denuncia declarada como maliciosa o temeraria”.⁴⁴ En el mismo sentido se encuentra establecido en el actual COIP, en el Art. 431 que manifiesta: “La o el denunciante no es parte procesal, pero responderá en los casos de denuncia declarada como maliciosa o temeraria”.⁴⁵

Rompiendo todos los esquemas jurídicos, una de las salas de lo Penal de la antigua Corte Suprema, emitió otra resolución relacionada con el tema que estamos tratando; ya no con la posibilidad de ser considerada como parte procesal únicamente, sino que incluyó como requisito de procedibilidad para juzgar delitos contra el patrimonio estatal, la circunstancia de que para iniciar este tipo de juicios, forzosamente deba contarse con el informe de auditoría con indicios de responsabilidad penal.

Veamos lo que dice la resolución comentada:

Delito de peculado. Vistos: Los sentenciados Ing. Wilson Segundo Soto Vega, Ing. Jacinto Guillermo Duma León, Ing. Karina Ximena Pineda Ordóñez, Ing. Julio Pablo Abendaño Herrera, Ing. William Arturo Espinosa Aguirre, Lic. Víctor Oswaldo Torres Sigcho e Ing. Juan Edilberto Ramón Tituaña, interponen recurso de casación de la sentencia condenatoria dictada en su contra dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Loja, en la que los declara coautores del delito de peculado menor, tipificado y sancionado por el tercer artículo innumerado agregado después del Art. 257 del Código Penal y se les impone penas de prisión correccional y multas. Para resolver se considera: *Primero:* Esta sala es competente para conocer y resolver este recurso de casación por el sorteo de ley, realizado el 29 de enero del 2007. *Segundo:* Que es obligación constitucional de todo juez o tribunal garantizar el derecho al debido proceso, contemplado en el numeral 27 del Art. 23 de la Constitución Política del Estado, verificando que en todas las actuaciones procesales se hayan cumplido con las garantías del debido proceso que se requieren según su naturaleza; conforme lo establece el Art. 24 ibídem, ya que el proceso para ser medio de la realización de la justicia, necesariamente deberá hacer efectivas las garantías del debido proceso, en aplicación del Art. 192 de la Constitución, ya que sólo entonces prevalece la verdad y la ley en las resoluciones judiciales como premisa fundamental para que las resoluciones judiciales sean justas, puesto que en caso contrario prevalece el abuso y la arbitrariedad, que se encuentran prohibidos por la Constitución Política de la República y convenios internacionales, conforme lo establecido en los Arts. 16, 17, 18, 24 numerales 14 y 192 de la Supra Ley, que declaran sin valor a todo acto procesal inconstitucional. *Tercero:* Que constituye requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por el delito de peculado sea éste, mayor o menor, como del que es objeto en este juicio, la declaración de indicios de responsabilidad penal formulada por el Contralor General del Estado, conforme lo estipulado en el Art. 212 de la Constitución Política de la República y por los Art. 31, numerales 34, 39 y 65 de

⁴⁴ Ecuador. *Código de Procedimiento Penal*.

⁴⁵ Ecuador, *COIP. ROS*, No. 180, 10 de febrero de 2014.

la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; de tal modo que, sin esta declaración de indicios de responsabilidad penal conteniendo la evidencia documental del faltante o de los fondos o bienes públicos que hubieren sido abusados en beneficio propio o de un tercero en la forma que indica uno cualquiera de los tipos penales de peculado, no se puede iniciar el ejercicio de la acción penal, porque se vulnera el principio de legalidad procesal, contemplado como garantía del debido proceso en el numeral 13 del Art. 24 de la Constitución Política de la República, lo cual significa que si se trasgredió esta garantía iniciando el proceso sin que la Contraloría haya formulado los indicios de responsabilidad penal, el proceso es inconstitucional y todo lo actuado en él carece de valor, en aplicación de los Art. 18, 24, 192 y 273 de la Constitución.⁴⁶

No existen otros requisitos para promover la acción penal, que los legalmente establecidos, que es lo que promueve el principio de legalidad; sin embargo, la Sala de lo Penal de la antigua Corte Suprema de Justicia desfiguró este principio e incluyó un requisito para promover cierto tipo de delitos, con una simple Resolución; por suerte, por no ser una resolución del pleno de la Corte Suprema de Justicia, ni tampoco de resoluciones de triple reiteración o jurisprudencia, no es de obligatorio cumplimiento.

Lo grave de este tipo de actos jurídicos es que sirvieron de base para que la Contraloría, en casos de particular interés y en las diferentes etapas del proceso, pueda solicitar la nulidad o, caso contrario, paralice indefinidamente estos, hasta que no se obtenga el informe de auditoría con indicios de responsabilidad penal.

Recapitulando, diríamos que en la práctica, la forma de presentar la Contraloría un informe de auditoría, con indicios de responsabilidad penal, no constituye más que una *denuncia*; sin embargo la Resolución No. 122-08 transcrita y comentada concede la posibilidad que todo juicio que vaya en desmedro del patrimonio estatal, cuente en forma obligatoria con un informe de indicios de responsabilidad penal, sumando un requisito de procedibilidad que contraría el principio de legalidad; y, a más de ello, la Resolución No. 052-2007 no sólo que en forma inadecuada concedió una facultad trascendental al órgano de control, al considerarlo como sujeto procesal, sino que además le deja con la posibilidad de formular acusación particular, a discreción de la entidad de control.

Con estas explicaciones, para establecer la posición doctrinaria y legal que debe configurarse para presentar este acto procesal, creemos procedente a analizar brevemente la figura de la acusación particular.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 122-08, Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, E.E. 111, 28-I-2011

Cabe entonces la pregunta: ¿qué es la acusación particular? Históricamente la discusión de la doctrina, sobre la acusación particular se da por el hecho de si esta institución procesal es un medio para dar inicio a la acción penal, con corrientes a favor y en contra.

En nuestra legislación, en el derogado Código de Procedimiento Penal, se mantuvo la corriente que la acusación particular no daba inicio a la acción penal, pues ésta podía ser presentada únicamente cuando el fiscal hubiera emitido el dictamen al término de la etapa de instrucción fiscal, en tratándose de delitos de acción pública, como se denominaba en el extinto CPP y, cuando se tratara de delitos de acción privada, era permitido presentar la querella en la plazo máximo de seis meses, contados a partir del día en que se cometió la infracción; todo esto según se estipulaba en el Art. 57 del cuerpo de ley citado.

El actual COIP mantiene la misma tendencia, según se establece en el Art. 433, cuando indica que podrá presentar acusación particular desde el inicio de la instrucción fiscal hasta la fecha prevista para la terminación de ésta. Con esto estamos claros que la acusación particular no es una institución procesal que permite el inicio de la acción procesal en nuestra legislación.

Jorge Zavala Baquerizo, citando a Clariá Olmedo, expresa: “actualmente se da el nombre de querellante al particular que produce querella para iniciar un proceso penal, o se introduce en él como acusador”.⁴⁷

En nuestro país es muy común confundir los términos de acusación particular con querella; las diferencias son muy marcadas, de tal forma que comenzaremos indicando que en la actualidad la acusación particular es aplicable para aquellos delitos de acción pública, mientras que la querella lo es para delitos de acción privada.

En realidad, en un análisis de los conceptos doctrinarios, lo que se destaca en las características de aquellos acusadores particulares que presentan una querella, es la circunstancia de la *contingencia de la actuación* para promover la pretensión punitiva y resarcimiento de los daños y perjuicios, mediante la constitución de parte a través de la querella; es decir, el querellante puede constituirse en el actor para promover la acción penal o puede convertirse *en parte contingente* con la presentación de la acusación privada; sin embargo debemos reiterar que la corriente adoptada por

⁴⁷ Zabala Baquerizo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*.

nuestros legisladores, es que la acusación particular en delitos de acción pública no sirve para iniciar la acción penal, salvo en el caso de los delitos de acción privada.

Citando a Walter Guerrero Vivanco, Zavala Baquerizo define la acusación particular como: “una declaración de conocimiento y voluntad por medio de la cual, la persona facultada por la ley, pone en conocimiento del juez la perpetración de la infracción y se presenta como parte en el proceso penal, con el objeto de ejercer la pretensión penal y civil correspondiente”,⁴⁸ pero la definición que transcribe el maestro Zavala Baquerizo se refiere a la acusación particular como instrumento jurídico para los delitos de acción pública según el COIP; en líneas posteriores, el ilustre tratadista define a la querella o la acusación privada como: “una declaración de conocimiento y una manifestación de voluntad que hace el ofendido, a través de una querella, que tiene por objeto una infracción cuyo ejercicio de acción es privada, por lo que ejerce el derecho de estimular al órgano jurisdiccional penal para que inicie el proceso penal en la cual será parte activa necesaria, exhibiendo las pretensiones punitiva y de resarcimiento de perjuicios”.⁴⁹

La conclusión a la que llegamos es que si la Contraloría General del Estado quiere convertirse en parte procesal, no basta –como erróneamente lo indicó la Resolución No. 052– que presente su manifestación positiva por escrito; tal figura jurídica es una verdadera aberración, que rompe con todos los esquemas procesales. Si quisiera mantenerse como tal, como parte procesal, no basta que presente un informe de auditoría con indicios de responsabilidad penal –a modo de denuncia–, será necesario que presente acusación particular dentro del proceso penal, para ser considerada como *parte activa e indispensable*.

Recordemos en este punto, lo que establece el Art. 31, numeral 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que indica que dentro de las facultades de esta Institución esta la de: Decidir la intervención como parte en los juicios civiles, penales, contencioso administrativos y otros relacionados con el manejo de los recursos públicos que son objeto de control. Quedó claro por lo establecido en el párrafo anterior que esa decisión no puede basarse en una simple actitud discrecional de los funcionarios de la Contraloría, sino que necesariamente tiene que presentarse Acusación Particular.

Sobre este aspecto el COIP, en el Art. 432 que indica que podrán presentar acusación particular: “3 La víctima como entidad u organismo público, podrá acusar por medio de sus

⁴⁸ Ibíd.

⁴⁹ Ibíd.

representantes legales o de sus delegados especiales y la o el Procurador General del Estado, para las instituciones que carezcan de personería jurídica, sin perjuicio de la intervención de la Procuraduría General del Estado”.⁵⁰

Es decir las personas jurídicas estatales tienen la posibilidad de presentar Acusación Particular en delitos cometidos contra su patrimonio, a través de sus representantes legales o apoderados y en caso de no tener personería jurídica lo hará la Procuraduría General del Estado. En todo caso la Contraloría debe solicitar a las instituciones públicas una procuración judicial, si quisiera participar como parte procesal activa en el proceso penal, actuación en la que estamos de acuerdo, debe realizarse sobre la base de su actuación en alguna auditoría que hubiera realizado.

Igual disposición que la que acabamos de comentar se encuentra en el Art. 612 del COIP, que habla de la instalación y suspensión de la audiencia de juicio, que en forma similar, faculta para que las instituciones públicas puedan presentarse como acusadores particulares, a través de sus representantes legales o apoderados; eso si, es diferente la disposición en cuanto no indica cómo deberán comparecer las instituciones que carecen de personería jurídica, pero que creemos está cubierto con la disposición del Art. 432.

Al parecer, las cosas ha ido variando en la actual Corte Nacional de Justicia, porque indagando sobre la posición que se mantuvo con la Resolución No. 052, encontramos una resolución de la sala especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito en el caso 1274-2014, que mantiene una disposición diferente a la mantenida por tantos años con la Resolución No. 052, especialmente con la posibilidad de que la Contraloría General del Estado, no siendo parte procesal, se da por mal interpuesto el recurso de casación. Sin embargo los lectores podrán observar que la resolución tiene mucho de similar con la postura que hemos mantenido en este trabajo y que, por supuesto, nos releva de mayores comentarios al respecto. (Ver el texto de la resolución en el apéndice).

Lo único que podríamos acotar al respecto es que, en atención a los mismos considerandos constitucionales, legales y doctrinarios que se tomaron para rechazar el recurso de casación en la causa en referencia, los jueces o tribunales penales, podrían acogerla para regularizar adecuadamente la participación de la Contraloría General del Estado, en los diferentes procesos penales, pues queda claro que si no se presenta como acusador particular, no deberá ser considerado como parte procesal.

⁵⁰ *Ibidem*

Capítulo tercero

Derecho comparado

1. *Civil law*: Colombia

En el libro *Estructura del proceso penal acusatorio*, elaborado por la Fiscalía General de la República de Colombia, el Fiscal General de ese entonces, Pedro Oril Avello Franco, hace un recuento sucinto de cuando Colombia adoptó el sistema acusatorio, en reemplazo del inquisitivo que regía en la república vecina. Al respecto, en la parte introductoria del libro se indica:

La nueva estructura del proceso penal adoptada por el Acto Legislativo 03 de 2002, por medio del cual se modificó la Constitución Política, desarrollado por la Ley 906 de 2004, la que fue reformada por la Ley 1142 de 2007, configuración normativa mediante la cual el constituyente derivado adoptó un sistema de enjuiciamiento acusatorio, requiere un cuidadoso estudio por los operadores de justicia, en especial por parte de los fiscales.⁵¹

Dado que se trata de un estudio comparado de varios sistemas procesales, el objetivo es dar una idea general de los sistemas que rigen en cada país, pero sobre todo, establecer, en la manera de lo posible, una similitud con aquellas instituciones que cumplen la misma actividad que la Contraloría General del Estado.

Por ello, para seguir con el estudio somero del sistema procesal colombiano, se inserta a continuación un gráfico que muestra la estructura del proceso penal acusatorio de ese país, tomado del libro impreso por la Fiscalía General del Estado de Colombia:

⁵¹ Fiscalía General de la Nación, *Estructura del proceso penal acusatorio* (Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2007).

Mapa conceptual



Acusación -Investigación

Fiscalía

Control de garantías

Oralidad

Fiscalía General de la Nación, Bogotá, 2007.

Con relación a los sujetos procesales, en el apéndice 2 se transcribe el texto legal de estos; de ahí que aquí únicamente realizemos un breve análisis de la denominada Contraloría General de la República, entidad con las mismas características que nuestra Contraloría General del Estado.

Así pues, de conformidad con las atribuciones que le da a esta institución la Constitución del país vecino –al establecer en su Art. 119 que la Contraloría General de la República, *tiene la vigilancia y el control fiscal de resultado de la administración*– podemos concluir que esta institución tiene las mismas facultades que su par ecuatoriana. Sin embargo, del análisis comparativo de los dos cuerpos legales que las rigen, encontramos que a la entidad colombiana se le otorga el carácter de un organismo eminentemente técnico para controlar los bienes y dineros públicos en general, y además tiene *la obligación* del control fiscal de resultado de la administración, lo que es contrario a lo que se pretende implantar en el Ecuador, a través de la propuesta de reforma a la Constitución formulada por el Ejecutivo a la Asamblea Nacional, con el fin de que el órgano de control no realice su actividad de control sobre resultados de políticas públicas.

Evidentemente la estructura administrativa del órgano de control es diferente a la ecuatoriana, de ahí que existan dos normas fundamentales que rigen la actividad de la Contraloría colombiana; la una –el Decreto Ejecutivo 267, de 2000–, dicta normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, establece su estructura orgánica, fija las funciones de sus dependencias y establecen otras dependencias; la que más nos interesa es aquella que da -una calidad especial a los funcionarios de la entidad que realizan labor de control y que tienen que aportar con información en los procesos penales y en los denominados *procesos fiscales*, que en Ecuador lo llamaríamos contenciosos administrativos; nos referimos a la Ley 610 expedida por el Congreso Nacional de la República de Colombia, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencias de las contralorías.

En el acápite III, se puede verificar el trámite que la Ley 610 da a los procedimientos *fiscales*, que se deducen por las funciones propias de la Contraloría General de la República y sus sedes, en la que destacan la disposición del Art. 10 que da la calidad de Policía Judicial a todos los funcionarios que *realicen funciones de investigación o de indagación, o que estén comisionados para la práctica de pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal*; sin perjuicio de las establecidas en el Código de Procedimiento Penal, dice la norma. Esto es lo más cercano que hemos podido encontrar respecto de la actuación como sujeto procesal en las acciones penales, que – como se podrá concluir– difiere largamente con lo establecido en nuestra legislación con respecto a lo que ha venido aconteciendo con la Contraloría General del Estado.

La gran conclusión a la que llegamos es que el Código de Procedimiento Penal colombiano, no mantiene el error del nuestro, al establecer como sujeto interviniente a la Defensoría Pública; pero en lo principal, sobre la posibilidad de que otras instituciones –que en son realidad verdaderas colaboradoras de la Fiscalía– sean consideradas como *partes procesales principales*, les impiden participar en forma activa en las diferentes partes del proceso y, aún más, en la audiencia de juzgamiento.

La Fiscalía de la Nación de Colombia se apega aún más a los principios del sistema acusatorio puro, al establecer que esta es la única llamada a estar al frente de la investigación y, de ser el caso, la única llamada a llevar adelante la acusación contra el acusado.

2. *Civil law*: España

Para el profesor Juan Luis Gómez, catedrático de Derecho Procesal en la Universidad Jaume I, en su artículo “Introducción al proceso penal español”,⁵² es altamente reconocido por la doctrina española que ha pasado por tres sistemas claramente diferenciados a través de su historia, siendo la Ley Criminal de 1882, *última expresión* de la evolución legislativa, que transformó el sistema inquisitivo en el sistema procesal acusatorio formal o mixto, que es el que mantiene actualmente España, en materia de derecho procesal penal. Los tres procesos a los que se refiere Gómez, son: el acusatorio puro, el inquisitivo y –como ya se mencionó– el sistema acusatorio formal, que tiene características combinadas de los dos anteriores.

Del análisis que hace el autor citado, se desprende que en España existen dos tipos de procedimientos penales, regulados por la ley de enjuiciamiento criminal, *los delitos y las faltas*, estableciendo un libro para cada uno de estos delitos

En el mismo sentido que para el procedimiento colombiano, veamos lo que indica su similar español sobre los órganos de control.

El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, sin perjuicio de su propia jurisdicción, de acuerdo con la Constitución, la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCu)² y la Ley 7/1988, de 5 de abril de Funcionamiento

⁵² Juan Luis Gómez, “Introducción al proceso penal español”.
https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_89.pdf.

del Tribunal (LFTCu).³ Ejerce el control externo de la actividad económico-financiera del sector público estatal, autonómico y local, así como de la contabilidad de los partidos políticos.

El Art. 136 de la Constitución de España regula las actividades del Tribunal de Cuentas, cuyos integrantes –en totalidad dieicéis– son elegidos por la Función Legislativa y, al ser el órgano fiscalizador según se indicó en el párrafo precedente, deben actuar en función de la disposición constitucional. Sin embargo, para tratar de establecer si existe la posibilidad de que puedan ser considerados como parte procesal en los delitos contra los bienes y recursos del Estado, debemos referirnos a la Ley Orgánica 2/1982, que es la que regula todo lo concerniente al Tribunal de Cuentas.

Revisando este cuerpo legal encontramos una enorme similitud con las disposiciones que regulan a la Contraloría General de la República de Colombia, especialmente porque se crea una jurisdicción –o juicio de cuentas– para, en caso de hallazgos por parte de sus funcionarios, entablar la respectiva *acción administrativa*; de tal forma que su actuación proviene de un órgano de control de carácter eminentemente técnico, que no se inmiscuye –pero sí coordina y colabora con las demás funciones del Estado, en este caso la judicial– en los casos en que dentro de las averiguaciones que lleva adelante, resulten delitos establecidos en la legislación española.

Una cosa curiosa que hay que comenzar a advertir, es que el Código Penal Procesal tiene una vigencia desde 1882, lo que, primero, habla de la marcada diferencia que en cuestión de legislación procesal penal tenemos los latinoamericanos respecto de los países de Europa; segundo, evidentemente se trata de las primeras muestras de aplicación del denominado sistema procesal mixto que mantiene, en algunas de sus partes, principios del sistema inquisitivo –especialmente la escriturización– y, tercero, adopta los principios del sistema anglosajón, por ser vecino y fuertemente influenciado en todo sentido por Inglaterra, a pesar de todas las vicisitudes históricas que mantuvieron estos dos países. Por ello, vemos que la influencia del sistema acusatorio puro se hace evidente en los artículos que constan como apéndice IV, y que hacen relación con las partes intervinientes o partes simplemente, en los que nada se habla de organismos de apoyo a la labor de fiscalía en el proceso de investigación, como sí sucede en nuestra legislación; más bien se centra en rescatar la figura de las principales partes procesales, como son: el Ministerio Público, la víctima y el encausado, y, e incluye figuras que son absolutamente novedosas para nuestro sistemas, como la de la

acción popular para aquellas *víctimas* que no siendo afectadas directa o indirectamente por lo *injusto* que llama el código, pueden hacer conocer el delito, por supuesto bajo ciertas circunstancias.

Para cerrar este capítulo veamos lo que con absoluto acierto, dice la Exposición de motivos del Código Penal Procesal, sobre las partes procesales:

La persona física o jurídica, o ente sin personalidad, al que se le atribuye el hecho punible se denomina encausado. Con dicha denominación el Código pretende evitar el estigma social que acompaña al término imputado, mediante la utilización de una expresión de mayor neutralidad, pero suficientemente significativa de la posición del sujeto pasivo dentro del proceso, dirigido contra él, una cualidad esencial definitoria del status de parte pasivamente legitimada de la que nace, entre otros, el derecho fundamental a la defensa.

Por otro lado, dada la distinta naturaleza de encausados, correlativa a la distinta esencia de los sujetos susceptibles de resultar penalmente responsables, la capacidad para ser parte se rige por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil y debe ser reconocida a las personas físicas y jurídicas, masas patrimoniales y patrimonios separados, entes sin personalidad, y también a los grupos, dada la posibilidad de que les sean impuestas las consecuencias accesorias de la pena previstas por el Art. 129 del Código Penal. Respecto a la capacidad procesal, el Código establece las disposiciones apropiadas para los penalmente inimputables, cuya capacidad para comparecer ante el Tribunal deba ser integrada al efecto de su enjuiciamiento para la imposición, en su caso, de una medida de seguridad.

En lo concerniente a la representación en juicio de las personas jurídicas, el Código introduce un cambio radical respecto a la solución que se había adoptado en la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 37/2011, de 11 de octubre. Frente al modelo de la admisión de la ausencia voluntaria de la representación de la persona jurídica del proceso y su posible actuación a través del letrado de la defensa, se ha considerado conveniente asegurar la comparecencia de la persona jurídica en juicio mediante apoderado especial, que ha de ser el director del sistema de control interno de la entidad o, en su defecto, otra persona designada para asumir la representación. Para el caso de falta de designación se prevé que habrá de comparecer como representante la persona que ostente el máximo poder real de decisión en el órgano de gobierno o administración o como administrador de hecho de la entidad, a instancia del Ministerio Fiscal y a criterio del tribunal. Si una persona física incapaz de comprender el significado y consecuencias del proceso no puede ser enjuiciada, carece de sentido permitir que una persona jurídica pueda colocarse al margen del desarrollo de la causa cuando, precisamente, se enjuicia una posible responsabilidad penal derivada de la desatención del cumplimiento de la ley por omisión del debido cuidado organizacional tendiente a excluir o limitar el riesgo de criminalidad en su seno. En definitiva, con la medida procesal introducida se persigue asegurar que las personas jurídicas se tomen en serio la investigación y la prueba de los hechos por los que resulten encausadas.

Parte pasivamente legitimada es también el tercero afectado, concepto que comprende tanto al responsable civil como a la persona a la que el pronunciamiento civil de la sentencia puede perjudicar y que necesariamente ha de ser llamada al proceso para que pueda defenderse y con el fin de que la cosa juzgada le alcance.

En el ámbito de las partes que ostentan legitimación activa, el Código contempla primero al Ministerio Fiscal, cuyo papel se ha potenciado notablemente, como se ha explicado con anterioridad. Digna de ser resaltada es, también, la integración de la

Policía Judicial en la Fiscalía, un radical cambio de modelo que blinda la independencia de la investigación penal frente al Poder Ejecutivo.

Pero el Ministerio Fiscal no ostenta el monopolio de la acción penal. La víctima de cualquier delito puede constituirse en parte acusadora, solicitar medidas de investigación y cautelares y solicitar la condena, como se ha reconocido en nuestro ordenamiento con una amplitud sin parangón en el entorno jurídico al que pertenecemos. Así mismo, en desarrollo del Art. 125 de la Constitución, se autoriza a cualquier ciudadano a ejercer la acción popular para la persecución y enjuiciamiento de los delitos en relación con los cuales se entiende justificada la asunción de la función pública de acusar por quien, no siendo ofendido ni perjudicado, solicita la condena y que son los cometidos por funcionarios públicos, delitos de corrupción en el sector público, delitos contra intereses difusos y velectorales. Con ello se mantiene la institución constitucionalmente prevista, si bien se redefine legalmente para evitar abusos.

El Código mantiene la figura del actor civil, en previsión de que el perjudicado desee sólo sostener la acción civil y no la penal. Tanto en uno u otro caso, el ejercicio de la acción civil por la víctima exonera al Ministerio Fiscal de la obligación de ejercitarla a su favor, puesto que si la persona interesada actúa por sí misma en el proceso, es obvio que el Ministerio Público no le sustituye en su legitimación y no debe suplantar su voluntad al regirse la acción civil por el principio dispositivo.⁵³

⁵³ Ibíd

Capítulo cuarto

Conclusión

El actual Código Integral Penal se rige por un sistema acusatorio mixto. En realidad, si hacemos un análisis objetivo a modo de conclusión, este sistema mixto tiene como fundamento principal el respeto a los derechos humanos y, dentro de éstos, los del debido proceso, igualdad de las partes, la búsqueda integral de la verdad, entre otros; todos ellos consagrados en la Constitución Política de la República.

A pesar de que los principios constitucionales que deben regir nuestro procedimiento penal se encuentran claramente establecidos, siempre hemos considerado que la actividad legislativa que tiene como facultad central la Asamblea Nacional, no manejan técnicamente ciertos temas, como los planteados en el trabajo de investigación. Es reiterado el comportamiento de los legisladores o asambleísta de un compromiso político más que el técnico jurídico, que debe regir a la función legislativa, que a pesar de adolecer de errores sólidos y aún grotescos en anteriores cuerpos legales, se mantienen en los nuevos cuerpos normativos, como es el caso del COIP.

Para ejemplificar lo dicho, cito aquel caso que a pesar de haberse discutido largamente en el extinto Código de Procedimiento Penal, se mantiene en el actual Código Integral Penal, en el capítulo de los sujetos procesales, en los cuales se mantuvo como sujeto procesal a la Defensoría Pública, cuando en realidad lo que se quiere garantizar es que la persona –sea el imputado o la víctima– que no tenga derecho a acceder a un abogado particular, pueda optar por una defensa técnica.

Más allá de aquello, es indiscutible que la actividad de los órganos de control es la adecuada, al proteger y salvaguardar los intereses nacionales; pero su actividad dentro de los procesos penales debe estar revestida por un respeto a los derechos fundamentales que ya comentamos; debe ser igual para todas las partes que participan en un proceso penal, y no tener una especie de “extensión de poder”, por el sólo hecho de ser considerados como órganos de control, porque de lo contrario, instituciones del Estado estarían violentado principios constitucionales y legales.

Queda claro que al hablar de un sistema acusatorio –que en realidad es mixto– es la fiscalía el titular de la acción y debe llevar adelante todo el proceso de acusación frente al imputado, por supuesto si corresponde. Sin embargo, aquellas partes

adicionales son consideradas como complemento –como partes de apoyo– a la actividad de la Fiscalía, pero no un sujeto procesal adicional, que en el momento que sea de su conveniencia, puede intervenir en aquel, precisamente en detrimento de los principios que rigen el procedimiento penal, y en especial en contra de los intereses del imputado o acusado según corresponda, quien tiene la angustia de en cualquier momento reformular su defensa porque tiene que litigar con los abogados de la Contraloría, que han comparecido al proceso, por las atribuciones que le concede la Resolución No. 052-2007.

Este defecto que debía ser subsanado por el legislador, está siendo subsanado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en función de las facultades establecidas en la Ley Orgánica de la Función Judicial, eso sí, rectificando decisiones contrarias a derecho que en épocas pasadas dieron posibilidad a que, arrogándose funciones, reformaran cuerpos legales y dieran a la Contraloría General del Estado esa posibilidad –inconstitucional e ilegal– de ser considerada parte procesal, bastando para ello una decisión discrecional del órgano de control.

Estas rectificaciones, según lo hemos demostrado, se basan en la conclusión cierta, que si la Contraloría General del Estado quiere participar como parte procesal en los juicios entablados por perjuicios en contra del patrimonio del Estado, debe necesariamente presentarse como Acusador Particular, sin perjuicio de que las entidades públicas afectadas lo hagan por medio de su representante legal o apoderado o el Procurador General del Estado, en aquellas instituciones que carecen de personería jurídica.

Finalmente, al cerrar este estudio –y a manera de recomendación, a pesar de que pudiera parecer ambicioso y utópico, pero no por ello irrealizable–, sería deseable que este sencillo trabajo pudiera ser puesto en conocimiento de las instituciones involucradas en este proceso –Asamblea Nacional, Corte Nacional y Contraloría General del Estado– a fin de que puedan conocer –y ojalá recoger– para su aplicación, los comentarios vertidos en el mismo. Así mismo, la Academia –y la práctica profesional diaria– podrían constituir otros espacios de reflexión, donde se retomen los temas planteados en esta investigación.

Bibliografía

- Ábalos, R. W. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, s.f.
- Aguilar, Juan Pablo. "Compromiso político y organismos de control". En revista *Foro*. Quito: UASB-Sede Ecuador, 2007.
- Botero, Martín Eduardo. *El sistema procesal penal acusatorio*. Bogota: Ediciones Andrés Morales, 2008
- Carnelutti, Francesco. *El proceso penal*. Colombia: Ediciones Leyer. s.f.
- Constitución Política de la República del Ecuador* [1998]. [Quito]. Edit. Gonzalo Arias Barriga, s.f.
- Constitución de la República del Ecuador* [2008]. [Quito]. Montecristi. Asamblea Nacional Constituyente. *Registro Oficial* 449 de 20 de octubre de 2008.
- Colombia. *Código de Procedimiento Penal*. Bogota, 2002. En <http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/L0906004.HTM>.
- Colombia. Ley 610 de 2000. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=5725>.
- Corte Suprema de Justicia, "Resolución 052", *Registro Oficial. Suplemento* 221, 28 de octubre de 2007.
- Devis Echandía, H. *Teoría general del proceso, aplicable a toda clase de procesos*. Buenos Aires: Editorial Universidad. s.f.
- Ecuador. *Código Penal Procesal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, s.f. http://www.ub.edu/dpenal/recursos/cpp_codi_processal_penal_projecte.pdf.
- Ecuador. Ley 2004-42, *Registro Oficial* 404, 23 de agosto de 2004.
- Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial*. En *Registro Oficial* de 9 de marzo de 2009.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal, COIP. Registro Oficial, Suplemento*, 180, 10 de febrero del 2014.
- Ecuador. *Ley Orgánica de la Función Judicial*. Quito: Ediciones Legales. 2015. <http://www.fielweb.com:4080/CODIGO-ORGANICO-DE-LA-FUNCION-JUDICIAL.pdf>.

- Ecuador. *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Quito: Ediciones Legales, 2015.
- <http://www.fielweb.com/Buscador/Norma.aspx?Id=6934&T=Ley%20Org%C3%A1nica%20de%20la%20Contralor%C3%ADa%20General%20del%20Estado&Opcion=1>.
- Ediciones Legales. *Constitución Política y Leyes Conexas*. Quito: Ediciones Legales, 1998.
- Fiscalía General de la Nación. *Estructura del proceso penal acusatorio*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia. 2007.
- <http://www.fielweb.com/Buscador/Norma.aspx?Id=31408&Nombre=LEY%20ORG%C3%81NICA%20DE%20LA%20FUNCI%C3%93N%20JUDICIAL%20N%C2%B0%20891>.
- Gómez, Juan Luis. “Introducción al proceso penal español” https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_89.pdf
- Muñoz Neira, O. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá: LEGIS. 2006.
- Vaca Andrade, Ricardo. *Manual de derecho procesal penal*. Tomo I. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009
- Vaca Andrade, Ricardo. *Derecho Procesal Ecuatoriano, según el Código Orgánico Integral Penal*. Quito: EDLE S.A. 2014.
- Villagómez, Richard. *Manual de derecho procesal penal ecuatoriano*. Riobamba: Editora Multicolor, 2006.
- Zavala Baquerizo, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Guayaquil: Edino. 2004.

Apéndices

Apéndice I: Resolución de la Corte Nacional: “Contraloría General del Estado no puede ser considerada como parte procesal sino presenta acusación particular”



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL,
PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y
TRÁNSITO

LA REPÚBLICA DEL ECUADOR
SOBERANO, LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, LA SALA
ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO DE LA
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR
SALA DE LO PENAL, PENAL MILITAR,
PENAL POLICIAL
Y TRÁNSITO**

Caso No. 1274-2014 VR

CASACIÓN

**LA FISCALÍA CONTRA LA CIUDADANA MYRIAN ROCÍO PUMAGUALLI
BASTIDAS**

JUEZ PONENTE: Dr. Vicente Tiberio Robalino Villafuerte.

Quito, Distrito Metropolitano, 28 de febrero de 2015. Las 09h05.

VISTOS:

Avocamos conocimiento de la causa conforme a lo siguiente:

- 1.1. El Consejo de la Judicatura, en cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182, por el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 173, y por la Resolución No. 341-2014, renovó parcialmente un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, y designó a las y los siete juezas y jueces quienes reemplazarán en sus funciones a las y los salientes.

El 26 de enero de 2015 el Consejo de la Judicatura posesionó a las y los nuevos juezas y jueces que se integran a la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

- 1.2. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución 01-2015, de 28 de enero de 2015, conformó sus seis Salas especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183 sustituido por la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013.
- 1.3. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito tiene competencia para conocer los recursos de casación en los procesos por acción pública según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 sustituido del Código Orgánico de la Función Judicial.



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL,
PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y
TRÁNSITO

www.funcionjudicial.gob.ec
(03) 2999 - 400

DIRECCIÓN PROVINCIAL - CHIMBORAZO
Pichincha y Primera Constituyente (Esquina), quinto piso, Riobamba

CORTE N
SALA ES
PENAL MI
TRÁNSITO

1.4. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, en sesión de 28 de enero de 2015, dio cumplimiento a lo dispuesto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en la Resolución 02-2015, resultado de lo cual, el presente Tribunal queda integrado por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional; la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional, el doctor Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional, por licencia del doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional; y el doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional ponente, de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial.

3.2.

No se ha impugnado la competencia de la señora Jueza Nacional, el Juez Nacional y del Conjuez Nacional que integramos el Tribunal.

2. ANTECEDENTES:

2.1. El Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo con sede en el cantón Riobamba, en sentencia de 5 de mayo de 2014, a las 09h54, declaró la culpabilidad de la ciudadana Myriam Rocío Pumagualli Bastidas, en calidad de autora del delito tipificado en el artículo 296.1 y sancionado en el artículo 296.2, del Código Penal, esto es enriquecimiento ilícito, imponiéndole pena privativa de libertad de un año de prisión correccional, y la restitución del duplo del enriquecimiento ilícito comprobado, esto es la cantidad de \$121.042,00, y la incapacidad de por vida para el desempeño de un cargo o función pública.

3.3.

2.2. La sentenciada, interpuso recurso de apelación. La Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, en sentencia de 24 de junio de 2014, a las 08h01, aceptó el recurso de apelación interpuesto y ratificó el estado de inocencia de la ciudadana Myriam Rocío Pumagualli Bastidas.

2.3. La Contraloría General del Estado, presentó recurso de casación.

3.4.

3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

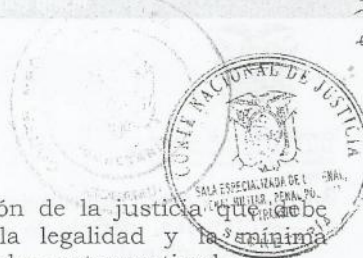
3.1. La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 1, 11, 66, 75, 76, 77, 81, 82, 167 diseña y desarrolla un Estado constitucional de derechos y justicia, en que el máximo deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos, se garantiza los derechos a la vida, a la igualdad formal y material, a la tutela efectiva, imparcial y expedita, al debido proceso y la motivación, a ser juzgado por un juez competente, a la facultad de impugnar las decisiones judiciales, a la seguridad jurídica de la que una de sus expresiones es la legalidad, en que la potestad de administrar justicia emana del pueblo quien la ejerce a través de los órganos de la Función Judicial y otras autoridades legítimas, y en que el

DIRECCIÓN PROVINCIAL - CHIMBORAZO
Pichincha y Primera Constituyente (Esquina), quinto piso, Riobamba
(03) 2999 - 400
www.funcionjudicial.gob.ec

2



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL,
PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y
TRANSITO



proceso penal es un medio para la realización de la justicia que debe atender a principios fundamentales como la legalidad y la mínima intervención penal, y en que las resoluciones deben estar motivadas.

3.2. Acerca de lo que constituye el debido proceso penal la ex-Corte Constitucional para el Periodo de Transición ha expuesto en el caso 002-08-CN, cuya sentencia está publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 602 de 1 de junio de 2009, que: "[...] En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucionales) [...] Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma in pejus, y el doble procesamiento por el mismo hecho etc."

3.3. La Constitución de la República del Ecuador garantiza el debido proceso, que implica entre otros derechos:

"Art. 76.- 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:

1.- Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...]

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.**" (Lo resaltado nos corresponde)

3.4. Sobre el deber de los juzgadores de sujetarse y garantizar el debido proceso la ex-Corte Constitucional para el Periodo de Transición determinó en la sentencia No. 035-12-SEP-CC, caso 0338-10-EP, del 8 de marzo del 2012:

"El primero de los subderechos del debido proceso es el deber de las autoridades administrativas o judiciales de garantizar el cumplimiento de las normas o los derechos de las partes; constituye un principio fundamental para garantizar la existencia del Estado constitucional de derechos y justicia y una garantía indispensable para evitar la arbitrariedad en las decisiones y resoluciones de las autoridades administrativas o judiciales.

Al respecto, el Estado constitucional de derechos y justicia 'se dota de una Constitución normativa, que sujeta todos los poderes a la legalidad, sitúa los derechos fundamentales en el centro del sistema y prevé para ellos garantías institucionales inéditas' [...]"



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL,
PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y
TRÁNSITO

www.funcionjudicial.gob.ec
(03) 2999 - 400
Pichincha y Primera Constituyente (Esquina), quinto piso, Riobamba

DIRECCIÓN PROVINCIAL - CHIMBORAZO

CORTE
SALA ES
PENAL N
TRÁNSIT

3.5. La ex Corte Constitucional para el Período de Transición, en varias de sus sentencias, definió lo que constituye el debido proceso en un Estado constitucional:

i. Un Estado Constitucional de derechos y justicia es aquel en el cual "[...] la persona humana debe ser el objetivo primigenio, donde la misma aplicación e interpretación de la ley sólo sea posible en la medida que esta normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos[...]".¹

ii. "[...]En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucionales) [...] Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma in pejus, y el doble procesamiento por el mismo hecho etc".²

iii. La seguridad jurídica es "[...] la garantía constitucional dada a los ciudadanos y ciudadanas por el Estado, de que sus derechos no serán violados; si esto ocurriera, se los protegerá. Es la convicción, la seguridad que tiene el ciudadano y ciudadana de que su situación jurídica no será, de ninguna manera cambiada más que por procedimientos establecidos previamente. Esto quiere decir estar seguros de algo y libre de cuidados [...]".³

iv. Para que una resolución sea motivada "[...] se requiere que sea fundamentada, es decir que se enuncien las normas o principios jurídicos en que se basa la decisión [...]".⁴ Y, posteriormente ha dicho que "La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y que nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión [...]".⁵

¹ Sentencia 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.

² Sentencia dictada en el caso 002-08-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.

³ Sentencia 008-09-SEP-CC, caso 0103-09-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 1 de junio de 2009.

⁴ Sentencia 0144-08-RA, caso 0144-08-RA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 615 de 18 de junio de 2009.

⁵ Sentencia 069-10-SEP-CC, caso 0065-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 372, 27 de enero de 2011.
DIRECCIÓN PROVINCIAL - CHIMBORAZO
Pichincha y Primera Constituyente (Esquina), quinto piso, Riobamba
(03) 2999 - 400
www.funcionjudicial.gob.ec



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL,
PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y
TRÁNSITO



3.6. Sobre el principio de legalidad la ex Corte Constitucional para el Período de Transición en sentencia No. 031-10-SEP-CC, caso No. 0649-09-EP, dijo:

"La Constitución de la República, al establecer las garantías básicas del debido proceso, determina en el artículo 76, numeral 3 que "[...] solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento". Esta disposición convalida la vigencia de la seguridad jurídica que se establece en la carta magna en el artículo 82, al mencionar que esta seguridad se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes".

4. Reflexiones del Tribunal sobre la intervención de la Contraloría General del Estado

4.1. Los artículos 76.3 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador establecen los principios de legalidad e irretroactividad de la ley, que son expresión de los derechos a la seguridad jurídica y al debido proceso. Respecto a la interposición de medios de impugnación en materia penal, la regla procesal dice:

"Art. 324.- Facultad de impugnar.- Las providencias son impugnables solo en los casos y formas expresamente establecidos en este Código.

Cuando la ley no distinga, el derecho a impugnar corresponde a las partes.

El defensor puede interponer los recursos, pero el imputado o acusado puede desistirse de los recursos interpuestos por su defensor.

Por tanto, es necesario determinar si la Contraloría General del Estado, puede interponer recurso de casación, para esto es necesario aplicar el régimen legal vigente para determinar la intervención del órgano de control referido en la presente causa penal.

4.2. Se toma en cuenta como antecedente la Resolución No. 52 de la ex Corte Suprema de Justicia, de 24 de noviembre de 2007, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 221 de 28 de noviembre de 2007, que disponía:

"Art. 1.- Se tendrá como parte procesal a la Contraloría General del Estado en las causas penales relacionadas con el manejo de los recursos sometidos a su control, en las que dicha Entidad manifieste por escrito su decisión de intervenir en esa calidad, a efectos de cumplir con el deber impuesto por el inciso primero del artículo 212 de la Constitución Política de la República, que obliga al indicado Organismo de Control a hacer el seguimiento permanente y oportuno, para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones y controles, y hacer efectiva la potestad enunciada en el numeral 13 del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Todo ello, sin perjuicio de su derecho a participar o no como acusadora particular, por intermedio de quien legalmente la represente, y de lo señalado en el Art. 351 del Código de Procedimiento Penal respecto del recurso de casación".



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL,
PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y
TRÁNSITO

DIRECCIÓN PROVINCIAL - CHIMBORAZO
Pichincha y Primera Constituyente (Esquina), quinto piso, Riobamba
(03) 2999 - 400
www.funcionjudicial.gob.ec

COR
SAL
PEN
TRA

Esta resolución estaba fundamentada en los artículos 212 de la Constitución Política de la República de 1998⁶, y 31.13 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, promulgada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002.

4.3. La Constitución de la República del Ecuador, sobre la Contraloría General del Estado, establece:

"Art. 212.- Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley:

1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.
2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.
3. Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones.
4. Asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite."

4.4. La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, aún vigente para este procedimiento, respecto a la intervención en procesos judiciales establece:

"Art. 31.- Funciones y atribuciones.- La Contraloría General del Estado, además de las atribuciones y funciones establecidas en la Constitución Política de la República, tendrá las siguientes:

[...]

13. Decidir la intervención como parte en los juicios civiles, penales, contencioso administrativos y otros relacionados con el manejo de los recursos públicos que son objeto de control. La intervención del Contralor General no exime la responsabilidad del funcionario a quien las leyes confieran la representación correspondiente;

[...]"

En la norma citada se establece que tal Órgano de control puede intervenir en juicios de materia penal, pero no determina en qué calidad, por lo que hay que remitirse a la norma especial procesal penal.

4.5. El Código de Procedimiento Penal, en el Título III determina que los sujetos procesales son: la Fiscalía, el ofendido, el acusador particular y el

⁶ "Art. 212.- La Contraloría General del Estado tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, y hará el seguimiento permanente y oportuno para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones y controles.
Los funcionarios que, en ejercicio indebido de las facultades de control, causen daños y perjuicios al interés público o a terceros, serán civil y penalmente responsables."



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL,
PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y
TRANSITO



la
ca
del

procesado. Solo en calidad de sujeto procesal se puede intervenir en el proceso penal.

En el artículo 52, establece:

ral

"Art. 52.- Ejercicio.- Puede proponer acusación particular el ofendido.

que

Podrán también proponer acusación particular los representantes de los órganos de control distintos de la Fiscalía, a quienes la ley faculta para intervenir como parte en los procesos penales que interesen a los fines de la institución que representan.

oria
das

La persona jurídica ofendida podrá acusar por medio de su representante legal, quien podrá actuar por sí mismo o mediante procurador judicial." (Lo resaltado nos corresponde)

de
sin
do.

En el artículo segundo agregado después del artículo 226, respecto al procedimiento de la audiencia preparatoria del juicio, expresa:

"[...] Art....- Procedimiento de la audiencia preparatoria del juicio.- La ausencia del procesado no será causa para que la audiencia no se lleve a efecto, bastará la asistencia de su abogado defensor o del defensor público.

ara
les

Cuando el procesado se encuentre libre bajo caución y no asista a la audiencia, se hará efectiva la caución.

El acusador particular podrá comparecer personalmente o a través de su abogado defensor a la audiencia.

nás
la

Los representantes legales o procuradores judiciales de las instituciones del sector público, obligatoriamente deben presentarse como acusadores particulares en los procesos por actos punibles que afecten el interés estatal, bajo prevención que de no hacerlo será declarada su responsabilidad penal. [...]" (Lo resaltado nos corresponde)

oso
son
dad

4.6. De la normativa aplicable a la causa, se desprende que la Contraloría General del Estado solamente podía intervenir dentro del proceso en calidad de sujeto procesal con la presentación obligatoria de la acusación particular.

nir
que

4.7. La ex Corte Constitucional para el Período de Transición en la resolución de 21 de julio de 2009, sentencia número 014-09-SEP-CC, dentro del Caso No. 0006-08-EP, con respecto a los derechos de las partes procesales, dijo:

los
el

"Que no siendo parte dentro del Recurso de Revisión, el accionante carece de derecho, calidad e interés para impugnar una sentencia legítimamente expedida que revisa a una sentencia irrita, expedida violando las garantías del Debido Proceso[...]", es decir que, solo las procesales tienen derecho a un debido proceso.

vas y
lento

4.8. De la revisión del expediente, no consta que la Contraloría General del Estado haya propuesto acusación particular; ha sustentado su intervención en el artículo 31.13 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, sin tomar en cuenta las normas citadas anteriormente, por lo que no tiene la calidad de sujeto procesal y su función era única y exclusivamente como órgano de control realizando el

eros,



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL,
PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y
TRÁNSITO

www.funcionjudicial.gob.ec
1274-2
(03) 2999 - 400
Pichincha y Primera Constituyente (Esquina), quinto piso, Riobamba

DIRECCIÓN PROVINCIAL - CHIMBORAZO

seguimiento permanente y oportuno, correspondiéndole a la Fiscalía General del Estado el impulso de la acusación como sujeto procesal; y, la carga de la prueba (onus probandi) sobre la teoría del caso.

4.9. En atención al artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación solamente puede ser interpuesto por el fiscal, el acusado o el acusador particular.

4.10. Si la Contraloría General del Estado, no ha presentado acusación particular, no tiene facultad para presentar recurso de casación.

4.11. De todo lo anotado se desprende que el recurso de casación propuesto por la señora Mónica Del Pilar Vallejo Villalva, delegada provincial de Chimborazo de la Contraloría General del Estado, no está debidamente presentado conforme a derecho lo que lo torna en improcedente al no reunir los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Penal. Por lo que ha sido ilegalmente admitido y tramitado.

POR TODO LO EXPUESTO, por unanimidad, este Tribunal de casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, resuelve:

1. Al haber sido indebidamente concedido e ilegalmente tramitado el recurso de casación interpuesto por la Contraloría General del Estado, este Tribunal, por unanimidad, se abstiene de tramitarlo.
2. La devolución inmediata del proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la sentencia.

Intervenga la señora doctora Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora encargada.- **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

Dr. Vicente Robalino Villafuerte
JUEZ NACIONAL PONENTE

Dra. Sylvia Sánchez Insuasti
JUEZA NACIONAL

Dr. Richard Villagómez Cabezas
CONJUEZ NACIONAL

DIRECCIÓN PROVINCIAL - CHIMBORAZO
Pichincha y Primera Constituyente (Esquina), quinto piso, Riobamba
(03) 2999 - 400
www.funcionjudicial.gob.ec

Razón
y cuati
casiller
carvaja
electró
Myrian
electró
Dra. I
Imontoy
boletas
y en el
Sala Es
nspenal

1274-2014

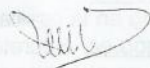
Razón: En Quito, hoy diez de marzo de dos mil quince, a partir de las trece horas con treinta y cuatro minutos, notifico con el auto que antecede a: Fiscalía General del Estado en el casillero No. 1200 y en los correos electrónicos chiriboga@fiscalia.gob.ec y carvajal@fiscalia.gob.ec; Contraloría General del Estado en el casillero No. 940 y correo electrónico contraloria.estado17@foroabogados.ec y cge.dro.legal@contraloria.gob.ec; Myrian Hocio Pumagualli Bastidas en las casillas No. 5792, 5711 y 3353 y correos electrónicos wash379@hotmail.com, juanmacolcha@hotmail.com y mgedelgado65@yahoo.es; Dra. Lolita Montoya Moreta en la casilla No. 5711 y correos electrónicos lmontoya@defensoria.gob.ec, jarteaga@defensoria.gob.ec y boletaspichincha@defensoria.gob.ec; Procuraduría General del Estado en la casilla No. 1200 y en el correo electrónico vescobar@pge.gob.ec y lcargua@pge.gob.ec; Secretaría de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito en el correo electrónico nspenal@cortenacional.gob.ec. - **Certifico.-**


Dra. Martha Villarroel Villegas
SECRETARIA RELATORA (e)

RAZON: Certifico que las cinco fojas (5) útiles, que anteceden son iguales a sus originales, tomadas del juicio 1274-2014, que sigue CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO, en contra de PUMAGUALLI BASTIDAS MYRIAM ROCIO, por DELITO de ENRIQUECIMIENTO ILICITO. Quito 7 de abril del 2015.


Dr. Milton Álvarez Chacón
SECRETARIO RELATOR

RAZON: En esta fecha se recibe el expediente de la Corte Nacional con el respectivo ejecutorial emitido por la Corte Nacional de Justicia.
CERTIFICO Riobamba, 13 de marzo del 2015.


Dra. Alicia Medina R.
SECRETARIA RELATORA

CERTIFICO: Que las compulsas en cinco (5) fojas de las copias certificadas que anteceden de la Corte Nacional de Justicia, son iguales a sus originales.
Riobamba, 17 de Abril del 2015


Dra. Alicia Medina Rea.
SECRETARIA RELATORA

Apéndice II: Código de Procedimiento Penal Colombiano

Título IV. Partes e intervinientes

Capítulo I. Fiscalía General de la Nación

Art. 113. *Composición.* La Fiscalía General de la Nación para el ejercicio de la acción penal estará integrada por el Fiscal General de la Nación, el Vicefiscal, los fiscales y los funcionarios que él designe y estén previstos en el estatuto orgánico de la institución para esos efectos.

Art. 114. *Atribuciones.* La Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene las siguientes atribuciones:

1. Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito.
2. Aplicar el principio de oportunidad en los términos y condiciones definidos por este código.
3. Ordenar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, y poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
4. Asegurar los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando su cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción.
5. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente ejerce su cuerpo técnico de investigación, la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.
6. Velar por la protección de las víctimas, testigos y peritos que la Fiscalía pretenda presentar.

La protección de los testigos y peritos que pretenda presentar la defensa será a cargo de la Defensoría del Pueblo, la de jurados y jueces, del Consejo Superior de la Judicatura.

7. Ordenar capturas, de manera excepcional y en los casos previstos en este código, y poner a la persona capturada a disposición del juez de control de garantías, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
8. Solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.
9. Presentar la acusación ante el juez de conocimiento para dar inicio al juicio oral.
10. Solicitar ante el juez del conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando no hubiere mérito para acusar.
11. Intervenir en la etapa del juicio en los términos de este código.

12. Solicitar ante el juez del conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto.
13. Interponer y sustentar los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión en los eventos establecidos por este código.
14. Solicitar nulidades cuando a ello hubiere lugar.
15. Las demás que le asigne la ley.

[Parágrafo adicionado por el Art. 10 de la Ley 1142 de 2007] El Fiscal General de la Nación o el Fiscal Delegado, según el caso, podrá actuar con el apoyo de otro Fiscal Delegado de cualquier categoría, tanto para la investigación como para la intervención en las audiencias preliminares o de juicio. Esta misma facultad podrá aplicarse en el ejercicio de la defensa].

Art. 115. *Principio de objetividad.* La Fiscalía General de la Nación, con el apoyo de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial, adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley.

Art. 116. *Atribuciones especiales del Fiscal General de la Nación.* Corresponde al Fiscal General de la Nación en relación con el ejercicio de la acción penal:

1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los servidores públicos que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.
2. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos, mediante orden motivada.
3. Determinar el criterio y la posición que la Fiscalía General de la Nación deba asumir en virtud de los principios de unidad de gestión y jerarquía, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.

Art. 117. *La policía judicial.* Los organismos que cumplan funciones de policía judicial actuarán bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, para lo cual deberán acatar las instrucciones impartidas por el Fiscal General, el Vicefiscal, los fiscales en cada caso concreto, a los efectos de la investigación y el juzgamiento.

La omisión en el cumplimiento de las instrucciones mencionadas constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, penal, disciplinaria y civil del infractor. En todo caso, el Fiscal General de la Nación o su delegado, bajo su responsabilidad, deberá separar de forma inmediata de las funciones que se le hayan dado para el desarrollo investigativo, a cualquier servidor público que omita o se extralimite en el cumplimiento de las instrucciones dadas.

Capítulo II. Defensa

Art. 118. *Integración y designación.* La defensa estará a cargo del abogado principal que libremente designe el imputado o, en su defecto, por el que le sea asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública.

Art. 119. *Oportunidad.* La designación del defensor del imputado deberá hacerse desde la captura, si hubiere lugar a ella, o desde la formulación de la imputación. En todo caso deberá contar con éste desde la primera audiencia a la que fuere citado.

El presunto implicado en una investigación podrá designar defensor desde la comunicación que de esa situación le haga la Fiscalía.

Art. 120. *Reconocimiento.* Una vez aceptada la designación, el defensor podrá actuar sin necesidad de formalidad alguna para su reconocimiento.

Art. 121. *Dirección de la defensa.* El defensor que haya sido designado como principal dirigirá la defensa, pudiendo incluso seleccionar otro abogado que lo acompañe como defensor suplente, previa información al juez y autorización del imputado. Este defensor suplente actuará bajo la responsabilidad del principal y podrá ser removido libremente durante el proceso.

Art. 122. *Incompatibilidad de la defensa.* La defensa de varios imputados podrá adelantarla un defensor común, siempre y cuando no medie conflicto de interés ni las defensas resulten incompatibles entre sí.

Si se advirtiera la presencia del conflicto y la defensa no lo resolviera mediante la renuncia del encargo correspondiente, el imputado o el Ministerio Público podrá solicitar al juez el relevo del defensor discernido. En este evento el imputado podrá designar un nuevo defensor. Si no hubiere otro y de encontrarse en imposibilidad para ello, el Sistema Nacional de Defensoría Pública le proveerá uno, de conformidad con las reglas generales.

Art. 123. *Sustitución del defensor.* Únicamente el defensor principal podrá sustituir la designación en otro abogado, pudiéndose reservar el derecho de reasumir la defensa en la oportunidad que estime conveniente.

Art. 124. *Derechos y facultades.* La defensa podrá ejercer todos los derechos y facultades que los tratados internacionales relativos a derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, la Constitución Política y la ley reconocen en favor del imputado.

Art. 125. *Deberes y atribuciones especiales* [modificado por el Art. 47 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente] En especial la defensa tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

1. Asistir personalmente al imputado desde su captura, a partir de la cual deberá garantizársele la oportunidad de mantener comunicación privada con él.
2. Disponer de tiempo y medios razonables para la preparación de la defensa, incluida la posibilidad excepcional de obtener prórrogas justificadas para la celebración del juicio oral.
3. En el evento de una acusación, conocer en su oportunidad todos los elementos probatorios, evidencia física e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al procesado.
4. Controvertir las pruebas, aunque sean practicadas en forma anticipada al juicio oral.
5. Interrogar y contrainterrogar en audiencia pública a los testigos y peritos.
6. Solicitar al juez la comparecencia, aun por medios coercitivos, de los testigos y peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos materia de debate en el juicio oral.
7. Interponer y sustentar, si lo estimare conveniente, las nulidades, los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión.
8. No ser obligado a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral.
9. Buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física; realizar entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados por medio de los técnicos e investigadores autorizados por la ley. Para tales efectos las entidades públicas y privadas, además de los particulares, prestarán la colaboración que requieran, sin que puedan oponer reserva, siempre que se acredite por parte del defensor certificado por la Fiscalía General de la Nación, que la información será utilizada para efectos judiciales.
[Este numeral fue declarado exequible condicionalmente, mediante Sentencia C-186-08 de 27 de febrero de 2008, bajo el entendido que las entidades públicas y privadas así como los particulares, no pueden oponer reserva al defensor que ha obtenido la autorización del juez de control de garantías, el cual ponderará si se justifica la afectación de derechos fundamentales].
10. Abstenerse de revelar información relacionada con el proceso y su cliente, conforme a la ley.

Capítulo III. Imputado

Art. 126. *Calificación.* El carácter de parte como imputado se adquiere desde su vinculación a la actuación mediante la formulación de la imputación o desde la captura, si ésta

ocurriere primero. A partir de la presentación de la acusación adquirirá la condición de acusado.

Art. 127. *Ausencia del imputado.* Cuando al fiscal no le haya sido posible localizar a quien requiera para formularle imputación o tomar alguna medida de aseguramiento que lo afecte, solicitará ante el juez de control de garantías que lo declare persona ausente adjuntando los elementos de conocimiento que demuestren que ha insistido en ubicarlo. El imputado se emplazará mediante edicto que se fijará en un lugar visible de la secretaría por el término de cinco (5) días hábiles y se publicará en un medio radial y de prensa de cobertura local.

Cumplido lo anterior el juez lo declarará persona ausente, actuación que quedará debidamente registrada, así como la identidad del abogado designado por el sistema nacional de defensoría pública que lo asistirá y representará en todas las actuaciones, con el cual se surtirán todos los avisos o notificaciones. Esta declaratoria es válida para toda la actuación.

El juez verificará que se hayan agotado mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado.

Art. 128. *Identificación o individualización.* [Modificado por el Art. 11 de la Ley 1142 de 2007]. La Fiscalía General de la Nación estará obligada a verificar la correcta identificación o individualización del imputado, a fin de prevenir errores judiciales.

En los eventos en que el capturado no presente documento de identidad, la policía judicial tomará el registro decadactilar y lo remitirá inmediatamente a la Registraduría Nacional del Estado Civil a efectos de que expida en forma inmediata copia de la fotocédula. En caso de no aparecer registrada la persona en sus archivos, la Registraduría Nacional del Estado Civil lo registrará con el nombre que se identificó inicialmente y procederá a asignarle un cupo numérico.

Art. 129. *Registro de personas vinculadas.* La Fiscalía llevará un registro de las personas a las cuales se haya vinculado a una investigación penal. Para el efecto, el funcionario que realice la vinculación lo informará dentro de los cinco (5) días siguientes a la decisión, al sistema que para tal efecto lleve la Fiscalía General de la Nación.

Art. 130. *Atribuciones.* Además de los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia y que forman parte del bloque de constitucionalidad, de la Constitución Política y de la ley, en especial de los previstos en el Art. 8 de este código, el imputado o procesado, según el caso, dispondrá de las mismas atribuciones asignadas a la defensa que resultan compatibles con su condición. En todo caso, de mediar conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado, prevalecen las de aquélla.

Art. 131. *Renuncia.* Si el imputado o procesado hiciere uso del derecho que le asiste de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral, deberá el juez de control de garantías o el juez de conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente,

voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado.

Capítulo IV. Víctimas

Art. 132.-*Víctimas*. Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.

La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con éste.

Art. 133. *Atención y protección inmediata a las víctimas*. La Fiscalía General de la Nación adoptará las medidas necesarias para la atención de las víctimas, la garantía de su seguridad personal y familiar, y la protección frente a toda publicidad que implique un ataque indebido a su vida privada o dignidad.

Las medidas de atención y protección a las víctimas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del imputado o de un juicio justo e imparcial, ni serán incompatibles con estos.

Art. 134. *Medidas de atención y protección a las víctimas*. Las víctimas, en garantía de su seguridad y el respeto a su intimidad, podrán por conducto del fiscal solicitar al juez de control de garantías las medidas indispensables para su atención y protección.

Igual solicitud podrán formular las víctimas, por sí mismas o por medio de su abogado, durante el juicio oral y el incidente de reparación integral.

Art. 135. *Garantía de comunicación a las víctimas*. Los derechos reconocidos serán comunicados por el fiscal a la víctima desde el momento mismo en que ésta intervenga.

Igualmente se le informará sobre las facultades y derechos que puede ejercer por los perjuicios causados con el injusto, y de la disponibilidad que tiene de formular una pretensión indemnizatoria en el proceso por conducto del fiscal, o de manera directa en el incidente de reparación integral.

[Este artículo fue declarado exequible condicionalmente, mediante Sentencia C-454-06 de 7 de junio de 2006, en el entendido que la garantía de comunicación a las víctimas y perjudicados con el delito opera desde el momento en que éstos entran en contacto con las autoridades, y se refiere a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación].

Art. 136. *Derecho a recibir información*. A quien demuestre sumariamente su calidad de víctima, la policía judicial y la Fiscalía General de la Nación le suministrarán información sobre:

1. Organizaciones a las que puede dirigirse para obtener apoyo.
2. El tipo de apoyo o de servicios que puede recibir.

3. El lugar y el modo de presentar una denuncia o una querella.
4. Las actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto de aquéllas.
5. El modo y las condiciones en que puede pedir protección.
6. Las condiciones en que de modo gratuito puede acceder a asesoría o asistencias jurídicas, asistencia o asesoría psicológicas u otro tipo de asesoría.
7. Los requisitos para acceder a una indemnización.
8. Los mecanismos de defensa que puede utilizar.
9. El trámite dado a su denuncia o querella.
10. Los elementos pertinentes que le permitan, en caso de acusación o preclusión, seguir el desarrollo de la actuación.
11. La posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad y a ser escuchada tanto por la Fiscalía como por el juez de control de garantías, cuando haya lugar a ello.
12. La fecha y el lugar del juicio oral.
13. El derecho que le asiste a promover el incidente de reparación integral.
14. La fecha en que tendrá lugar la audiencia de dosificación de la pena y sentencia
15. La sentencia del juez.

También adoptará las medidas necesarias para garantizar, en caso de existir un riesgo para las víctimas que participen en la actuación, que se les informe sobre la puesta en libertad de la persona inculpada.

Art. 137. *Intervención de las víctimas en la actuación penal.* Las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Las víctimas podrán solicitar al fiscal en cualquier momento de la actuación medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o de sus familiares.
2. El interrogatorio de las víctimas debe realizarse con respeto de su situación personal, derechos y dignidad.
3. Para el ejercicio de sus derechos no es obligatorio que las víctimas estén representadas por un abogado; sin embargo, a partir de la audiencia preparatoria y para intervenir tendrán que ser asistidas por un profesional del Derecho o estudiante de consultorio jurídico de [una] Facultad de Derecho debidamente aprobada.
4. [Declarado inexecutable mediante Sentencia C-516-07 de 11 de julio de 2007].
5. Si la víctima no contare con medios suficientes para contratar un abogado a fin de intervenir, previa solicitud y comprobación sumaria de la necesidad, la Fiscalía General de la Nación le designará uno de oficio.

6. El juez podrá, en forma excepcional y con el fin de proteger a las víctimas, decretar que durante su intervención el juicio se celebre a puerta cerrada.
7. Las víctimas podrán formular ante el juez de conocimiento el incidente de reparación integral, una vez establecida la responsabilidad penal del imputado.

Apéndice III

Ley 610 de 2000 (por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías). Legislación colombiana

Art. 10. *Policía Judicial*. Los servidores de las contralorías que realicen funciones de investigación o de indagación, o que estén comisionados para la práctica de pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal, tienen el carácter de autoridad de policía judicial. Para este efecto, además de las funciones previstas en el Código de Procedimiento Penal, tendrán las siguientes:

1. Adelantar oficiosamente las indagaciones preliminares que se requieran por hechos relacionados contra los intereses patrimoniales del Estado.
2. Coordinar sus actuaciones con las de la Fiscalía General de la Nación.
3. Solicitar información a entidades oficiales o particulares en procura de datos que interesen para solicitar la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal o para las indagaciones o investigaciones en trámite, inclusive para lograr la identificación de bienes de las personas comprometidas en los hechos generadores de daño patrimonial al Estado, sin que al respecto les sea oponible reserva alguna.
4. Denunciar bienes de los presuntos responsables ante las autoridades judiciales, para que se tomen las medidas cautelares correspondientes, sin necesidad de prestar caución.

Parágrafo. En ejercicio de sus funciones, los servidores de los organismos de control fiscal a que se refiere este artículo podrán exigir la colaboración gratuita de las autoridades de todo orden.

Art. 11. *Grupos interinstitucionales de investigación*. Las contralorías, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, las personerías y las entidades de control de la administración, podrán establecer con carácter temporal y de manera conjunta, grupos especiales de trabajo para adelantar investigaciones que permitan realizar la vigilancia integral del manejo de los bienes y fondos públicos, así como las actuaciones de los servidores públicos. Las pruebas practicadas por estos grupos especiales de trabajo tendrán plena validez para los respectivos procesos fiscales, penales, disciplinarios y administrativos.

Art. 12. *Medidas cautelares*. En cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal se podrán decretar medidas cautelares sobre los bienes de la persona presuntamente responsable de un detrimento al patrimonio público, por un monto suficiente para amparar el pago del posible desmedro al erario, sin que el funcionario que las ordene tenga que prestar caución. Este último responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado

con temeridad o mala fe. Las medidas cautelares decretadas se extenderán y tendrán vigencia hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal. Se ordenará el desembargo de bienes cuando habiendo sido decretada la medida cautelar se profiera auto de archivo o fallo sin responsabilidad fiscal, caso en el cual la Contraloría procederá a ordenarlo en la misma providencia. También se podrá solicitar el desembargo al órgano fiscalizador, en cualquier momento del proceso o cuando el acto que estableció la responsabilidad se encuentre demandado ante el tribunal competente, siempre que exista previa constitución de garantía real, bancaria o expedida por una compañía de seguros, suficiente para amparar el pago del presunto detrimento y aprobada por quien decretó la medida.

Parágrafo. Cuando se hubieren decretado medidas cautelares dentro del proceso de jurisdicción coactiva y el deudor demuestre que se ha admitido demanda y que ésta se encuentra pendiente de fallo ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, aquéllas no podrán ser levantadas hasta tanto no se preste garantía bancaria o de compañía de seguros, por el valor adeudado más los intereses moratorios.

Art. 13. *Suspensión de términos.* El cómputo de los términos previstos en la presente ley se suspenderá en los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, o por la tramitación de una declaración de impedimento o recusación. En tales casos, tanto la suspensión como la reanudación de los términos se ordenará mediante auto de trámite, que se notificará por estado al día siguiente y contra el cual no procede recurso alguno.

Art. 14. *Unidad procesal y conexidad.* Por cada hecho generador de responsabilidad fiscal se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera sea el número de implicados; si se estuviere adelantando más de una actuación por el mismo asunto, se dispondrá mediante auto de trámite la agregación de las diligencias a aquéllas que se encuentren más adelantadas. Los hechos conexos se investigarán y decidirán conjuntamente.

Art. 15. *Acumulación de procesos.* Habrá lugar a la acumulación de procesos a partir de la notificación del auto de imputación de responsabilidad fiscal y siempre que no se haya proferido fallo de primera o única instancia, de oficio o a solicitud del sujeto procesal, cuando contra una misma persona se estuvieren adelantando dos o más procesos, aunque en ellos figuren otros implicados y siempre que se trate de la misma entidad afectada, o cuando se trate de dos o más procesos por hechos conexos que no se hubieren investigado conjuntamente. Contra la decisión de negar la acumulación procede el recurso de reposición.

Art. 16. *Cesación de la acción fiscal.* En cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia

de una causal eximente de responsabilidad fiscal o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente.

Art. 17. *Reapertura*. Cuando después de proferido el auto de archivo del expediente en la indagación preliminar o en el proceso de responsabilidad fiscal, aparecieren o se aportaren nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial al Estado o la responsabilidad del gestor fiscal, o se demostrare que la decisión se basó en prueba falsa, procederá la reapertura de la indagación o del proceso. Sin embargo, no procederá la reapertura si después de proferido el auto de archivo, ha operado la caducidad de la acción o la prescripción de la responsabilidad fiscal.

Art. 18. *Grado de consulta*. Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio. Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador. Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso.

Art. 19. *Muerte del implicado y emplazamiento a herederos*. En el evento en que sobrevenga la muerte del presunto responsable fiscal antes de proferirse fallo con responsabilidad fiscal debidamente ejecutoriado, se citarán y emplazarán a sus herederos con quienes se seguirá el trámite del proceso y quienes responderán hasta concurrencia con su participación en la sucesión. [Declarado exequible por la Corte Constitucional mediante [Sentencia 131 de 2003](#)]

Art. 20. *Reserva y expedición de copias*. Las actuaciones adelantadas durante la indagación preliminar y el proceso de responsabilidad fiscal son reservadas *hasta su culminación*. En consecuencia, *hasta no terminarse el proceso de responsabilidad fiscal*, ningún funcionario podrá suministrar información, ni expedir copias de piezas procesales, salvo que las solicite autoridad competente para conocer asuntos judiciales, disciplinarios o administrativos. El incumplimiento de esta obligación constituye falta disciplinaria, la cual será sancionada por la autoridad competente con multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales. Los sujetos procesales tendrán derecho a obtener copia de la actuación para su uso exclusivo y el ejercicio de sus derechos, con la obligación de guardar reserva sin necesidad de diligencia especial. Declarado exequible por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-477 de 2001](#), bajo el entendido que la reserva a que se refiere deberá levantarse tan pronto se practiquen efectivamente las pruebas a que haya lugar y, en todo caso, una vez

expire el término general fijado por la ley para su práctica. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexecutable.

Art. 21. *Traslado a otras autoridades.* Si con ocasión del adelantamiento de los procesos de que trata la presente ley se advierte la comisión de hechos punibles o faltas disciplinarias, el funcionario competente deberá dar aviso en forma inmediata a las autoridades correspondientes.

Título II. Actuación procesal

Capítulo I. Pruebas

Art. 22. *Necesidad de la prueba.* Toda providencia dictada en el proceso de responsabilidad fiscal debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso.

Art. 23. *Prueba para responsabilizar.* El fallo con responsabilidad fiscal sólo procederá cuando obre prueba que conduzca a la certeza del daño patrimonial y de la responsabilidad del investigado.

Art. 24. *Petición de pruebas.* El investigado o quien haya rendido exposición libre y espontánea podrá pedir la práctica de las pruebas que estime conducentes o aportarlas. La denegación total o parcial de las solicitadas o allegadas deberá ser motivada y notificarse al peticionario, decisión contra la cual proceden los recursos de reposición y apelación.

Art. 25. *Libertad de pruebas.* El daño patrimonial al Estado y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos.

Art. 26. *Apreciación integral de las pruebas.* Las pruebas deberán apreciarse en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional.

Art. 27. *Comisión para la práctica de pruebas.* El funcionario competente podrá comisionar para la práctica de pruebas a otro funcionario idóneo.

Art. 28. *Pruebas trasladadas.* Las pruebas obrantes válidamente en un proceso judicial, de responsabilidad fiscal, administrativo o disciplinario, podrán trasladarse en copia o fotocopia al proceso de responsabilidad fiscal y se apreciarán de acuerdo con las reglas preexistentes, según la naturaleza de cada medio probatorio. Los hallazgos encontrados en las auditorías fiscales tendrán validez probatoria dentro del proceso de responsabilidad fiscal, siempre que sean recaudados con el lleno de los requisitos sustanciales de ley.

Art. 29. *Aseguramiento de las pruebas.* El funcionario de la Contraloría, en ejercicio de las facultades de policía judicial, tomará las medidas que sean necesarias para asegurar que los elementos de prueba no sean alterados, ocultados o destruidos. Con tal fin podrá ordenar, entre otras las siguientes medidas: disponer vigilancia especial de las personas, de los muebles

o inmuebles, el sellamiento de éstos, la retención de medios de transporte, la incautación de papeles, libros, documentos o cualquier otro texto informático o magnético.

Art. 30. *Pruebas inexistentes*. Las pruebas recaudadas sin el lleno de las formalidades sustanciales o en forma tal que afecten los derechos fundamentales del investigado, se tendrán como inexistentes.

Art. 31. *Visitas especiales*. En la práctica de visitas especiales, el funcionario investigador procederá a examinar y reconocer los documentos, hechos y demás circunstancias relacionadas con el objeto de la diligencia y simultáneamente irá extendiendo la correspondiente acta, en la cual anotará pormenorizadamente los documentos, hechos o circunstancias examinados y las manifestaciones que bajo la gravedad del juramento hagan sobre ellos las personas que intervengan en la diligencia. Cuando lo estime necesario, el investigador podrá tomar declaraciones juramentadas a las personas que intervengan en la diligencia y solicitar documentos autenticados, según los casos, para incorporarlos al informativo.

Art. 32. *Oportunidad para controvertir las pruebas*. El investigado podrá controvertir las pruebas a partir de la exposición espontánea en la indagación preliminar, o a partir de la notificación del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

Capítulo II. Impedimentos y recusaciones

Art. 33. *Declaración de impedimentos*. Los servidores públicos que conozcan de procesos de responsabilidad fiscal en quienes concurra alguna causal de recusación, deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de la misma.

Art. 34. *Causales de impedimento y recusación*. Son causales de impedimento y recusación para los servidores públicos que ejercen la acción de responsabilidad fiscal, las establecidas en los códigos Contencioso Administrativo, de Procedimiento Civil y Procedimiento Penal.

Art. 35. *Procedimiento en caso de impedimento o recusación*. El funcionario impedido o recusado pasará el proceso a su superior jerárquico o funcional, según el caso, fundamentando y señalando la causal existente y si fuere posible aportará las pruebas pertinentes, a fin de que el superior decida de plano si acepta el impedimento o la recusación y en caso afirmativo a quien ha de corresponder su conocimiento o quien habrá de sustituir al funcionario impedido o recusado. Cuando haya dos o más funcionarios competentes para conocer de un mismo asunto y uno de ellos se declare impedido o acepte la recusación, pasará el proceso al siguiente, quien si acepta la causal avocará el conocimiento. En caso contrario, lo remitirá al superior jerárquico o funcional, según el caso, para que resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento o recusación.

Capítulo III. Nulidades

Art. 36. *Causales de nulidad.* Son causales de nulidad en el proceso de responsabilidad fiscal la falta de competencia del funcionario para conocer y fallar; la violación del derecho de defensa del implicado; o la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. La nulidad será decretada por el funcionario de conocimiento del proceso.

Art. 37. *Saneamiento de nulidades.* En cualquier etapa del proceso en que el funcionario advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo anterior, decretará la nulidad total o parcial de lo actuado desde el momento en que se presentó la causal y ordenará que se reponga la actuación que dependa del acto declarado nulo, para que se subsane lo afectado. Las pruebas practicadas legalmente conservarán su plena validez.

Art. 38. *Término para proponer nulidades.* Podrán proponerse causales de nulidad hasta antes de proferirse el fallo definitivo. En la respectiva solicitud se precisará la causal invocada y se expondrán las razones que la sustenten. Sólo se podrá formular otra solicitud de nulidad por la misma causal por hechos posteriores o por causal diferente. Contra el auto que resuelva las nulidades procederán los recursos de reposición y apelación.

Capítulo IV. Trámite del proceso

Art. 39. *Indagación preliminar.* Si no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por un término máximo de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. La indagación preliminar tendrá por objeto verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido a él.

Art. 40. *Apertura del proceso de responsabilidad fiscal.* Cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal. En el evento en que se haya identificado a los presuntos responsables fiscales, a fin de que ejerzan el derecho de defensa y contradicción, deberá notificárseles el auto de trámite que ordene la apertura del proceso. Contra este auto no procede recurso alguno.

Parágrafo. Si con posterioridad a la práctica de cualquier sistema de control fiscal cuyos resultados arrojen dictamen satisfactorio, aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con la gestión fiscal analizada, se desatenderá el dictamen emitido y se iniciará el proceso de responsabilidad fiscal.

Art. 41. *Requisitos del auto de apertura.* El auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal deberá contener lo siguiente:

1. Competencia del funcionario de conocimiento.
2. Fundamentos de hecho.
3. Fundamentos de derecho.
4. Identificación de la entidad estatal afectada y de los presuntos responsables fiscales.
5. Determinación del daño patrimonial al Estado y estimación de su cuantía.
6. Decreto de las pruebas que se consideren conducentes y pertinentes.
7. Decreto de las medidas cautelares a que hubiere lugar, las cuales deberán hacerse efectivas antes de la notificación del auto de apertura a los presuntos responsables.
8. Solicitud a la entidad donde el servidor público esté o haya estado vinculado, para que ésta informe sobre el salario devengado para la época de los hechos, los datos sobre su identidad personal y su última dirección conocida o registrada; e igualmente para enterarla del inicio de las diligencias fiscales.
9. Orden de notificar a los presuntos responsables esta decisión.

Art. 42. *Garantía de defensa del implicado.* Quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o de proceso de responsabilidad fiscal en su contra y antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba exposición libre y espontánea, para cuya diligencia podrá designar un apoderado que lo asista y lo represente durante el proceso, y así se le hará saber al implicado, sin que la falta de apoderado constituya causal que invalide lo actuado. En todo caso, no podrá dictarse auto de imputación de responsabilidad fiscal si el presunto responsable no ha sido escuchado previamente dentro del proceso en exposición libre y espontánea o no esté representado por un apoderado de oficio si no compareció a la diligencia o no pudo ser localizado. [[Declarado exequible Sentencia Corte Constitucional 131 de 2002](#)].

Art. 43. *Nombramiento de apoderado de oficio.* Si el implicado no puede ser localizado o citado no comparece a rendir la versión, se le nombrará apoderado de oficio con quien se continuará el trámite del proceso. Para este efecto podrán designarse miembros de los consultorios jurídicos de las facultades de Derecho legalmente reconocidas o de las listas de los abogados inscritos en las listas de auxiliares de la justicia conforme a la ley, quienes no

podrán negarse a cumplir con este mandato so pena de incurrir en las sanciones legales correspondientes. [[Ver fallo Consejo de Estado 1591 de 2001](#)].

Art. 44. *Vinculación del garante*. Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado. La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella. [[Ver el párrafo del Art. 5.1.4.2.8 del Decreto Nacional 734 de 2002](#)]

Art. 45. *Término*. El término para adelantar estas diligencias será de tres (3) meses, prorrogables hasta por dos (2) meses más, cuando las circunstancias lo ameriten, mediante auto debidamente motivado.

Art. 46. *Decisión*. Vencido el término anterior, se procederá al archivo del proceso o a dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal, mediante providencia motivada, según sea el caso.

Art. 47. *Auto de archivo*. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma.

Art. 48. *Auto de imputación de responsabilidad fiscal*. El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados. El auto de imputación deberá contener:

1. La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado.
2. La indicación y valoración de las pruebas practicadas.
3. La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.

Art. 49. *Notificación del auto de imputación de responsabilidad fiscal*. El auto de imputación de responsabilidad fiscal se notificará a los presuntos responsables o a sus apoderados si los tuvieren y a la compañía de seguros si la hubiere, en la forma y términos establecidos en el Código Contencioso Administrativo. Si la providencia no se hubiere podido notificar personalmente a los implicados que no estén representados por apoderado, surtida la

notificación por edicto se les designará apoderado de oficio, con quien se continuará el trámite del proceso. Para estos efectos, se aplicará lo dispuesto en el Art. 43.

Art. 50. *Traslado.* Los presuntos responsables fiscales dispondrán de un término de diez (10) días contados a partir del día siguiente a la notificación personal del auto de imputación o de la desfijación del edicto para presentar los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el auto y solicitar y aportar las pruebas que se pretendan hacer valer. Durante este término el expediente permanecerá disponible en la Secretaría.

Art. 51. *Decreto y práctica de pruebas.* Vencido el término anterior, el funcionario competente ordenará mediante auto la práctica de las pruebas solicitadas o decretará de oficio las que considere pertinentes y conducentes, por un término máximo de treinta (30) días. El auto que decreta o rechaza las pruebas deberá notificarse por estado al día siguiente de su expedición. Contra el auto que rechaza la solicitud de pruebas procederán los recursos de reposición y apelación; esta última se concederá en el efecto diferido. Los recursos deberán interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, en la forma prevista en el Código Contencioso Administrativo.

Art. 52. *Término para proferir fallo.* Vencido el término de traslado y practicadas las pruebas pertinentes, el funcionario competente proferirá decisión de fondo, denominada fallo con o sin responsabilidad fiscal, según el caso, dentro del término de treinta (30) días.

Art. 53. *Fallo con responsabilidad fiscal.* El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa leve del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable. Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo al valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes. [Texto subrayado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-619 de 2002](#)].

Art. 54. *Fallo sin responsabilidad fiscal.* El funcionario competente proferirá fallo sin responsabilidad fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal.

Art. 55. *Notificación del fallo.* La providencia que decida el proceso de responsabilidad fiscal se notificará en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo y contra ella proceden los recursos allí señalados, interpuestos y

debidamente sustentados por quienes tengan interés jurídico, ante los funcionarios competentes.

Art. 56. *Ejecutoriedad de las providencias.* Las providencias quedarán ejecutoriadas: 1. Cuando contra ellas no proceda ningún recurso. 2. Cinco (5) días hábiles después de la última notificación, cuando no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos. 3. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.

Art. 57. *Segunda instancia.* Recibido el proceso, el funcionario de segunda instancia deberá decidir dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes. El funcionario de segunda instancia podrá decretar de oficio la práctica de las pruebas que considere necesarias para decidir la apelación, por un término máximo de diez (10) días hábiles, libres de distancia, pudiendo comisionar para su práctica.

Título III

Consecuencias de la declaración de responsabilidad fiscal

Art. 58. *Mérito ejecutivo.* Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las contralorías.

Art. 59. *Impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.* En materia del proceso de responsabilidad fiscal, solamente será demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el acto administrativo con el cual termina el proceso, una vez se encuentre en firme.

Art. 60. *Boletín de responsables fiscales.* La Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él.

Para efecto de lo anterior, las contralorías territoriales deberán informar a la Contraloría General de la República, en la forma y términos que ésta establezca, la relación de las personas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal, así como de las que hubieren acreditado el pago correspondiente, de los fallos que hubieren sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de las revocaciones directas que hayan proferido, para incluir o retirar sus nombres del boletín, según el caso.

El incumplimiento de esta obligación será causal de mala conducta. Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el Art. 6 de la Ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento

de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín. [[Ver Circular Contraloría Distrital 117 de 2002](#)]

Art. 61. *Caducidad del contrato estatal*. Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado.

Apéndice IV. Código Penal de Procesos de España

Capítulo I. Disposiciones Generales

Título II

Art. 44. *Capacidad procesal*. La comparecencia en juicio y la representación de las partes en el proceso penal se rige por las normas establecidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil, con excepción de las especialidades previstas para el encausado en el artículo 49 de este Código.

Art- 45.- *Postulación*. Las partes distintas del Ministerio Fiscal habrán de actuar en el proceso asistidas de Letrado y representadas por Procurador o por su Letrado, salvo en los casos previstos por este Código en que se admita la comparecencia por sí mismo del encausado.

Capítulo II. El encausado

Art. 46. *Sujetos encausados*. Son encausadas todas las personas físicas y jurídicas, masas patrimoniales, patrimonios separados, entidades o grupos a los que puedan ser impuestas penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias de la pena conforme a la Ley y sean investigadas o encausadas en el proceso penal.

Art. 47. *Obligación de salvaguardar y respetar los derechos del encausado*. Todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el proceso penal salvaguardarán y respetarán, dentro del ámbito de sus respectivas competencias y funciones, los derechos que la Constitución y las Leyes atribuyen al encausado, en especial los recogidos en los Art. 5 a 11 de este Código.

Art. 48. *Obligaciones del encausado*:

1. El encausado está obligado a comparecer cuantas veces sea citado por la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o el Tribunal. En caso de incomparecencia injustificada la citación podrá convertirse en orden de detención para la práctica de comparecencia forzosa.
2. El encausado está obligado a someterse a los registros e intervenciones corporales que hayan de practicarse de conformidad con lo establecido en este Código. En caso de incumplimiento de la obligación podrá utilizarse de la fuerza que resulte idónea, necesaria y proporcionada para la ejecución de la medida.
3. El encausado y el penado se encuentran obligados a realizar manifestación de bienes con el fin de asegurar las responsabilidades civiles o ejecutar los pronunciamientos civiles de la sentencia. Para el cumplimiento de la obligación, en fase cautelar o de ejecución, se aplicarán las disposiciones establecidas en el

Art. 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incluidas las relativas a la advertencia sobre eventuales responsabilidades penales.

Art. 49. *Integración de la capacidad de personas físicas encausadas que hayan de ser enjuiciadas:*

1. Las personas físicas que sufran enfermedad, trastorno o alteración de la percepción que les impida entender el significado y consecuencias del proceso y los efectos de sus actos, cuando hayan de ser enjuiciadas por serles atribuida la comisión de un hecho sancionado con medida de seguridad, actuarán en el proceso con la representación o con la intervención de su representación legal, que integrará la capacidad procesal del encausado en la medida necesaria para suplir sus carencias cognitivas y sustituirá o complementará la voluntad del encausado con el alcance que el Tribunal de Garantías o el tribunal de juicio establezca. El Tribunal de Garantías o el Tribunal de Juicio designará al encausado un defensor judicial que le represente si carece de representación conforme a derecho o existiere conflicto de intereses.
2. Para la adopción de la medida de integración de la capacidad prevista en el apartado anterior el Tribunal recabará informe médico forense y oír al Ministerio Fiscal.

Art. 50. *Incapacidad procesal absoluta del encausado que no haya de ser enjuiciado:*

1. Cuando la enfermedad, trastorno o alteración de la percepción que impida al encausado comprender el significado y consecuencias del proceso haya sobrevenido con posterioridad a la comisión del hecho punible, la causa será archivada tras la finalización de las diligencias de investigación y hasta que el encausado recobre la capacidad necesaria para su enjuiciamiento, sin perjuicio de que el Fiscal promueva las acciones legales procedentes.
2. Cuando el encausado recobre la capacidad para ser enjuiciado se dará la oportunidad a su defensa de completar la investigación con las medidas que, por la situación del encausado, no hubieran podido ser solicitadas.
3. En caso de archivo por incapacidad absoluta serán de aplicación los apartados 5 y 6 del Art. 53 de este Código.

Art. 51. *Comparecencia en el proceso de las personas jurídicas encausadas.*

1. Por la persona jurídica que pueda resultar penalmente responsable comparecerá, en su representación, la persona física específicamente designada por su máximo órgano de gobierno o administración como director del sistema del control interno de la entidad, quien habrá de estar directa e inmediatamente bajo la autoridad de dicho órgano y ostentar poder especial al efecto. No será necesario para la

asunción de la representación que dicha persona física ocupara el cargo en el momento de la comisión del hecho punible.

En defecto del anterior, si ninguna persona física ocupare el cargo de director del sistema de control interno y la persona jurídica, previa advertencia de las consecuencias de la falta de designación, no nombrare otra que acepte la representación otorgada mediante poder especial, deberá comparecer como representante la persona que ostente el máximo poder real de decisión en el órgano de gobierno o administración o como administrador de hecho de la entidad, a instancia del Ministerio Fiscal y a juicio del tribunal.

2. En todas las ocasiones para las que la ley prevé la comparecencia o intervención personal del encausado en las actuaciones procesales, la persona jurídica encausada comparecerá representada de la forma establecida en el apartado anterior.
3. En caso de incomparecencia injustificada podrá acordarse contra quien haya de representar a la persona jurídica orden de detención para su comparecencia forzosa.

Art. 52. *Ausencia del encausado.* La requisitoria

1. El Ministerio Fiscal expedirá requisitoria para el llamamiento y búsqueda del encausado que se encuentre en ignorado paradero y
 - a) deba ejecutarse una orden de detención de la Fiscalía o del Tribunal o un auto de prisión preventiva; o
 - b) haya de ser citado para comparecer personalmente ante el Ministerio Fiscal o el Tribunal.
2. La requisitoria expresará los datos de identidad del encausado y de identificación de la causa con expresión del delito que se le atribuye y las informaciones que puedan servir para su localización. Además señalará el lugar donde haya de ser conducido el encausado que deba ser detenido o los términos de la citación que deba comunicársele cuando no se haya acordado la detención o la prisión preventiva.
3. La requisitoria se remitirá a las fuerzas y cuerpos de seguridad para que sea llevada a efecto, se publicará en el boletín oficial del Estado y podrá ser difundida en otras publicaciones oficiales. Cuando se trate de causas por delitos de terrorismo, contra la vida o contra la libertad sexual o concurran circunstancias de especial gravedad, el Ministerio Fiscal podrá acordar mediante decreto la difusión de la requisitoria con la imagen del encausado incorporada mediante carteles y a través de los medios de comunicación públicos o privados.

4. Cuando la persona que deba comparecer en representación de la persona jurídica en aplicación del Art. 52 no exista o no sea hallada, se expedirá requisitoria para el llamamiento de la persona jurídica y búsqueda de su representante, con expresión de los datos de identificación de la persona jurídica y de quien deba representarla, si resulta conocido, así como de los términos de la citación y, en su caso, la existencia de orden de detención.

La requisitoria de la persona jurídica se remitirá a las fuerzas y cuerpos de seguridad para que sea llevada a efecto, se publicará en el boletín oficial del Estado y podrá ser difundida en otras publicaciones oficiales, incluido el boletín oficial del Registro Mercantil.

Art. 53. *Ineficacia de la requisitoria.* La rebeldía

1. Si el encausado llamado en la requisitoria no es hallado, será declarado rebelde. La declaración de rebeldía será efectuada mediante auto por el tribunal que conozca de la causa.
2. Cuando el rebelde sea hallado se dejará sin efecto la declaración de rebeldía por auto dictado por el tribunal que conozca de la causa.
3. Una vez abierto el juicio oral contra un encausado declarado en rebeldía la causa se archivará para el mismo hasta que sea hallado si no se cumplen los requisitos para la celebración del juicio en ausencia del encausado. Si existen otros encausados que puedan ser juzgados la causa proseguirá para su enjuiciamiento. No se suspenderá la causa por la rebeldía del encausado que no sea una persona física.
4. Si el encausado no pudiera ser hallado después de finalizado el juicio oral, la rebeldía no será causa de suspensión de las actuaciones, que proseguirán con su abogado que le defenderá y representará en las fases de recurso y ejecución. No obstante, la rebeldía posterior al juicio oral en primera instancia será causa de suspensión de las actuaciones cuando sea revocada la sentencia de primera instancia absolutoria y haya de celebrarse nuevo juicio.
5. Archivada la causa por la rebeldía del encausado, el eventual carácter delictivo de los hechos no será causa de suspensión de los procesos distintos al penal en los que dichos hechos se enjuicien o sean relevantes para la prueba.
6. Archivada la causa por la rebeldía del encausado subsistirán las medidas cautelares patrimoniales que garanticen el comiso cuando dicha medida deba aplicarse y así lo solicite el Ministerio Fiscal al instar la declaración de rebeldía. También subsistirán las medidas cautelares que garanticen la responsabilidad civil hasta que el Tribunal competente pueda pronunciarse sobre la tutela cautelar que el perjudicado pueda instar.

Si en el plazo de dos meses el perjudicado no acredita haber solicitado la adopción de las medidas cautelares para la tutela de su derecho a la restitución, reparación o indemnización ante el Tribunal competente, el Tribunal penal levantará las medidas cautelares que garanticen las responsabilidades civiles.

Art. 54. Enjuiciamiento en ausencia:

1. Podrá enjuiciarse y dictarse sentencia frente a una persona física ausente cuando concurren acumulativamente los requisitos siguientes:
 - a) que la pena solicitada no sea o incluya una pena privativa de libertad superior a dos años;
 - b) que el encausado haya designado un domicilio en España para que le sean realizadas notificaciones o una persona domiciliada en España que las reciba en su nombre, con la advertencia de que la citación realizada en dicho domicilio o a la persona designada permitirá la celebración del juicio en su ausencia; y.
 - c) que el Ministerio Fiscal u otra parte acusadora solicite el enjuiciamiento en ausencia.
2. Cuando el encausado no sea una persona física podrá realizarse el enjuiciamiento en rebeldía en todo caso.
3. En caso de que el encausado que pudiera ser enjuiciado en ausencia no lo sea por incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en el apartado anterior se actuará conforme prevé el artículo anterior.
4. Las sentencias dictadas en ausencia en cualquiera de las instancias y en casación se colocarán en el tablón de anuncios de la Oficina Judicial.
5. En cualquier momento en el que el condenado en ausencia sea localizado se le notificará la sentencia o sentencias dictadas.
6. El carácter involuntario de la ausencia del condenado será causa suficiente para la anulación de las actuaciones procesales viciadas, incluido el enjuiciamiento y la sentencia, por los cauces previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial en el apartado primero y el primer párrafo del apartado segundo del Art. 240 y en el Art. 241, con las siguientes excepciones:
 - a) Para el planteamiento del incidente no regirá el plazo de cinco años del párrafo segundo del apartado primero del citado Art.241.
 - b) Será competente para conocer del incidente el Tribunal que hubiera dictado la sentencia en primera instancia.
 - c) El auto que resuelva el incidente será recurrible en apelación.

Art. 55. *Oficialidad*. El ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Fiscal, que habrá de interponerla y mantenerla ante el Tribunal competente cuando entienda que al encausado le debe ser impuesta sanción penal conforme a la Ley.

Art. 56. *Deber de esclarecimiento y objetividad*. El Ministerio Fiscal y la Policía Judicial bajo su dirección están obligados a esclarecer el hecho punible y consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables para el encausado.

Art. 57. *Legitimación por sustitución en el ejercicio de la acción civil*:

- 1.- Si plantea la acción penal, el Ministerio Fiscal debe ejercitar también la acción civil fundada en el hecho punible en interés del perjudicado, salvo en los casos previstos en el apartado siguiente.
2. El Ministerio Fiscal no ejercitará la acción civil a favor del perjudicado que se constituya en parte del proceso como parte acusadora o actor civil.

Art. 58. *Abstención del Ministerio Fiscal*. La abstención de los miembros del Ministerio Fiscal se realizará con arreglo a lo establecido en su Estatuto Orgánico.

Capítulo IV. Estatuto procesal de la víctima

Art. 59. *Definición de víctima*. La víctima es, a efectos de lo previsto en este Código, todo ofendido o perjudicado por el hecho punible objeto de la causa, incluida la persona que haya sufrido daño personal o patrimonial por tratar de prevenir el delito o auxiliar a la víctima en el momento de la comisión del hecho punible o inmediatamente después.

Art. 60.- *Derechos de la víctima*. La víctima tiene los siguientes derechos:

1. derecho a la inmediata protección de su vida, integridad, libertad, honor, intimidad y cualquier otro derecho lesionado o amenazado por el hecho punible;
2. derecho a ser tratado con pleno respeto a su dignidad en toda diligencia policial o actuación procesal que se practique;
3. derecho a no sufrir intervenciones corporales sin su consentimiento, cuando se trate del ofendido por el delito;
4. derecho a la protección de sus datos personales;
5. derecho a ser oída por el Ministerio Fiscal en el curso de la investigación;
6. derecho al ejercicio de la acción penal y de la acción civil derivada del hecho punible;
7. derecho a la obtención del derecho a la asistencia jurídica gratuita, con los requisitos y de la forma prevista en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita;
8. derecho a ser informado de la situación procesal de la causa, que comprende el derecho a conocer el estado de las investigaciones, si no están declaradas secretas,

las resoluciones sobre la situación procesal del encausado incluidas las relativas a las modificaciones de dicha situación cuando se produzcan las resoluciones de sobreseimiento y apertura de juicio y la sentencia dictada en cualquier instancia y recurso;

9. derecho a obtener la restitución, reparación o indemnización del daño ocasionado por el hecho punible del responsable y, en los casos legalmente previstos, del Estado;
10. derecho a ser informada de los derechos anteriormente referidos.

Art. 61. *Víctimas especialmente vulnerables.* Las personas que por su edad, enfermedad, discapacidad o situación peculiar puedan sufrir efectos perjudiciales de relevancia por su intervención en cualquier actuación procesal se considerarán especialmente vulnerables. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal y los Tribunales adaptarán la forma del acto y tomarán las medidas necesarias para evitar o reducir todo lo que sea posible para tales efectos, con el dictamen de expertos si resulta conveniente y con respeto por el contenido esencial del derecho de defensa.

Art. 62. *Confrontación visual víctima y encausado.* Si por la índole del delito la confrontación visual con el encausado genera en la víctima terror, humillación o sufrimiento el Tribunal puede acordar que la actuación se realice de forma que aquélla sea evitada.

Art. 63. *Victima con la consideración de testigo protegido.* Si la víctima tiene la consideración de testigo protegido serán aplicables las disposiciones contenidas en el Art. 377 de este Código

Art. 64. *Información de derechos.* La Policía Judicial informará a la víctima de sus derechos en un lenguaje o idioma que perciba y comprenda, por sí misma o con la colaboración de la Oficina de Atención a la Víctima.

Art. 65. *Ejercicio de la acción penal por la víctima:*

1. La víctima puede ejercer la acción penal con plena autonomía respecto a otras partes acusadoras.
2. La víctima puede constituirse en parte acusadora, como acusación particular, desde que tenga noticia del hecho punible hasta la formulación del escrito de acusación por el Ministerio Fiscal.
3. Para constituirse en parte acusadora la víctima deberá presentar querella, salvo cuando inste la persecución del mismo hecho que ya sea objeto de investigación por la Fiscalía, en cuyo caso se la tendrá por parte con la expresión de su voluntad de mostrarse parte acusadora.
4. Cuando se muestre parte acusadora más de una víctima, el Juez de Garantías, a instancia de parte, acordará su actuación a través de una única representación procesal y asistencia letrada si los daños sufridos por las víctimas se derivan de

la misma acción u omisión y no existe incompatibilidad de intereses entre ellas. Si las víctimas no alcanzan un acuerdo sobre su representación procesal y asistencia letrada, el Tribunal de Garantías designará la representación y defensa de la víctima o víctimas más afectadas personal o, en su defecto, patrimonialmente, que será la única a través de la cual las víctimas podrán ejercitar la acción penal, mediante auto que no será susceptible de recurso. Si el criterio de la mayor afección no resultare aplicable utilizará el criterio de la mayor antigüedad en el ejercicio de la acción penal en la causa.

Art. 66. *Ejercicio de la acción civil.* La víctima podrá ejercer la acción civil derivada del hecho punible en el proceso penal o reservar su ejercicio para el proceso que corresponda. La acción civil puede interponerse por el acusador particular conjuntamente con la acción penal o plantearse por la víctima aisladamente como actor civil.

Art. 67. *Ejercicio de las acciones por las asociaciones de víctimas y por personas jurídicas legitimadas por la Ley para la defensa de ciertos derechos.* Las asociaciones de las víctimas del concreto hecho punible objeto del proceso penal y las personas jurídicas a las que la Ley otorga legitimación para defender derechos de sus integrantes o terceros podrán ejercer la acción penal y la acción civil como acusación particular o interponer la acción civil como actor civil.

Art. 68. *Ejercicio de la acción civil por el cesionario.* Quien, sin haber cometido el hecho punible, haya indemnizado total o parcialmente a la víctima en virtud de una obligación legal o contractual contraída antes del hecho y se subroga en el derecho frente al sujeto activo del delito, podrá ejercitar en el proceso penal la acción civil fundada en el mismo que le asista frente al encausado o tercero afectado, pero no podrá interponer ni sostener la acción penal.

En ningún otro caso el cesionario del derecho a obtener la indemnización podrá ejercer la acción civil en el proceso penal.

Capítulo V. La acción popular

Art. 69. *Contenido.* La acción popular es la acción penal interpuesta por persona que no ha resultado ofendida ni perjudicada por el delito y puede ser ejercida con plena autonomía respecto a otras partes acusadoras.

Art. 70. *Requisitos subjetivos:*

1. Pueden mostrarse parte de la causa y ejercer la acción popular todos los españoles con plena capacidad de obrar, siempre que no estén comprendidas en el apartado segundo de este artículo.
2. No pueden ejercer la acción popular:

- a) las condenadas por cualquier delito contra la Administración de Justicia;
- b) los Fiscales, los Jueces y los Magistrados de cualquier Jurisdicción o Tribunal con potestad jurisdiccional;
- c) las personas que no están obligadas a declarar como testigos contra el encausado por vínculo familiar o análogo;
- d) los partidos políticos, los sindicatos, o cualquiera otra persona jurídica pública o privada.

Se exceptúan de la prohibición prevista en este apartado las personas jurídicas formalmente constituidas para la defensa de las víctimas del terrorismo en los procesos por delito de terrorismo.

Art. 71. *Requisito objetivo.* La acción popular sólo puede interponerse para la persecución y sanción de los siguientes delitos:

- 1. Delito de prevaricación judicial;
- 2. Delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y por particulares partícipes en los mismos;
- 3. Delitos de cohecho de los art. 419 a 427 del Código Penal;
- 4. Delitos de tráfico de influencias de los arts. 428 a 430 del Código Penal;
- 5. Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo de los arts. 319 y 320 del Código Penal;
- 6. Delitos contra el medio ambiente de los art. 325 a 331 del Código Penal;
- 7. Delitos electorales de los art. 139, 140, 146, 149 y 150 de la L.O. 5/1985, de 19 de junio, de Régimen electoral General;
- 8. Provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones o difusión de información injuriosa sobre grupos o asociaciones del Art. 510 del Código Penal.
- 9. Delitos de terrorismo.

Art. 72. *Requisitos de forma y temporal:*

- 1. La acción popular se ejercerá mediante la presentación de querrela con los requisitos establecidos en este Código.
- 2. La acción popular sólo será admitida si se presenta la querrela en debida forma con anterioridad a la formulación del escrito de acusación por el Ministerio Fiscal.
- 3. Si ejercen la acción popular más de una persona habrán de litigar unidos bajo la representación y defensa que de común acuerdo designen. En ausencia de acuerdo, el Decano del Colegio de Abogados del territorio de la sede del Tribunal competente para el conocimiento de la causa designará un Abogado para asumir la representación y la defensa de la acción popular ejercida conjuntamente.

Art. 73.- *Fianza*. El Tribunal de Garantías, a instancia del Ministerio Fiscal o de cualquiera de las restantes partes, fijará la caución que habrá de prestar el actor popular para responder de las costas que le puedan ser impuestas en sentencia y que podrá prestar de cualquiera de las formas previstas por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Capítulo VI. El tercero afectado

Art. 74. Definición de tercero afectado

1. Se considerará tercero afectado a los efectos previstos en este Código a todo aquél distinto del encausado para el que el pronunciamiento penal o civil de la sentencia tenga eficacia de cosa juzgada.
2. Son terceros afectados los responsables civiles y las personas que ostenten derechos en las situaciones, relaciones jurídicas o bienes de cualquier naturaleza sobre los que recaigan los pronunciamientos penales o civiles de la sentencia.

Art. 75.- *Derecho de defensa del tercero afectado*. El tercero afectado podrá ejercer el derecho de defensa con la misma amplitud que el encausado respecto al hecho punible del que se derive su legitimación pasiva.

Art. 76. Rebeldía civil del tercero afectado:

1. La incomparecencia del tercero afectado, una vez que sea llamado para personarse en la causa, tendrá como efecto su declaración en rebeldía civil. La rebeldía civil del tercero afectado se regirá por las normas establecidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto al demandado rebelde, incluidas las previstas para los recursos frente a la sentencia y la rescisión de la sentencia firme a instancia del rebelde, si bien, en caso de rescisión de la sentencia, la misma se limitará a los pronunciamientos que afecten directamente al tercero en sus bienes, derechos o situación jurídica. En tal caso se remitirá certificación al Tribunal que hubiera dictado sentencia en primera instancia, si es distinto al que hubiera dictado la sentencia rescindente, y, a continuación, se seguirán las reglas siguientes:
 - a. Se otorgará al tercero un plazo de diez días para presentar escrito de defensa, con proposición de prueba, en relación a los hechos relevantes para el pronunciamiento que le afecte.
 - b. Presentado el escrito en plazo, el Tribunal resolverá sobre la admisibilidad de prueba mediante auto y señalará fecha para la vista, cuyo objeto se ceñirá al enjuiciamiento de la acción civil planteada contra el tercero o de la afección de sus bienes, derechos o situación jurídica por la acción penal.

c. Frente a la sentencia se podrán interponer los recursos previstos en este Código.

2. En caso de que no se presente escrito de defensa en plazo o el tercero no comparezca en la vista debidamente representado se dictará, sin más trámite, sentencia coincidente con la rescindida en los pronunciamientos afectados.

Art. 77. Prohibición de ejercicio de acciones. El tercero afectado no podrá ejercer en ningún caso la acción penal ni civil en el proceso penal en el que ostente legitimación pasiva.

Art. 78. Seguro obligatorio. La entidad responsable del seguro obligatorio no podrá, en tal concepto, ser parte en el proceso, sin perjuicio de su derecho de defensa en relación con las medidas cautelares que se acuerden.