

Oficio No. 1678-SG-CNJ
Quito, 11 de diciembre de 2015

Señor doctor

Leonardo Bravo González

PRESIDENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA

En su despacho.-

Señor Presidente:

Para los fines pertinentes cúmpleme comunicarle que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en sesión ordinaria de 25 de noviembre de 2015, conoció la consulta planteada por usted con Oficio S/N, de 30 de abril de 2015, en cuanto a la inteligencia y la aplicación de la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal respecto del cual dispuso se conteste de la siguiente manera:

1.- ANTECEDENTES.-

La consulta tiene relación a la inteligencia y la aplicación de la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, que dispone:

PRIMERA: Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República, siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente Código.

1.1.- Remite esta consulta el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Loja, doctor Leonardo Bravo González; plantea el señor doctor el siguiente problema:

Sobre el particular se han generado dudas en el Distrito Judicial de Loja. Digo esto porque hay Fiscales que, sin embargo de que la audiencia de formulación de cargos es posterior al 10 de agosto de 2014, invocan y aplican el Código de Procedimiento penal del 2000, bajo el argumento de que la indagación previa se inició con anterioridad a la vigencia del Código Orgánico Integral Penal. Se considera también que para los delitos cometidos antes de la indicada fecha, y que no han merecido ni indagación previa ni proceso penal, debe aplicarse el Código de Procedimiento penal

vigente al cometimiento de la infracción penal, por el principio de legalidad y su derivación el de irretroactividad de la ley.

El criterio del señor Presidente de la Corte Provincial de Loja es el siguiente:

Vemos que la Fiscalía ha iniciado procesos penales por lesiones con incapacidad laboral inferior a 30 días, cuando este delito es actualmente de ejercicio privado de la acción. Es más, observamos que actualmente se inician procesos penales con el Código de Procedimiento Penal del 2000, bien teniendo en cuenta la fecha del delito, bien porque la indagación previa se ha dado antes del 10 de agosto de 2014, con independencia de que la acción sea de ejercicio público o privado.

Es criterio del suscrito Juez, que en el inicio de la indagación previa antes del 10 de agosto de 2014, no determina la aplicación del Código de Procedimiento Penal del 2000, si la formulación de cargos ocurre al tiempo de vigencia del COIP. Es también mi criterio que el procedimiento aplicable no es el vigente a la fecha de la comisión de la infracción, sino el vigente al momento de llevarse a cabo el acto procesal.

Concretamente, considero que, por dicha transitoria, los delitos que aún no han merecido el inicio del proceso penal correspondiente hasta la vigencia del COIP (dado que la excepción es para los procesos que están ya sustanciándose), quedan sometidos a este cuerpo normativo como ley procesal nueva, por aplicación del principio *tempus regit actum* (aplicación de la norma vigente al momento del acto procesal), lo cual por cierto no contradice el principio de irretroactividad como parte de la legalidad, dado que nuestro país, como tantos otros de la región, sustentados en la soberanía de cada Estado, no hace parte de ese principio a la ley procesal penal¹ (excepto cuando es favorable), lo cual explica y fundamenta las disposiciones transitorias que, en el mismo sentido, ha venido y fundamenta las disposiciones transitorias que, en el mismo sentido, ha venido incorporando nuestro legislador cuando dicta una ley procesal nueva, pero, además, explica también que en la Transitoria señalada no se haga depender del momento del delito el procedimiento aplicable, sino del momento en que se inició el procesamiento, precisamente para que a los procesos en curso no se aplique una ley nueva, en respeto del indicado principio, de la seguridad jurídica (Art. 82 de la Constitución) y de la regla 20 del Art. 7 del Código Civil en cuanto prescribe que "... Las leyes concernientes a la SUSTANCIACION Y RITUALIDAD de los juicios, prevalecen sobre las

¹ El Art. 76.3 de la Constitución, se refiere única y expresamente a la tipificación de la infracción, al señalar "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..." La misma interpretación exige el Art. 16.1 del COIP. Lo contrario, al aceptar que la aplicación de la ley procesal nueva se rige por el principio de legalidad, es decir que la ley procesal aplicable es la vigente al tiempo del hecho delictivo, habría que aceptar también que las disposiciones Transitorias para regular de la ley procesal nueva en el tiempo del hecho delictivo, habría que aceptar también que las disposiciones Transitorias para regular la aplicación de la ley procesal nueva en el tiempo, siempre estuvieron demás.

anteriores desde el momento en que deban comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo vigente”. Igual tratamiento encontramos en Colombia², Perú³ y otros países⁴. Tratamiento que ha merecido un pronunciamiento favorable de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al expresar su criterio en el sentido de que no se viola el principio de legalidad y el de retroactividad más específicamente, cuando un país juzga un delito, no con la ley previa y vigente al cometimiento del delito, sino con el procedimiento vigente y con aplicación del principio “tempus regit actum” (La norma procesal se aplica al momento de entrada en vigencia de la misma). Ha dicho más concretamente en su sentencia de 30 de enero de 2014, al resolver el caso Liakat Ali Alibrux VS. Suriname; “-B.1 Alcance del Principio de Legalidad y Retroactividad: 59. El artículo 9 de la Convención establece que: “[nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”... B.2. Aplicación en el tiempo de normas que regulan el procedimiento. 66. A continuación la Corte analizará la aplicación en el tiempo de normas que regulan el procedimiento, a fin de determinar su sentido y alcance para este caso. Cabe señalar que en el presente supuesto, con anterior a la LAFCP⁵ que reglamentó el artículo 140 de la

² Art. 6 del Código de Procedimiento Penal de Colombia “Artículo 6. Legalidad. Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.- La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.- Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.

³ ARTÍCULO VII, Vigencia e interpretación de la Ley procesal penal.- 1. La ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.- 2. La ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible.- 3. La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o del ejercicio de sus derechos.- 4. En caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo.

⁴ No es así en Colombia, en donde el principio de legalidad alcanza a la ley procesal mediante disposición expresa, al señalar el Art. 6 del Código de Procedimiento Penal: “Artículo 6. Legalidad. Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.- Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.”

⁵ En este sentido, por ejemplo en Colombia, Argentina, Chile, Nicaragua, República Dominicana, Venezuela y Uruguay rige la aplicación inmediata de la norma procesal con la excepción de la aplicación retroactiva de la norma más benigna sea referente a la norma sustantiva o la norma procesal. En particular, en Colombia la regla general es la aplicación inmediata de la norma adjetiva, con excepción de los actos procesales que ya se cumplieron de conformidad con la ley antigua. Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia, en su favorabilidad] constituye una excepción a la regla general según la cual las leyes rigen hacia el futuro, el contexto propio para su aplicación es la sucesión de leyes, y no puede desconocerse bajo ninguna circunstancia...” , cita la Corte Interamericana.

Constitución, no existía otra ley en la materia, habiendo un vacío normativo, por lo que no aplica una interpretación de la norma procesal más favorable. 67. Respecto de la aplicación de normas que regulan el procedimiento, la Corte nota que existe en la región una tendencia a su aplicación inmediata (principio de tempus regit actum). Es decir que, la norma procesal se aplica al momento de entrada en vigencia de la misma. 68. Adicionalmente, la Corte observa que el Tribunal Europeo ha señalado que el principio de legalidad no establece ningún requisito respecto al procedimiento a seguir para la investigación y el enjuiciamiento de los delitos. Así, por ejemplo, la ausencia de una norma previa para el enjuiciamiento de un ilícito penal puede analizarse desde el punto de vista del derecho al debido proceso garantizado por el artículo 6 del CEDH, pero no afecta en sí misma al principio de legalidad. 69. Esta Corte considera que la aplicación de normas que regulan el procedimiento de manera inmediata, no vulnera el artículo 9 convencional, debido a que se toma como referencia el momento en el que tiene lugar el acto procesal y no aquel de la comisión del ilícito penal, a diferencia de las normas que establecen delitos y penas (sustantivas), en donde el patrón de aplicación es justamente, el momento de la comisión del delito. Es decir, los actos que conforman el procedimiento se agotan de acuerdo a la etapa procesal en que se van originando y se rigen por la norma vigente que los regula. En virtud de ello, y al ser el proceso una secuencia jurídica en constante movimiento, la aplicación de una norma que regula el procedimiento con posterioridad a la comisión de un supuesto hecho delictivo no contraviene per se, el principio de legalidad. 70. En razón de lo anterior, el principio de legalidad, en el sentido que exista una ley previa a la comisión del delito, no se aplica a normas que regulan el procedimiento, a menos que puedan tener un impacto en la tipificación de acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable o en la imposición de una pena más grave que la existente al momento de la perpetración del presente caso...

1.2.- De conformidad con el artículo 3 de la resolución emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de fecha 20 de mayo de 2009, y publicada en el Registro Oficial No. 614 de 17 de junio de 2009, por disposición del señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia, conjuntamente con el señor doctor Vicente Robalino Villafuerte, Presidente de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, se procedió a analizar la consulta propuesta, con el fin de determinar si su contestación requiere o no el pronunciamiento del Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Analizada la consulta, salvando su mejor criterio señor Presidente, se ha sugerido que ésta pase a conocimiento del citado Pleno, hecho esto, se procede a dar respuesta a la consulta bajo los siguientes términos:

2.- DEL TRÁMITE.-

2.1.- Con la vigencia de la Constitución de la República de 2008, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, siendo así, se garantiza entre otros, el respeto a los derechos humanos, a la igualdad formal y material, a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, al debido proceso, a ser juzgado por un juez competente y a la seguridad jurídica; se determina además que el proceso penal es un medio para la realización de la justicia⁶.

2.2.- En coherencia con la norma constitucional, y con el fin de velar por la progresión de los preceptos antes expuestos⁷, el Código Orgánico de la Función judicial determina que periódicamente los señores jueces y juezas de las diversas instancias a nivel nacional, enviarán a las Cortes Provinciales, y éstas a la Corte Nacional de Justicia, las dudas suscitadas sobre la inteligencia y aplicación de las leyes, y las reformas que deban hacerse, **con expresión de las razones en que se funden**. De ahí que al señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia le corresponde poner en consideración del Pleno las consultas formuladas por las juezas y jueces, siendo aquel alto cuerpo colegiado, quien deba expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes.⁸

⁶ El artículo 1 de la Constitución de la República reza: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...”; el artículo 75 ibídem dice: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; finalmente el artículo 82 de la norma suprema, expresa: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

⁷ Artículo 11 numeral 8 de la Constitución de la República: El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

⁸ Artículo 126 del Código Orgánico de la Función judicial: “Las juezas y jueces enviarán a las cortes provinciales respectivas, y éstas a la Corte Nacional de Justicia, en el primer mes de cada semestre, un informe acerca de la administración de justicia en su territorio con la anotación de los vacíos de los códigos, las dudas suscitadas sobre la inteligencia y aplicación de las leyes, y las reformas que deban hacerse, **con expresión de las razones en que se funden**.” (negritas y subrayado es nuestro) Artículo 129, numeral 8, ibídem: “A más de los deberes de toda servidora o servidor judicial, las juezas y jueces, según corresponda, tienen las siguientes facultades y deberes genéricos: 8. Presentar, por la vía correspondiente, consultas sobre la inteligencia de las leyes así como anteproyectos de ley o reformas legales que tengan directa relación con la jurisdicción y competencia que ejercen;” Artículo 180, numerales 4 y 6 del mismo cuerpo normativo: “Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: 4. Discutir y aprobar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia; y presentarlos por medio de su Presidenta o Presidente a la Asamblea Nacional; 6. 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 Registro Oficial;”, Finalmente, el artículo 199, numeral 4, ibídem, reza: “A la Presidenta o al Presidente de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: 4. Poner en consideración del Pleno, para su resolución, las consultas formuladas por las juezas y jueces sobre la inteligencia y aplicación de las normas;”

2.3.- Para que las consultas emitidas por las Cortes Provinciales, sean debidamente canalizadas, se encuentra en vigencia la resolución emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de fecha 20 de mayo de 2009, y publicada en el Registro Oficial 614 de 17 de junio de 2009.⁹

2.4.- En conocimiento de lo expuesto, se observa que en el presente caso, la consulta propuesta por el doctor Leonardo Bravo González, Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Loja, ha sido direccionada mediante oficio al señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia. Es menester dejar sentado que las consulta remitida a este despacho, cumple con el trámite propio para este tipo de procedimientos, y con los requisitos establecido en la ley y en la resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, que han sido enunciados *up supra*.

3.- ANÁLISIS MOTIVADO DE LA CONSULTA PROPUESTA POR EL DOCTRO LEONARDO BRAVO, PRESIDENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA.-

3.1.- Para responder y fundamentar la consulta propuesta, se considerarán los siguientes temas:

⁹ “Artículo 1.- Los jueces de primer nivel enviarán debidamente motivadas, las consultas sobre la inteligencia y aplicación de las leyes y anteproyectos de ley o reformas legales que tengan directa relación con la jurisdicción y competencia que ejerzan, al correspondiente Presidente de la Corte Provincial. De la misma forma, las Cortes Provinciales podrán presentar las consultas directamente a la Corte Nacional de Justicia. Artículo 2.- El Presidente de la Corte Provincial de Justicia, enviará la consulta o el anteproyecto de ley al Presidente de la Corte Nacional de Justicia, debidamente motivado en lo relativo a la consulta o al anteproyecto de ley. Los jueces de la Corte Nacional de Justicia presentarán la consulta o el anteproyecto de ley al Presidente de dicho organismo, con la respectiva fundamentación. Los jueces de la Corte Nacional de Justicia podrán acoger y hacer suyos propios los anteproyectos de ley y las consultas que presenten otros organismos o instituciones del Estado, entidades de carácter privado o personas particulares, en asuntos relativos a la administración de justicia. Artículo 3.- El Presidente de la Corte Nacional de Justicia, en forma previa a poner la consulta o el anteproyecto de ley, en consideración del Pleno de dicho Organismo, dispondrá que la Asesoría Jurídica de la Corte Nacional de Justicia, presente un informe motivado acerca de la consulta o anteproyecto de ley. Artículo 4.- El Presidente de la Corte Nacional de Justicia, con el informe de la Asesoría Jurídica, pondrá la consulta o el anteproyecto de ley en conocimiento del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, para su resolución. Artículo 5.- El Pleno de la Corte Nacional de Justicia dispondrá que el Secretario General dé lectura del informe que emita Asesoría Jurídica sobre la consulta o anteproyecto de ley; y, luego del correspondiente debate, dictará la resolución por mayoría de votos conformes. Artículo 6.- La resolución que dicte la Corte Nacional de Justicia acerca de la consulta, de conformidad con lo prescrito en el artículo 180, numeral 6, del Código Orgánico de la Función Judicial, será generalmente obligatoria, mientras no se disponga lo contrario por la ley. Aprobado un proyecto de ley, se lo presentará a la Asamblea Nacional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 134, numeral 3, de la Constitución de la República del Ecuador.” (subrayado y negrillas es nuestro)

- i. **Sobre la seguridad jurídica**
- ii. **Acerca de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal.**
- iii. **Respecto del principio de legalidad y de favorabilidad.**
- iv. **Los efectos de aplicar la Disposición Transitoria Primera.**

3.1.1- Sobre la seguridad jurídica

El derecho a la seguridad jurídica, se encuentra reconocido en la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 82 y también desarrollado en cuerpos normativos como el Código Orgánico de la Función Judicial artículo 25¹⁰, este tiene expresión en el principio de legalidad y en la irretroactividad de la ley, como regla general que admite excepción.

Dice el texto constitucional:

Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Es entonces que la seguridad jurídica implica: a) la observancia de la Constitución, que diseña un Estado de derechos y justicia¹¹ cuyo máximo deber es respetar y hacer respetar los derechos garantizados por él mismo¹², exista o no norma jurídica, pues “no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”¹³; b) la construcción de un ordenamiento jurídico previo a su aplicación, que sea claro en su contenido y objetivo, accequible a todas y todos; y, c) que sea posible aplicar por funcionarios y autoridades con el deber de hacerlo.

Para la ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición:

¹⁰ Art. 25.- PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA.- Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas.

¹¹ Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. [...]

¹² Art. 11. 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

¹³ Art. 11.3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

La seguridad jurídica en la doctrina es vista como un principio universalmente reconocido del derecho que se encuentra como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre los particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela, sin embargo vale expresar que los principios de la seguridad jurídica y la aplicación no retroactiva de la ley, no son absolutos, puesto que deben ser analizados en concordancia con las normas constitucionales e interpretados de forma integral y progresiva, como lo establece el artículo 427 de la Constitución (...)¹⁴

Así mismo la Corte Constitucional, en funciones desde el 6 de noviembre de 2012, respecto a la seguridad jurídica ha establecido:

Es un principio universalmente reconocido del Derecho, por medio del cual se entiende como certeza práctica del Derecho, y representa la seguridad de que se conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público, respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno¹⁵

De lo anotado en líneas anteriores se desprende, que la seguridad jurídica es el requerimiento de toda sociedad moderna y libre para desenvolverse racionalmente dando estabilidad y certeza a los individuos acerca de cuáles son sus derechos y cuáles son sus deberes; pues la seguridad jurídica exige la previsión de una respuesta conforme a derecho para los diferentes conflictos que se suscitan en la convivencia humana; pues solo de esta manera se produce estabilidad, que a la final es conseguir la fidelidad al principio de legalidad.

3.1.2.- Acerca de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal

¹⁴ Sentencia N. 006-09-SEP-CC, caso 0002-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 605 de 4 de junio de 2009. La referencia (9), corresponde: “El caso argentino resulta paradigmático en relación a la reapertura de los procesos y la inobservancia de la cosa juzgada en materia penal, en los procedimientos seguidos a los implicados en graves violaciones a los derechos humanos y desapariciones de personas en la dictadura militar que asoló a la Argentina de 1976 a 1983.”

¹⁵ Sentencia 030-15-SEP-CC, caso 0849-13-EP, de fecha febrero 4 de 2015.

El Código Orgánico Integral Penal, fue publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014; según su Disposición Final¹⁶, entró en vigencia en su totalidad desde el 10 de agosto de 2014.

Respecto de aquellas investigaciones, actuaciones y causas iniciadas con anterioridad al 10 de agosto de 2014, y aún no concluidas a tal fecha, la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, establece:

PRIMERA: Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República, siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente Código.

Para entender adecuadamente la norma citada, debemos remitirnos a su redacción, de la que se desprenden los siguientes elementos:

- i. Distingue entre “procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación”, los individualiza, pues cada uno es una fase o etapa distinta; la norma no las incluye en genéricos como “causas” o “procesamientos”.
- ii. Son actuaciones pre procesales aquellas que no se ordenan dentro de una indagación: La orden de reconocer una denuncia; el levantamiento a un cadáver cuya causa de descenso se desconoce eso ocurre por causas naturales o por violencia.
- iii. Con la expresión “que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código”, refiere a que una de las distintas fases o etapas en una causa, referidas en el punto anterior, haya iniciado antes del 10 de agosto de 2014.
- iv. “seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión”, el régimen procesal penal anterior es el del Código de Procedimiento Penal, y el momento de la conclusión de cada etapa debe ser entendida desde dicho régimen.
- v. Las normas constitucionales del debido proceso, las reglas por derechos de los justiciables, son de obligatorio cumplimiento y directamente aplicables a cada

¹⁶ “El Código Orgánico Integral Penal entrará en vigencia en ciento ochenta días contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, con excepción de las disposiciones reformativas al Código Orgánico de la Función Judicial, que entrarán en vigencia a partir de la publicación de este Código en el Registro Oficial.”

fase, actuación; y procesamiento, en virtud de los artículos 11.3, 424, 425 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador, cualquiera sea el régimen legal procedimental que se aplique.

Desarrollando el punto i, se hacen las siguientes reflexiones:

El procedimiento de investigación, es una fase preprocesal, comprende la indagación previa, sus reglas básicas están previstas en los artículos 215 y 216 del Código de Procedimiento Penal; el procedimiento de investigación concluye bien con la desestimación del caso cuando la evidencia recogida no es idónea sea en calidad o en suficiencia para formular cargos; o con la formulación de cargos realizada por la Fiscalía en la respectiva audiencia (Art. 217 *Ibidem*).

El proceso penal, según el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal, comprende las etapas de instrucción fiscal, la intermedia, la de juicio, y la de impugnación, en ese orden. Es decir, el proceso penal inicia con la instrucción fiscal que descubre los cargos, formulándoles ante una Jueza o Juez; y concluye con el ejercicio y resolución de los medios de impugnación previstos en el referido cuerpo legal.

Por tanto, si la Fiscalía decide ingresar el caso al modelo de justicia penal, la fase de investigación concluye en la fecha de la audiencia de formulación de cargos.

Tomando en consideración las fechas de inicio y conclusión de las fases de investigación y las etapas del proceso, desde la vigencia total del Código Orgánico Integral Penal; pueden preverse las siguientes situaciones:

a) Tanto el inicio de la indagación previa, como la audiencia de formulación de cargos se realizaron antes del 10 de agosto de 2014.

b) La indagación previa inició antes del 10 de agosto de 2014; pero concluyó en fecha posterior; por lo que, evidentemente, la etapa procesal iniciará con fecha posterior.

c) La indagación previa, y, el proceso penal, iniciaron desde el 10 de agosto de 2014, en adelante.

En los casos a) y c), el régimen sustantivo y procesal aplicable a la causa será, el contenido en el Código Penal en otra ley penal y el Código de Procedimiento Penal, en el primero; y el Código Orgánico Integral Penal, en el último.

En el caso b), algunas juezas y jueces ecuatorianos confunden la regla de la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, al aplicar el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal, al proceso penal que inició con fecha igual o posterior al 10 de agosto de 2014, cuando el periodo investigativo antecedente inició con fecha anterior a la vigencia del nuevo régimen legal.

Con lo anotado en los puntos i, ii y iii de este apartado, para la aplicación de la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, debe tomarse en cuenta al preproceso investigativo y al proceso penal como una fase y como etapa distintas y claramente determinadas en cuanto su inicio y conclusión; es decir, desde el punto de vista temporo procesal, el proceso penal no sigue la suerte del trámite investigativo.

De este modo, si el procedimiento investigativo inició en fecha anterior al 10 de agosto de 2014, durante la sustanciación, y hasta su conclusión, se debe aplicar el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal.

Si la audiencia de formulación de cargos se instaló en fecha igual o posterior al 10 de agosto de 2014, el proceso penal, al ser una etapa distinta al proceso investigativo, debe seguir las reglas del Código Orgánico Integral Penal, tanto en lo sustantivo como en lo procesal.

La aplicación del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal, en las causas que reúnen las circunstancias referidas, en las que rige el Código Orgánico Integral Penal, implica la trasgresión a su Disposición Transitoria Primera.

3.1.3. Respetto del principio de legalidad y de favorabilidad

En el Estado constitucional de derechos y justicia ecuatoriano toda autoridad, judicial o administrativa, tiene la obligación de garantizar el ejercicio pleno de los derechos, puesto que nuestra Constitución de la República, “sujeta todos los poderes a la legalidad, sitúa los derechos fundamentales en el centro del sistema y prevé para ellos garantías institucionales inéditas. En este sentido y a criterio de la Corte, todas

las autoridades administrativas y en el caso sub judice las autoridades judiciales, de conformidad con lo establecido en la Constitución, deben ser garantes y operadores del cumplimiento de las normas y derechos de las partes para la conformación de un verdadero Estado constitucional de derechos y justicia, en el que se respeten los derechos [...]”¹⁷.

Sobre el principio de legalidad la ex-Corte Constitucional para el Periodo 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.

A través del principio de legalidad penal, socialmente, se valora los bienes que merecen protección penal, se expone tal valoración al prevenir la imposición de una sanción o una medida de seguridad proporcional a su daño. Así, la arbitrariedad y la venganza pública y privada se minimizan, pues siempre queda la posibilidad de error o del abuso del Estado que legisla. (el iuspunitivismo, el populismo penal, son ejemplos del abuso estatal).

No toda acción y omisión o estado peligroso de una persona da lugar, en su orden, a una valoración extrajurídica de defensa social (legalidad penal sustancial) y por tanto a una descripción típica (legalidad penal formal).

El principio de legalidad penal se formaliza en la ley emitida y se materializa en la irretroactividad de los efectos de tal ley. Existen casos en que la irretroactividad no se mantiene.

Los delitos, los procedimientos y las penas deben estar descritos en la ley, la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 76.3, garantiza:

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:

¹⁷ La ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición en sentencia No. 035-12-SEP-CC del caso No. 0338-10-EP

[...]

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. [...]"

Respecto a la Legalidad en Delitos de Lesa Humanidad, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas¹⁸, ha sostenido que:

La caracterización, o ausencia de caracterización, de un tipo particular de conducta como criminal de conformidad con el derecho nacional no tiene efecto alguno en la caracterización de ese tipo de conducta como criminal bajo derecho internacional. Es posible que una conducta particular definida como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad [...] sea caracterizada meramente como un delito en derecho nacional, en lugar de ser considerado un crimen contra la paz y seguridad de la humanidad bajo derecho internacional. Ninguna de estas circunstancias puede servir como obstáculo para la caracterización de la conducta respectiva como un crimen de derecho internacional. La distinción entre la calificación como un crimen de derecho nacional y la calificación como un crimen de derecho internacional es significativa teniendo en mente las diferencias entre los correspondientes regímenes legales. La distinción tiene importantes implicaciones con respecto del no bis in ídem [...]

No perseguir las conductas contra el derecho internacional aduciendo reglas internas o su insuficiencia, ignorando a los principios del derecho internacional, acarrearía la impunidad de los responsables.

El Código Orgánico Integral Penal es estricto, exclusivo y excluyente cuando, en su artículo 17, advierte:

Ámbito material de la ley penal.- Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia.

La ley penal rige para lo venidero y, por lo general, no es retroactiva aunque con ello en ciertos casos quedan impunes daños considerados graves, cometidos contra bienes relevantes.

¹⁸ Creada el 21 de noviembre de 1947 por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución A/RES/174 (II) www.un.org/es/aboutn/structure/ilc.shtml pág. visitada el 22 de septiembre de 2014.

Pero no siempre es así, existen casos en que la legalidad no se expone únicamente en leyes sino en otras normas (que no sean de tipificación, sanción o procedimiento) e inclusive en principios (la persecución y punición de delitos contra el Derecho internacional de los derechos humanos se basa en tales); y, que la ley tiene efecto retroactivo.

La ex Corte Constitucional para el Período de Transición reflexionó sobre eso y sostuvo:¹⁹

La ley en materia penal posee efecto ex nunc, rige para lo venidero, no tiene efecto retroactivo. A esta generalidad se prevén excepciones de rango constitucional (Art. 76.5 Constitución de la República del Ecuador), que dice:

Constitución de la República Art. 76.5. 'En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora'.

Código Penal Art. 2. '[...] deja de ser punible un acto si una ley posterior a la de su ejecución lo suprime del número de infracciones; y, si ha mediado sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse.

Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.²⁰

El fundamento recogido tanto en la Constitución de la República como en el Código Penal, determina la opción de aplicar la ley con efecto retroactivo en materia penal, siempre y cuando una ley posterior a la existente, reduzca o elimine la sanción de una conducta determinada o, a su vez, cuando exista conflicto de normas, se deberá aplicar la menos rigurosa. Es así que se favorece al infractor en las siguientes circunstancias: a) cuando se eliminen efectos de sanción punitiva de una norma; es decir, una ley posterior determina que una conducta no debe ser sancionada con una pena; b) cuando su promulgación fuere posterior a la infracción. Si la ley posterior favorece al imputado, incluso al culpable de un delito, aun en esta condición podrá ser invocada, ya que disminuye la sanción o la elimina; y, c) en caso de duda, se aplicará la norma que contenga menor sanción. Si un hecho se describe en más de una norma punitiva se aplicará la menos rigurosa. Normas inspiradas en el principio in dubio pro reo, que al identificar que una persona se encuentra en desventaja, su protección y garantías se mantienen y son de aplicación directa. [...]

¹⁹ Ex Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia No. 0001-09-SCN-CC, caso N. 0002-08-CN, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 602 de 1 de Junio del 2009.

²⁰ Código Penal Ecuatoriano, Quito, editorial Corporación de Estudios Año 2008, Art. 2.

En el ámbito internacional, los principios de legalidad y de favorabilidad, se exponen como expresiones de un mismo derecho:

a) Declaración Universal de Derechos Humanos:

Artículo 11.- 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 15.- 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

c) Convenio Europeo de Derechos Humanos:

No hay pena sin ley

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.

d) Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea:

Artículo 49.- Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el

Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento de su comisión, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones.

3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.

e) Convención Americana de Derechos Humanos:

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

f) Carta Africana de los derechos humanos y de los pueblos:

Artículo 7

1. Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica:

a) derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigentes;

b) el derecho a ser considerado inocente hasta que un tribunal competente demuestre su inocencia;

c) el derecho a la defensa, incluido el derecho a ser defendido por un abogado de su elección;

d) el derecho a ser juzgado dentro de un plazo de tiempo razonable por un tribunal imparcial.

2. Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible, en el momento en que se cometió. No se puede infligir pena alguna por una ofensa contra la que no existe ninguna disposición en el momento de ser cometida. Las penas son personales y sólo pueden ser impuestas al transgresor.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la legalidad e irretroactividad en casos como Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, sentencia de fondo de 2001, párrafos 106 a 109; y Ricardo Canese Vs. Paraguay, párrafo 179.

En el primer caso citado, la Corte Interamericana reveló la irretroactividad de los efectos jurídicos odiosos a los derechos, en todas las materias; en el segundo, expuso que las posibilidades de aplicación del efecto retroactivo favorable de una nueva ley, no puede enunciarse taxativamente ni respecto de la materia sustantiva ni de la procesal.

En *Baena Ricardo Vs. Panamá*, encontramos estas reflexiones:

106. En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste.

Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.²¹

107. En suma, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión.

108. En lo que concierne al principio de legalidad, la Ley 25 sólo contenía un concepto muy amplio e impreciso sobre posibles conductas ilícitas, cuyas características específicas no se establecían puntualmente, y que sólo se caracterizaban bajo el concepto de participación en actos contrarios a la democracia y el orden constitucional.

109. Por lo que hace al principio de irretroactividad desfavorable, en el presente caso la Ley 25 entró en vigencia el 14 de diciembre de 1990 y se aplicó retroactivamente al 4 de los mismos mes y año. Las cartas de despido

²¹ cfr., inter alia, Eur. Court H.R. *Ezlin* judgment of 26 April 1991, Series A no. 202, para. 45; y Eur. Court H.R. *Müller and Others* judgment of 24 May 1988, Serie A no. 133, para. 29.

entregadas a los trabajadores contienen actos administrativos dictados según una ley que no existía al momento de los hechos. A los trabajadores despedidos se les informaba que su destitución se debía a la participación en la organización, llamado o ejecución de acciones que atentaron contra la democracia y el orden constitucional y señalaban a la participación en el paro nacional como la conducta atentatoria de la democracia y el orden constitucional.

En Ricardo Canese Vs. Paraguay, encontramos este pensamiento:

179. En este sentido, debe interpretarse como ley penal más favorable tanto a aquella que establece una pena menor respecto de los delitos, como a la que comprende a las leyes que desincriminan una conducta anteriormente considerada como delito, crean una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, y de impedimento a la operatividad de una penalidad, entre otras. Dichos supuestos no constituyen una enumeración taxativa de los casos que merecen la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable. Cabe destacar que el principio de retroactividad se aplica respecto de las leyes que se hubieren sancionado antes de la emisión de la sentencia, así como durante la ejecución de la misma, ya que la Convención no establece un límite en este sentido.

Es deber del Estado constitucional de derechos y justicia garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, como lo determina el artículo 3.1 de la norma constitucional.

El artículo constitucional 11, al hablar del ejercicio de los derechos, dice que se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.” (Subrayado nos corresponde).

Sobre estos mismos aspectos el artículo constitucional 76, establece que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de

inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Finalmente, la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76.5²² establece el principio de favorabilidad, y respecto al que, en caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la ley que contiene a la sanción menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior al cometimiento de la infracción.

Por lo que, desde la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, la privación de libertad de las y los ciudadanos procesados o condenados por delitos derogados y por delitos cuyas penas reducidas y no reformadas las penas ya hayan sido cumplidas se convierte no solo en ilegítima sino en arbitraria.

No acatar la favorabilidad, pro procesado, convierte al servidor público en responsable de lo dispuesto en el artículo 160 del Código Orgánico Integral Penal²³.

3.1.4- Los Efectos de aplicar la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal.

Para establecer los efectos de la aplicación de la Transitoria Primera, es necesario realizar una comparación entre el régimen que se debe aplicar, es decir las normas del Código Orgánico Integral Penal, y el erróneamente aplicado, el del Código de Procedimiento Penal.

²² 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: 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

²³ Artículo 160.- Privación ilegal de libertad.- La o el servidor público que prive ilegalmente de libertad a una persona, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años. La o el servidor público que disponga la privación de libertad a una persona en lugares diferentes a los destinados para el efecto por la normativa vigente, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Para esto, se establece como primer criterio de comparación, la clasificación del ejercicio de la acción penal, entre público y privado, pues al primero le corresponde el trámite ordinario, y al segundo un trámite especial. Según el artículo 634 del nuevo Código de material penal:

En este sentido, el artículo 32 del Código de Procedimiento Penal, prevé: “Desde el punto de vista de su ejercicio, la acción penal es de dos clases: pública y privada.” El mismo cuerpo normativo manda:

Art. 33.- Ejercicio.- El ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente al Fiscal, sin necesidad de denuncia previa.

El ejercicio de la acción privada corresponde únicamente al ofendido, mediante querella.”

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

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

El Código Orgánico Integral Penal, establece:

Art. 410.- Ejercicio de la acción.- El ejercicio de la acción penal es público y privado.

El ejercicio público de la acción corresponde a la Fiscalía, sin necesidad de denuncia previa.

El ejercicio privado de la acción penal corresponde únicamente a la víctima, mediante querella.”

Art. 415.- Ejercicio privado de la acción penal.- Procede el ejercicio privado de la acción en los siguientes delitos:

1. Calumnia
2. Usurpación
3. Estupro
4. Lesiones que generen incapacidad o enfermedad de hasta treinta días, con excepción de los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y delitos de tránsito.”²⁴

El análisis consiguiente corresponde a la revisión de las disposiciones normativas contenidas en el régimen procesal del Código de Procedimiento Penal y del Código

²⁴ Reforma Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No 598 de 30 de septiembre de 2015.

Orgánico Integral Penal; para determinar la naturaleza y finalidad de los distintos actos procesales previstos en cada régimen.

PROCEDIMIENTO ORDINARIO		PROCEDIMIENTO ESPECIAL EN DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA O DE EJERCICIO PÚBLICO DE LA ACCIÓN	
Código de Procedimiento Penal	Código Orgánico Integral Penal	Código de Procedimiento Penal	Código Orgánico Integral Penal
El ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente al Fiscal , sin necesidad de denuncia previa (Art. 33)	El ejercicio público de la acción corresponde a la Fiscalía , sin necesidad de denuncia previa. (Art. 410)	El ejercicio de la acción privada corresponde únicamente al ofendido, mediante querrela (Art. 33). La querrela debe ser presentada por escrito y cumplir con los requisitos previstos en la ley. (Art. 371). El querellante debe comparecer personalmente ante la jueza o juez a reconocer su acusación (Art. 371).	El ejercicio privado de la acción penal corresponde únicamente a la víctima, mediante querrela . (Art. 410) La querrela debe ser presentada por escrito y cumplir con los requisitos previstos en la ley. (Art. 647.2) El querellante debe comparecer personalmente ante la o el juzgador a reconocer su querrela. (647.3)
El proceso penal inicia con la instrucción fiscal en la audiencia de formulación de cargos; esta diligencia es solicitada por la Fiscalía cuando cuente con la información necesaria y los fundamentos suficientes para deducir una imputación. (Art. 217)	El proceso penal inicia con la instrucción fiscal , en la audiencia de formulación de cargos. (Arts. 589 y 591) Tiene como finalidad determinar elementos de convicción, de cargo y descargo, que permita formular o no una acusación en contra de la persona procesada. (Art.590)	El plazo para la prescripción del ejercicio de la acción, iniciado el proceso penal, corre desde la citación al querrellado (Art. 101 Código Penal). Admitida la querrela a trámite, corresponde citar al pretense querrellado. Citado el querrellado debe contestar la acusación impuesta en el plazo de diez días. Vencido el plazo referido, la o el juzgador debe conceder plazo de seis días para que las partes presenten y soliciten prueba (Art. 372)	El plazo para la prescripción del ejercicio de la acción, iniciado el proceso penal, corre desde la citación al querrellado. (Arts. 417.4 y 648). Admitida la querrela a trámite, corresponde citar al pretense querrellado. Citado el querrellado debe contestar la acusación impuesta en el plazo de diez días. Vencido el plazo referido, la o el juzgador debe conceder plazo de seis días para que las partes presenten y soliciten prueba (Art. 648).

<p>Concluida la instrucción, la Fiscalía solicita a la jueza o juez, señale día y hora para que se lleve a efecto la audiencia de sustentación del dictamen fiscal y preparatoria de juicio (Art. 224).</p>	<p>Concluida la instrucción, la Fiscalía solicitará a la jueza o juez señale día y hora para la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio. (Art. 600)</p>	<p>En la audiencia de conciliación, convocada, una vez concluido el plazo de prueba, las partes pueden llegar a una conciliación (Art. 373). Si no se llega a la conciliación, se procede con la audiencia de acuerdo a las reglas del artículo 373, y concluirá en la decisión oral de la jueza o juez.</p>	<p>En la audiencia de conciliación y juzgamiento, convocada una vez que concluya el plazo para la presentación de la prueba documental y anunciación de testigos o peritos, el querellante y querellado podrán llegar a una conciliación. El acuerdo se pondrá en conocimiento del juzgador para que ponga fin al proceso. Si no se llega a la conciliación, se procede con el juzgamiento de acuerdo a las reglas del artículo 649, y concluirá en la decisión oral de la jueza o juez.</p>
<p>La Etapa intermedia, comprendida por la audiencia de sustentación del dictamen fiscal y preparatoria de juicio, tiene como finalidades “1. Conocer de los vicios formales respecto de lo actuado hasta ese momento procesal, los mismos que, de ser posible, serán subsanados en la propia audiencia. 2. Resolver sobre cuestiones referentes a la existencia de requisitos de procedibilidad, cuestiones prejudiciales, competencia y</p>	<p>La Etapa de evaluación y preparatoria de juicio tiene como finalidad conocer y resolver sobre cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, competencia y procedimiento; establecer la validez procesal, valorar y evaluar los elementos de convicción en que se sustenta la acusación fiscal, excluir los elementos de convicción que son ilegales, delimitar los temas por debatirse en el juicio oral, anunciar las pruebas que serán</p>	<p>Concluida la audiencia la juez o juez dicta sentencia (Art. 374), la que debe seguir las reglas generales de las sentencias (Arts. 304-A, 306 a 317)</p>	<p>El juez emitirá su sentencia siguiendo las reglas generales del Código, por lo que la decisión tomada en audiencia, debe ser reducida a escrito y estar debidamente motivada Con la sentencia, concluye la etapa de juicio, y el proceso penal.</p>

<p>cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso.</p> <p>3. Los sujetos procesales anunciarán las pruebas que serán presentadas en el juicio, cada una tendrá el derecho a formular solicitudes, observaciones, objeciones y planteamientos que estimaren relevantes referidos a la oferta de prueba realizada por los demás intervinientes.</p> <p>4. Resolver sobre las solicitudes para la exclusión de las pruebas anunciadas, cuyo fundamento o evidencia que fueren a servir de sustento en el juicio, hubieren sido obtenidas violando las normas y garantías determinadas en los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, la Constitución y en este Código; y,</p> <p>5. Los sujetos procesales podrán llegar a acuerdos probatorios con el fin de dar por demostrados ciertos hechos y evitar controvertirlos en la audiencia de juicio". (Art. 226 [1])</p>	<p>practicadas en la audiencia de juicio y aprobar los acuerdos probatorios a que llegan las partes (Art)</p>		
<p>La etapa intermedia concluye con el auto de llamamiento a juicio o de</p>	<p>La etapa de evaluación y preparatoria de juicio, termina en la</p>	<p>La etapa de impugnación es parte del proceso penal (Art. 206.4), y todos</p>	<p>La Etapa de impugnación, no es parte del proceso, está sometida a</p>

<p>sobreseimiento (Arts. 232, 240 a 249)</p>	<p>audiencia preparatoria de juicio, en la que puede dictarse sobreseimiento (Art. 605), o llamamiento a juicio (Art. 608).</p>	<p>los medios de impugnación están sometidos a las reglas generales comprendidas entre los artículos 324 a 329; comprende: recurso de nulidad (Arts. 330 a 341); recurso de apelación (Arts. 343 a 348); recurso de casación (Arts. 349 a 358); y, recurso de revisión (Arts. 359 a 368)</p>	<p>reglas generales previstas en el artículo 652, y comprendida por: recurso de apelación (Arts. 653 a 655); recurso de casación (Arts. 656 a 657); recurso de revisión (Arts. 658 a 660); y, recurso de hecho (Arts. 661)</p>
<p>La etapa de juicio se sustancia en base a la acusación fiscal (Art. 251). Durante la audiencia ante el Tribunal, la Fiscalía, la acusación particular, y la parte procesada realizan sus exposiciones iniciales en ese orden (Art. 286), se practica la prueba solicitada (Arts. 286 [1] a 300); actuada la prueba, se procede con el debate en el que las partes realizan sus alegatos finales. (Arts. 302 y 303). Concluido el debate el Tribunal (Art. 305)</p>	<p>La Etapa de Juicio se sustenta sobre la base de la acusación fiscal. (Art. 609). La etapa de juicio se sustancia en la respectiva audiencia, en la que las partes realizan sus alegatos de apertura (Art. 614), la práctica de pruebas (Arts. 615 a 617), y sus alegatos finales (Art. 618). Al concluir las intervenciones de las partes el Tribunal emite su decisión (Art. 619).</p>		
<p>Luego de haber pronunciado su decisión, el Tribunal del Juicio debe elaborar la sentencia debidamente motivada. (Arts. 306 a 320)</p>	<p>La sentencia del Tribunal de Juicio con la decisión tomada en audiencia, debe ser reducida a escrito y estar debidamente motivada (Arts. 621 a 629) Con la sentencia, concluye la etapa de juicio, y el proceso penal.</p>		

<p>La etapa de impugnación es parte del proceso penal (Art. 206.4), y todos los medios de impugnación están sometidos a las reglas generales comprendidas entre los artículos 324 a 329; comprende: recurso de nulidad (Arts. 330 a 341); recurso de apelación (Arts. 343 a 348); recurso de casación (Arts. 349 a 358); y, recurso de revisión (Arts. 359 a 368)</p>	<p>La etapa de impugnación, no es parte del proceso (Art. 589); está sometida a reglas generales previstas en el artículo 652, y comprendida por: recurso de apelación (Arts. 653 a 655); recurso de casación (Arts. 656 a 657); recurso de revisión (Arts. 658 a 660); y, recurso de hecho (Arts. 661)</p>		
---	--	--	--

De lo anotado, desde el punto de vista procesal, se llegan a las siguientes conclusiones:

- i. Los procedimientos ordinarios, previstos para los delitos de acción pública bajo el Código de Procedimiento Penal, y los delitos de ejercicio público de la acción bajo el Código Orgánico Integral Penal, tienen momentos procesales con las mismas finalidades y responden a los principios de oralidad, publicidad (con excepción de la norma aplicable a algún trámite), intermediación y contradicción; en ambos regímenes la titularidad de la acción corresponde a la Fiscalía; incluso la secuencia de los mismos es similar.
- ii. Del mismo modo, los procedimientos especiales por delitos de acción privada bajo el Código de Procedimiento Penal, o de ejercicio privado de la acción bajo el Código Orgánico Integral Penal; tienen momentos procesales con las mismas finalidades y responden a los principios de oralidad, publicidad (con excepción de la reserva aplicable a algún trámite), intermediación y contradicción; la titularidad de la acción corresponde únicamente al ofendido, en los términos del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, o la víctima, en los términos del artículo 441 del Código Orgánico Integral Penal, respectivamente.

Tanto en los procedimientos de acción pública como en los de ejercicio privado de la acción, la impugnación dejó de ser etapa procesal, en el diseño del Código Orgánico Integral Penal.

Desde el punto de vista sustantivo, con la vigencia total del Código Orgánico Integral Penal, respecto al catálogo de infracciones del Código Penal, dentro de las conductas consideradas como delitos se pueden dar los siguientes casos: Un primero en el que una conducta considerada como delito en el Código Penal, está incluida dentro del catálogo punitivo del Código Orgánico Integral Penal; y uno segundo en que la conducta considerada delito en el Código Penal, ya no está incluida en el catálogo punitivo del Código Orgánico Integral Penal. De igual forma existen algunas variables que se deben considerar desde el punto de vista procesal, existen por ejemplo conductas que antes eran consideradas de acción penal pública y ahora son de acción penal privada; o también existen conductas que mantienen las mismas características desde el punto de vista adjetivo; y así una serie de circunstancias.

Como quedó anotado en párrafos anteriores, en aplicación de la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, se debe tomar en cuenta al preproceso investigativo y al proceso penal como fases o etapas distintas y claramente determinadas en cuanto su inicio y conclusión; y, en aquellos casos en los que el procedimiento investigativo inició antes del 10 de agosto de 2014, pero el proceso penal, en la misma causa, inició en fecha igual o posterior, el régimen aplicable es el contenido en el Código Orgánico Integral Penal.

Los casos en los que se aplique el régimen anterior, cuando el proceso penal inicie con fecha igual o posterior al 10 de agosto, se trasgrede a la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, lo que implica violación al trámite.

Como hicimos mención, debemos tener en cuenta que existen casos en los cuales, la variación en la calificación penal de los hechos, resulta trascendente y da lugar a la nulidad de lo actuado; así, por ejemplo, si un proceso se investigó antes del 10 de agosto de 2014, como delito de peculado menor²⁵, que es perseguible con el

²⁵ Código Penal, artículo 257.4: La misma pena señalada en los artículos anteriores se impondrá a las personas elegidas por votación popular, a los representantes o delegados y a los funcionarios, empleados o servidores públicos que aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les hubiesen concedido contratos o permitido la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público. Quedan comprendidos en la misma disposición anterior y sujetos a igual pena los

cumplimiento del requisito de procedibilidad de informe de la Contraloría General del Estado; que es imprescriptible; que permite la persecución en ausencia y que prevé penas administrativas perpetuas; además, no ha de ser sentenciado en la justicia penal con los Códigos Penal y de Procedimiento Penal; ya que en el Código Orgánico Integral Penal, pasó a ser calificado como tráfico de influencias²⁶ y no conserva ninguna de las características anotadas, en consecuencia, si se lo tramita con las reglas del Código Penal y Código de Procedimiento Penal, se atentaría al derecho a la defensa, la seguridad jurídica y la favorabilidad.

4.- RESPUESTA A LA CONSULTA PLANTEADA:

Las actuaciones pre procesales dispuestas por Fiscales, Juezas y Jueces, con anterioridad al 10 de agosto de 2014, deben ser concluidas según las reglas del Código de Procedimiento Penal, aun cuando tal cumplimiento sea a partir o con posterioridad al 10 de agosto de 2014.

Si del resultado de tales actuaciones: 1. Debe iniciarse una indagación, o 2. Se decide un procesamiento penal, a partir del 10 de agosto de 2014, han de iniciarse, tramitarse, concluirse tal indagación o el procesamiento, según el Código Orgánico Integral Penal.

Las investigaciones preprocesales iniciadas por fiscales, con anterioridad al 10 de agosto de 2014, deben ser tramitadas y concluidas según las reglas del Código de Procedimiento Penal. Si del resultado de tales investigaciones se decide un procesamiento penal, este se iniciará, tramitará y concluirá, según las reglas del Código Orgánico Integral Penal.

Los procesos penales que se iniciaron con anterioridad al 10 de agosto de 2014, deben tramitarse y concluirse según el Código de Procedimiento Penal.

directores, vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del Sector Público en general, que, con su voto, hubiesen cooperado a la comisión del delito al que se refiere el inciso precedente.

²⁶ Código Orgánico Integral Penal, artículo 285: Tráfico de influencias.- Las o los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, prevaleciendo de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otra u otro servidor para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses o de terceros, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

El máximo de la pena prevista será aplicable cuando las personas descritas en el primer inciso, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen, se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público.

Están incluidos dentro de esta disposición las y los vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del sector público en general, que, con su voto, cooperen a la comisión de este delito.

En todos los casos de actuaciones previas, indagaciones, y procesamiento penales iniciados antes del 10 de agosto de 2014, deben respetarse las garantías constitucionales; y, particularmente el principio de favorabilidad.

Atentamente,

Dra. Isabel Garrido Cisneros
**SECRETARIA GENERAL DE LA
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**