



DOI: <http://dx.doi.org/10.23857/dc.v8i41.2545>

Ciencias Sociales y Políticas
Artículo de Investigación

*Alcance del dictamen abstentivo fiscal en la legislación ecuatoriana frente al
derecho de impugnación*

*Scope of the tax abstention ruling under ecuadorian law with respect to the right to
challenge it*

*Alcance do parecer de abstenção fiscal na legislação equatoriana contra o direito
de impugnação*

Wilson Mendoza-Peñañiel ^I

wilson.mendoza.89@est.ucacue.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0002-1206-9027>

Ana Fabiola Zamora-Vázquez ^{II}

afzamorav@ucacue.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0003-1611-5801>

Correspondencia: wilson.mendoza.89@est.ucacue.edu.ec

***Recibido:** 10 de diciembre de 2021 ***Aceptado:** 30 de diciembre de 2021 * **Publicado:** 28 de enero de 2022

- I. Abogado, estudiante de la Maestría en Derecho Procesal Penal y Litigación Oral, Unidad Académica de Posgrado, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.
- II. Docente de la Maestría en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal Constitucional, Unidad Académica de Posgrado, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.

Resumen

El objeto de este trabajo investigativo fue analizar el principio de doble conforme en el dictamen abstentivo sin acusación particular en la legislación ecuatoriana, a través de ley doctrina y jurisprudencia, considerando que, por imperativo de la misma norma suprema la investigación en los delitos de acción penal pública le corresponde a fiscalía con sujeción al principio de oportunidad y mínima intervención penal con especial interés en los derechos de la víctima, considerando que el derecho penal está legitimado siempre y cuando sea estrictamente necesario. Es obligación del Estado garantizar el derecho al doble conforme, pero disposición legal esta relegado en el caso de abstención fiscal, contraviniendo a la justicia y la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad que, en ningún caso pueden quedar en indefensión. La metodología que se utilizó fue principalmente la revisión bibliográfica, documental, en base al método analítico e inductivo deductivo; la información tiene sustento en las bases de datos: Scielo, Scopus, Latindex, junto con normativa y jurisprudencia. Los resultados evidencian la vulneración al debido proceso, y específicamente cómo afecta al derecho de impugnar en segunda instancia sobre las decisiones judiciales, ya que normativamente el dictamen abstentivo conduce al sobreseimiento de la causa. Se consideró la necesidad de reformar el artículo 600 del COIP, con objeto de dar cumplimiento a la norma Constitucional al debido proceso y el acceso a la justicia a víctimas de delitos para que sus derechos estén debidamente garantizados.

Palabras clave: Investigación; dictamen abstentivo; impugnación; debido proceso; doble conforme.

Abstract

The purpose of this research work was to analyze the principle of double compliance in the abstention opinion without particular accusation in the Ecuadorian legislation, through doctrine law and jurisprudence, considering that, by imperative of the same supreme norm the investigation in the crimes of public criminal action corresponds to the prosecution subject to the principle of opportunity and minimum criminal intervention with special interest in the rights of the victim, considering that the criminal law is legitimized as long as it is strictly necessary. It is an obligation of the State to guarantee the right to double compliance, but legal provision is relegated in the case of prosecutorial abstention, in contravention of justice and the effective, impartial and expeditious protection of their rights and interests, subject to the principles of immediacy and celerity, which in no case can be left in defenselessness. The methodology used was mainly the bibliographic and documentary review,

based on the analytical and inductive-deductive method; the information is supported by the following databases: Scielo, Scopus, Latindex, together with regulations and jurisprudence. The results show the violation of due process, and specifically how it affects the right to challenge judicial decisions in the second instance, since, normatively, the abstention ruling leads to the dismissal of the case. The need to reform article 600 of the COIP was considered, in order to comply with the Constitutional norm of due process and access to justice for victims of crimes so that their rights are duly guaranteed.

Keywords: Investigation; abstention ruling; challenge; due process; double compliance.

Resumo

O objetivo deste trabalho investigativo foi analisar o princípio do duplo acordo no voto de abstenção sem acusação particular na legislação equatoriana, por meio da doutrina e jurisprudência, considerando que, por imperativo da mesma norma suprema, a investigação em crimes de ação penal pública direito corresponde ao Ministério Público sujeito ao princípio da oportunidade e mínima intervenção penal com especial interesse nos direitos da vítima, considerando que o direito penal é legítimo desde que estritamente necessário. É obrigação do Estado garantir o direito ao duplo cumprimento, mas a previsão legal é relegada no caso de abstenção fiscal, contrariando a justiça e a proteção efetiva, imparcial e célere de seus direitos e interesses, observados os princípios da imediatez e rapidez que, em nenhum caso, podem ficar indefesos. A metodologia utilizada foi principalmente a revisão bibliográfica e documental, baseada no método analítico e indutivo-dedutivo; as informações são suportadas pelas bases de dados: Scielo, Scopus, Latindex, além de regulamentos e jurisprudência. Os resultados mostram a violação do devido processo legal, e especificamente como isso afeta o direito de impugnar decisões judiciais em segunda instância, uma vez que normativamente a abstenção leva ao arquivamento do processo. Foi considerada a necessidade de reforma do artigo 600 da COIP, a fim de cumprir a norma constitucional do devido processo legal e do acesso à justiça das vítimas de crimes para que seus direitos sejam devidamente garantidos.

Palavras-chave: Pesquisa; parecer de abstenção; desafio; Devido Processo; duplamente compatível.

Introducción

Las víctimas de infracciones penales en muchos casos se quedan sin la posibilidad de ejercer sus derechos que le asiste la Constitución y la ley, no por motivos imputables a su voluntad propia, sino por decisión del representante encargado de la conducción de la acción penal pública; que sin realizar

una observación minuciosa sobre los elementos de convicción recabados decide emitir dictamen abstentivo, dejando a la víctima en estado de indefensión.

La presente investigación se fundamenta en que, el artículo 600 del Código Orgánico Integral Penal (2021) legisla sobre el dictamen y abstención fiscal, en el inciso segundo y siguientes, que se concreta a la facultad de fiscalía que en el caso de no acusar, emitirá su dictamen debidamente fundamentado; y que este dictamen únicamente cuando el delito sea sancionado con pena privativa de libertad de más de quince años o a pedido del acusador particular, puede ser consultado al fiscal superior para que sea quien ratifique o revoque.

Por lo que se considera que este procedimiento incumple con principios y garantías Constitucionales y procesales, ya que las que resultan perjudicados son las víctimas. Se ha determinado que, el dictamen abstentivo en el procedimiento ordinario forja al juzgador a tomar un criterio jurídico que no le pertenece; y, que un gran número de delitos que no se encuentran bajo estos parámetros matemáticos de condena terminen en este estado procesal, sin que la víctima tenga derecho al doble conforme; a objeto de hacer efectiva la reparación integral.

En estos casos, fiscalía mediante el dictamen abstentivo, es quien confirma el estado de inocencia del procesado y que, además considerando que esta decisión no pueda ser cuestionada o analizada por instancias superiores, afectando el debido proceso y limitando la actividad del juzgador.

Se ha comprobado que, la impugnación es un derecho reconocido en el debido proceso judicial desde la Constitución de 1830 a través de la cual se busca garantizar la imparcialidad de los jueces, y el análisis de su criterio, con objeto de permitir a los afectados acceder a un criterio ajeno a quien ha juzgado.

Entonces la impugnación surge desde el reconocimiento de la posibilidad de error tanto en el criterio, como en la misma indagación que busca aproximarse a la verdad de los hechos acontecidos y sobre los que se está juzgando, que tienen siempre un margen de error.

Burgos y Enríquez (2017), definen la impugnación como “el acto procesal que tiene como objetivo poder subsanar, corregir los errores que pueda adolecer una resolución judicial provocando la revisión, para poder otorgar al proceso la mayor certeza jurídica” (p. 18). Lo que implica que se admite la posibilidad de error y a la vez se brinda un mecanismo para reparación del mismo en materia de justicia.

En la actualidad el Código Orgánico Integral Penal (COIP), garantiza el derecho de impugnación en su artículo 652, y el artículo 653 sobre la procedencia, pero únicamente cuando la decisión es judicial;

entonces al emitir dictamen abstentivo fiscal que no es oral sino escrito, no cabe el derecho de impugnación sino únicamente la consulta ante el Fiscal Superior que no es una decisión judicial.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CIDH), garantiza a que, se presuma su inocencia, así como también que toda persona que ha sido juzgada tiene derecho de recurrir del fallo ante el superior; garantías que constan en Constitución de la República del Ecuador (2008), en el artículo 76 “recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos” (p. 38).

La figura jurídica de apelación es un derecho humano, que consiste en la evolución del derecho, para ir perfeccionándose y enfocarse en lo humano, en donde los derechos de las personas representan la máxima expresión de justicia, en tanto se pueda garantizar su goce, limitando el poder del Estado con objeto de evitar la arbitrariedad que puede manifestarse en su poder punitivo. En este sentido, el doble conforme queda garantizado en el derecho internacional, principalmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que fue adoptado en diciembre de 1966, en cuyo numeral 5 del artículo 14, garantiza que: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley” (Asamblea de las Naciones Unidas, 1966, p. 06).

El principio del doble conforme es el recurso de apelación, sin embargo, autores, profundizan más en la comprensión de este recurso, y se enfocan en las limitantes de la casación, considerando que es de hecho pertinente que existan, por cuanto no se puede recurrir a este recurso de forma indiscriminada. Es también menester tener en cuenta que este recurso tiene un sesgo hacia los derechos de los imputados, existiendo pocos o nulos enfoques que hagan referencia a los derechos de la víctima y la responsabilidad restaurativa en cuanto a responsabilidades penales; por lo que el objetivo de la investigación fue analizar el doble conforme en el dictamen abstentivo sin acusación particular, delitos que tengan penas inferiores a 15 años en la legislación ecuatoriana, la víctima sea considerada en igualdad de condiciones que el mismo sea oral con la intermediación de los sujetos procesales; y, cuya decisión pueda ser objeto de apelación a un órgano judicial; y, no fiscal como se mantiene en la actualidad.

Referentes teóricos

Como se ha expuesto con anterioridad Fiscalía por disposición constitucional contenido en el artículo 195 le corresponde el ejercicio de la acción penal pública, función que le corresponde ejercer

sujetando a determinadas normas y principios entre ellos por citar el debido proceso, inmediación, celeridad, oralidad, objetividad; y poniendo énfasis en los derechos de las víctimas.

En este orden fiscalía en el cumplimiento de su función, que inicia con la fase de investigación previa y que avanzado a instrucción fiscal que es la etapa procesal, durante la cual, o concluida le corresponde emitir su dictamen el mismo que puede ser abstentivo o acusatorio o mixto en el caso se existir varios procesados.

En el caso de dictamen acusatorio, bajo la dirección del juez se discute en audiencia oral que puede ser pública o privada según la naturaleza de la infracción y contradictoria con la inmediación de los sujetos procesales; al ser discutida puede ser que al existir vicios que puedan influir en la decisión de la causa acarrearía nulidad; así como también cuando el juez concluya que el hecho en el que fundamenta fiscalía su dictamen no constituya delito, o los elementos no son suficientes para presumir la existencia de la infracción y la participación de o los procesado/s; y, cuando exista causas se justificación el juez puede dictar sobreseimiento; pero esta decisión al ser judicial puede ser apelada en sede judicial en garantía al derecho de doble conforme.

En cuanto al dictamen abstentivo fiscal, esta es una decisión del titular de la acción penal pública y lo hace de manera escrita que comunica al juez quien a su vez notifica a los sujetos procesales y resolverá de conformidad a la petición de fiscalía; decisión que es de una parte procesal, no está sujeto a apelación; que a diferencia del dictamen acusatorio, que en caso de que é/ los procesados sean sobreseídos en audiencia por parte del juez, esta decisión sí puede ser apelado; Se considera que el dictamen abstentivo por lo tanto incumple con las garantías constitucionales de igualdad y del doble conforme; así como se aparte del sistema acusatorio oral, vigente en la Constitución de 2008.

El dictamen abstentivo en otras palabras es la decisión, que realiza el fiscal en un proceso acusatorio a través del cual se abstiene de continuar con el proceso, motivado por la falta de suficientes elementos de convicción durante la investigación, para justificar la existencia de la infracción y/ o la responsabilidad del procesado ya que para poder sancionar a una persona se requiere de estas dos premisas que van de la mano; motivando al juez a tomar una decisión que, implicaría la ratificación anticipada de inocencia sin que haya tenido que llegar a la etapa de juicio; y, sin que las partes tengan la oportunidad de anunciar pruebas pues el proceso habrá concluido. Así se ha pronunciado la Corte Constitucional en el caso 139-16-EP/21

Adicionalmente, dada la configuración legislativa del proceso penal ordinario, el momento procesal oportuno para el anuncio de pruebas es la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio, y para la práctica,

la audiencia de juicio. Por lo cual, el procedimiento de consulta al fiscal superior luego de concluida la etapa de instrucción fiscal por un dictamen fiscal abstentivo no resultaba el momento procesal oportuno para anunciar ni practicar pruebas. (Corte Constitucional, 2021, p.4)

Por otro lado, la impugnación es un derecho reconocido en el debido proceso que, busca garantizar la imparcialidad de los jueces mediante el análisis de su criterio en una instancia superior, brindando así a la parte que se considera afectada por la decisión, el acceso a un segundo criterio ajeno a quien ha juzgado.

El derecho a la impugnación forma parte de la legislación a nivel del Ecuador, desde la Constitución de 1830, en cuyo artículo 47 reconoce que: “Para facilitar a los pueblos la administración de justicia se establecerá en la capital de cada departamento una Corte de apelación” (Constitución del Ecuador, 1830, p.10).

La existencia de la posibilidad de recurrir implica el reconocimiento de la posibilidad de error tanto en el criterio como en el proceso de indagación que busca aproximarse a la verdad de los hechos y respecto a lo que se está juzgando; sobre todo, al hablar del proceso de investigación de un evento pasado, es admisible que existirá un margen de error, considerando que las acciones acontecidas no se pueden reproducir de forma precisa a cómo sucedieron, por lo que todo indicio es una aproximación a la verdad, mas no una reproducción exacta de la misma.

De esta manera, el proceso de impugnación se consolida como un derecho de los usuarios de la administración de justicia para que lo resuelto sea revisado en instancia verificando de lo decidido, de forma tal que los errores (en caso de haber existido) puedan ser reparados, permitiendo así acceso a las garantías constitucionales en materia de justicia.

Históricamente dentro de la legislación el Código Procedimiento Penal del publicado en el Registro Oficial 360-S, 13-I-2000 establecía que el dictamen abstentivo conduce al sobreseimiento de la causa artículo 226, Código de Procedimiento Penal, 1971.

En este mismo orden el Código Orgánico Integral Penal (COIP) vigente desde el año 2014, especifica el proceso de la impugnación en su artículo 652, en el que se describen diez numerales que hablan sobre el proceso de impugnación, a la vez que el artículo 653 refiere sobre la procedencia. Si bien, se busca en la normativa legal garantizar el acceso a la impugnación, este enfoque recae en precautelar los derechos del acusado, en tanto que se limita el acceso de la víctima a una reparación integral, en los casos en que el juzgador, como consecuencia de la abstención del fiscal, dicta sobreseimiento.

De lo expuesto se ha concluido entonces que al emitir dictamen abstentivo fiscal, este no es oral sino se lo hace por escrito, de cuya resolución no cabe el derecho de impugnación sino únicamente la Consulta ante el Fiscal Superior que no viene a constituir una decisión judicial.

Metodología

La presente investigación se desarrolló con un alcance exploratorio, descriptivo. Fue considerada como exploratoria ya que al indagar sobre la problemática expuesta se constató que no se encuentran reportes en las bases de datos sobre el tema; el objetivo planteado consiste en la descripción y análisis de la vulneración del derecho de apelación en el dictamen abstentivo. El enfoque de la investigación fue cualitativo, puesto que se ha basado en fundamentación teórica, revisión de bases de datos, ley, doctrina y jurisprudencia respecto a la problemática del tema.

También se utilizó el método analítico e inductivo-deductivo que, van de premisas particulares para llegar a una conclusión general; se examinó la garantía del doble conforme en el dictamen abstentivo fiscal y su incidencia en el debido proceso frente a los derechos de la víctima, para determinar si, el dictamen abstentivo fiscal en la legislación ecuatoriana cumple con esta garantía en cumplimiento al principio de igualdad formal de la víctima frente al procesado.

Finalmente, se hizo uso del método dogmático jurídico, ya que la investigación analiza la normativa existente, la describe, así como también se realizó un análisis que busca optimizarla y mejorarla.

Resultados

El principio del doble conforme

La Convención Americana sobre derechos Humanos, refiere en su artículo octavo, numeral dos que, toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia; a su vez, el mismo artículo en el mismo numeral, literal h) el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (ONU, 1969). Considerando que el Ecuador se encuentra suscrito a la Convención, lo que implica el cumplimiento de los acuerdos, que se encuentra reflejado en la Constitución de la República del Ecuador (2008), en su artículo 76, el cual refiere que:

“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” cita que es clara pues es imperativa y obliga al funcionario sea administrativo o judicial a ceñirse en los procesos a un trámite previamente establecido.

La misma norma suprema en el numeral séptimo, literal m, garantiza: “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos” (p. 38) cita que a nuestro entender en el dictamen abstentivo se está decidiendo sobre dos derechos el uno del procesado exculpándole liberándolo de culpa; y, el otro de la víctima contrapuesto, a no poder hacer efectivo la reparación integral por el agravio que sufrió.

El derecho de apelación es un derecho innato del ser humano, representa la máxima expresión de justicia, lo que en la antigüedad se constituía una concepción inquisidora y arbitraria por parte del Estado. En este sentido, el doble conforme queda manifiesto en el derecho internacional, principalmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que fue adoptado en diciembre de 1966, en cuyo artículo catorce, numeral 5, refiere que: “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley” (ONU, 1966, p.12). Comprendido que, el principio del doble conforme

es una garantía del procesado o imputado, por tanto, si existen dos sentencias absolutorias o que confirmen su estado de inocencia, no procede una nueva revisión porque va en contra del *non bis in idem*, de manera que ni el Fiscal, ni el acusador pueden interponer recurso de casación (Yépez, 2014, p.3)

Lo que representa una garantía para el procesado que lo favorece y evita que en caso de cumplirse el doble conforme y reafirmar su inocencia, no es posible que su causa continúe. Sin duda, supone una garantía para el procesado; sin embargo, el poder de decisión que recae en fiscalía que tiene que ser acogida por el administrador de justicia.

De manera más sucinta, Vélez (2014), refiere que el doble conforme es “un juicio al juicio” (p. 50); por lo tanto al haber un doble pronunciamiento sobre el mismo hecho ya no cabe la posibilidad de otro juicio.

Como se observa, el principio del doble conforme no es más que el derecho al recurso de apelación. Otros autores, sin embargo, profundizan más en la comprensión de este recurso, y se enfocan en las limitantes de la casación, considerando que es de hecho pertinente que existan, por cuanto no se puede recurrir a este recurso de forma indiscriminada. Así, y como se señaló en la cita anterior (Ibídem), el principio del doble conforme establece indirectamente un límite para recurrir a la apelación, en relación a la decisión o fallos que se han dado por las autoridades a las que se ha recurrido (Torres & Cornejo, 2018)

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) en el artículo 10 garantiza:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. (Asamblea General, 1948, p.3)

De lo analizado se debe precisar que se enfocan sobre todo los derechos de los imputados, existiendo pocos o nulos enfoques que hagan referencia a los derechos de la víctima y la responsabilidad restaurativa en cuanto a responsabilidades penales

Esta limitación al derecho del doble conforme, en el caso de las víctimas, se hace visible en los casos en los que la instrucción fiscal procede mediante el dictamen abstentivo, dejando a la víctima sin el derecho a la reparación integral y por ende sin el derecho al conocimiento de la verdad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el compendio Verdad Memoria, Justicia y Reparación en contextos Transicionales Estándares Interamericanos indica que la “participación de las víctimas en las distintas etapas procesales constituye garantía del derecho a la verdad y justicia” (CIDH, 2021, p. 61). También se manifestó sobre la responsabilidad de los estados en cuanto a brindar las garantías, protección y reparación integral a las víctimas.

El dictamen abstentivo

El Código Orgánico Integral Penal (COIP, 2014), entre una de sus instituciones jurídicas contempla que el dictamen abstentivo, que, es la decisión del fiscal de no presentar cargos frente al acusado, considerando que no se ha encontrado suficientes evidencias para determinar su culpabilidad o no se ha determinado la existencia de la infracción.

Es parte natural de los procesos (en encontrar o no culpable a una persona acusada), cabe enfocar el procedimiento al que conduce este dictamen, ya que el mismo se reduce a un documento escrito que se comunica al juzgador, quien se remite a dictar sentencia en base a lo planteado por el Fiscal; procedimiento en el cual se evidencian vulneraciones de principios y garantías constitucionales (Rivera & Riofrío, 2016). Al respecto, el COIP en el artículo 600 sobre el dictamen abstentivo, estatuye:

Concluida la instrucción, la o el fiscal solicitará a la o al juzgador señale día y hora para la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, la que será convocada en un plazo no mayor a cinco días y se efectuará en un plazo no mayor a quince días.

De no acusar, emitirá su dictamen debidamente fundamentado y será notificado a la o al juzgador para que disponga su notificación a los sujetos procesales.

Cuando se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad de más de quince años o a pedido del acusador particular, la o el fiscal elevará la abstención en consulta a la o al fiscal superior para que ratifique o revoque, en un plazo máximo de treinta días, lo que será puesto en conocimiento de la o el juzgador.

Si la o el fiscal superior al absolver la consulta ratifica la abstención, remitirá de inmediato el expediente a la o al juzgador para que se dicte el sobreseimiento. (Asamblea Nacional, 2014, p.214-215)

El procedimiento establecido contradice varios principios y garantías procesales, ya que es de interés de los sujetos procesales, sobre todo de las víctimas, de recurrir a un proceso oral en el que se pueda exponer y fundamentar la culpabilidad de los imputados, para lograr la reparación integral.

Considerando que Fiscalía es el titular de la acción Penal Pública y que la investigación debe ser objetiva, con fundamento en los elementos de cargo y de descargo; sin embargo, muchos casos quedan en la impunidad por la falta de investigación, lo que genera una afectación bastante alta a los derechos de las víctimas. Desde un punto de vista ético-deontológico, toda víctima debe ser respetada de forma integral, y sus particularidades especiales deben ser tomadas en cuenta para crear mecanismos que den respuestas a sus necesidades específicas.

Al ser el dictamen abstentivo una decisión que pone fin a la investigación del proceso penal constituye cosa juzgada, ya que no se puede reabrir el proceso salvo casos específicos y excepcionales; en muchos de los casos la abstención es consecuencia del incumplimiento de los deberes objetivos de investigar para sancionar a los culpables, en garantía de los derechos de las víctimas sobre la base de la seguridad jurídica.

La legislación ecuatoriana, en referencia al dictamen abstentivo, no ofrece garantías procesales, ya que si bien, dentro de las facultades de Fiscalía, se contempla la posibilidad de que se emita, como parte natural de un proceso investigativo, las falencias son múltiples, partiendo desde la inexistencia de un momento específico en el cual dicho dictamen pueda ser comunicado.

Al respecto, Castro y Pozo (2017), refieren que al no existir especificaciones en referencia al momento de la presentación del dictamen abstentivo, por lo que es pertinente y se reformen estas falencias, considerando que de éstas pueden terminar afectados derechos de las víctimas en los procesos acusatorios.

La Corte Nacional de Justicia al absolver la Consulta en materia penal; Una vez que cuenta con el dictamen abstentivo del Fiscal, se llama a audiencia para que lo sustente, y así el acusador particular

se opongá y suba a consulta al Fiscal; con fecha 03 de agosto del 2018 al hacer el análisis y conclusión absuelve:

En el procedimiento ordinario, no cabe audiencia alguna si existe abstención fiscal., únicamente se debe convocar a audiencia preparatoria de juicio, si la o el fiscal la solicitan, es decir si va a existir acusación, caso contrario, fiscalía remitirá por escrito la abstención de acusar y el juez debe dictar el sobreseimiento de forma imperativa (Corte Nacional de Justicia, 2018).

Como se entiende la Corte Nacional de Justicia, a pesar de que nuestro sistema es oral por disposición Constitucional ante un dictamen abstentivo Fiscal por escrito, al operador de justicia le corresponde dictar únicamente sobreseimiento sin que pueda valorar la decisión fiscal.

Causas de exclusión de la antijuricidad.

Fiscalía en su labor investigativa debe emitir dictamen abstentivo en la instrucción cuando haya determinado que existen causas de exclusión de antijuricidad como son: error de tipo, cumplimiento del deber legal de la o el servidor de la policía nacional y de seguridad penitenciaria; estado de necesidad, legítima defensa, que se deja únicamente enunciados, por no corresponder al objeto de estudio pero que se encuentra ligado al tema.

La reparación integral

La reparación integral surge como un mecanismo de responsabilidad del Estado frente a las víctimas, y la necesidad de instaurar un sistema de justicia que, además de acusar y sancionar a los culpables, sea capaz de reparar por los daños generados, resarciendo a las víctimas en la medida que sea posible a su situación previa a la ejecución del delito, de no ser así de manera económica o simbólica.

La reparación integral como tal en cuanto a la indemnización en la mayoría de los casos no ha sido posible, lo que ha hecho que se quede en la letra de la ley.

Como derecho la reparación integral emerge de La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuyo artículo 63, numeral 1, estatuye:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá así mismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. (Organización de los Estados Americanos, 1969, pág. 18)

La Constitución de 2008, en su artículo 78, garantiza:

Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. (Asamblea Nacional, 2008, p. 37).

En materia penal de acción penal público, el Estado adquiere no solamente la responsabilidad de verificar la verdad de los hechos y sancionar a los culpables mediante juicio oral, sino que además debe garantizar la reparación integral de las víctimas, en estricta obediencia a la norma. Sin embargo, cuando el fiscal comunica el dictamen abstentivo, se priva a la víctima del cumplimiento de estas garantías, sin que pueda hacerlas efectivas.

Las víctimas de delitos, hoy cuentan con distintos niveles de protección y apoyo, pero en la realidad se evidencia obstáculos para que accedan al sistema judicial y obtener de él una respuesta efectiva.

De otro lado el trato revictimizante que con frecuencia reciben, en los retrasos injustificados en las investigaciones de los delitos, la falta de realización de pruebas claves para lograr la identificación de los responsables, la poca credibilidad de su testimonio, interrogatorios culpabilizadores, minimización de la gravedad de la agresión, así como la resistencia a conceder órdenes de protección. En el sistema judicial nacional la participación y la necesidad de las víctimas no son consideradas de manera integral a pesar de las importantes reformas procesales para la tutela de sus derechos, está lejos de garantizar un verdadero equilibrio (igualdad) entre las partes, con detrimento de los derechos de las víctimas por las infracciones que sufrieron a través de las diferentes manifestaciones de violencia que se presentan.

Discusión

Se ha identificado puntualmente la problemática existente en el artículo 600 del COIP, en donde se especifica que el dictamen abstentivo, en el proceso ordinario, incumple las normas constitucionales consagradas en el artículo 168 numeral 6 y 169 de que los procesos deben tramitarse en forma oral, lo cual deviene en una limitación a las garantías de la víctima, quien espera que mediante el sistema de justicia permita la reparación integral.

En esta línea, Agudelo (2017), refiere que el debido proceso es fundamental, ya que mediante su cumplimiento se brinda “la oportunidad de oír o escuchar a todos los sujetos que puedan ser afectados

con las resoluciones que allí se adopten” (p. 89). Por ende, toda falla en el cumplimiento de dicho proceso, termina por afectar a las partes procesales, o al menos a una de ellas, por cuanto no se le brinda la posibilidad de argumentar en la comparecencia oral.

Sobre el cumplimiento del debido proceso, se han ampliado los debates cuando están en juego derechos de los sujetos procesales. En este sentido, se ha añadido al debate el concepto de “mal menor”, haciendo referencia a la búsqueda de una solución de un medio realista. Ahora bien, en el caso de investigación no resulta controversial el optar por el debido proceso en estricto cumplimiento, ya que esta exigencia no pone en juego ningún derecho que podría verse afectado, más bien garantiza principios (García, 2006).

Yépez (2014), indica sobre el doble conforme, que ésta es una garantía del procesado o imputado que le permite evaluar la decisión en primera instancia, cuando se considera que ésta no ha sido la adecuada; en lo que concuerdan también autores como Torres y Cornejo (2018). El análisis de estos elementos teóricos y doctrinarios permite constatar que la garantía del doble conforme se ha orientado solamente por el interés del imputado, mas no de la víctima que busca justicia; enfoque que provoca que la normativa desestime los derechos de las víctimas en el acceso a esta garantía.

Se constata que el acceso limitado al debido proceso en el caso de investigación planteado responde a una realidad puramente normativa que además ha sido heredada. Por ende, es posible corregir dicho error, dando paso al cumplimiento de la audiencia oral, inclusive cuando exista un dictamen abstentivo, con objeto de que las partes procesales accedan a ser escuchadas y sobre aquella base de los elementos aportados que ya no son de las partes sino del proceso, sea el juez que tome la decisión acertada confoeme a derecho la que pueda ser objeto de impugnación procesal.

En este sentido, se considera que en atención al debido proceso, el artículo 600 del COIP, debería ser modificado acorde a la realidad que se fundamenta el trabajo investigativo.

Ya, que el doble conforme se ve afectado para las víctimas, toda vez que al concluir el proceso mediante procedimiento administrativo fiscal a través del dictamen abstentivo, no existe la posibilidad de acceder al derecho de apelar en sede judicial, por cuanto no se trata de una decisión judicial, que tampoco fue tomada con la intermediación de los sujetos procesales, no responde a criterio judicial.

En materia penal, el acceso al doble conforme se considera una garantía, parte del debido proceso, sin embargo, la realidad de la normativa nacional cierra esta posibilidad en el caso de dicatamen

abstentivo en el procedimiento ordinario, dejando a la víctima sin acceso a un segundo criterio, y en consecuencia, tampoco se le permite el acceso al derecho a una reparación integral.

Ilustrando esta realidad, se trae a mención el caso N° 1525-19-EP, de La Corte Constitucional en el cual el señor Hover Yuris, procesado dentro de la investigación en su contra por el delito de muerte culposa de la señora Joaquina Salazar Grefa. Caso en el cual fiscalía emitió dictamen abstentivo a favor del procesado. Ante este hecho, el señor Ricardo Fernando Grefa Salazar presentó impugnación a dicho dictamen, solicitando declarar su nulidad. El juez de la Unidad Judicial Penal de Tena ordenó sobreseimiento a favor del acusado.

Posteriormente, el señor Ricardo Grefa interpuso recurso de apelación del auto de sobreseimiento; ante esto, se resolvió que de acuerdo al artículo 653, numeral 3 del COIP, que dicta que la apelación se da cuando haya existido acusación fiscal, no existiendo dicha acusación en el presente caso. Luego, Grefa Salazar presentó recurso de hecho ante el Juez de la Unidad Judicial Penal del Tena, como consecuencia de la negación del recurso de apelación sobre el auto de sobreseimiento. Dicha solicitud fue negada por la Corte Provincial, considerando que el solicitante no presentó acusación particular. Se recalcó también que ante el auto de sobreseimiento consecuencia de dictamen abstentivo, éste no es susceptible de ser conocido en apelación.

Finalmente, el demandante solicitó recurso de casación, mismo que fue negado por improcedente en la Corte Provincial del Napo; lo que llevó a solicitar acción extraordinaria ante la Corte Constitucional del Ecuador. La Corte Constitucional (Ecuador) inadmitió lo solicitado, considerando que la acción extraordinaria de protección procede únicamente respecto de sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia que generen vulneración a los derechos constitucionales (Caso N°1525-19-EP).

En este proceso se evidencia que desde lo normativo se cierra la posibilidad de acceder al doble conforme en casos de dictamen abstentivo en procedimiento ordinario. Esto no sucede en el procedimiento directo, ya que se solicita al fiscal manifestar en audiencia oral pública y contradictoria su decisión de acogerse al dictamen abstentivo, al tiempo que es el espacio para la comparecencia de todos los actores en un procedimiento oral.

Propuesta

En tal sentido, se propone la reforma al artículo 600 del COIP (2021), (citado anteriormente), por el siguiente:

Concluida la instrucción, la o el fiscal solicitará a la o al juzgador señale día y hora para la audiencia de evaluación de dictamen y preparatoria de juicio, la que será convocada en un plazo no mayor a quince días, de cuya resolución los sujetos procesales podrán apelar en sede judicial.

Se deduce que al presentar dictamen abstentivo se llevará a cabo en audiencia bajo la dirección del juez competente en forma oral y con intermediación de los sujetos procesales y por lo tanto ya no será escrito y así se cumplirá con la disposición constitucional contenida en el Art. 168.6 y 169 Ibidem.

La oralidad permite a los sujetos procesales que, puedan exponer sus argumentos y contradecir los de la contraparte incluso en caso de dictamen abstentivo.

La desición es judicial, puede ser objeto de impugnación procesal, permitiendo el acceso al doble conforme.

Conclusiones

Se ha evidenciado desde el análisis normativo y desde la jurisprudencia, que no se cumple con el doble conforme en el dictamen abstentivo en el juicio ordinario, ya que este es escrito y comunicado al juez, quien cumple un rol de tramitología que consiste en notificar a los sujetos procesales lo que lleva al sobreseimiento de la causa. Al no ser ésta una decisión judicial, no es posible acceder al derecho de apelar sobre la decisión; quedando únicamente la consulta al fiscal superior en delitos con penas superiores a los 15 años, consulta que tampoco es una decisión judicial, ya que quien se pronuncia es el fiscal superior

El dictamen abstentivo fiscal en la legislación ecuatoriana se aleja del principio de igualdad formal de la víctima frente al procesado, ya que pone fin al proceso, sin que tenga derecho a la reparación integral y conocimiento de la verdad, que se encuentra garantizado en la Constitución del Ecuador.

En este sentido, es imposible que ante un dictamen abstentivo la víctima pueda regresar en la forma que sea posible a la situación anterior al cometimiento de un delito que fue objeto. Y como se ha evidenciado en el análisis de caso, la normativa y la estructura procesal no permite acceder a un segundo criterio o a un recurso de casación, por cuanto no existió decisión judicial en el sobreseimiento de la causa.

Que, el sistema procesal no atribuya a Fiscalía la exclusividad en el ejercicio de la acción penal, y que se reconozca el derecho de la persona afectada por el delito a tener participación real y efectiva en el procedimiento penal coadyuvando en el proceso como sujeto procesal que tiene pretensión

punitiva a través de la denuncia o acusación en forma independiente, reconociendo de esta manera su participación en el proceso, coadyuvando con fiscalía en el esclarecimiento del caso.

Se destaca la importancia que tiene el derecho procesal y cómo éste puede limitar el acceso a garantías constitucionales, como en el caso de análisis, razón por la que la propuesta sugiere la reforma del artículo 600 del COIP, con el objeto de que el dictamen abstentivo por parte de fiscalía no afecte el derecho a comparecer ante un juez y que se resuelva en un proceso oral, de manera que se tenga acceso al principio del doble conforme en el caso de la víctima.

Referencias

1. Agudelo, M. (2017). El debido proceso. *Opinión Jurídica*, 4(23), 89-105.
2. Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la Republica del Ecuador*. Quito: Gobierno del Ecuador.
3. Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la Republica del Ecuador*. Montecristi: Gobierno del Ecuador.
4. Asamblea Nacional. (10 de febrero de 2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Obtenido de LEXIS S A.: file:///D:/Downloads/COIP%20ACTUALIZADO%20A%20MAYO%202021(2).pdf
5. Astudillo, R. (2017). Derecho y Argumentación Dentro del Sistema Oral Acusatorio Ecuatoriano. *Spirales*, 14.
6. Burgos, M., & Enríquez, S. (2017). Limitación al derecho de impugnar en la legislación penal ecuatoriana. *Universidad de Guayaquil*, 12(3), 1-76.
7. CIDH. (2021). *Verdad, Memoria, Justicia y reparación en contextos transicionales*. OEA.
8. Código de Procedimiento Penal. (2001). *Código de Procedimiento Penal*. Quito: Ministerio de Justicia.
9. Código Orgánico Integral Penal. (2021). *Código Orgánico Integral Penal*. Obtenido de Lexis S A: file:///D:/Downloads/COIP%20ACTUALIZADO%20A%20MAYO%202021(2).pdf
10. COIP. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Ministerio de Justicia.
11. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2021). Compendio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre verdad, memoria, justicia y reparación en

- contextos transicionales. En C. I. Humanos, *Compendio* (pág. 61). Washington DC: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
12. Constitución del Ecuador. (1830). *Constitución del Ecuador*. Quito: Gobierno del Ecuador.
 13. Convención de Derechos Humanos. (1948). *Convención de Derechos Humanos*. San José.
 14. Corte Constitucional. (2021). *Acción extraordinaria de protección Caso 139-16-EP/21*. Los Ríos: Gobierno del Ecuador.
 15. Corte Constitucional del Ecuador. (2019). Caso N° 1525-19-EP. *Corte Constitucional*, 1-10. Obtenido de <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/4292fc4a-963e-4419-8afd-d09346d7200a/1525-19-ep-auto.pdf?guest=true>
 16. Corte Nacional de Justicia. (03 de 08 de 2018). INSTRUCCIÓN FISCAL – NO CABE LA SUSTANCIACIÓN DEL DICTAMEN. *INSTRUCCIÓN FISCAL – NO CABE LA SUSTANCIACIÓN DEL DICTAMEN*. Quito, Pichincha, Ecuador.
 17. García, S. (2006). El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Rev. Bol. Mex. Der. Comp.*, 39(117), 637-670.
 18. Martínez, J. (2016). El Recurso Adecuado y efectivo para Proteger el Derecho de Impugnación y el Principio de la Doble Instancia. En J. Martínez, *El Recurso Adecuado y efectivo para Proteger el Derecho de Impugnación y el Principio de la Doble Instancia* (pág. 43). Bogotá Colombia.
 19. ONU. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. New York: ONU.
 20. ONU. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. San José: ONU.
 21. Organización de Los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica*. San José de Costa Rica.
 22. Organización de los Estados Americanos. (9 de marzo de 1969). Convención Americana Sobre derechos Humanos, Pacto de San José. *Convención Americana Sobre derechos Humanos, Pacto de San José*. San José de Costa Rica.
 23. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;. (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Ginebra.

24. Rivera, E., & Riofrío, J. (2016). El procedimiento del dictamen abstentivo con el que concluye la instrucción fiscal resuelve la acción y proceso prescindiendo del Juez de Garantías Penales incumpliendo el fundamento del sistema procesal. *Rev. Universidad Técnica de Loja*, 1-163.
25. Torres, J., & Cornejo, S. (2018). Principio de doble conformidad penal. *Rev. Derecho Ecuador*, 11(3), 1-4.
26. Vélez, M. (2014). El principio del doble conforme en la etapa de impugnación. *Rev. UNIANDES*, 1-128.
27. Verde, B. (2020). ¿Se Satisfacen Las Garantías Del Derecho De Impugnación en la Figura de Impugnación Diferida? En V. C. Bryan, *¿Se Satisfacen Las Garantías Del Derecho De Impugnación en la Figura de Impugnación Diferida?* (pág. 75). Perú.
28. Villagomez, A. y. (2018). La prueba nueva: Una perspectiva analítica del código. *Revista Ciencia & Tecnología*, 3.
29. Yépez, M. (2014). Garantía del doble conforme. *Rev. Derecho Ecuador*, 1-4.
30. Zavala Baquerizo, J. (2006). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Guayaquil: Edino.