



**UNIVERSIDAD TÉCNICA DE MACHALA
DIRECCIÓN DE POSTGRADO**

Programa de Maestría en Derecho, mención Derecho Penal y Criminología

PRIMERA COHORTE

**La prescripción de la acción penal en delitos de acción pública, cuya pena es
hasta cinco años**

**Jaime Rolando Oyola Arcalle
(Estudio de caso de elevada complejidad)**

**TUTOR (a)
Dra. Odalía Llerena Companioni, PhD.**

**MACHALA
2022**

DEDICATORIA

El avance vertiginoso de la ciencia y la tecnología, impulsan a la sociedad misma a avanzar en todas sus formas, y con ello las diferentes modalidades del delito; esto ha hecho que las personas que hacemos del derecho penal una religión, nos pongamos a tono con estas nuevas tendencias criminológicas para hacerles frente ya sea en calidad de defensores, acusadores o en cualquier sitio que el derecho nos ubique.

Sin mi DIOS que me ha dado la vida, la salud y que me ha permitido llegar hasta este punto, y a mis hijos razón mi razón de vida, no hubiese sido posible este logro de prepararme día a día para lograr los objetivos propuestos dentro del derecho y del ámbito penal; por lo mismo mi dedicatoria a este ser subliminal mi DIOS, y a mis hijos.

AGRADECIMIENTOS

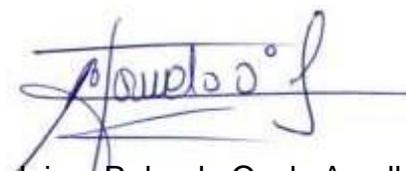
Mi eterno agradecimiento a la Universidad Técnica de Machala, por haberme dado la oportunidad de formarme en sus aulas como Abogado, y ahora por permitirme alcanzar un logro más, esto es formarme como Magister.

Así mismo a mis profesores que con su sapiencia y conocimientos impartidos durante toda la jornada, contribuyeron a este logro.

A mi tutora Dra. Odalia Llerena Companioni quien con su ayuda y dirección permitió terminar el presente trabajo de titulación.

RESPONSABILIDAD DE AUTORÍA

Yo, Oyola Arcalle Jaime Rolando, con CI 0702069279, declaro que el trabajo titulado “La prescripción de la acción penal en delitos de acción pública, cuya pena es hasta cinco años”, en opción al título de Magíster en Derecho, mención Derecho Penal y Criminología, es original y auténtico, su contenido, conceptos, definiciones datos empíricos, criterios y comentarios, son resultado de mi propia y única responsabilidad.



Jaime Rolando Oyola Arcalle
CI: 0702069279

Machala, 31 de octubre del 2022

CERTIFICACION DEL TUTOR

Yo, Odalia Llerena Companioni, con CI 0960453546, tutora del trabajo titulado “La prescripción de la acción penal en delitos de acción pública, cuya pena es hasta cinco años”, en opción al título de Magíster en Derecho, mención Derecho Penal y Criminología, ha sido revisado, comprobando que este se ajusta a los procedimientos científicos, técnicos, metodológicos y administrativos, establecidos por el Centro de Posgrado de la Universidad Técnica de Machala (UTMACH), razón de la cual doy fe posee los méritos suficientes para que sea presentado a evaluación.



Firmado electrónicamente por:

**ODALIA
LLERENA**

Odalia Llerena Companioni, PhD.

CI: 0960453546

Machala, 31 de octubre del 2022

REPORTE DE SIMILITUD DE TURNITIN

La prescripción de la acción penal

INFORME DE ORIGINALIDAD

5%

INDICE DE SIMILITUD

5%

FUENTES DE INTERNET

0%

PUBLICACIONES

7%

TRABAJOS DEL
ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1

biblioteca.defensoria.gob.ec

Fuente de Internet

5%

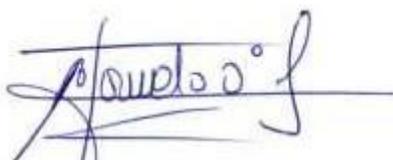
Excluir citas Activo

Excluir bibliografía Activo

Excluir coincidencias < 5%

CESION DE DERECHOS DE AUTORIA

Yo, Jaime Rolando Oyola Arcalle, con cedula de identidad número 0702069279, de manera libre y voluntaria cedo los derechos de autoría del presente trabajo de investigación a favor de la Universidad técnica de Machala, cuyo tema es: **“La prescripción de la acción penal en delitos de acción pública, cuya pena es hasta cinco años”**, trabajo realizado con la finalidad de optar por el título de “Magister en Derecho Penal, mención Criminología”, por lo cual la Universidad Técnica de Machala queda facultada de manera expresa para ejercer plenamente los derechos.



Jaime Rolando Oyola Arcalle
CI: 0702069279

Machala, 31 de octubre del 2022

RESUMEN

A partir de la revisión teórica realizada se precisó que ninguna persona puede ser investigada el resto de su vida por el cometimiento de un presunto acto delictivo ya sea por acción u omisión, es por eso que se aplica la figura jurídica de la prescripción, y esta evidentemente extingue la acción penal incoada por el Estado. En el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano la figura de la prescripción la recoge el Art. 417 del Código Orgánico Integral Penal, el mismo que determina ciertas reglas tanto para el ejercicio de la acción penal desde el ámbito público y desde el ámbito privado, así mismo si se ha iniciado o no el proceso penal. Dentro de este estudio se realiza una investigación encaminada a realizar un análisis crítico jurídico de la aplicación del Artículo 417 numeral 3 literal “a”, y numeral 4 del COIP que abordan la institución jurídica de la prescripción en aquellos delitos de acción pública con sanción establecida en la normativa penal hasta cinco años, a partir de un caso. Los resultados de la investigación indican que es una necesidad considerar la prescripción como institución jurídica, y brindaron el argumento necesario para la propuesta de una reforma al artículo 417 numeral 3 literal “a” y numeral 4.

Palabras Clave:

Prescripción, delito, investigación previa, instrucción fiscal, acción penal, principio de legalidad, extinción, acción penal.

ABSTRACT

From the theoretical review carried out, it was specified that no person can be investigated for the rest of his life for the commission of an alleged criminal act either by action or omission, that is why the legal figure of prescription is applied, and this evidently extinguishes the criminal action initiated by the State. In the Ecuadorian criminal legal system, the figure of prescription is included in Art. 417 of the Comprehensive Criminal Organic Code, which determines certain rules both for the exercise of criminal action from the public sphere and from the private sphere, likewise if whether or not the criminal process has been initiated. Within this study, an investigation is carried out aimed at carrying out a critical legal analysis of the application of Article 417 numeral 3 literal "a", and numeral 4 of the COIP that address the legal institution of prescription in those crimes of public action with established sanction in criminal law up to five years, from a case. The results of the investigation indicate that it is necessary to consider the prescription as a legal institution, and provided the necessary argument for the proposal of a reform to article 417 numeral 3 literal "a" and numeral 4.

Keywords:

Prescription, crime, preliminary investigation, tax instruction, criminal action, principle of legality, extinction, criminal action.

INDICE

PORTADA

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTOS

RESPONSABILIDAD DE AUTORÍA

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

REPORTE DE SIMILITUD DE TURNITIN

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTORÍA

RESUMEN

ABSTRACT

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....3

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN..... 8

1.1. Antecedentes históricos de la prescripción de la acción penal 8

1.2. Referentes conceptuales de la prescripción de la acción penal..... 8

1.3. Antecedentes contextuales de la prescripción de la acción penal 10

1.3.1. Concepto de delito..... 11

1.3.2. La acción penal 12

1.3.3. Extinción de la acción penal 14

1.3.4. Principio de legalidad..... 15

1.3.5. Fase de investigación previa 17

1.3.6. Etapa de instrucción fiscal 18

1.3.7. El tratamiento de la prescripción dentro de la normativa jurídica
ecuatoriana 19

CAPÍTULO II

DISEÑO METODOLOGICO	26
2.1. Tipo de investigación	26
2.2. Paradigma de investigación	27
2.3. Métodos teóricos y empíricos de investigación	28
2.3.1. Método teórico.....	28
2.3.2. Método deductivo	28
2.3.3. Método inductivo	28
2.3.4. Método análisis.....	28
2.3.5. Método síntesis.....	28
2.4. Métodos empíricos de investigación	29
2.4.1. Entrevista	29
2.4.2. Análisis de documentos.....	29
CAPÍTULO III	
PRESENTACIÓN DEL CASO.....	30
3.1. Descripción del caso	
CAPÍTULO IV	
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	37
4.1. Resultados de la entrevista.....	37
4.2. Limitaciones del estudio y propuesta de mejora.....	43
CONCLUSIONES.....	47
RECOMENDACIONES.....	49
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50

INTRODUCCION

El ejercicio de la prescripción no es una institución meramente procesal, sino más bien de carácter jurídico – material, pues es una figura que al poner un límite al poder punitivo del Estado termina en beneficio del investigado, del procesado, o del reo pues la sanción no puede ser aplicada en el sentido que más restrinja sus derechos, y que, si se aplica de manera retroactiva, debe hacerse de manera que lo beneficie.

Muñoz y García (2010) estiman que, siendo la figura de la prescripción una causa de extinción de la responsabilidad penal, su enfoque debe ir más bien al tema de la seguridad jurídica, de respetar los tiempos y de esta manera impedir que sea el mismo Estado el que persiga aquellos delitos que por el paso del tiempo no los persiguió, o si lo hizo y se aplicó una sanción penal, al paso del mismo tiempo esta se ejecutó, pero no se cumplió.

García (2010), manifiesta que la prescripción penal es una excepción penal perentoria en la que el Estado concluye su poder punitivo por el solo hecho del transcurso del tiempo, y de esa manera se pone fin al proceso penal incoado, ya sea en fase de investigación previa o procesal penal.

Zabala (1990), afirma que la prescripción penal a diferencia de la prescripción civil que depende del abandono del derecho que tiene el legitimado activo para reclamarlo; en el ámbito penal es el abandono de la causa persecutoria y de la potestad punitiva que tiene el Estado por el solo hecho del transcurso del tiempo.

En relación con la institución jurídica de la prescripción, en el Diccionario jurídico Cabanellas (1993) se plantea respecto a la prescripción que esta se refiere a la Caducidad o prescripción extintiva, la cual puede ser:

DE ACCIONES. Caducidad de los derechos en cuanto a su eficacia procesal, por haber dejado transcurrir determinado tiempo sin ejercerlos o demandarlos. DE LA ACCION PENAL. No puede ejercerse eficazmente ésta una vez transcurrido cierto tiempo desde haberse delinquido. DE LA PENA. Constituye ésta una de las causas de extinción de la responsabilidad penal. DEL DELITO. Extinción que se produce, por el sólo transcurso de tiempo, del derecho a perseguir o castigar a un delincuente, cuando desde la comisión del hecho punible hasta el momento en que se trata de enjuiciarlo se ha cumplido el lapso marcado por la ley (p.243).

La prescripción de la acción penal, la misma que puede ser declarada de oficio o a petición de parte está contenida en el artículo 417 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) con sus respectivas reglas; pues así se estableció con la finalidad de brindar seguridad jurídica a los ciudadanos, amparando la garantía de no mantenerles en la incertidumbre legal de no ver concluido su proceso penal tanto desde la apertura del mismo, es decir desde el inicio de la instrucción fiscal, o fase investigativa, es decir desde que el delito es cometido, dentro de un plazo razonablemente establecido.

La legislación penal ecuatoriana, establece un ámbito de temporalidad de aplicación en el que se determinan reglas que deben ser observadas y aplicadas por los sujetos procesales involucrados dentro del proceso penal; “el ámbito de aplicación de la ley en materia penal es uno de los cuatro efectos de la ley penal, además, se proyecta en el espacio, en el tiempo, en las personas y en la materia” (López, 2018, págs. 11,12), es así que en su Artículo 16 numeral 3 nuestro Código Orgánico Integral Penal (Asamblea Nacional República del Ecuador, 2014), establece que el ejercicio de la acción penal y las penas prescribirán de conformidad con el código; así mismo en su numeral cuatro determina que: Las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, las acciones legales por daños ambientales, y los delitos contra la integridad sexual y reproductiva cuyas víctimas sean niños, niñas y adolescentes son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se plantea la prescripción tanto de la pena, como del ejercicio de la acción penal. En cuanto a la prescripción de la pena, tal y como lo establece el artículo 75 del COIP, existen reglas dispuestas tanto para las privativas de libertad como para las no privativas de libertad; es así que en su numeral 2 dispone que estas prescribirán en el tiempo máximo de la condena más el cincuenta por ciento; sin embargo en las penas restrictivas de libertad contenida en el numeral 1 ibidem, existe la sentencia de la Corte Constitucional número 11-20-CDN/21 de fecha 10 de noviembre del 2021, mediante la cual se declara la inconstitucionalidad de las palabras “máximo”, y “el tipo penal” del artículo 75 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal: “Las penas restrictivas de libertad prescribirán en el tiempo de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia condenatoria más el cincuenta por ciento.

Y en el numeral cuatro del artículo 417, se dispone que en aquellos delitos en los que, si se ha iniciado el proceso penal, el ejercicio público de la acción prescribirá en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad prevista en el tipo penal, pero contabilizado desde la fecha del inicio de la instrucción fiscal; pero aquí hay algo en común entre estas dos disposiciones legales, en ningún caso el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años.

En cuanto a la prescripción del ejercicio de la acción penal, el artículo 417 del COIP establece que además de ser declarada por el juzgador, esta tiene ciertas reglas, entre estas tenemos las del numeral 2 que establece que tanto en los delitos de acción público como privado de la acción se tendrá que distinguir si cometido el delito se ha iniciado o no el proceso penal.

Por su parte, en el numeral tres se dispone que en aquellos delitos en los que no se ha iniciado el proceso penal, el ejercicio público de la acción prescribirá en el tiempo máximo de la pena privativa de libertad prevista en el tipo penal, pero se tiene que contabilizar desde que el delito es cometido. En este caso no se puede validar o aplicar la sentencia antes referida, pues aquí no se hay un proceso penal y por lo mismo no hay una sentencia condenatoria.

Partiendo del principio general de que cada ciudadano responde por sus acciones, considerando a estas como actos que realiza la persona humana, con fines determinados dentro de una circunstancia de modo, tiempo y lugar; y de omisiones, cuyas conductas se limita a abstenerse de realizar cierto acto cuando de acuerdo a las circunstancias estaba en la obligación de hacerlo; estas conductas al ser calificadas como penalmente relevantes son sujetas a un proceso penal acusatorio en donde el *onus probandi* lo tiene el Ministerio Público, y de ser comprobado conforme a derecho tanto la materialidad como la responsabilidad, vendrá el respectivo juicio de reproche; y es en esta línea que la figura de la prescripción de la acción penal se sujeta a la normativa establecida que en este caso es en el tiempo máximo de la pena prevista en el tipo penal tanto en la investigación como desde el inicio del proceso penal, es decir desde el inicio de la instrucción fiscal.

Al respecto, la propia norma dice que ningún caso deberá prescribir en menos de cinco años, situación que, en aquellos delitos cuya pena privativa de libertad establecida en el tipo penal, es menor a cinco años, la persona permanece en estado de incertidumbre hasta

transcurrido ese tiempo, cuando debió ser investigada solo en el período de la pena establecido en el tipo penal, por lo que inclusive se violenta el plazo razonable.

La situación descrita ha permitido plantear el siguiente **problema de investigación**: Insuficiencias en el artículo 417 del COIP al no contemplar la aplicación de la figura de la prescripción que permita la extinción de la acción persecutoria se haya o no iniciado el proceso penal, en aquellos delitos cuya pena tipificada y sancionada inferior a cinco años, prescriba solo en ese tiempo sin que se deba esperar mínimo cinco años.

La figura de la prescripción en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, con independencia que se haya iniciado o no el proceso penal; exige que el ejercicio público de la acción no deberá prescribir en menos de cinco años, o sea, Fiscalía tiene hasta este tiempo para de encontrar elementos probatorios y perseguir el supuesto delito. Por tanto, algunas de las posibles causas de estas insuficiencias se pueden identificar en casos iniciados por el Ministerio Fiscal que permanecen en un vacío jurídico inconcluso, con la consiguiente violación del derecho de las personas comprendidas en ellos.

Lo antes expresado permitió delimitar el siguiente objetivo **general**: Realizar un análisis crítico jurídico de la aplicación del Artículo 417 numeral 3 literal “a”, y numeral 4 del COIP que abordan la institución jurídica de la prescripción en aquellos delitos de acción pública con sanción establecida en la normativa penal hasta cinco años.

Para la realización de esta investigación que se orienta desde una perspectiva cualitativa, se seleccionó un estudio de caso único, para el cual se consideró el expediente investigativo Nro. 070101820030196.

En la investigación se utilizan métodos del nivel teórico general como el analítico sintético y el histórico lógico en la construcción de sus fundamentos teóricos. Desde el punto de vista jurídico se utiliza el método propio del derecho comparado y el exegético jurídico, en el abordaje de la normativa y su cumplimiento a través del caso en estudio. Desde el punto de vista empírico se utilizó el análisis documental aplicado al estudio de un caso tomando en cuenta indicadores determinados para el estudio del cumplimiento de la normativa.

La importancia del estudio que se presenta estriba en que la crítica científica a la concepción vigente de la prescripción de los delitos, pone un límite al poder persecutor y punitivo del

Estado, pues si bien es cierto que la potestad estatal es la de perseguir aquellas conductas penalmente relevantes, las que por su naturaleza han violentado bienes jurídicos, y por lo mismo sancionarlas con una pena; no es menos cierto que ninguna conducta puede ser perseguida de manera indefinida a excepción de aquellos delitos imprescriptibles, y que también por lo tanto de manera legal se debe aplicar la extinción de la acción persecutoria de iniciado o no el proceso penal, pues así lo establece la normativa penal en su artículo 417.

La investigación desarrollada aporta a la ciencia, desde el punto de vista jurídico y desde lo social dado que permite una valoración objetiva y crítica del Código Orgánico Integral Penal, que conduce a sugerir la transformación de su consideración de la prescripción, orientado a que el ejercicio público de la acción penal prescriba solo en el mismo tiempo del máximo de la pena previsto en el tipo penal, sin esperar cinco años mínimo y con especial atención a aquellos delitos cuya pena privativa de libertad no sobrepasa los cinco años, si no que puede ser hasta tres años la prescripción.

Estructuralmente el presente trabajo investigativo en su introducción se plantea el problema del estudio, que se justifica desde que, con el actual concepto sobre la prescripción se ocasiona un estado de indeterminación en el justiciable, quien no tiene certeza de ver concluido su proceso penal tanto en fase de investigación previa como en etapa de instrucción fiscal, al no permitir la normativa que el ejercicio público de la acción penal posibilite su prescripción en menos de cinco años; dentro de este orden:

El Capítulo I, contiene el marco teórico de referencia con los antecedentes históricos, conceptuales, referenciales, y contextuales que justifican el tema bajo estudio.

El capítulo II, describe la metodología utilizada, así mismo los materiales utilizados, el enfoque desde el cual se realizó, la población y muestra, métodos teóricos con los materiales utilizados, los métodos empíricos, y las técnicas para el procesamiento de los datos obtenidos.

El capítulo III, presenta el caso que sirve para ilustrar las limitaciones existentes en las concepciones acerca de la prescripción.

El capítulo IV; permite la discusión de los resultados obtenidos.

Para finalizar se presentan las conclusiones y recomendaciones, la bibliografía y los anexos.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA PRESCRIPCIÓN COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA.

1.1. Historia y evolución de la prescripción en el ámbito jurídico.- La historia de la humanidad se configura por edades, tal es así que tenemos la edad antigua, la edad media, la edad moderna y la edad contemporánea, en las diferentes edades se dieron el cometimiento de delitos los mismos que eran castigados de conformidad con el derecho consuetudinario de cada época; empero esta potestad unilateral de castigar el delito a forma de venganza de a poco fue direccionamos hacia el mismo Estado en su respectiva época, al respecto; “el castigo y la venganza privada se hacen públicos ya que sólo el soberano, en representación divina en un primer momento, está legitimado para restaurar el orden e impartir justicia. La pena se va tasando paulatinamente y el Estado asume así lo que tradicionalmente ha venido a denominarse *ius puniendi*. (Merlo, 2020, pág. 8).

En este orden una vez que el Estado asume este rol fundamental de sancionar el delito, pues es el mismo Estado el que tiene que poder una temporalidad para su persecución; aunque la figura de la prescripción de acciones penales por el paso del tiempo no se tiene ninguna evidencia de aquello en la Edad Antigua, sin embargo, en la Edad Media existe, aunque poca evidencia, pero esto es un poco más evidente de su existencia y aplicación ya en la Edad Moderna.

Existe poca evidencia de que hayan existido límites temporales para la acción penal en la Edad Media. Así como los calendarios y los relojes estaban destinados a las actividades oficiales y a los monasterios, tampoco en cuestiones de derecho alcanzaban directamente a la población general. Existieron ejercicios de límites temporales al derecho penal aislados y a nivel local durante la Edad Moderna. La real irrupción en continente europeo de la prescripción fue consecuencia de la Revolución Francesa, como parte del quiebre con el *ancien régime*. (Penna, 2021, pág. 4).

Ya en la Revolución Francesa año 1789, la legislación de aquella época introdujo la figura de la prescripción y a la vez la figura de la prosecución penal y la misma que opere en un plazo de tres años, es decir que en Francia nace por primera vez la institución jurídica de la

prescripción de la acción penal en la que incluso el mismo estado impide a la propia víctima como sujeto pasivo de un supuesto delito, el derecho de ejercer las acciones legales en su calidad de víctima.

La legislación francesa que analizamos, dio nacimiento a la interrupción de la prescripción, pero bajo otro supuesto, el procesal. Siendo una institución nacida para otorgar un plazo a los perseguidores, la causa interruptora debía ser generada por ellos. Es lo que se llama la interrupción de la acción penal por actos del procedimiento. A primera vista parece lógico y si hay que aceptar la interrupción, sería por estos supuestos, ya que, si la prescripción castiga la ineficiencia del Estado en la persecución, un acto procesal destinado a darle inicio, elimina tal circunstancia y debe anular el tiempo transcurrido como computable para la prescripción. Inclusive, si se estimase que las causas de la prescripción están en el olvido del delito o la dificultad probatoria, la puesta en marcha de la maquinaria represora hace que dichas causas desaparezcan, Delgado (2020, p. 52).

Lo que no puede desaparecer con el paso del tiempo es aquellos delitos que por su naturaleza y grado de lesividad hayan lesionado gravemente bienes jurídicos fundamentales, como crímenes de guerra y de lesa humanidad tanto en tiempos de guerra como en tiempo de paz, los mismos que ya habiendo sido reconocidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas como imprescriptibles deben ser perseguidos en todo tiempo, espacio y en todo lugar dentro del derecho internacional público; prueba de aquello es la creación del estatuto de Roma el 17 de julio de 1998 para la imprescriptibilidad, la persecución y juzgamiento de aquellos delitos dentro de la Corte Penal Internacional, los juicios de Núremberg de 1945 y posteriormente los convenios de Ginebra de 1949 para proteger a las víctimas de actos de guerra.

La persecución de los delitos de lesa humanidad resulta ser una norma imperativa del derecho internacional o norma de ius cogens. Los estados no pueden apartarse de ella sin incurrir en responsabilidad internacional. Por lo que se puede afirmar que las reglas del derecho de gentes sobre los delitos de lesa humanidad forman parte del orden público internacional. (Rin, 2020, pág. 4).

De allí la obligación de los estados parte de cumplir a cabalidad con la convención y adoptar medidas justamente para evitar que aquellos delitos considerados como de lesa humanidad prescriban y por consiguiente sean imprescriptibles por el paso del tiempo.

El Ecuador con la finalidad de afianzar este principio de rango constitucional de la prescripción de aquellos delitos considerados de lesa humanidad en el año 2020, el presidente de la Republica de ese entonces, requirió a la Corte Constitucional un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la convención sobre la imprescriptibilidad tanto de los crímenes de guerra como de lesa humanidad; y la Corte se pronunció manifestando que está acorde a nuestra constitución, y el mismo fue ratificado el 20 de noviembre del 2020; esto en cuanto a delitos de lesa humanidad.

1.2. La prescripción como institución jurídica. Sus fundamentos. –

La fundamentación jurídica de la prescripción tiene su fundamento en el derecho positivo, es decir en aquellas normas y reglas que rigen y normativizan la convivencia de los ciudadanos en una sociedad, y que al ser quebrantadas por inconductas es el mismo Estado a través del ius puniendi que sanciona.

Según Vecchi (2018) Determina que “el derecho positivo tiene relación con el derecho mismo, pues se conviene que el derecho no sea más que el conjunto de los documentos normativos que se los denomina “leyes” y que evidentemente son actos del poder legislativo, así mismo la constitución que son actos del poder constituyente, y los reglamentos del poder ejecutivo” (pag. 7).

Pero más allá de los fundamentos teóricos, legales, o jurisprudenciales, esta debe fundamentarse en el transcurso del tiempo que debe pasar para dejar sin efecto la persecución del Estado permitiendo que opere la prescripción, y también el olvido cuando es el Estado mismo quien ha dejado de perseguir el delito para imponer una eventual pena, la que a decir de (Solis, 2019) “se trata de un concepto político, en el sentido de que es en el poder formal donde se decide no solo qué conductas son merecedoras de persecución penal, a través de su tipificación, sino también la consecuencia que recibirán”. (pág. 4).

La pena es una herramienta que en el caso de un incumplimiento a una norma jurídico penal, es la consecuencia que trae como resultado una coacción que no es solo la respuesta del Estado a un injusto, sino una respuesta profunda y compleja por parte del Estado, que va más allá de un interés expiativo. (Puchana, 2020, pág. 12).

En este orden, al hablar de derechos y de manera fundamental de los derechos subjetivos que tienen los ciudadanos, el Estado tiene la obligación de asegurar el ejercicio de estos derechos, empero si no se recurre a ejercitarlos en un determinado espacio de tiempo, se estará avocando por la figura jurídica institucional de la prescripción establecida por el mismo Estado en la norma positiva, para de alguna manera sancionar a aquel que debiendo hacerlo no lo ejercitó.

En este orden, según Ortega (2021), la falta de ejecución real durante el tiempo predeterminado legalmente obligará a las autoridades a renunciar a su exigencia al reo del cumplimiento de sus responsabilidades penales, aunque la prescripción puede deberse en muchos casos no a un deficiente funcionamiento de la administración de justicia, si no a que el condenado se haya sustraído al órgano judicial. (pág. 13).

1.3. Concepto de delito.

El Artículo 18 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), establece que “La infracción penal es la conducta típica, antijurídica y culpable, cuya sanción se encuentra prevista en este Código” (Asamblea Nacional, 2014).

Como refiere el Dr. Alfonso Zambrano Pasquel (2009), para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y con culpabilidad, y a la vez se constata la inexistencia de causas de ausencias de responsabilidad.

Esta tripartición es la que ha tenido evolución a lo largo de la dogmática jurídico penal y es la que ha adoptado el Código Orgánico Integral Penal, poniendo de relieve y de especial interés el contenido del Art. 25 el cual nos habla de la tipicidad, la cual describe los elementos de las conductas penalmente relevantes (Asamblea Nacional, 2014), en la que de alguna manera se describe la conducta típica del sujeto y dentro de ella dos elementos fundamentales que son el elemento objetivo que es obviamente la manifestación externa, la modificación del mundo exterior, es decir la materialidad; y así también el segundo elemento

fundamental que es el subjetivo, para establecer si efectivamente el sujeto activo actuó con dolo (Art. 26 COIP), o con culpa; y de allí si el dolo como conocimiento de la realización del tipo objetivo y voluntad era con conocimiento de lo antijurídico de la conducta, pues de ser así, se estaría asumiendo que el sujeto activo actuó dentro del error, y habría que ver si es un error de tipo (Art. 28.1 COIP), es vencible o invencible; o error de prohibición (art. 35.1 COIP) vencible o invencible para de acuerdo a esto el juzgador determine una pena o determine que la conducta es atípica.

Aunque, por otro lado, la concepción bipartita rechaza la teoría tripartita, por el hecho de considerar a la antijuricidad como elemento del delito; pues sus partidarios consideran que la antijuricidad no puede estar junto a la acción y la culpabilidad.

En el delito no cabría distinguir sino solo dos elementos: el objetivo y el subjetivo. La antijuricidad viene a ser entonces la naturaleza intrínseca del delito, y como carácter esencial del delito lo abarca en su totalidad, (Arteaga, 1997).

La teoría del delito, con su sistema categorial y configuraciones se encuentra en evolución permanente, en particular por la gama de elementos que la componen. El perfeccionamiento de las leyes penales es necesario, su aplicación está constantemente atenta a todo lo que garantice una mejor convivencia social y respeto de los derechos ciudadanos, (Rivero, 2017).

1.4. La acción penal.

La acción penal en el paradigma de la teoría jurídica procesal penal ha sido abordada desde el ejercicio del poder punitivo del Estado o ius puniendi, es decir, es un concepto que se relaciona directamente con el fin represivo del derecho punitivo y con la dimensión de intervención del Estado como elemento de control social. (Romero, 2020, pág. 7).

En el ordenamiento jurídico la acción penal está en línea con el principio de legalidad que forma parte intrínseca del debido proceso, que como lo establece la Constitución en su artículo 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”; y de seguridad jurídica que establecen que los ecuatorianos y todas las personas

debemos sujetarnos a normas jurídicas previas, claras y que estas sean respetadas y cumplidas por el Estado, dentro de este contexto según Amoroso (2018), el control gubernamental se debe encaminar a preservar el principio de legalidad que es un principio fundamental del derecho público, ninguna de las actividades estatales puede contradecir la ley, sino que tienen que preservarla y someterse a las mismas. De esta se parte en la necesidad y también responsabilidad del mismo Estado de controlar que los funcionarios públicos cumplan, respeten y hagan respetar este principio básico estatal para la convivencia en paz y armonía entre los ciudadanos; al respecto:

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 de su poder punitivo. En un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales 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. En este sentido, corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico. (Rico, 2021, pág. 26)

De allí que el Estado como tal delega el ejercicio de la acción penal pública a la Fiscalía y así lo recoge el COIP en su Artículo 411 cuando determina que: La Fiscalía, ejercerá la acción penal pública cuando tenga los elementos de convicción suficientes sobre la existencia de la infracción y de la responsabilidad de la persona procesada defensa (Asamblea Nacional, 2014); reparo que se hace en este punto en cuanto a la responsabilidad del procesado, dado que Fiscalía no establece la responsabilidad del procesado, sino solo presunciones de una supuesta responsabilidad, que la establece el juzgador dentro del debido proceso y en base a los elementos probatorios aportados y evacuados en la respectiva audiencia de juzgamiento.

Pese a lo planteado ninguna acción penal pública o privada puede prosperar en un Estado de Derecho si no se respeta el debido proceso, el mismo que no es otra cosa que la prerrogativa del procesado a que sean respetados sus derechos dentro del proceso penal y

que el Estado respete las reglas del mismo, al respecto Benavidez (2017) expresa que constituye un conjunto de principios de carácter oportuno que permiten a la persona defenderse en una acción penal, siendo también un medio para realizar la justicia observando principios procesales que garanticen un proceso justo y legal.

Según Looor- Sáenz (2022, p.90):

[...] lo que se busca a través del debido proceso es la igualdad, imparcialidad, respeto, justicia y legalidad, razón por la cual su importancia radica en la adopción de las condiciones jurídicas que aseguren una apropiada defensa para la persona procesada en cumplimiento a la regla de trato y dignidad.

Efectivamente este principio fundamental constitucionalmente hablando es el paradigma o el paraguas a través del cual el ciudadano se tiene que cobijar o amparar para hacer válidos sus derechos tanto dentro como fuera de un proceso penal, ejercitar a fin de que las normas establecidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano le sean aplicadas de manera apropiada con temporalidad, con mínima intervención penal, favorabilidad, y fundamentalmente dentro del principio de objetividad penal todo esto dentro del más estricto respeto a los derechos humanos fundamentales tal y como así lo establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus reiteradas sentencias, a las cuales el Estado por ser miembro parte tiene que acatarlas de manera inmediata.

El debido proceso como derecho fundamental y garantía han sido muy difundidos como conceptos y paradigmas de la justicia moderna, pero no ha sido abordado en su real dimensión. Ha sido concebido el debido proceso lo mismo como una garantía específica semejante al derecho a la defensa, como derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o como una institución instrumental, (Durán y Henríquez, 2021).

1.5. Extinción de la acción penal.

Existe una máxima en materia penal en cuanto a la presunción de inocencia, que determina que todos conservan la categoría de inocentes hasta que no se demuestre lo contrario. Así mismo que esta presunción solo se podrá romper cuando exista de por medio una

sentencia debidamente ejecutoriada; es decir que haya pasado por autoridad de cosa juzgada; sin desconocer que, aun existiendo ejecutoria de la misma, no impide la aplicación de otros recursos o mecanismos tales como el de revisión que se lo puede hacer en cualquier momento, e incluso en espera de un pronunciamiento de organismos internacionales de DD.HH. que eventualmente podría declarar la vulneración de derechos y ordenar al Estado ecuatoriano la reparación correspondiente.

La Constitución ecuatoriana en su artículo 76, establece 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: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

En este contexto el ordenamiento jurídico ecuatoriano y particularmente su ley penal, a través del Código Orgánico Integral Penal, recoge la figura de la extinción del ejercicio de la acción penal en su artículo 416 que dice: Extinción del ejercicio de la acción penal. - El ejercicio de la acción penal se extinguirá por: 1. Amnistía. 2. Remisión o renuncia libre y voluntaria de la víctima, desistimiento o transacción, en los delitos que procede el ejercicio privado de la acción. 3. Una vez que se cumpla de manera íntegra con los mecanismos alternativos de solución de conflictos al proceso penal. 4. Muerte de la persona procesada. 5. Prescripción.

Pero también se debería tomar en cuenta que el principio de oportunidad establecido en el artículo 412 del COIP, también es otro mecanismo para extinguir la acción penal con en los diferentes casos previstos en la normativa; sin dejar de perjudicar el derecho de las presuntas víctimas de iniciar por la vía civil el reconocimiento y la reparación integral de los perjuicios derivados del acto, tal como lo recoge en su último inciso.

En relación con lo antes expuesto, manifiestan Bustos y Malaree (2004) que desde la teoría de la pena pareciera que, en sentido estricto, desde los contenidos tradicionales de las teorías de la pena, sólo son causas de extinción de la responsabilidad penal, la muerte del reo y el cumplimiento de la condena.

1.6. Principio de legalidad.

Es un principio fundamental dentro de un Estado de Derecho, en el cual todos los ciudadanos nos sometemos precisamente a esas leyes creadas por el legislador; y en función de esto determinamos que los particulares solo podemos hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley, y el Estado solo lo que la ley le permite; por lo tanto, el ciudadano está protegido y amparado por esa ley, y lo que ella le garantiza.

La primera garantía es conocida como la garantía criminal (*nullum crimen sine lege*). En virtud de la misma, no se puede castigar como infracción penal ninguna conducta que no haya sido determinada previamente como tal por una ley. Un aspecto relevante de esta garantía es la imposibilidad de aplicar una norma penal retroactivamente, lo que consigue evitar la sorpresa del individuo mediante una aplicación «segura» del Derecho. La segunda de las garantías inherentes al principio es la garantía penal (*nulla poena sine lege*). Conforme a ella, no es posible imponer una pena o una pena más grave que no haya sido establecida previamente por una ley para sancionar la conducta objeto de reproche. En un principio, esta garantía sólo alcanzaba al concepto de pena, pero posteriormente se amplió también a la medida de seguridad, González, (2017, pág. 6).

Y esta protección está dada a partir de la publicación de la norma en el Registro oficial y una vez allí se entiende conocida y cumplida por todos en cuanto a lo que manda, prohíbe o permite, y de allí que su incumplimiento acarrea una consecuencia jurídica en el tiempo que dure la misma, pues esta tiene un tiempo en su aplicación la misma que puede ser reformada y en este caso aplica el principio de temporalidad en su aplicación, es decir si es favorable al procesado.

Asumiendo el principio de legalidad como uno de los pilares dogmáticos más arraigados e importantes del Derecho Penal contemporáneo, se hace necesario un estudio actualizado y permanente, específicamente adaptado al contexto y necesidades de justicia en Ecuador, escenario donde es incuestionable la importancia de las normas y garantías legales en pro de limitar el poder punitivo del Estado. Es por esto que el principio de legalidad, bautizado como principio vector del sistema de garantías penales y procesales que revela seguridad jurídica, ha sido reevaluado ante la expansión del Derecho Penal como respuesta a un

sistema excesivas medidas coercitivas de índole penal, tal como en el Estado colombiano, en donde existen leyes para castigar la mayoría de conductas y que en realidad minimizan el significado del aforismo “*nullum crimen sine lege*”, cuando existen leyes en exceso. En la praxis, el principio de legalidad corresponde a una respuesta forzosa del Estado por la comisión de toda conducta delictiva. (Torres-Vásquez, 2022, pág. 16).

Aunque, es importante destacar que la aplicación excesiva en los procesos con sus formalidades hasta cierto punto ha impedido que entren en juego y se apliquen otras formas de terminación del conflicto en materia penal, como por ejemplo la justicia restaurativa, y la fragmentario del derecho penal, que establece que no se puede utilizar al derecho penal para sancionar y castigar todas la inconductas, cuando este debería utilizarse y acudir solo para la protección de bienes jurídicos que en definitiva en su afectación han causado gran alarma social.

Al respecto, como sostiene Meini (2020), la fragmentariedad del derecho penal implica que no cualquier comportamiento socialmente desviado puede ser elevado a la categoría de delito ni reprimido con pena. Del universo de intereses jurídicos, el derecho penal, debido a su carácter fragmentario, solo está legitimado para tutelar los más relevantes frente a los ataques más graves. Tradicionalmente, el carácter fragmentario del derecho penal ha sido reivindicado por tendencias discriminatorias, que han encontrado en él un argumento para reclamar la mínima intervención del derecho penal. Sin embargo, hoy en día se acepta que la protección que el sistema jurídico dispensa a ciertos intereses de especial relevancia puede ser monopolizada por el derecho penal.

Sucede así, por ejemplo, con las violaciones a los derechos fundamentales, así como con otros bienes jurídicos vitales para la vida en libertad, como la vida, la integridad y la libertad sexual. En estos supuestos el derecho penal, legítimamente, ya no actúa como ultima ratio. En otros el abandono del carácter fragmentario del derecho penal no encuentra legitimación. Tal es el caso de la anticipación de la intervención penal mediante tipos de peligro abstracto o tipos de sospecha que opera, por ejemplo, en el derecho penal económico o en el ámbito de la seguridad pública. (Méndez, 2020, pág. 12).

1.7. Fase de investigación previa.

La finalidad de la investigación previa es la recolección de elementos de convicción tanto de cargo como de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no una imputación y de hacerlo, posibilitará al investigado preparar su defensa (Asamblea Nacional, 2014).

Así también lo recoge nuestro ordenamiento jurídico penal, cuando fiscalía puede llegar a tener conocimiento de que se ha cometido un delito ya sea por medio de una denuncia, de oficio o a través de informes de supervisión remitidos por los diferentes organismos de control a través de los cuales se podría determinar indicios de responsabilidad penal.

Dentro de este contexto determinamos que esta no es una etapa de proceso penal, sino una fase que proviene del poder del estado de investigar aquellos presuntos delitos de acción pública para dentro de un plazo determinado determinar si efectivamente se cometió o no el delito, y de haberlo, es decir de contar la fiscalía con todos los elementos de convicción que le permitan realizar una imputación a una persona o personas ya seas naturales o jurídicas, respecto de ese delito pedir al Juez de garantías penales correspondiente determinación de fecha, día y hora para formular cargos y de esta manera dar inicio al proceso penal correspondiente.

1.8. Etapa de instrucción fiscal.

Su contenido está determinado en la normativa penal ecuatoriana, en el COIP, Art. 590 cuya finalidad es determinar elementos de convicción, de cargo y descargo, que permitan formular o no una acusación en contra de la persona procesada (Asamblea Nacional, 2014).

Luego del proceso investigativo en los delitos de acción pública, ya sea mediante un procedimiento ordinario, directo o en delitos flagrantes inicia el proceso penal en el que el procesado dentro de su legítimo derecho a la defensa, que ya lo tuvo desde el inicio de la investigación del presunto delito, tiene la oportunidad de continuar aportando elementos de descargo, obligación que también lo tiene la fiscalía bajo el principio de objetividad (Art. 5 Numeral 21, COIP), con la finalidad de desvirtuar su presunta responsabilidad.

Dentro de un proceso penal desde el inicio existe la defensa jurídica y la defensa material, la defensa jurídica es la que ejerce el abogado defensor, pero la material es la que ejerce el imputado; al respecto “El derecho de defensa del procesado en la instrucción fiscal, debe ser ejercido sin ninguna limitación de ningún orden, de conformidad con las normas jurídicas nacionales y supranacionales , la jurisprudencia y la dogmática jurídico penal considerando que la defensa técnica la efectiviza su abogado defensor, quien hace hincapié desde el punto de vista jurídico, siendo el procesado el único que puede efectivizar la defensa material refiriéndose a los hechos de manera exclusiva, los cuales firman parte de la formulación de la acusación, aspecto que no puede ser violentado so-pena de generar indefensión, con los efectos jurídicos consiguientes” (Benavides, Crespo y Molina, 2020, p. 165).

1.9. El tratamiento a la prescripción dentro de la normativa jurídica ecuatoriana.

La prescripción del ejercicio de la acción penal que lo tipifica el Código Orgánico Integral Penal está establecida en el artículo 417 (Justicia, 2021, pág. 157), la cual establece que podrá declararse por el juzgador, de oficio o a petición de parte, y a la vez establece reglas para su aplicación, y estas son:

- 1.- Por el transcurso del tiempo y en las condiciones que se establecen en este código. Es decir, cuando el Estado ha dejado de perseguir y por lo tanto de ejercer el ius puniendi, y las condiciones están determinadas tanto en nuestra constitución como la nuestra normativa legal.
- 2.- Tanto en los delitos de ejercicio público o privado de la acción se distingue si, cometido el delito, se ha iniciado el proceso penal.
3. Respecto de los delitos en los que no se ha iniciado el proceso penal: a) El ejercicio público de la acción prescribe en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad prevista en el tipo penal, contado desde que el delito es cometido. En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años
4. De haberse iniciado el proceso penal: El ejercicio público de la acción prescribirá en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad, prevista en el tipo penal,

contado desde la fecha de inicio de la respectiva instrucción. En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años.

Es correcto que el ejercicio público para perseguir aquellos delitos que lesionan bienes jurídicos y que por su naturaleza causen alarma social sean perseguidos por el Estado, y para ello existe el *ius puniendi*, pero amparado bajo el principio de legalidad; que a decir de (Teodorico, 2020), “constituye la principal limitación al poder punitivo del Estado, pues este solo podrá aplicar la pena a las conductas que de manera previa estén definidas como delito por la ley penal” (pág. 3).

Pese a esto, se considera que esta persecución debe ser como límite de tiempo el mismo que está establecido como la consecuencia jurídica, es decir la pena, por ejemplo, en un delito de “Falsa incriminación” que lo tipifica el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 368, la pena máxima privativa de libertad es de uno a tres años en su primer inciso, y en su segundo inciso dice que se aplicará la pena máxima si este delito es cometido por un servidor público; por lo tanto siendo consecuentes con el principio de proporcionalidad, la persecución del presunto delito desde indagación previa e instrucción fiscal no debería ir más allá del tiempo establecido como pena máxima de tres años.

Se considera como persecución porque si bien es cierto el Artículo 585 establece el tiempo de duración de la investigación y que este no pasará de un año en delitos sancionados con pena privativa de libertad de hasta cinco años; y de dos años en aquellos delitos cuya pena privativa de libertad es de más de cinco años; y que transcurridos aquellos plazos de no contar con los elementos necesarios para formular cargos el Fiscal solicitará el archivo esto de conformidad con lo previsto en su Artículo 586 del COIP; no es menos cierto también que la misma norma establece en su artículo 417 que la Fiscalía dejará de perseguir estos delitos solo cuando hayan transcurrido cinco años.

En el ejemplo propuesto anteriormente, el sospechoso en la investigación previa, o imputado en caso de que se le haya formulado cargos y pase a la etapa de instrucción fiscal, y siguiente del proceso penal, llegue a la audiencia preparatoria de juicio y el juzgador decide no acoger la emisión del dictamen acusatorio por parte del Fiscal, porque a criterio del juzgador no hay suficientes elementos para emitir un auto de llamamiento a juicio tal y como

lo establece el artículo 605 numeral 2 del COIP: “Cuando concluya que los hechos no constituyen delito o que los elementos en los que la o el fiscal ha sustentado su acusación no son suficientes para presumir la existencia del delito o participación de la persona procesada”, entonces emite un auto de sobreseimiento; sin embargo aparte de que este auto puede ser objeto de apelación por parte del Fiscal, se dejarían sin efecto todas y cada una de las medidas cautelares en contra del procesado (art. 607, COIP).

Pero este intervalo para el procesado, al habersele dictado un auto de sobreseimiento a pesar de que existe de por medio una apelación a ese auto por parte del Fiscal, y que en lo posterior incluso puede ser ratificado este sobreseimiento por un tribunal de corte provincial; se ve interrumpido por la regla establecida en el artículo 417 numeral 4 que dice: “De haberse iniciado el proceso penal, el ejercicio público de la acción prescribirá en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad, prevista en el tipo penal, contado desde la fecha de inicio de la respectiva instrucción. En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años”; y es aquí donde radica el problema para el encausado dentro de este proceso tomado como ejemplo, pues al impedir que prescriba en el tiempo máximo de la pena, en este caso en concreto tres, sino que tendrá que en este caso esperar dos años más para completar los cinco, y allí si se cumpliría lo previsto en el antes referido artículo, es decir prescrita la acción.

Durante estos dos años adicionales se generaría en el encausado y que ya haya sido ratificado su sobreseimiento, una incertidumbre de estar siendo investigado por dos años más, para que finalmente ante la falta de elementos prescriba la causa en los cinco años que establece la norma; al respecto Cedillo (2020), sostiene que cuando el Fiscal “no logre convencer al Juez controlador de la investigación de la posible comisión de un hecho delictivo y de la posible participación del imputado, el juzgador resolverá la situación jurídica del imputado decretando auto de falta de mérito” (Cedillo, 2020, p. 21).

La Constitución del Ecuador determina de manera mandatorio en su artículo 80 lo siguiente: “Las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles. Ninguno de estos casos será susceptible de amnistía. El hecho de que una de estas infracciones haya sido cometida por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal al superior que la ordenó ni al subordinado que la ejecutó.



Es decir que siendo concordante con la convención y parte del derecho penal internacional es evidente que estos delitos y conductas tendrán el tratamiento de imprescriptibles, es decir no cesará el poder del Estado para perseguirlos a pesar del transcurso del tiempo y lograr una sentencia condenatoria.

Pero para aquellos delitos que la misma Constitución y la ley penal no los cataloga como imprescriptibles, obviamente que el paso del tiempo sin perseguirlos será un requisito fundamental para pedir la prescripción y con ello el archivo tanto de la investigación por parte del ente fiscal, así como del proceso penal en las otras etapas del procedimiento, pues el estado habría perdido su potestad, pues nadie puede estar siendo indiciado ni perseguido en el tiempo de manera indefinida por una determinada conducta que ya sea por acción u omisión haya causado una lesión a un bien jurídico protegido por el Estado, ya sea en el ámbito público o privado, a excepción de los imprescriptibles.

En este contexto, la prescripción es concebida por Juma, Verdesoto y Vilela (2021) como “el olvido por el curso del tiempo y renuncia del Estado al ejercicio del poder punitivo por la mora en resolver la imputación (p.14)”

Lo que ocurre es que la prescripción o merma del castigo sería el resultado de la elección entre dos intereses que colisionarían: por una parte, la necesidad de que el derecho imponga las penas de las que son acreedores ciertos sujetos y, por otra, que dicha imposición, una vez iniciada la persecución procedimental, se efectúe dentro de un término razonable, evitándose de este modo que el procesamiento constituya un mal que pueda ser incluso mayor que la propia pena , según plantea Parra (2019, p. 13-14)

Por esto, cada legislación concibe términos de tiempo en los cuales se considera prudente la persecución e investigación de una infracción. Si llegase a transcurrir un tiempo en exceso, se debe aplicar la figura jurídica de la prescripción como extintora de la persecución penal, y, por ende de la capacidad punitiva del Estado.

En este marco, si bien la prescripción garantiza al ciudadano que la infracción penal desde que es cometida ya sea por acción u omisión, tenga un tiempo límite para que el Estado ejerza su poder punitivo, y fenecido este, ya el Estado no pueda perseguir el mismo, pues

de ser al contrario se estaría vulnerando el principio de seguridad jurídica, el debido proceso, principio de legalidad, el principio de inocencia, entre otros principios; no es menos cierto que el Código Orgánico Integral Penal pone una limitante a esta figura o institución jurídica, pues en el Art. 417 numerales 3 y 4, establece que en los delitos en los que se haya iniciado o no el proceso penal, en ningún caso pueda operar la prescripción en menos de cinco años, lo cual evidentemente pone en un limbo la situación jurídica del justiciable cuando de delitos con pena privativa de libertad menor a cinco años se trate.

Así las cosas, el Artículo 417 del Código Orgánico Integral Penal, establece reglas para que opere la figura de la prescripción, y determina que la prescripción podrá declararse por el juzgador, de oficio o a petición de parte, de acuerdo a las siguientes reglas; y es importante destacar que la norma hace una especie de diferenciación entre si el delito es de ejercicio público o privado de la acción, entendiéndose como públicos a aquellos delitos en los que por su gravedad o gran alarma social, es el Estado el que a través del órgano persecutor como es la Fiscalía, los persigue de oficio sin ser necesario incluso la intervención del sujeto pasivo o afectado por el delito.

Así mismo como privados a aquellos delitos en los que por su mínima o poca gravedad o poca alarma social no es necesario la intervención del Estado a través de la Fiscalía, y entre estos tenemos los establecidos en nuestro código orgánico integral penal en su (Artículo 415): La calumnia, la usurpación, el estupro, el delito de lesiones que no pase de treinta días de incapacidad, con excepción de aquellos delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, y delitos contra animales que forman parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana.

De igual manera el Código Orgánico Integral Penal hace una diferenciación entre aquellos delitos en los que se haya iniciado o no el proceso penal (Artículo 417, numeral 2), en el caso de la presente investigación que tiene que ver solo en aquellos delitos de ejercicio de acción pública, en los que no se haya iniciado el proceso penal, "El ejercicio público de la acción prescribirá en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de la libertad previsto en el tipo penal, contado desde que el delito es cometido, en ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años (Art. 417 numeral 3 lit. "a"), y en el numeral 4 establece que, de haberse iniciado el proceso penal.



O sea, desde que se formuló cargos y se dio inicio a la instrucción fiscal y consecuentemente la prosecución del proceso, el ejercicio de la acción penal publica prescribirá en el tiempo máximo de la pena privativa de la libertad prevista en la norma penal, pero contado desde la fecha en que se dio inicio a la instrucción fiscal; y aquí viene el problema que considero contraviene al principio constitucional de proporcionalidad, establecido en el Artículo 76 numeral 6 de nuestra constitución cuando determina que la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza; problema que se da cuando la misma norma positiva dice que: “En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años”.

Entonces la pregunta que salta a la vista es ¿Dónde está la proporcionalidad en un delito de acción pública cuya pena privativa de libertad es hasta tres años?, entonces deberá seguir siendo perseguido por el Estado a través de la Fiscalía durante dos años más hasta completar los cinco años que dice la norma, cuando si la pena privativa de libertad es hasta tres años, entonces es hasta ese tiempo que debería ser perseguido y/o investigado, porque entonces se estaría generando una incertidumbre en el investigado durante dos años más a pesar de haberse generado un auto de sobreseimiento a su favor porque así lo dice la norma, o también a pesar de haberse peticionado o solicitado el archivo en fase de investigación previa tal como lo provee el artículo 586 del COIP que dice: “Transcurridos los plazos señalados, de no contar con los elementos necesarios para formular cargos, la o el fiscal, en el plazo de diez días, solicitará el archivo del caso, sin perjuicio de solicitar su reapertura cuando aparezcan nuevos elementos siempre que no esté prescrita la acción”.

Es decir que como la norma dice que en ningún caso el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años; y como en este caso en concreto aplicado como ejemplo la pena máxima es hasta tres años, entonces a pesar de haber un sobreseimiento dictado por el Juez de garantías penales, o un trámite de archivo peticionado por el Fiscal que lleva la investigación, el investigado o procesado deberá esperar y estar en incertidumbre dos años más para que se archive definitivamente su caso, porque supuestamente durante esos dos años podrían aparecer nuevos o más elementos.

Pero yendo más allá con este ejemplo práctico, el Fiscal durante estos dos años encontró uno que otro elemento, y con estos como está dentro del plazo, reapertura el proceso

investigativo y formula cargos o se emite un auto de llamamiento a juicio en etapa de evaluación y preparatoria de juicio; y llega al tribunal penal de instancia; y resulta que esos elementos no han sido suficientes y el tribunal no encuentra los elementos constitutivos del tipo penal, y por lo tanto decide declarar el estado de inocencia del procesado.

Mientras tanto el procesado ha tenido que enfrentar durante cinco años un proceso investigativo, y ya en un proceso penal inclusive con medidas cautelares que en el mejor de los casos para él serían la presentación periódica ante la autoridad y la prohibición de salida del país, ocasionando un grave perjuicio económico y emocional para él y su familia.

En este contexto, es importante la revisión de esta disposición en el Código Orgánico Integral Penal, a fin de que el ejercicio público de la acción prescriba solo en el tiempo máximo de la pena previsto en el tipo penal, de conformidad al debido proceso como una garantía fundamental de que a todos los ecuatorianos nos van a ser respetados nuestros derechos dentro del marco de los diferentes principios procesales de legalidad, favorabilidad, inocencia, impugnación procesal, prohibición de empeorar la situación del procesado, no autoincriminación, prohibición de doble juzgamiento, derecho a la intimidad, imparcialidad, objetividad (Artículo 5, COIP); tomando en consideración que obviamente en delitos cuya pena privativa de libertad no excede los cinco años; ya que en aquellos delitos cuya pena excede los cinco años se opina que no habría mayor problema, puesto que por ejemplo en un delito de hasta diez años, el ejercicio publico si debería prescribir en no menos de cinco años.

CAPÍTULO II

DISEÑO METODOLÓGICO

En este capítulo se presenta el diseño metodológico de la investigación, cuya finalidad es la organización de la ejecución del proceso investigativo por medio de la utilización de las diferentes técnicas de investigación. Entendiéndose que como estima Sánchez (2020), podría entenderse como la delimitación de la realidad que el investigador se propone intervenir a partir de su investigación. La situación problémica permitirá al investigador identificar el objeto de estudio, sus cualidades, características, categorías y la relación entre estas (pág. 5).

a) Tipo de investigación. -

Para el desarrollo del estudio fue seleccionada la investigación de teoría fundamentada (TF) con un enfoque de estudio de caso único. Dentro de la investigación cualitativa, se escogió la TF, dado que como plantea Páramo, D. (2015, p. X) “La TF como proceso interpretativo depende de la sensibilidad del investigador a los elementos tácitos de los datos o a los significados y las connotaciones que pueden ser aparentes como resultado de una lectura superficial de contenidos reveladores”. Se utilizó un enfoque de estudio de caso único, con el fin de conocer el patrón de la prescripción a lo largo de un caso.

Tal cual plantean Según Strauss y Corbin (1998), la TF se utiliza principalmente dentro de las ciencias sociales, específicamente en áreas en las cuales no existen explicaciones suficientes y satisfactorias. El fenómeno en estudio aunque se halla tipificado en el Código Orgánico Integral Penal al ser aplicado por el legislador no considera el contenido de los derechos fundamentales establecidos en los tratados internacionales de Derechos Humanos, y principios constitucionales como el de inocencia, del debido proceso, de mínima intervención penal, entre otros, que mientras por un lado ampara y protege derechos, por otro lado los restringe, y esta es una manera muy palpable de restricción de derechos de las personas cuando en tratándose de infracciones de orden penal, en algún momento tenga que hacer frente a la justicia.

Y por otro lado por parte de los operadores de justicia que se ciñen de manera estricta a la ley, porque es obvio esta manda, prohíbe y permite; y esto causa de alguna manera un efecto en el justiciable; pues al no permitir la norma la prescripción en menos de cinco años que sería la causa, obviamente en aquellos delitos cuya pena privativa de libertad máxima es inferior a ese tiempo, el efecto sería la incertidumbre del justiciable de no ver archivado tanto la denuncia en su contra en fase investigativa previa, así como su acción penal en las diferentes etapas del proceso penal por prescripción en el tiempo máximo de pena privativa de libertad en aquellos delitos cuya pena máxima privativa de libertad sea menos de cinco años.

Una vez descrito el patrón del caso, se pueden avanzar posibles soluciones al mismo y a partir de ellas abrir el camino para una posterior propuesta de reforma al tipo penal de la prescripción de la acción penal previsto en el artículo 417 numeral 3 literal "a", y numeral 4 del Código Orgánico Integral Penal, tanto desde el inicio de la investigación previa, así como desde la instrucción fiscal, en el sentido de que esta, es decir la prescripción se dé de manera general en el tiempo máximo de la pena de privación de libertad en aquellos delitos cuya pena no llega a cinco años, y dejar tal como está en aquellos delitos cuya pena privativa de libertad es superior a cinco años, que el ejercicio público de la acción no prescriba en menos de cinco años.

Esta reforma va a permitir al procesado en especial cuando esté enfrentado ya sea a una investigación previa, o a un proceso penal, desde la instrucción fiscal, que la misma prescriba solo en el tiempo máximo de privación de libertad, en especial en aquellos delitos cuya pena máxima sea menor a cinco años. Todo ello genera interpretaciones que puedan explicar y proporcionar información valiosa sobre la prescripción como aspecto sometido a estudio.

b) Paradigma. -

Para el desarrollo del estudio fue seleccionado el paradigma cualitativo. La prescripción es una institución universalmente aceptada por medio o a través de la cual, el transcurso del tiempo extingue la posibilidad de iniciar proceso o de iniciado, concluir el mismo; esto en materia civil, penal, administrativo o de cualquier otra índole. La comprensión de sus

características encuentra en el paradigma cualitativo el marco más propicio para entender cómo se manifiesta, sus implicaciones y posibles soluciones.

d) Población. Por ser un estudio de caso único fue seleccionado el expediente Nro 070101820030196, facilitado por la Fiscalía.

d) Métodos de investigación.

Métodos del nivel teórico:

Método Deductivo. Este método me permitió el hecho de que, partiendo del análisis de la problemática de manera general, pueda llegar a conclusiones en particular; esto es que la figura de la prescripción siendo una figura jurídica mundialmente aceptada, aprobada y aplicada la cual determina que es el tiempo el que nos da la posibilidad de extinguir las acciones en este caso penales, o de concluir las ya iniciadas, pueda aplicarse de manera concreta en un caso en particular.

Método Inductivo. Con este método parto de una premisa particular, para llegar a una conclusión en general; esto es que la normativa actual cuando dispone que una acción penal no puede prescribir en menos de cinco años en un delito de acción pública, esto afecta a todas las personas en general; pues cuando en algún momento enfrenten un proceso penal cuya pena privativa de libertad sea menor a cinco años, tendrán que esperar los cinco años para pedir la prescripción de la acción penal, y no antes, pues así lo dice la norma, es decir en el tiempo máximo de privación de libertad; esto tomando en cuenta que el juzgador al momento de tomar una decisión en un caso en concreto y resolver, aparte de hacer un razonamiento lógico tanto inductivo como deductivo en la que entran en juego premisas, y su actividad cognitiva y volitiva, se ciñe de manera estricta a lo previsto en la ley y sus tipos penales.

Método de Análisis. Me permite analizar el caso en concreto, es decir cómo, desde cuándo, y de qué manera afecta los derechos del justiciable; y de allí tenemos que desde agosto del 2014 que entró en vigencia el Código orgánico integral penal, se tipifica en el Art. 417 la prescripción; importante manifestar que, en el antiguo Código Penal, estaba tipificado en el Art. 101 y allí prescribía la acción penal en diez años.

Método de Síntesis. Con todos los elementos analizados, nos permitirá llegar al producto final, que en este caso sería una propuesta de reforma a la prescripción del ejercicio de la acción penal, de tal manera que solo prescriba en el tiempo máximo de la pena privativa de libertad en delitos con pena menor a cinco años.

Métodos del nivel empírico:

Entrevista. Se realizaron entrevistas a profesionales del Derecho que trabajan en el libre ejercicio de la profesión, con el fin de conocer sus opiniones acerca de la prescripción como institución jurídica, (Ver Anexo 1).

Análisis de documentos. Para este trabajo de investigación se acudió a diferentes fuentes documentales que proporcionan suficiente información respecto de la viabilidad y pertinencia del estudio y sus posibles implicaciones.

e) Análisis de los datos. Fue realizado el análisis de contenido, a través de la descripción de fragmentos de texto, discurso y su posterior análisis e interpretación.

CAPÍTULO III

PRESENTACIÓN DEL CASO

En el presente capítulo se describe el caso contenido dentro de la investigación previa por el presunto delito de almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o hidrocarburos Nro. 070101820030196; petición de archivo solicitado a Fiscalía por el autor del presente trabajo, como abogado defensor de la persona investigada.

Para el análisis y estudio de políticas públicas, la metodología del estudio de caso permite mostrar la complejidad de la vida social, enfatizando el análisis de causalidad, al originarse en un conjunto de experiencias y prácticas con una base real, lo que facilita la comprensión y abre el camino para establecer los mecanismos que contribuyan a la solución de los problemas inherentes al caso.

3.1. Descripción del caso

A conocimiento de Fiscalía llegó una denuncia de un local donde funciona una importadora de arroz, donde supuestamente se encontrarían haciendo mal uso de unos cilindros de gas de uso doméstico (GLP) en la cantidad de 28 cilindros, entre estos 15 entre llenos y semillenos y 13 vacíos; por lo que esta conducta se adecuaría a un presunto delito de acción pública tipificada y sancionado en el Art. 264 del Código Orgánico Integral Penal; esto es “Almacenamiento, Transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal o mal uso de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles”; importante destacar que aquí no hubo detenidos; ubicándose la conducta en la mínima escala, cuya pena privativa de libertad de acuerdo a la escala establecida sería de 2 a seis meses, tomando en cuenta de que solo se encontró 15 cilindros llenos.

Luego de haberse dado inicio a la fase de investigación previa por el cometimiento del presunto delito de acción pública durante dos años, a petición de la defensa técnica y por cuanto de conformidad a lo previsto en el Artículo 585 de la normativa penal antes invocada establece el tiempo de duración de la investigación previa, y determina en su numeral 1 que en los delitos sancionados con pena privativa de libertad de hasta cinco años durará hasta un año; y en el numeral 2 determina que en los delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años, la investigación previa durará dos años; en este caso la

investigación previa en este presunto delito superó el tiempo establecido, pues solo era hasta un año.

En este orden de cosas, y tomado en cuenta que la pena privativa de libertad para este presunto delito no superaba los cinco años, y tanto más, cuanto, que fiscalía no había recabado suficientes elementos de convicción que haga presumir la existencia material de la infracción y así mismo la presunta responsabilidad penal de la persona investigada, la defensa técnica pidió a Fiscalía se sirva solicitar al Juez de garantías penales de manera fundamentada el archivo de la investigación previa.

3.1.2. Problema jurídico del caso.

Tomando como referencia la normativa penal en vigencia, el problema jurídico está dado en que nuestra constitución en su artículo 76 numeral 6 establece que la ley determinará la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza; así mismo nuestra misma carta magna en su artículo 76 es mandatorio el que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones a sus ciudadanos se les asegurara el debido proceso, y este debe estar acorde a los estándares internacionales de derechos humanos de los cuales el Ecuador es signatario por haber ratificado su adherencia a los mismos.

En este mismo orden el artículo 93 de la Constitución es claro cuando establece que los ciudadanos podrán activar una acción constitucional por incumplimiento cuando no se hayan garantizado la aplicación de las normas, y principios, así como las sentencias bajo estándares internacionales de derechos humanos.

Es que el artículo 417 numeral 3 literal “a”, y numeral 4 del COIP; al establecer que en “ningún caso, el ejercicio público de la acción penal prescribirá en menos de cinco años”, rompe con el principio constitucional y supranacional de proporcionalidad, y también de mínima intervención penal, tanto en la fase de investigación previa es decir respecto de aquellos delitos en los que no se ha iniciado el proceso penal, así como en aquellos delitos en los que ya se lo ha iniciado; en aquellos delitos cuya pena privativa de libertad establecida en el tipo, es inferior a cinco años, pues en el supuesto caso de un delito sancionado hasta tres años tanto en fase como en etapa, no podrá prescribir sino hasta que se cumpla los cinco años

que establece la norma, quedando por tanto esa persona en un limbo o en incertidumbre hasta ese tiempo.

3.1.3. Antecedentes del caso.

Con fecha 06 de marzo del 2020 se pone en conocimiento de Fiscalía mediante denuncia presentada por la Agencia de Regulación y Control de Hidrocarburos; y parte policial Nro. 2020030604302164114, la existencia de un presunto delito de acción pública, esto es “Almacenamiento, Transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal o mal uso de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles”; en el que supuestamente se encontrarían haciendo mal uso de unos cilindros de gas de uso doméstico (GLP) en la cantidad de 28 cilindros, entre estos 15 entre llenos, semillenos y 13 vacíos.

Fiscalía como titular de la acción penal pública de conformidad a lo previsto en el Art. 195 de la Constitución de la Republica y 580 del Código Orgánico Integral Penal, da inicio a la fase de investigación previa y durante dos años, realiza una serie de impulsos procesales tales como el llamado a rendir versión a los implicados, recepción de documentación de las diferentes instituciones estatales, informes de investigación, reconocimiento del lugar de los hechos, informes periciales, etc.

Fundamentos de la decisión Fiscal. - Una vez que Fiscalía recabó los elementos dentro de la fase investigativa, estos son analizados de manera pormenorizada y llega a la siguiente conclusión:

Fiscalía considera que a la presente fecha (28 de marzo del 2022) y habiendo transcurrido dos años desde que se dio inicio a la fase de investigación previa, es aplicable lo previsto en el artículo 585 #1 del Código Orgánico Integral Penal, que tiene que ver con los plazos para la investigación, y que textualmente dice “En los delitos sancionados con pena privativa de libertad de hasta cinco años durará hasta un año”.

Es así que, como en el presente caso la investigación previa sobrepasó el año de investigación aunque los elementos recabados eran insuficientes, y que a pesar del tiempo transcurrido no se logró aportar nuevos elementos; y en aplicación al debido proceso, seguridad jurídica, principio de objetividad, legalidad, de mínima intervención penal; se decide con fecha 28 de marzo del 2022 solicitar a uno de los señores jueces de la Unidad Judicial Penal con sede en el Cantón Machala, el archivo de la presente investigación previa.

Con fecha 20 de julio del 2022 una vez ingresado la petición de archivo, se realiza el sorteo de ley a uno de los señores Jueces de garantías penales; y es así que con fecha 28 de julio del mismo año avoca conocimiento de la petición de archivo uno de los señores Jueces de garantías penales; el mismo que en providencia de la misma fecha pone en conocimiento de las partes por el termino de tres días para que se pronuncien sobre la petición; la parte defensora de la persona investigada se pronuncia manifestando estar de acuerdo con la petición de archivo solicitada por Fiscalía.

Con fecha 17 de agosto del 2022, el señor Juez resuelve compartir el criterio de fiscalía y acoger la petición de archivo, pero no sin antes manifestar en su decisión que sin perjuicio que, de aparecer nuevos elementos de convicción podrá reabrirse la investigación, siempre y cuando no esté prescrita la acción penal.

3.1.4. Argumentos del caso

Si bien es cierto el señor Juez de garantías penales acoge la petición de Fiscalía, no es menos cierto que pone un tiempo para la prescripción de la acción penal, y para ello se ampara en lo previsto en el artículo 586 inc. 1 del COIP; y el artículo 417 numeral 3 literal “a” ibidem el cual determina que en ningún caso el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años; y este caso investigado la pena establecida es hasta 6 meses por lo tanto se ubica en mínima escala.

Vamos a suponer que son 100 cilindros de gas, lo cual es alta escala, por lo que aquí la pena sería hasta 3 años; lo cual aun así no justificaría estar siendo investigado la persona denunciada por cinco años; lo cual considero se vulnera los principios constitucionales del debido proceso, en las garantías básicas de inocencia, de proporcionalidad, de mínima intervención penal, de igualdad, de plazo razonable; y por consiguiente del garantismo penal.

3.1.5. Propuestas de solución del caso.

Fue acogida la petición de Fiscalía por parte del Juez de garantías penales, tanto por no haber suficientes elementos de convicción para que el Ministerio Público inicie un proceso penal, así como por haber transcurrido en demasía el tiempo previsto en el artículo 585 numeral 1 del COIP; esto es “En los delitos sancionados con pena privativa de libertad de hasta cinco años durará hasta un año”; en la resolución dada por el juzgador manifiesta la

frase: “sin perjuicio que, de aparecer nuevos elementos de convicción podrá reabrirse la investigación previa, siempre y cuando no esté prescrita la acción penal.

En este caso de estudio, la pena para el tipo penal investigado (artículo 264 del COIP), se ubica en la mediana escala, por lo tanto correspondería un mínimo de seis meses y un máximo de un año; por lo que acogiendo la resolución del juzgador que dice: “ sin perjuicio que, de aparecer nuevos elementos de convicción podrá reabrirse la investigación previa, siempre y cuando no esté prescrita la acción penal”; por lo tanto, la investigación sería hasta un año, y de ser el caso que ya se inició la instrucción Fiscal previo a la formulación de cargos, la prescripción debería operar o darse luego de un año.

En este caso en concreto como ya han transcurrido dos años de investigación y la pena máxima es hasta un año, por lo tanto, en la resolución del juzgador ya no debería aparecer la frase; “sin perjuicio que, de aparecer nuevos elementos de convicción podrá reabrirse la investigación previa, siempre y cuando no esté prescrita la acción penal”, esto porque ya estaría prescrita la acción.

La presentación del caso permitió identificar los siguientes elementos:

Por un lado, la posición de Fiscalía enmarcándose dentro de lo previsto en el artículo 195 de la Constitución, y así mismo del artículo 412 del Código Orgánico Integral Penal, (Asamblea Nacional República del Ecuador, 2014), esto es el principio de oportunidad, pues como ente titular de la acción penal pública tiene la facultad de abstenerse de iniciar la investigación o de continuar la ya iniciada cuando de los pocos elementos recabados se desprenda que no existe motivo para continuar con la misma siempre y cuando este presunto acto no sobrepase la pena privativa de libertad de los cinco años.

Como el presunto delito no compromete gravemente el interés del Estado ecuatoriano, en el caso analizado la pena máxima establecida en el tipo es hasta un año, pues tampoco compromete gravemente el interés público y no vulnera los intereses del Estado ecuatoriano.

Se identificó la aplicación en el caso de lo previsto en el artículo 5 numeral 21 el COIP (Asamblea Nacional República del Ecuador, 2014), respecto al principio de objetividad al haber investigado no solo hechos o circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que le eximan, atenúen o extingan.

Igualmente existe coherencia en la posición del juzgador como garante de los derechos de los justiciables ante el pedido de archivo de una investigación fiscal en aplicación al artículo 586 del COIP; en la que el Fiscal no ha recabado suficientes elementos; y por otro lado que ya ha transcurrido el tiempo establecido en la norma para dicha investigación de conformidad a lo previsto en el art. 587, donde el juzgador como garantista de los derechos comunica a las partes a fin de que se pronuncien dentro de un plazo de tres días.

Transcurrido este plazo, la norma dice que deberá pronunciarse de manera motivada respecto de dicha petición, pero al no estar de acuerdo con esta petición remitirá las actuaciones en consulta al Fiscal Superior para que se pronuncie sobre dicha petición llegando inclusive a nombrar otro Fiscal para que continúe con la investigación si el pronunciamiento del superior es no acogiendo la petición de archivo.

Esto evidencia que se cumple con el debido proceso en las garantías de no dejar en indefensión a las partes desde la fase de investigación previa para salvaguardar sus derechos e intereses.

En resumen, en el manejo del caso se pueden identificar los siguientes:

Aspectos positivos

- Existió respeto al debido proceso en las garantías del cumplimiento de los plazos establecidos en la norma por parte de Fiscalía, según lo prevé el artículo 585 y el 586 del Código Orgánico Integral Penal.
- El Juez acogió la petición de Fiscalía y se dispuso el archivo de la investigación previa.

Aspectos negativos

- La investigación previa extendió su duración hasta dos años, cuando el artículo 585 numeral 1 es claro al decir que en los delitos sancionados con pena privativa de libertad de hasta cinco años, la investigación previa no deberá superar el año. En este caso la pena privativa de libertad no superaba el año, sin embargo, la investigación se prolongó por dos años, lo cual desde ya generó en la persona investigada una incertidumbre de no ver concluido su proceso investigativo tomando

en cuenta que la pena no superaba el año, esto porque la normativa dice que no podrá archivarse en menos de cinco años que es el tiempo de prescripción

- Haber dispuesto en la resolución del Juez mediante la cual acoge la petición de archivo, la frase. “sin perjuicio que, de aparecer nuevos elementos de convicción podrá reabrirse la investigación previa, siempre y cuando no esté prescrita la acción penal”. Con ello se está condenando al justiciable a continuar pendiente de un proceso que en cualquier momento y en el plazo de cinco años se puede iniciar, sin perjuicio de que se tome en cuenta todo el tiempo en que ha sentido sobre sí la amenaza latente de una inculpación.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.

En este apartado se presentan los resultados de la fase de indagación empírica del estudio con la cual se realiza una aproximación a la solución del problema que lo originó y se generan nuevas interrogantes, dejando claros los aportes y limitaciones que como estudio de carácter cualitativo se produjeron durante el proceso de fundamentación y recolección de datos.

4.1. Resultados de las entrevistas realizadas

En función de la investigación realizada, las entrevistas que se efectuaron a colegas abogados en libre ejercicio de la profesión, a dos señores Fiscales y un operador de justicia; posibilitaron obtener los siguientes datos cualitativos, los cuales se presentan por cada una de las preguntas realizadas con el fin de que se visualicen con mayor claridad los datos aportados.

Pregunta 1:

¿Esta usted de acuerdo con la institucion juridica de la prescripcion en materia penal, y por qué?

PARTICIPANTES	RESPUESTA
PARTICIPANTE 1	“Lógicamente, porque en un Estado democrático donde prima el derecho, la justicia y el debido proceso, ninguna persona puede ser investigada o procesada de por vida, a excepción de aquellos delitos que por su gravedad son imprescriptibles”.
PARTICIPANTE 2	“Sí, porque de esta manera se extingue todo tipo de responsabilidad penal frente a la comisión de un presunto delito, siempre y cuando no haya sentencia, porque de ser así, entonces estaríamos hablando ya no de la prescripción de la acción penal, sino de la pena”.
PARTICIPANTE 3	“Si, tanto de la prescripción de la acción, como de la pena; esto porque de esta manera se extingue la responsabilidad penal, y el Estado ya no podría perseguir precisamente por el paso del tiempo al justiciable”.

PARTICIPANTE 4	“Si, aunque el Estadoal no haber perseguido el delito de alguna manera estaría dejando en indefensión a la víctima, lo que se traduciría en impunidad, dejando un pésimo mensaje a la criminalidad para la comisión de otros delitos, y el incremento de los mismos”.
PARTICIPANTE 5	“No, no estoy de acuerdo porque al aplicar esta figura de la prescripción lo que se estaría es alimentando la impunidad en el País frente a la comisión de los delitos; así mismo no habría reparación del daño ocasionado a las víctimas del mismo”.

COINCIDENCIAS

De los cinco entrevistados, cuatro participantes se pronunciaron a favor de la institución jurídica de la prescripción en materia penal, coincidiendo en que el paso del tiempo prescribe toda acción tanto en el ámbito civil como en el ámbito penal, pues ninguna persona puede ser investigada o procesada de por vida, y si el Estado como tal a través del sistema de justicia no persigue o deja de perseguir el delito, entonces opera la figura de la prescripción, pues el ius puniendi tiene límites y en un estado constitucional de derechos y justicia, estos límites se tienen que respetar; esto por el principio de legalidad, y de temporalidad.

DIFERENCIAS

De la encuesta realizada a los cinco participantes encuestados, uno se pronunció en el sentido de no estar de acuerdo con la figura de la prescripción penal, esto porque se estaría incrementando la impunidad en los delitos de acción pública, también a la víctima no se le haría justicia, y no recibiría una reparación integral conforme lo dispuesto en el artículo 1 del código orgánico integral penal.

A partir de lo evidenciado en esta primera interrogante, se entiende que el fundamento de la prescripción en materia penal, está dado en tratar de eliminar la incertidumbre que se puede generar en el justiciable al no ver concluido su proceso penal a pesar de haber transcurrido un periodo de tiempo, pues si el estado no ejerció o dejo de hacerlo termina beneficiándolo.

Este resultado indica que, efectivamente dentro de un Estado democrático donde la seguridad jurídica debe ser ese soporte para la convivencia ciudadana, los tiempos en materia penal cuando el cometimiento de un presunto delito se ha denunciado debe ser el marco de actuación del Estado tanto para perseguir como para procesar, y sancionar.

Por lo que mantener la persecución de estas conductas de manera indefinida, excepto las conductas imprescriptibles, estaría vulnerando los derechos del investigado o procesado, pues nadie puede ser investigado ni procesado de por vida (excepto imprescriptibles); por lo que del análisis de los resultados de la encuesta se determina que la figura de la prescripción penal extingue la responsabilidad penal y por lo mismo el derecho del Estado para perseguirlo y sancionarlo conforme a la ley vigente a la fecha de su cometimiento.

En esta línea, a decir de Parra (2019), quien menciona que, “el fundamentar la prescripción en la renuncia del Estado al ius puniendi incurre en el error de no reconocer que los poderes públicos no pueden recurrir a la potestad punitiva a discreción, pues en aquellos casos donde no exista necesidad de pena, por ejemplo, el castigo estatal se torna ilegítimo” (p.8).

De aquí nace el principio de fragmentariedad y subsidiaridad del Derecho Penal, como mecanismos extrapenales, y de mínima intervención penal, lo cual conlleva que no todos los bienes jurídicos son destinatarios de la protección del Estado por medio del derecho penal, pues los mismos convenios internacionales del DD.HH. nuestra propia constitución y nuestro ordenamiento jurídico penal, reconoce otros métodos como alternativos a la solución de conflictos como son la conciliación, la mediación, entre otros, dejando como última instancia el derecho penal cuando los mecanismos antes referidos han resultado ineficaces o insuficientes.

Así también conlleva esto a un ahorro significativo para el Estado en cuanto a recursos humanos y económicos, orientando sus fines a la sanción de conductas verdaderamente lesivas. Debido a las consecuencias negativas de la criminalización de determinadas conductas, los costos sociales que demanda la intervención delictiva y su ineficacia, es urgente cambiar el sistema penal, mediante la aplicación de formas alternativas de control social, que deben ser utilizadas en lugar de los tradicionales métodos. Ante este viciado, abultado y costoso sistema jurídico-penal, es necesario que exista una aplicación efectiva del principio de mínima intervención penal consagrado en la Constitución y en las normas penales (Copete, 2022, págs. 3-4)

Pregunta 2:

¿Esta usted de acuerdo que el ejercicio publico de la accion penal en ningun caso prescriba en menos de cinco años, tanto de iniciado o no el proceso?

PARTICIPANTES	RESPUESTA
PARTICIPANTE 1	“Así está establecido en el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 417 numeral 3 literal “a”, y numeral 4, por lo tanto, ya que así lo ha establecido el legislador, pues hay que respetar la norma”.
PARTICIPANTE 2	Sí, por el principio de temporalidad de la ley penal, y que por lo mismo por el principio de seguridad jurídica se tienen que respetar los tiempos establecidos por el legislador en la norma.
PARTICIPANTE 3	“Si estoy de acuerdo, pues considero que es un tiempo suficiente para que tanto Fiscalía como la acusación particular busquen elementos suficientes tanto en fase de investigación previa como en la etapa de instrucción fiscal una vez que se ha formulado cargos; y si de allí no hay suficientes elementos, pues la misma fiscalía pedirá el archivo o el juez emitirá auto de sobreseimiento”.
PARTICIPANTE 4	“Considero que si, por cuanto al permitir que prescriba en menos tiempo lo que se estaría generando es impunidad en los delitos de acción pública, pues tanto Fiscalía como la acusación particular no tendrían suficiente tiempo para buscar elementos”.
PARTICIPANTE 5	“Si estoy de acuerdo, y si no se acusó dentro de ese tiempo se debe aplicar la figura de la prescripción conforme así lo establece la norma penal”.
<p>COINCIDENCIAS</p> <p>En la encuesta aplicada a los cinco profesionales del derecho, todos coinciden en estar de acuerdo, tanto porque así está ya determinado en la normativa penal, como porque consideran que los cinco años es tiempo suficiente para perseguir un delito de acción pública, y si a partir de allí hay nuevos elementos ya fiscalía no podrá reabrir el proceso, pues ya estaría prescrita la acción conforme lo determina el artículo 586 inciso primero del código orgánico integral penal.</p>	
<p>DIFERENCIAS</p> <p>Coincidencia total de los encuestados en el sentido de que están de acuerdo en que en ningún caso prescriba en menos de cinco años, pues así ya está establecido en la norma, aunque de cierta manera hacen reparos, y que debería ser menor.</p>	

Los resultados de la pregunta son unánimes, pues los cinco entrevistados coinciden en que están de acuerdo con lo establecido en el artículo 417 numeral 3 y 5 del COIP. en cuanto a que se aplique como mínimo 5 años para pedir la prescripción de un delito de acción pública tanto en investigación como iniciado el proceso penal, pues ya así lo establece la normativa penal.

En ninguno de los entrevistados se apreció la existencia de un análisis crítico jurídico especialmente de los principios constitucionales fundamentales de presunción de inocencia que cobijan a todos los ciudadanos, también al de mínima intervención penal, del principio de oportunidad, y que, si bien existe un límite de tiempo para perseguir el delito que es mínimo cinco años, este no es proporcional al tiempo máximo de pena en aquellos delitos inferiores a cinco años. Al respecto, según Mogrovejo (2019), el principio de proporcionalidad se ubica en el centro de la dogmática de los derechos, no como un simple principio jurídico sino como parte misma de su estructura, de modo que, ante cualquier medida de gravamen y sin importar el derecho, intervenido, sea necesario que siempre obedezca a un procedimiento racional para la justificación de estas limitaciones o como un medio para restringirlos, (p.10).

Pregunta 3:

¿Está usted de acuerdo con que el ejercicio público de la acción penal prescriba iniciado o no el proceso penal, solo en el máximo de la pena prevista en aquellos delitos cuya pena privativa de libertad sea menor a cinco años?

PARTICIPANTES	RESPUESTA
PARTICIPANTE 1	"No esta normado así en nuestra legislación penal, pero considero que sería una gran ventaja para el justiciable, pues de esta manera solo se limitaría el poder punitivo al tiempo límite mínimo establecido en el tipo penal".
PARTICIPANTE 2	"Considero que el Fiscal tendría poco tiempo para investigar aquellos delitos de acción pública, y muchos delitos quedarían en la impunidad al prescribir en su tiempo máximo de pena establecida en

	el tipo penal al referirnos a aquellos cuya pena es inferior a cinco años”.
PARTICIPANTE 3	“Debería quedar tal y como está en la norma penal, que en ningún caso prescriban en menos de cinco años”.
PARTICIPANTE 4	“El Fiscal podría pedir el archivo de la investigación previa, pero si el artículo 586 del Coip. dice que siempre y cuando no esté prescrita la acción, y si el art. 417 dice que en ningún caso deberá prescribir en menos de cinco años de iniciado o no el proceso penal, pues se debe respetar lo establecido”.
PARTICIPANTE 5	“Si estoy de acuerdo con hacer una reforma, pues de esta manera tanto en investigación o dentro de la etapa correspondiente aplicando la prescripción solo en el tiempo máximo de la pena prevista en el tipo en aquellos delitos inferiores a cinco años, se estaría evitando ese estado de incertidumbre del procesado o investigado de no ver concluido su proceso penal, y que en cualquier momento (mínimo cinco años) se reactive su proceso penal”.

COINCIDENCIAS

La mayor parte de los encuestados coinciden en que el tipo penal debe quedar tal como está, y por lo tanto no estarían de acuerdo con que la acción penal prescriba en el tiempo máximo de la pena prevista en el tipo penal, pero solo para aquellos delitos cuya pena privativa de la libertad sea menor a cinco años.

DIFERENCIAS

La minoría de encuestados están de acuerdo con que el ejercicio público de la acción penal en ningún caso prescriba en menos de cinco años, pero solo en aquellos delitos superiores a cinco años; en aquellos menores a cinco, que prescriba en el máximo de la pena.

Es importante destacar el poco análisis desde el punto de vista jurídico penal a esta figura de la prescripción establecida en el ART. 417 numeral 3 literal “a” y numeral 4 que realizan los entrevistados, toda vez que si bien es cierto establece un tiempo a la Fiscalía para

perseguir un delito tanto desde iniciado o no el proceso penal, no es menos cierto que también establece que en ningún caso podrá prescribir en menos de cinco años. Al complementar la pregunta con el cuestionamiento de ¿Dónde queda el principio constitucional de inocencia, y de proporcionalidad?, por cuanto en el investigado o procesado se genera una incertidumbre al no concluir su proceso penal en el tiempo máximo de la pena privativa de libertad establecido en la norma, esto por ejemplo en un delito cuya pena sea inferior a cinco años; se generó en los encuestados también cierta duda respecto a este articulado y por otro lado la observancia de los derechos del justiciable.

Así mismo es importante mencionar que si bien es cierto jurídicamente y legalmente se puede extinguir el ejercicio público de la acción penal porque así lo determina la normativa, esto no quiere decir que la víctima o sujeto pasivo del delito esté impedida de iniciar un proceso reparatorio en el ámbito netamente civil para el reclamo de los daños y perjuicios que se desprendan de cierta conducta lesiva que haya vulnerado un bien jurídico protegido por el mismo estado.

4.2. Limitaciones del estudio y propuesta de mejora

Teniendo en cuenta los resultados obtenidos tras el estudio del caso y la aplicación de métodos auxiliares, hay que argumentar las limitaciones que se identificaron a lo largo de la investigación.

En primer lugar, de los resultados de la investigación se desprende que la figura jurídica de la prescripción en el ámbito penal es constitucionalmente aceptada y aplicada, pues constituye una limitante al poder punitivo y persecutor del Estado por dos razones; la primera por el olvido de este al perseguir los delitos, y por otro lado la falta de interés o el desinterés por parte del sujeto pasivo del delito de proseguir con la causa, lo que es aprovechado por el sujeto activo para solicitar al mismo Estado el ejercicio de la prescripción.

Pero es importante destacar lo que establece el Código Civil ecuatoriano en su artículo 2392 que textualmente dice respecto de la prescripción: “Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”.

En este contexto, es importante manifestar que, de manera especial en el ámbito penal, de no existir esta figura jurídica los involucrados en un proceso penal tendrían la puerta abierta para litigar de por vida, y con la consabida incertidumbre para el sujeto activo del delito de que en cualquier momento de su vida pueda ser indiciado y que este proceso en su contra no concluya, es decir estaría obligado a enfrentar la justicia penal por un presunto delito, de por vida, hablando de delitos prescriptibles.

A diferencia de lo establecido en la actualidad, el anterior Código Penal en su artículo 101 establecía que tanto en los delitos de acción pública como en los de acción privada se distinguirá ante todo si, cometido el delito, se ha iniciado o no enjuiciamiento.

En los delitos de acción penal pública reprimidos con reclusión de no haber enjuiciamiento, la acción para perseguirlos prescribirá en diez años; en delitos reprimidos con prisión, la acción para perseguirlos prescribirá en cinco años. El tiempo se contará a partir de la fecha en que la infracción fue perpetrada. De haber enjuiciamiento, la acción prescribirá desde la fecha del auto cabeza de proceso, lo que se conoce en el actual COIP como instrucción fiscal.

En la normativa penal ya derogada, a diferencia del actual Código Orgánico Integral Penal no se establecía que el ejercicio público de la acción prescribiera en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad prevista en el tipo penal, contado desde que el delito es cometido o desde el inicio de la instrucción fiscal de haberse iniciado el proceso penal. Solo establecía, por ejemplo, para los delitos reprimidos con prisión por menos de cinco años de pena privativa de libertad, que la acción para perseguirlos prescribe en cinco años.

Lo expuesto indica que tanto en el anterior Código Penal y en el actual COIP, la prescripción opera en cinco años, o sea, en ningún caso el ejercicio público de la acción prescribe en menos de cinco años, en ambos casos esta es una limitante para el sujeto activo de un delito.

En el caso bajo análisis se observa que existió una extensión de la investigación previa de alrededor de dos años, cuando el artículo 585 numeral 1 es claro al decir que en los delitos sancionados con pena privativa de libertad de hasta cinco años, la investigación previa no deberá superar el año. En este caso la pena privativa de libertad no superaba el año, sin embargo, la investigación se prolongó por dos años. Por otra parte, la opinión de los sujetos

entrevistados es coincidente en cuanto a la necesidad de aplicar la figura institucionalmente aceptada de la prescripción, pues nadie puede ser obligado a litigar de por vida, excepto en los delitos imprescriptibles, y en sí misma, esta es una opinión positiva, redundando en que, si por un lado el Estado deja de accionar a través del poder público y por otro lado la víctima del delito también muestra un marcado desinterés en continuar con la causa, es el tiempo quien se encarga de facto de extinguir la acción persecutoria, conllevando a que se deba archivar la causa investigativa o persecutoria.

Es igualmente positiva la opinión vertida por los sujetos acerca de la prescripción del ejercicio de la acción penal pública en cinco años, y que, de aparecer nuevos elementos, ya Fiscalía por el principio de seguridad jurídica no pueda reabrir el caso objeto de investigación, tampoco si ya se ha iniciado el proceso penal.

Pese a lo planteado y a que existe coincidencia de opinión acerca de lo previsto en el articulado respecto de la prescripción (Art. 417 del COIP), manifiestan desacuerdo alrededor de aquellos delitos cuya pena prevista en el tipo penal sea inferior a cinco años, pues refieren que al disponer la norma que el ejercicio público de la acción penal, en ningún caso se debe aplicar la prescripción ni en la fase de investigación previa ni durante la instrucción fiscal en menos de cinco años, y no en el máximo de la pena prevista como es la propuesta. Esta es una limitación que conduciría a la falta de certeza en los procesados con respecto a su situación jurídica, quedando supeditados o expuestos a que en cualquier momento dentro de los cinco años Fiscalía pueda reabrir la investigación; cuando esta pueda archivarse de manera definitiva con anterioridad.

Ciertamente la posición manifestada respecto a la prescripción en el tiempo máximo de la pena en aquellos delitos inferiores a cinco años es correcta, dado que, según el principio de proporcionalidad estos delitos deberían prescribir solo en el tiempo máximo de la pena prevista en el tipo, en aquellos cuya pena sea inferior a cinco años.

Así mismo si se acude a la teoría jurídico penal del garantismo, aplicando la institución jurídico penal de la prescripción de la acción penal, esta garantiza un derecho penal de mínima intervención, y que por lo mismo desde esta óptica de alguna manera pone límites al estatus persecutor del Estado por medio de sus instituciones.

De allí que siendo esta figura una figura jurídica que atañe a la esfera legal, procesal y penal, debe ser invocada por los sujetos procesales en su debido momento, a fin de que sea el mismo Estado el que habiendo dejado de perseguir el delito, haciendo un ejercicio de legalidad de debido proceso, de seguridad jurídica; disponga el término para la persecución penal, sin dejar de lado los derechos de las víctimas que tendrán la vía expedita a través de otras instancias legales a efectos de lograr la reparación integral que el mismo estado franquea.

La consideración de estos elementos sería beneficiosa para los ciudadanos, quienes no están exentos de enfrentar o de someterse a la justicia ordinaria penal ya sea por acciones u omisiones por poner en peligro un bien jurídico; y es en esta línea que, al permitir que una investigación previa por un delito cuya pena es inferior a cinco años prescriba en su tiempo máximo de pena de privación de libertad, se estaría generando la certeza y tranquilidad en el investigado y mucho más cuando se sabe presume que es inocente y su proceso investigativo durará solo ese tiempo y no los cinco años que actualmente establece la norma.

Por todos los elementos expuestos se considera que lo que contribuir a la mejora de esta situación expuesta es la realización de una reforma en el artículo 417 numeral 3 literal "a" y numeral 4, del Código Orgánico Integral Penal.

CONCLUSIONES

El proceso de revisión bibliográfica realizado permitió precisar que la prescripción es una forma de extinguir la acción persecutoria del Estado frente al cometimiento de delitos, es decir que el ius puniendi o la facultad sancionadora del Estado como un derecho subjetivo de este frente al cometimiento de delitos por parte de los ciudadanos se extingue y con ello una de sus facultades a través de la normativa penal, esto es el juzgamiento del infractor con estricta sujeción a la ley, y su rehabilitación.

El Artículo 416 del Código Orgánico Integral Penal determina que el ejercicio de la acción penal se extingue por:

- a. Amnistía.
- b. Remisión o renuncia libre y voluntaria de la víctima, desistimiento o transacción, en los delitos que procede el ejercicio de la acción penal.
- c. Una vez que cumpla de manera íntegra con los mecanismos alternativos de solución de conflictos al proceso penal.
- d. Muerte de la persona procesada.
- e. Prescripción.

En un Estado constitucional de derechos y justicia priman de manera fundamental los principios jurídicos constitucionales, y en este orden al no respetarse la figura de la prescripción, siendo esta una institución jurídica cuya naturaleza es de orden netamente procesal y procedimental se estaría atentando a los principios constitucionales de seguridad jurídica, del debido proceso, de temporalidad de la ley penal, de presunción de inocencia, entre otros principios de los cuales el ser humano es parte.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano específicamente en el COIP, en su artículo 417 numeral 3 literal "a" y numeral 4 determinan los mecanismos jurídicos mediante los cuales se podría declarar la prescripción de la acción penal y es así que dentro estas reglas en los delitos de ejercicio público de la acción se establecen si se ha iniciado o no el proceso penal. De haberse iniciado el proceso penal este ejercicio público de la acción prescribirá en el tiempo máximo de la pena previsto en el tipo penal, pero contado desde el inicio de la instrucción

fiscal, es decir desde que se formuló cargos, pues desde aquí inicia un proceso de instrucción fiscal el mismo que tendrá una duración dependiendo del trámite; es así que esta durará en procedimiento ordinario noventa días y se podrá extender por treinta días más siempre y cuando haya vinculación a la instrucción o reformulación de cargos.

Así mismo la norma establece que de no haberse iniciado el proceso penal, es decir cuando se está en investigación previa el ejercicio público de la acción prescribirá en el tiempo máximo de la pena de privación de libertad contado desde que el delito es cometido. El problema radica en que la norma establece que, en ningún caso, es decir tanto en los delitos en los que no se ha iniciado el proceso penal, así como en aquellos en los que se ha iniciado el mismo, en ningún caso podrá operar la prescripción en menos de cinco años; lo cual genera una duda e incertidumbre en aquellos investigados o procesados cuya pena prevista en el tipo penal es menor a cinco años.

La aplicación de los métodos del nivel empírico, el estudio de caso y las entrevistas a operadores de justicia, permitieron identificar que es una necesidad considerar la prescripción como institución jurídica, y brindaron el argumento necesario para la propuesta de una reforma al artículo 417 numeral 3 literal "a" y numeral 4, en el sentido de que se incluya luego de la frase "En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años", lo que sigue: "a excepción de aquellos delitos menores a cinco años cuya pena prescribirá en el tiempo del máximo de su pena".

RECOMENDACIONES

- Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo primero de la Constitución donde se declara que el Estado ecuatoriano es un Estado constitucional de derechos y justicia, en este orden uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos es su legítimo derecho a la libertad, también protegido como un bien jurídico por el mismo Estado. Este precedente permite considerar que la actual normativa contenida en el artículo 417 numeral 3 literal “a” y numeral 4 del Coip, limita este derecho de los ciudadanos al establecer que “en ningún caso el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años”; por lo que lo recomendable sería que esto no se aplique para aquellos delitos cuya pena tipificada sea inferior a cinco años; y se mantenga la prescripción en no menos de cinco años solo para aquellos delitos cuya pena tipificada sea mayor a cinco años.

- Acoger las recomendaciones de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, el cual el Ecuador es país suscriptor, referente al respeto al debido proceso contenido en el artículo 169 de nuestra Constitución y de manera especial aplicando los criterios de razonabilidad y también el de proporcionalidad, pues si bien es un derecho del Estado perseguir el delito;, es fundamental del investigado a ser perseguido dentro de un tiempo razonable; y la razonabilidad no se haría efectivo cuando en un proceso de investigación cuya pena es hasta tres años, deba ser investigado por cinco años.

- Acoger el presente trabajo investigativo como una fuente de referencia para una futura propuesta de reforma al literal “a” del numeral 3 y 4 del artículo 417 del Coip, a fin de que se incluya a continuación de la frase “En ningún caso, el ejercicio de la acción prescribirá en menos de cinco años”, una que diga “para aquellos delitos superiores a cinco años”.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Amoroso, C. (2018). *El control gubernamental frente a la titularidad del ejercicio público de la acción penal*. Tesis de Maestría en Derecho Mención en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- Arteaga, A. (1997). *Derecho Penal Venezolano*. Ed. Mc Graw Hill. Octava ed. Venezuela.
- Benavides, M. (2017). Garantía del debido proceso. Derecho Ecuador, <https://derechoecuador.com/garantia-del-debido-proceso/>
- Benavides Benalcázar, M. M., Crespo Berti, L. A., & Molina Gutiérrez, T. J. (2020). La instrucción fiscal y el derecho de defensa como garantía del procesado. *Revista Universidad y Sociedad*, 12(S1), 158-166.
- Bustos Ramírez, J., & Hormazábal Malarée, H. (2004). Nuevo sistema de derecho penal. Editorial Trotta.
- Cabanellas, G. (1993). Diccionario jurídico elemental. Undécima edición. Buenos Aires, EDITORIAL HELIESTA S.R.L.
- Cedillo, P. (2020). La verdad procesal en materia penal (certeza, probabilidad, duda, presunción de inocencia en indubio pro reo). *Revista Jurídica Digital*, Maestría en Derecho Penal, Universidad San Carlos de Guatemala, [http://posgradosderecho.usac.edu.gt/recursos/Revista%20LA%20PRUEBA%20PENAL%20\(Quich%C3%A9\).pdf](http://posgradosderecho.usac.edu.gt/recursos/Revista%20LA%20PRUEBA%20PENAL%20(Quich%C3%A9).pdf)
- Copete, S. D. (2022). Principio de mínima intervención penal en la etapa del juicio penal. *Ciencia Digital*, 5(3.2), 23. <https://doi.org/10.33262>
- Delgado, A. I. (2020). *La prescripción de la acción penal*. Peru: PUCP.
- Durán-Chávez, C. E. y Fuentes-Aguila, M. F. (2021). El debido proceso penal y su constitucionalización en Ecuador. *Polo del Conocimiento*, (Edición núm. 60) Vol. 6, No 7, Julio, pp. 1083-1103
- García, J. (2010). La prescripción de la acción penal fundamento de la prescripción de la acción penal normas legales sobre la prescripción de la acción en materia penal. Disponible en <https://derechoecuador.com/prescripcion-de-la-accion-penal-y-civil/>
- González, A. A. (2017). El principio de legalidad penal y su configuración como derecho subjetivo. *Foro, Nueva época*, vol. 20, núm. 1 (2017): 15-54, 40.
- Juma-Cuenca, J. P.; Verdesoto-Gallegos, M.I., Vilela Pincay, E. W. (2021). Análisis de la prescripción del ejercicio de la acción penal en el marco del ordenamiento jurídico ecuatoriano. *Polo del Conocimiento*, [S.I.], v. 6, n. 7, p. 1119-1136, jul. 2021.
- Justicia, M. d. (2021). Código Orgánico Integral Penal. En M. d. Justicia, *Código Orgánico Integral Penal* (pág. 330). Quito: Graficas "Ayerve".

- Loor-Saenz, K., (2022). El derecho a la defensa como garantía del debido proceso en las investigaciones reservadas. 593 digital Publisher CEIT, 7(2-1), - <https://doi.org/10.33386/593dp.2022.2.1090>
- López, R. M. (2018). Aplicación Temporal de la Ley Penal, Validez y Eficacia en Infracciones de Agresión al Estado. *pontificia Universidad Católica del Ecuador.*, 21.
- Meini, I. (2020). MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito. Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) para Centroamérica y el Caribe (ROPAN), conjuntamente con el Órgano Judicial de Panamá.
- Méndez, I. M. (2020). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Panamá: UNODC.
- Merlo, M. N. (2020). Los paradigmas del derecho penal: El progreso de la ciencia a través de las revoluciones científicas". *Revista Derecho Penal y Criminología*, 28.
- Mogrovejo, A. R. (2019). Aplicación del Principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. *Justicia social*, V(8), 118. <https://doi.org/10.35381>
- Muñoz, F. y García M. (2010). *Derecho Penal Parte General*, 8ª edición, Barcelona, Tirant Lo Blanch.
- Nuñez, F. P. (2019). Los efectos de la media prescripción penal. *Revista de derecho*, 39.
- Ortega, A. (2021). La prescripción de las penas de cumplimiento sucesivo en el Ordenamiento jurídico-penal español. *Acumulación material, jurídica y refundición de penas*, LXXIV, 70.
- Páramo, D. (2015). La teoría fundamentada (Grounded Theory), metodología cualitativa de investigación científica (Editorial). *Pensamiento & gestión*, 39. Universidad del Norte, 119-146,
- Parra Núñez, F. 2019. Prescripción penal y delito permanente. *Revista de la Facultad de Derecho*. 47 (ago), e2019474. DOI:<https://doi.org/10.22187/rfd2019n47a4>
- Penna, C. S. (2021). La teoría del tiempo y la forma de prescripción del delito. *Enfoques penales*, 9.
- Puchana, O. D. (2020). Derecho al Olvido frente a la pena en el derecho penal. *Dos mil tres mil*, 21.
- Rico, R. H. (2021). El principio de legalidad. *Boletín de Ciencias Penales No. 16, Julio-Diciembre*, pp. 1-41, ISSN 2410-8944, 41.
- Rin, N. D. (2020). La imprescriptibilidad del derecho a obtener reparación integral de las víctimas de delitos de lesa humanidad. *Derechos en acción*, 11.
- Rivero Evia, J. (2017). A propósito de la teoría del delito: ¿es aún ... *Revista In Jure Anáhuac Mayab*, año 5, núm.10

- Romero, P. M. (2020). La conversión de la acción penal pública a privada en el sistema jurídico colombiano. *Creative Commons*, 30.
- Sánchez-Sánchez, J. R.-G. (2020). Diseño teórico de la investigación. *Información Tecnológica.*, 31(6), 12.
- Solis, M. F. (2019). Reincidencia y sanción penal. *Nuevo Humanismo*, 26.
- Strauss, A., and Corbin, J. (1998). *Basics of qualitative research: Techniques and procedures for developing grounded theory* (2nd ed.). Thousand Oaks, CA: Sage.
- Teodorico, T. (2020). El principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación del poder penal del Estado. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 12(14): 249-266
- Torres-Vásquez, H. (2022). La aplicación de justicia restaurativa en Colombia y la no vulneración al principio de legalidad. *Saber, Ciencia y Libertad*, 24.
- Vecchi, D. D. (2018). Dos aproximaciones a la filosofía del derecho. *Filosofía del derecho positivo*, 39.
- Zambrano, A. (2009). *Manual de Práctica Procesal Penal*. Perú, Aras Editores
- Zavala Baquerizo, J. (1990). *El proceso Penal*. (Vol. Tomo III). Bogotá, Colombia: Editorial Nomos Ltda.

ANEXO

Entrevista a operadores jurídicos

Objetivo: Conocer las opiniones acerca de la prescripción como institución jurídica de abogados en el libre ejercicio de la profesión.

1. ¿Está usted de acuerdo con la institución jurídica de la prescripción en materia penal, y por qué?
2. ¿Está usted de acuerdo que el ejercicio público de la acción penal en ningún caso prescriba en menos de cinco años, tanto de iniciado o no el proceso?
3. ¿Está usted de acuerdo con que el ejercicio público de la acción penal prescriba iniciado o no el proceso penal, solo en el máximo de la pena prevista en aquellos delitos cuya pena privativa de libertad sea menor a cinco años?

