



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE MACHALA

CENTRO DE POSGRADO

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES

**PROGRAMA DE MAESTRÍA PROFESIONAL EN DERECHO, MENCIÓN
DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

**PERTINENCIA DE LA INCORPORACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE
IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO.**

AB. WILSON ENRIQUE CASTILLO YAGUANA

MACHALA

2022



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE MACHALA

CENTRO DE POSGRADO

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES

**PERTINENCIA DE LA INCORPORACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE
IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO.**

AB. WILSON ENRIQUE CASTILLO YAGUANA

**(Artículo profesional de alto nivel en opción al título de Magíster en Derecho,
Mención Derecho Penal y Criminología)**

TUTORA: Luis Johao Campoverde Nivicela.

MACHALA

2022

DEDICATORIA

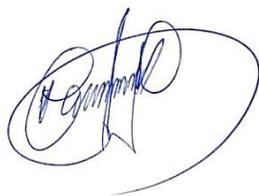
El presente artículo científico va dedicado a mi hija y mi nieto, Gabriela Castillo y Gabriel Ordoñez, y a mis padres puesto que sin su apoyo incondicional no hubiera sido posible, así como también a cada uno de los maestros que con su conocimiento esmero y dedicación me han enseñado en cada una de las materias, sus conocimientos.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco primero a Dios, y de manera especial a mí familia quienes me han acompañado a lo largo de este camino lleno de aprendizaje; Gracias a cada uno de los maestros que hicieron posible la adquisición de conocimientos en esta maestría.

RESPONSABILIDAD DE AUTORÍA

Yo, *Wilson Enrique Castillo Yaguana* con C.I. 0703544973 declaro que el trabajo de titulación “PERTINENCIA DE LA INCORPORACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO.”, en opción al título de Magister en Derecho, Mención Derecho Penal y Criminología, es original y auténtico; cuyo contenido: conceptos, definiciones, datos empíricos, criterios, comentarios y resultados son de mi exclusiva responsabilidad.

A handwritten signature in blue ink, consisting of stylized, overlapping loops and curves, enclosed within a larger, loopy oval shape.

Ab. Wilson Enrique Castillo Yaguana
CI: 0703544973

Machala, 2022/11/11

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR AUTORIZANDO PRESENTACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Yo, Luis Johao Campoverde Nivicela con C.I. 0704583111; tutor del trabajo de titulación "Pertinencia de la incorporación de la excepción de improcedencia de la acción en el proceso penal ecuatoriano", en opción al título de Magister en Derecho, Mención Derecho Penal y Criminología, ha sido revisado, enmarcado en los procedimientos científicos, técnicos, metodológicos y administrativos establecidos por el Centro de Posgrado de la Universidad Técnica de Machala (UTMACH), razón por la cual doy fe de los méritos suficientes para que sea presentado a evaluación.



Dr. Luis Johao Campoverde Nivicela
C.I. 0704583111

Machala, 2022/11/11

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTORÍA A LA UTMACH

Yo, Wilson Enrique Castillo Yaguana con C.I. 0703544973 autor del trabajo de titulación **“PERTINENCIA DE LA INCORPORACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO.”**, en opción al título de Magister en Derecho, Mención Derecho Penal y Criminología, declaro bajo juramento que:

- El trabajo aquí descrito es de mi autoría, que no ha sido presentado previamente para ningún grado o calificación profesional. En consecuencia, asumo la responsabilidad frente a cualquier reclamo o demanda por parte de terceros de manera exclusiva

- Cede a la Universidad Técnica de Machala de forma exclusiva con referencia a la obra en formato digital los derechos de:

- a. Incorporar la mencionada obra en el repositorio institucional para su demostración a nivel mundial, respetando lo establecido por la Licencia Creative Commons AttributionNoCommercial – Compartir Igual 4.0 Internacional (CC BY NCSA 4.0); la Ley de Propiedad Intelectual del Estado Ecuatoriano y el Reglamento Institucional.

- b. Adecuarla a cualquier formato o tecnología de uso en INTERNET, así como correspondiéndome como Autor la responsabilidad de velar por dichas adaptaciones con la finalidad de que no se desnaturalice el contenido o sentido de esta.



Abg. Wilson Enrique Castillo Yaguana
CI: 0703544973

Machala, 2022/11/11



Casa Editora del Polo (CASEDELPO), hace constar que:

El artículo científico:

**“PERTINENCIA DE LA INCORPORACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA
DE LA ACCIÓN EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO”**

De autoría:

Castillo Yaguana Wilson Enrique; Campoverde Nivicela Luis Johao

Habiéndose procedido a su revisión y analizados los criterios de evaluación realizados por lectores pares expertos (externos) vinculados al área de experticia del artículo presentado, ajustándose el mismo a las normas que comprenden el proceso editorial, se da por aceptado la publicación en el **VOL 7, NO 10, Noviembre 2022** de la revista Polo del Conocimiento, con ISSN 2550 - 682X, indexada y registrada en las siguientes bases de datos y repositorios: **Latindex Catálogo v2.0, MIAR, Google Académico, ROAD, Dialnet, ERIHPLUS.**

Y para que así conste, firmo la presente en la ciudad de Manta, a los 20 días del mes de septiembre del año 2022.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'V. Jama', written over the printed name and title.

Dr. Víctor R. Jama Zambrano
DIRECTOR

Dirección: Ciudadela El Palmar II Etapa Mz. E. No 6

Teléfono: 0991871420

Email: polodelconocimientorevista@gmail.com

www.polodelconocimiento.com

Manta – Manabí- Ecuador

PERTINENCIA DE LA INCORPORACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO.

RELEVANCE OF THE INCORPORATION OF THE EXCEPTION OF IMPROPERNESS OF THE ACTION IN THE ECUADORIAN CRIMINAL PROCESS.

AUTORES:

CASTILLO YAGUANA WILSON ENRIQUE

wcastillo4@utmachala.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0002-0670-4223>

Universidad Técnica de Machala; Machala; Ecuador

LUIS JOHAO CAMPOVERDE NIVICELA

lucampoverde@utmachala.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0003-0679-1512>

Universidad Técnica de Machala; Machala; Ecuador

RESUMEN

El proceso penal ecuatoriano, se desarrolla bajo el sistema acusatorio adversarial y el principio de oralidad de manera fundamental; está estructurado en etapas cada una con un objeto claro, pero, en definitiva, el propósito del proceso nos es otro que alcanzar la verdad. El Fiscal, es el titular de la acción penal, y en mérito de aquello la Constitución y la ley le han otorgado amplias facultades que le permiten por un lado indagar y por otro impulsar el proceso. Su papel a su vez, debe desarrollarse con objetividad; es decir, no con la única misión de acusar, sino con la de lograr que la verdad reciba procesalmente lo que le corresponde. En la presente investigación, hemos trabajado un aspecto que tiene que ver con las limitaciones que tienen los procesados frente a la imputación del fiscal en la etapa de instrucción, en la que nada puede hacer ante el titular de la acción penal, ya que su imputación será incuestionable, sino hasta la etapa preparatoria de juicio, momento hasta el que ya

se pueden haber afectado en demasía sus derechos o expectativas procesales. Se ha revisado la figura de la excepción de improcedencia de la acción cuando el hecho no constituye delito que, en la legislación peruana, sirve para impugnar una indebida imputación por un tipo penal, y nuestro objetivo principal ha sido el de determinar su pertinencia en la legislación ecuatoriana.

PALABRAS CLAVE: proceso, excepción, imputación, fiscal, procesado.

ABSTRAC

The Ecuadorian criminal process is developed under the adversarial accusatory system and the principle of orality in a fundamental way; It is structured in stages, each one with a clear objective, but, ultimately, the purpose of the process is nothing other than reaching the truth. The Prosecutor is the head of the criminal action, and in virtue of that, the Constitution and the law have granted him broad powers that allow him, on the one hand, to investigate and, on the other, to promote the process. His role, in turn, must be developed objectively; that is to say, not with the sole mission of accusing, but with that of ensuring that the truth receives procedurally what corresponds to it. In the present investigation, we have worked on an aspect that has to do with the limitations that the defendants have against the imputation of the prosecutor in the investigation stage, in which nothing can be done before the holder of the criminal action, since his imputation will be unquestionable, until the preparatory stage of the trial, at which point their rights or procedural expectations may have already been affected too much. The figure of the exception of inadmissibility of the action has been revised when the fact does not constitute a crime that, in Peruvian legislation, serves to challenge an undue imputation for a criminal type, determining its relevance in Ecuadorian legislation.

KEY WORDS: process, exception, imputation, fiscal, processed.

METODOLOGÍA: Esta investigación es fundamentalmente descriptiva, a través de los diferentes epígrafes que se van a desarrollar, se han exponer los contenidos sobresalientes de cada una de las instituciones involucradas, a fin de conocer sus alcances y poder interpretarlas de manera correcta.

Se trata también, de una investigación cualitativa que se apoyará en la doctrina jurídica especializada que se ha seleccionado para desarrollar el debate, y de esta recopilación de información se obtendrá resultados respaldados en criterios válidos.

Los métodos de análisis, síntesis y exegético, completan la estructura metodológica que será utilizada para poder manejar la información desde lo general a lo particular y finalmente, la discusión dentro del contexto de las normas jurídicas del estado ecuatoriano.

I. INTRODUCCIÓN

El proceso penal es un escenario de discusión sobre la verdad, discusión que amenaza a la libertad como derecho fundamental. En el conflicto procesal penal existen posiciones que son generalmente irreconciliables; por un lado, se encuentra el Fiscal cuya expectativa principal es la de alcanzar la condena de una o varias personas procesadas, y por otro, están justamente esas personas buscando su exculpación, pero más allá de aquello, se entiende que estas partes están en igualdad de condiciones para enfrentarse.

En muchos espacios del proceso se aprecia, sin embargo, una supremacía de posibilidades del Fiscal sobre los procesados, lo que pone de manifiesto que la igualdad de armas es un principio que muere en el papel, sin que realmente el procesado se encuentre a la altura del Fiscal al momento de defenderse. No existe así la misma fuerza de acción en ambas partes, el procesado está limitado a sus posibilidades tanto económicas como logísticas.

El fiscal es el titular de la acción penal pública. En el proceso es el encargado de realizar la investigación previa al proceso penal, y de iniciarlo cuando la investigación expone la presunción de la existencia de un delito y de un presunto responsable, a quien se le imputará su cometimiento en calidad de procesado. Ahora bien, de los elementos con que cuenta fiscalía al formular cargos, debe dirigir el proceso hacia un posible delito u otro (selección del tipo penal), de manera que se constituyen derechos u obligaciones para el procesado en mérito de aquello. Nos referimos a que el tipo de delito por el que se inicia el proceso al formularle cargos a una persona, expone sus posibilidades de defensa, como en el caso de que se impute el delito de daños materiales en materia de tránsito en la que no puede existir prisión preventiva, pero en su lugar se toma la decisión de hacerlo por el de lesiones que no existieron; o cuando se imputa el delito de delincuencia organizada en lugar de asociación ilícita, delito por el que sería posible una caución.

De la imputación que realiza el fiscal depende mucho la “suerte” del procesado, sus posibilidades de defensa se ven limitadas si es que el mismo actúa con poca objetividad, afectándolo en algunos casos de manera demasiado grave, sin que pueda hacer nada al respecto ya que no existe figura ni recurso actualmente, que le permita luchar contra una inadecuada imputación, sino hasta la audiencia preparatoria de juicio o en el mismo juicio.

En la presente investigación nos hemos propuesto como objetivo principal determinar si la figura de excepción por improcedencia de la acción es pertinente en la legislación procesal penal ecuatoriana; esta figura que aparece en el proceso penal de la República de Perú, permite que el procesado acuda ante el Juez penal en la etapa de Instrucción, para que revise si la imputación al tipo penal es correcta,

o si existe atipicidad. En el primer caso están los supuestos en que el Fiscal se excede en la carga de la imputación, como cuando formula cargos por femicidio cuando el tipo correcto sería el de homicidio; mientras que, en el segundo caso, se encontrarían los supuestos que no constituyan delito por no existir la descripción del tipo penal en la ley

Nuestro sistema procesal penal, establece un conjunto de reglas que lo hacen ágil y eficaz, por un lado, y debe entenderse que del mismo emanan decisiones justas e imparciales. El proceso está estructurado por 3 etapas, siendo la primera la etapa de instrucción en la que se realiza la investigación del delito imputado a una persona, luego se desarrolla una etapa preparatoria de juicio en que se valoran si los elementos recabados por la fiscalía para impulsar una acusación tienen esa categoría; finalmente en la etapa de juicio el tribunal o Juez Penal establece su decisión en sentencia. En esta decisión puede cambiar la figura de la imputación y acusación favoreciendo al procesado (cuando corresponde a la realidad procesal) al reducir la carga de las mismas, como en el caso de que fiscalía haya imputado un asesinato y el tribunal condene por homicidio, ya que, si bien se establece una condena, la dimensión entre una u otra son muy grandes.

El problema de esta realidad es que, en esos casos, el procesado pudo haber perdido varias posibilidades de defensa, ya que pudo haberse sometido a un proceso penal abreviado, pero por una inadecuada imputación que o pudo objetar, se vio impedido de hacerlo. La presente investigación ha revisado esas circunstancias, por lo que las conclusiones a las que se ha arribado han cumplido con los objetivos propuestos; fundamentalmente hemos determinado la pertinencia de la posibilidad de que el procesado durante la instrucción fiscal pueda impugnar la figura típica por la que se le ha formulado cargos.

II. DESARROLLO

2.1. EL FISCAL Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La administración de justicia, forma un trípode que sostiene a la sociedad, conjuntamente con la función ejecutiva y legislativa. Estas últimas se encargan de la administración de la hacienda pública, y de legislar; la función judicial, busca alcanzar justicia para el soberano, a través de la actuación de los jueces y juezas de la República.

La administración de justicia penal se realiza a través del proceso penal, que es el único camino legítimo que el Estado puede recorrer para imponer una sanción a quien se haya declarado responsable de haber cometido una infracción penal.

Es deber principal del estado es velar por los intereses generales de la sociedad, promover el bienestar de la misma y ejercer los actos de coerción que la ley le permite, para el efecto, a través de sus instituciones el Estado se organiza para cumplir con las funciones que la constitución y las leyes le asignan.

El Art. 194 de la Constitución de la República del Ecuador, señala que la Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, a la que se le atribuye la representación de los intereses de la sociedad mediante el ejercicio de las facultades de dirección de la investigación de los hechos que revisten los caracteres de delito, así como la protección a las víctimas y testigos. Su actuación se desenvuelve en la esfera de la verdad y el derecho, de suerte que el Fiscal no es un ciego perseguidor de culpables o inocentes, sino un funcionario estatal que procura el esclarecimiento de la verdad en que reposa la justicia (Asamblea Nacional Constituyente 2008).

El Fiscal lleva al proceso en nombre de la sociedad, a fin de representarla ante el Juez para que esta puede tener los elementos de juicio necesarios para administrar justicia en nombre del Estado imponiendo la pena al verdadero culpable. La sociedad es la interesada en el mantenimiento y respeto del orden jurídico y en la reparación del daño causado en una infracción penal.

El Fiscal es el encargado de exhibir la pretensión punitiva, es quien con objetividad debe fundamentar la necesidad de la existencia de un juicio; no puede existir un juicio sin acusación, y en el ejercicio de la misma, el fiscal asume una carga probatoria, teniendo de esta manera el deber de probar todo aquello de lo que pretenda acusar al procesado. Para administración de justicia, el fiscal es quien debe llevar la verdad al escenario jurisdiccional, con la idea de que esa verdad permita alcanzar justicia, sea condenando o absolviendo.

El Estado prohibió la autotutela de los derechos subjetivos por los particulares, por lo que asume el monopolio de la jurisdicción y el determinar las conductas que merecen un reproche social, tipificándolas como delitos en las leyes penales, para proteger la convivencia en sociedad. Pero la única forma de aplicación de la ley penal es mediante el proceso, sin embargo, este proceso está determinado por la naturaleza del sistema procesal, y de esta naturaleza se determinarán los principios y caracterización de las etapas implícitas y funciones de los actores que intervienen.

Nuestro modelo de derechos y justicia constitucional, requiere no solo del atributo de objetividad por parte del fiscal, sino de un compromiso con la verdad y con la justicia, de manera que sus actuaciones sean las correctas, en la investigación preprocesal, la imputación y la acusación. Para nada será admisible, la idea de un fiscal cerradamente acusador, o que en alguna medida actúe solo buscando el perjuicio del procesado.

2.2. LA LABOR DE LA FISCALÍA EN EL DERECHO PENAL

El Código Orgánico de la Función Judicial en el Art. 281 dispone que: *La fiscalía general del Estado es un organismo autónomo de la Función Judicial, con autonomía económica, financiera y administrativa. Tiene su sede en la capital de la República, expandiéndose así mismo sus funciones, en la que se destaca la primera, 1. Dirigir y promover, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal y demás leyes, en casos de acción penal pública; de hallar mérito acusar a los presuntos infractores ante el Juez competente e impulsar la acusación en la sustanciación del juicio penal (AN 2021).*

Las funciones del fiscal se centran en el derecho penal, su campo de actuación es el proceso penal. En este sentido su interés se limita a que se actúe respecto del autor real del hecho punible, y para su determinación se imparcializa su función frente al titular del órgano jurisdiccional, para acertar con el sujeto pasivo de su pretensión.

En el momento en que el fiscal desarrolla su labor, paralelamente se exponen los derechos del procesado, los mismo que está obligado a respetar y garantizar. En primer lugar no puede ser condenado sin juicio previo, afirmación que comprende el periodo de investigación sobre el acto; y, el periodo en el que se establece la culpabilidad; y, es a la Fiscalía a quien constitucionalmente se le ha conferido la facultad de dirigir de oficio o a petición de parte la investigación pre procesal y procesal penal y de hallar mérito, acusar a los presuntos infractores ante el juez competente e impulsar la acusación en la sustanciación del juicio penal, conforme lo preceptúa el Art. 195 de la Constitución. Además, como señala Claría Olmedo, esta institución, tiene que alcanzar la decisión del órgano jurisdiccional, mediante el ejercicio de la acción, ejercicio en el que precisamente está comprendida la investigación procesal, esto es, aquella que tiene la obligación de realizar la Fiscalía (Claría Olmedo 2012).

Para el maestro Alfredo Vélez Mariconde, este órgano tiene la función de promover y proseguir la acción penal, es decir, de excitar al órgano jurisdiccional y requerirle una decisión justa, sobre el fundamento de la pretensión represiva que emerge del delito. En palabras del precitado tratadista, esta función de demandar la actuación de la ley penal, se inspira en la finalidad de administrar justicia (Velez 2006).

A esta institución le interesa profesionalmente poder interponer y que se actúe su pretensión punitiva, precisando el referido autor que es un colaborador del titular del órgano jurisdiccional, buscando garantizar la observancia de la norma violada.

En expresiones del jurista Dr. Jorge Zavala Baquerizo, La función de administrar justicia requiere del juez la certeza sobre dos cuestiones fundamentales: sobre la existencia de un acto adecuado a un tipo penal y sobre la culpabilidad de la persona a quien se le atribuye ese acto; por lo tanto, la investigación que realiza la Fiscalía, es trascendental, pues es a este órgano a quien le corresponde llevar al proceso los medios de prueba que permitan el establecimiento tanto de la existencia jurídica del delito, como la activa participación del imputado en el mismo (Zavala baquerizo 193).

Un delito no nos interesa como parte de un catálogo en la ley Penal, nos interesa en su expresión social, es decir ¿cómo sucede?, ¿por qué sucede?, ¿quién lo cometió?, particularidades que debe resolver la Fiscalía durante la investigación con eficiencia debida, para que la administración de justicia resuelva sobre la culpabilidad o inocencia del acusado.

A la Fiscalía General del Estado le corresponde investigar e incorporar al procedimiento prueba de oficio, como órgano de persecución penal, objetivo e imparcial, procurando la sanción de los infractores de la Ley Penal y la defensa de las personas acusadas sin justa causa. Se trata sin duda de una atribución importante respecto de la construcción de la verdad, pues, si bien es cierto, el juez es el único capacitado para, a nombre del Estado, administrar justicia en el caso concreto, compete al Fiscal investigar para que, si del resultado de esa investigación arriba la conclusión de que se ha cometido objetivamente un delito de acción penal pública formule el requerimiento acusatorio como destaca Alfredo Vélez (Velez 2006).

Un reconocido jurista como Karl Heinz Góssel, sostiene que esta institución con su esencial función de interponer la acusación se mueve en el punto de unión entre el ámbito de investigación y la esfera resolutoria del poder judicial, es decir, la naturaleza misma de la resolución calificatoria marca un interés que obedece al desarrollo de la función de administrar justicia y de la facultad punitiva del Estado. Por cierto, no hay sentencia sin acusación, así como no hay acusación sin prueba, ni prueba sin investigaciones (Heinz Gossel 2004).

Opinamos que la actividad del Fiscal es investigar, mientras que la actividad del Juez es juzgar, el primero no comprende al segundo, correspondiendo únicamente a éste órgano, la labor de investigación con absoluta objetividad, no computando las condenas como victorias y las absoluciones como derrotas, sino como un órgano estatal que, con independencia de su ubicación institucional, se orienta hacia criterios de justicia, a fin de no perjudicar la verdad histórica y garantizar la correcta administración de justicia.

Si bien el fiscal tiende en muchos momentos a ser visto como el verdugo del proceso, su misión no va dirigida a la persona contra quien se inicia el proceso, sino con la verdad, con los hechos, y con la necesidad social de que exista una respuesta frente a las necesidades de justicia de la sociedad.

2.3. EL FISCAL COMO SUJETO ACTIVO EN EL PROCESO PENAL.

El proceso penal es una institución que se desarrolla de acuerdo con la ley de procedimiento preexistente, de manera continuada y progresiva, a través de etapas y que tiene como objeto una infracción y como finalidad la imposición de la pena. En la Constitución del Ecuador, se expone que el sistema procesal es un medio para alcanzar justicia.

Para que exista proceso penal, debe existir un conflicto social que requiere la atención de la más rigurosa forma de expresión punitiva del estado. La relación jurídica procesal tiene carácter triangular en el sentido que es necesaria para el fin de su constitución la presencia de tres sujetos: juez, fiscal y el procesado. Son estos los tres sujetos principales del proceso como relación jurídica.

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo, en su Tratado de Derecho Procesal Penal, señala que son sujetos procesales aquellas personas que, de manera principal, o accesoria, intervienen en la constitución y desarrollo del proceso penal por ser titulares de una determinada potestad, o por tener que cumplir ciertas funciones particulares y eventuales referidas a un concreto objeto procesal. Precizando que los sujetos principales son el juez o tribunal, el fiscal y el justiciable, con estas tres personas se constituye la relación jurídica que es de la naturaleza del proceso, cuando se trata de aquellos procesos que tienen por objeto delitos cuyo ejercicio de acción es público (Zavala baquerizo 193).

El Juez penal es la persona que ejerce la jurisdicción penal. También podemos decir que es el que representa al órgano jurisdiccional y encargado de dar inicio al proceso. También se puede decir que el juez penal es el sujeto procesal investido de potestad, de imperio para administrar justicia.

El fiscal es el encargado de exhibir la pretensión punitiva, se le conoce también como acusador público. Su función principal es exhibir la pretensión punitiva en razón de un interés superior del Estado. Aquella función, debe ser absolutamente objetiva, estrictamente jurídica y siempre ajena a toda consideración de conveniencia, puesto que, en la misma medida que el Juez, carece de poderes discrecionales.

El Dr. Edmundo Durán Díaz, considera que el fiscal no ejerce una pretensión punitiva, piensa que su función está encaminada al descubrimiento de la verdad y

para ello ejerce la acción penal independiente de que la sentencia resulte absolutoria o condenatoria, estima el precitado autor que aun cuando el fiscal se abstenga de acusar, siempre estará ejerciendo la acción penal, como lo acepta Giuseppe Bettiol, al decir el proceso penal por su naturaleza tiene una sentencia (Duran Diaz 2002).

La acción penal es ejercida por Fiscalía tanto en el caso en el que se pida la condena como cuando se pida la absolución, opinamos que dos son los deberes principales que el fiscal debe cumplir en el ámbito procesal penal, esto es como titular del ejercicio público de la acción penal; y, como sujeto principal de la pretensión punitiva, pues el fiscal impulsa el proceso para la estimación de la pretensión punitiva; el procesado, contradice la posición acusadora para que el juez desestime dicha pretensión. (Alcivar 2014)

Finalmente, el procesado es la persona que, dentro del proceso penal, va a enfrentarse con la pretensión punitiva exhibida por el sujeto activo del proceso, el fiscal. No se concibe la iniciación de un proceso penal sin que exista un sujeto pasivo del mismo, pues si el proceso penal se inicia porque se ha cometido una infracción, es evidente que se lo inicia para un fin: la imposición de la pena al que resulte culpable de ese delito.

El fiscal es el sujeto activo necesario en el proceso penal, de tal forma que, si el acusador particular como sujeto activo eventual desiste de la pretensión punitiva, el proceso continúa sustanciándose con la sola presencia del fiscal, por lo tanto, es irremplazable en los procesos de acción penal pública de instancia oficial o particular.

Las actividades del fiscal como parte necesaria del proceso penal y por lo tanto como sujeto activo de la pretensión punitiva son variadas en el desarrollo del proceso. Su primera obligación es llevar al proceso los elementos estructurales del delito, que se dice cometido por el imputado.

La obligación del fiscal es la de llevar al proceso los medios de prueba que permitan el establecimiento tanto de la existencia jurídica del delito como la de la activa intervención del imputado en dicho delito.

Cuando el fiscal estime que la investigación cumplida ofrece elementos para fundamentar la acusación, requerirá por escrito la apertura del juicio, individualizando al imputado, haciendo una relación de los hechos, efectuando una concreción de la imputación y una reseña de los medios de prueba que la sustentan. Pero si, pese a la investigación procesal, no ha sido posible cumplir con la finalidad impuesta, entonces deberá abstenerse de acusar (Campoverde 2018).

Lo que pretende el fiscal en cuanto sujeto activo del proceso penal es que el juez estimando el contenido de la pretensión haga efectivo el poder de punir que está reservado al Estado. Pretensión que como precisa el jurista Dr. Jorge Zavala Baquerizo no sólo mira el establecimiento del acto típico y la identificación plena de la persona dueña de ese acto, sino que también mira el establecimiento de culpabilidad de esa persona.

2.4. LA POTESTAD DEL FISCAL DE REALIZAR UNA IMPUTACIÓN PENAL

El proceso penal inicia con la instrucción fiscal. Esta es la primera etapa, en la que el Fiscal debe reunir las evidencias para sostener un dictamen acusando al procesado o exponiendo un dictamen no acusatorio, cuando de los elementos que recaba se aprecia que no tiene participación en el ilícito investigado.

En el proceso penal, existen posiciones generalmente irreconciliables, ya que por un lado esta el fiscal que como se expuso representa la necesidad social de justicia, y por otro lado un ciudadano a quien se le atribuye el hecho socialmente rechazado. El fiscal es quien tiene la obligación de probar que el ciudadano procesado ha tenido participación en el ilícito, mientras que el procesado no está obligado a probar su inocencia, que es un estado natural reconocido constitucionalmente (García Ramírez 2016).

La instrucción fiscal empieza en audiencia oral y contradictoria, en que debe estar presente el ciudadano a quien se le pretende formular cargos, para que ejerza su defensa. El Juez convoca imperativamente a la audiencia, solo cuando existe petición del Fiscal, caso contrario, no lo puede hacer.

Aquí debemos resaltar que quien decide si se convoca a audiencia para formular cargos es el fiscal, aunque quien finalmente quien hace la convocatoria y dirige la audiencia es el Juez, pero su potestad no le permite decidir si hay méritos o no para convocar a audiencia, sino que, ante la petición del fiscal, debe obligatoriamente hacerlo, y en la audiencia tiene algunas facultades, y de la misma manera se exponen algunas de Fiscalía.

En la audiencia de formulación de cargos, es el fiscal quien determina si se inicia o no el proceso penal; así mismo, es quien determina el delito por el que se va a procesar a la persona a la que se le formula los cargos. El Juez no tiene aquí potestad alguna, de tal manera que no puede impedir la apertura del proceso, ni tampoco puede disponer el delito por el que se ha de procesar al ciudadano (Fernandez 2004).

Es muy importante para nuestra investigación que resaltemos que la formulación de cargos a un tipo penal es potestad, pero también responsabilidad del fiscal, y que

una imputación correcta no solo que permite que realice mejor su trabajo, sino que permite un proceso justo y eventualmente un juicio justo.

Esto último en relación a que, en muchos procesos, el fiscal se excede en la carga punitiva con que inicia el proceso, impidiendo al procesado ejercer algunas de las posibilidades de defensa con que cuenta, como en el caso de que el fiscal formule cargos por el delito de delincuencia organizada cuando lo correcto de acuerdo a los hechos sería el tipo de asociación ilícita, cuya pena supera los 5 años de privación de la libertad, impidiéndole ofrecer caución, someterse al procedimiento abreviado con una pena rebajada, etc (Armenta 2020).

Si el procesado advertía someterse voluntariamente al proceso penal abreviado, pero por el delito de asociación ilícita, y no lo hace al tener una pena más elevada por delincuencia organizada, y en el juicio finalmente el juzgador lo condena por asociación ilícita, se ha afectado sus posibilidades legítimas de defensa, puesto que, por la mala imputación del fiscal, perdió una oportunidad de atenuar su pena.

Un ejemplo más claro de lo expuesto, sería si se inicia con la formulación de cargos, al tipo de tentativa de asesinato, cuya pena es de 22 a 26 años de privación de la libertad, que excluye la posibilidad de acogerse al proceso penal abreviado; si finalmente el tribunal penal condena por el delito de lesiones dolosas consumadas el procesado deberá cumplir una pena mucho más elevada que la que le correspondía si se le permitía someterse al proceso abreviado.

Si el Juez no tiene potestad alguna sobre el inicio del proceso y la imputación al tipo, mucho menos la tiene el procesado, cuya defensa en la audiencia de formulación de cargos solo puede exponer su inconformidad y advertir las consecuencias de la incorrecta imputación, pero su exposición no puede para nada cambiar la dirección del proceso, ya que, aunque sea escuchada y valorada por el Juez, este, como lo señalamos, no puede hacer sino garantizar el ejercicio de la potestad del fiscal.

En nuestro sistema jurídico, no existe ningún mecanismo de defensa, con que se pueda impedir que el Fiscal abuse de su potestad de formular cargos y realizar una incorrecta imputación, por lo que es evidente que existe una desventaja entre el acusador y el procesado, que está legitimada; esta situación que en la práctica ya se ha materializado, no es admisible en el sistema constitucional de derechos y justicia, ya que las afectaciones que se han evidenciado claramente constituyen una violación directa al derecho a la defensa. En tales casos, más allá de la instancia hasta donde avance el proceso, el juez superior podría declarar la nulidad del proceso desde la formulación de cargos (Rodríguez 2014).

En el estado de Perú, vecino de nuestro país, existe para el caso, la institución de la excepción de improcedencia de la acción. En este sistema jurídico en el proceso penal, existen las excepciones tal cual las conocemos en nuestros procesos no

penales establecidos en el Código Orgánico General de Procesos; las excepciones permiten a la defensa de las partes, exponer debilidades, vicios, o situaciones que impiden la validez del proceso.

2.5. LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

En este epígrafe vamos a revisar el alcance de la figura de excepción de improcedencia de la acción, que se encuentra regulada en la legislación procesal penal peruana. Las excepciones en materia penal fueron instituidas como aceptación de los resultados de las excepciones existentes en sede civil. Este traslado de un área del derecho a otra, ha sido objeto de duras críticas, llegando algunos autores a proponer su eliminación del ordenamiento procesal penal.

La doctrina señala que la excepción de improcedencia de la acción tuvo un origen pretoriano. Así, San Martín Castro, señala que, hasta la década de los ochenta, sólo se encontraba regulada la llamada excepción de naturaleza de juicio, la cual fue pensada por nuestro legislador de entonces para encausar debidamente aquellos procesos mal incoados en la vía penal, tal como sigue siendo su finalidad actualmente (Ramón Puerta 2016).

La práctica judicial, prontamente entendió que su ámbito de aplicación podría extenderse para aquellos casos en los cuáles era evidentemente injusto sustanciar en un proceso penal, un hecho que manifiestamente no revestía caracteres de delito. Quedó convertida así la excepción de naturaleza de juicio en una especie de excepción omnicomprendiva, que tuvo mucha aceptación jurisprudencial.

Es así notorio que una de las razones de dicha aceptación, fue quizá el hecho que en ese entonces sólo existía la posibilidad de deducir cuestiones prejudiciales, y los jueces necesitaban algo con que lidiar aquella carga constituida por aquellos casos que a su juicio no eran casos penales.

Todo lo señalado está suficientemente documentado en la doctrina nacional peruana, tanto en la obra de San Martín Castro, y con mayor detalle aún en la de Florencio Mixán Mass, quien recopila diversas resoluciones judiciales que, ya desde los años cuarenta, se pronunciaban con un criterio similar a este: La excepción de naturaleza de juicio procede cuando se abre instrucción por hecho no previsto en la ley penal como delito (Ramón Puerta 2016).

El texto expreso del Código de Procedimientos Civiles de 1912, vigente en Perú en ese entonces señalaba expresamente únicamente lo siguiente:

Artículo 316.- La excepción de naturaleza de juicio, puede ser deducida cuando se da a la demanda una sustanciación distinta de la que corresponde a este código.

Ahora bien, puede ser que el antecedente más antiguo que se registra en relación a la extensión que se hizo del concepto de la excepción de naturaleza juicio, lo encontramos en un texto del profesor Domingo García Rada. Este destacado procesalista peruano señala en su clásico Manual de Derecho Procesal Penal, que existe registro de esta extensión jurisprudencial de los supuestos de la excepción de naturaleza de juicio ya desde los años veinte:

Desde el punto de vista estrictamente procesal, esta excepción procede cuando a una denuncia se le dé un trámite que no le corresponde. Pero como hasta la dación de Decreto Ley 17110, sólo existía un procedimiento en materia penal –la querrela era empleada en los delitos de acción privada– la Jurisprudencia había establecido que esta excepción, además, podía oponerse cuando los hechos denunciados como delito, no estaban calificados como tales en la ley penal.

En realidad, esta interpretación jurisprudencial llena un vacío, pues reemplaza a la excepción de naturaleza de acción que la ley procesal no contempla.

Posteriormente, llegaría el momento en que estas decisiones jurisprudenciales parecían desdibujar tanto una institución que según los contornos de la ley no daba para más. El problema se presentaba como serio si las dos únicas opciones eran, por un lado, extender los alcances de la excepción de naturaleza de juicio a niveles tan distanciados del texto de la ley; o por el otro, contentarse con la injusticia de incoar procesos penales sobre la base de hechos manifiestamente atípicos.

Además de aquello, parece ser que los litigantes presionaban para que los tribunales hallaran la forma de culminar los procesos vía excepción, en casos que ellos consideraban como penalmente no relevantes. O tal vez, la finalidad de algunos litigantes era sólo tener una oportunidad más de cuestionar la responsabilidad de sus patrocinados, conducta que por lo demás no es muy difícil de imaginar. En todo caso, ejemplifica muy bien la presión que ejercía un sector practicante del litigio, el hecho que García Rada, se viera en la necesidad de hacer estas recomendaciones en su manual: Es frecuente deducir la excepción de irresponsabilidad, pero constituye error. No hay tal excepción, porque el acreditar la responsabilidad o irresponsabilidad del procesado, es el objeto de la instrucción y no puede deducirse como medio de defensa (García Rada 2011).

Con todo, no sólo el legislador del Código de Procedimientos Penales de 1940 fue reticente a la inclusión de la excepción de naturaleza de acción en el ordenamiento procesal, sino que también otras propuestas de inclusión tuvieron que esperar mucho tiempo aún para ser atendidas. Parece ser que el legislador, consideró que, a pesar de los reclamos de un sector de la comunidad jurídica, existían otras razones de peso que lo disuadieron de la inclusión de esta figura; a pesar, incluso,

de que la comisión que redactó el Proyecto Sustitutorio del Código de Procedimientos Penales en 1976, propuso la inclusión expresa de esta excepción.

Mediante el Decreto Legislativo N.º 126 del año 1981 el legislador peruano decidió superar el vacío del Código de Procedimientos Penales, a través de una norma modificatoria a su texto original; y, de manera expresa, positivizó una excepción que pudiera utilizarse específicamente para solicitar el sobreseimiento allí cuando los hechos investigados no constituyan delito, o no sean justiciables penalmente. A esta nueva excepción se le llamo excepción de naturaleza de acción (Sanmartin Castro 2014).

Posteriormente, por una cuestión de conceptos, se concluyó que la naturaleza de la acción no estaba en juego, sino más bien su procedencia. Así que, finalmente se varió la definición a la excepción de improcedencia de acción vigente en el Código Procesal Penal, pero con el mismo contenido claro está.

El problema en general que plantea una excepción de improcedencia de acción, es resolver la cuestión de hasta qué punto puede concluirse un proceso anticipadamente, por los hechos que sustentan una pretensión punitiva, cuando se alega que éstos no se adecuan al supuesto de la norma invocada como fundamento jurídico de dicha pretensión. Es decir, la falta de adecuación de los hechos al derecho, es una cuestión que puede hacerse valer como medio técnico de defensa, o más bien debe tratarse siempre como una cuestión de fondo. Si constituye un medio de defensa, la misma debe poder ejercerse en cualquier estado del proceso, pero si se debe tratar como una cuestión de fondo, lo debe resolver el juzgador al final del proceso en su sentencia (García Rada 2011).

Absolver esta pregunta no es tarea sencilla, como a primera vista pudiera parecer. La respuesta adecuada tal vez sea diferenciada; es decir, existirán algunos casos en donde el fundamento de la pretensión debe evaluarse luego del debate probatorio, y otros en donde la falta de razonabilidad de la pretensión pueda deducirse como medio técnico de defensa.

En el caso ecuatoriano, si la formulación de cargos realizada por el fiscal implica la imputación a un tipo penal, que es evidente no está sostenida con elementos de convicción que puedan hacer presumir una infracción penal determinada, sino talvez otra o ninguna reconocida en un tipo penal; la defensa podría plantear la excepción de improcedencia de la acción, buscando que el juzgador no permita el inicio del proceso, o determinando que el fiscal realice una formulación de cargos apropiada a los hechos.

2.6. LA LEGITIMIDAD DE LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN EN SEDE PENAL

En el sistema jurídico de Perú, las excepciones del ordenamiento procesal penal fueron simplemente extrapoladas del ámbito procesal civil lo que de un inicio pone en duda, como mínimo, la viabilidad de una excepción para zanjar el problema de la falta de adecuación de los hechos al derecho en sede penal. Es decir, se pone en duda la viabilidad en el derecho penal de una excepción de carácter material para cuestionar tempranamente el fundamento de la pretensión punitiva. Si el Fiscal es titular de la acción penal, cuestionar su imputación al inicio del proceso, no deja de ser algo complicado de sistematizar.

Esta excepción puede entenderse como un contra derecho que vuelve vulnerable el fundamento de la pretensión del acusador, de manera pretendidamente definitiva; sin embargo, pronto advertimos que según la propia doctrina civilista tradicional, con su negativa a la validez de una pretensión; el imputado, sólo debería poder colocar al fiscal en la necesidad de probar los hechos de su acusación en el marco de un juicio oral que asegure un ejercicio adecuado de contradicción.

Lo importante ahora es poder dejar de lado lo expuesto, y limitar el ámbito de aplicación de la excepción de improcedencia de acción a los casos en los cuales no sea necesario, para negar la configuración de algún elemento del delito, valorar los elementos de convicción recabados durante la investigación por el fiscal. Sin embargo, hallar una delimitación exacta y poder diferenciar adecuadamente, cuándo una cuestión de atipicidad, se puede afirmar en abstracto o por el contrario necesita de la valoración de algún elemento de convicción, suele a veces resultar una tarea muy difícil (García Rada 2011).

Partamos de un supuesto en que se imputa el delito de actos contra el pudor sancionado en el 176 del código penal de Perú: En la vía pública, un hombre se ubica por la parte de atrás y coge con fuerza los glúteos de una mujer. El fiscal atribuye al denunciado estos hechos bajo calificación de actos contra el pudor para el caso de Perú, abuso sexual en el caso de Ecuador.

El procesado deduce una excepción de improcedencia de acción, señalando que el hecho no constituye delito, esto es, no hay tipicidad; pues, según los hechos fácticos imputados por el fiscal, acercarse por la parte de atrás y tocar los glúteos de una mujer no es una conducta que pueda subsumirse en el tipo penal, ya que éste requiere para su configuración la utilización, por parte del autor, de violencia o amenaza tal cual lo describe el tipo penal; medios comisivos que no se aprecian en la narración del fiscal en la formulación de los cargos.

El fiscal a su vez replica los argumentos de la defensa señalando que, el hecho de acercarse por la parte de atrás y tocarle los glúteos a una persona es un acto

típicamente violento, pues la fuerza física utilizada, son suficientes para impedir o anular la voluntad de la víctima, que en consecuencia el acto no puede entenderse jamás como un acto consentido. Lo que hace el fiscal es una analogía entre violencia y fuerza, lo que está prohibido en materia penal.

La defensa a su vez argumenta que, durante la investigación, la denunciante ha declarado haber visto al denunciado, momentos antes de los hechos, con la intención de manosearle, que incluso el denunciado la estuvo siguiendo durante dos cuadras mientras la lanzaba piropos subidos de tono, y que en tal contexto debe negarse la existencia de una conducta furtiva o sorpresiva.

Puede que ante estas cuestiones, un juez posiblemente requiera revisar el acta de declaración de la víctima para tener una idea más clara de hasta qué punto es cierto que las circunstancias en que se produjo la agresión efectivamente pueden fundamentar la tipicidad por el delito de actos contra el pudor; dicho en otras palabras, puede que para el juez, el simple hecho que el agresor se haya acercado por detrás para tocar indebidamente a la agraviada no sea suficiente para determinar la existencia de violencia.

Por último, puede ser que el juez tenga por acreditado que el imputado actuó furtivamente y de modo sorpresivo; sin embargo, ello lo lleva a pensar que justamente por eso es que no existe tipicidad, pues actuar casi a escondidas o por sorpresa, no es una conducta equiparable con la violencia o la amenaza como pretende el fiscal.

Lo importante aquí, es destacar que en Perú más allá de las complejidades señaladas, el procesado cuenta con un mecanismo que permite revisar la imputación, es decir la figura típica que el fiscal le atribuye y con la que inicia el proceso; esto en el caso podría realizarse en la misma audiencia de formulación de cargos o en una audiencia posterior en que se sustancie la petición de excepción de improcedencia de la acción.

En el Ecuador, no existiendo esta posibilidad, una vez realizada la imputación al tipo, el procesado solo puede defenderse de este, asumiendo todas las consecuencias que implique que el fiscal se haya equivocado o haya abusado de esa potestad de imputar a su albedrío, y solo puede obtener resultado de controvertir la figura típica, en la resolución de la audiencia preparatoria al ser sobreseído, o en el juicio al momento que el juez sentencia y cambia la figura para corregir el error en el derecho.

Llegar a esas instancias con las manos atadas frente a la potestad del Fiscal, legitima la idea de que exista una posibilidad de discusión de la imputación realizada, con la expectativa de que no se de paso a la continuación del proceso, o al menos se disponga una reformulación de cargos adecuada a los hechos. La

inexistencia de una figura como la excepción de improcedencia de la acción en el proceso penal ecuatoriano, es una clara expresión de desigualdad de armas.

2.7. PERTINENCIA DE LA EXCEPCIÓN PARA EL CASO DEL ECUADOR

El problema que aquí debemos tratar es el de calificar el contenido conceptual de lo que significa el hecho no constituye delito y, que el hecho no es justiciable penalmente; por ello, conviene especificar que, para nosotros, cuando el legislador peruano señala que esta excepción procede cuando el hecho no constituye delito, se refiere a que este medio técnico de defensa puede deducirse cuando la conducta investigada es un hecho atípico desde el punto de vista normativo, o cuando falta de manera manifiesta los demás elementos generales constitutivos para que un hecho constituya delito

Ahora bien, en cuanto a la atipicidad, ésta puede ser de dos tipos: i) atipicidad relativa y, ii) atipicidad absoluta. San Martín Castro, ha expuesto la diferencia entre estas dos formas de atipicidad de la siguiente manera:

Es de concluir, siguiendo a Reyes Echandía, que la atipicidad – falta de adecuación directa o indirecta del hecho al tipo – puede ocurrir en dos hipótesis: 1) Cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta adolece de algún elemento allí exigido; es esta la inadecuación típica propiamente tal; podríamos hablar en el caso de atipicidad relativa, la cual se plantea frente a cualquier elemento del tipo: sujetos -activo y pasivo -, conducta – elementos descriptivos, normativos o subjetivos – y objeto – jurídico o material-. Y, 2) cuando la conducta realizada no concuerda con ninguna de las legalmente descritas; no es esta una falta de adecuación a un tipo existente, sino la ausencia de absoluta de tipo; nos parece que en esta hipótesis debería hablarse de una tipicidad absoluta (Sanmartín Castro 2014).

A partir de lo citado, debemos rechazar la definición propuesta por Reyna Alfaro, quien erróneamente señala que atipicidad relativa es la *falta de subsunción típica entre el hecho imputado y la descripción contenida en el tipo penal*. O, dicho en otras palabras, para este sector doctrinario, la *atipicidad relativa* se da cuando los enunciados fácticos que formula el fiscal en su imputación no son suficientes para dar cuenta de una conducta penalmente relevante.

Sin embargo, como ya hemos señalado, en este caso no estamos ante un supuesto de atipicidad si es que el defecto comunicativo aún puede ser subsanable. Además de ello, debe tenerse presente que inclusive cuando los defectos comunicativos de la imputación se mantengan luego de haberse agotado todas las posibilidades de subsanación, aun así, la atipicidad que podría afirmarse puede ser tanto absoluta como relativa. Ello evidencia el error en la tesis de Reyna Alfaro.

La atipicidad también puede ser, objetiva o subjetiva; la primera es aquella en la que, si bien en la imputación del fiscal se realiza a un tipo descrito en la ley penal, en los hechos se evidencia que por lo menos uno de los elementos objetivo del tipo, no esta presente, como en el caso de que el engaño, no se haya descrito para el caso del delito de estupro. La atipicidad subjetiva en cambio, es aquella en la que, si bien se cumplen los elementos del tipo objetivo en la imputación, no se evidencia la parte subjetiva del tipo, que generalmente es el dolo, que de no ubicarse el mismo en la imputación denota atipicidad, como en caso de que se impute transporte de sustancia sujetas a fiscalización, al chofer de un autobús, que solo recibe lleva las encomiendas de un almacén a otro, sin poder revisar al menso la mercadería, por estar impedido.

Finalmente, cuando el legislador señala que esta excepción procede cuando el hecho no es justiciable penalmente, debemos entender por ello que se está haciendo referencia a aquellos supuestos vinculados con el elemento sistemático denominado punibilidad o penalidad. En otras palabras, también procede la excepción de improcedencia de acción cuando a pesar que el hecho constituye delito no es posible su persecución penal por presentarse alguna excusa absoluta o por faltar alguna condición objetiva de punibilidad prevista expresamente como tal en la norma penal.

Para efectos de la presente investigación, nos interesa esta figura en cuando constituye un recurso frente a la imputación inicial que realiza el fiscal a un tipo penal específico; en los casos en que exista atipicidad absoluta o relativa, es lógico que el procesado a través de su defensa pueda hacer algo, desde el momento mismo de la formulación de cargos.

Ser titular de la acción penal, no puede ser una regla cerrada a las posibilidades de arbitrariedad o abuso de poder, que afecte a los derechos del procesado. Por lo que la figura excepción por improcedencia de la acción permite contrarrestar esa desigualdad que el caso del proceso penal ecuatoriano, existe entre el acusador y el acusado.

Si bien el proceso penal ecuatoriano no permite dentro de su estructura la ubicación de las excepciones tal cual los procesos generales, no está por demás exponer que es evidente la necesidad de que se institucionalice algún mecanismo de defensa que permita impugnar o al menso contradecir una incorrecta formulación de cargos por atipicidad, y que esto pueda hacerse desde el inicio del proceso, y en cualquier etapa del proceso, ya que a la par que avanza un proceso mal estructurado, se pasa sobre las oportunidades de defensa del procesado.

Reformar el proceso penal del ecuador, para incorporar excepciones, puede que no sea conveniente, ya que hacer eso implicaría una reforma caso integral del sistema

procesal; y, siendo que en la práctica el mismo es muy funcional, lo adecuado sería incluir en el proceso, un mecanismo de defensa que cumpla la función de la excepción de improcedencia de la acción.

En los casos en que el Fiscal no sea cuidadoso con la imputación al tipo, el procesado debe tener un mecanismo de defensa idóneo y eficaz para que no existan vulneraciones al derecho a la igualdad; además no se comprende la medida en que el proceso permite la arbitrariedad a vista y paciencia del garante de derechos, quien bien podría ser quien limite las cuestiones de atipicidad (CADH 1969).

III. CONCLUSIONES

Siendo esta investigación enteramente cualitativa, los resultados que hemos obtenidos responden a la aplicación de técnicas dirigidas a la formación de un juicio propio pero fundamentados sobre la problemática y el objetivo de estudio:

1. Sobre la potestad del fiscal para realizar la imputación.
En el sistema procesal ecuatoriano, la potestad de realizar la imputación es inobjetable. Es decir, que el fiscal tiene el dominio absoluto de esa posibilidad y puede formular cargos por un delito o por otro sin que actualmente el procesado se pueda oponer. De hecho, si el juzgador aprecia una indebida imputación, no puede hacer nada al respecto, por lo menos en esa etapa del proceso.
2. Sobre la posibilidad de proponer excepciones en el proceso penal.
Si bien en la República del Perú, en el proceso penal, hay un momento en que se pueden proponer excepciones y el juez las debe resolver, esta etapa no existe en el proceso penal ecuatoriano. En nuestro sistema jurídico, las excepciones son posibles en otros procesos como los civiles y laborales; es decir, la figura como tal en el Ecuador, es inadmisibles de acuerdo a la estructura de su proceso penal.
3. Sobre las ventajas de poder excepcionar la indebida imputación.
El alcance de la excepción de improcedencia de la acción es determinante para que exista un equilibrio de poderes en el proceso penal. Ya que los errores del fiscal en la imputación de manera directa pueden lesionar las posibilidades de defensa del procesado. Una imputación excesiva puede dejar al procesado sin la posibilidad de un proceso penal abreviado, atenuantes, medios probatorios, etc.

4. Sobre la adaptación al sistema procesal del Ecuador.
Si bien el proceso penal ecuatoriano, no admitiría la figura de excepción de improcedencia de la acción, como tal, los efectos que esta figura acarrea si son susceptibles de ingresar a la estructura procesal ecuatoriana. Con esto nos referimos a que no hace falta que la posibilidad de impugnar la imputación que realiza el fiscal se trate como una excepción, sino que bien podría resolverse como un incidente, como sucede en el caso de la revisión de medidas cautelares.

5. Sobre el papel del juez en la imputación.
Si bien el fiscal es titular de la acción penal, el juzgador es el garante de los derechos de las partes, entonces, si el juez aprecia que la imputación puede lesionar derechos del procesado al ser excesiva o ser incorrecta, debe tener alguna potestad, como la de informarle al procesado de su posibilidad de impugnarla, o de solicitar una discusión sobre la misma. Finalmente, en un ejercicio contradictorio, el juez debe poder tomar una decisión sobre la imputación, de manera excepcional.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alcivar, Pedro Lumbar. «Problemas Actuales del Proceso Penal.» *Revista jurídica UAlmeria*, 2014: 31.
2. AN, Asamblea Nacional. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021.
3. Armenta, Teresa. «Pena y proceso: fines comunes y fines específicos.» *Derecho y Sociedad*, 2020: 24.
4. Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de la República*. Quito: CEP, 2008.
5. CADH. *Convención Americana de Derechos Humanos*. Pacto San Jose de Costa Rica, 1969.
6. Campoverde, Luis. «El derecho a la reparación integral y la garantía jurisdiccional de habeas corpus.» *Derecho y Sociedad*, 2018: 18.
7. Claria Olmedo, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Madrid-España: Rubinzal, 2012.
8. CNJ, Corte Nacional de Justicia. *Etapa de Juicio. Cambio en la calificación Jurídica de los hechos en la Decisión*. Quito: Presidencia, 012-PCPJL-2018. Criterio No vinculante.

9. Duran Diaz, Edmundo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Guayaquil: Edino, 2002.
10. Fernandez, Miguel Angel. «Derecho a la jurisdicción y debido proceso.» *Estudios Constitucionales*, 2004: 24.
11. García Rada, Domingo. *Instituciones de Derecho Procesal*. Lima: Palestra, 2011.
12. García Ramírez, Jorge. «Objeto y fines del proceso penal.» *Revista jurídica de la UNAM*, 2016: 24.
13. Heinz Gossel, Karl. *El proceso penal ante el estado de derecho : estudios sobre el ministerio público y la prueba penal*. Lima: Grijley, 2004.
14. Ramón Puerta, Luis. «La prueba en el proceso penal.» *Jurídicos Nacionales*, 2016: 34.
15. Rodríguez, Carolina. «El estándar de la prueba indiciaria en los casos de violencia sexual.» *Derecho y Sociedad*, 2014: 36.
16. Sanmartín Castro, Cesar. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Jurídica Grijley, 2014.
17. *Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004).
18. *Tribunal Constitucional de Perú*. 05559-2009-PHC/TC (TCP-Clases de Habeas Corpus, 2009).
19. Velez, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. Córdoba: Cartoné, 2006.
20. Zavala baquerizo, Jorge. *tratado de Derecho Procesal Penal*. Guayaquil: Departamento de Publicaciones de la Universidad de Guayaquil, 193.