



UNIVERSIDAD DE CUENCA

RESUMEN

Los procedimientos especiales que establece el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, se encuentra la acción penal privada, institución procesal que se origina en que el Estado delega a los ofendidos la facultad de ejercitar el derecho de acudir a los Órganos Judiciales en defensa de sus intereses. Los delitos que se persiguen mediante acción penal privada, son considerados como un ejercicio de menor significado pues afecta solo a la persona ofendida y solamente pueden ser acusados por ésta, diferenciándose de los delitos de acción penal pública cuya persecución está a cargo del Estado y sus órganos pertinentes. Ya el Derecho Romano, en la Ley de las XII Tablas, realizó una diferencia entre delitos de acción pública y delitos de acción privada, sin excluir los arreglos entre agresor y víctima.

Es necesario, entonces, realizar un análisis pormenorizado sobre la acción penal privada, su concepto, historia, naturaleza jurídica, procedencia, trámite y los delitos que se pueden perseguir mediante esta acción, con el respectivo estudio de las últimas reformas al Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.

Este es un procedimiento de mucha importancia, para la protección de los derechos individuales, a los que el ordenamiento jurídico reconoce, garantiza y resguarda constitucional, civil y penalmente.

PALABRAS CLAVE

ACCIÓN PENAL PRIVADA, QUERELLA, PROCESADO, EJERCICIO, OFENDIDO, DERECHO, PERSECUCION, PARTICULAR



UNIVERSIDAD DE CUENCA

INDICE

CAPITULO I

Acción Penal

1.1 Concepto

1.2 Historia

1.3 Naturaleza Jurídica

CAPITULO II

Procedimiento de la Acción Penal Privada

2.1 Querella, Nociones Generales y Definición

2.1.1 Definiciones

2.2 Requisitos Formales de la Querella

2.3 Citación y Contestación

2.4 Audiencia de Conciliación y Proposición de la Prueba

2.4.1 Proposición de la Prueba

2.4.2 Prueba Material

2.4.3 Prueba Documental

2.4.4 Prueba Testimonial

2.5 Formar de terminación de la Acción Penal Privada

2.5.1 Desistimiento

2.5.2 El Abandono de la Acusación Privada

2.5.3 Sentencia

2.5.4 Transacción



UNIVERSIDAD DE CUENCA

2.5.5 Remisión

2.6 Impugnación

CAPITULO III

Acción Penal Pública y Acción Penal Privada

3.1 Características de los Delitos de Acción Penal Privada

3.2 Diferencia entre Acción Privada y Acción Pública

3.3 Delitos que se persiguen mediante la Acción Penal Privada. Análisis de las Reformas al Código de Procedimiento Penal

3.4 Análisis de las Reformas al Código de Procedimiento Penal

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFIA



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Universidad de Cuenca

**Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales
Escuela de Derecho**

**“LA ACCION PENAL PRIVADA EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO
PENAL ECUATORIANO”**

**Tesina previa a la obtención del Título
de Diplomado Superior en Derecho
Procesal Penal**

**Autora:
Mercy Yolanda Guamancela Delgado**

**Director:
Dr. José Vicente Andrade Vélez**

2010



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Los criterios vertidos en el presente trabajo son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Mercy Yolanda Guamancela Delgado



UNIVERSIDAD DE CUENCA

AGRADECIMIENTO

Un agradecimiento especial al Dr. José Vicente Andrade Vélez por su desinteresado afán de contribuir con la elaboración de la presente tesina, y a todas las personas que colaboraron en la investigación y elaboración de la misma.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

DEDICATORIA:

A mi esposo y a mi padre por su incansable dedicación y apoyo a mi formación profesional y a mis hijas Ana Paula y María Eduarda que son la razón de mi vida futura.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

INTRODUCCION

Entre los procedimientos especiales que establece el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, se encuentra la acción penal privada, institución procesal que se origina en que el Estado delega a los ofendidos la facultad de ejercitar el derecho de acudir a los Órganos Judiciales en defensa de sus intereses. Los delitos que se persiguen mediante acción penal privada, son considerados como un ejercicio de menor significado pues afecta solo a la persona ofendida y solamente pueden ser acusados por ésta, diferenciándose de los delitos de acción penal pública cuya persecución está a cargo del Estado y sus órganos pertinentes. Ya el Derecho Romano, en la Ley de las XII Tablas, realizó una diferencia entre delitos de acción pública y delitos de acción privada, sin excluir los arreglos entre agresor y víctima.

La acción privada es un medio para que se inicie el proceso penal cuanto el acusador particular exhibe una pretensión punitiva y, a la vez, pretende la reparación de los daños y perjuicios ocasionados; se debe destacar, en el caso de la acción la privada, el Estado renuncia a la persecución penal cuando se trata de delitos calificados de privados, para que sean los ofendidos cuyo honor, reputación o propiedad han sido vulnerados, quienes ejerzan su derecho ante los jueces competentes.

Es necesario, entonces, realizar un análisis pormenorizado sobre la acción penal privada, su concepto, historia, naturaleza jurídica, procedencia, trámite y los delitos que se pueden perseguir mediante esta acción, con el respectivo estudio de las últimas reformas al Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.

La Acción Penal es un procedimiento de mucha importancia, para la protección de los derechos individuales, a los que el ordenamiento jurídico reconoce, garantiza y resguarda constitucional, civil y penalmente.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En lo medular la acción privada, es una manifestación de la voluntad del ofendido, en donde el Estado deja al libre albedrío del agraviado la decisión para ejercer su derecho cuando este ha sido vulnerado.

Este análisis reviste importancia, pues en la doctrina procesal penal ecuatoriana no se ha dado la verdadera significación que tiene la institución de la acción penal privada, cuya implementación en la práctica debería ser más utilizada, de allí que es menester un estudio más detallado, dadas las últimas reformas a nuestro Código de Procedimiento Penal, lo que indudablemente justifica este tema.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CAPITULO I

ACCIÓN PENAL PRIVADA

1.1.- CONCEPTO

El tratadista Argentino Guillermo Cabanellas, en su Diccionario de Derecho Usual define a la acción penal de la siguiente manera: “ Acción, del Latín Agere, hacer obrar, Acción equivale al ejercicio de una potencia o facultad efecto o resultado de hacer, en el Derecho Romano la acción no es sino el derecho de pedir en juicio lo que a uno se le debe, es decir Nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debeatur iudicio persequendi” (Cabanellas Guillermo Diccionario Enciclopédico Usual Ed. Heliasta; Buenos Aires Tomo I XXIIIera; 1994.

Modernamente se da a la acción las siguientes acepciones: 1) Como derecho actuado en el juicio, y que se puede ejercer el mismo que debe ser amparado y reconocido por el juez hasta su plena garantía; 2) Como facultad de requerir la actividad judicial y promover su decisión, aun careciendo de todo derecho, puesto que hasta llegar al fallo absolutorio para el demandado y la condena en costas u otra sanción para el actor de mala fe, se debe proceder sin más que la voluntad de hacerlo; 3) Como demanda, expresión escrita casi sin excepción en la actualidad, donde se solicita el amparo jurídico del poder judicial para la pretensión que se deduce, en la exposición de los hechos y fundamentos legales en la que el actor estime conveniente.

Dentro del Derecho Penal, delito es la manifestación de la voluntad delictiva, la comisión de un acto penado por la ley, que reviste dos formas: una positiva o de actividad y otra negativa o de abstención, denominándose la primera acción y la segunda omisión.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El Art. 10 del Código Penal Ecuatoriano establece: “Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar”.^[1]

De lo que podemos deducir que la acción penal se origina en una infracción, la misma que está orientada a la obligación de sancionar con una pena que por ley corresponde, al sujeto activo del delito

El Frances Soufflier, la define a la acción como: “El recurso a la autoridad judicial ejercido en nombre del interés de la sociedad, para llegar a la comprobación del hecho punible, de la culpabilidad del delincuente y a la aplicación de las penas establecidas por la ley”. (Cabanellas Guillermo; “Diccionario Enciclopédico del Derecho Usual”; tomo 1 Pag 84; Ed Heliasta SRL; XXIII era. Ed. 1994).

La acción puede ser pública o privada, siendo la acción penal pública aquella que interesa al estado el mismo se encarga de impulsar la acción penal a través de la Fiscalía como el único organismo al que le corresponde el ejercicio de la acción penal; mientras que la acción penal privada corresponde única y exclusivamente al ofendido mediante una querella.

En la concepción latina la acción penal privada se asemeja a la “querella”, cuyo significado es “queja”, y es así como debe aceptarse la mencionada palabra, esto es como la expresión de un mal ejecutado en contra de la persona que se querella; por lo tanto, la querella o queja esta contenida en el documento que se presenta ante el juez haciéndole conocer el mal sufrido por la conducta de la persona contra quien se presenta la acusación.

Manzini, define así a la querella: “es el acto formal con el que pretende haber sido ofendido por un delito no perseguible de oficio o a requerimiento o a distancia u otra persona autorizada, ejercita el derecho a concretar la

^[1] CODIGO PENAL. Registro Oficial Suplemento No. 147. 22 de enero de 1971. Ley Reformatoria al Código Penal. Registro Oficial Suplemento No. 144 del 17 de Agosto del 2000.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

condición de punibilidad del hecho informado a la autoridad competente y manifestando, explícita o implícitamente, su voluntad de que se proceda”.^[2]

El jurista Ecuatoriano Edmundo Duran Díaz en su “Manual del Derecho Procesal”, establece que “es muy difícil trasladar el concepto de la acción, del proceso civil al proceso penal, porque el proceso civil se desarrolla alrededor de una acción, real o hipotética de los derechos y obligaciones reciprocas entre autor y demandado, mientras que en el proceso penal no tiene sentido hablar de derechos y obligaciones reciprocas entre dos partes”.^[3]

1.2 HISTORIA

En la sociedad esclavista, a medida que se organizaba, un poder público poderoso asume la represión del delito, sin que ello signifique que desapareció del todo la venganza privada. En el antiguo oriente la legislación penal se confunde con preceptos religiosos que se encuentran contenidos en libros sagrados, los que consideran a los delitos como una ofensa a Dios, sus normas se rigen por la ley del Talión, y las penas en todos los casos son extremadamente crueles.

En la Grecia antigua, la legislación se considera un puente entre el Derecho Oriental y el Occidental, en ella hay una separación entre su legislación penal y sus creencias y practicas religiosas. La responsabilidad penal, en un comienzo colectiva pues recaía en toda la familia, va reconociéndose gradualmente como estrictamente personal.

Para el tratadista Ramón de la Cruz Ochoa, el Derecho griego supera la concepción privada del delito, en el sentido que los dividió en públicos y privados, de acuerdo a si lesionaron un interés comunitario o uno individual; en este último caso, ingresa la acusación popular que faculta a

^[2] MANZINI, Vincenzo. “Tratado de Derecho Procesal Penal” Tomo IV. Buenos Aires- Argentina. Ed. Hardcover. 1953. 151 p. ISBN: 9508260149

^[3] DURAN Díaz Edmundo. “Manual de Derecho Procesal” Quito-Ecuador. Edino 1992. 201 p. ISBN: 9789978842980



UNIVERSIDAD DE CUENCA

cualquier ciudadano a perseguir penalmente al infractor de un delito público o a quien participe en él, mediante la presentación de la querella.

En Roma, el derecho acepto la venganza, la ley del Talion y la composición; la traición, el parricidio (muerte del paterfamilias) y el homicidio intencional fueron las primeras figuras punibles contempladas en su legislación y tuvieron reacción social para ser castigos.

Durante el imperio Romano se desarrolló lo cognitivo extra ordinem, comienza el desplazamiento de la función de justicia de los ciudadanos a los funcionarios, nace la persecución Penal Pública, y gana terreno la instrucción escrita y secreta frente a la persecución oral pública

De esta forma vemos que el Proceso Romano tienen un origen privado, porque se basaba en un convenio entre las partes para solucionar un problema ante un juez privado, no existían Tribunales instituidos por el estado como se da en la actualidad para conocer de algún negocio que se le sometiera, el mismo que interviene ante la posible no aceptación del encargo de juzgar por el árbitro y la revocación caprichosa del compromiso de las partes. Para el árbitro el estado crea un especie de tribunal autorizado por él mediante la elaboración de una lista donde se encuentra los nombres de las personas que estaban obligadas a aceptar el encargo de manera restrictiva y a realizar actos procesales para, de esta forma, llegar a la sentencia.

El profesor L. Prieto Castro manifiesta que el procedimiento romano se divide en dos tiempos:

1.- Procedimiento In lue. El que estaba sometido a la dirección del Pretor, titular de la Jurisdicción cuya finalidad era la de fijar los hechos y los términos de la controversia, se daba inicio con la exposición del actor, el mismo que relataba el problema y reclamaba en presencia del demandado; luego se examinaba los presupuestos procesales hasta cumplir con los pasos establecidos. En esta primera etapa del proceso se observa claramente la privacidad del ejercicio de la acción dentro del Derecho



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Romano, ya que la actividad de la administración de justicia no era oficiosa sino mediante el impulso de una denuncia o reclamo del ofendido

2.- Procedimiento Apud Ludicen: en donde primaba la libertad para la investigación y el acopio de elementos probatorios, ya que únicamente correspondía a las partes probar las aseveraciones que hacían, y, en esta parte, se observaban los principios de oralidad, inmediación y publicidad, pues el proceso se tramitaba en audiencias. ^[4]

El Ius Romano consideraba a la acción como el derecho en movimiento, de tal manera que su vulneración, únicamente afectaba a la víctima, a quien le correspondía decidir si ponía en marcha el ejercicio, a fin de lograr la reparación judicial respectiva.

En Roma, en la época monárquica, se conocía un doble procedimiento, cuando el Rey iniciara el proceso ex officio, o lo realizaba a petición de la persona lesionada con un delito. En las XII tablas se hace una diferencia entre delitos públicos y privados, sin excluir desde luego los arreglos a los que pueden arribar ofensor y ofendido por medio de la composición. En Roma se acusaba considerando que esta conducta incitaba a las personas al buen comportamiento, así nos recuerda Carrara al referirse a Cicerón cuando dice: “Todos permitimos que haya muchísimos acusadores, porque el inocente si es acusado puede ser absuelto, y el culpable, si no se le acusa, no puede ser condenado”^[5]. Sin embargo, la acusación popular fue perdiendo confianza, situación que dio lugar a que surgieran leyes con severas penas en contra del calumnioso acusador o le obligaran al acusador a presentar una caución, con la que debiera responder en caso de que la acusación hubiese sido desestimada como calumniosa.

^[4] PRIETO Castro, Leonardo. “Derecho Procesal Penal y Proceso Penal”. Madrid-España. Tecnos 1988. 474 p. ISBN: 0210301X

^[5] CARRARA, Francesco. “Programa de Derecho Criminal” Bogotá-Colombia. Tenis 1958. 544 p. Sin ISBN:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En el silogismo Romano la sociedad tiene derecho a la paz pública, pero si ésta es alterada o violada, da lugar al nacimiento de una acción para acusar esa infracción y restablecer el orden social.

La sociedad romana fue desarrollándose paulatinamente, cambiando hacia una nueva estructura del estado, que va desde crear una base jurídica hasta la formación de fuerzas policiales y militares, la construcción y adecuación cárceles; es decir, el estado empieza a tomar conciencia de la difícil labor que implica administrar justicia.

El derecho Germánico consideraba a la mayoría de los delitos como un asunto de interés privado, que obligaba a la venganza de sangre, que, sin embargo, podía concluir con la compensación o reparación. En las leyes germánicas no se conocía la separación entre infracciones civiles y penales, ya que toda infracción era considerada como un quebranto de la paz comunitaria.

Podemos, entonces colegir que la legislación ecuatoriana, en cuanto regula la institución de la acción penal privada, tiene sus raíces en el Derecho Romano.

1.3 NATURALEZA JURIDICA.

Refiriéndonos a la institución de la acusación particular como una declaración de conocimiento y una manifestación de voluntad que hace el ofendido a través de una querella para perseguir una infracción cuya acción penal es privada, éste ejerce el derecho de estimular al órgano jurisdiccional para que éste inicie el proceso penal.

Lo básico de la acusación privada es que constituye un medio de ejercer la acción penal, cuyo objeto es iniciar el proceso penal, con lo que el acusador exhibirá una pretensión punitiva y el resarcimiento civil, con el fin de que el juez en sentencia condene al acusado a la pena establecida y a pago de daños y perjuicios.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Mediante la querella se hace conocer al juez que se ha cometido un delito encasillado en la ley adjetiva como un delito de instancia privada. Es característica de la acción privada la renuncia del estado al ejercicio de la persecución penal, cuando se trata de los delitos que afectan intereses privados y particularísimos, cediendo de esta manera la facultad de ejercer la acción al ofendido quien será el único que decida si la impulsa o no. Manzini dice: “En los delitos punibles como la querella, el estado deja arbitrio al particular a decidir si el interés público protegido por las normas acriminadoras se debe considerar violadas o no en el caso concreto”^[6]. Claria Olmedo coincide con Manzini cuando manifiesta: “En realidad la acción penal, en su concepción unitaria, siempre es de naturaleza pública sea que se la entienda sustancialmente como procesalmente. Lo que ocurre es que por consecuencia de una ilimitación del derecho material referida a determinadas configuraciones delictivas, el órgano oficial queda excluido desde el punto de vista de la titularidad para ejercitarla”^[7] de lo que se infiere que la pretensión punitiva comprendida en la acusación particular sigue siendo pública.

Desde un punto de vista legal y doctrinario, se habla de la acusación privada o de querella como si tratase de conceptos sinónimos, lo que jurídicamente no es correcto, siendo la acusación privada un proceso que se ejerce ante un órgano jurisdiccional penal, por medio de un documento escrito que contiene una querella es decir una queja, que realiza el titular del bien jurídico vulnerado.

La querella es un requisito formal de la acusación privada, sin el cual la acusación es inadmisibles. Una de las cuestiones más debatidas con relación a la naturaleza jurídica de la acusación privada, es saber si se trata de una institución sustantiva o si es procesal o si es mixta.

^[6] MANZINI, Vincenzo. “Tratado de Derecho Procesal Penal” Tomo IV. Buenos Aires- Argentina. Ed. Hardcover. 1953. 151 p. ISBN: 9508260149

^[7] CLARIA Olmedo, Jorge. “Derecho Procesal Penal”. Tomo III. Buenos Aires-Argentina. Ed. Rubinzol-Curzoni. 2004. 471 p. ISBN: 950727161-9



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Los que defienden la tesis sustancialista manifiestan que la acusación privada o querella es una condición objetiva de punibilidad, porque depende de la voluntad del ofendido para que se pueda imponer una pena al ofensor. Así lo manifiesta Manzini, quien al definir la “querella” dice: “Es un acto formal con que el que pretende haber sido ofendido por un delito no perseguible de oficio o a requerimiento o a instancia, u otra persona autorizada, ejercita el derecho a concretar la condición de punibilidad del hecho informando a la autoridad competente y manifestando, explícita o implícitamente, su voluntad de que se proceda” [8]

Beling critica la teoría de la acusación privada como condición objetiva de punibilidad cuando se refiere a que: “El requisito de la “instancia privada” no quiere decir que el autor, faltando esta, no sea merecedor de la pena, sino que se debe omitir el proceso. Por lo tanto, la instancia privada no es una condición objetiva de punibilidad, sino un fenómeno puramente procesal”. [9]

Esta tesis parte del principio de que la acción es un poder público que el Estado concede a las personas para que puedan ejercer el derecho de acudir a los órganos judiciales en defensa de sus intereses violentados por la comisión de un delito.

Para que la acusación privada cumpla con la finalidad de iniciar un proceso penal, requiere la estructuración de la conducta antijurídica que es objeto de la acusación y que, a la vez, el medio para ejercer su derecho esté enmarcado dentro de una institución procesal, a diferencia de la consideración de la acusación privada como una institución sustancial por la cual solo se estructura el delito cuando se cumple las condiciones objetivas de punibilidad.

[8] MANZINI, Vincenzo. “Tratado de Derecho Procesal Penal” Tomo IV. Buenos Aires- Argentina. Ed. Hardcover. 1953. 151 p. ISBN: 9508260149

[9] BELING, Ernest. “Derecho Procesal Penal”. Buenos Aires-Argentina. Ed. Córdova. 1943. 263 p. ISBN: 9789687884929.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Florian dice: “ Lo más acertado es considerar la querella como una condición de procedibilidad, pues entonces se afirma la existencia del delito con independencia de ella; la querella no es una condición de derecho sustantivo sino una institución que tiene existencia en el ámbito del proceso es decir una institución procesal”.^[10]

Podemos manifestar si bien es verdad que la acción es siempre pública, como sabemos se trata de un poder que el estado concede a todo ciudadano para que pueda ejercerlo ante el Órgano Jurisdiccional, el mismo que puede ejercerlo exhibiendo un interés público (como la denuncia) o exhibiendo un interés privado (como la querella).

El Estado, al reconocer de manera expresa la diferencia entre los delitos clasificándoles en categorías (Oficial y Privada), es el que establece cómo el ofendido debe querellarse, es decir, la forma de llegar a los órganos judiciales.

Gimeno Cendra difiere de la opinión antes mencionada manifestando que nos conduce a distinguir dos expresiones de la acción penal: “pública cuando el Ministerio Público es vigilante de la legalidad, o el particular cuando se pone en conocimiento de la autoridad la perpetración de un delito y es privado cuando el ofendido o representante legal estimulan el funcionamiento de los tribunales para que el culpable o el que cometió el delito reciba su castigo y se le restituya el daño causado.”^[11]

La doctrina se pronuncia por la naturaleza mixta de la acusación privada; la naturaleza de la acusación será sustancial, pero también tiene naturaleza procesal desde el momento en que la acusación privada se presenta como un medio para ejercer dicha acción penal.

^[10] FLORIAN, Eugenio. “Elementos del Derecho Procesal Penal”. Barcelona-España. Ed. Bosch. 1933. 482 p. ISBN: 8482724789

^[11] GIMENO, Cendra, José Vicente. “La Querella”. Barcelona-España-Ed. Bosch. 1977. 326 p. ISBN: 8471626861



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Clariá Olmedo se inclina a la posición mixta cuando dice: “Desde que implica el ejercicio de la acción en su momento inicial, la querella debe ser considerada como un acto de la naturaleza procesal. Pero el Código de fondo pudo constitucionalmente preverla como único medio para iniciar esa actividad por una norma sustantiva de realización. Se limita a poner ese acto para determinadas figuras delictivas, a fin de excluir con respecto a ellas de manera absoluta la promoción oficial de atribuir la correspondiente personalidad (carácter)” ^[12].

La tesis mixta no se acepta pues carece de sustento jurídico, ya que la pena depende del ejercicio punitivo, pues en la acción de instancia privada se pretende no solo la imposición de una pena sino el resarcimiento de daños y perjuicios al ofendido

La acusación privada reúne las características de ser una manifestación de conocimiento y de voluntad del ofendido, pues el juez conoce de un delito a través de la acusación privada, donde se hace presente, indudablemente, la voluntad del querellante en el ejercicio de la acción.

^[12] CLARIA Olmedo, Jorge. “Derecho Procesal Penal”. Tomo III. Buenos Aires-Argentina. Ed. Rubinzol-Curzoni. 2004. 471 p. ISBN: 950727161



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CAPITULO II

PROCEDIMIENTO DE LA ACCIÓN PENAL PRIVADA

2.1 QUERELLA, NOCIONES GENERALES Y DEFINICIONES

La querella por delitos de acción privada, es el acto mediante el cual el damnificado o sus representantes legal inician el proceso poniendo en conocimiento de la autoridad judicial el acto típico y antijurídico que lesionó su bien jurídico tutelado, el que le ha convertido en víctima; siendo un delito de índole particular, sólo puede ser perseguido únicamente por impulso del ofendido, de acuerdo a la disposición expresa del Art. 33 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal: “El ejercicio de la acción privada corresponde únicamente al ofendido, mediante querella”^[13]; es decir, la Fiscalía no pueda ejercitar la acción penal privada.

Carlos De Elia, señala que de acuerdo a estos principios, el querellante se apropia en el proceso penal del rol de la acusación, estando facultado para proponer diligencias, es decir presentar pruebas, ejercer acciones resarcitoria e interponer recursos o remedios procesales hasta que la autoridad judicial se pronuncie sobre el fondo de la controversia.

En los delitos de acción privada quien se puede querellar es el agraviado, en los casos expresamente previstos en la Ley, con la voluntad de someter al procedimiento penal y a la decisión de los tribunales penales un caso concreto, siendo el único que puede continuar el proceso hasta la sentencia, pudiendo concluir por abandono o desistimiento o por omisión de cumplir determinados actos fundamentales procedimentales, de éstas maneras se puede llegar a la finalización de la persecución penal.

^[13] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Registro Oficial Suplemento No. 360. 13 de enero del 2000. Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y Código Penal. Registro Oficial Suplemento No. 555. 24 de Marzo del 2009



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La querella se diferencia de la denuncia, puesto que en la primera el ofendido inicia y ejerce la acción y puede hacer lo propio en la acción civil, teniendo en el juicio todas las atribuciones de parte, que generalmente va unida a una pretensión económica del querellado; en cambio, en la denuncia sólo se da noticia a la autoridad de un hecho que posiblemente sea delictivo y el denunciante no queda vinculado al procedimiento porque no pone en marcha la acción penal y no origina la acción civil, y en este sentido no es parte del proceso.

A criterio del legislador, la consideración de los hechos punibles que exigen querella de parte, no ha sido otra que la conservación del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, cuando se trata de aquellos casos que por lo general no trascienden la esfera personal o familiar de las víctimas del hecho y que no tiene una repercusión o impacto en la vida social, pero, que si estuvieron expuestos a una investigación oficiosa, pudiesen causar un mayor daño moral a los ofendidos por el delito, por lo que se ha querido limitar las pretensiones del estado en esta materia haciendo una especie de delegación a los particulares, para que sean ellos, en dichos eventos, quienes decidan el inicio o no de la investigación penal.

El Código de Procedimiento Penal señala expresamente los delitos que deben perseguirse mediante acción privada; de esta forma tenemos:

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



2.1.1 DEFINICIONES.

Domingo García Rada sostiene que la querella es la exposición que la parte lesionada hace del delito, siendo indispensable la presentación de la querella para el juez inicie el procedimiento penal, en tales casos la acción se inicia a instancia de parte.^[14]

Julio B Mayer, afirma que la querella constituye una modificación al proceso común, derivado de la característica especial de la persecución penal privada que no pertenece al estado sino que corresponde a los particulares.^[15]

Carlos Creus, se refiere a que la querella es la instancia escrita con determinado contenido y formas predeterminadas por la Ley, la misma que se formula ante el juez competente para intervenir en el proceso y que cumple dos finalidades: comunica el hecho a la autoridad y asume el carácter de parte querellante en el proceso, para exponer en el sus pretensiones apoyadas en el derecho sustancial^[16].

Entonces podemos manifestar que la querella es la acción o postulación que hace el ofendido, mediante el cual solicita al órgano jurisdiccional competente la iniciación del procedimiento, pidiendo la indemnización civil y la sanción correspondiente.

^[14] GARCIA Rada Domingo. “LA NUEVA CONSTITUCION Y EL DERECHO PENAL” Lima – Perú Ediciones Studium 1970 [En Línea] [23 de febrero del 2010 .]
Disponible en: www.enj.org

^[15] MAYER, Julio. “ Derecho Procesal Penal, Tomo I: Fundamentos”. Buenos Aires- Argentina. Editores del Puerto. 2004. 918 p. ISBN: 9879120019

^[16] CREUS, Carlos. “ Derecho Penal”. Buenos Aires- Argentina. Astrea. 2003. 547 p. ISBN10 9505082479;



2.2 REQUISITOS FORMALES DE LA QUERELLA

El Art. 371 del Código de Procedimiento Penal dice: “Quien pretende acusar por un delito de acción privada debe proponer la querella por si o mediante apoderado especial directamente ante el Juez de Garantías Penales:

La querella constará por escrito y contendrá:

- 1.- El nombre apellido y dirección domiciliaría del acusador;
- 2.- El nombre y apellido del acusado y, si fuere posible su dirección domiciliaria;
- 3.- La relación circunstancia de la infracción con determinación del lugar y la fecha en que fue cometida, el relato debe ser lo suficiente explicito como para que el delito surja claramente, debiendo tenerse en cuenta que la descripción pormenorizada esencial de los efectos de la notificación al querer que ésta tenga la oportunidad de ejercer su defensa en relación al imputado.
- 4.- La `potestad de formalizar la acusación una vez concluida la prueba; y,
- 5.- La firma del acusador o su apoderado con poder especial, el cual deberá acompañarse. El poder contendrá la designación precisa del acusado y la relación completa de la infracción que se quiere acusar.

Si el acusado no supiere y no pudiere firmar, concurrirá personalmente ante el juez de garantías penales y en su presencia estampara la huella digital del pulgar derecho-



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Todo querellante concurrirá personalmente ante el juez de garantías penales para reconocer su acusación”.^[17]

El trámite de la querella se propone directamente ante al Juez de Garantías Penales, siendo una de las diferencias básicas frente a la acción penal pública pues este último se inicia con una comunicación del supuesto acto delictivo ante el Agente Fiscal.

El tratadista ecuatoriano Jorge Zabala se pronuncia en contra de la distinción entre los delitos de acción penal privada y acción penal pública, pues considera que en el momento en que el estado había previsto una conducta por lesiva a la seguridad individual y social, debía ser sancionada con una pena; de esta forma no se puede dejar a la voluntad del ofendido el inicio del proceso penal sino mas bien debe actuar el órgano de jurisdicción penal aunque la persona ofendida no ejerciera la acción respectiva.^[18]

Lo mencionado anteriormente tiene antecedentes muy remotos es así en Grecia Solon, según Plutarco en su obra “Vidas Paralelas”, advierte que todavía había que dar más auxilio a la flaqueza de la plebe, concediendo a todos el poder de presentar querella en nombre del que había sido agraviado, acostumbrando de esta manera el legislador a los ciudadanos a sentirse y dolerse unos por otros como si se tratara de un mismo cuerpo.^[19]

En Atenas, en cambio, se reconocía la diferencia entre delitos de acción penal pública y acción penal privada, pues estos, eran considerados como delitos de poco significado social pues afectaban únicamente al ofendido, por lo que podían ser acusados sólo por éstos. En las XII Tablas también se hacía una diferencia entre delitos de acción penal pública y privada, así

^[17] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Registro Oficial Suplemento No. 360. 13 de enero del 2000. Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y Código Penal. Registro Oficial Suplemento No. 555. 24 de Marzo del 2009

^[18] ZAVALA Baquerizo, Jorge. “Tratado de Derecho Procesal Penal” Tomo II. Guayaquil –Ecuador. Edino. 2007. 396 p. ISBN: 9789978210444

^[19] PLUTARCO. “Vidas Paralelas VII” Madrid – España. Cremos. 2009 640p. ISBN: 9788424935979



UNIVERSIDAD DE CUENCA

como se establecía lo que a la postre serían las primeras manifestaciones de acuerdos entre agresor y ofendido a través de la composición.

Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica, la acusación privada contiene una manifestación de conocimiento mediante la cual el acusador hace conocer al juez el cometimiento de un delito, para que le sea impuesta una pena al acusado, así como también la reparación de los daños sufridos, pero la acción siempre será pública y lo único que el estado hace es renunciar el ejercicio de la acción para que el ofendido sea quien haga valer sus derechos que le han sido vulnerados. En la obra Tratado del Derecho Procesal Penal, Jorge Zavala, expresa: “En los delitos punibles mediante querrela del ofendido, el Estado deja arbitro al particular a decidir si el interés público tutelado por la norma incriminadora se debe considerar violada o no en el caso concreto”.^[20]

Uno de los problemas debatidos con relación a la naturaleza jurídica de la acusación privada es conocer si se trata de una institución sustancial, procesal o si es mixta.

Los que se inclinan a la tesis sustancial manifiestan que la acusación privada es una condición objetiva de punibilidad esto porque depende de la voluntad del ofendido para que se pueda imponer la penal al ofensor.

Los que manifiestan que la acusación privada es una institución procesal, parten de un principio en que la acción es un poder que el estado les concedió a las personas ofendidas para que puedan ejercer su derecho de acceder a los órganos judiciales en defensa de sus intereses.

Los que se pronuncian por la naturaleza mixta señalan que la imposición de la pena depende del ejercicio de la acción, es decir, la naturaleza de la acción será sustancial, pero posee también naturaleza procesal desde el momento en que la acusación privada se presenta como un medio necesario para ejercer la acción penal

^[20] ZAVALA Baquerizo, Jorge. “Tratado de Derecho Procesal Penal” Tomo XI. Guayaquil –Ecuador. Edino. 2007. 302 p. ISBN: 9789978210444



2.3 CITACIÓN Y CONTESTACIÓN

El Art. 372 del Código de Procedimiento Penal, establece: “admitida la querella a trámite se citará con la misma al querellado, quien la contestará en un plazo de diez días. Una vez contestada el Juez de Garantías Penales concederá un plazo de seis días para que las partes presenten sus pruebas documentales, soliciten los peritajes del caso y anuncien los testigos que deberán comparecer en su favor en audiencia del que habla el artículo siguiente”.^[21]

De ello se deduce que la citación se la realizara una vez que el juez tiene conocimiento de la acción, ha ordenado reconocer la querella y avoca conocimiento en la que la califica de clara y completa y se ordena que se le cite al querellado para que este pueda defenderse, citación que se la puede realizar conforme las normas del Art. del Código de Procedimiento Civil en su Sección Tercera, denominada “De la citación y de la notificación”.

Tiene el querellado para contestar la acusación, un plazo de diez días esto es contando los días laborables y no laborables, esta contestación debe contener todos los requisitos establecidos dentro del marco referencial tanto en el Código de Procedimiento Civil como también en la Código de Procedimiento Penal.

Al momentos de contestar la querella, se traba la litis y se da un plazo de seis días para que, en una especie de combinación procesal de prueba y anuncio de prueba, las partes presentan los documentos respectivos, en función de los cuales, usualmente, se desarrollan los peritajes, como por ejemplo con especialistas en contabilidad, manejo financiero, arquitectos, ingenieros, agrimensores en el caso de delitos de usurpación, los mismos que se expresa en un dictamen o informe pericial que puede ser observado

^[21] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Registro Oficial Suplemento No. 360. 13 de enero del 2000. Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y Código Penal. Registro Oficial Suplemento No. 555. 24 de Marzo del 2009



UNIVERSIDAD DE CUENCA

por las partes y refutado bajo el principio constitucional de contradicción de las pruebas

2.4 AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y PROPOSICIÓN DE PRUEBA

Dada la admisión y la citación de la acusación, el procedimiento que sigue está comprendido en el Art. 373 del Código Adjetivo Penal, que dice: “Una vez que concluya el plazo para la presentación de la prueba documental y anunciación de testigos el juez de garantías penales señalara día y hora para la audiencia final en la que el querellante y procesado podrá buscar un amigable componedor para que busque la conciliación que ponga fin el juicio”.

Si no se logra la conciliación, se continuara con la audiencia y el querellante o su abogado primeramente formalizará su acusación y presentará sus testigos y peritos previamente anunciados y de forma oral relatará la relación con la acusación formulada pudiendo ser repreguntados por la contraparte y el juez de Garantías Penales.

Luego el procesado y el defensor procederán de igual forma con sus testigos presentados y pruebas.

A continuación se iniciará el debate, concediendo la palabra primeramente al accionante y luego al querellado, garantizando el derecho a réplica para ambas partes.

Si el querellante no asistiere con motivo justificado a la audiencia, el juez de Garantías Penales, de oficio, declarará desierta la acusación con los mismos efectos del abandono sin perjuicio de que se la declare maliciosa y temeraria.

Si el procesado fuere quien no asista la audiencia se continuará con la misma en su ausencia.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Terminada la audiencia el Juez de Garantías Penales dictará sentencia, en el plazo de cuatro días.

Se redactará un extracto de la audiencia que contendrá la identidad de los participantes y los puntos propuestos y debatidos; el acta será suscrita por el secretario bajo su responsabilidad”^[22]

Por acuerdo entre acusador y acusado el juez puede designar un amigable componedor para que realice la audiencia de conciliación.

Si se logra la conciliación termina el proceso y deberá cumplirse lo que las partes acuerden.

Cuando una persona es ofendida por la comisión de un delito cuyo ejercicio de acción es pública y tiene la voluntad de constituirse en parte procesal, debe concurrir con su acusación particular ante el juez competente, quien al admitir tal acusación lo acepta al acusador particular como parte procesal activa, no necesaria o contingente, pues la parte procesal activa es el Fiscal; se califica de particular al acusador porque el acusador oficial necesario dentro del proceso penal es el fiscal; el acusador particular que interviene en los procesos de acción pública, busca generalmente a más de la condena del procesado, el resarcimiento civil.

Se denomina acusación privada, en cambio, porque es disponible por el ofendido por un delito de instancia privada reconocida por el Art. 33 inciso final del Código de Procedimiento Penal, que tiene relación con el Art. 36 del mismo Código en el cual no interviene el estado a través de la Fiscalía, de esta manera puede el acusador desistir o abandonar la pretensión punitiva quedando concluido el proceso definitivamente.

La audiencia de conciliación dentro de estos procesos, fue incorporada recientemente, desde luego siguiendo el ejemplo de legislaciones

^[22] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Registro Oficial Suplemento No. 360. 13 de enero del 2000. Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y Código Penal. Registro Oficial Suplemento No. 555. 24 de Marzo del 2009



UNIVERSIDAD DE CUENCA

extranjerías; sin tomar en consideración que los delitos previstos como instancia privada en nuestra legislación penal difieren de legislaciones como la española, chilena o argentina, cuyos procedimientos privados hemos pretendido copiar. Sabiendo que la conciliación procesal penal en el derecho español, es un presupuesto procesal, es decir, es un acto mediante el cual se procede a presentar la acusación privada y no está acompañada de certificación alguna que determine si se llevó a cabo la audiencia de conciliación o que hubo intención de celebrarla. La audiencia de conciliación es una actividad que debe cumplirse como una necesidad procesal para que el proceso siga sustanciándose.

La naturaleza jurídica de la audiencia de conciliación en el Ecuador difícilmente se configura, ya que algunos juristas la consideran un acto jurisdiccional, porque la convoca y la realiza el juez penal que admitió la acción penal privada; mientras que para otros se trata de una actividad jurisdiccional voluntaria, por el cual las partes buscan un consenso.

Existe la posibilidad que las partes nombre un amigable componedor con el propósito de lograr una conciliación, que puede ser una persona vinculada de alguna manera a las partes en conflicto, quien, mediante su intervención, puede conseguir un acuerdo. De obtenerse resultados positivos, el amigable componedor comunicará al Juez de Garantías Penales el arreglo alcanzado, el mismo que deberá constar en el acta de audiencia donde se expresará los términos lícitos del acuerdo firmado por las partes procesales y el secretario, que es quien da fe. En caso de inasistencia de una de las partes a la audiencia de conciliación, lo cual indudablemente imposibilita una conciliación, se deberá por intermedio de Secretaría, sentar la razón respectiva. La conciliación termina el proceso, sin que se encuentre claro en la ley si el mismo debe concluir por auto o sentencia; más, generalmente, en la práctica se aprueba el acuerdo mediante sentencia. Necesariamente las partes deben cumplir con lo acordado, que ha sido aprobado por el Juez de Garantías Penales, quien vigila se respeten las garantías y derechos de las sujetos procesales. La



UNIVERSIDAD DE CUENCA

conciliación da por terminado el proceso, sin que éste quede suspendido hasta que las partes cumplan con las condiciones acordadas. La sentencia que aprueba la conciliación no es susceptible de impugnación y surte los efectos de cosa juzgada desde el momento en que se dicta.

El cumplimiento de las condiciones que sirvieron de fundamento para el acuerdo de conciliación, da lugar a obligaciones extrañas al proceso penal y no pueden ser exigidas dentro del mismo, por cuanto este concluyó definitivamente y, por ende, rechaza todo procedimiento posterior. Lo que le interesa a la Ley es que se dé la conciliación y que, como consecuencia de ella, la conclusión del proceso, esto debido a que la acción penal privada es un procedimiento especial, que implica variaciones con respeto a los principios fundamentales del proceso penal ordinario (acción penal pública) y que tienen que ver con circunstancias de naturaleza objetiva, subjetiva y práctica.

Por lo general, una vez que se presentó la acusación privada es muy difícil que el ofendido se encuentre con la voluntad para perdonar al agresor y comparece a la audiencia de conciliación para que el juez penal estime su pretensión que haga posible la imposición de la pena al acusado, como así lo dice Gimeno Sendra: “no es un sentimiento altruista el que lleva al particular ofendido a comparecer como acusador y como parte ante la justicia penal, sino que nos encontramos ante un claro vestigio de la vindicta privada”.^[23]

2.4.1 PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA.

El Art. 373 del Código de Procedimiento Penal manifiesta: “Una vez que concluye el plazo para la presentación de pruebas documentales y anunciación de testigos, el juez de garantías penales señalara día y hora

^[23] GIMENO, Cendra, José Vicente. “La Querella”. Barcelona-España-Ed. Bosch. 1977. 326 p. ISBN: 8471626861



UNIVERSIDAD DE CUENCA

para la audiencia final en la que el querellante y procesado podrá buscar un amigable componedor para que busque la conciliación y ponga fin al juicio.

Si no se logra la conciliación se continuara con la audiencia y el querellante o su abogado primeramente formalizará su acusación y presentará sus testigos y peritos previamente anunciados, y de forma oral relatará la relación con la acusación formulada, pudiendo ser repreguntados por la contraparte y el juez de garantías penales.

Luego el procesado o su defensor procederán de igual forma con sus testigos presentados y pruebas”.^[24]

Se puede observar que en la sustanciación de los procesos que tiene por objeto delitos cuyo ejercicio de acción es privada, se exige, de manera directa, que en la misma y única etapa se debe probar tanto la existencia jurídica del delito como la culpabilidad del querellado; el acusador, una vez que anunció la prueba, tiene la obligación de presentarla en la audiencia final que se lleve a cabo.

Lo anotado tiene como fundamento el hecho de que la acusación privada contiene una acusación formal contra el querellado y el querellante debe aportar todos los medios de prueba que lleven a la certeza al Juez de que se cometió el delito y que el querellado es el agente del mismo.

Los medios de prueba sólo podrán ser propuestos por las partes procesales, esto debido al impulso particular de la acción privada, al carácter formalista de la querella y en virtud del principio de la mínima intervención penal de los operadores de justicia.

El proceso probatorio en este tipo delitos establece que en la etapa de prueba se debe demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, presupuestos que se darán en razón de la

^[24] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Registro Oficial Suplemento No. 360. 13 de enero del 2000. Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y Código Penal. Registro Oficial Suplemento No. 555. 24 de Marzo del 2009



UNIVERSIDAD DE CUENCA

prueba aportada y que llevan al juez a la convicción de que el delito acusado se cometió en el tiempo, lugar y modo relatados en la querella y que existe un nexo causal entre el hecho delictivo y la conducta del querellado mediante la prueba de la participación de este, en forma lógica, porque desde el momento en que el querellante presenta su acusación, la ley le exige que pruebe sus asertos a través de los medios probatorios.

En cuanto a las pruebas, el juez no tiene capacidad para realizar las investigaciones encaminadas a descubrir la verdad histórica de los hechos.

El plazo de la prueba es de seis días en los cuales se cuenta con los sábados y domingos y feriados, debiendo contarse desde la media noche del día en que se notificó la providencia en la que se establece la iniciación del plazo de la prueba, debiendo cumplirse el plazo a la media noche del último día del plazo.

La prueba es como una especie de mezcla entre la prueba común, que es la que se formula en forma expresa y se presenta en el plazos de seis días, y aquello que nuestra legislación se conoce como anuncio de prueba y se está aplicando en estos últimos tiempos con el objeto de que se de un desarrollo procesal más eficaz, anuncio de prueba que permite desarrollar de mejor manera el principio procesal de la contradicción y evita la presentación de la llamada “prueba sorpresa”.

Las pruebas son ser materiales, testimoniales y documentales.

2.4.2 PRUEBA MATERIAL

Son fuentes probatorias conformados por objetos, documentos o cosas que son exhibidas en un juicio oral, como por ejemplo el arma homicida, la ropa ensangrentada de la víctima, el contrato a través de la cual se consumó la estafa, o los videos de seguridad de un banco. En la actualidad, la sociedad en la cual nos encontramos inmersos se caracteriza por tener una cultura audiovisual, es esta la razón por la cual los documentos y objetos



UNIVERSIDAD DE CUENCA

como prueba en un juicio deberían ocupar una parte importante en la audiencia oral, es decir deberían constituir elementos probatorios importantes.

Una imagen o un sonido pueden dar muchas luces al juzgador antes que la declaración de muchos testigos; un arma puede ser más convincente a una afirmación del acusado. De ahí la importancia de este tipo de pruebas en el juicio oral por lo que es necesario una comprensión acerca del rol y la lógica en la que interactúan, objetos y documentos en un juicio, que en general se llama la prueba material.

Los objetos y documentos que se presenten en la audiencia final, deben ser debidamente acreditados mediante un testigo o perito idóneo que demuestre su origen y fidelidad para que se constituya en prueba material, correctamente incorporada y no dé lugar a objeciones de la contraparte. Sin embargo, existen objetos y documentos cuya naturaleza o autenticidad es tan evidente, que la acreditación comportaría una discusión más bien en torno a la persona que acredita y a sus cualidades, más que a las evidencias materiales que se pretenden incorporar.

La valoración de la prueba opera bajo el principio de “todo entra más no todo pesa”, por lo que las cuestiones relativas a la prueba serán cuestiones de credibilidad no de admisibilidad. Todo esto no quiere decir que se supriman completamente las cuestiones de admisibilidad de la prueba en un sistema de libre valoración.

Las partes deben presentar la prueba material no sólo por exigencia, de acuerdo a las reglas de la prueba, sino con consideraciones estratégicas de litigación, la primera de estas consideraciones tiene relación en que muy rara vez la prueba habla por si mismo, ésta debe ser insertada mediante un relato de la teoría del caso, constituyendo prueba de proposiciones fácticas que los testigos y los peritos afirmen sobre las pruebas presentadas, las cuales deben ser presentadas a través de los testimonios de los testigos y peritos.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Simplemente se ingresa la prueba material y se deja a los jueces que ellos obtengan la información que nosotros sabemos que tales pruebas contienen.

En el ámbito de la prueba documental, ciertos documentos pueden resultar muy débiles o con ninguna exigencia de acreditación. Desde un punto de vista de libre valoración, una escritura pública no hace fe necesariamente, pues siempre es posible probar el no haberse otorgado, como hay instrumentos privados que pueden ser igual o mucho más confiables que los públicos.

Nuestro Código Procesal Penal, agrupa bajo el nombre de prueba material a:

DOCUMENTOS.- Son escritos que contiene información acerca del caso; la regla que establece el código con respecto a la introducción de la prueba documental manifiesta que esta debe ser leída y exhibida antes del debate dando a conocer su origen.

OBJETOS.- Se trata de las cosas que se puede tocar y lo que manifiesta el Código es que deben ser exhibidos y pueden ser examinados por las partes.

OTROS MEDIOS.- estos medios pueden ser las grabaciones audiovisuales; la regla que se establece para estas pruebas es que se presenten en la audiencia por cualquier medio idóneo para que sea observado por los asistentes, estas pruebas se debe reproducir en el juicio, de cualquier modo es decir si es escrita se leerá y si es grabación se reproducida.

El Código de Procedimiento Penal establece dos reglas las que se deben tener presente al momento de la prueba:

En la primera regla, el Juzgador pueda autorizarla, tomando en cuenta el acuerdo de las partes, la lectura o reproducción resumida. Con esto se quiere evitar que la audiencia se alargue innecesariamente con pruebas que no son importantes.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La segunda regla reafirma las necesidades de credibilidad que se da en la introducción de prueba material. De esta forma el Código establece que todos estos medios deben ser exhibidos al acusado, a los peritos y a los testigos en el momento de su declaración.

Tanto los objetos como los documentos son la prueba real o demostrativa. Real es aquella que efectivamente forma parte de los hechos del caso pero también será muy importante para las partes utilizar la prueba demostrativa, esta prueba puede ser importante porque ilustra y aclara los hechos, así por ejemplo el croquis del sitio del suceso no hace sino ilustrar el lugar de manera que el abogado pueda graficar el testimonio de un testigo.

La prueba demostrativa puede ser utilizada a falta de la prueba real como por ejemplo cuando se presenta un objeto de similar característica (tamaño, peso, forma) a aquel que según el acusado ha utilizado en contra de la víctima; en este caso se le interroga al testigo manifestando que si conoce el objeto que se le presenta como aquel de los hechos.

ACREDITACIÓN DE OBJETOS

Entre los tipos de prácticas propuestas para la acreditación de los objetos y documentos que satisfacen las necesidades, sugerimos las siguientes:

- 1.- Elegir un testigo que sea idóneo para reconocer el objeto o documento.
- 2.- Exhibir el documento u objeto al testigo y preguntar si lo reconoce.
- 3.- Pedir al testigo razonar sobre su reconocimiento, es decir si estuvo o no en el lugar de los hechos.
- 4.- Ofrecer el objeto en la prueba; esta petición se la hace al presidente del Tribunal, el mismo que deberá preguntar a las partes si hay objeción; si no la hay ésta será utilizada en adelante por todos los involucrados.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

5.- Utilizar el objeto o documento. El objetivo es realizar la reconstrucción de la escena, es decir pedir al testigo que demuestre en que posición fue hallada el arma, pedir que revise la ropa que llevaba puesto ese día es decir insertar el objeto o documento en el relato.

Debemos hacer algunas observaciones a este procedimiento de acreditación.

El testigo debe ser idóneo, es decir que esté en condiciones de reconocer el objeto y dar razones de dicho reconocimiento; hay testigos que son naturalmente idóneos, como por ejemplo el policía que recogió el arma en el lugar de los hechos o la persona que reconoció el objeto. En ocasiones la idoneidad puede ser suficientemente construida aun cuando no sea el candidato natural a reconocer la prueba.

Si la prueba es demostrativa se requiere de un testigo idóneo para manifestar las características relevantes del objeto o documento, en una presentación adecuada a la realidad.

El sistema de marcación de los objetos por parte del juzgador es simple sugerencia y dependerá de cuál sea la práctica de los tribunales al respecto, tratándose de que la información venga directamente del testigo y no sea sugerencia del abogado. Un sistema de marcación facilita las cosas, no cualquier subjetividad alcanza a tener la entidad suficiente para tornar ilegítima la forma de reconocimiento de la prueba material, hay casos en que la subjetividad a propósito es tenue e irrelevante, y no debiera obstaculizar la introducción de la prueba material ya sea un objeto o documentos.

Existen jueces que han considerado que, para poder presentarle los objetos o documentos al testigo, debería haberlo descrito previamente; en cambio en el otro extremo de la ponderación, muchas veces parece razonable que un testigo no recuerde los detalles de un objeto y esto no excluye el reconocimiento ni admisibilidad. Si la exigencia de que el testigo describa la especie antes de que sea exhibida tiene por objeto verificar que en realidad tenga memoria fresca sobre ella, esto no quiere decir que el



UNIVERSIDAD DE CUENCA

testigo reconozca la especie por otras vías como por ejemplo una cadena de custodia.

Asociado al tercer paso está el tema de la cadena de custodia. Con mucha frecuencia ocurre que un testigo está en condiciones de reconocer y manifestar “este objeto es ese”, donde el objeto es indistinguible de otros muchos similares o idénticos. Depende de la existencia de formas que pongan al testigo en dichas condiciones como la marcación de los objetos y del manejo e intervención sobre los mismos.

La cadena de custodia sobre los objetos recogidos e incautados requiere que sean marcados o rotulados de cierta manera que los vinculen al caso, exigiendo además algún tipo de constancia de quienes los han manipulado en cada paso hasta su presentación en el juicio.

Sin embargo, ha sucedido en países como en Chile, con una vasta experiencia en genuinos juicios adversariales, la exigencia de una cadena de custodia, que viene a representar una especie de requisito formal y procesal. Esto es un problema pues hace olvidar a las partes y a los jueces de cuándo se requiere que un testigo sea idóneo para reconocer un objeto o documento, por ejemplo, mientras más singular el objeto, menos exigente la cadena de custodia en términos de la posibilidad real de un testigo de manifestar “ese objeto es ese”.

En cuanto a la admisibilidad, el querellante deberá hacerse cargo, al acreditar la cadena de custodia, de temas adicionales como la fidelidad, es decir que no haya sido alterado; lo que se debe destacar es que la cadena de custodia es fundamentalmente un hecho que puede ser probado de diversas maneras, la principal, mediante el testimonio; ese testimonio debe ser controvertido por la otra parte, para ello los registros de las actuaciones tendrán un rol muy importante. Pero los formularios de la custodia, no son la cadena de custodia, esto es muy relevante a argumentos que se escuchan en los tribunales que una prueba es inadmisibile porque se rompió su cadena de custodia.



2.4.3 PRUEBA DOCUMENTAL

El tema del uso de documentos en el juicio es típico en aquellos casos en donde el juicio oral entra en sofisticaciones de segundo y tercer nivel de comprensión de la lógica probatoria. Hacerse cargo de él en una forma total requeriría tratar por separado diversas categorías posibles, ya que cada una impone ciertas peculiaridades propias. De esta manera tendría que tratarse de una categoría como por ejemplo, documentos comerciales, registros públicos, diagramas y mapas, fotos y videos realizados por los testigos, etc.

No intentamos realizar un análisis exhaustivo, entre otras cosas porque se trata de desarrollos que debe realizar la práctica concreta de litigación y jurisprudencia en los tribunales; en este sentido, queremos proyectar una idea elemental que pueda repercutir en la mayor elaboración de esta área en la práctica de litigación.

La idea de la prueba real en los documentos es diferente de lo que ocurre con los objetos. En el caso de los documentos, es si éstos aportan o no valor probatorio independiente del testimonio, así el documento no es ofrecido por su valor probatorio propio sino por su utilidad para ilustrar el testimonio; esto ocurre por ejemplo con diagramas o mapas que representan lugares físicos

La diferencia es absolutamente fundamental a la lógica general del juicio, como se manifiesta en el capítulo dos. A propósito de la teoría del caso, todo el juicio está constituido como una instancia de control de calidad de la información. La inmediación y la contradictoriedad ofrece al juez la mayor cantidad de información y le concede la mayor cantidad de elementos con que va a juzgar el caso; la simple relación hechos posiciones, direcciones, desplazamientos, relaciones y trayectorias se convertirán en una mezcla de información difícil de seguir por cualquier persona, incluidos los jueces. La pretensión de que la oralidad del juicio requiere que todo sea declarado sobre la base de la memoria, es errónea desde el punto de vista



UNIVERSIDAD DE CUENCA

de los valores del sistema y es absurdo desde la perspectiva del sentido común.

Esta distinción debe combinarse en el modelo anglosajón, por ejemplo, instrumentos como tablas, diagramas o cuadros de información eran dominados por la lógica de la prueba demostrativa. En las últimas décadas la práctica dominante ha tendido a considerar el apoyo gráfico con valor probatorio por lo que permite admitir su ingreso en la prueba, pues con esto satisface los siguientes elementos:

Relevancia del medio de apoyo gráfico.

Acreditación de un testigo idóneo, familiarizado con el documento que describe incluidas las circunstancias como por ejemplo la hora y época del año, en algunos casos.

Fidelidad del documento respecto de lo que se desea ilustrar.

Que el medio sea útil para ayudar al testigo.

Estos elementos están expresados en términos generales según el tipo de prueba del que se está hablando.

En el caso de los documentos, debemos distinguir dos lógicas diferentes: una cosa es la prueba documental y otra las declaraciones previas. La prueba documental constituye prueba y se puede incorporar como tal, las declaraciones no pueden ser tomadas como prueba y solo pueden ser utilizadas de una manera muy específica para evaluar la credibilidad de un testigo.

La prueba documental reúne las siguientes características

- Pueden ser documentos públicos o privados.
- El medio puede ser cualquiera, incluyendo tanto documentos escritos como cualquier otro medio de reproducción de imagen o sonido.
- Contiene información importante para el caso de fondo.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

-No constituye registros de la investigación, esto es a que no todo lo que forma parte de la carpeta del fiscal cae en la categoría de registro de la investigación.

-No sustituyen un testimonio, es decir que una declaración no puede ser sustituido por un registro de declaraciones anteriores.

Existen varias situaciones que pueden confundirse a propósito de la prueba documental, como las siguientes:

Las declaraciones producidas por el sistema de persecución penal.

Las declaraciones prestadas ante la fiscalía y la policía, no constituyen prueba y pueden ser utilizadas como elementos de credibilidad del testigo.

Al hablar de las declaraciones nos referimos al registro de ellos y, en especial al escrito. Lo que, en general, no se puede utilizar como prueba es el acta de dicha declaración. Una cuestión que esta pendiente en esta orbita es la posibilidad de utilizar como prueba del caso de fondo declaraciones inculpativas del imputado, cuya legalidad no esta disputada en especial si el soporte ofrece mejor inmediación que la escritura.

Un segundo tema relevante es el producto de la investigación que no equivale a registros por lo menos en la lógica de litigación, mas allá de los conceptualismos tales como las fotografías, videos o diagramas realizados en el contexto de actuaciones políticas. Dichos medios son plenamente admisibles en juicio, pues representan pruebas independientes del testimonio y esto es finalmente lo que zanja la cuestión.

Respecto a declaraciones previas fuera del sistema de persecución penal, cabe mencionar cuatro hipótesis:

Hipótesis 1.- La declaración fue hecha por un testigo y tiene que probar los hechos del caso de fondo. Esta información tiene que ser rendida por el testigo en el juicio y la información escrita no puede ser utilizada sino por vía de la contrariedad y la inmediación. Si la fiscalía o la defensa quiere ingresar al debate esta información, tiene que presentar al testigo en el juicio, de tal



UNIVERSIDAD DE CUENCA

manera que si la parte no cuenta con el testigo para el juicio, éste no puede incorporar su declaración como prueba documental; si el testigo concurre, el documento puede ser utilizado para refrescar su memoria.

Hipótesis 2.- Si la declaración fue realizada por una de las partes y es relevante para los hechos de fondo, se debe admitir como prueba documental en tanto se satisfagan las necesidades de acreditación del documento; cuando se trata de pruebas de afirmación de la parte que realiza su declaración, la posibilidad de prefabricación de pruebas debiere dificultar su admisibilidad por una cuestión de relevancia.

Hipótesis 3.- Si la declaración realizada con anterioridad es de quien ésta prestando testimonio dentro de un juicio y ésta no contiene información acerca del caso de fondo pero si con respecto a la credibilidad del testimonio que se está prestando actualmente, se lo puede utilizar con ese fin en el contexto del examen o contra examen respectivo.

Hipótesis 4.- Si la declaración previa fue realizada por un tercero más no por la persona que está dando el testimonio en el juicio y la misma (la del tercero) no es importante para probar el caso de fondo pero si para la credibilidad del testimonio que está actualmente prestando, las declaraciones serán utilizadas con dicho fin.

ACREDITACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

Para el tratadista español Miguel Fenech, el documento a efectos de prueba es: “objeto material en el que se inserta una expresión de contenido intelectual por medio de una escritura o de cualesquiera otros signos, imágenes o sonidos. El contenido del documento puede ser tan variable como lo puede ser los pensamientos humanos y los medios para expresarlos y fijarlos. Se discute si el escrito anónimo, esto es aquel cuyo autor se ignora, puede considerarse como documento a los efectos de prueba y solo como cuerpo del delito o material para la exaltación o valoración de una



UNIVERSIDAD DE CUENCA

denominada prueba (por ejemplo, comparación de la escritura); pero dada la gran amplitud de medios de prueba que se admiten en el proceso penal, atendiendo al objeto del mismo, el problema del documento anónimo tiene su punto de gran verdad, no en su admisión como medio de prueba, sino en su valoración (piénsese en el documento anónimo cuyo autor se logra se logra descubrir en el transcurso del proceso y cuyo contenido era un medio de prueba esencial por la naturaleza del delito)". ^[25]

Para Cafferata NORES el documento es el objeto de contenido material en el cual se ha asentado, bien sea mediante grabación, impresión, escritura, signos gráficos, fotos , a través de signos convencionales, una expresión de contenido intelectual, quien bien podría estar constituida por palabras imágenes, sonidos, datos, textos y más.

Entonces coincidimos con lo expresado por el Dr. Walter Guerrero Vivanco: "documento en general es toda obra humana a través de la cual se puede perpetuar un acontecimiento cualquiera"^[26] pues ejemplifica el mencionado tratadista ecuatoriano que los documentos son monumentos que immortalizan el pensamiento de quienes lo inspiraron.

Sin embargo así como hay documentos que pueden interesar a los arqueólogos, historiadores, pintores o escultores, hay también documentos que sólo tienen valor desde el punto de vista jurídico, ya sea por el hecho de ser tales o en razón de su contenido.

De allí lo expuesto por el argentino Carlos Rubianes en su obra Manual de Derecho Procesal Penal: "el problema sobre que se entiende por documento, desde la mira procesal, es hartamente discutido por la doctrina la que da significaciones más amplias y otras restringidas. Porque se

^[25] FRENECH, Miguel. "Derecho Procesal Penal ". Barcelona-España. Labor 1960. 700 p. ISBN: 75593817

^[26] GUERRERO Vivanco, Walter. " La Acción Penal" Tomo II. Quito- Ecuador. Pudeleco. 2004. 380 p. ISBN: 9978966617



UNIVERSIDAD DE CUENCA

califique una cosa como documento o no se la estime como tal, siempre podrá ser objeto o medio de prueba. Máxime en el proceso penal, en que se da mayor libertad a ese quehacer”.^[27]

Podemos afirmar indiscutiblemente que el documento jurídico no es sino aquel que puede tener valor en el ámbito del derecho, y más concretamente dentro de un proceso judicial, sea civil, laboral o penal, pero desde luego tomando en consideración el consejo de tratadista Rubianes, quien afirma que los “actos procesales de documentación” están constituidos por todo lo que se aporta al proceso por impulso de las partes y que sea se va reuniendo y dejando constancia por escrito.

Para Francisco D'ALBORADA, “documento en sentido procesal penal, que es el que nos interesa a nosotros, es la concreción material de un pensamiento que abarca las marcas, signos, contraseñas, escritos anónimos, informes, distintivos, emblemas, condecoraciones, etc. Dentro de este concepto corresponde incluir el producto de ciertos mecanismos registradores, tales como maquinas controladoras, aparatos fotográficos, filmadoras, video-tapes, grabadoras”.^[28]

2.4.4 PRUEBA TESTIMONIAL

Al ser la palabra hablada un medio de comunicación frecuente entre las personas, el testimonio, por lo tanto, es una de las pruebas más antiguas de la humanidad junto con la confesión y, por ello, el que más se utiliza y aprovecha dentro del proceso penal. Con razón la afirmación de BENTHAM de que “los testigos son el ojo y el oído de la justicia”, no ha perdido actualidad.

^[27] RUBIANES, Carlos. “Derecho Procesal Penal Actual”. Buenos Aires-Argentina. Depalma 1983. 410 p. ISBN: 9562385191

^[28] D'ALBORADA Francisco. “Curso de Derecho Procesal Penal”. Buenos Aires Argentina. Index 1984. 347 p. ISBN 9562383598



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Para el argentino Cafferata Nores, el “Testimonio es la declaración de una persona física, recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que puede conocer por percepción de sus sentidos sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la construcción conceptual de estos”; además, el tratadista hace las siguientes precisiones sobre el testimonio y los testigos:

- a) “Quien rinde el testimonio es el testigo, que es una persona física que tiene existencia real, es decir, que puede percibir y transmitir sus percepciones.
- b) El testigo puede ser citado para que declare o puede presentarse espontáneamente.
- c) La declaración es una manifestación de conocimiento que se trata de transmitir al Juez sobre lo que el testigo conozca acerca del hecho delictivo sus circunstancias y el daño causado; o sobre el participe y sus condiciones personales y los motivos que hubieren tenido para delinquir. También pueden verse sobre otros hechos o circunstancias ajenas al delito y los responsables de el, como cuando se trate de probar tachas de otros testigos, agravantes o atenuantes. El conocimiento lo debe haber adquirido a través de los sentidos aunque también podría en ciertos casos especiales, emitir opiniones o criterios, si se trata de peritos o entendidos en una actividad.
- d) Generalmente se lo rinde oralmente salvo algún impedimento físico (sordomudo que sabe escribir o no), o que se brinde un trato preferencial (informes de autoridades o funcionarios).
- e) La declaración debe producirse dentro del proceso, concretamente, en la audiencia del juicio.
- f) Del testigo se espera tener datos verdaderos sobre los hechos investigados para lograr la reconstrucción conceptual del delito. En las doctrinas existen criterios divididos respecto a la obtención de datos



UNIVERSIDAD DE CUENCA

fidedignos de parte de los testigos ya que, según algunos, por regla general el hombre percibe y narra la verdad y sólo por excepción engaña o miente (Carrara); en cambio otros (MANZINI) sostiene que “una tal presunción sería contraria a la realidad ya que el hombre es instintivamente mendaz no solo cuando tiene directo interés en serlo, sino también cuando supone que el decir la verdad puede favorecer o perjudicar a otros.”^[29]

Por el principio de inmediación, las versiones previas de testigos, peritos querellantes o querellados realizadas durante la etapa de investigación no constituyen prueba, y no pueden incorporarse ni invocarse como tales en la audiencia final, pues la prueba que debe servir de base para dictar la sentencia, es la que se evacua en la audiencia final.

Doctrinariamente se establecen los siguientes pasos para el examen de los testigos:

Paso 1.- Interrogar al testigo previamente sobre los hechos.

Este requisito es básico ya que el testigo debe ser interrogado sobre el punto esto es se le haya preguntado la o las preguntas pertinentes intentado de esta forma recabar cierta información que el testigo posee, si el testigo o perito omite ciertos detalles relevantes se debe reformar las preguntas para que comprenda el sentido de la consultas que se le formula.

Paso 2.- Validación de la declaración previa.

A continuación se le pregunta al testigo o perito si ha declarado en otro lugar esto es en la fiscalía, juez de garantías o policía, solicitando luego que nos manifieste ante quien declaro y que señale fecha, lugar y día

Paso 3.- Preparación del instrumento de Litigación.

^[29] MANZINI, Vincenzo. “Tratado de Derecho Procesal Penal” Tomo IV. Buenos Aires- Argentina. Ed. Hardcover. 1953. 151 p. ISBN: 9508260149



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Se le pregunta al perito o testigo si le ayudaría a recordar ciertos detalles o hechos de tener la posibilidad de leer parte de esta declaración previa.

Paso.- 4 Solicitud de autorización al juzgador para refrescar la memoria.

Ante la respuesta del testigo o perito y si es afirmativo, se le solicita al tribunal que autorice la exhibición de la declaración del testigo o informe del perito marcando el párrafo a ser leído.

Paso 5.- Control del uso del instrumento por la contraparte.

Habiendo sido autorizado por el juzgador se procede a exhibir a la contraparte el párrafo que se busca sea leído por el testigo o perito.

Paso 6.- Exhibición al testigo o perito.

Se le exhibe el documento que contiene la declaración o el informe y se le pregunta si reconoce y si esta su firma estampada.

Paso 7.- Lectura de la declaración o informe.

Se le pide que lea en silencio la parte pertinente al documento.

Paso 8.- repetición de la pregunta inicial.

Habiendo cumplido con los pasos previos, se reitera la pregunta original señalándole que si recuerda la información específica solicitada.

En el contra examen se requiere de leves pero importantes modificaciones a todo el procedimiento de utilización de la técnica. Más que refrescar la memoria lo que se busca es dejar en evidencia alguna inconsistencia o contradicción entre lo declarados en el pasado y lo que se esta señalando en la audiencia del juicio oral, a fin de afectar la credibilidad del testigo de la otra parte y controlar los daños que esta efectuando a la propia teoría del caso

Paso 1.- Fijar el testimonio inconsistente o contradictorio.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Luego que se advierte al testigo que esta siendo inconsistente con declaraciones previas, se fija su actual testimonio, prestado en el examen directo o en el contra examen, esto es que se debe provocar que el testigo declare sobre el punto durante el contra examen, se utilizara exclusivamente preguntas sugestivas y cerradas, siendo las primeras las que sugieren o fuerzan el contenido de la respuesta y las últimas que invitan al testigo a escoger una de varias respuestas posibles y que, por lo mismo focalizan la declaración de este en aspectos específicos del relato.

Paso 2.- Validación de la declaración previa

Se le pregunta personalmente si presto una declaración previa, rodeando las preguntas de condiciones de legitimidad como por ejemplo cuando y donde declaró, si leyó la transcripción de lo declarado antes de firmar. Etc.

Paso 3.- Solicitud de autorización al tribunal

Se le solicita al juzgador que autorice la exhibición de la declaración del testigo o informe del perito marcando al párrafo a ser leído por este, es importante no prepararle al testigo señalándole que ha caído en una contradicción o inconsistencia, por lo que la solicitud debe ser genérica.

Paso 4.- Control del uso por la contraparte

Luego de haber sido autorizado por la contraparte el párrafo que se busca sea leído por el testigo o perito según ya se explico.

Paso 5.- Exhibición de la declaración al testigo o del informe al perito pidiéndole que lea en voz alta el segmento de la declaración o informe.

La lectura lo realizaba en presencia del testigo y mostrándole el texto al declarante y advirtiéndole su derecho a interrumpir si se aparta de lo señalado en el texto de la declaración. Esta modalidad puede Ser de gran utilidad frente a declarantes que tengan problemas para leer el documento respecto de los cuales podamos presumir que trataran de incorporar más información que la mera lectura.



2.5 FORMAS DE TERMINACION DE LA ACCION PENAL PRIVADA

Entre las formas de terminación de la acción penal privada nuestro Código de Procedimiento Penal contempla: El desistimiento, el abandono y la sentencia ejecutoriada y ejecutada.

2.5. 1 DESISTIMIENTO.

El desistimiento de la acusación particular se encuentra contemplado en el Artículo 60 del Código de Procedimiento Penal, que establece:

“Con los efectos que señala la ley cabe el desistimiento de la acusación particular.

El desistimiento solo cabe si el acusado consiente expresamente en ello dentro del proceso”^[30].

Si la acusación particular es un acto procesal proveniente por lo general de una persona ofendida o agraviada en una comisión de infracción penal y siendo como es la acusación una manifestación de voluntad de dicha persona, esto es esencialmente revocable y que puede realizarse de una manera expresa a través del desistimiento, o de manera tacita a través del abandono.

El desistimiento de la acusación particular es la renuncia expresa que hace el acusador de continuar exhibiendo la pretensión punitiva. El desistimiento planteado dentro de la causa cuyo ejercicio de acción es público, no difiere, en cuanto a sus características, del planteado dentro de un proceso que tiene por objeto un delito cuya acción es privada.

El acto del desistimiento que se ejecuta en una y otro proceso siempre es el mismo, es decir, constituye una renuncia expresa del acusador de la

^[30] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Registro Oficial Suplemento No. 360. 13 de enero del 2000. Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y Código Penal. Registro Oficial Suplemento No. 555. 24 de Marzo del 2009



UNIVERSIDAD DE CUENCA

voluntad de continuar siendo parte procesal activa declinando la pretensión punitiva, lo que varia no es el acto de desistir, sino los efectos que el desistimiento provoca dentro del proceso.

En el artículo señalado anteriormente cabe el desistimiento de la acusación particular pero advierte que es admisible dicho desistimiento con los efectos que señala la ley, es decir con los efectos a los que se refiere en los Arts. 62 y 64 , de esto se puede hacer la diferencia entre los efectos del desistimiento de la querella con los del desistimiento de la acusación particular. En lo que se refiere al desistimiento de la acusación privada, clausura definitivamente el proceso y el desistimiento de la segunda no cancela el proceso, pues este continua con la presencia del fiscal sin que el predicho desistimiento afecte el futuro desarrollo del proceso.

El profesor Andrés F. Córdova dentro del Derecho Procesal Penal Ecuatoriano tomo 1 dice: “que cuando la ley se refiere a los “efectos” del desistimiento se esta refiriendo a “las responsabilidades legales del acusador”^[31]. Se difiere del criterio antes expuesto pues creemos que estos efectos se refiere como lo hemos explicado, a la persistencia del proceso penal con la sola presencia del fiscal que es la parte activa necesaria en los procesos cuyo ejercicio de acción es pública, o la clausura del proceso cuando esto se trata de los delitos de instancia privada.

En cuanto a la a acusación particular como lo hemos dicho en relación con la acusación oficial y que es la que exhibe el fiscal, es por esto que la acusación particular solo puede tener vigencia en los procesos de instancia publica y por existir un fiscal como sujeto activo necesario en esta clase de procesos, es que el acusador particular actúa como sujeto activo contingente, eventual del proceso penal, cuya presencia o ausencia no afecta al desarrollo del proceso.

^[31] F. CORDOVA, Andrés. “Derecho Procesal Penal Ecuatoriano”. Quito-Ecuador. Minerva 1957.250 p. ISBN: 57058489



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Cuando se trata de los procesos de instancia privada, el proceso penal en su relación jurídica necesariamente debe establecerse con el acusador privado, ya que no existe otro sujeto activo que lo pueda remplazar en la función de exhibir la pretensión punitiva dentro de estos procesos, la ley de procedimiento le concede de manera exclusiva privada, como es sabido el sujeto activo diferente al acusador particular que es un sujeto activo contingente de la otra clase de procesos.

El desistimiento en suma es la renuncia expresa que hace el acusador de continuar la pretensión punitiva y el resarcimiento de daños y perjuicios.

2.5.2 EL ABANDONO DE LA ACUSACIÓN PRIVADA.

El abandono viene a ser la renuncia tácita que realiza el querellante de continuar con la causa, como así lo establece al Art. 61 del Código de Procedimiento Penal: “En los delitos de acción privada se entenderá abandonada la acusación si el acusador deja de continuarla por treinta días, contados desde la ultima petición o reclamación escrita que se hubiere presentado al juez, excepción hecha de los casos en los que por el estado del proceso ya no se necesita la expresión de voluntad del acusador particular.

El juez declarara abandonada, la acusación únicamente a petición del acusado.

Declarado el abandono, el juez tendrá la obligación de calificar en su oportunidad, la acusación ha sido maliciosa y temeraria”^[32]

^[32] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Registro Oficial Suplemento No. 360. 13 de enero del 2000. Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y Código Penal. Registro Oficial Suplemento No. 555. 24 de Marzo del 2009



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El abandono dentro de nuestra legislación procesal penal vigente, ha quedado relegado para que surta efecto en los caso de la acusación privada y no en la acusación particular.

La acción privada puede extinguirse por abandono, es decir que no se va a continuar exhibiendo la pretensión punitiva. El abandono no es una renuncia simple de la instancia sino que constituye la renuncia de la pretensión punitiva y al resarcimiento civil que esta comporta.

El abandono se lo realiza a petición del querellado, pues el Juez de Garantías Penales no puede declararlo de oficio; si el querellado no lo solicitare, aunque transcurra el tiempo previsto por la ley, el juez no lo puede declarar debiendo por lo tanto llevar el desarrollo del proceso hasta el final. Con el abandono se produce el efecto ineludible de la extinción del proceso se extingue.

El hecho del abandono no borra del proceso la actividad interior del acusador, por lo que cuando se declara el abandono el juez debe calificar la acusación que ha sido abandonada expresando si es que es o no maliciosa y temeraria. También provoca el abandono de la acusación privada el fallecimiento del acusador, si los herederos, dentro del plazo señalado no comparecen al proceso haciendo la manifestación de voluntad de proseguir la acusación.

Procede el abandono de la acción privada, si el querellante deja de continuarla por treinta días, contados desde la última petición o reclamación escrita y presentada ante el señor Juez de Garantías Penales, siempre y cuando por el estado del proceso ya no se necesite la expresión de voluntad del acusador.

Debemos aclarar sobre el hecho de que el abandono que se refiere nuestro Código de Procedimiento Penal no es el abandono a que hace referencia el Código de Procedimiento Civil, es decir se trata del abandono de las pretensiones punitivas y de resarcimiento de los daños y perjuicios y por esta razón si la acusación privada ha sido abandonada no se puede



UNIVERSIDAD DE CUENCA

renovarse por el acusador en contra de los mismos acusados por el mismo hecho, esto en razón el principio Constitucional y Legal del No bis idem.

2.5. 3 SENTENCIA

La sentencia es la parte mas importante del proceso penal, con ella se resuelve la pretensión del estado para culpar a un procesado y por parte de este en demostrar su inocencia, es decir es la culminación de todo el proceso penal, si se habla de primera instancia, y de revisar si lo resuelto en ésta fue apegado a derecho, en caso de los Tribunales de alzada o de segunda instancia, así como verificar que no se haya violados las garantías del debido proceso.

Doctrinariamente existen dos significados de la palabra sentencia: como acto procesal y como documento, en lo referente al primer significado es el acto procesal emanado de los órganos jurisdiccionales mediante el cual se decide la causa o punto sometido a su conocimiento; en cuanto al segundo significado, la sentencia es un documento emanado de un juez unipersonal o pluripersonal (tribunal) que contiene el texto de la decisión sobre los puntos sometidos a su conocimiento.

Los efectos de la sentencia condenatoria en materia penal pueden ser los siguientes:

A).- Determinar la pena de prisión aplicable al sentenciado, consiste en la privación de la libertad corporal

B).- Decretar el tratamiento en libertad, semilibertad o trabajo a favor de la comunidad, se debe señalar que en el trabajo a favor de la comunidad puede ser autónoma o substitutivo de la prisión o la multa.

Existe una clasificación a las sentencias, entre las más importantes encontramos los siguientes:

A).- Por su función en el proceso, las sentencias se dividen en:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

1.- Sentencias definitivas: son aquellas que resuelven el juicio en lo principal, ejemplo, cuando se establece la responsabilidad de una persona en la comisión de un delito.

2.- Sentencias interlocutorias: son las que resuelven una cuestión parcial o incidental dentro de un proceso ejemplo: los que resuelven un incidente de devolución de objeto de delito o reducción de la garantía fijada por el juez para gozar del beneficio de la libertad provisional bajo caución.

B).- Por su impugnabilidad las sentencias se dividen en:

1.- Sentencias definitivas, son aquellas que se dictan para resolver el conflicto sometido a proceso y son susceptibles de ser impugnadas a través de algún recurso o proceso impugnativo, y que puede concluir con la confirmación, modificación, revocación o anulación de dichas sentencias.

2.- Sentencias firmes, son aquellas que no pueden ser impugnadas por ningún medio es decir posee la autoridad de cosa juzgada.

Una sentencia justa y bien fundamentada es la culminación del debido proceso, esto significa la concreción de todos los principios sustantivos de todas las garantías procesales en una resolución final proyectada y motivada y que se aspira resolver con justicia el problema o conflicto jurídico al que se refiera y esta debe ser aceptada o al menos entendida, por las partes y por la comunidad en general.

Autores como Zabaleta Rodríguez señala. “Una vez que el juez ha llegado al convencimiento respecto de una tesis determinada, le toca persuadir a las partes, a la comunidad jurídica y a la sociedad en general, de los fundamentos probatorios que avalan la versión de lo sucedido”^[33]

El objetivo de toda sentencia penal, es resolver con absoluta justicia en base a la prueba existente. También se debe buscar que todos entiendan el fallo emitido, aunque, con relación al último es preciso reconocer muchas

^[33] ZAVALETA Rodríguez, Roger. “La Motivación de las Resoluciones”. Lima-Perú. Colex 2003 336 p. ISBN: 9789972238445.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

veces esto no es posible debido a los intereses en conflicto, a la cultura imperante en extensos sectores de nuestra sociedad, pero se debe justificar la sentencia ante las partes y ante todo aquel que la lea, esto es que sea comprensible y explicable a partir de su propia estructura lógico formal y de sus fundamentos de hecho y derecho, lo que se traducirá en una adecuada y suficiente motivación de las sentencias tal como lo exige el Debido Proceso y está establecido en nuestra norma constitucional y los esquemas del derecho fundamentales reconocido por la mayoría de las declaraciones del derecho humano y pactos internacionales.

LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

Antes de analizar lo que es la motivación comenzaremos por dar una definición de lo que nos dice el Diccionario de la lengua Española refiriéndose esta como una de las excepciones de motivación “Acción y efecto de motivar”, lo que a su vez según el diccionario también nos dice que es “Dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer una cosa”. De aquí se deduce que es esta la actividad consciente, coherente y lúcida y clara con que debe manifestarse la argumentación que se va a emitir.

El significado propio de la motivación no es más sino dar una causa o motivo para algo, es decir explicar la razón que se ha tenido para hacer algo. Desde el punto de vista que nos atañe esto se trata de una motivación judicial, que es impartir justicia y es dada en función de ésta.

Es así que motivación judicial, se presenta en dos facetas dirigidas a producir la justificación de la decisión: como actividad del juzgador y como la argumentación que se manifiesta en el documento sentencial

La motivación se debe entender como una explicación que el juzgador da a las partes como solución de un debate sin dejar de tomar en cuenta que esta debe ser una resolución razonada.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La motivación puede reducirse en tres aspectos fundamentales

- 1.- Garantizar la posibilidad del control de la sentencia por los tribunales superiores
- 2.- Convencer a las partes y a la sociedad en general sobre el justificado y legitimidad de la decisión actual y.
- 3.- verificar que la decisión no es producto de un actuar arbitrario del juez, sino de la válida aplicación del derecho en vista de un proceso garante y transparente.

Sobre todo la motivación es un principio constitucional del debido proceso contemplado en el artículo 76 numeral 7 literal I que dice: 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: (...)

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...)

I) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. (...)"^[34]

2.5.4 TRANSACCION

Transacción viene de latín "transactio", expresión que significa todo acuerdo de voluntades sobre un objeto cualquiera.

^[34] CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Registro Oficial No. 449. Lunes 20 de octubre de 2008.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La transacción, también es definida como el negocio procesal por el cual los sujetos de la relación procesal, haciéndose concesiones recíprocas, deciden poner fin a un asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado.

Dentro de la acción penal privada es posible que el sujeto activo y pasivo de la infracción lleguen a un acuerdo transaccional . De allí que este tipo de procesos pueden concluir mediante transacción de las partes, sobre todo en delito que implica la propiedad (usurpación, destrucción) o el honor de las personas (injurias, difamación) o la integridad física de las mismas (si es que la lesiones no excede de treinta días de enfermedad o incapacidad para el trabajo.)

Los sujetos procesales de la acción penal privada pueden llegar a un acuerdo antes de la iniciación del procedimiento respectivo o después de iniciada ésta, estableciendo las bases, sean estas de carácter general o económico.

Acordada la transacción, la misma deberá constar en una acta en la cual se determinará de forma clara, sencilla y circunstanciada todas y cada una de las condiciones del acuerdo, incluyendo las de carácter económico si se hubieren pactado.

Esta acta deben suscribir las partes que transigen, el Juez de Garantías Penales y el Secretario de la Judicatura..

Esta acta tiene el valor de sentencia ejecutoriada, para los fines del principio constitucional del Non bis idem.

2.5.5 REMISION

La remisión como una forma de terminación de un proceso penal, de acción privada es el perdón de ofendido del delito, de quien es titular del bien jurídico afectado. Puede darse antes de que se ejerza la acción penal o luego de iniciado el proceso penal, e inclusive una vez terminado el juicio penal:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Si se da con posterioridad a la presentación de la querella, pondríamos estar frente a un desistimiento o abandono, según se de por escrito o de hecho, desentendiéndose del trámite de la acción penal. De acuerdo con el Art. 113 del Código Penal que dice : Por el perdón de la parte ofendida cesa la pena al tratarse de infracciones de injuria calumniosa y no calumniosa grave (...)

La remisión o condonación puede constar en una acta suscrita por las partes, ante el señor Juez de Garantías Penales y el Secretario.

2.6 IMPUGNACION

De las sentencias dictadas en el procedimiento especial de acciones penales por delitos de acción privada, procede la impugnación mediante los recursos de apelación, el mismo que será conocido por una Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia, quienes sustanciarán el recurso de acuerdo a las normas establecidas en Artículo 345 del Código de Procedimiento Penal. De la sentencia que dicte la Corte Provincial en virtud del recurso sea esta confirmatoria o revocatoria, se puede interponer los recursos de casación y revisión, los que serán tramitados y resueltos por la una de las Salas de lo Penal de Corte Nacional de Justicia conforme lo establecido en Capítulo IV y V del Libro IV del Código Adjetivo Penal.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CAPITULO III

ACCIÓN PENAL PÚBLICA Y ACCIÓN PENAL PRIVADA

3.1 CARACTERISTICAS DE LOS DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA

Las características de los delitos de la acción penal privada son:

1.- La persecución esta reservada al ofendido. Este es el único que puede ser sujeto activo y solo a su instancia es posible iniciar el procedimiento penal. Más el Art. 68 del Código de Procedimiento Penal, establece quienes son las personas consideradas ofendidas y en el caso de la acción penal privada quienes tienen el derecho a intervenir en el proceso penal como acusadores y son el cónyuge o conviviente en unión de hecho, los parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad.

2.- La fiscalía no interviene como parte procesal. En consecuencia, el agraviado se instituye en acusador privado y, por tanto, en único impulsor del procedimiento, el mismo que no sólo promueve la acción penal, sino introduce la pretensión civil; es, pues una parte necesaria que ejercita con monopolio absoluto ambas pretensiones mediante la constitución como parte a través de la oportuna querella.

3.- Tampoco interviene el Tribunal Penal, pues el trámite lo lleva el Juez de Garantías Penales.

4.- El acusador privado puede desistir o, transigir o perdonar con lo que el procedimiento terminará con un auto de archivo definitivo por extinción de la acción penal con lo que se dará por terminado la acción propuesta.

En este sentido, Julio B. Maier precisa que para la doctrina argentina la renuncia del agraviado al ejercicio de la acción penal privada (cosa juzgada material) en relación a un hecho punible concreto, (que es distinta al llamado



UNIVERSIDAD DE CUENCA

desistimiento tácito que opera por inactividad del querellante) extingue la persecución penal, siendo que el perdón de la parte ofendida extingue también la pena ya impuesta por sentencia de condena, más todos sus efectos. ^[35]

3.2 DIFERENCIAS ENTRE ACCIÓN PENAL PRIVADA Y PUBLICA

El Dr. Walter Guerrero Vivanco define la acusación particular como “una declaración de conocimiento y voluntad por medio de la cual, la persona facultada por la ley, pone en conocimiento del juez la perpetración de la infracción y se presenta como parte en el proceso penal, con el objeto de ejercer la pretensión penal y civil correspondiente”. Identifica la acusación particular como un modo de ejercer la acción penal cuando se refiere a ella como una manifestación de voluntad; el Código de Procedimiento Penal, reconoce la existencia de dos clases de acusaciones: la particular y la privada. ^[36]

La acusación particular es una manifestación de voluntad que hace el ofendido y sus parientes y, en algunos casos los representantes de los órganos de control estatal a través de una querella, por la que ejerce el derecho de constituirse en parte procesal activa contingente para presentar las pretensiones punitivas y de resarcimiento de perjuicios en un proceso penal de acción pública dentro de los límites impuestos por la ley.

Para destacar la diferencia entre la acción pública y la acción privada debemos definir o dar una noción de ellas y así manifestamos que la acción privada es una declaración de conocimiento y una manifestación de voluntad que hace el ofendido, a través de una querella y que tiene por objeto una infracción cuya ejercicio de acción es privada, por la que se ejerce el

^[35] MAYER, Julio. “Derecho Procesal Penal, Tomo I: Fundamentos”. Buenos Aires- Argentina. Editores del Puerto. 2004. 918 p. ISBN: 9879120019

^[36] GUERRERO Vivanco, Walter. “La Acción Penal” Tomo II. Quito- Ecuador. Pudeleco. 2004. 380 p. ISBN: 9978966617



UNIVERSIDAD DE CUENCA

derecho de provocar al órgano jurisdiccional penal para que de inicio al proceso penal y será parte activa exhibiendo las pretensiones punitivas y de resarcimiento de perjuicios.

En cuanto al objeto la acusación particular únicamente puede contener una infracción cuyo ejercicio de acción sea público, la acusación particular solo puede presentarse una vez iniciado el proceso penal, como una forma de cooperar con la fiscalía exhibiendo la pretensión punitiva y reclamar el resarcimiento de perjuicios, pero no constituye un modo de iniciar la acción penal, como esta posible en el Código de Procedimiento Penal de 1983.

La acusación privada siempre será una manifestación de conocimiento y ésta a su vez una manifestación de voluntad; es decir, un proceso de instancia privada se podrá iniciar con la acusación presentada por el ofendido, sujeto activo de la acusación particular puede ser el directamente ofendido como las personas que se consideraren tales de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 68, del Código de Procedimiento Penal.

La finalidad de ambas acusaciones particular y privada se orienta a obtener la condena del querellado y el resarcimiento de los perjuicios mediante la estimación de la pretensión exhibida dentro del proceso, por la interposición de la acusación particular o privada, la diferencia está en que el acusador particular es una parte activa accidental casual en tanto que el querellante es una parte activa necesaria. Los titulares de las acusaciones particulares o privadas, deben ser personas imputables, de acuerdo con las reglas propias penales establecidas para el efecto.

Las diferencias establecidas en la acción penal privada y la acción penal pública tienen las siguientes características

La acción penal privada se caracteriza por ser voluntaria, al primar la voluntad del titular en el acto de promoverla, es renunciable, puesto que en cualquier momento el titular puede renunciar el ejercicio de la misma.- Es relativo ya que la administración del proceso penal y sobre todo la capacidad de ejercer el *Ius Puniendi* esta en manos del Estado, lo que implica que el



UNIVERSIDAD DE CUENCA

particular únicamente tiene facultades que se encuadran dentro del control Penal estatal

Mientras que la acción penal pública la caracteriza: La publicidad al estar dirigida a los órganos del Estado con una importancia social orientada a restablecer el orden social perturbado por la comisión de un delito.

El estado a través de la fiscalía es titular de la acción Penal Pública y que actúa de oficio, a solicitud de la parte agraviada, por acción popular o por noticia policial, en los delitos perseguibles por acción privada, la fiscalía tiene la facultad de perseguir de oficio el delito sin necesidad de denuncia previa o por noticia de la comisión de un hecho delictivo, la oficialidad tiene un mismo origen el monopolio del Estado en la persecución del delito.

La simplicidad. La acción penal es única, si bien en el proceso aparecen actos diversos promovidos por el titular de la acción penal que alcanza a todos los que han participado en la acción del delito, no existen distintas acciones que corresponden a cada agente sino una acción indivisible.

La obligatoriedad, es la necesidad por parte de la fiscalía de ejercitar la acción penal ante la noticia de la presunta comisión de un hecho ilícito.

La irrevocabilidad. Una vez promovida la acción solo puede concluir con una sentencia firme condenatoria o absolutoria o con un auto que declare el sobreseimiento, no hay posibilidad de transacción como ocurre en el caso de los procesos iniciados por delitos de acción privada. Esta característica es la que distingue la acción pública de la privada.

La disponibilidad. La ley solo autoriza al que tiene el derecho de ejercer la acción penal, por tanto, es un derecho indelegable, intransferible, en el caso de la acción penal pública, esta facultad esta en manos de la fiscalía y en caso de la acción penal privada, corresponde al agraviado o a sus sustituto legales en; ambos casos estamos frente a acciones que están dirigidas contra personas ciertas, determinadas y naturales, pues las personas jurídicas no cometen delitos como tales y la acción Penal no



UNIVERSIDAD DE CUENCA

puede estar dirigida tampoco a personas inexistentes o indeterminada; Con el fin de adecuarnos a los objetivos de nuestro trabajo tenemos presente el criterio doctrinal de Mayer el cual contempla en cierta medida el carácter relativo de la acción Penal privada.^[37]

El mismo que plantea que la acción Penal es una obra enteramente estatal, en principio la acción penal es pública, por cuanto el Estado es quien administra justicia mediante el proceso penal, lo que implica desde la potestad de perseguir el delito hasta el hecho de ejecutar la sanción penal materializada en la pena y la ejerce a través de sus órganos, por ello cuando se hace la distinción entre acción penal pública y privada, solo se hace referencia a la facultad de ir tras el delito hasta lograr una sanción.

La facultad por regla general radica en la fiscalía; sin embargo, los delitos de acción privada constituyen la gran excepción al dominio del estado sobre el procedimiento penal, pues el interés de la víctima o sus sustitutos prevalece sobre el interés estatal y lo excluye casi totalmente.

En nuestro ordenamiento jurídico penal, la acción penal pública es obligatoria y corresponde solo al fiscal en los delitos perseguibles de oficio. Por excepción es privada solo en los casos de los delitos perseguibles a instancia de parte.

3.3 DELITOS QUE SE PERSIGUEN MEDIANTE LA ACCIÓN PENAL PRIVADA. ANALISIS DE LAS REFORMAS AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

Los delitos que se persigue mediante la acción penal privada se encuentran detallados en el Art. 36 del Código de Procedimiento Penal de acuerdo a las últimas reformas de marzo del 2009, siendo los siguientes:

^[37] MAYER, Julio. “Derecho Procesal Penal, Tomo I: Fundamentos”. Buenos Aires- Argentina. Editores del Puerto. 2004. 918 p. ISBN: 9879120019



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- a) El estupro perpetrado en una “persona” mayor de diez y seis años y menor de diez y ocho;
- b) El rapto de una mujer mayor de diez y seis años y menor de diez y ocho que hubiese consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor.
- c) La injuria calumniosa y la no calumniosa grave.
- d) Los daños ocasionados en propiedad privada, excepto el incendio.
- e) La usurpación.
- f) La muerte de animales domésticos o domesticados.
- g) La estafa y otras defraudaciones, excepto en los casos en que se determine que existen 15 o mas victimas u ofendidos por el mismo hecho antijurídico.
- h) La violación de domicilio.
- i) La revelación de secretos de fábrica.
- j) El hurto; y,
- k) Las lesiones que no superen los treinta días de enfermedad o incapacidad para el trabajo, excepto en los casos de violación intrafamiliar y delitos de odio.

3.4 ANALISIS DE LAS REFORMAS AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Al ser definido el Ecuador como un Estado Constitucional de derechos y justicia, por parte de la Constitución Política del 2008, es de vital importancia el desarrollo de las instituciones jurídicas que lo instituyan como tal. Desde esa época es importante que conozcamos las reformas que fueron



UNIVERSIDAD DE CUENCA

desarrolladas por parte de la Asamblea Nacional en este periodo de transición que el Ecuador va superando hacia una etapa diferente.

Uno de los ejes fundamentales del proyecto de reformas del Código de Procedimiento Penal es la implementación de la oralidad en todo el proceso penal, no solamente en la etapa del juicio, sino en la emisión de las opiniones de los fiscales. La formulación de sus peticiones respecto de las aplicaciones de las medidas cautelares, la adopción de decisiones por parte de los Órganos Jurisdiccionales en todas las audiencias, inclusive las sentencias y la sustanciación de los recursos ordinarios y extraordinarios.

Al impulsar estas reformas se quería liberar del trabajo a las Fiscalías Penales que conocía de los delitos que no ameritaban el desgaste de los agente fiscales, pero en la práctica se cayó en cuenta que estaban quedando en la impunidad muchos delitos a mas que se vio que incrementaba el índice delictivo, por lo que hubo la necesidad de una nueva reforma.

DE LAS REFORMAS AL CODIGO PENAL

Art. 1.- Añádase como segundo inciso del artículo 78, el siguiente

“La reincidencia en el caso de contravención establecida en el numeral del artículo 607, será considerada como delito de conformidad con el Capítulo I del Título X del libro II de este Código”.

Art.- 2 añádase en el artículo 450, el siguiente numeral:

“Si ha sido cometido en contra de miembros de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, Fiscales o Jueces de garantías, en el desempeño de sus funciones”.

Art. 3.- Sustitúyase el Art. 569 del Código penal, por el siguiente:

“ Será reprimido con reclusión menor ordinaria de tres a seis años y multa de seis a dieciséis dólares de los estados Unidos de América, quien oculte, custodie, guarde, transporte, venda o transfiera la tenencia, en todo o



UNIVERSIDAD DE CUENCA

en parte, los bienes, cosas o semoviente, productos del robo o hurto, o cuya procedencia legal no puede probarse”.

Art. 4.- Sustitúyase en el artículo 51 del Código Penal, el numeral primero del párrafo de las “penas peculiares de la contravención”, por el siguiente:

1.- Prisión de uno a treinta días.

Sustitúyase el primer inciso del artículo 607, por el siguiente:

“Art. 607.- Serán reprimidos con multa de catorce a veinte y ocho dólares de los estados Unidos de America y prisión de cinco a treinta días”; y, remplácese el numeral primero, por el siguiente: “1. El hurto, siempre que el valor de las cosas sustraídas no supere en cincuenta por ciento de una remuneración básica unificada del trabajador en general”.

Capitulo II

DE LAS REFORMAS AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Art. 5.- Elimínese el ultimo inciso del articulo 25

Art. 6.- En el artículo 26, añádase como inciso final el siguiente:

“La fiscal o el fiscal presentara, obligatoriamente, dentro de la fundamentación de su instrucción fiscal, el registro de detención detallando los motivos de las detenciones anteriores”.

Art. 7.- Sustitúyase el numeral 3 del Art. 27. Por el siguiente:

“3. Tramitar y resolver en audiencia las solicitudes de acuerdos preparatorios suspensiones condicionales al procedimiento y conversiones. La tramitación y resolución de solicitudes de archivo y desestimaciones se realizara sin audiencia, sin perjuicio del derecho del denunciante a ser escuchado”.

Art. 8.- En el primer inciso de articulo 33, a continuación de la palabra “fiscal”, agréguese,”sin necesidad de denuncia previa”.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Art. 9.- Elimínese los literales g), h), i), j) y k) del artículo 36.

Art. 10.- En el primer inciso del artículo 39, luego de la palabra “denuncia” elimínese la frase “parte informativo o cualquier otra forma por la que llegue la noticia del ilícito”.

Como segundo inciso agréguese el siguiente:

“El juez, previo a resolver, debe oír al denunciante”.

En el primero incisos del primer artículo innumerado agregado a continuación del artículo 39, luego de la palabra “delitos”, agréguese la siguiente frase “que lleguen a conocimiento de la fiscalía sea pospartes informativos, informes o por cualquier otra noticia del ilícito”.

Art. 11.- En el artículo 160, en el párrafo de las medidas cautelares de orden real agréguese el siguiente numeral:

“4) la prohibición de enajenar”.

Art. 12.- En el segundo inciso del artículo 161, luego de la frase “juez de garantías”, agréguese la frase “penales, e informará de este hecho inmediatamente al fiscal”.

Art. 13.- Sustitúyase el segundo inciso del artículo 171, por el siguiente:

“Siempre que no se trate de delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de uno o mas personas, de delitos sexuales, de odio, de los sancionados con pena de reclusión o cuando no exista reincidencia, la prisión preventiva podrá ser sustituida, por el arresto domiciliario en los casos en la que la persona procesada sea mayor de sesenta años de edad, o sea una mujer embarazada o parturienta, y en este ultimo caso hasta noventa días después del parto. Este plazo podrá extenderse cuando el niño o niña hubiera nacido con enfermedades que requieran el cuidado de la madre, hasta que las mismas se superen”.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Art. 14.- Añádase en el numeral 7 del artículo 209, luego de palabra “procesado” la siguiente frase “y enviar a la fiscal o el fiscal, el registro de detenciones”.

Art. 15.- En el tercer inciso del tercer artículo innumerado agregado a continuación del artículo 226, sustitúyase la frase: “auto de llamamiento a juicio cuando el dictamen fiscal sea de acusación”, por la frase “el auto resolutorio correspondiente”.

Art. 16.- A continuación del quinto inciso del artículo 278, agréguese el siguiente:

“Las o los secretarios de las judicaturas, o quienes les subroguen legalmente, enviarán mensualmente al Consejo de la Judicatura un listado de las audiencias realizadas y fallidas, con la debida indicación de las o los servidores judiciales que no asintieron a las mismas y las causas de la inasistencia”.

Art. 17.- Sustitúyase el numeral 1 del artículo 343, por el siguiente:

“1 De los autos de nulidad, de prescripción de la acción, de sobreseimiento y de inhibición por causa de incompetencia”.^[38]

^[38] LEY REFORMATORIA AL CODIGO PENAL Y CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. de lunes 29 de marzo 2010.



CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El estudiar la historia de las teorías de la acción penal, significa revisar las diferentes opiniones que a través del tiempo han manejado los tratadistas y éstas han respondido a la concepción práctica de la jurisdicción de una época determinada.

En cuando a la teoría de la Acción Penal, hasta nuestra época existe una confusión entre el procesalismo por la conexión histórica del proceso civil con el proceso penal; la separación de uno y otro todavía es de gran polémica entre doctrinarios del derecho. Existen todavía autores que confunden la acción con la pretensión, incluso existen muchas concepciones adoptadas sobre la acción y no hay una completa unificación. Muchos autores sostienen que para su investigación y estudio se deberá hacerlo sobre el concepto de acción a través del Derecho Político, Derecho Constitucional o Derecho Administrativo.

Hemos manifestado que la acción penal no es lo mismo que la pretensión penal; la acción penal da vida al proceso penal y se desarrolla durante todo el proceso penal, tal como lo consagra el Art. 195 de la Constitución de la Republica. La pretensión penal es una facultad que sobrevive en el proceso, ya que la Fiscalía General, como institución del Estado, le interesa que el ius puniendi se materialice con la imposición de una pena al infractor.

Cabe señalar que la Fiscalía General del Estado no tiene función jurisdiccional no ejerce la potestad de imponer la pena. El ius puniendi es privativo del poder judicial, específicamente de los jueces de los Tribunales Penales

Lo fundamental de la acción penal esta justificado porque sin ellas no se puede iniciar el proceso penal. Concordamos con la doctrina novísima de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

que la acción es necesaria para la intervención del órgano jurisdiccional y descansa en el derecho fundamental a obtener la tutela judicial.

En la actualidad el Derecho Procesal Penal debe subordinarse al orden constitucional, revelado en la Constitución Política. Las normas constitucionales por el principio de la supremacía de la Constitución que en ella esta consignado, son garantizadoras del debido proceso penal; con otras palabras se puede manifestar que la acción penal da inicio al proceso penal y, por ende forma parte del derecho procesal penal. Por lo tanto, las normas jurídicas procesales dictadas en el Código de Procedimiento Penal, debe guardar armonía y cordura con la Constitución.

Claus Roxin manifiesta que el Derecho Procesal Penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado, toda vez que cada cambio esencial en la estructura política del Estado, que se consigna en la Constitución, inevitablemente, al tenor de la moderna ciencia política y jurídica.

Los delitos de acción penal privada tienen una definición muy clara en cuanto a las figuras penales que se aplica en la legislación ecuatoriana y esto facilita para la aplicación en nuestro medio,

La acción privada, al prescribir en ciento ochenta días desde que se cometió la infracción, está advirtiéndole al ciudadano perjudicado que tiene que estar en alerta para que pueda ejercer la defensa de sus derechos, a nuestra opinión se debería ampliar a trescientos sesenta días pues muchas de las personas no siempre cuentan con el asesoramiento profesional idóneo para defender sus derechos.

Ciertos delitos como los que se dan en contra del honor e injurias calumniosas y no calumniosas revisten cierto nivel de dificultades en la aplicación práctica. Desde la perspectiva del juzgador deben calcular adecuadamente, en el primer caso, ciertos componentes culturales.

Existen doctrinarios que se inclina por el hecho de que todos los delitos son de acción penal pública. Estamos en desacuerdo con estas opiniones



UNIVERSIDAD DE CUENCA

justamente por las características particulares y las consecuencias que traen en las diferentes personas los diferentes actos delictuales bajo manifestaciones que conllevan diferentes y variadas reacciones, pues no es lo mismo injurias que una violación.

Los delitos de acción penal privada deben ser correctamente formulados y enfocados por parte del defensor legal desde el inicio de la misma, puesto que ella constituye la columna vertebral de lo que sucederá con posterioridad en el desarrollo del proceso y el éxito y fracaso que el mismo muestre en la consecución de una sanción penal.

En algunos delitos de acción penal privada y en algunas de las acciones penales públicas que están sancionados con un año o menos de prisión, es realmente desilusionante que no exista prisión preventiva ni la detención para el juzgamiento del infractor, pues ello implica que en nuestra legislación podemos injuriar a las personas y no sucede nada en absoluto al igual que podemos utilizar un cilindro de gas de uso domestico en una piscina, al igual que podemos transportar miles de galones, estar prófugos y jamás ser sancionados. El derecho Penal pierde su razón de ser en este tipo de legislaciones.

Finalmente es aconsejable recordar que los actos delictivos pueden ser enfocados desde una perspectiva de comprensión del factor humano y de las circunstancias que lo envolvieron, mas allá de los hechos que lo descubrieron aplicando la fría perspectiva de la técnica penal, pues solo así el derecho penal se verá como una creación humana solo por el hecho de ejercer una venganza, en tiempos en los cuales está buscando soluciones más creativas al comportamiento delictual del prójimo.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

BIBLIOGRAFIA.

ABARCA Galeas, Luís Humberto. La injuria Punible y la Reparación del Daño Moral que ocasiona, 1ª ed. Quito Ecuador Librería Ley 1997 202 p. ISBN 9978-40-185-7

BELING, Ernest. "Derecho Procesal Penal". Buenos Aires-Argentina. Ed. Córdoba. 1943. 263 p. ISBN: 9789687884929

BINDER, Alberto M. "Introducción al Derecho Procesal Penal". 2ª Ed. 4ª reimp. . Buenos Aires-Argentina..Ad-Hoc, .2005.364 p. ISBN: 950-894-185-5.

CARRARA, Francesco. "Programa de Derecho Criminal" Bogotá-Colombia. Tenis 1958. 544 p. Sin ISBN

CLARIA Olmedo, Jorge. "Derecho Procesal Penal". Tomo III. Buenos Aires-Argentina. Ed. Rubinzol-Curzoni. 2004. 471 p. ISBN: 950727161-9

CREUS, Carlos. " Derecho Penal". Buenos Aires- Argentina. Astrea. 2003. 547 p. ISBN10 9505082479

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO. Suplemento del Registro Oficial No. 360. Jueves 12 de enero del 2009

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Registro Oficial 449- Noviembre del 2008.

DIALBORADA Francisco. "Curso de Derecho Procesal Penal". Buenos Aires Argentina. Index 1984. 347 p. ISBN 9562383598

DURAN Díaz Edmundo. "Manual de Derecho Procesal" Quito-Ecuador. Edino 1992. 201 p. ISBN: 9789978842980

PRIETO Castro, Leonardo. "Derecho Procesal Penal y Proceso Penal". Madrid-España. Tecnos 1988. 474 p. ISBN: 0210301X



UNIVERSIDAD DE CUENCA

F. CORDOVA, Andrés. “Derecho Procesal Penal Ecuatoriano”. Quito-Ecuador. Minerva 1957.250 p. ISBN: 57058489

FRENECH, Miguel. “Derecho Procesal Penal “. Barcelona-España. Labor 1960. 700 p. ISBN: 75593817

FLORIAN, Eugenio. “Elementos del Derecho Procesal Penal”. Barcelona-España. Ed. Bosch. 1933. 482 p. ISBN: 8482724789

GARCIA Rada Domingo. “LA NUEVA CONSTITUCION Y EL DERECHO PENAL” Lima – Perú Ediciones Studium 1970 [En Línea] [23 de febrero del 2010 .]

Disponible en: www.enj.org

GARCIA Ramírez, Héctor.- La reforma penal Constitucional (2007-2008) Editorial Porrúa México 2008.

GIMENO, Cendra, José Vicente. “La Querella”. Barcelona-España-Ed. Bosch. 1977. 326 p. ISBN: 8471626861

GUERRERO Vivanco, Walter. “ La Acción Penal” Tomo II. Quito- Ecuador. Pudeleco. 2004. 380 p. ISBN: 9978966617

LEY REFORMATORIA AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO. Suplemento del Registro Oficial No. 555. Martes 24 de marzo del 2009.

LEY REFORMATORIA AL CODIGO PENAL Y CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Edición N. 160 de lunes 29 de marzo 2010.

MACEDO de la concha Rafael.- “Un Nuevo sistema de Justicia”.- Defensa Penal.- Editorial Estrategia Tributaria S. A. de C. V. México 2008.

MANZINI, Vincenzo. “Tratado de Derecho Procesal Penal” Tomo IV. Buenos Aires- Argentina. Ed. Hardcover. 1953. 151 p. ISBN: 9508260149



UNIVERSIDAD DE CUENCA

MAYER, Julio. “Derecho Procesal Penal, Tomo I: Fundamentos”. Buenos Aires- Argentina. Editores del Puerto. 2004. 918 p. ISBN: 9879120019

OSORIO, Manuel , “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales” 35^a Ed Editorial Heliasta Buenos Aires-Argentina. 2007. 1008 p . ISBN: 950-885-055-8

PLUTARCO. “Vidas Paralelas VII” Madrid – España. Cremos. 2009 640p. ISBN: 9788424935979

RUBIANES, Carlos. “Derecho Procesal Penal Actual”. Buenos Aires-Argentina. Depalma 1983. 410 p. ISBN: 9562385191.

ZAVALA Baquerizo, Jorge Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo X. 1. ed. Guayaquil-Ecuador. EDINO 2007. 335p. ISBN 978-9978- 21-044-4.

ZAVALETA Rodríguez, Roger. “La Motivación de las Resoluciones”. Lima-Perú. Colex 2003 336 p. ISBN: 9789972238445.

ZAMBRANO Pasque, Alfonso. Estudio Introductorio a las Reformas al Código de Procedimiento Penal. 1^a. ed. Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones 2009.130 p. ISBN 978-9978-86-834-8.