



RESUMEN

El problema que ha significado desde siempre la presencia del delito en el destino del hombre, ha marcado una suerte de violencia y de sinsabores en su relación con sus semejantes. Delito, víctima y ejercicio de una respuesta adecuada marcan gran parte de la historia de la humanidad dentro del ámbito de la ciencia penal.

De ninguna manera, es que se encuentre buen ánimo en recrear los pasajes oscuros del hombre y en su tormentosa relación interpersonal a la hora de cometer un delito y la respuesta que, el ofendido busca en satisfacción del mal recibido. Es la voluntad de entender dicho fenómeno humano desde la perspectiva del derecho penal, así como la respuesta que se ha dado desde una conciencia cada vez más sensible con la condición humana.

Como consecuencia de haber asumido el Estado, a través de un largo proceso histórico, la tutela del ordenamiento jurídico, prohibiendo el empleo de la violencia en la defensa privada del derecho, se reconoce en los ciudadanos la facultad de requerirle para la protección de un derecho. Es imperativo en esta afirmación que la facultad de penar que se ha reservado para sí el Estado no puede llevarse a cabo sino por medio de un juicio justo, que comienza precisamente con el ejercicio de la Acción Penal Pública mediante denuncia.

PALABRAS CLAVES: Acción, Venganza Privada, Pretencion, ejercicio de la acción penal, denuncia



INDICE

INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO I: LA ACCION PENAL	
1.- Acción Penal, Delito y Víctima	10
2.- Conceptos de acción en la doctrina	15
2.1.- Acción como elemento del Derecho	19
2.2.- Acción como derecho autónomo	22
2.3.- Acción como derecho potestativo	24
2.4.- Acción como función procesal	25
3.- Concepto de Acción Penal pública	27
4.- Características de la acción penal pública	31
4.1.- Pública	32
4.2.- Indivisible	32
4.3.- Irrevocable	33
CAPITULO II: EJERCICIO DE LA ACCION PENAL	
1.- Ejercicio de la acción penal	34
1.1.- Criterios Directivos en torno a este ejercicio	38
1.2.- Pretensión de la acción penal	41
2.- Oficialidad del ejercicio de la acción penal	46
DR. NICOLÁS LAURENTINO SAMANIEGO AGILA	2



3.- Obligatoriedad de la acción penal	47
4.- Cuestiones prejudiciales y cuestión previa	48
4.1.- Sistemas de prejudicialidad	52
4.2.- Efectos jurídicos de la prejudicialidad	54
5.- Renuncia y extinción del ejercicio de la acción penal.	57
CAPITULO III: LA DENUNCIA	
1.- Concepto	59
2.- Naturaleza, objeto y fin	60
3.- Sujeto activo y destinatario	63
3.1.- Personas que deben denunciar	65
3.2.- Personas que no deben denunciar	66
4.- Contenido y responsabilidad de la denuncia	68
4.1.- Reconocimiento de la Denuncia	70
4.2.- Situación jurídica del denunciante	72
4.3.- Publicidad de la Denuncia	74
CAPITULO IV:	
CONCLUSIONES	77
BIBLIOGRAFIA	79



UNIVERSIDAD DE CUENCA

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES**

“LA ACCION PENAL MEDIANTE DENUNCIA”

**TESINA PREVIA A LA
OBTENCION DEL
DIPLOMADO SUPERIOR
EN DERECHO
PROCESAL PENAL.**

AUTOR: DR. NICOLÁS LAURENTINO SAMANIEGO AGILA

DIRECTOR: DR. ROSENDO IDROVO VÁZQUEZ.

CUENCA – ECUADOR

2010.



DEDICATORIA

Dedico la presente tesis a mi esposa,
que ha compartido conmigo la
responsabilidad de llevar a feliz término
la presente tesis.



AGRADECIMIENTO

Es buena la oportunidad para consignar mi agradecimiento a la Universidad Estatal de Cuenca, al Señor Lcdo. Luis Araneda asesor de la presente tesis, a mi Director Dr. Rosendo Idrovo Vázquez y a los señores profesores del programa.



DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Las ideas y opiniones que se exponen en la presente tesis son de exclusiva responsabilidad del autor.

Dr. Nicolás L. Samaniego Agila



LA ACCION PENAL MEDIANTE DENUNCIA

INTRODUCCION

El problema que ha significado desde siempre la presencia del delito en el destino del hombre, ha marcado una suerte de violencia y de sinsabores en su relación con sus semejantes. Delito, víctima y ejercicio de una respuesta adecuada marcan gran parte de la historia de la humanidad dentro del ámbito de la ciencia penal.

De ninguna manera, es que se encuentre buen ánimo en recrear los pasajes oscuros del hombre y en su tormentosa relación interpersonal a la hora de cometer un delito y la respuesta que, el ofendido busca en satisfacción del mal recibido. Es la voluntad de entender dicho fenómeno humano desde la perspectiva del derecho penal, así como la respuesta que se ha dado desde una conciencia cada vez más sensible con la condición humana.

Como consecuencia de haber asumido el Estado, a través de un largo proceso histórico, la tutela del ordenamiento jurídico, prohibiendo el empleo de la violencia en la defensa privada del derecho, se reconoce en los ciudadanos la facultad de requerirle para la protección de un derecho. Es imperativo en esta afirmación que la facultad de penar que se ha reservado para sí el Estado no puede llevarse a cabo sino por medio de un juicio justo, que comienza precisamente con el ejercicio de la Acción Penal Pública mediante denuncia.

Nuestro Código de Procedimiento Penal en vigencia, en el artículo 32, clasifica la Acción Penal desde el punto de vista de su ejercicio en dos clases: pública y privada. Para el propósito de la presente investigación importa la clasificación en pública.

Es por este sendero que discurre la presente investigación. Hilo conductor que la trae desde aquellos tiempos remotos en donde se verificó desde ya la parte violenta que acompañan los destinos del hombre, hasta la consecución de formas civilizadas de administrar justicia por parte del Estado. Para desarrollar el presente trabajo he ideado tres capítulos, que pongo en conocimiento de la



sociedad los resultados de la investigación acerca del ejercicio de la Acción Penal Pública mediante denuncia.

En el primer capítulo desarrollo, brevemente, el tema del delito, la víctima y el ejercicio de la venganza privada lo último que el Estado toma para sí, y luego en forma extensa, establece el concepto de Acción en la doctrina, señalando el camino conceptual que ésta ha tomado en el pensamiento de los tratadistas, antecedente indispensable para entender la racionalidad que anima nuestra legislación procesal penal.

El segundo capítulo tiene que ver con el ejercicio de la Acción Penal Pública en sí, señalando su conceptualización, contenido y alcance dentro del proceso penal; a la vez que establece, la particularidad de ésta en relación con la pretensión del proceso penal. En el ejercicio de la Acción Penal se encuentran obstáculos que son necesarios removerlos para su eficiencia, tales como las cuestiones prejudiciales, y en el proceso mismo, la cuestión previa, procedibilidad, competencia y procedimiento que pueden afectar la validez del proceso que se ponen en consideración en el trabajo.

El capítulo tercero hace relación a la Denuncia, mecanismo implementado por nuestra legislación procesal para activar al órgano jurisdiccional penal mediante el inicio del proceso penal y llevar a buen fin la facultad de penar que tiene el Estado. En este capítulo se señala el concepto, naturaleza y fin de la Denuncia, lo relacionado con el sujeto activo y pasivo de la misma, la facultad que tienen las persona de denunciar y la responsabilidad jurídica del denunciante, para luego terminar en las formalidades que deben acompañarla a la hora de ser implementada ante la Fiscalía.

De esta manera, dejo satisfecha una aspiración mía, la de estudiar y fijar, dentro del proceso penal, el rol que desempeña la Acción Penal, que inicia por denuncia, facultad concedida al ciudadano, que en el fondo, coadyuva la afirmación de un sistema para que éste cumpla su cometido en la sociedad.



CAPITULO I

LA ACCION PENAL

1.- Acción Penal, delito y víctima

Desde tiempos muy remotos, la humanidad ha experimentado los avatares propios de sufrir agresiones y toda forma de violencia entre semejantes. La respuesta a las agresiones no siempre ha sido pacífica sino violenta. El delito en sus distintas formas y manifestaciones, así como el sujeto pasivo de esas manifestaciones violentas, son una constante en la historia de la humanidad, de allí que la ciencia penal tiene su origen y desarrollo. El delito, la víctima y la respuesta que se ha dado a esta manifestación humana, han formado parte de la historia y lo siguen siendo hasta nuestros días; acompañan a la existencia humana desde que ésta tiene conciencia de su entorno y de sus congéneres. Esa relación incómoda entre delito, víctima y la respuesta a esa violencia, es lo que ocupará esta parte del presente trabajo.

El problema que ha significado desde siempre el delito en los destinos del hombre, ha tenido tanta trascendencia que, que desde una perspectiva humana, se ha involucrado al mundo de los dioses¹ cuando se afirma que “ni los dioses han escapado, en sus acciones inmortales al vigoroso estímulo de las emociones, de tal manera que la ira, el rencor, el dolor, la venganza, el amor y el miedo, no sólo han sido manifestaciones propias de los mortales ,sino de los mismos dioses .Reacciones que muy bien podemos dogmatizar como crímenes contra otros dioses, contra la humanidad y aun contra el propio entorno”².

En esta primera afirmación nos basta con dejar sentado que, así como los dioses sentían las mismas emociones que la humanidad, al reaccionar ante las ofensas y

¹ Recuérdese que la proyección humana en cuanto a concepción de dioses es muy importante en la historia de la humanidad para solucionar ciertos problemas e interrogantes que escapan a la comprensión humana.

² ARROYO BALTAN, Lenin, Victimología: una visión desde el saber penal – criminológico a la afirmación científica de la imputación objetiva, Arroyo Ediciones, Quito 2006, Pág. 30.



agravios, la respuesta de la persona ofendida y de sus familiares era la violenta, instintiva; que excluía otra forma de reaccionar que no fuera, por lo general la instintiva, irracional, vindicativa; respuesta que no conocía frontera alguna. Con una respuesta de esta naturaleza se lograba la satisfacción del agraviado, mediante la utilización de la venganza total

Siguiendo las huellas del delito, la víctima y la respuesta a este problema se descubre que en esta andadura histórica están los orígenes remotos del Derecho Penal y de su procedimiento, en la parte que nos corresponde como es el ejercicio de la Acción Penal Pública. En ese origen ocupan lugar privilegiado el delito, víctima y su familia, y la respuesta que ésta ha dado a las ofensas y agravios recibidos. El autor Lenín Arroyo, en su libro sobre victimología destaca preponderantemente el papel que desempeñaron ciertos derechos penales antiguos como el bárbaro, en donde “las acciones criminales se castigaban mediante la venganza privada, que es el primer periodo de evolución histórica del saber penal, considerado por la doctrina como el punto de partida de la represión. La venganza era ejercida por la víctima y su familia”³.

La venganza privada, entendiéndose ésta como el derecho que tenía la víctima para hacer justicia por su propia iniciativa, no conocía límites en su acción de respuesta; era total y tremendamente desproporcionada. Esa desproporción entre el delito y la reacción-respuesta forzó la aparición de la ley del Talión, en la lejana Mesopotamia, sistematizada en el Código de Hammurabi, en donde se hacen esfuerzos por poner límites a la venganza del ofendido. Estos esfuerzos por regular esta problemática son verdaderos hitos históricos en el camino por frenar la descomunal venganza privada de la víctima y su familia frente al agresor.

No se debe olvidar que esa “ley impuso una cortapisa al instinto vengativo del ofendido por el delito, temperando los excesos y haciendo que la respuesta de venganza sea adecuada a la ofensa recibida. En estos tiempos también aparecen formas compensatorias al ofendido para evitar la utilización de la venganza privada, como es el arreglo económico o de cualquier otra índole como



medio de quedar en paz con el autor del delito; indemnización que se debía hacer y el ofendido estaba en la obligación de recibirla, renunciando, por consiguiente, al ejercicio de la venganza privada”⁴.

Con el avance social y político de la humanidad, y la desaparición de la venganza privada, se dio paso a otra forma de concebir la respuesta al agravio recibido: se concibió la idea de la venganza divina y pública. ”En este período se atribuye un derecho vindicativo a los dioses y/o a sus representantes, lo que significó el fin del protagonismo de las víctimas, pero también el inicio del milenario e institucionalizado olvido de las mismas”⁵. A partir de ese momento el delito debía ser perseguido por los dioses y sus representantes en la tierra , y en un estadio más avanzado, se fue abandonando la persecución del delito a los entes con carácter público y en los depositarios de ese poder.

El Maestro Zavala Baquerizo, ilustrando esta parte bastante oscura de la historia del Derecho Penal y su procedimiento, manifiesta que en las primeras épocas de la sociedad la actividad era vindicativa y estaba en manos del ofendido por la comisión de los hechos considerados lesivos para la comunidad y para el entorno familiar. Posteriormente la ley del Talión limita ese poder vindicativo y establece una especie de primitiva equivalencia entre el daño y la reparación. Tiempos después, la composición germana, fue una manera de limitar la venganza a través del pago de los daños ocasionados por la comisión del delito. Poco a poco, esos sistemas de reparación fueron cediendo lugar a la actividad del Estado en el sentido de poder penar al que ha cometido un delito, reemplazando al particular en la imposición de la pena, debiendo para ello, buscar el modo, el camino, la vía para la reparación del derecho violado por el acto criminal. Originalmente ese derecho de reparación solo se podía llevar a cabo por iniciativa del ofendido, pues mientras éste no demostrara la voluntad de perseguir al ofensor el Estado no

⁴ Ibidem, Pág. 33

⁵ Cabe resaltar brevemente este aspecto ya que desde que el Estado tomo para sí el derecho de hacer justicia se olvidó a la víctima, sus circunstancias, intereses, al hacer de la administración de justicia un asunto frío, indolente, alejado de la realidad de la víctima. Es importante el esfuerzo que se está haciendo en la actualidad por redescubrir este lado con las reformas al Código de Procedimiento Penal y muy particularmente, el programa de protección de víctimas que maneja Fiscalía.



debía intervenir. Fue así como nació la Acusación particular como presupuesto necesario para la existencia del proceso penal, sin la cual el Estado no podía ejercer su potestad de penar.

De esta manera, se incluyó en un mismo fondo a todas las conductas lesivas y criminales, para luego ser perseguidas a instancia de parte mediante acusación particular. No se diferenciaba a aquellos delitos que causaban mayor alarma y preocupación social de aquellos que solo afectaban el interés personal y patrimonial del ofendido. En ese estado de cosas, Grecia primero y luego Roma, se dieron cuenta que los delitos de gran conmoción social no podían quedar a la voluntad del ofendido para perseguidos y penados, por lo que se estableció la diferenciación entre delitos de persecución pública y delitos de persecución privada. Para los primeros cualquier persona podía presentar su acusación, pensando que éste actuaba en nombre y representación de la sociedad buscando la pena para el infractor. En tanto que para los de persecución privada, se mantuvo su situación original, esto es que los tribunales no podían actuar hasta que el ofendido no manifestara su voluntad acusatoria. Con el transcurso del tiempo, el espectro de los delitos públicos se fue ensanchando, ya que se incorporaron cada vez más infracciones en desmedro de los de acción privada. Se entiende que se enriqueció la masa de los delitos públicos, con lo que fue tomando forma la acción penal pública.

En el tránsito de la venganza privada a la pública, naturalmente se operó un cambio de paradigma, en el sentido de cambiar los patrones de pensamiento al respecto; se trató de conceder la facultad de hacer justicia al Estado por medio del órgano jurisdiccional. Se reguló, en esta perspectiva, la debida proporción entre la infracción y la imposición de la pena. La proporcionalidad entre el delito y la pena es una conquista histórica dentro del proceso penal. La medida de la venganza debía coincidir con la medida de la ofensa inferida. En esta nueva mirada se desliga parcialmente a la víctima del manejo y ejecución de la punición para entregar dicho poder a un juez imparcial y ajeno al conflicto.

Una vez hecha esta ligera andadura por el camino de la venganza del delito hasta dar con la forma actual, en donde el Estado es el titular del derecho de administrar justicia, habiendo despojado a la persona particular de hacer justicia por sus



propias manos, cabe hacer una puntualización sobre la víctima en esta exposición. Así pues, “para el derecho penal, la víctima es el titular del bien jurídico penalmente protegido que ha sido dañado o puesto en peligro, es decir, el sujeto pasivo, y yuxtapuesto a la víctima, y que son los ofendidos: aquellas personas que se ven directamente afectadas por la comisión del delito, que bien pueden ser los titulares del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, como también sus familiares más cercanos. Por ejemplo, en el homicidio de un padre se puede apreciar con claridad que el sujeto pasivo o víctima es el occiso, en tanto que el conyugue sobreviviente y los hijos, resultan ser los perjudicados por ese acto criminal”⁶.

El diccionario de la Real Academia Española dice que víctima proviene del latín *victima*, que significa persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra; señalando también que es la persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita⁷. Que no es otra persona que el sujeto pasivo del delito, como titular del interés protegido por las leyes penales, cuya ofensa da lugar al delito y a la consecuente acción. La expresión víctima incluye a toda persona que ha sufrido una pérdida, daño o lesión físico o mental, una pérdida o daño material, o cualquier otro perjuicio social como resultado de una acción u omisión de otro individuo, del Estado, o de la comunidad internacional

⁶ ARROYO, Lenín, Ob. Cit. Pág. 118

⁷ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, Espasa Galpe 1998.



2.- Concepto de Acción en la Doctrina.

Corresponde en esta parte abordar el objeto mismo de la presente exposición. Hasta aquí, se ha hecho una ligera andadura por los conceptos de delito, víctima y la venganza privada. Y, efectivamente, la respuesta que desde tiempos remotos se ha dado al delito ha variado en distintas manifestaciones. El cómo se ejecuta esa respuesta, es decir, cómo se introduce la noticia de la comisión de un delito, y quien es el titular son cuestiones de la acción penal. Pero este aspecto, desde aquellos tiempos en que el Estado tomó para sí la potestad de administrar justicia no ha estado exento de variados y encontrados puntos de vista desde la perspectiva de los tratadistas. En este sentido, la acción penal también está revestida de su historia y de sus avatares hasta llegar a la configuración actual.

Bueno es aclarar que partiré del concepto genérico de acción, en un primer momento, para luego, con el avance de la presente exposición, ubicar dicho término en el campo especializado del Derecho Procesal Penal. Por eso siempre se hará mención del concepto genérico de acción, válido tanto para el campo civil como para el penal. Hasta eso, conviene examinar los ricos matices y expresiones que, a lo largo del tiempo, ha tomado este término en el pensamiento de distintos tratadistas. Tal como lo dice el Dr. Jorge Zavala Baquerizo en su obra Tratado de Derecho Procesal Penal, “dentro de la doctrina sobre el concepto de acción no existe unanimidad alguna, muy lejos de ello, existe una proliferación de opiniones, lo que demuestra la profunda preocupación que tal concepto ha provocado a los procesalistas sin que pueda decir que se ha arribado a conclusiones definitivas”⁸.

En un primer momento se pensó que la acción y el derecho material estaban identificados y formaban un solo cuerpo. Tal era la concepción romana y es así como lo plantea Savigny cuando mantiene la opinión de que no hay derecho sin acción y no hay acción sin derecho. Esta posición era deficiente y reduccionista ya que dejaba de explicar una serie de problemas que, en la práctica, se presentaban con frecuencia, cual era, por ejemplo, el caso de la obligaciones

⁸ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II, Edino, Guayaquil 2004, Pág. 3



naturales en que, habiendo derecho, no existe acción, o en el caso de la declaración judicial desestimatoria, en la que habiendo existido acción, no ha existido derecho para aplicar. Casos concretos en los que no cabe equiparar sin más la acción con el derecho material.

Frente a la insuficiente posición doctrinaria de Savigny, heredera de la concepción romanista de la acción, surgieron estudios más profundos sobre la acción y con motivo de ello Windscheid llegó a concluir que entre la acción romana y el derecho de querrela a la que tiene acceso el ofendido era evidente que se hacía presente un tercer concepto: la pretensión. En efecto, el derecho de querrela no era otra cosa que la pretensión dirigida por el titular del derecho material contra el obligado para que se responda por la infracción cometida, distinguiéndose en esta parte el concepto de acción que emana del derecho material y el segundo de la lesión a dicho derecho material.

En oposición a la teoría de Windscheid surge la de Munther, quien considera que la acción es un derecho que se exhibe con la finalidad de reclamar al Estado la debida tutela jurídica ante la violación del derecho material, por lo que no existía la pretensión aludida por Windscheid. Sostenía que la acción y la pretensión se dirigían no al individuo infractor obligado sino al Estado. Importante distinción para efectos de la presente exposición, ya que se involucra al Estado de por medio.

De la polémica surgida entre Windscheid y Munther, en el sentido que la acción se dirige a obtener del Estado la tutela jurídica con motivo de la lesión del derecho material, opinión del segundo de los aludidos, Wash se inclina por la opinión de éste, pero establece en forma muy clara que la acción es un derecho independiente del que genera el derecho material, que es eminentemente subjetiva. Dos derechos a tener en consideración, el uno es subjetivo y el otro es público y va dirigido al Estado reclamando su tutela jurídica. Por el derecho subjetivo se tiene el derecho contra el obligado, por el derecho público de acción se tiene el derecho frente al Estado, reclamando su intervención, su protección, su tutela jurídica ante la lesión del derecho subjetivo material. Sin embargo, Wach, en el afán de ratificar y fortalecer su concepción la debilitó al afirmar que no había acción sin derecho, cayendo en el mismo vicio observando en la posición de Savigny.



En la misma línea de Wach esta Giuseppe Chiovenda, en lo que concierne a aceptar que la acción es un derecho independiente del derecho material y en tanto aspira obtener la satisfacción de lo demandado, pero difiere de Wach en lo que dice relación con la finalidad de la acción; pues Chiovenda opina que la acción es un derecho de la persona a fin de estimular al órgano jurisdiccional contra el obligado, negando así la pretendida aspiración a la tutela jurídica del Estado, núcleo fundamental de la teoría de Wach. Se nota aquí cómo la acción se dirige al órgano jurisdiccional contra el infractor, en tanto que la postura de Wash sostiene la acción se dirigiría a buscar del Estado la tutela jurídica del derecho lesionado.

El derecho al que se refiere Chiovenda - derecho a estimular al órgano jurisdiccional para su actividad. - no es un derecho, sin embargo, que pueda ser ubicado entre los personales o los reales, por lo que lo ha ubicado dentro de una categoría especial, que ya había sido considerada anteriormente por los alemanes con el nombre de derechos “facultativos” y que el autor en mención los llama potestativos, y que son aquellos que, a voluntad del que los ejerce, pueden dar lugar a la producción de ciertas consecuencias jurídicas, o a dejar sin efecto las mismas.

Otro autor que está en esta misma dirección es Calamandrei, quien se afilia a la posición doctrinaria de Chiovenda, pero deja su propia huella en el debate al sostener que la acción se ejerce con relación al Estado y no en función del contrario o del infractor, lo que concede a la teoría sobre la acción de Calamandrei un elemento público que, evidentemente, la caracteriza; pues se dirige al Estado buscando su protección contra el responsable de la infracción.

Para el autor Giovanni Leone, la acción penal debe definirse como el requerimiento por parte del ministerio público de una decisión el juez sobre una noticia crimines, que tiene como contenido un hecho determinado correspondiente a una hipótesis penal, ubicando, de esta manera, el ejercicio de la acción en el ministerio público, pero dejando marcada la finalidad de la acción, esto es, obtener la resolución judicial sobre el objeto del proceso generado por la acción.



El famoso autor Francisco Carnelutti sostiene que la acción ha sido concebida precisamente como un poder, que puede ser usado por ciertas personas, en ciertos casos y modos; es por eso también que el proceso penal precede al poder del juez, de manera que no sólo se habla de la acción como de un poder autónomo a tener en cuenta, sino que, puesto que la jurisdicción encuentra, por lo regular, en la acción su presupuesto, es del estudio de la acción del que debe partir la teoría de las relaciones procesales.

Para Eduardo J. Couture la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la solución de un conflicto de interés. Este autor, después de hacer algunas consideraciones sobre distintas acepciones del término acción toma posición por la que significa que es la facultad de provocar la actividad del órgano jurisdiccional.

Después de haber hecho un recorrido por las principales posturas de los autores con respecto a lo que se dice en la doctrina sobre la acción, de la mano del maestro Zavala Baquerizo, conviene hacer referencia a lo que sostienen otros autores nacionales como Walter Guerrero Vivanco, quien luego de un profundo análisis de las diversas concepciones sobre la acción concluye diciendo que “la acción penal, es una institución de orden público, establecida por el estado, a través de la cual, los representantes del Ministerio Público y las personas particulares, llevan a conocimiento del órgano de la función jurisdiccional competente, el cometimiento de una infracción, a fin que se inicie el proceso en contra del infractor. Sin dejar de ser puntual en el tema, es menester indicar que nuestro autor nacional se niega a aceptar que la acción sea un “poder” porque éste entraña, según él, cierta fuerza autónoma, originaria, circunstancial e inherente de quien la ejerce, cierto derecho para aplicarlo según su criterio y, especialmente, una determinada especie de soberanía para disfrutar a plenitud de la facultad concedida⁹.

⁹ La presente relación de algunos conceptos de acción en la doctrina los he extraído en resumen del autor Jorge Zavala Baquerizo, tomado desde las páginas 4 a la 11 de la fuente que ya tengo mencionada.



De lo expuesto acerca de las diferentes connotaciones que adquirió la acción en el tratamiento que de ella ha hecho los diferentes tratadistas examinados, se desprende que, doctrinariamente, el debate de la acción ha generado mucha materia de que hacer uso, debate que aún no termina y que se prolongará hasta tanto exista la capacidad racionalizante del ser humano. Partiendo de la afirmación de que la acción es igual al derecho material, hasta que se asimila a la pretensión, luego pasando por la afirmación de que ésta se dirige al Estado para que tutele el derecho violentado o para que actúe en contra del infractor, las distintas posturas apuntan en común a que es un derecho o facultad de toda persona a reclamar del Estado la acción pertinente para tutelar el derecho a la paz y tranquilidad, para protegerse de las acciones lesivas de los que quebrantan el ordenamiento jurídico.

2.1 Acción como elemento del Derecho

No obstante lo ya expuesto en páginas anteriores acerca de lo que se ha dicho de la acción en la doctrina, es menester llegar a saber más en detalle las razones de sus ponencias, enriqueciendo el debate al respecto. Es de indicar también que las distintas direcciones que han dado los autores al tema de la acción no se ha agotado, sigue en vigencia y depende mucho de la preponderancia de tal o cual dirección doctrinaria, que las legislaciones nacionales toman su rumbo y dirección. Es indispensable, pues, su profundización en vista de una mejor aplicación de nuestra legislación nacional de esos principios doctrinarios en un momento histórico determinado.

El sabio y dedicado Savigny es el representante de esta inicial corriente de pensamiento, allá en esos tiempos en que apenas se comenzaba a racionalizar el tema, pues en ese momento doctrinario inicial pensó y concibió la idea de que la acción es parte del derecho material, no pudiendo concebirla fuera del mismo. Pero veamos, en forma sucinta, cuál es su planteamiento al respecto.

En la base del pensamiento de Savigny está la escuela clásica que construyó una doctrina civilista de la acción, cuyo núcleo fundamental lo constituye la idea de que al derecho hay que darle su posición lógica: primero está el derecho luego la acción como consecuencia de éste, atribuyendo a la acción una función de



garantía del derecho. La acción es el derecho que se pone en movimiento como consecuencia de su violación; es el derecho en ejercicio, en pie de guerra, que tiende a remover los obstáculos que se oponen a su eficacia, La acción supone entonces, de antemano, un derecho que ha sido violentado y que debe ser reparado. De donde se sigue, nos dice el maestro Savigny, que los elementos de la acción son necesariamente cuatro.

1. Un derecho, porque no se concibe una acción sin un derecho que le sirva de fundamento y a cuya protección se dirija;
2. Un interés, porque el derecho es un interés protegido por la ley y si al interés falta la protección éste desaparece.
3. La calidad, porque la acción corresponde al titular del derecho o a quien puede ejercerlo en su nombre: el padre por el hijo, el tutor por el menor, etc.
4. La capacidad, es decir, la aptitud para actuar en juicio, que no son todas las personas sino las que disponen de estatuto adecuado, que no lo tienen los menores, dementes y demás que la ley prohíbe.

Como consecuencia inmediata de ésta identidad entre la acción y el derecho, tenemos que:

1. No hay derecho sin acción, ya que de lo contrario, carecería prácticamente de eficacia; por excepción y fundada en razones de orden público, la ley priva de acción a algunos derechos, tal es el caso de las obligaciones naturales¹⁰
2. No hay acción sin derecho, desde que aquella no es sino un elemento de éste, y,

¹⁰ Las obligaciones naturales son aquellas cuyo cumplimiento no puede ser exigido legalmente, que en caso de ser cumplidas, surten los efectos del pago. Se fundan en el derecho natural y en la equidad, pero constituyen verdaderas obligaciones, como por ejemplo, las obligaciones civiles que se encuentran prescritas, las contractuales que no poseen acción legal, así las deudas provenientes de los juegos.



3. La acción participa de la naturaleza del derecho, sea éste personal, real etc.; es decir, que para ésta teoría, en el derecho privado deben buscarse los elementos para la concesión de la tutela jurídica, mientras que el objeto del derecho procesal sería puramente formal y técnico.

En consideración de estos planteamientos del tratadista que se estudia, se debe mencionar, en honor a la justicia, que sus planteamientos constituyen un avance científico de la época, ya que ha contribuido al perfeccionamiento técnico del procedimiento, más que a una teoría general del proceso y la acción

Como contrapunto a la exposición del autor en mención se han visto algunas y fundadas deficiencias respecto a la equiparación derecho y acción que hace. Deficiencias que no explican situaciones perfectamente normales en el proceso, tales como: según esta lógica sería difícil encontrar la acción cuando la sentencia rechaza la demanda por falta de mérito (sentencia desestimatoria). Aunque se ha puesto en actividad todo el organismo judicial (juez, secretario fiscal, etc.), se ha producido incluso abundante prueba, se han interpuesto recursos que provocaron la intervención de los tribunales en la segunda instancia y al final el juez declara en la sentencia que la pretensión del actor no está amparada por norma legal alguna. Si el derecho no existe según la sentencia y si no puede haber una acción sin derecho, entonces ¿qué es lo que ha puesto en movimiento todo el mecanismo del proceso? Lo mismo puede decirse de las obligaciones naturales; la ley les niega expresamente acción según los civilistas, pero nada impide que se demande, judicialmente, su cumplimiento y se trámite un proceso sobre la base de ésta demanda; pues será, recién, en la sentencia cuando el juez declarará que la obligación no es exigible. Entonces, no parece tan evidente que no hay acción sin derecho y no existe derecho sin acción.

Con respecto a los elementos de la acción, con excepción de la capacidad, no son condiciones para su ejercicio, sino para su admisión por el juez, pues éste en sentencia declarará si la pretensión deducida en la acción está o no fundada, si su interés es legítimo, si tiene calidad para reclamarlo.

Por todo lo manifestado, se colige que la acción procesal puede funcionar independientemente del derecho sustancial y por ello la doctrina moderna ha



tratado de fijar los caracteres de la acción, así como fijar las relaciones que existen entre derecho y acción¹¹.

2.2 Acción como Derecho Autónomo

En reacción a la afirmación de Savigny, conforme lo anteriormente analizado, se presenta la concepción que sobre la acción hace Windscheid, quien parte de un postulado fundamental: lo que nace de la violación de un derecho, no es un derecho de accionar, la acción propiamente dicha, sino una pretensión contra el autor de la violación, que se transforma en acción cuando se le hace valer en juicio. La violación de un derecho de propiedad, por ejemplo, no origina de inmediato un derecho de accionar, pues puede darse que el autor de tal violación, al ser requerido, extrajudicialmente, satisfaga la violación.

En realidad, la afirmación de Windscheid tiene su precedente en el derecho romano, afirmando que la acción es parte de éste, en donde la concepción de la acción era concebida como el derecho mismo, potestad inmanente al derecho mismo de reaccionar contra su violación, como un derecho a la actuación. En esta tendencia, algunos tratadistas se inclinaron por sostener que la acción era un derecho contra el Estado, con el fin de provocar la actividad del órgano jurisdiccional público. Lo que hizo Windscheid fue adoptar esta tendencia de la doctrina germana, pero no con dirección al Estado sino al adversario, al que ha violentado el derecho, y que debe repararlo.

Con esto no es que Windscheid haya despejado el problema de la acción en su vinculación con el derecho, en la idea de que es parte de éste; pero en cambio tuvo el mérito de haber provocado una polémica con Muther, que fue famosa porque dio origen a nuevas investigaciones, pues contrariamente a lo afirmado por Windscheid de que la acción no era sino la pretensión deducida en juicio contra el demandado, éste dice que la acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se obtiene la tutela jurídica y se dirige contra el Estado para la pretensión de una sentencia favorable contra el demandado.

¹¹ Resumen extraído de la obra del autor ALSINA Hugo, Fundamentos de Derecho Procesal, Vol.IV, Editorial jurídica universitaria S.A. México 2001, Pág. 12 y 13.



En esta misma línea de concebir a la acción como un derecho autónomo, está Wash, quien apartándose un tanto de lo dicho por Windscheid considera que la acción es un derecho autónomo contra el Estado y frente al demandado. De allí sus caracteres: es un derecho público al que corresponde por parte del Estado la obligación de dispensar la tutela jurídica; pero es un derecho concreto en cuanto su ejercicio afecta sólo al adversario, correspondiendo la acción a quien ha sido dañado con el acto lesivo. Derecho que se materializa en una sentencia favorable, que es lo que corresponde a lo se dio en llamar teoría de acción concreta.

En este sentido, Wach demostró la autonomía de la acción mediante la elaboración doctrinaria de la sentencia declarativa, que es sostener el derecho a la tutela jurídica que toda persona tiene, aunque no haya una pretensión insatisfecha, caso concreto de las sentencias desestimatorias de la demanda por faltar derecho. No se trata de demostrar el fundamento de la pretensión sino de tener el derecho de acceder al órgano de justicia aunque se declara la falta de derecho, como son las sentencias desestimatorias. En esta misma dirección está Degenkolb, para quien la acción es dada, no solo a quien tiene razón, sino a cualesquiera que se dirija al juez en demanda de una decisión sobre un asunto determinado que se considere lesionado, sobre una pretensión. La acción, en este sentido, puede ser deducida perfectamente por quien esté equivocado y por ello es abstracta del fundamento de la demanda. Es por eso que este autor presintió, que la acción es algo más extenso que el derecho que triunfa. No la limita a una sentencia favorable. La acción no sería propiamente un derecho sino una facultad. Una facultad nada de acceder al órgano jurisdiccional reclamando su intervención.

Los adversarios de esta postura han dicho que Degenkolb confunde el derecho de acción con la mera facultad jurídica de obrar, diciendo además, que la acción tiene como fundamento la pretensión, en la que si prospera, hace que la acción sea admitida, en caso contrario, determina su rechazo¹².

¹²Resumen extraído de Ob. Cit. Pág. 114 y 115.



2.3 Acción como Derecho Potestativo

En esta caracterización de la acción, su representante más sobresaliente es Chiovenda, quien sostiene que la acción es el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley por el órgano jurisdiccional. Como se puede advertir, este autor ve en la acción el poder que tiene quien acciona para poner en acción a la ley mediante el poder jurisdiccional, en otras palabras, es condición indispensable la actuación o iniciativa de quien quiere reclamar un derecho para que la función jurisdiccional se ponga en acción. Se trata entonces de poner la atención en el sujeto activo de la infracción, y la potestad que tiene de activar al órgano jurisdiccional.

En la base de su teoría está la idea de que el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido, en donde la coacción es inherente a la idea de derecho, no en forma directa por el lesionado, sino a través del órgano jurisdiccional. En esta perspectiva, la intervención del órgano jurisdiccional está condicionada a una manifestación de voluntad del particular, porque dicho órgano no actúa de oficio sino por requerimiento, y ese modo de manifestar la voluntad se denomina acción. En este sentido, la acción constituye un derecho que generalmente nace del hecho de que quien debía conformarse a una norma garantizadora de un bien jurídico, de un derecho, lo ha transgredido, haciéndose responsable por ese acto.

La acción será entonces un poder jurídico de la categoría de los derechos potestativos. Estos son aquellos derechos que no corresponden a una obligación, porque el sujeto titular de la acción no es deudor de una prestación, ni debe hacer nada para satisfacer un interés. La ley concede, en efecto, en ciertos casos, a una persona el derecho de influir en la condición jurídica de otra, con la sólo manifestación de su voluntad, es decir, sin necesidad del concurso de aquella.

La acción es un derecho contra el adversario frente al Estado. Por ella el órgano jurisdiccional sustituye la actividad del actor para la protección de su derecho, y compele al demandado, en su caso, para el cumplimiento de su obligación. Es un derecho sustantivo que consiste en una reacción entre voluntad de un particular y la organización jurídica estatal. Pertenece al derecho privado, porque una cosa



es la naturaleza pública del organismo judicial, y otra la naturaleza privada del derecho de acción que corresponde al particular.

“La acción es un derecho a obtener una sentencia favorable que se concede “a quien tiene razón”. Si el actor carece de ella o prospera la excepción opuesta por el demandado, la acción debe ser rechazada en la sentencia. En el primer supuesto, la ley actuará a favor del actor (sentencia estimatoria), en el segundo, actuará en favor del demandado, que es el caso de las sentencias desestimatorias y absolutorias”¹³.

2.4 Acción como Función Procesal

En esta andadura por averiguar la naturaleza jurídica de la acción, se encuentra con la exposición hecha por Carnelutti. Para entender el planteamiento de este autor es menester saber, en primer lugar, que él no hace un planteamiento dogmático de la acción dentro del mundo jurídico, sino que ha estudiado a la misma en su función dentro del proceso. Por eso se llama la función procesal de la acción.

Para esta función, el autor distingue entre litis y proceso. Entendiéndose por litis el conflicto de intereses regulado por una norma jurídica, y sus elementos son: las partes, el objeto y la pretensión. Las partes son el sujeto activo, que es el titular del derecho y el sujeto pasivo, que es frente al cual se pretende hacer valer ese derecho. El objeto de la litis es el bien al cual se dirige el interés de las partes; en tanto que la pretensión es la exigencia o manifestación de voluntad para reparar el interés dañado.

El proceso es el instrumento judicial para la solución de la litis; así mismo, el proceso tiene sus elementos, a saber: las partes, tanto actor como demandado, y el juez. El elemento objetivo es el conjunto de actividades que éstos desarrollan hasta la sentencia inclusive.

En esta virtud, nos dirá Carnelutti, la litis es ajena al juez, de allí que estas actividades comprendan dos aspectos: el de investigación, que corresponde a las

¹³ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, Ob. Cit. Pág. 116



partes y el de apreciación que corresponde al juez. No es dable que el juez por iniciativa propia se inmiscuya en la litis, o vaya a buscarla, sin que interesado alguno se lo haya propuesto. Tiempos éstos, se dirá, que corresponden al de la inquisición, en donde el juez era propulsor, investigador y apreciador de la prueba, para finalmente dar su veredicto condenatorio. En este sistema, del procesal penal, son las partes las que ponen la litis en presencia del juez; en esta parte, corresponde a ellas la afirmación de los hechos y la aportación de prueba, en tanto que al juez corresponde la función de la apreciación de los hechos, de la prueba aportada en la etapa correspondiente.

Consencuentemente, toda esa actividad que las partes despliegan en un conflicto de intereses durante el proceso, y que se inicia en la demanda, constituye la acción, cuyo origen cercano se lo encuentra en la palabra actividad, que precisamente denota movimiento.

Y es ricamente matizada y explicada la propuesta de Carnelutti que nos dirá que la acción es un derecho independiente del derecho material, cuyo objeto es provocar la actividad del órgano jurisdiccional. El uno es el derecho subjetivo procesal de acción y otro muy distinto el derecho material, de tal suerte que el uno puede existir sin el otro. En este sentido, el planteamiento es muy sencillo: yo tengo derecho a obtener del juez una sentencia sobre mi pretensión, aunque esta pretensión sea infundada. La distinción entre los dos derechos afecta tanto a su contenido como al sujeto pasivo: el derecho subjetivo material tiene por contenido la prevalencia del interés en litigio y por sujeto pasivo a la otra parte; en tanto que el derecho subjetivo procesal tiene por contenido la prevalencia del interés a la composición de la litis y por sujeto pasivo al juez.

En la misma línea de exposición, Carnelutti, dirá que los caracteres específicos de la acción son estos:

1. Es un derecho autónomo, porque el interés que protege no es el interés de las partes deducido en la litis, sino un interés general, que tiene que ver con el cumplimiento por parte del juez de una obligación procesal. Esta es la justa composición de la litis.



2. Es un derecho público subjetivo, porque a igual que otros derechos, puede ser ejercitado por cualquier ciudadano, sin condicionamiento alguno que obste este derecho.
3. No supone legitimidad con respecto a la pretensión, ya que ésta no afecta a la acción sino a la sentencia, pues basta que el que la proponga esté dentro de los parámetros de capacidad legal que se exige.
4. La acción tampoco es un derecho potestativo, un poder de producir un efecto jurídico, sino más propiamente un derecho de pretensión, que es producir la actividad jurisdiccional. En esta virtud, no se dirige contra la otra parte ni contra el Estado, que no puede tener otro interés que el de garantizar la administración de justicia, sino contra el funcionario concreto investido de la potestad jurisdiccional.
5. En exactitud, la acción es un derecho a la jurisdicción, y en cuanto al interés tutelado, entendiéndose éste como la justa composición de la litis, es un interés público. Es por eso que la acción debe ser concebida como el ejercicio privado de una función pública, ya que mediante esta función se obtiene la satisfacción del interés particular lesionado y como consecuencia de ello la reparación del orden jurídico¹⁴.

La función procesal de la acción, en esta perspectiva, ha puesto en el ámbito de la reflexión nuevos elementos como los de composición de la litis y del proceso, así como la aportación de prueba por parte de los sujetos de la litis y la apreciación de la misma por parte del juez. Importante aporte en la búsqueda de la naturaleza jurídica de la acción, aportes que tienen sus influencias en nuestra legislación.

3.- Concepto de Acción Penal Pública.

Una vez agotada la exposición acerca de las características de la acción en su sentido lato, corresponde ahora delimitar más estrechamente el campo de estudio, teniendo como perspectiva que el presente estudio tiene como núcleo

¹⁴ Ob. Cit. Pág. 118 y 119.



medular a la acción penal pública; sin desmerecer los ingentes trabajos de orden doctrinario por fijar la naturaleza jurídica de la acción en su acepción más amplia. Delimitada, pues, la acción penal de su gran árbol común, corresponde acercar los conceptos propios que se ha vertido al respecto, fijando su naturaleza, alcance, aplicación, así como también, las diferencias doctrinarias que aún persisten. En esta parte, se acercará y delimitará el análisis del significado de acción penal pública, así como también se señalarán las características de este tipo de acción aplicada al campo de lo penal.

En primer lugar, se debe tener presente que la Acción Penal pertenece siempre al ámbito del derecho público y no al campo del derecho privado, porque se trata de una institución creada por el Estado, el cual interviene en defensa de la superestructura jurídica a través de su función jurisdiccional. Por lo tanto, la acción penal es única y siempre de carácter público. De ahí que, la tradicional distinción que de la acción se ha hecho, a saber: pública y privada es una apreciación errada. Desde que la venganza privada dejó de ser asunto del ofendido y su familia, pasando a ser competencia del Estado, ya no se puede hablar de acción pública y privada. Se confunde acción con ejercicio de la misma.

Esta “denominación de la acción como privada es, a nuestro juicio, impropia, desde el punto de vista técnico, ya que la acción por su naturaleza es siempre pública, toda vez que la ejerce un órgano enteramente público como es el jurisdiccional”¹⁵. Entonces, conviene dejar de una vez sentado que la acción penal es siempre de carácter público, porque es el órgano estatal jurisdiccional el que atiende y tramita el hecho puesto a su conocimiento. No existe acción privada.

En un primer acercamiento al concepto de Acción Penal pública diremos que “ésta es considerada como el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional respecto a una determinada relación de derecho penal. Paralelamente a esta noción se dice también que la acción penal consiste en la actividad que se despliega con tal fin. Ésta domina y da carácter a todo el

¹⁵ GUERRERO, Walter, Derecho Procesal Penal II: La acción penal, segunda edición, editado por el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia de la universidad Nacional de Loja, Loja 1989, Pág. 89.



proceso, pues lo inicia y lo hace avanzar hasta su meta, que es la sentencia. La acción penal es la energía que anima todo el proceso”¹⁶. Estas nociones de acción penal, si bien rescatan el valor facultativo de excitar al órgano jurisdiccional para que éste actúe, se extralimitan al afirmar que dan inicio y acompañan todo el proceso penal, lo que es un error; pues, la acción, como veremos más adelante, termina con activar al órgano jurisdiccional, lo posterior corresponde a otras instituciones del orden jurídico procesal como es la pretensión, en el caso de la jurisdicción penal.

Para mayor abundamiento en este punto, hay que decir que la acción penal no tiene por fin la imposición de una pena a consecuencia de la infracción, sino el que se determine la verdad a propósito de un delito que se dice cometido y que se inculpa a una determinada persona, determinación que no es raro que llegue a la conclusión que el hecho no ha existido, o que no se trata de un delito, o sencillamente, que el imputado no lo ha cometido o que no ha tomado parte en él. Además, no todo proceso termina con la imposición de una pena sino que puede terminar con medidas alternativas, con lo que no se cumple con la afirmación de que la acción tiene como fin la imposición de una pena. Así mismo, no se puede afirmar a priori que la acción penal tiene su origen en el delito, pues se puede accionar y poner en movimiento al órgano jurisdiccional, y hechas las investigaciones pertinentes, se llegue a la conclusión de que el supuesto delito no constituye tal, con lo que quedaría sin piso esa afirmación. Este punto se lo tratará con más abundancia en el acápite que corresponde a la pretensión de la acción penal, por ahora, nada más señalamos cierta inconsistencia de esas afirmaciones.

Lloré Mosquera, parafraseando a Couture, dirá que la acción penal es el poder que tiene todo sujeto de derecho para acudir a los órganos jurisdiccionales a fin de reclamarles la solución de un conflicto.¹⁷ En relación con este enunciado está

¹⁶ FLORIAN, Eugene, Serie: Clásicos de Derecho Procesal Penal Vol. I: Elementos de Derecho Procesal Penal, Edit. Jurídica Universitaria S.A. Ciudad de México 2001, Pág. 91.

¹⁷ LLORE MOSQUERA, Víctor, Compendio de Derecho Procesal Penal, segunda edición, Edit. Talleres gráficos de la Universidad de Cuenca, Cuenca 1964, Pág. 67



la afirmación de que la acción es un derecho que compete a cualquiera de dirigirse al juez a fin de obtener una decisión acerca de su pretensión, independientemente de la condición de quien la ejercita, con razón o sin ella.

Hasta aquí han decurrido términos más o menos similares en el intento de conceptualizar a la acción penal. Mas resulta que dichas definiciones también son aplicables a otros campos de derecho, como puede ser la acción civil, administrativa, etc. En torno a que la acción es distinta en lo civil y penal, que son los campos que más sobresalen por el volumen de casos, hay distintos criterios. Para Lloré Mosquera, la acción civil tiene distinta connotación, ya que en este campo hay propiamente conflicto de intereses traducidos en términos económicos y patrimoniales. Dirá que la acción civil es de orden estrictamente patrimonial, puede nacer o no, a juicio del sujeto activo de la infracción, pues resulta enteramente facultativa y contingente. Y aplicada a la acción que nace del delito en la vía civil, sostiene que es aquella que ejercita el ofendido por el hecho delictuoso con el fin de obtener la indemnización de los daños y los perjuicios que se le han causado.

En cambio, para otros autores como Jorge Zavala Baquerizo, la acción, se ésta civil, administrativa o penal, tiene la misma estructura en cuanto a su conceptualización, y en este sentido, no ve gran diferencia entre una y otra. Dirá que la acción tiene como principal característica la de ser única, cualquiera sea el ámbito dentro del cual se la quiera hacer actuar. Opina el ilustre profesor que no existe una acción penal distinta de la acción civil. Ambas tienen la misma finalidad y tienen la misma estructura. Lo que varía, lo que cambia y lo que constituye la diferencia específica entre una y otra es la materia con motivo de la cual deben actuar, que no es otra cosa que la naturaleza del objeto que permite su ejercicio. Añadiendo a esta afirmación, está la noción de que jurisdicción, proceso y acción constituyen conceptos únicos, válidos para todo lo que se refiere a jurisdicción civil y penal; al proceso civil o penal, lo mismo que a la respectiva acción. Lo que varía es el contenido que va adherido a ellos en un momento determinado, esto es en razón de la materia sobre la que versan la jurisdicción, el proceso y la acción.



Para nuestro criterio, se observa que existen diferencias, aunque no de fondo, pero sí de forma entre las distintas clases de acciones. Me fijo en el hecho de que la acción civil es enteramente privada, ya que para que el órgano jurisdiccional conozca de una causa necesita del impulso de parte interesada; está de por medio un interés particular, que afecta estrictamente la esfera personal. En tanto que la acción penal está reservada al Estado por cuanto es garante del mantenimiento de la paz social, que es alto interés y objetivo mismo de su existencia, que es un interés esencialmente público e irrenunciable. Y esto en relación con lo que se ha dicho sobre la venganza del delito, que en un inicio la ejercía el ofendido y luego pasó al Estado como una forma de regularla y temperarla.

Pero volviendo al objeto principal de este enunciado, y haciendo un resumen de todo lo dicho hasta aquí acerca de las implicaciones de la acción penal y sus particularidades, conviene ensayar un concepto, que de alguna manera enrumbe el presente estudio, especificando y particularizando lo que es la acción penal. Para ello me valdré de lo que deja consignado el profesor Zavala Baquerizo en su libro Tratado de Derecho Procesal Penal: “La acción penal es el poder jurídico concedido por el Estado a las personas o al Ministerio Público, con el fin de estimular al órgano jurisdiccional penal para que éste inicie el proceso penal cuando se ha violentado una norma jurídica penalmente protegida”¹⁸

4.- Características de la Acción Penal.

La acción en su acepción más amplia tiene algunas derivaciones, siendo que la penal es una de las principales y la que interese en el presente trabajo, es por eso que a continuación se hace una clasificación y análisis de cada una de las características de la acción penal. Esas características son: la pública, la indivisible y la irrevocable. Esas características se harán presentes de una manera más específica en el capítulo que trata sobre el ejercicio de la acción penal, pero que desde ya conviene hacer presente, en el afán de delimitarla en su

¹⁸ Ibedem, Pág. 12.



estudio con respecto a la acción de ejercicio privado, toda vez que cada una de ellas tiene características propias.

4.1 La Acción Penal es Pública.

La acción penal pública es siempre de carácter público, dice el principio general, ya se trate de acciones cuyo ejercicio sea de acción pública, salvando las acciones que son de ejercicio privado. Es de carácter público, porque va dirigida a hacer valer un derecho público del Estado, que es la aplicación de la ley penal frente a aquel que ha cometido un delito y a hacer efectivo, en el caso concreto, el derecho penal objetivo que es eminentemente público. Es decir, es pública la acción penal por el fin que se propone y por el objeto a que se refiere. Y de tal carácter se sigue que no caben transacciones privadas sobre ella.

A éste carácter público no se opone la necesidad de la querrela en los delitos perseguibles a instancia de parte, tal exigencia no altera la estructura de la acción penal ya que la querrela no es más que una condición para el ejercicio de la misma. Sin embargo, el hecho de que la publicidad sea una característica de la acción penal no es bastante para justificar la costumbre frecuente en la doctrina de algunos países de llamarla simplemente acción pública o privada, según el caso. Mientras el término “penal” expresa la sustancia de la institución que tratamos; la expresión “pública” no corresponde más que a uno de los requisitos de la misma, y por ello el apelativo pública puede convenir a acciones distintas de la penal.

La característica de la publicidad de la acción penal pública, tiene sus particularidades, que es menester abordar más en extenso cuando se trate de la publicidad de la denuncia, que es precisamente por donde empieza el ejercicio de la acción penal pública.

4.2 La acción Penal es Indivisible

Esta característica tiene que ver con que la acción no se divide, es una sola para todos los implicados en la comisión de un delito. Alcanza a todos los que han participado en la comisión de un delito. Tal carácter está justificado por una razón de justicia abstracta y por una exigencia práctica de utilidad social que nadie



escape a la expresión penal. Debe tenerse cuidado y no confundir la indivisibilidad de la acción penal con el principio de la unidad del proceso.

La indivisibilidad de la acción penal se manifiesta típicamente en la querrela y en el perdón del ofendido, en donde opera fácilmente este recurso. Si la parte presenta la querrela sólo contra uno de los participantes en la comisión del delito sufrido por ella, la acción penal se extiende por derecho a todos los demás; análogamente, el perdón de un procesado se extiende, así mismo, a todos los demás, salvo al que lo rehúse.

4.3 La Acción Penal es Irrevocable.

Esta característica de la acción penal dice relación con el hecho de que una vez iniciado el ejercicio de dicha acción, el órgano jurisdiccional no tiene la facultad de desistir; pues iniciado el proceso, no tiene más que un fin, la sentencia¹⁹.

Una vez que la acción penal se ha ejercitado no se agota más que en la sentencia. Si el ministerio público, o la Fiscalía en nuestro caso ecuatoriano, ha promovido la acción penal no puede desistir y hacer caducar el proceso; los casos en donde se tiene que aplicar el principio de oportunidad y por tanto no continuar la acción una vez iniciada, o desestimación y solicitud de archivo de la denuncia por Fiscalía no constituye de ninguna manera que se renuncie del ejercicio de la acción penal pública en términos normales.

Este principio tiene relación con que la acción penal pública es de carácter público, legal y oficial. Pues estas características hacen imposible que una vez iniciada la acción penal, ésta se pueda detener porque al funcionario respectivo se le ocurre revocarla y dejarla insubsistente. Sería un acto ilegal, arbitrario, sometido al capricho antes que a un principio de derecho.

¹⁹ FLORIAN, Eugene, Ob. Cit. Pag. 94



CAPITULO II

EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

1.- El ejercicio de la Acción Penal Pública

Como razón orientadora al tratar el presente capítulo debo manifestar que el poder jurídico de provocar la actividad jurisdiccional penal se puede ejercer en forma de una facultad, en los términos de una denuncia, o como deber por parte de la Fiscalía cuando conozca de la comisión de un delito cuyo ejercicio sea de acción pública. Esto no quiere decir que el poder jurídico para estimular al órgano jurisdiccional penal sea un derecho, una facultad o un deber; es el ejercicio de ese poder el que se manifiesta como facultad o deber. Así mismo, se debe indicar que se comete grave error al afirmar que la acción penal nace por la comisión de la infracción, como se sostenía en años anteriores y como se puede pensar hoy en día. La acción penal no nace como consecuencia de la comisión de un delito.

Como se sabe, la acción penal es una facultad inherente a las personas, a los ciudadanos, en ellos vive, pero solo se objetiviza, se manifiesta, solo se la puede ejercer después de cometida la infracción y en consecuencia, no es que la infracción genera o motiva a la acción, sino que la infracción permite el ejercicio de la acción penal; es el presupuesto necesario sin el cual no se puede ejercer la acción. Lo dicho hasta aquí se resuelve en la siguiente proposición: Acción – infracción – ejercicio de acción- proceso.

El poder²⁰ jurídico de la acción lo tiene la persona; pero esto no significa que ese poder nace en el momento en que se comete la infracción, sino que, cuando la infracción surge en el mundo de los fenómenos, entonces, y sólo entonces, es que se ejerce, se manifiesta ese poder jurídico. Por lo tanto, la acción es anterior a la comisión de la infracción. Antes que la infracción tome vida real, objetiva, ya

²⁰ El término poder en este contexto equivale a facultad, más no a un valor inmanente que engendra poder en si mismo.



la persona tiene el poder de acción que sólo lo puede ejercer en el momento en que la infracción surge en la realidad, toma vida en el mundo material.

Ahora bien, el poder de acción lo tiene cualquier persona, inclusive los funcionarios públicos cuando la ley les concede tal poder. El ejercicio de ese poder sólo lo tiene tanto la persona natural o jurídica, pero el ejercicio del poder por parte de la persona jurídica se manifiesta a través de su representante legal cumpliendo con los presupuestos de admisibilidad exigidos en cada caso.

El artículo 32 del actual Código de Procedimiento Penal dice que: “Desde el punto de vista de su ejercicio la acción penal es de dos clases: Pública y Privada”. Al respecto se ha operado un cambio con relación al Código de Procedimiento Penal anterior en el que decía que la acción Penal es de tres clases: Pública de instancia oficial; Pública de instancia particular; y, privada, con lo que daba lugar a confusiones. El actual Código en mención ha dado un paso importante en las reformas de este articulado. Además el Código en vigencia manifiesta con toda precisión que desde el punto de vista de su ejercicio la acción es pública y privada, sin dejar dudas acerca de lo que se sostiene en el lenguaje común y hasta de profesionales de la rama con respecto a que la acción es pública y privada.

En el ejercicio de la acción penal pública es menester diferenciar bien el carácter público de la acción y el carácter público del ejercicio de la acción. Como se ha dicho es de interés público, o sea de interés del Estado, el imperio de la justicia, la vigencia del ordenamiento jurídico y la reparación por medios pacíficos de la norma jurídica violada por la infracción, concede a las personas, sean éstas particulares u oficiales, el poder de activar al órgano jurisdiccional cuando se produzca en la realidad los supuestos antes mencionados. En esta forma la persona tiene un poder público concedido por el Estado. Cuando se comete uno de los delitos cuyo ejercicio de acción es público, entonces cualquier persona puede estimular al órgano penal para que inicie el respectivo proceso penal.

De lo expuesto se concluye que el ejercicio de la acción en unas ocasiones es contingente, y en otras es necesario. Es contingente cuando la infracción es de aquellas que provoca el ejercicio público de acción, pues en estos casos el



proceso penal puede surgir sin necesidad de que se ejerza la acción penal: surge de oficio. Los necesarios se refieren a los de ejercicio privado.

No se puede dudar que existe una quiebra en la concepción de lo que debe entenderse por ejercicio de la acción y la finalidad de esta. Entendiéndose que existe quiebra de concepción cuando se encarga a la misma persona que ejerce la acción penal la iniciación y sustanciación de la primera etapa del proceso penal. Esta confusión de nuestra realidad procesal en cuanto a las dos actividades antes mencionadas no encuentran solución alguna de carácter jurídico ni dentro de la ley procesal penal, ni dentro de la doctrina nacional, pues el afirmar que el fiscal no es juez, no cambia la realidad de que la ley de Procedimiento Penal le ha entregado al fiscal la función de investigar, acusar y juzgar, entendiendo por juzgamiento la actividad que desarrolla el órgano jurisdiccional desde el momento en que se inicia el proceso penal hasta el momento en que, de manera definitiva, concluye.

Para tratar de ocultar esta verdad jurídica de nuestra legislación se dice que juzgamiento solo existe en la tercera etapa del proceso penal, en la llamada etapa de juicio. Esto parece solo un eufemismo, pues en realidad el enjuiciamiento de una conducta comienza con el proceso y concluye con el proceso. Es innegable que durante toda la actividad procesal se encuentra la dinámica del juzgamiento: El sujeto pasivo del proceso es juzgado desde que se lo imputa, o procesa, hasta que se lo absuelve o se lo condena.

En cuanto a los titulares del ejercicio de la acción penal pública, el artículo 33 del Código de Procedimiento Penal manifiesta: El ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente a la fiscal o el fiscal; de lo que se entiende que el ejercicio de la acción pública es una actividad privativa de la Fiscalía

De esta disposición legal en referencia, surge una interrogante: Para qué ejerce la acción penal el fiscal. Si se responde que lo hace para que se inicie el proceso penal daría como resultado que la misma persona que ejerce la acción penal es la que inicia el proceso penal. En efecto, la primera etapa del proceso penal, la llamada instrucción fiscal, la inicia y la tramita el fiscal; por ejemplo, si el fiscal ejerce la acción penal es para auto – estimularse a iniciar el proceso penal, que



más o menos corresponde al sistema anterior, en donde el juez comenzaba la investigación mediante el auto cabeza de proceso.

A nuestro modo de entender, se justificaría legalmente la existencia de los modos de ejercer la acción penal cuando exista una distinción entre el titular del ejercicio de la acción y el titular de la iniciación del proceso penal. El primero actuaría para estimular al segundo. El primero pone en conocimiento del segundo la comisión de un delito y el segundo inicia el proceso penal por el indicado delito. De esta manera existiría una combinación entre la actividad que constituye el ejercicio de la acción y el cumplimiento de la finalidad de ésta, cual es estimular al órgano jurisdiccional penal para que inicie el proceso penal respectivo. Pero cuando se identifican las dos actividades, esto es, cuando a una misma persona se le concede el ejercicio de la acción y la iniciación del proceso penal, se debilita procesalmente la primera, pues no cabe jurídicamente el auto - estímulo para iniciar el proceso penal.

A este respecto, algunos autores han manifestado que para solucionar el problema del juez – acusador, refiriéndose a que el fiscal ejercite la acción y da inicio al proceso penal, y situar al magistrado en el rol de independencia e imparcialidad que debe tener con los sujetos procesales y con su conciencia misma, luego de una largo proceso histórico, se ha creado el Ministerio Público hoy Fiscalía, con el objeto de confiar a sus representantes la ,misión de ejercitar la acción e impulsar la pretensión penal a fin de que el juez, libre de la carga de investigación, se dedique, serenamente, a la administración de justicia. Efectivamente, lo que debe hacer el fiscal es investigar, ejercer la acción y exhibir dentro del proceso la pretensión punitiva, quitándole el rol de juez que le ha dado la ley a la hora de acusar. El fiscal en esta manera parece ser “investigador – juez – acusador”.²¹

²¹ Resumen extraído de la obra de ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, Ob. Cit. Pág. 21 -42



1.1.-Criterios directivos en torno a este ejercicio.

Para examinar la cuestión del ejercicio de la acción penal se deben tener en cuenta una cuestión que tiene que ver con el poder para ejercitar la acción penal y otra que tiene que ver sobre la necesidad o no de ejercitarla en todos los casos:

Sobre la primera cuestión se pregunta si el órgano a quién se atribuye el ejercicio de la acción penal en nombre del estado debe poder iniciar la acción por sí, o sea en virtud de su propia determinación, que se asimila al principio de oficialidad; o se debe esperar la iniciativa y beneplácito de otra persona, particularmente de la parte lesionada u ofendida, que correspondería al principio dispositivo.

Racionalmente, y dado el carácter público de la acción penal debe preferirse el principio de oficialidad; la atribución del ejercicio de la acción penal dado a un organismo especializado sería inútil si este tuviese que esperar siempre la manifestación de voluntad de otra persona para actuar, es decir, para realizar los actos propios para los cuales ha sido creado dicho organismo.

Sin embargo de esto no se niega que el principio dispositivo deba ser rechazado en su totalidad; por el contrario, debe ser considerado como subsidiario al principio de oficialidad, que puede dar lugar a excepciones contra el otro principio impuestas por exigencias generales y sociales.

El otro problema es si el órgano llamado a ejercitar la acción penal, con libertad de iniciativa, ha de ejercitarla siempre o no. La cuestión es si la Fiscalía en cuanto tiene conocimiento de la comisión de un delito y cumplidos los requisitos debe obligatoriamente o no iniciar dicha acción. Si siempre que se realiza un hecho que presente los caracteres de delito, este órgano ejercita la acción penal, tenemos el principio de legalidad, que vendría a ser el principio del ejercicio de la acción penal obligatorio. En cambio cuando el órgano puede abstenerse en los casos en que el ejercicio de la acción penal parezca inoportuno, fuera del sentido común, contrario a la paz social, que es fin del derecho penal, entonces estamos ante el principio de oportunidad y que es un ejercicio de la acción penal facultativo. En otras palabras, el ejercicio de la acción penal está inspirado en el principio de legalidad cuando ésta tiene que ser ejercitada por los órganos pertinentes siempre que se haya cometido un delito, siempre que se den los



presupuestos necesarios para ello, y sin atender para nada a la consideración de la utilidad que del mismo pueda derivarse. La contrapartida de esta apreciación la forma el principio de oportunidad, según el cual, para el ejercicio de la acción penal no basta que se den los presupuestos necesarios, sino que es preciso que los órganos competentes lo reputen conveniente, previa valoración del momento, de las circunstancias de las personas, etc.²²

Tanto el principio de legalidad como el principio de oportunidad a la hora del ejercicio de la acción penal por el órgano competente, se encuentran descritos en el nuevo Código de Procedimiento Penal ecuatoriano en vigencia. En el artículo 19 del mencionado cuerpo de leyes se encuentra consignado el principio de legalidad y luego en el artículo 39.3 de las reformas al mismo cuerpo de leyes se describe el principio de oportunidad en consonancia con las corrientes de las nuevas concepciones del derecho penal y de su procedimiento, ya que al abandonar el viejo principio de la sola legalidad se está abandonando un principio obtuso que, en muchos de los casos, no ha hecho sino despilfarrar ingentes recursos humanos y económicos. Con la incorporación del principio de oportunidad se deja abierta una ventana de discrecionalidad que debe ser manejada en forma responsable y utilizando la sana crítica por parte de los funcionarios de la Fiscalía. La aplicación de este principio tiene sus límites.

A favor del principio de oportunidad, que se podría decir es de reciente data en nuestra legislación nacional, pero ya de algunos años de recorrido en la legislación extranjera, se puede advertir que esta ganando un amplio y variado campo de aplicaciones, sin dejar de decir que para los crímenes contra la vida, crímenes de lesa humanidad y horrendos, el principio de legalidad se observa en toda su pureza; en estos casos la acción siempre será obligatoria. En cambio cuando la culpabilidad del autor sea leve y los efectos del delito insignificantes hay lugar al principio de oportunidad. En torno a este principio se están aplicando cuestiones que tiene que ver con menores, tránsito, etc.

²² FLORIAN, Eugene, obra citada, Pág. 95 y 96



Sin embargo, de los puntos expuestos a favor del principio de oportunidad, las cuestiones aún no terminan, y por el contrario, se están enriqueciendo a la luz del debate. Para algunos la aplicación pura del principio de legalidad parece alejado de la realidad de la vida social y del contexto moderno en que la sociedad se desenvuelve, es demasiado simplista y unilateral. Pero el problema tiene que plantearse con más profundidad y en estos términos: ¿Cuál es el principio que sirve mejor a las exigencias de la defensa social, que el derecho penal está llamado a proteger y a hacer efectiva? Otros en cambio sostienen que los criterios directivos del ejercicio de la acción penal no deben prescindir del fundamento de la ley penal, porque la acción es el instrumento de aplicación de la misma en los casos concretos.

Puesto los puntos de la cuestión en esta manera, las soluciones son muy diversas y están en relación con las teorías acerca del fundamento del derecho de castigar. Para quienes estiman que tal fundamento es un sentimiento de justicia no existe más criterio que el de legalidad, que exige que a todo delito siga su respectivo castigo. Para quienes sostienen que el fundamento de castigar tiene su razón en el sentimiento de utilidad social, parece preferible el principio de oportunidad, que no exige siempre la aplicación de la ley penal sino que condiciona tal aplicación a una valoración de conveniencia pública.

Esta “relación de dependencia entre en fundamento del derecho de castigar y el principio de legalidad y el de oportunidad no convence, porque se pretende encontrar una relación entre el fundamento de la ley y el criterio de aplicación de la misma, pues el primero informa la ley, pero ésta debe aplicarse cual es”.²³

Como ya se ha expresado en líneas anteriores nuestro código de procedimiento penal en vigencia, en consonancia con el neo constitucionalismo, ha hecho una clara apuesta por el principio de oportunidad, en la que se apela el buen criterio y madurez del funcionario responsable a la hora de discernir si tal o cual delito merece la aplicación de dicho principio en el momento de iniciarse la acción penal. Para nuestro criterio el principio de oportunidad responde a exigencias de

²³ Ibidem, Pág. 96 y 97



la vida moderna y de conveniencia social, así como también a determinar correctamente los recursos que se emplean en el ejercicio de la jurisdicción penal. Todo esto sin menos cabo de la seguridad jurídica y de los criterios de aplicación del principio de legalidad cuando este fuere menester y que se encuentran determinados en el ordenamiento jurídico.

1.2.- La Pretensión de la Acción Penal

Para abordar el presente tema es menester hacer la diferenciación y al mismo tiempo hacer las definiciones concretas para ubicar los elementos constitutivos esenciales dentro de la temática que se trata. Es necesario diferenciar pues entre el poder que tiene el Estado de imponer las penas por la comisión de un delito, a lo que se llama *ius puniendo*, que es un poder privativo del Estado, del derecho de reclamar la imposición de la pena una vez cometida ésta a lo que se llama la pretensión, y del deber de estimular al órgano jurisdiccional penal para la iniciación del proceso penal que debe surgir necesariamente como presupuesto para imponer la pena, que es lo que se llama propiamente la acción.

Como se puede advertir el concepto de acción y de pretensión no son lo mismo ni se reemplaza el uno por el otro. Ambos conceptos tienen su razón de ser dentro del ordenamiento jurídico, específicamente en el procedimiento penal, pero con fines diversos. La acción como poder jurídico, puede ser ejercida para activar al órgano jurisdiccional penal; cumplida esa finalidad, se extingue la acción, hasta allí llega ésta. En el ánimo de hacer la diferenciación entre estos dos conceptos conviene hacer un primer acercamiento de la conceptualización de la pretensión penal.

La pretensión penal es la reclamación, es la petición, es la voluntad de una de las partes, la activa del proceso, tendente a solicitar que el Estado haga efectivo el poder de penar en ese caso concreto. La pretensión vive dentro del proceso, surge con motivo del proceso y en ciertas ocasiones, antes que este, es decir, conjuntamente con el ejercicio de la acción en los casos de acusación privada.

La diferencia entre acción y pretensión se hace más evidente cuando el proceso penal se puede iniciar sin necesidad de que alguien excite al órgano jurisdiccional penal para el efecto, es decir, que el titular de dicho órgano puede iniciar de oficio



el proceso penal. Nadie puede decir que en este caso, el de iniciación de oficio del proceso penal, se ha ejercido la acción penal, pues el juez no tiene el poder jurídico de accionar, y por tanto, no puede ejercer de lo que carece. Como es sabido, el juez es el titular del órgano jurisdiccional penal, correspondiéndole el deber o la función de administrar justicia. Pero es indudable que cuando se inicia el proceso penal de oficio existe dentro del proceso una pretensión, que es la punitiva principalmente y la secundaria o accesoria la de resarcimiento por los daños ocasionados.

Por tanto, la acción y la pretensión son conceptos diversos que viven en esferas jurídicas distintas, pero que tienen la misma importancia dentro del derecho procesal penal. La primera en razón de su ejercicio y de su finalidad; la segunda en razón de su naturaleza y de su finalidad. También es índice diferenciador entre acción y pretensión el hecho de que, en muchas ocasiones a pesar de haberse ejercido la acción penal, no concluye el proceso con la estimación de la pretensión punitiva, sino con una razón desestimatoria. La razón es obvia: nunca se ejerce la acción penal para imponer una pena; se ejerce para estimular al órgano jurisdiccional penal por haberse cometido una infracción penal. En tanto que la pretensión punitiva tiene, como es lógico, como finalidad obtener la imposición de la pena que es el fin del proceso penal.

Diferencia importante la encontramos también en los sujetos tanto de la acción como de la pretensión. El sujeto de la acción es el titular de ella, es decir, es la persona que tiene el poder de acción. Cuando la acción se ejerce, el sujeto pasivo del ejercicio de la acción es el órgano jurisdiccional estimulado; en tanto que el sujeto activo del ejercicio de la acción, es la persona que lo ejerce. El sujeto activo de la pretensión será así mismo la persona interesada en la imposición de una pena y el pasivo el órgano jurisdiccional encargado de viabilizar el proceso hasta la imposición de la pena.

Una vez hechas estas diferenciaciones en torno a la acción penal, la pretensión y el poder de penar que tiene el Estado, conviene hacer un examen más exhaustivo de los términos y alcances de la pretensión, que es el objeto del presente acápite.



La pretensión es una institución eminentemente procesal que vive activa durante todo el desarrollo del proceso, a diferencia de la acción, que es anterior al proceso y que se extingue en cuanto se la ejerce, es decir, en cuanto cumple su finalidad.

La pretensión procesal es una declaración de voluntad por la cual una persona reclama de otra a un tercero superior a ambos un bien jurídico, formulando en torno al mismo una petición fundada, esto es acotada o delimitada según los acontecimientos de hecho que expresamente señala. De acuerdo con esta definición, la estructura de la pretensión procesal consta de tres elementos fundamentales, a saber: 1.- Subjetivo; 2.- Objetivo; y, 3.- De actividad.

1.- El elemento subjetivo de la pretensión esta dado por lo sujetos de la pretensión, sujetos que siempre serán tres; a) el sujeto activo, que es aquel que plantea la pretensión; b) el sujeto pasivo, que es aquel frente a quién se plantea la pretensión, es decir, la persona infractora; y c) el sujeto destinatario, esto es, la persona ante quien se plantea la pretensión, o sea el titular del órgano jurisdiccional penal.

De lo dicho se infiere que en ningún caso podrá existir el proceso penal sin una pretensión, pues aunque el proceso tenga por objeto un delito cuyo ejercicio sea público y se desarrolle con la sola intervención del fiscal, o con la intervención de éste y del acusador particular, siempre se exhibirá por parte de ellos la pretensión procesal penal.

2.- El elemento objetivo está dado por la conducta humana, es decir, por el acto violatorio de la norma jurídica penal, por la infracción que constituye el objeto del proceso penal. En este sentido algunos autores sostienen que el objeto del proceso penal es la pretensión, lo que no es enteramente correcto. El objeto del proceso penal es la infracción y como consecuencia de ésta la imposición de un a pena, más no la pretensión. Lo que sucede es que la pretensión también tiene como objeto la infracción lo cual sí es correctamente jurídico. Para que exista un proceso penal es necesario que coincidan los dos objetos: El del proceso y el de la pretensión exhibida dentro de ese proceso. Proceso y pretensión deben coincidir en su respectivo objeto. El contenido de la pretensión procesal penal



esta dado por la conducta adecuadamente típica del agente de la infracción, lo cual es también el contenido del proceso, formándose una coincidencia del objeto de ambos, es decir, del proceso y de la pretensión, que permite el cumplimiento de la finalidad del primero por la estimación que de la segunda hace el titular del órgano jurisdiccional penal.

Nada más para ilustrar la diferencia entre pretensión civil y pretensión penal, hago notar lo siguiente: la diferencia entre estas dos pretensiones es que la civil puede contener muchos hechos y por la cual se puede aspirar a muchas resoluciones que pueden ir desde la simple declaración judicial hasta la actividad ejecutiva del juez; en tanto que la pretensión penal solo puede tener como objeto una infracción que no puede ser diversa de aquella por la cual se inició el proceso penal y que aspira a la imposición de la pena al autor, en el momento de que esa pretensión sea debidamente estimada por el titular del órgano jurisdiccional penal, sin perjuicio de que en dicha estimación se persigan el resarcimiento de daños y perjuicios. No se puede activar esta pretensión accesoria mientras la pretensión principal no se haya declarado por parte del Estado, declarando la responsabilidad del agente del delito.

3.- El elemento de actividad que conforma la estructura de la pretensión procesal está dada por la manifestación de voluntad que el sujeto activo de la pretensión exhibe al momento de plantearla ante el juez y frente al procesado. Esta manifestación de voluntad tiene una orientación definida: es una petición que tiene como finalidad hacer que sea estimada en decisión definitiva por el juez.

Por lo expuesto, se concluye que no todo ejercicio de la acción penal encierra una pretensión, pues existen casos en que esa manifestación de voluntad solo aparece después de haberse iniciado el proceso penal, esto es, cuando ya ha sido satisfecha la acción penal, es decir, cuando 'esta se ha agotado por su ejercicio. Tal es el caso de la acción ejercida a través de la denuncia. En esta no existe la pretensión; su finalidad como ejercicio de acción es activar al órgano penal sin pretensión alguna, pues la pretensión surgirá ulteriormente. Cuando ya se ha iniciado el proceso penal y la acción está agotada, interviene el fiscal, quien es el que exhibe la correspondiente pretensión frente al imputado.



La verdad es que desde el momento en que la denuncia activa al órgano jurisdiccional penal se sabe, de antemano que, con posterioridad, va a surgir la pretensión procesal penal sin la que no podrá desarrollarse el proceso penal; pero cuando aparece esa pretensión la denuncia ya ha cumplido su cometido como modo de ejercer la acción penal.

De lo expuesto hasta aquí se puede concluir diciendo que: 1.- La acción penal es extra procesal y tiene como finalidad provocar la actividad del órgano jurisdiccional penal. 2.- La pretensión procesal tiene como finalidad obtener del Estado el ejercicio de su poder de penar, cuyos elementos constitutivos son: Subjetivo, que se refiere a los sujetos de la pretensión, siendo de tres clases: Activo, que se refiere a quien exhibe la pretensión, ya sea el fiscal o acusador; pasivo que es al que se exhibe la pretensión, es decir, el imputado; y destinatario que es ante quien se exhibe la pretensión, es decir, al órgano jurisdiccional. El objetivo, que es la materia a la que se refiere la pretensión, es la infracción. El objeto de la pretensión no puede ser otro que el objeto del proceso. 3.- La actividad o manifestación de la voluntad que se refiere a la petición concreta fundada y aspira a que el Estado ejerza el poder de penar imponiendo la pena aquel que resulte responsable de la infracción y por la que se inició el proceso.

Finalmente y como corolario de este acápite, es de indicar que la persona tiene el poder jurídico de accionar; no es que ese poder nace en el momento en que se comete la infracción, sino que cuando la infracción surge en el mundo de la realidad, entonces es que la persona ejerce ese poder de acción, poniendo en movimiento al órgano jurisdiccional. Por lo tanto la acción es anterior a la comisión de la infracción. Antes que la infracción tome vida real, objetiva, concreta, ya la persona tiene el poder de acción que solo lo puede ejercer en el momento en que la infracción surge en la realidad, pues toma vida en el mundo material.²⁴

²⁴ Resumen extraído del autor ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, ob cit. Pág. 15 – 21



2.- Oficialidad del ejercicio de la acción penal.

Este principio tiene que ver con que el Estado no puede ni debe abandonar el ejercicio de su facultad de penar al responsable de la comisión de un delito; debe asumir por sí mismo la persecución penal mediante sus órganos y funcionarios. El Estado no puede ni debe hacer depender la actividad de estos órganos y funcionarios al libre arbitrio del ofendido por el delito, sino que los órganos estatales encargados de la función acusadora han de cumplir con su deber de persecución penal, sin necesidad de instancia por parte de aquel.

En relación con esta afirmación está la que de el Estado ha de asegurar la remoción de cualquier obstáculo ilegítimo que se oponga a la persecución penal, cualquiera que sea su origen, no pudiendo por tanto ni el titular del órgano jurisdiccional, ni los funcionarios encargados de la persecución, ni los particulares, sean o no ofendidos por el delito, impedir la iniciación del proceso.

En el principio de oficialidad es evidente, por tanto, que para poner en movimiento la iniciativa del ministerio público, o la Fiscalía en nuestro caso, es suficiente cualquier información, cualquier noticia sobre la comisión de un delito, incluso privada; por consiguiente, las eventuales imperfecciones formales de la noticia críminis no inciden sobre la promoción de la acción penal. Para la mayoría de autores la oficialidad expresa el hecho de conferir a órganos especializados del Estado el oficio de promover y ejercitar la acción penal.

En el Ecuador la Fiscalía inicia la acción penal siempre que, de cualquier modo y por la vía que fuere, haya tenido noticia del delito; es la noticia lo que vale, no el modo o la forma de la adquisición de la noticia. Por tanto, toda y cualquiera imperfección formal del parte policial o la demanda, no puede desplegar efecto alguno que puede entorpecer o negar el inicio de la acción penal. Así es que llegada la noticia críminis, la Fiscalía de oficio debe iniciar la acción penal, es decir, sin que se necesite ninguna orden, estímulo o iniciativa de otro órgano o de autoridad alguna.

En una palabra, la oficialidad en el ejercicio de la acción penal es la obligación del ministerio público o fiscalía de promover por su propia iniciativa la acción penal.



De tal suerte que el principio de oficialidad concierne estrictamente a la promoción de la acción penal, así como a su ejercicio, es decir, a su prosecución

3.- Obligatoriedad de la Acción Penal

Para abordar este tema es necesario tener presente que el principio de obligatoriedad es eminentemente opuesto al principio de discrecionalidad; pero para tener un acercamiento a lo que esencialmente constituye este principio hay que adelantar diciendo: La obligatoriedad significa que el ministerio público o fiscalía, en nuestro caso, tan pronto como ha llegado a la recepción de una noticia criminal, después de practicadas las eventuales indagaciones preliminares, debe iniciar la acción penal y no puede, una vez iniciada, dejar de cumplir todos los actos consiguientes a la promoción de la acción penal.

Se entiende pues que el principio de obligatoriedad debe ser observado con el mayor rigor, y que por consiguiente también en los casos más evidentes de la comisión de un delito infundado, la Fiscalía está obligada a promover la resolución de archivación. En los casos en que llegue a la Fiscalía el conocimiento de la comisión de un delito evidentemente irrelevante, es decir, un hecho que no corresponda a un modelo de delito, la nombrada institución debe iniciar el proceso obligatoriamente para después declarar mediante resolución que el acto no constituye delito y por tanto archivar el caso.

En la cuestión relativa a que el principio de obligatoriedad se opone radicalmente al de discrecionalidad, algunos autores no están de acuerdo con este último, sosteniendo para ello que se estaría tolerando una especie de democracia por parte del órgano jurisdiccional y que esto llevaría a grandes distorsiones a veces con consecuencias funestas. Siguiendo en este razonamiento se sostiene que los funcionarios de Fiscalía tendrían la facultad para decidir que delito cabe o no en el inicio de la acción penal. En la actualidad, sin menoscabar los razonamientos de esta naturaleza, el neo constitucionalismo, los nuevos códigos penales y de procedimiento penal recogen el principio de la discrecionalidad no como un arbitrio desbocado en manos de los funcionarios de Fiscalía, sino como mecanismo de eficiencia y economía procesal



4.- Cuestiones Prejudiciales y Cuestión Previa

El Código de Procedimiento Penal dice respecto a esta cuestión: “En los casos expresamente señalados por la ley, si el ejercicio de la acción penal dependiera de cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusivamente al fuero civil, no podrá iniciarse el proceso penal antes de que haya auto o sentencia firme en la cuestión prejudicial”²⁵. Es clara la ley en mención al decir que la cuestión prejudicial no permite la iniciación del proceso penal mientras no haya auto o sentencia en firme en la vía civil. En tanto que la cuestión previa es aquella dificultad que exige su tratamiento por vía incidental, en el mismo proceso penal. De lo dicho, se infiere que toda cuestión prejudicial origina la iniciación de un proceso civil independiente del proceso penal sobre el que va a incidir la resolución que se dicte en el ámbito civil; En tanto que la cuestión previa se trata dentro del mismo proceso penal, por el mismo juez del asunto principal, es decir, del que va a resolver sobre la existencia del delito y sobre la culpabilidad de los procesados.

La cuestión prejudicial es independiente del objeto del proceso penal, sin perjuicio de que en el momento oportuno incida sobre el mismo. La cuestión previa forma parte del objeto del proceso penal, tiene relación directa con el mismo y de acuerdo con las declaraciones que sobre ella se haga es que toma vigencia el objeto del proceso penal del que forma parte. Es accesoria al proceso penal y de ser pertinente modifica radicalmente el destino del juicio principal. De aquí que, si la cuestión prejudicial es resuelta en sentido negativo, entonces no es posible que se inicie el proceso penal, y, no puede tener relación con ningún proceso penal, pues este no existe, pese haber existido el juicio previo sustanciado en la vía civil; así mismo se dirá de la cuestión previa, que si es considerada negativamente, el proceso penal puede concluir de forma anormal, pues dicha conclusión es consecuencia de la consideración dada a la cuestión previa.

Si el juez civil declara, por poner un caso, que el instrumento público no es falso el proceso por falsedad en instrumento público no podrá iniciarse. Pero si el juez

²⁵ Código de Procedimiento Penal, Abril 2009, Art. 40



penal declara que jamás existió jurídicamente, cogiendo otro caso como el de bigamia, el matrimonio contraído aparentemente por el acusado de bigamia, el proceso penal concluye, o por sobreseimiento definitivo, o por sentencia absolutoria, pues el pronunciamiento sobre la cuestión previa ha incidido de manera directa en el objeto de proceso.²⁶

Esta introducción en relación a la cuestión prejudicial y cuestión previa nos da una idea de lo que implica cada una de éstas, relación que ha hecho un acercamiento conceptual y diferenciador de lo que constituye esencialmente el núcleo de cada una de estas cuestiones. En adelante conviene hacer una digresión de cada una de estas cuestiones para llegar a saber en exactitud las implicaciones conceptuales.

El artículo de nuestra legislación procesal penal, a que he hecho alusión, nos da la pauta para decir que la prejudicialidad al ejercicio de la acción penal es única en este sentido, pues en la práctica no existe prejudicialidad a la sentencia, ya que ésta está en desuso desde que fue derogado el código de proceso penal del año 1971, por carecer de sentido práctico

Es indudable que uno de los temas más controvertidos por su complejidad es el de la prejudicialidad, por lo que es necesario sistematizar su estudio para orientarnos en la mejor comprensión de la institución indicada en relación con el procedimiento penal que nos rige. Para el efecto, es menester dar una noción de lo que debe entenderse por prejudicialidad. Se entiende pues, como prejudicialidad toda cuestión de carácter jurídico que debe ser resuelta como presupuesto necesario para el ejercicio de la acción penal, omitiendo intencionalmente lo que algunos autores dicen que esta es necesaria para la sentencia. Esto lo afirmamos en coherencia con lo manifestado más arriba, en el sentido de que la prejudicialidad es necesaria al ejercicio de la acción, más no como presupuesto para la sentencia del caso determinado. Es lo que estrictamente se puede decir de la prejudicialidad civil en materia penal, que es lo que nos interesa conocer para satisfacer el requerimiento del presente estudio.

²⁶ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, Ob. Cit. Pág. 88 - 89



La prejudicialidad civil en materia penal esta dada por toda cuestión de carácter jurídico-civil que debe ser previamente resuelta por el órgano jurisdiccional civil como presupuesto necesario para la procedencia del ejercicio de la acción penal, manifestando, que con la frase “jurídico-civil” se encierran todas aquellas cuestiones extra penales, sean de carácter civil propiamente dichas, mercantiles, laborales, administrativas, etc. Cuestiones éstas, de la materia que fueren, que deben ser resueltas en su propio campo para luego ser validadas en el campo de la acción penal.

De la anterior aseveración se desprende que la cuestión jurídico-civil debe ser resuelta previamente, de lo contrario, no se puede ejercer la acción penal, por cuanto nuestra legislación procesal penal lo anota como un obstáculo al ejercicio de ésta, considerando que el órgano jurisdiccional civil debe emitir una resolución en firme sobre la cuestión planteada y que incide en el hecho constitutivo del delito, sin cuya necesaria resolución es imposible que pueda entrar en movimiento el órgano jurisdiccional penal, por expreso mandato de la ley que ya tenemos comentado.

Por regla general, cometido un delito, cuyo ejercicio es público o privado, lo normal es que se inicie la acción respectiva, sea por una denuncia, de oficio o a petición de parte. Esto corresponde a la regla general; pero esta tiene sus excepciones. Así, existen ocasiones en que la ley expresamente no permite el inmediato ejercicio de la acción penal en cuanto se ha cometido el delito, sino que exige previamente, se resuelvan en vía de otro órgano jurisdiccional y extra penal ciertas cuestiones que inciden en el delito porque están íntimamente ligadas con el mismo. Significa esta afirmación que mientras no se dicte la sentencia en el órgano jurisdiccional extra penal no se puede iniciar el proceso penal, por cuanto existe el obstáculo de la cuestión prejudicial. En este sentido es ilustrativo el caso de falsedad en instrumento público que ya tenemos anotado, y que es constitutivo de dicho delito, no puede dar lugar al ejercicio público de la acción penal, mientras no se resuelva dicha falsedad en la vía civil, es decir, que se declare en firme la falsedad del instrumento público.

En conclusión y para cerrar la cuestión de la prejudicialidad, se debe afirmar categóricamente que entre la acción y su ejercicio no sólo es necesario que exista



la infracción, sino que, además de la infracción se debe remover el obstáculo que significa la cuestión civil prejudicial. Tal es el caso de que si no se remueve dicho obstáculo, es imposible ejercer la acción penal, y por tanto no se puede iniciar el proceso penal.

La cuestión previa, como ya se ha manifestado, tiene el carácter de ser incidental dentro del proceso principal. Por su naturaleza no constituye materia de resolución previa sino que es en el mismo proceso penal que debe resolverse la cuestión previa. Por eso se afirma que toda cuestión prejudicial es previa, pero no toda cuestión previa es prejudicial. Así se deja ver en los ejemplos expuestos de falsedad de instrumento público y resolución sobre el caso de bigamia; en el primer caso hay que resolver si el instrumento público es falso en la vía civil, y en el segundo caso, en cambio, en el mismo juicio penal por bigamia en los considerándose el juez de la causa deberá pronunciarse al respecto, con lo que fijaría el destino del juicio principal.

La prejudicialidad significa antes del juicio, es decir, que debe existir un juicio de carácter civil antes que se inicie el juicio penal, que es prejudicialidad civil al ejercicio de la acción penal, o a la iniciación del proceso penal. Lo contrario a ésta afirmación es la prejudicialidad penal al ejercicio de la acción civil, como es el caso de daños y perjuicios. Todo aquello y que no exija un juicio anterior no es prejudicial, es previo. Como se ha dicho, lo previo, lo resuelve el propio juez penal por vía de incidente.

Una vez más establezcamos la diferencia entre prejudicialidad y cuestión previa, destacando los siguientes ejemplos: El caso de apropiación indebida, cuyo objeto del proceso es la disposición arbitraria de una cosa ajena que había sido entregada a otra persona para que esta la restituya o haga de ella un uso determinado, pero que la persona contra la que se inicia la acción alega, manifestando en su defensa, que dicho objeto fue entregado por contrato de comisión. En este caso el juez penal de la causa debe resolver este asunto en la vía de incidente, como cuestión previa a la resolución final sobre el objeto principal del proceso, que supuestamente es apropiación indebida.



En el ejemplo de falsedad de instrumento público, el juez no puede iniciar el proceso penal hasta que el juez civil no se haya pronunciado en sentencia definitiva sobre tal falsedad. En el primer caso el juez de lo penal resuelve como incidente la alegación del contrato de comisión en la misma causa, en tanto que en el segundo, el juez no puede iniciar el juicio penal hasta que no haya una sentencia firme en la vía civil.

4.1 Sistemas de Prejudicialidad.-

A lo largo del camino que ha debido recorrer la doctrina para tratar de resolver el problema de la prejudicialidad civil en materia penal se ha ensayado algunas soluciones. Pero han predominado dos corrientes como las principales y que se han formulado así:

- 1.- Aquella que considera que el propio juez de lo penal debe ser competente para el conocimiento de la cuestión prejudicial civil, lo que significa que el mismo debe ser el que resuelva la cuestión civil como la penal.
- 2.- Aquella otra que propugna que el proceso penal no debe iniciarse o se debe suspender, según los casos, hasta que la cuestión prejudicial no sea previamente resuelta por el órgano jurisdiccional no penal.

La primera corriente doctrinaria se la conoce con el nombre de imperio de la jurisdicción penal, misma que se enuncia diciendo que el juez competente en lo penal es también competente para conocer y resolver sobre la cuestión civil de que penda el delito penal. Los defensores de este sistema doctrinario dicen que la jurisdicción es una sola y que los jueces civiles o penales, son titulares de los órganos jurisdiccionales, y que, por lo tanto, si el asunto se refiere de manera directa y conexiona la materia civil con la penal, el juez de lo penal debe también conocer el asunto conexo civil como si se tratara de incidente. Dirán los defensores de esta corriente doctrinaria que en la jurisdicción conceptuada de esta manera no hay antagonismos, sino integración y relación.

La otra corriente doctrinaria que propugna la vigencia de la separación jurisdiccional absoluta, que considera que si el Estado a dividido a los órganos jurisdiccionales en razón de la materia es decir, que ha creado unos para atender



los asuntos civiles y otros, para atender los asuntos penales, esta división debe respetarse y mantenerse, por lo que, si el asunto prejudicial es civil debe ser resuelto por el titular del órgano jurisdiccional civil, con el objeto de no entorpecer la armónica marcha de los organismos jurisdiccionales los que deben actuar con el debido respeto a las limitaciones impuestas por el Estado.

Frente a estas dos corrientes doctrinarias, extremas por su planteamiento, existe un afán conciliatorio, que ha nacido en forma de posición doctrinaria intermedia; esta nace del sistema que se conoce con el nombre de separación jurisdiccional relativa, la que considera que si bien debe mantenerse la separación de las jurisdicciones, esta separación solo debe producirse en los casos expresamente previstos por la ley; cuando el caso no se encuentre expresamente señalado por la ley, entonces debe ser competente para su resolución el propio juez de lo penal que está en conocimiento del asunto. Cuando el envío de la cuestión prejudicial es obligatorio para el juez, entonces, el sistema se conoce con el nombre de separación jurisdiccional relativa obligatoria; y cuando el envío queda supeditado al criterio del juez de lo penal, a este sistema se lo conoce con el nombre de separación jurisdiccional relativa facultativa.

Con el sistema del envío obligatorio la ley, de manera expresa, selecciona los casos en que el juez, debe remitir la cuestión prejudicial al órgano jurisdiccional civil y mientras tanto, no se puede iniciar el proceso penal, o debe suspender la resolución definitiva, recordando que ha esta forma se llama prejudicialidad civil al ejercicio de la acción penal. Cuando se trata del sistema de envío facultativo, en cambio el juez de lo penal no está obligado a remitir al juez de lo civil el conocimiento de la cuestión prejudicial, sino que dicha remisión queda sujeta a la voluntad del juez de lo penal; si cree conveniente, resuelve él mismo la cuestión prejudicial, si no lo cree así lo remite al juez de lo civil o al que fuere menester.

De lo manifestado hasta aquí y haciendo una relación con nuestra legislación procesal penal, se puede decir que se ha adoptado el sistema conocido como de separación jurisdiccional relativa obligatoria, ya que solo en los casos expresamente señalados por la ley las cuestiones prejudiciales deben ser remitidas al juez de lo civil para su conocimiento y resolución, sin que hasta que esto no suceda, no puede la autoridad penal iniciar proceso alguno.



Si queremos buscar el fundamento para que nuestra legislación nacional haya elegido la separación jurisdiccional relativa obligatoria radica éste en que, si bien es cierto que la jurisdicción es una sola, los órganos jurisdiccionales están plenamente definidos por la ley, y por lo tanto, en casos excepcionales la cuestión civil que incide en la cuestión penal debe ser resuelta por el juez competente en razón de la materia con el fin de que su resolución sea en lo posible justa y especializada. Así mismo, se esgrimen otros motivos para haber acogido esta posición doctrinaria aduciendo que estos casos son excepcionales y se fundamentan en la facilidad para la práctica de los medios de prueba y la obtención de los mismos, como la confesión judicial, o la inspección judicial., que son actos procesales de prueba que, siendo admitidos en el ámbito civil, no lo son en el ámbito penal.

En relación a lo que ya tenemos dicho en líneas anteriores nos parece que el sistema doctrinario intermedio, acogido por nuestra legislación nacional, en materia de procedimiento penal, es acertado en razón de la materia y la especialidad. Es bien conocido que en el campo civil se pueden actuar un sinnúmero de pruebas que, en cambio, están vedadas en materia penal; así mismo, es pertinente la consideración de la especialidad, en donde el juez de lo civil conoce a profundidad su materia y, por tanto, sus resoluciones son más justas, cosa que no sucedería si un juez de lo penal conoce y resuelve asuntos de lo civil. Lo mismo se podría decir de un juez de lo civil que se ponga a resolver asuntos de lo penal. Parecen ser cosas evidentes y de sentido común.

4.2 Efectos jurídicos de la Prejudicialidad.

En esta parte de lo que se trata es de establecer la incidencia que tienen las resoluciones civiles en el campo penal, cuya denominación hemos nombrado, prejudiciales para el ejercicio de la acción penal que es lo más común. Pero también se trata de conocer las incidencias que tienen las sentencias penales en el campo civil, cuando hay lugar para ello. El artículo 41 del Código de Procedimiento Penal, señala los efectos jurídicos de la prejudicialidad en los siguientes términos:



“Las sentencias ejecutoriadas en los procesos civiles no producen el efecto de cosa juzgada en lo penal, excepto las que deciden las cuestiones prejudiciales indicadas en el artículo anterior.

Las sentencias ejecutoriadas en los procesos penales, producen el efecto de cosa juzgada, en lo concerniente al ejercicio de la acción civil solo cuando declaran que no existe la infracción, o, cuando existiendo, declaran que el procesado no es culpable de la misma.

Por tanto, no podrá demandarse la indemnización civil derivada de la infracción penal, mientras no exista una sentencia penal condenatoria que declare a una persona responsable de la infracción”.

Con respecto a las preposiciones del artículo en mención hay que decir que, en lo relacionado al primer párrafo, cuando una cuestión se plantea en vía de incidente dentro de un proceso penal sobre cuya cuestión el juez está en la obligación de considerar previo al fallo respectivo, esta consideración del juez penal no se puede tomar como resolución definitiva sobre dicha cuestión previa, pues solo puede surtir el efecto de cosa juzgada lo que ha sido objeto principal del fallo definitivo. En la misma forma, cuando el juez civil debe resolver sobre una cuestión extra civil en vía de incidente su resolución sobre las cuestiones incidentales no tienen fuerza de cosa juzgada, por no haber sido objeto de juzgamiento por parte del juez, sino solo objeto de su consideración.

Cuando el juez penal en la necesidad de juzgar un asunto de su competencia, tiene que conocer y analizar una cuestión que, en otra forma no podría ser objeto de su conocimiento, no emite una resolución de juzgamiento sobre dicha cuestión incidental, sino solo un juicio necesario para arribar al juzgamiento del objeto principal del proceso penal, esto es del delito, y de sus autores, cómplices y encubridores. Ese conocimiento, esa consideración hecha por el juez penal, en ningún caso puede impedir que la cuestión incidental tratada en el proceso penal sea llevada al órgano jurisdiccional civil como objeto principal para una resolución definitiva.

En lo que se refiere específicamente al artículo 41 del Código de Procedimiento penal, el primer inciso se refiere al efecto de cosa juzgada que una sentencia



ejecutoriada civil puede provocar en el ámbito penal. Para esta finalidad establece la regla por la que se dispone que dichas sentencias no producen el indicado efecto, esto es que cualquiera que sea la resolución del órgano jurisdiccional civil sobre un problema determinado, esta resolución carece de validez en el ámbito penal, por tanto, puede ser reconsiderada, en todo o en parte por el juez penal.

Pero esta regla sufre la excepción señalada en el primer inciso de la disposición legal anotada: lo que resuelve el juez civil en las cuestiones prejudiciales expresamente remitidas por la ley para el conocimiento de dicho juez, produce el efecto de cosa juzgada frente al órgano jurisdiccional penal. Así, si el juez de lo civil declara en su sentencia que un instrumento público es genuino, auténtico y veraz, no podrá el fiscal iniciar el proceso penal por falsificación de instrumento aunque existan graves sospechas de que por defecto de prueba en el proceso civil no se pudo declarar la falsedad del documento que en la sentencia civil surgió como jurídicamente perfecto.

Se debe aclarar en este punto que no es el juez de lo civil, que conoce de la cuestión prejudicial, sea quien se pronuncie sobre la existencia o no del delito, como lo cree algún autor. El juez civil se pronuncia sobre la existencia del hecho que ha sido puesto a su conocimiento, y nada más que ello. Pronunciarse civilmente sobre la existencia del acto no significa juzgar tal acto en su naturaleza delictuosa. Eso corresponderá al juez penal.

Queda claro, de esta manera, que la regla general que prima respecto al juzgamiento civil frente al campo penal es que lo que resuelve el juez civil no tiene objeto de cosa juzgada en la órbita penal, excepto cuando se trata del juzgamiento de las cuestiones prejudiciales.

El segundo inciso del artículo 41 en referencia, hace mención al efecto civil de las resoluciones firmes emanadas del órgano jurisdiccional penal y establece que las sentencias penales ejecutoriadas producen efecto de cosa juzgada para el área civil solo cuando se refieren a la declaración sobre la existencia del delito y sobre la culpabilidad del procesado o del acusado. Se colige de esto que la regla general aceptada legalmente es la de que cualquier declaración que conste en la



sentencia penal no surte efectos de cosa juzgada en el campo civil, y por tanto puede entrar al juzgamiento de la cuestión que, por su propia naturaleza es de su competencia, sin que se pueda oponer la excepción de cosa juzgada, aduciendo que el juez penal conoció anteriormente el mismo asunto.

Ningún juez civil puede iniciar el proceso respectivo por daños y perjuicios derivados de la comisión de un delito mientras no exista una sentencia penal en firme que declare que la persona a quién se pretende demandar es culpable de la infracción de la cual se deriva el perjuicio. Esta regla tiene su excepción que es la siguiente: No toda sentencia penal en firme da lugar a indemnización por daños y perjuicios en la vía civil, ya que ésta opera solo cuando el ofendido con el delito no presentó acusación particular dentro del proceso penal que tenía por objeto el delito sufrido por el demandante, en cuyo caso debe acudir con su demanda ante el juez civil luego que el juez penal hubiera dictado la sentencia condenatoria. En los demás casos, cuando se trata de la demanda de indemnización de perjuicios derivados de la comisión de un delito, los competentes para el conocimiento de dicha demanda son los mismos jueces penales.

5.- Renuncia y extinción del ejercicio de la Acción Penal

Desde el punto de vista de su ejercicio, la acción penal en nuestra legislación procesal penal es de dos clases: Pública y Privada, siendo que para los fines de la presente investigación, interesa saber sobre la acción penal pública, más no la privada; constatación ésta que hace que éste acápite tenga sus consideraciones especiales.

Por principio es de indicar que no existe renuncia de la acción penal pública una vez iniciada ésta; lo que sí existe son otras formas jurídicas por las que el fiscal se abstiene de continuar la investigación pre-procesal y procesal penal, tal es el caso del archivo de las investigaciones señalado en el artículo 38 del Código de Procedimiento Penal y la desestimación en el artículo 39 del mismo cuerpo de leyes. Se puede considerar en este mismo sentido el archivo provisional y definitivo señalado en el artículo 39.1 del mismo Código en mención.

Fuera de estos casos, la persona que presenta una denuncia, no puede renunciar a ella, manifestando que no es verdad lo dicho. Si el conocimiento del hecho ha



correspondido a la Fiscalía de oficio, ésta por los principios de oficialidad y legalidad jamás podrá renunciar al ejercicio de la acción penal, con lo que la figura de la renuncia es más remota en este caso. Los principios de oficialidad y legalidad de la acción penal pública constituyen insalvable obstáculo a la renuncia del ejercicio de la acción penal, y por consiguiente, de la pretensión punitiva. El principio de inmutabilidad hace imposible que la acción una vez iniciada deje de recibir el impulso necesario hasta llegar a su término, por estos principios ya anotados. La privada en cambio, a modo de ilustración, en virtud de las características que la singularizan de la acción penal pública es susceptible de renuncia expresa o tácita.

Tanto “el ejercicio de la acción penal pública como la privada son susceptibles de extinción. Las causas que la motivan son diferentes: causas generales que obran indistintamente para los dos tipos y otras que se singularizan para cada una de ellas, así podemos anotar que son causas generales de extinción del ejercicio de la acción penal la muerte del procesado, la amnistía, la prescripción y la cosa juzgada”²⁷

²⁷ LLORE MOSQUERA, Víctor, Ob. Cit. Pág. 88-89



CAPITULO III

LA DENUNCIA

1.- Concepto.-

En términos generales, denunciar es el acto por el cual se pone en conocimiento de la autoridad la existencia de un hecho; pero el uso forense que ha hecho de este término ha ido restringiendo o limitando su significado en el campo penal que es en donde ha tomado su verdadera fisonomía y alcance, y en donde se hacen palpables sus características penales.

El maestro Jorge Zavala Baquerizo dice sobre la denuncia: “es una declaración o manifestación de conocimiento por la que una persona hace saber al funcionario, policial o fiscal, respectivo la comisión de una infracción cuyo ejercicio de acción es público, lesivo o no a los intereses del denunciante”²⁸

Para otro autor la denuncia es: “Una manifestación de voluntad con la cual una persona lleva a conocimiento de la autoridad competente para recibirla, la noticia de un delito”.²⁹

De los anteriores conceptos sobre la denuncia se encuentran éstos referidos exclusivamente a la denuncia como un modo de ejercer la acción penal, que es lo que interesa en el presente estudio. En la anterior definición, específicamente, la del Maestro Zavala Baquerizo se dice que la denuncia es una manifestación de conocimiento por cuanto sólo hace llegar al funcionario competente la noticia criminis, esto es la relación del hecho que se considera infracción penal.

Otros autores en el intento de dar formal concepto de denuncia han puesto la atención en el denunciante, tal como lo dice Clariá Olmedo, que el denunciante es toda persona imputable desde el punto de vista penal, que cumpliendo con ciertas formalidades, transmite a la autoridad judicial competente el conocimiento de un

²⁸ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, Ob. Cit. Pág. 132

²⁹ LLORE MOSQUERA, Víctor, Ob. Cit. P' sg. 78



hecho considerado delictuoso, para que el órgano público correspondiente ejercite el poder de la acción penal mediante la promoción del correspondiente proceso, destacándose de esta definición que el objeto principal de la denuncia es la manifestación de conocimiento sobre la comisión de una infracción a fin de estimular al órgano jurisdiccional penal para que inicie el proceso respectivo.

Para Manzini, la denuncia es un acto formal de un sujeto determinado, no obligado a cumplirlo, con el que se lleva a conocimiento de la autoridad competente las noticias de un delito perseguible de oficio, lesivo o no a los intereses del denunciante, con o sin indicación de pruebas y de personas de quienes se sospeche que hayan cometido ese mismo delito o hayan tomado parte en él. De esta definición se destaca que la denuncia es una facultad, más no un deber por parte de quien da la noticia; así mismo se dice que la denuncia es una manifestación de conocimiento, haciendo hincapié también en que ésta tiene como finalidad el conocimiento de la autoridad competente para que inicie el proceso penal respectivo.

Para concluir este título sobre el concepto de la denuncia hay que decir que es general y unánime la doctrina, tanto nacional como extranjera, en cuanto a conceptualizar la denuncia como un medio de ejercer la acción penal que encierra una manifestación de conocimiento por la cual se hace saber al funcionario correspondiente, fiscal o policía judicial, la comisión de un delito cuyo ejercicio es de acción pública.

2.- Naturaleza, Objeto y Fin.

El actual Código de Procedimiento Penal excluyó la excitación fiscal y la acusación particular de los modos de ejercer la acción penal, dejando como único medio a la denuncia. La razón que se esgrimió en el nuevo Código de Procedimiento Penal para hacer a parte la excitación fiscal tuvo como sustento el hecho de que se le entregó a la Fiscalía, que es un organismo extraño a la función judicial la capacidad jurídica para iniciar ex officio los procesos penales y sustanciar la primera etapa del proceso penal, por lo que no podía ejercer la acción penal y al mismo tiempo iniciar el proceso penal; entonces se unió en una



sola persona la situación jurídica del sujeto activo del proceso, como fiscal - acusador y juez, como organizador del proceso penal en su primera etapa.

La razón por la cual se excluyó la acusación particular como un modo de ejercer la acción penal fue consecuencia de haber excluido al acusador particular como sujeto activo del proceso en la primera etapa del mismo, para relegarlo hasta el inicio de la instrucción fiscal, en cuya etapa se permite al ofendido presentar la acusación particular para que intervenga en las dos etapas posteriores del proceso, la etapa intermedia y la del juicio. Como es obvio, se le negó el derecho de estimular al fiscal, mediante acusación particular, para que inicie el proceso penal. La denuncia en esta forma ha quedado como el único modo de ejercer la acción penal.

En cuanto al objeto de la denuncia se debe tener en cuenta que éste es la relación de un hecho constitutivo de acción penal. El objeto de la denuncia es el hecho delictuoso. La denuncia no admite que en su contenido se haga la simple relación de un hecho cualesquiera, sino de un hecho que tenga características presumiblemente violatorias del ordenamiento jurídico, un hecho violento, antijurídico, en conclusión, que se trate de un hecho con las características de constituir un delito. Después se tiene que dicho hecho debe pertenecer al ámbito del ejercicio público de la acción, es decir, que no sea uno de los tipificados como delitos cuyo ejercicio sea de acción privada.

La razón de ser de la denuncia tiene sus orígenes en la política criminológica del Estado. El Estado considera que la conducta que violentan las normas jurídicas establecidas para organizar la vida del propio Estado y la de sus miembros debe ser sancionada para que la paz y la seguridad ciudadana sean los medios propicios para el desarrollo de las actividades sociales y particulares, para la convivencia pacífica y para la seguridad jurídica de las personas. La sanción a la conducta delictuosa es una medida que se impone en beneficio de la colectividad, pero para que todas las infracciones sean debidamente sancionadas es necesario que el órgano jurisdiccional conozca de la existencia de esas infracciones en el momento oportuno.



Para este fin se ha establecido el principio de que el denunciar la comisión de un delito, cuyo ejercicio es de acción pública, constituye un deber cívico, un deber del ciudadano que tiende a cooperar con esta obligación del Estado: Imponer las sanciones respectivas a los que han cometido infracciones. En nuestro sistema jurídico nacional, para el común de los ciudadanos, no se ha impuesto la obligación jurídica que tienen de denunciar la comisión de un delito; entendiéndose más bien que está circunscrito en el ámbito de un deber, de una acción cívica, que para la mayoría de personas esto les significa poco. Es por eso que existen muchos casos delictuosos que quedan en la impunidad, porque las personas que tienen noticia de ello, por miedo, por temor, y en muchas de las veces, por indiferencia, dejan de denunciar al órgano pertinente ese hecho delictuoso. Sostengo en esta perspectiva que la ley debe prever un mecanismo para que los ciudadanos denuncien los hechos delictuosos, bien por vía de obligación jurídica o por algún otro estímulo.

Para regular esas conductas de indiferencia, en otros países la regla general establecida es la obligación jurídica de denunciar en cuanto la persona conozca de la comisión de una infracción. En este punto, nuestros anteriores Códigos de Procedimiento Penal han tenido distintos pronunciamientos sobre este particular: Desde establecer la obligación jurídica que tiene el ciudadano de denunciar un hecho delictuoso hasta establecer la simple facultad de denunciar. El actual Código de Procedimiento Penal establece que denunciar es un deber cívico y no una obligación jurídica, en parte por la experiencia negativa del pasado, ya que jamás se sancionó la omisión de tal obligación. Como ya se tiene manifestado, se debería establecer la obligación jurídica de todo ciudadano de denunciar los hechos delictuosos que tengan como ejercicio la acción penal pública, y así mismo, se debe penalizar en debida forma la omisión de ésta obligación jurídica, para que los ciudadanos entendamos de una vez que debemos contribuir con el Estado en su misión de reprimir tales hechos y para contribuir a la paz social y a la consecución de sociedades más seguras y menos violentas. Cuando no se denuncia el sistema se debilita más de lo que está.

El artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, con respecto a la facultad que tienen los ciudadanos deponer en conocimiento del fiscal o la policía judicial la



comisión de un delito, dice al respecto: “La persona que conociere que se ha cometido un delito de acción pública, excepto aquella a quien la ley se lo prohíbe, puede presentar su denuncia ante el fiscal competente o ante la Policía Judicial”, con lo que se concluye que el denunciar es una facultad para los ciudadanos ecuatorianos.

Tomando como base, el deber cívico que tienen los ciudadanos de denunciar, el estado permite que cualquier persona nacional o extranjera, pueda hacer uso de la facultad de comunicar al juez competente la noticia del delito. Siendo un deber cívico que comprende a todos los habitantes del Estado en beneficio no solo de la sociedad en general sino también del propio individuo, no sería dable que se pusieran límites, por razones de nacionalidad, a la facultad de denunciar, al ejercicio de éste deber que tenemos los ciudadanos.

3.- Sujeto Activo y Destinatario.

Para establecer las necesarias diferencias entre sujeto activo y pasivo de la denuncia, hay que señalar que el sujeto pasivo es aquel que, siendo imputable, es acusado de la comisión de un delito cuyo ejercicio es de acción pública; en tanto que, el sujeto activo de la denuncia es la persona que tiene el conocimiento de la comisión del delito cuyo ejercicio es de acción pública y que pone en conocimiento de la autoridad competente.

Nuestro sistema procesal penal, para tratar todo lo relacionado con el sujeto activo de la denuncia, ha adoptado el sistema de la acusación popular para el juzgamiento de los delitos cuyo ejercicio es de acción pública, desde el momento en que permite que la denuncia pueda ser presentada por cualquier persona, sea o no ofendida con la comisión de un delito, salvando los casos en que estos delitos son de ejercicio de acción privada. Por tanto, si una persona conoce que se ha cometido un delito cuyo ejercicio de acción pública debe presentar la denuncia correspondiente. El proceso penal, una vez recibida la denuncia, se puede iniciar por parte del fiscal, señalando también que el fiscal puede iniciar el proceso penal sea que exista denuncia o sea de oficio.

El denunciante, al ejercer la acción penal, está ejerciendo una función pública ya que la finalidad de ese ejercicio es la de estimular al fiscal para que inicie el



proceso penal y a través de éste se haga efectivo el poder punitivo del Estado. No tiende, por lo general la voluntad del denunciante hacer efectivo un derecho personal, individual, como sucede con el demandante en el proceso civil. Cuando la ley señala que cualquier persona que tuviere conocimiento de la comisión de un delito presentará la denuncia, se está haciendo alusión a una capacidad genérica que tienen todas las personas para ser denunciadores y una aptitud específica que tiene una persona para presentarse como denunciante en un caso concreto, salvando los casos en que la ley hace excepción.

El acto de denunciar la comisión de un delito, cuyo ejercicio es de acción pública, no convierte al denunciante en parte procesal, pero si deberá responder por el contenido de la denuncia si esta tiene consecuencias jurídicas en su contra, aspecto que se pondrá de relieve más adelante cuando se trate de la situación jurídica del denunciante.

En cuanto al sujeto destinatario de la denuncia nuestra ley de procedimiento penal establece que, la denuncia se puede presentar ante el fiscal o ante la policía judicial.³⁰ Se entiende que se ha pretendido facilitar al denunciante la acción de poner en conocimiento la comisión de un delito en la forma más rápida posible, por lo que se ha hecho a la policía judicial como receptora de la denuncia, para que ésta comunique de inmediato al fiscal sobre la existencia de esa denuncia concreta.

En lo que tiene que ver específicamente al modo de proceder interno de la Fiscalía cuando ha recibido una denuncia, el reglamento de sorteos señala que las denuncias por delitos cuyo ejercicio es de acción pública se presentarán en las secretarías de las fiscalías del respectivo distrito, así con las secretarías de las Fiscalías cantonales, si éstas hubieren; o en las oficinas del agente fiscal del respectivo Cantón o en las oficinas del fiscal de turno. En el lugar donde hubieren más de dos fiscales las denuncias deberán sortearse para conocer cual de ellos es el que debe asumir el conocimiento y la sustanciación de la denuncia. Disposiciones reglamentarias que son limitadas frente a lo que prescribe el

³⁰ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL Art. 43



artículo 43 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que la denuncia no solo se puede presentar ante la fiscalía sino también ante la policía judicial.

El artículo 43 del Código en mención dice que cuando la denuncia se presente ante la policía judicial, se la debe remitir inmediatamente al Fiscal, único facultado para proceder a su reconocimiento, con la documentación correspondiente. Se aclara en este punto que la policía judicial, en relación con la denuncia, sólo tiene facultad de recepción, más no de resolución, salvaguardando la obligación que tiene de remitir la denuncia al Fiscal en cuanto la recibe. Si la denuncia hubiera sido acompañada de documentos, instrumentos, vestigios, etc. estos también deberán, ser enviados al fiscal, quién es el funcionario con capacidad para decidir y resolver sobre la denuncia y para ordenar la práctica de los actos previos a la aceptación de la misma, haciendo hincapié el artículo en mención, que a la policía judicial no le está permitido hacer ningún tipo de reconocimiento de la denuncia por parte del denunciante.

3.1 Personas que deben denunciar.

La regla general dice que cualquier persona o cualquier ciudadano que tenga conocimiento de la comisión de un delito, cuyo ejercicio sea de acción pública, lo debe poner en conocimiento de la autoridad respectiva, es decir, presentar la denuncia, ya sea por escrito o verbalmente, ante la Fiscalía o la Policía Judicial. Entendiendo que es un deber, una facultad del ciudadano, más no una obligación jurídica. A esta regla general la ley a puesto excepciones en el sentido de que ciertas personas, ya sea por su profesión o por la función que desempeñan tienen la obligación jurídica de denunciar la comisión de los delitos, cuyo ejercicio sea de acción pública.

El artículo 292 del Código de Procedimiento Penal, penaliza la omisión de ciertos funcionarios por el hecho de no denunciar la comisión de un delito, refiriéndose a todo funcionario o todo agente de policía que tenga conocimiento de la perpetración de un delito, cuya sanción es de prisión de quince días a seis meses. Se explica tal obligación jurídica en vista de que los funcionarios y agentes de policía están íntimamente ligados con la vida estatal y con la defensa de la



sociedad contra toda clase de factores que pueden ser nocivos, como es la delincuencia.

Esta idea tiene relación con que el funcionario o agente de policía, que justamente tienen la misión de averiguar y descubrir el cometimiento de las infracciones, se encuentren obligados a poner en conocimiento de la autoridad correspondiente la comisión de un delito.³¹

Así mismo existe otro grupo de profesionales, que en razón de sus funciones están obligados jurídicamente a denunciar los delitos, así lo prescribe el artículo 393 del Código Penal, que manifiesta: todo médico, cirujano, dentista, obstetrix, o cualquiera otra persona que, en el ejercicio de su profesión sanitaria al prestar servicios profesionales, descubrir un hecho que presenta caracteres de delito, aclarando a este respecto que dichos profesionales fuera de su ejercicio profesional no están obligados a denunciar el hecho delictuoso. A esta regla se opone la excepción de que el profesional médico, en el tratamiento del paciente no está obligado a denunciar si esto acarrea consecuencias penales ha dicho paciente. En relación con esta disposición está la ley contra la violencia a la mujer y la familia, que impone la obligación jurídica de denunciar a los agentes de la policía, de la Fiscalía y profesionales de la salud.

En el ámbito estrictamente militar como es el Código de Procedimiento Penal Militar, dispone que “los jefes, oficiales y demás funcionarios públicos militares están obligados a denunciar los delitos, especialmente los que dicen relación con el crimen de traición a la Patria, atentado contra la seguridad exterior del Estado y los que ponen en peligro la seguridad interna”.³²

3.2 Personas que no deben denunciar.

En este punto hay que tener en cuenta sobre lo que se ha dicho de la capacidad genérica y de la aptitud específica. La capacidad genérica encierra a la aptitud específica; se puede tener capacidad genérica pero no aptitud específica al

³¹ GERRERO VIVANCO, Walter, Ob. Cit. Pág. 120

³² Ibidem, Pág. 122



momento de presentar la denuncia, así, por ejemplo, un niño de siete años no tiene ni capacidad genérica ni aptitud específica para denunciar un delito. La doctrina llama a este tipo de capacidad legitimación.

En relación a la capacidad genérica y aptitud específica, el artículo 1489 del Código Civil manifiesta que toda persona es genéricamente capaz, a excepción de aquellas que la ley declara incapaces. En esta dirección el artículo 45 del Código Penal manifiesta que no podrán presentar denuncia en contra de los ascendientes y descendientes, los hermanos y los cónyuges, a excepción de los delitos previstos en la ley de protección a la mujer y la familia y cuando entre ofendido y procesado exista vínculo relacionado con dicha ley. Esta prohibición tiene su razón de ser en la intención de proteger la solidaridad del núcleo familiar, aunque ésta se haya deshecho a consecuencia de la infracción. Esta prohibición de denunciar a los parientes dice relación con el parentesco consanguíneo y no con el de afinidad.

El Código civil en su artículo 1490 manifiesta que son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, puesto que éstos son en primer lugar inimputables penalmente y por tanto también no pueden reconocer el contenido de su denuncia ni declarar juramentadamente si se encuentran o no emparentados con el denunciante.

Los dementes son aquellas personas que han perdido la facultad de razonar normalmente, aunque no hubiese sido declarada en interdicción. En el caso de que un demente haya presentado una denuncia, el funcionario está en la obligación de hacer la indagación previa para concluir si dicho acto constituye delito, y en este caso, aceptar la denuncia del incapaz e iniciar el proceso penal de oficio. Los impúberes son las personas que no han cumplido 14 años en el hombre y 12 años en la mujer, éstas personas podrán presentar la denuncia a través de su representante legal, es decir, su padre o madre, su tutor o curador. Los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, como bien se dice, aquel que padeciendo de sordera no se puede dar a entender por escrito, excepcionando a los que sí lo pueden hacer, que en este caso sí pueden presentar denuncia. Si el sordomudo que no puede hacerse entender por escrito quiere denunciar un delito, deberá hacerlo por medio de su representante legal.



En relación están los menores adultos, que en el ámbito penal se asimilan a las personas absolutamente incapaces y que por tanto deben valerse de sus representantes legales.

Un último grupo de personas que no deben denunciar son los médicos, cirujanos, farmacéutico, obstétricas, o cualquier otro profesional depositario de un secreto en razón de la profesión que ejerza, como los abogados; personas que en razón de su función se encuentran impedidos de revelar el secreto de su cliente aún en los casos de declarar en juicio, lo contrario, acarrea a éste tipo de profesionales sanciones con prisión.

4.- Contenido y responsabilidad de la Denuncia.

El artículo 50 del Código de procedimiento Penal establece los requisitos que debe reunir la denuncia. Los requisitos de la denuncia tal como lo presenta el artículo en mención tiene dos clases de requisitos formales a saber: Necesarios y contingentes. El primer inciso, relacionado con los requisitos formales necesarios, dice que la denuncia debe contener la descripción del hecho que se reconsidera infracción en forma clara y precisa, con la expresión del lugar y tiempo en que fue cometida. En cambio, en la parte final de dicho primer inciso, se establecen los requisitos contingentes que la denuncia, además, en cuanto fuere posible, contendrá como nombres y apellidos de los autores, cómplices y encubridores si se los conoce; así como los de las personas que presenciaron la infracción o pudieron tener conocimiento de ella; y todas las demás indicaciones circunstanciales que puedan conducir a la comprobación de la infracción.

La diferencia de los requisitos entre necesarios y contingentes es muy importante a la hora de consignar los requisitos de forma que debe reunir la denuncia, ya que los primeros se deben describir obligatoriamente y los segundos si las circunstancias así lo permiten.

El artículo en mención expresa que la denuncia debe contener la relación clara y precisa de la infracción, debiendo hacerse constar en ella el lugar y tiempo en que fue perpetrado. Al decir que la relación de los hechos debe ser clara y precisa, significa que el denunciante debe hacer constar todos los detalles que conozca sobre el hecho que se considera infracción y que es objeto de la denuncia. Debe



referirse el denunciante a los antecedentes mediatos e inmediatos del hecho, si es que los conoce; y las causas por las cuales conoce los hechos. Así mismo, debe referirse a la forma como se cometió la infracción, en el caso que hubiese sido testigo presencial de la misma; o a la forma como le narraron los hechos, con mención de dicha persona. También deben hacerse constar las circunstancias que se desarrollaron con posterioridad a la comisión del delito. Esto es lo que debe entenderse por relación clara y precisa de la infracción.

Se puede decir que la relación del hecho, materia de la infracción, debe ser tal que permita su análisis valorativo desde el punto de vista jurídico y, además, se debe considerar como el único requisito esencial de la denuncia, sin lo cual esta no podría perfeccionarse. Así mismo dentro de estos requisitos necesarios se debe hacer constar el lugar en que se cometió la infracción, requisito insalvable ya que puede llevar a la invalidez del proceso con respecto a la competencia.

Señala el primer inciso también, que la denuncia debe contener como requisito necesario la indicación de la fecha en que fue cometida la infracción que se denuncia. Es indudable que este requisito tiene menos importancia que el señalamiento del lugar en donde se cometió la infracción, pues aquel es importante en tanto fija la prescripción del ejercicio de la acción penal, mientras que el requisito de consignar el lugar tiene importancia en la medida que fija la competencia, que es un requisito necesario para la prosecución de la causa.

Señalar el modo, la manera como la infracción se cometió es también relevante dentro de los requisitos necesarios. El denunciante debe darle al fiscal la idea general del hecho en forma tal que, luego, el juez pueda concluir sí, en efecto, ese hecho es objetivamente constitutivo de infracción. La relación de los hechos objeto de la denuncia es un requisito esencial para la procedencia de la misma. El contenido, esto es el hecho mismo, lo que es constitutivo de la infracción, es el requisito formal necesario para la denuncia, pues, sin dicho requisito no procede este modo de ejercer la acción penal.

Los requisitos formales y contingentes de la denuncia, cuya omisión no obstaculiza su procedibilidad, son la determinación del instrumento con que se cometió la infracción, relatando las características del mismo si fuere posible.



Pero esa labor la debe cumplir el Fiscal y no le corresponde al denunciante; pues al Fiscal le corresponde hacer todas las averiguaciones con el objeto de hacer este tipo de determinaciones.

Debemos afirmar con toda claridad que no existe denuncia perfecta, pues ninguna se ajusta exactamente a los cánones ya indicados. Sin embargo de ello, si existe la denuncia perfecta, esta exige la pormenorización de detalles, ya en relación con la infracción que constituye su objeto, ya en relación con los culpables de la misma; ya, en fin, en relación con los testigos presenciales o referenciales del delito denunciado. Si esa clase de denuncias fueran exigidas necesariamente por el funcionario competente, no se podría admitir la mayoría de ellas, ya que en la práctica y como tenemos indicado la realidad impone ciertos acomodos.

Con respecto a la responsabilidad del denunciante me remito a lo que en extenso se hará en el acápite denominado situación jurídica del denunciante, toda vez que decir responsabilidad de la denuncia no es sino hacer alusión a la responsabilidad que tiene la persona que presenta la denuncia. No obstante, conviene hacer un adelanto de la significación de este tema.

Una vez ejercida la acción mediante la denuncia, el denunciante no queda vinculado al proceso penal que se inicie como consecuencia de la presentación de la denuncia, salvo el caso de tratarse de una denuncia maliciosa, o de una denuncia falsa, o de una temeraria; pues en cualquiera de esos casos el denunciante queda sujeto a la sanción penal, que por falsedad, malicia o temeridad, se hizo acreedor, y a la sanción civil que esto conlleva. Fuera de esta circunstancia el denunciante, de ser posible colabora con el Fiscal y ante el juez, ya para que declare, ya para que coadyuve en la práctica de algún acto procesal, pero en ninguno de esos casos la intervención del denunciante se la hace en calidad de parte procesal.

4.1 Reconocimiento de la Denuncia.

El reconocimiento de la denuncia es un acto que se debe practicar con intervención del fiscal ante quien le correspondió el conocimiento de la denuncia y del secretario. Dicho reconocimiento es un acto personal que hace el denunciante, sea que la denuncia haya sido directa, sea presentada por mandato



especial. En todo caso, el acto de reconocimiento no puede delegarse a otra persona, sino por la que presente la denuncia. En el caso que la hubiese presentado mediante procurador especial le corresponderá a éste reconocer la denuncia, pues es él quien ha redactado y escrito la misma.

El artículo 46 de nuestro Código de Procedimiento Penal dice: “El Fiscal ante quien se presente la denuncia hará que el autor la reconozca sin juramento, advirtiéndole sobre las responsabilidades penales y civiles originadas en la presentación de denuncias temerarias o maliciosas”.

Es un imperativo que quien presenta una denuncia sea plenamente identificado, siendo interés de la ley que el denunciante se identifique plenamente para no provocar confusiones en el futuro; para que también quede bien establecido en el proceso cual es el hecho que el denunciante considera infracción. En este sentido, el Fiscal no debe conformarse sólo con recibir la denuncia y examinar si ella contiene la relación de una infracción, sino que, debe solicitar al denunciante que, teniendo a la vista la denuncia, exprese si se trata de la misma que ha presentado previamente y si contiene los hechos tal cual los ha relatado originalmente.

El acto de reconocimiento de la denuncia es una oportunidad que le brinda la ley al denunciante para que rectifique o retire la denuncia que aún no está jurídicamente aceptada como un medio para ejercer la acción penal. Es bien claro entonces que la persona que presente una denuncia, en el momento de hacer reconocimiento de la misma, puede retirarla alegando distintos motivos, como que el hecho denunciado no es infracción o que las personas responsables de la misma ya no lo son.

En cuanto a que el reconocimiento de la denuncia se debe hacer sin juramento tiene su fundamento en el principio de que ninguna persona se puede auto imputar la comisión de un delito. Por eso es que la denuncia se reconoce sin juramento por cuanto podría constituir el medio a través del cual se vierta una injuria calumniosa y nadie puede ser obligado a declarar sobre un asunto que le pueda acarrear responsabilidad penal. Sin embargo, si bien es verdad que al denunciante no se le obliga a declarar bajo juramento por la posible



responsabilidad penal que pueda sobrevenir si su denuncia entraña una injuria calumniosa, no se encontraría exento de responsabilidad penal por el delito de falso testimonio en que incurriría si al reconocer sin juramento el contenido de la denuncia falta a sabiendas a la verdad, conforme lo tipifica el Código Penal.

Como se puede colegir, una de las más importantes consecuencias que se deriva de dicho acto es la responsabilidad que dicha situación le impone al denunciante. Si la denuncia es temeraria, el denunciante deberá responder por los perjuicios causados al denunciado; si es falsa o maliciosa el denunciante deberá responder por el delito cometido, es por eso que el Fiscal debe advertir a la persona que presenta la denuncia sobre las responsabilidades civiles y penales que adquiere desde el momento que reconozca el texto de la denuncia. Esta advertencia es de fundamental importancia y, por lo mismo, debe constar expresamente en el acta respectiva

En este mismo acto de reconocimiento de la denuncia, este debe declarar con juramento sobre el parentesco o relación marital que tiene con la persona denunciada; Es decir, el denunciante tiene que rendir una declaración juramentada sobre si es o no ascendiente o descendiente, hermano o cónyuge del denunciante, pues en caso afirmativo se desechará la denuncia. Ya anteriormente se ha dicho que el legislador prohíbe la presentación de denuncias dentro de este grupo de parientes, con el objeto de tutelar la unidad y solidaridad familiar. Esta prohibición se encuentra expresamente tipificada en el artículo 45 del Código de Procedimiento Penal, salvando los casos de denuncias por violencia intrafamiliar.

4.2 Situación Jurídica del Denunciante.

El artículo 51 del Código de Procedimiento Penal, expresamente manifiesta que el denunciante no será parte procesal, pero responderá en los casos de denuncia declarada como maliciosa o temeraria. Como tenemos dicho en reiteradas veces, la denuncia es una manifestación de conocimiento sobre la comisión de un hecho delictuoso, cuyo ejercicio es de acción penal pública, en la que solamente se aspira a comunicar al fiscal tal hecho. No existe en la denuncia un elemento volitivo, es decir, la manifestación de voluntad hacia un fin procesal cierto y



concreto, es por eso que el denunciante no queda vinculado al proceso, pues con el no se constituye relación procesal alguna, ni jurídica ni extra jurídica.

No obstante esta afirmación, la responsabilidad del denunciante le impone ciertas obligaciones y responsabilidades que no puede evitar desde el momento en que queda constituido como denunciante. En relación con el proceso el denunciante puede contribuir con el fiscal y con el juez a manera de testigo, manifestando la manera como llegó a su conocimiento la infracción y las demás circunstancias que deben ser aplicadas conforme así lo disponga el funcionario respectivo.

En relación con la situación jurídica del denunciante, esta tiene que ver con que si la denuncia se declara temeraria, el denunciante pasa a ser sujeto pasivo del proceso civil que se inicia para la liquidación de los perjuicios derivados de la temeridad; y si la denuncia es falsa o maliciosa el denunciante pasa a ser sujeto pasivo del proceso penal que se inicie, ya para juzgar la falsedad, ya para juzgar la malicia. Entre las responsabilidades que se derivan de la situación jurídica del denunciante, entonces, se encuentran las inherentes a los perjuicios por temeridad y a la sanción penal por malicia o falsedad que la ley señala para el que actúa imprudente o dolosamente en el momento de ejercer la facultad de denunciar.

La responsabilidad jurídica del denunciante, tiene su fundamento en la siguiente razón: es misión del Estado proteger a los habitantes del país en toda circunstancia para que no sean víctimas de la mala intención o de la imprudencia, de un malicioso o ligero denunciante. Por una parte, es de su interés de que todo delito sea oportunamente conocido por el órgano jurisdiccional para imponerle lo más rápidamente posible la sanción correspondiente, concediéndoles a todas las personas, salvo excepciones, la facultad de denunciar, en cambio por otra parte, el Estado tiene la obligación de proteger ciertos derechos de los habitantes del país que igualmente se refieren al mantenimiento del orden jurídico, a la tranquilidad y a la paz de la sociedad y del individuo, estableciendo ciertas garantías para estos fines, disponiendo que los ciudadanos no sean víctimas de la desaprensión o de la mala fe del denunciante. Estos dos principios fundamentales son la razón de ser de la responsabilidad jurídica del denunciante.



Es de destacar que el artículo 45 del Código de Procedimiento Penal se limita a decir sobre las consecuencias jurídicas al presentar una denuncia maliciosa y temeraria, pero omite referirse al caso de que la denuncia fuese falsa. Es necesario que la ley procesal penal se refiera a la denuncia falsa, ya que ésta se encuentra dispersa en el artículo 294 del Código Penal; pensamos que debe integrarse al mismo cuerpo legal, y referirse a la responsabilidad del denunciante en cuanto presente una denuncia falsa, maliciosa y temeraria. Como se sabe la denuncia no solo puede ser maliciosa o temeraria, sino que también puede ser falsa, lo que de igual manera acarrea al denunciante responsabilidad penal como si fuera declarada la denuncia maliciosa.

Una vez calificada la denuncia como temeraria genera el derecho del denunciado para demandar al denunciante el pago de daños y perjuicios que le ocasionó con el enjuiciamiento. Por otro lado si el denunciante ha actuado en forma dolosa, con designio de causar daño a sabiendas de que el hecho no se ha realizado o constituye delito, o que el denunciado no ha tenido participación en el mismo, el juez debe calificar esa denuncia como maliciosa. La calificación de la denuncia como maliciosa posibilita la acción de injuria calumniosa, tipificada y sancionada en el Código Penal, porque la denuncia constituye el instrumento a través del cual se vertió la falsa imputación del cometimiento de un delito. De igual forma en base de la sentencia condenatoria dictada en contra del denunciante, de acuerdo a las reglas generales, el afectado puede proponer la acción de liquidación y pago de los daños y perjuicios derivados del cometimiento del delito de injuria calumniosa, en juicio verbal sumario y ante el juez que conoció del proceso.

4.3 Publicidad de la Denuncia

La razón de ser de esta característica de la denuncia tiene que ver con que en el pasado el procedimiento Penal, en cuanto a la denuncia, estaba revestida de la tiranía de la reserva. Rezago de esas disposiciones las encontramos también en el sistema inquisitivo, en donde por sus características, hacía que la denuncia tuviera características de reserva. Una de sus características era su secretismo, es decir, la reserva que debían mantener los jueces sobre el contenido de ella. Ni el sindicado ni el defensor de éste tenían acceso a la denuncia. Pues se creía que el permitir que el denunciado conociera el contenido de la denuncia, era perjudicar



tanto a la causa pública como a la administración de justicia, y sólo cuando ya se habían practicado todos los actos probatorios, con comprobación de la existencia de la infracción y la responsabilidad del imputado, entonces se le hacía saber de la denuncia y del proceso ya iniciado en su contra, sin mayores posibilidades de defenderse en igualdad de condiciones respecto del enorme aparato estatal. Reaccionando en contra de ese tipo de reservas en nuestro Código de Procedimiento actual, artículo 44, manifiesta que la denuncia será pública.

En efecto, no existe acto procesal, no existe etapa procesal que no sea pública. El secretismo no es característico del proceso penal ecuatoriano, esa es la razón por la que el artículo que ocupa este comentario, en forma precisa, expresa que la denuncia será pública, sin excepción alguna. La ley no permite que se oculte la noticia del delito, sino que sea conocida oportunamente por los interesados. Sobre la publicidad de la denuncia mucho se ha discutido entre los tratadistas, unos justificando y defendiendo dicha publicidad, otros, por el contrario, sosteniendo que es peligroso para los ciudadanos mantener una disposición con ese contenido.

Al respecto y tomando posesión sobre el asunto pensamos que la publicidad de la denuncia, que respete la integridad moral del imputado, de los testigos, del juez, etc. es la que garantiza la seriedad del proceso penal. Naturalmente que no se trata de la publicidad – escándalo, en donde el que informa se cree con derecho a mentir, a calumniar, a distorsionar la verdad, a inventar versiones, a difamar al denunciado y sus familiares, a instigar al pueblo contra el denunciado y sus defensores, a sabiendas de lo que manifiesta es falso. Eso jamás puede constituir una publicidad necesaria y útil para el proceso penal. Cuando apostamos por una publicidad medida y dentro del derecho de los demás se está precautelando la presunción de inocencia y de conservación de la buena reputación de la persona denunciada. Pues, es tan negativo que se oculte al denunciado el contenido de la denuncia como que se haga de ésta la oportunidad para difamar.

Cuando la ley habla de que la denuncia será pública se refiere a que puede ser conocida por todas aquellas personas que, como sujetos procesales del proceso penal tienen interés en el contenido de la misma, o que por necesidad de cooperar con el órgano jurisdiccional, tienen que conocer el texto de la denuncia,



como pueden ser testigos, peritos, secretarios, etc. Pero esta denuncia no debe ser conocida por otras personas, pues éstas pueden hacer mal uso de la misma, para difamar al denunciado o presionar sobre el testigo, o sobre los peritos, o sobre el juez mismo, a fin de que se pronuncien en el sentido que crean mejor a sus intereses.

Fundamentalmente, la denuncia debe ser limitadamente pública en base de la garantía constitucional que protege el derecho de inocencia, la buena reputación y la fama de toda persona. Pues parece haber una contradicción en lo que, por un lado, el Estado establezca el derecho de toda persona para ser considerado inocente mientras no se pruebe conforme a las leyes su culpabilidad penal y el derecho de todo hombre de conservar su reputación y buena fama y, por otro lado, permita que una persona que se encuentra en la situación jurídica de sospechosa o de procesada, sea colocada en la picota pública que es la publicidad incontrolada, para que caiga sobre ella el escarnio y la indignidad, marcando un estigma personal con secuelas sociales imborrables y de amplia repercusión, que también se extiende a la familia, cuyos miembros reciben así una sanción social infamante sin que hayan tenido intervención en el supuesto delito.

Por estas razones, para salvar derechos fundamentales como el de presunción de inocencia, la publicidad de la denuncia debe ser limitada a todo público, a fin de precautelar el derecho del procesado y de su respectiva familia y para no dar ocasión a los que viven del escándalo y de la tragedia ajena.

En conclusión, cuando el artículo en mención expresa que la denuncia será pública, quiere decir que podrá ser conocida por todas aquellas personas que, de manera principal o secundaria, deben intervenir en el desarrollo de la investigación preprocesal y procesal.



CONCLUSIONES

Ante las ofensas recibidas como consecuencia de la comisión de un delito, el ofendido y sus familiares tenían el derecho de la venganza privada; respuesta al delito que no conocía límites, por lo general instintiva y desproporcionada. Historia ésta que se mantiene hasta que el Estado toma para sí el poder de penar mediante un proceso penal implementado por el órgano jurisdiccional penal, proceso de administración de justicia en el que tiene fundamental importancia la Acción Penal.

La Acción Penal se inscribe dentro del concepto genérico de Acción, concepto éste que ha tenido gran despliegue doctrinario, desde los que conceptualizan a la Acción como elemento del Derecho, o como un derecho autónomo que se concede a la persona para poder accionar, o como un derecho potestativo dentro de los mismos términos, hasta aquellos que sostienen que la Acción tiene una función procesal, estableciendo las diferencias entre la composición de la litis y el proceso.

Circunscrita la Acción Penal dentro del gran concepto de la Acción y su andadura por los caminos de la doctrina, se establece, que ésta es la facultad concedida por el Estado al ciudadano para estimular al órgano jurisdiccional penal para restablecer el ordenamiento jurídico lesionado mediante un proceso penal.

El ejercicio de la Acción Penal Pública, tal como estipula nuestra legislación procesal penal, es pública y privada, haciendo particular interés en dejar establecido que no es que la acción sea pública y privada, sino su ejercicio, ya que la acción por su naturaleza es siempre pública. En este ejercicio se distinguen perfectamente los límites y alcances de la Acción Penal en relación con otra institución jurídica con la que se pueden llegar a confundir, como es la pretensión, que es la intención de la imposición de la pena como consecuencia de la infracción.

La Denuncia es la manifestación de conocimiento sobre la comisión de un delito cuyo ejercicio sea de acción pública que una persona hace ante la Fiscalía o ante la Policía judicial, para que se inicie la Acción Penal correspondiente. Mediante ésta se concretiza y se hace efectiva la facultad que tiene la persona de requerir



al órgano jurisdiccional para que inicie el proceso penal por la comisión de un delito.

La facultad que tiene cualquier persona de presentar una denuncia sobre un hecho presumiblemente delictuoso, no lo vincula con el proceso; pero sí con una ulterior responsabilidad jurídica sobre temeridad o malicia, en el caso de ser declarada así. Esto no significa, de ninguna manera, poner limitaciones a esta facultad, sino promover la responsabilidad al respecto e incentivar el deber cívico de denunciar.



BIBLIOGRAFÍA

- ✓ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo II, Edit. Edino, Guayaquil, Ecuador, 2004.
- ✓ VACA ANDRADE, Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal, cuarta edición, Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, 2009.
- ✓ LLORE MOSQUERA, Víctor, Compendio de Derecho Procesal Penal, segunda edición, Edit. Talleres Gráficos de la Universidad de Cuenca, Cuenca, Ecuador, 1964.
- ✓ LEONE, Giovanni, Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1963.
- ✓ GUERRERO VIVANCO, Walter, Derecho Procesal Penal: La Acción Penal, segunda edición, impreso en el departamento de publicaciones de la Universidad Nacional de Loja, Loja, Ecuador, 1989.
- ✓ FLORIAN, Eugene, Elementos de Derecho Procesal Penal, Vol. I, Edit. Jurídica Universitaria S.A. Ciudad de México, México, 2001.
- ✓ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo VI, edit. Bris Kill S.A. Buenos Aires, Argentina, 1979.
- ✓ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 2008,
- ✓ CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Quito, enero del 2000.
- ✓ CABANELLAS, Guillermo, DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL, Tomo III, 27a edición, Edit. Heliasta SRL, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- ✓ ARROYO, Lenin, VICTIMOLOGIA: Una visión desde el saber penal-criminológico a la afirmación científica de la imputación objetiva, Arroyo ediciones, Manta-Ecuador, 2006.



- ✓ ALSINA, Hugo, Fundamentos de Derecho Procesal, Vol. IV, Edit. Jurídica Universitaria S.A. Ciudad de Mexico, México, 2001.