

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

MAESTRÍA EN DERECHO

**EL EJERCICIO PRIVADO DE LA ACCIÓN PENAL Y EL
Tema: GARANTISMO PROCESAL EN EL CÓDIGO ORGÁNICO
INTEGRAL PENAL**

Trabajo de Titulación modalidad Proyecto de Desarrollo Previo a la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Mención Derecho Penal y Procesal Penal

Autor: Doctor Fernando Eduardo Paredes Fuertes

Directora: Doctora María Gabriela Acosta Morales Magíster

Ambato – Ecuador

2020

A la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato.

El Tribunal receptor del Trabajo de Titulación, presidido por el Doctor Ángel Patricio Poaquiza Poaquiza Magíster, Presidente y Miembro de Tribunal e integrado por los señores: Abogado Juan Pablo Montero Solano Magíster, Doctor Klever Alonso Pazmiño Vargas Magíster, Miembros de Tribunal designados por la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato, para receptor el Trabajo de Titulación con el tema: **“EL EJERCICIO PRIVADO DE LA ACCIÓN PENAL Y EL GARANTISMO PROCESAL EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”**, elaborado y presentado por el señor Doctor Fernando Eduardo Paredes Fuertes, para optar por el Grado Académico de Magíster en Derecho Mención Derecho Penal y Procesal Penal; una vez escuchada la defensa oral del Trabajo de Titulación el Tribunal aprueba y remite el trabajo para uso y custodia en las bibliotecas de la UTA.



**Dr. Ángel Patricio Poaquiza Poaquiza Mg.
Presidente y Miembro del Tribunal**



**Ab. Juan Pablo Montero Solano Mg.
Miembro del Tribunal**

**Dr. Klever Alonso Pazmiño Vargas Mg.
Miembro del Tribunal**

AUTORIA DEL TRABAJO DE TITULACION

La responsabilidad de las opiniones, comentarios y criticas emitidas en el Trabajo de Titulación presentado con el tema: **EL EJERCICIO PRIVADO DE LA ACCION PENAL Y EL GARANTISMO PROCESAL EN EL CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL**, que corresponde exclusivamente a: Doctor Fernando Eduardo Paredes Fuertes Autor bajo la Dirección de la Doctora María Gabriela Acosta Morales Magister. Directora del Trabajo de Titulación; y el patrimonio intelectual a la Universidad Técnica de Ambato.



Dr. Fernando Eduardo Paredes Fuertes

CI.: 1803107125

AUTOR



Firmado electrónicamente por:

**MARIA GABRIELA
ACOSTA MORALES**

Dra. María Gabriela Acosta Morales, Mg.

CI.: 1803141538

DIRECTORA

DERECHOS DE AUTOR

Autorizo a la Universidad Técnica de Ambato, para que el Trabajo de Titulación, sirva como un documento disponible para su lectura, consulta y procesos de investigación, según las normas de la Institución.

Cedo los Derechos de mi Trabajo de Titulación, con fines de difusión pública, además apruebo la reproducción de este, dentro de las regulaciones de la Universidad.



Dr. Fernando Eduardo Paredes Fuertes

CI.: 1803107125

INDICE GENERAL DE CONTENIDOS

PORTADA.....	i
A la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato	ii
Autoria Del Trabajo De Titulacion	iii
Derechos De Autor	iv
Indice General De Contenidos	v
Índice De Graficos	viii
Indice De Cuadros.....	ix
Dedicatoria.....	x
Agradecimiento.....	xi
Resumen Ejecutivo	xii
Executive Summary	xiv
INTRODUCCIÓN	1
1. CAPITULO I	4
1.1. Justificación	4
2. CAPITULO II.....	6
2.1 Estado del Arte.....	6
2.1.2 Tema: El debido proceso y la tutela judicial efectiva	6
2.2.2. Tema: Expansión de los derechos de las víctimas en el proceso penal mexicano: entre la demagogia y la impunidad	6
2.2.3. Tema: La Acción Penal Privada y la afectación de derechos fundamentales	10
2.3. Fundamentación Filosófica	11
2.4. Fundamentación legal	12
2.5. Categorías fundamentales	13
2.5.1. Constelación de Ideas: Variable Independiente	14
2.5.2. Constelación de Ideas: Variable Dependiente.....	15
2.6. EL DERECHO PROCESAL PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS	16
2.7. LA ACCIÓN PENAL Y LOS PRINCIPIOS PROCESALES	18
2.7.1. Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en el Ejercicio privado de la acción Penal	20
2.7.2. Derecho al Debido Proceso en el Ejercicio Privado de la acción Penal.....	21
2.8. EJERCICIO PRIVADO DE LA ACCIÓN PENAL	23
2.8.1. El Bien Jurídico Protegido y el Ius puniendi del Estado.....	25
2.8.2. Los Delitos de Acción Privada.....	27
2.9. GARANTISMO PROCESAL.....	31

2.9.1. El ejercicio procesal de la acción privada.....	33
2.9.1.1. El Delito de Calumnia.....	33
Tipicidad del delito de Calumnia	35
2.9.1.2.El Delito de Usurpación.....	36
Tipicidad del delito de Usurpación	37
2.9.1.3. El Delito de Estupro.....	38
Tipicidad del delito de Estupro	39
2.9.1.4. El Delito de Lesiones	40
Tipicidad del delito de Lesiones Menos graves	41
2.10. Garantía y eficacia en el proceso Penal	42
2.10.1.La Querella en el Ejercicio Privado de la Acción penal	43
Requisitos de la Querella y la Admisibilidad.....	43
2.10.2. Medidas cautelares en el Ejercicio privado de la Acción penal.....	44
2.10.3. Comparecencia del querrelado a la audiencia de juzgamiento.....	44
2.11. La Malicia y la Temeridad en el Ejercicio Privado de la Acción Penal.....	46
2.11.1. Prescripción y extinción la Acción Penal en el Ejercicio privado	47
2.12. Objetivos	49
2.12.1. General	49
2.12.2 Específicos	49
3. CAPITULO III.....	50
3.1. Metodología	50
3.1.1Enfoque	50
3.2. Modalidad básica de la investigación	50
3.2.1. Nivel o tipo de investigación	51
3.2.1.1. Descriptivo.....	51
3.2.1.2. Explicativo.....	51
3.2.1.3. Correlacional.....	51
3.3. Población y Muestra	52
3.4. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.....	53
3.5. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES	54
3.6. Técnicas e Instrumentos	55
Encuesta.....	55
Plan de Recolección e Información.....	55
Procesamiento y análisis.....	56
3.7. PREGUNTA DIRECTRIZ O IDEA CENTRAL.....	56
4.3. Análisis de Resultados	66
5.- CAPÍTULO V.....	72

5.1. Conclusiones	72
5.2. Recomendaciones	73
6. BIBLIOGRAFÍA	75
7. ANEXOS	76

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico No. 01: Árbol del Problema.....	13
Grafico No. 02 : Constelación de Ideas VI	14
Grafico No. 03 : Constelación de Ideas VD.....	15
Gráfico No. 04 : Análisis e Interpretación: Directriz No 01	67
Gráfico No. 05 : Análisis e Interpretación: Directriz No 02	69
Gráfico No. 06 : Análisis e Interpretación: Directriz No 03	70

ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro No. 01: Operacionalización V.D.: El Ejercicio Privado de la Acción Penal	53
Cuadro No. 02: Operacionalización V.I.: Garantismo Procesal	54
Cuadro No. 03: Recolección de información	55
Cuadro No. 04: Mapa Estadístico de causas penales	57
Cuadro No. 05: Entrevista No.01	58
Cuadro No. 06: Entrevista No.02	59
Cuadro No. 07: Entrevista No.03	61
Cuadro No. 08: Entrevista No.04	63
Cuadro No. 09: Entrevista No.05	65
Cuadro No. 10: Análisis e interpretación: Pregunta directriz 1.	66
Cuadro No. 11: Análisis e interpretación: Pregunta directriz 2.	68
Cuadro No. 12: Análisis e interpretación: Pregunta directriz 3.	69

DEDICATORIA

Dedico este trabajo de investigación, en primer lugar a Dios, quien en su divinidad me ha acompañado, guiado y ha generado en mi un sendero por el cual caminaré con rectitud y honorabilidad en el ejercicio de mis actividades profesionales.

En segundo lugar lo dedico a mis padres que gracias a Dios los tengo con vida y aún puedo disfrutar de su consejo y sabiduría; de igual manera a mi hermana y a mi hijo quienes han soportado mi ausencia y han sido mi apoyo constante en este largo trayecto.

Y por último se lo dedico a mis hijas, quiénes a pesar de su ausencia, me dan fuerzas para seguir adelante y ser un ejemplo en el trayecto de su vida.

Fernando P.

AGRADECIMIENTO

Agradezco, a todos mis maestros quienes con su conocimiento han generado en mi nuevos y fructíferos horizontes en al campo del saber del Derecho. De manera especial a mi tutora quién ha guiado con su experiencia y su alto grado de conocimiento a más de su don de gente mi trabajo de investigación.

De la misma manera, agradezco a mis amigos, compañeros y cómplices de aula con los cuales he compartido inolvidables momentos de diversión, así como de los cuales he nutrido mi conocimiento con sus experiencias y profesionalismo. Y de manera especial aquella amiga, pareja que ha compartido la misma banca de clase y ha sido parte de un logro y un sueño más en mi vida.

Fernando P.

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO

TEMA:

EL EJERCICIO PRIVADO DE LA ACCIÓN PENAL Y EL GARANTISMO
PROCESAL EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

AUTOR: Doctor Fernando Eduardo Paredes Fuertes

DIRECTORA: Doctora María Gabriela Acosta Morales Magíster

FECHA: 10 de febrero del 2020

RESUMEN EJECUTIVO

La presente investigación, tiene como objetivo, profundizar en el estudio del ejercicio privado de la acción penal. El procedimiento tanto como su aplicabilidad en el ejercicio y más aún su conexión directa con el garantismo procesal, como una figura nueva de la dogmática penal que consiste en establecer los parámetros internacionales tanto como constitucionales del derecho del debido proceso y del actor y procesado en la palestra del sistema procesal. Los métodos cuantificables para llegar a determinar una consolidación exacta de valores que permitan criticar, analizar y proyectar conclusiones han sido desarrollados mediante datos estadísticos de causas ingresadas en el último año tanto en delitos de acción pública como privada, así mismo se ha podido cualificar su aplicación en el garantismo procesal, analizando y aplicando encuestas a profesionales probos en el ejercicio, los mismos que han emitido su criterio en cuanto a las garantías del derecho a la defensa, medidas cautelares y juzgamiento en ausencia. Asimismo, se analizó las formas de extinguir el ejercicio privado de la acción como una forma de hacer efectivas las pretensiones de las partes, así como aquellos delitos existentes en el marco legal ecuatoriano como delitos de Acción privada en una comparativa a normas extranjeras que contienen una amplia gama de delitos privados que podrían ser incluidos en nuestro sistema penal. El olvido del cuerpo legislativo tanto como la demasiada injerencia del Estado ha provocado la inexistencia de reformas de garanticen un efectivo proceso de la acción privada,

consecuentemente, la escasa aplicación de el mismo acaece en la vulneración al garantismo procesal al igual que al gasto presupuestario innecesario y congestión procesal. Por lo tanto, las reformas son necesarias en pro del mejoramiento del procedimiento privado de la acción, así como la efectivización de las garantías procesales al amparo de una correcta aplicación de justicia penal.

Descriptor: Acción Penal, Comparecencia a juicio, Debido Proceso, Derecho a la defensa, Extinción de la acción, Garantías Penales, Garantismo Penal, Juzgamiento en ausencia. Medidas Cautelares, Tutela judicial.

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO

THEME:

**THE PRIVATE EXERCISE OF THE CRIMINAL ACTION AND
PROCEDURAL GUARANTEE IN THE CRIMINAL ORGANIC INTEGRAL
CODE**

AUTHOR: Doctor Fernando Eduardo Paredes Fuertes

DIRECTED BY: Doctora María Gabriela Acosta Morales Magíster

DATE: February 10th, 2020.

EXECUTIVE SUMMARY

The purpose of this investigation is to deepen the study of the private exercise of criminal action. The procedure as much as its applicability in the exercise and even more its direct connection with the procedural guarantee, as a new figure of the criminal dogmatic that consists in establishing the international parameters as well as constitutional of the right of due process and of the victim and processed in the palestra of the procedural system. The quantifiable methods to determine an exact consolidation of values that allow criticizing, analyzing and projecting conclusions have been developed through statistical data of the causes entered in the last year in both public and private action crimes, and its application has been qualified in the procedural guarantee, analyzing and applying surveys to professional, the same ones that have issued their criteria regarding the guarantees of the right to defense, precautionary measures and judging in absence. Likewise, we analyzed the ways to extinguish the private exercise of the action as a way to enforce the claims of the parties, as well as those crimes existing in the Ecuadorian legal as crimes of private action in a comparison to foreign standards that contain a wide range of private crimes that could be included in our criminal system. The forgetting of the legislative body as well as the excessive interference of the State has caused the non-existence of reforms to guarantee an effective process of private action, consequently, the low application

of it produces the violation of procedural guarantees as well as unnecessary budgetary spending and procedural congestion. Therefore, the reforms are necessary for the improvement of the private procedure of the action, as well as the effectiveness of the procedural guarantees under the protection of a correct application of criminal justice.

Keywords: Criminal Action, Appearance, Due Process, Right to Defense, Extinction of Action, Criminal Guarantees, Criminal Guarantee, Absentee Judgeship, Precautionary Measures, Judicial Guardianship.

INTRODUCCIÓN

La acción penal se establece en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) en el Art. 409 que en forma textual ampara *“que la acción penal es de carácter público”*; Así para establecer el ejercicio de la misma interviene la jurisdicción y competencia establecida en la ley, con el fin de efectivizar la aplicación del principio de tutela judicial efectiva establecida bajo parámetros constitucionales y que de forma coherente le corresponde al Estado; el ejercicio de la acción puede ser de carácter público o privado, según el tipo penal que puede causar interés o conmoción, estos términos juegan un papel fundamental en el ejercicio de la acción, ya que los cuerpos legales se preceptúan ya delitos que se ubican en el ejercicio privado de la acción penal. Los límites objetivos de la presente investigación se enmarcan en el análisis de dos puntos fundamentales, como a) El derecho a la defensa, tanto de la víctima como del procesado, en el cual se incluye el tiempo para la emisión de prueba y el juzgamiento en ausencia del querellado, y b) La pertinencia de los delitos establecidos en el COIP.

El ejercicio privado de la acción penal es un procedimiento establecido para los delitos de calumnia, usurpación, estupro y lesiones con incapacidad de hasta treinta días; estos delitos son conocidos por un juez mediante una querrela, por consiguiente, no interviene el ministerio público, ya que se consideran de interés privado y consecuentemente son susceptibles a una extinción mediante una remisión, renuncia libre y voluntaria, desistimiento o transacción. La tutela judicial efectiva que brinda el Estado tanto para la víctima como para el procesado deben estar inmersos en el garantismo procesal, que no es más que la parte constitutiva de los derechos de los sujetos procesales establecidos en la Constitución y en el Código Orgánico Integral Penal, y en tratados y convenios internacionales que tiene como finalidad efectivizar de forma objetiva la administración de justicia y el respeto a los derechos humanos.

Por otro lado, la pena como una forma de resarcir a la sociedad el daño ocasionado, se ha convertido en un eje de discusión, en este sentido el garantismo jurídico se manifiesta como *“...un rasgo funcional del estado de derecho”* (Ferrajoli, 2005),

consecuentemente este rasgo de funcionalidad no es óptimo, si no está efectivizado el principio de legalidad en el sentido de aplicación de justicia procesal descrita necesariamente en la carta fundamental del Estado. En consecuencia la pena está establecida en cada uno de los tipos penales y bajo el principio de legalidad es aquella que debe ejecutarse bajo un juicio justo, en el cual efectivamente se debe respetar las garantías procesales de las partes. Bajo este sentido se puede comprender que el garantismo procesal es aquella norma que se activa de manera constante cuando se produce la afectación al bien jurídico protegido, mediante un proceso penal, que debe ser tutelado por el órgano jurisdiccional que es parte del Estado y garantiza la aplicación procesal de las normas de manera inequívoca. Por lo tanto a pesar de que la pena privativa de la libertad se ha convertido en la generalidad para los delitos, esta debe evolucionar y dar paso a un resarcimiento que verdaderamente generen un cambio social, aplicando el garantismo como una forma de permitir a las partes otras formas de subsanar el daño y resarcir el perjuicio ocasionado evitando en lo posible la pena o dejándola como una última forma de resarcir el daño especialmente en delitos en los cuales el bien jurídico afectado no responde a la integridad del ser humano.

Como ya se mencionó en párrafos anteriores, el ejercicio privado de la acción penal esta normado para 4 tipos penales y considerando su extensa tipificación subjetiva , se debe analizar una posible inclusión de otros delitos, ya que al tramitarse por una vía privada se podría descongestionar el aparataje judicial y por lo tanto recurrir a causas que conllevan una grave conmoción social. De igual manera el estudio del procedimiento en los delitos de acción privada, deben estar garantizados por los derechos tutelares establecidos en la normativa interna y externa, de esta manera el derecho a la defensa juega un papel fundamental en las aristas de todo proceso ya que debe ser optimo oportuno y sin dilataciones, y las partes contar con el tiempo necesario para aportar sus elementos de prueba, tanto como a ejercer su derecho a la defensa en presencia.

En consecuencia, el ejercicio privado de la acción penal merece ser estudiado, ya que desde la perspectiva académica será de interés analizar el proceso, los delitos de aplicación y el derecho a la defensa como parámetros del garantismo procesal.

1. CAPITULO I

1.1. Justificación

La presente investigación es *pertinente* porque se ajusta a las línea de investigación de Derecho Penal propuesta por la carrera de Derecho de la Universidad Técnica de Ambato, de igual manera se encuentra en el área de la dogmática del Derecho, por lo tanto el estudio del proceso en el ejercicio privado de la acción penal y su connotación en el garantismo procesal es considerado un tema relevante en el área de estudio de las ciencias jurídicas.

El tema en estudio representa *interés*, puesto que él mismo nace desde la esfera práctica y a su vez doctrinaria, en la cual se puede analizar y discutir la pertinencia en la privatización de la justicia penal en aquellos delitos que no causan conmoción y que por su naturaleza de bajo impacto podrían perseguirse bajo una acción diferente a la ordinaria, el bien jurídico protegido y el interés público que debe ser tutelado por el Estado, y su repercusión sociológica en la compensación del daño. Por lo tanto, el *beneficio* para la academia, la sociedad y la administración de justicia, tanto como las personas inmersas en un proceso, es evidente en el presente estudio.

El estudio es *importante* porque pretende debatir y analizar los problemas que ocasiona el exceso de participación del Estado, en las esferas de la Administración de justicia afectando las pretensiones de las partes procesales, es fundamental buscar respuestas a la congestión procesal, a la persecución de delitos en los cuales se necesita medios alternativos que subsanen el agravio de manera distinta a la aplicación de penas que resultan innecesarias.

Asimismo, el *aporte* dogmático al estado del arte, será relevante y original, pues si bien existe varios temas similares la presente investigación pretende aportar nuevos paradigmas de estudio en el campo penal y procesal penal, ya que los análisis de las variables propuestas producen varios problemas que deben ser tratados y analizados en procura de subsanar las falencias del sistema, y que provocan la vulneración a derechos fundamentales en los intervinientes en un proceso penal.

Consecuentemente, el tema de estudio es *viable*, pues se cuenta con los conocimientos en el área de estudio tanto como en las fases de investigación a ser aplicadas para obtener los resultados deseados, al igual se cuenta con profesionales que aportarán su criterio técnico y jurídico en el tema de estudio, y por último se cuenta con los recursos económicos y bibliográficos que darán sustento y validez a la presente investigación.

2. CAPITULO II

2.1 Estado del Arte

2.1.2 Tema: *El debido proceso y la tutela judicial efectiva*

Autor: *Laura García Leal*

Año: 2003

Conclusión: El debido proceso es una noción compleja de la cual pueden visualizarse dos dimensiones: Una procesal y otra sustancial, sustantiva o material. La dimensión procesal es aquella que engloba las instituciones jurídicas necesarias para obtener un proceso formalmente válido, por ejemplo, juez natural, derecho de defensa, cosa juzgada, derecho a probar, la prohibición de la reforma en peor, etcétera. Por otra parte, nos encontramos con la dimensión sustancial del debido proceso, la cual se vincula directamente con el principio de razonabilidad y proporcionalidad de los actos de poder, los que determinan la prohibición de cualquier decisión arbitraria, sin importar si ésta fue emitida dentro o fuera de un proceso o procedimiento formalmente válido. Al estudiar el contenido y alcance del derecho al debido proceso en Venezuela, puede observarse que nuestro Máximo Tribunal no ha recorrido las sendas de la noción de debido proceso sustantiva y se ha conformado con precisar que se trata de un derecho complejo que encierra dentro de sí, un conjunto de garantías que se traducen en una diversidad de derechos para el procesado, entre los que figuran, el derecho a acceder a la justicia, el derecho a ser oído, el derecho a la articulación de un proceso debido, derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, derecho a la ejecución de las sentencias, entre otros. Igualmente, afirma la necesidad del debido proceso como instrumento que garantiza el derecho a la defensa y posibilita la tutela judicial efectiva.

ISSN: 1315-6268

2.2.2. Tema: *Expansión de los derechos de las víctimas en el proceso penal mexicano: entre la demagogia y la impunidad*

Autor: Eduardo López Betancourt · Roberto Carlos Fonseca Luján

Año: 2016

Conclusión: Tras la consolidación de la carta de derechos de los imputados y acusados en el proceso penal, durante la segunda mitad del siglo XX, con pilares como los derechos al proceso equitativo con todas las garantías, a la presunción de inocencia y a la debida defensa, el siglo XXI se muestra como el tiempo de la consolidación de la carta de derechos de las víctimas. La víctima ha conquistado un puesto relevante en el ámbito del sistema penal, y dejado atrás la situación de abandono y relegación padecida en décadas pasadas. Ahora es titular de un catálogo propio de derechos, que abarcan dos ámbitos principales: derechos procesales, que le asisten en su desempeño como parte dentro del marco del proceso penal, y derechos extraprocesales, que son formas de asistencia y protección dirigidas a aminorar las consecuencias perniciosas del delito. En países como México, se está dando una equiparación entre el estatus de la víctima de un delito con la víctima de una violación a un derecho humano, lo cual conduce, entre otras circunstancias novedosas, al reconocimiento de nuevos derechos para la víctima de un delito que, de alguna manera, pretenden garantizarle ciertos resultados al final del proceso penal. Se trata del derecho a la verdad, es decir, a conocer los elementos fácticos del hecho sucedido; el derecho a la justicia material, entendido como auténtico derecho a la investigación, persecución y sanción del responsable, de modo que no haya impunidad, y el derecho a la reparación integral, que incluye, además de la tradicional compensación económica, diversos rubros de índole moral y simbólico. Estos nuevos derechos plantean retos importantes para el Derecho Penal y Procesal. El asunto es su garantía: cómo regularlos para que sean realmente efectivos y no se queden solo en palabrería que se aprovecha de los reclamos de la víctima, pero sin darles adecuado cauce. Además, cómo garantizar esos derechos sin que se hagan pasar como medidas que supongan recortes a derechos del acusado, ni exijan el abandono de principios para su protección como la presunción de inocencia y la debida defensa, cuyo desarrollo se ha reclamado por centurias. Sobre esos derechos del acusado no puede haber regresividad, pues no se oponen a los derechos de la víctima, sino a la histórica arbitrariedad de los poderes públicos. El derecho a la defensa, junto con el derecho a la presunción de inocencia, son los pilares estructurales del proceso penal como hoy es conocido en el horizonte cultural iberoamericano, y no pueden adelgazarse sin riesgo de que toda la estructura se

venga abajo. No obstante, se admite que si bien el diseño original del proceso penal equitativo se ha dirigido a la protección del acusado frente a los efectos del proceso penal en su persona y derechos, no hay óbice para que las garantías del proceso justo se extiendan a la víctima en lo que resulte compatible con su posición. De esta forma, el proceso justo puede concebirse hoy como un escenario de igualdad de armas, en el cual queda proscrita cualquier preferencia en el trámite procesal hacia alguna de las partes, que suponga dejar en indefensión a la contraria. En el marco del proceso justo, los derechos de la víctima y los del imputado pueden armonizarse para su ejercicio de forma equilibrada, de suerte que permitan a cada uno cumplir su papel y seguir las reglas de este juego equitativo. Sin embargo, existen ciertos renglones en los cuales se plantean inquietudes, sobre si en el fondo realmente puede alcanzarse una plena armonización entre las prerrogativas de estas dos partes procesales, víctima e imputado. El tema es, sobre todo, la presunción de inocencia, su concepción y alcances, en particular como regla probatoria, cuando se vincula estrechamente con la regla de la absolución en caso de duda razonable, cercana al tradicional principio in dubio pro reo. Para la víctima no existe una presunción de "calidad de víctima" (de "victimidad" según la doctrina especializada); desde que acude a denunciar un hecho ilícito se le otorga ese estatus con su correspondiente catálogo de derechos. Pero, es claro que se trata de un reconocimiento preliminar, pues el reconocimiento pleno de la condición de víctima, que permite acceder al derecho total de la reparación del daño, solo se alcanza tras el proceso, cuando en la sentencia se dicta fallo condenatorio, porque la prueba desahogada fue adecuada para ello. Aquí se presenta un desequilibrio nuclear, porque la presunción de inocencia que ampara al acusado requiere un estándar probatorio muy alto para desvirtuarse. Hay que llegar a una convicción de responsabilidad "más allá de toda duda razonable", de suerte que, desde el comienzo, el imputado tiene más posibilidades de "ganar", frente a la víctima, a la cual se le ha reconocido ese estatus de forma preliminar, pero si no lo confirma en sentencia, quedará en un trámite vacío. Un proceso totalmente equitativo en el ámbito de la prueba para las partes tendría que seguir estándares probatorios como los del proceso civil, lo que nadie parece recomendar hoy día. Al contrario, la alternativa que se presenta es el diseño de un nuevo proceso "cargado" a favor de la víctima, el cual es el ámbito de la justicia restaurativa, en el que desde el inicio se derrota la inocencia y se considera

probada la presunción de "victimidad", porque la puerta de acceso a estos procesos requiere de parte del imputado un reconocimiento de los hechos. Tal vez este escenario anuncia ese proceso del futuro, en el cual, para que la víctima sea protagonista, se requerirá dejar de lado el concepto de presunción de inocencia robusto, que prevalece hoy. El tema será hasta dónde cabrá aceptar declinaciones de la presunción de inocencia de parte del imputado, sin hacer que el proceso penal se desnaturalice, en una nueva época en que buscar la admisión de hechos, ya no mediante coacción, sino por vía de negociación, lo sea todo. En lo relativo a los nuevos derechos a la verdad y la justicia, que pretenden asegurar para la víctima un determinado resultado al final del proceso, abundan también las dudas. Sobre la búsqueda de la verdad en el proceso, es claro, aun sin caer en formalismos, que la reconstrucción de la verdad en el proceso penal actual lo que busca es generar convicción sobre si la persona que es acusada en realidad cometió el acto. Solo si hay sentencia condenatoria podrá considerarse que se ha alcanzado esta "verdad", pero en caso de absolución, en concreto en el caso de que exista duda razonable, simplemente el proceso concluirá sin generar ninguna certeza sobre nada. La absolución por duda razonable es precisamente la expresión rotunda de que no se ha podido saber, y no se puede afirmar ni negar la responsabilidad del sujeto; en esa medida, resulta ser la patente negación de ese derecho a la verdad de la víctima. Por lo que hace al derecho a la justicia material, entendida como no impunidad y sanción del responsable como resultado final del proceso, ha de asumirse que esto es sin duda un propósito del proceso. Sin embargo, hay que tener cuidado y evitar que ese objetivo procesal, asumido como "derecho" de la víctima, sirva como pretexto para atropellos que se justifiquen como garantías de la sanción. Aquí, en lo tocante al derecho de defensa, los matices han de darse con cautela, pues más que "quitarle" al imputado la vía es, como ya se dijo, darle garantías equitativas a la víctima, para que pueda actuar y probar con toda plenitud en el juicio. En este marco, ha de concluirse señalando que solo mediante el estricto respeto a la presunción de inocencia, a la defensa, y sus garantías en toda amplitud, es que debe plantearse el avance de la víctima. En Latinoamérica, si hubiera menos actuaciones policiales y ministeriales deleznable, como la narrada párrafos atrás, y más profesionalismo y respeto a derechos, a las víctimas se les compensaría de mejor manera que creándoles nuevos derechos inaplicables en normas ilusorias. El

problema es la mala praxis policial, ministerial y judicial, que genera la impunidad. Ha de insistirse, como ya se dijo, que tanto la víctima como el imputado, ya dentro de proceso, juegan en el mismo bando: el de exigir a las autoridades cumplimiento a las reglas, porque en el débil equilibrio del proceso penal cualquier violación solapada a los derechos de uno, hará al final que pierdan todos, incluyendo también a la sociedad.

ISSN: 1794-3108

2.2.3. Tema: La Acción Penal Privada y la afectación de derechos fundamentales

Autor: Christian Matusan Acuña

Año: 2012

Conclusión: En virtud de lo anterior, y dada la posibilidad de arbitrariedades mediante el ejercicio de la acción penal privada, consideramos que la reglamentación que finalmente sea aprobada por el Congreso de la República debe contener, como mínimo, un control material, por parte del Juez de Control de Garantías, de la imputación jurídica que realice el acusador. Dicho control material consiste en que, en los casos en los cuales quien funja como acusador sea la presunta víctima, la audiencia de imputación de cargos no debe limitarse a un simple acto de comunicación para el imputado y, a su vez, el mecanismo idóneo para la interrupción de la prescripción de la acción penal. El Juez debería estar autorizado para evitar que la presunta víctima, normalmente profano en asuntos jurídicos, realice adecuaciones típicas incorrectas, ligeras, “acomodadas”. Ello por cuanto, aún en ocasiones los propios Fiscales, conocedores del derecho, realizan atribuciones erróneas de conductas punibles e incluso imputaciones de conductas atípicas. Dicho riesgo es aún mayor en quienes, además de tener una fuerte carga emocional contra el presunto agresor, desconocen los pormenores de los criterios normativos y fácticos requeridos para realizar imputaciones de conductas merecedoras de una pena. Tal control sería una garantía para el ciudadano ya que podría confiar en que tal acto procesal estará protegido contra reyertas o vindictas personales. A su vez, es pertinente establecer un marco procedimental que exija una recopilación no empírica de las evidencias y un sometimiento de las mismas a

cadena de custodia con el fin de asegurar la no contaminación de los elementos de prueba que pueden ser sustento de un fallo condenatorio. Lo contrario, es decir, permitir que las víctimas recopilen evidencias sin unos mínimos de aseguramiento y garantía de custodia constituye un riesgo de no poca magnitud para el procesado dado que no existiría garantía real de que la evidencia sobre la cual se soporta la acusación en juicio oral sea exactamente la misma recopilada a lo largo de la investigación como tampoco de la ausencia de alteración de la misma. La sola palabra del “acusador privado” no puede ser garantía de custodia de la evidencia. En el mismo sentido, permitir que la recopilación de evidencias por parte de la víctima carezca de la custodia debida constituiría una afectación directa al principio constitucional de igualdad, toda vez que sobre la indagación de un mismo delito tendría más garantías, del buen manejo de custodia de la evidencia, el ciudadano que fuese investigado y acusado por la Fiscalía General de la Nación que aquel ciudadano acusado por la víctima, pues en el primer caso se exige legalmente la recopilación técnica de la evidencia y la cadena de custodia; en el segundo caso no. Finalmente, en nuestro criterio, la regulación que adelanta el “Congreso” debe establecer que cuando el acusador privado, dentro de sus labores de investigación, pueda afectar algún derecho fundamental del indiciado o imputado deberá existir, en todos los casos, control previo de la actuación por parte del Juez de Control de Garantías. Ello a efectos de preservar los derechos fundamentales del procesado y evitar su afectación con fundamentos propios de la vindicta o carga emocional que en un número considerable de casos afecta a quien ha sufrido un perjuicio como consecuencia de la conducta que reviste características de punible

ISSN: 1909-575

2.3. Fundamentación Filosófica

Los distintos enfoques filosóficos del derecho Penal, basados en la teoría positivista, generalmente aplicada por los juzgadores penales y establecida en los cuerpos normativos, ha generado una condición de vulnerabilidad al buscar el ideal de justicia, por lo tanto la generación de un orden de control social basado en el respeto a los derechos fundamentales del hombre y en especial al control del absolutismo Estatal

mediante una normativa sistémica acusatoria, en la cual prevalezca los intereses de las partes sin dejar de lado la tutela estatal, merece cambios profundos. Asimismo, el estudio axiológico del comportamiento humano y en especial del profesional encargado de defender los derechos establecidos en los cuerpos legales debe tener un interés esencial, ya que el temor al cambio no siempre genera desapego al mejoramiento sino a la comodidad de las personas.

2.4. Fundamentación legal

La declaración de los Derechos Humanos, la Constitución de la República del Ecuador, garantiza la generación del conocimiento, y la posibilidad de presentar reformas que garanticen cambios fundamentales en el control social, el código Orgánico integral Penal, establece varios tipos penales en su parte subjetiva, los mismos que son regulados procesalmente mediante el ejercicio de la acción. Por lo tanto este ejercicio debe estar acorde a varios principios como la tutela judicial efectiva, el garantismo procesal, los derechos de la partes procesales, la mínima intervención, la presunción de inocencia los mismos que serán tratados en el desarrollo de la investigación.

2.5. Categorías fundamentales

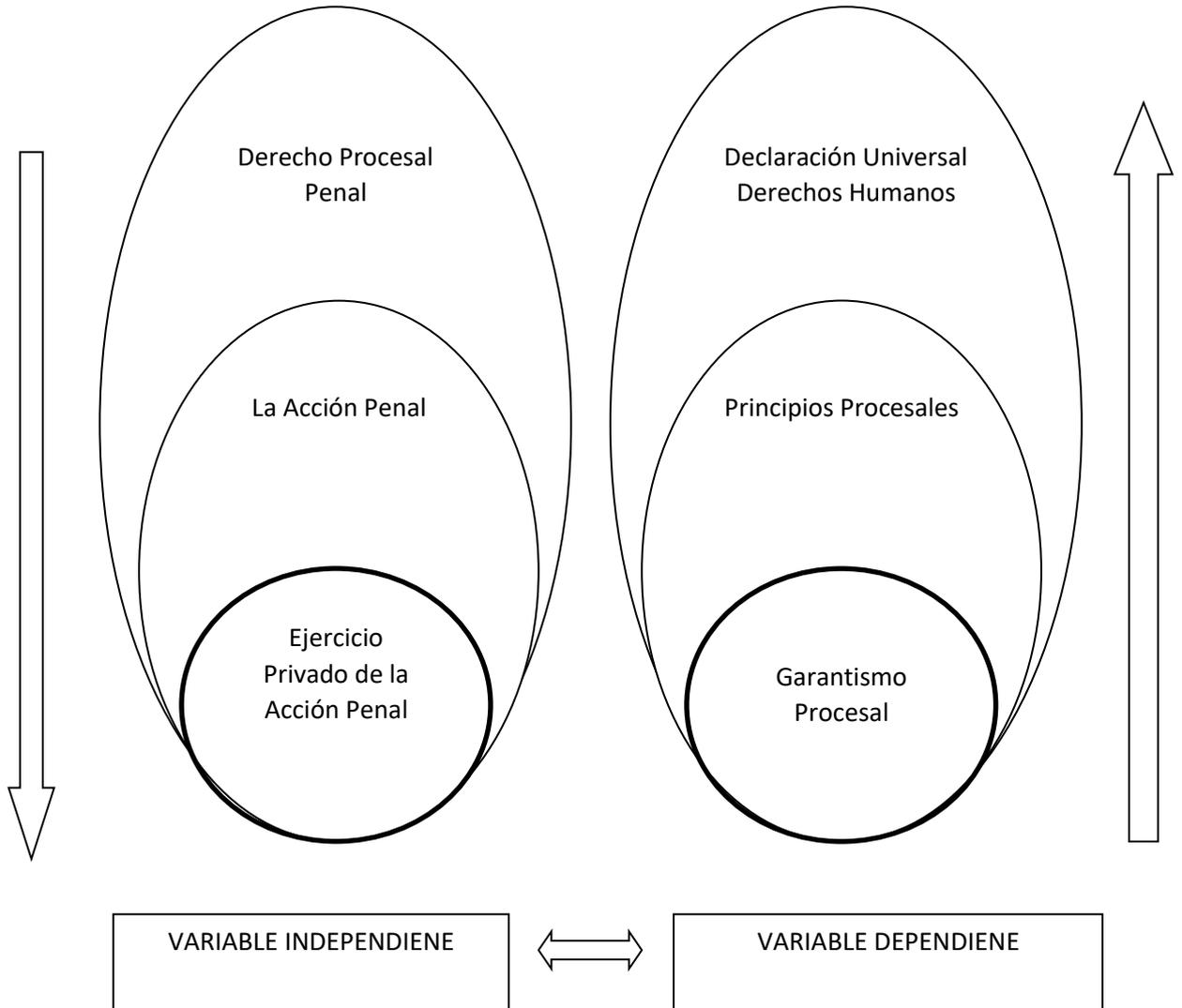
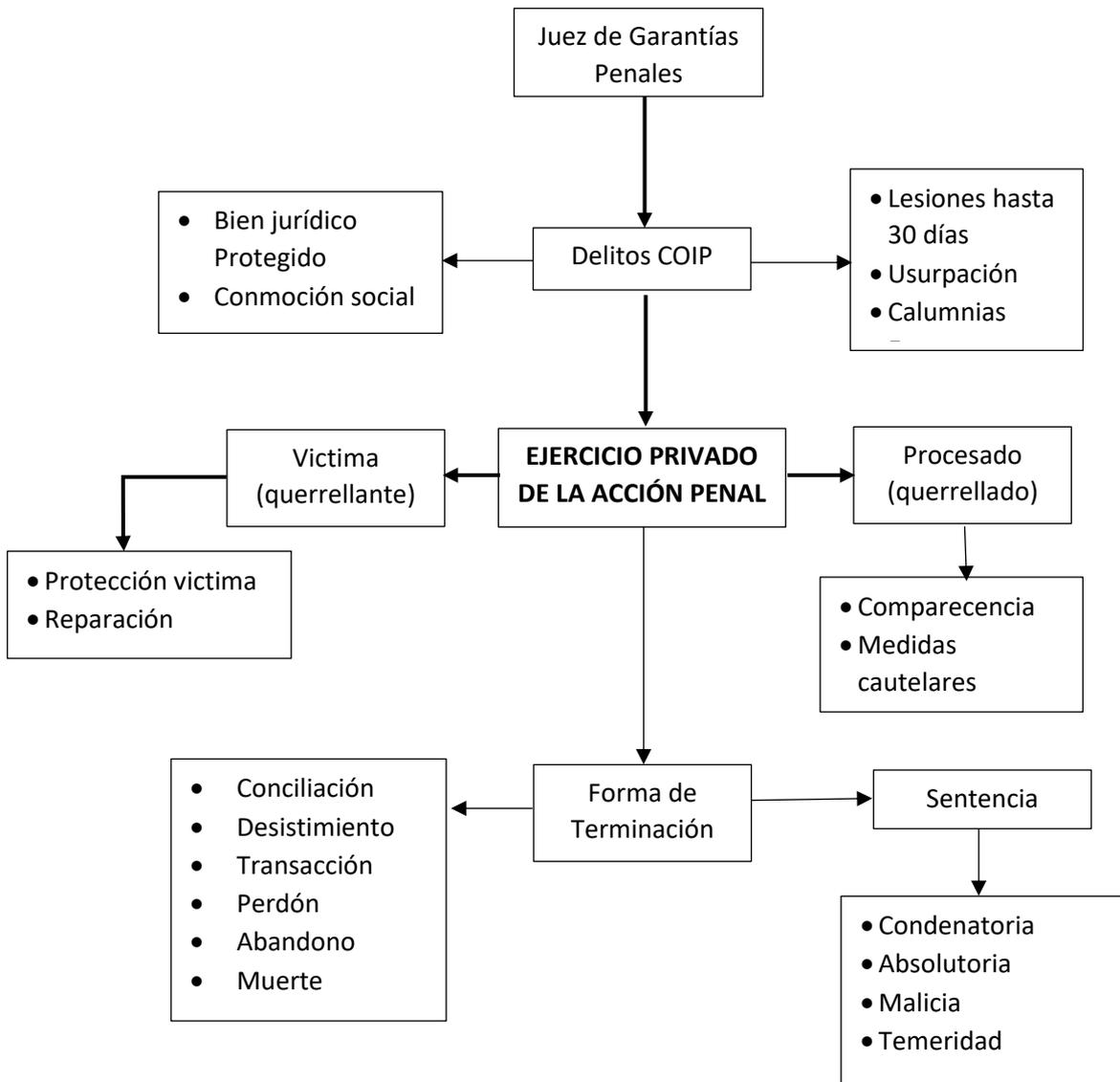


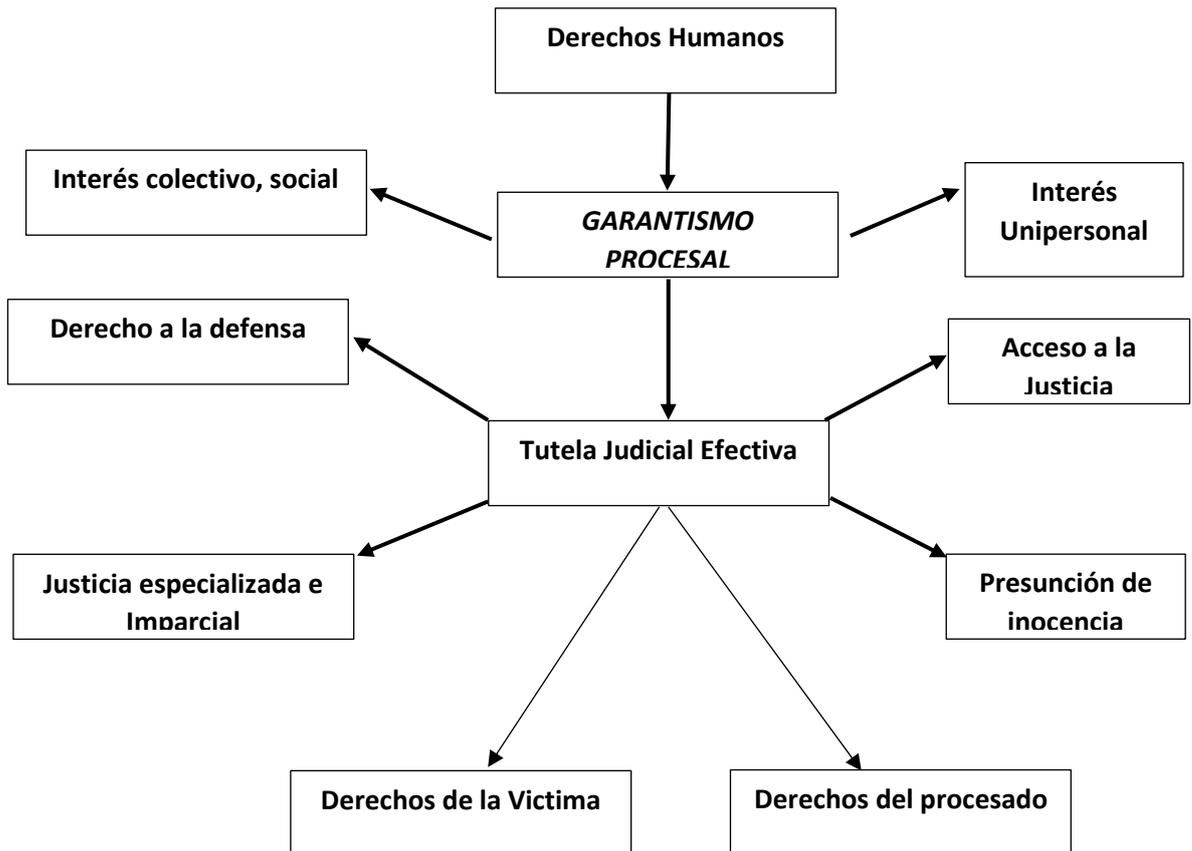
Gráfico No. 01: Árbol del Problema
Elaborado por : El investigador

2.5.1. Constelación de Ideas: Variable Independiente



*Grafico No. 02 : Constelación de Ideas VI
Elaborado por: El Investigador*

2.5.2. Constelación de Ideas: Variable Dependiente



*Grafico No. 03 : Constelación de Ideas VD
Elaborado por: El Investigador*

2.6. EL DERECHO PROCESAL PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS

El Derecho Procesal Penal, es el conjunto de etapas sistémicas destinadas a dar solución a las controversias producto de la comisión de un delito, que tiene como consecuencia una pena; de igual manera es considerado por algunos autores como el instrumento que busca la impunidad de los actos contrarios a la ley inclinándose a las verdaderas exigencias de la actualidad (*Quesada & Denis, 2014*). Las tendencias enfocadas al Derecho procesal Penal están direccionadas doctrinariamente a lograr una justicia más sencilla, menos ritualista sin que se pierda su máxima suprema de legalidad.

El proceso penal ha sufrido grandes evoluciones en el paso del tiempo, desde un sistema inquisitivo hasta el que hoy en día se maneja, considerado por varios estudiosos como un sistema mixto, pues su paso a un sistema de oralidad puro aún no se ha logrado en su totalidad. El Derecho procesal penal, varía en su aplicación según el espacio geopolítico de jurisdicción, tanto como al modelo político y al sistema costumbrista de los pueblos (*Derechos Humanos y Justicia Penal.pdf*, n.d.). La declaración de los Derechos Humanos es la norma universal que fue acogida por la mayor parte de países del mundo entre ellos Ecuador. La misma tuvo su origen en el respeto a la dignidad humana, como un máximo filosófico que tiene su concepción en el derecho natural del hombre.

Por su afectación directa en la libertad del ser humano y consecuentemente en su vida, el proceso penal es objeto de varias referencias en la Constitución y por cuanto su aplicación práctica es la más propicia a vulnerar los derechos humanos, los constituyentes procuraron asegurar tales derechos a través de principios que deben ser ejercidos por autoridades garantizando el derecho. (*Fix-Zamudio, 1991*). Cabe mencionar que la declaración de derechos fundamentales es el cuerpo legal que protege y enuncia los principios que hasta hoy perduran en el derecho procesal y que los mismos han sido incorporados en las cartas fundamentales de cada Estado.

Consecuentemente, cada constitución de cada país debe mantener en su normativa legal los derechos, garantías y principios fundamentales como son: el Derecho a la Vida, Derecho a la Dignidad Humana, Derecho a la integridad personal

y el Derecho a la libertad personal. (Quesada & Denis, 2014). Asimismo, se debe considerar que cada uno de estos derechos individualizan al ser humano, sin ninguna clase de norma en contrario que se pueda considerar de suprema aplicación, por lo tanto, la víctima como el procesado posee los mismos derechos. Las garantías, se enmarcan en el accionar procesal mediante la tutela judicial efectiva, el libre acceso a la justicia, garantía a ser informado de los fines de la detención y la autoridad que lo ejecuta, garantía a un juicio justo sin dilataciones y por medio de una justicia especializada, garantía a una sentencia o resolución motivada en derecho y a la potestad de recurrir del fallo (Quesada & Denis, 2014). Los principios considerados fundamentales y que prevén de un actuar y proceder óptimo en el ejercicio procesal son: el principio de legalidad, igualdad, presunción de inocencia, derecho a la defensa, principio de imparcialidad, valoración de la prueba, principio no bis ídem, principio de oralidad, principio de contradicción, principio de inmediación, principio de publicidad y principio de no reformatión in peius (Quesada & Denis, 2014).

Los Derechos Humanos mediante la positivización de los derechos garantías y principios enunciados en párrafos anteriores, pretende establecer límites al poder punitivo del Estado, pues según (Baratta, 2004) el sistema punitivo produce más problemas que los que pretende resolver, crea conflictos con carácter grave que merecen intervención penal; pues su estructura organizativa no establece funciones centrales a la ideología de defensa social. Por lo tanto, los derechos humanos son el fundamento para una estrategia de mínima intervención penal articulando la política criminal. El bloque de constitucionalidad, toma en consideración varios instrumentos internacionales que permiten interpretar el alcance de las normas, así en un ejemplo claro es la ***“Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder”***; que trata sobre las víctimas del delito; el acceso a la justicia y a un trato justo; el resarcimiento y la indemnización la asistencia y por último las víctimas de abuso del poder.

Hay que diferenciar los derechos humanos de los derechos fundamentales, pues si existe una similitud arraigada a su concepción esta tiene una connotación diferente, pues el primero se debe al reconocimiento internacional mediante el Tratado de los derechos humanos, mientras que al hablar de derechos fundamentales estos son

aquellas garantías de protección que determina cada Estado (Rivero, 2000). Por lo tanto el imperativo constitucional, declara al Estado como constitucional de derechos y justicia estableciendo un funcionamiento jurídico, político y administrativo mediante sus principios y normas, el bloque de constitucionalidad de igual manera es la fuerza normativa directa que da legitimidad al código orgánico integral penal para que este sea aplicado en su conjunto por todos los jueces.

Bajo esta consideración las normas jurídicas establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales deben ser aplicadas ineludiblemente con el fin de garantizar la dignidad del ser humano, comunidades, pueblos, y nacionalidades; asimismo, ningún acto de poder público puede atentar contra los derechos ya establecidos (Art. 84 CRE). En tal sentido los actos de poder público deben tener uniformidad con el bloque de constitucionalidad caso contrario carecen de eficacia jurídica del derecho penal. (Art. 424 CRE). El reconocimiento de los bienes jurídicos protegidos del derecho penal deben responder a las garantías de quienes intervienen en un proceso y su actuar debe estar adecuadamente regulado y protegido.

2.7. LA ACCIÓN PENAL Y LOS PRINCIPIOS PROCESALES

La acción tiene su fundamento en la iniciativa de aplicación, así puede ser concebida desde dos puntos de vista, de carácter personal y abstracto. La fórmula que simplifica la acción por lo tanto es la iniciativa más el poder de reclamar, el poder abstracto se constituye en el derecho de reclamar simplificada en la acción procesal.

La generación de principios procesales, es producto de la desconfianza del poder, específicamente en el libre albedrío que tienen los órganos de administración de justicia tanto como los órganos estatales para ejecutar sus atribuciones de manera desmedida, por lo tanto el Garantismo procesal se simplifica en hacer efectivos los principios en la ejecución procesal. Los mismos se establecen bajo un bloque de constitucionalidad en los estamentos constitucionales, tratados y convenios internacionales que obligatoriamente limitan el actuar de los sujetos y vínculos jurídicos; por lo tanto a los dicho por **Roxín “ El derecho procesal penal es el**

sismógrafo de la constitución política del Estado”, se desprende que necesariamente todo proceso penal debe ser ejecutado bajo los lineamientos supremos constitucionales plasmados como principios en las norma fundamental de cada Estado. (Carnonell, 2014).

El Proceso penal, que no es más que una secuencia sistemática de eventos determinados por la ley y ejecutados con estricto apego a los principios establecidos en los derechos fundamentales ratificados por cada estado en su norma suprema. La acción penal está establecida en el Código Orgánico Integral Penal Art. 409,410, en los cuales se establece un solo tipo de acción penal pública y dos tipos de ejercicio de la acción que es público y privado. Cada uno de estos tipos de ejercicio de la acción busca no solo seguridad jurídica, sino también mantener un equilibrio entre la verdad material y la verdad procesal, pues estos dos términos no pueden ser ajenos y estar alejados en la justicia procesal contemporánea (*Quinteros, 2008*).

Para el jurista *Dino Caro Coria*, la afectación de los principios procesales provoca la inmediata interposición y ejecución de las garantías constitucionales por tal razón su importancia de ajustarlas a las exigencias del reconocimiento de los derechos humanos de la sociedad moderna. Consecuentemente, nos manifiesta que todo sistema procesal penal debe reconocer los siguientes principios establecidos como parte del bloque de garantías procesales, entre ellas tenemos el Derecho a la presunción de inocencia , la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho a la defensa y el debido proceso; y entre ellas las derivadas como igualdad de armas, igualdad ante la ley, intermediación, inviolabilidad de domicilio, derecho a un juez natural, prohibición de valoración de prueba prohibida entre otras. (*Caro, s/a*).

Los principios procesales implementados en la ejecución de la acción penal por lo tanto pueden ser genéricos y derivados. Todos ellos son ineludibles a todo cuerpo legal y goza de protección constitucional, mediante las garantías jurisdiccionales de protección. En la diferencia del ejercicio de la acción penal sea pública o privada recae el análisis en cuando a compeler la eficacia del control de todos aquellos principios que por su naturaleza particular terminan en una posible violación de principios afectando directamente la garantía procesal. Para Nattan Nisimblat “ *El derecho procesal es, ante todo, una ciencia que se ocupa de*

estudiar y establecer los procedimientos. El procedimiento es el sistema particular contenido en las leyes y en los códigos. El proceso, en cambio, es la actividad que surge de la pretensión o de la ley y que se sujeta a las leyes de procedimiento". Asimismo, mantiene que para ejecutar tanto el procedimiento como el proceso, es necesario distinguir los principios entre aquellos que se pueden considerar rectores del proceso y/o rectores del procedimiento. Bajo estos criterios encontramos una clasificación que se desprende de la percepción doctrinaria de juristas que los dilucidaremos en el estudio de los principales principios

2.7.1. Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en el Ejercicio privado de la acción Penal

El concepto tutela judicial efectiva, como tal asegura Hurtado Reyes aparece por primera vez en la Constitución española (CE) de 1978, y su Artículo 24, aun cuando la propia doctrina europea afirmó desde hace tiempo que toda persona tiene el derecho a acudir al órgano jurisdiccional respectivo para conseguir una "respuesta" Guzmán, V. A. A. (2010). El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos. *Foro Revista de Derecho*, (14), 5-43.

Se constituye como uno de los principios fundamentales de orden constitucional, consagrada como un derecho de carácter autónomo, independiente del derecho sustancial, se reduce en la facultad de una persona para exigir la protección del Estado mediante sus órganos de administración de justicia y alcanzar sus pretensiones. Más allá de una protección de carácter jurisdiccional, se refleja en la aplicación de los principios de protección consagrados en la norma constitucional y penal. El Art 11 de la CRE numeral 1 dice ***"Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual y colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento"***; aquí, se detalla la potestad de toda persona o grupo de personas en obtener el libre acceso a la administración de justicia y ante las autoridades designadas para ello, pero como se puede comprender el solo libre acceso no garantiza una protección de derechos, bajo estos parámetros la norma constitucional establece en el Art 76 las garantías básicas del derecho al Debido proceso ***"En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso..."***, Haciendo énfasis en el debido proceso, se podría decir que son todas aquellas garantías de obligatorio cumplimiento que deben ser respetadas y ejecutadas por las autoridades jurisdiccionales en el proceso penal.

Asimismo, El código Orgánico de la Función judicial dice textualmente:

“La función judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tienen el deber fundamental de garantizar la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho a la garantía exigida. Deberá resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso”

Por lo tanto, la tutela judicial efectiva se reduce en la obligatoriedad que mantiene el Estado mediante su potestad punitiva en conformar los órganos jurisdiccionales de Administración de Justicia y hacer efectivo el cumplimiento de las normas establecidas en la Constitución, tratados y convenios internacionales, entre ellos los derechos fundamentales establecidos en la declaración de los derechos humano.

En el Ejercicio privado de la acción penal, este principio opera de manera particular, pues no existe la intervención del ministerio fiscal como parte de la acusación en el proceso, si bien es cierto se debe cumplir la jurisdicción y competencia ante los órganos de administración, tanto como el fiel cumplimiento de los principios del debido proceso, pero el impuso le corresponde exclusivamente a la parte actora o víctima del delito, ya que el mismo, de una forma aislada de la intervención estatal hará efectiva sus pretensiones en los delitos exclusivos establecidos en la norma para el ejercicio de esta acción penal. Por lo tanto el principio de tutela judicial efectiva se reduce a la posibilidad de exigir la acción mediante la potestad privada y las pretensiones particulares de la víctima.

2.7.2. Derecho al Debido Proceso en el Ejercicio Privado de la acción Penal

La legitimidad procesal es la finalidad de hacer efectivas las garantías del debido proceso. La norma constitucional, identifica las siguientes garantías básicas entre ellas:

- *Art. 76.1 .- Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.-* En el ejercicio privado de la acción penal, se contrae al conocimiento de la autoridad penal (Juez de garantías

penales) , la misma que concede mediante la potestad jurisdiccional y de competencia la facultad de garantizar el fiel cumplimiento de las normas y las pretensiones de las partes en conflicto, cabe mencionar y diferenciar que el COIP tipifica el delito específico en los cuales se puede ejecutar esta acción y por lo tanto las pretensiones pueden ser de carácter privado.

- *Art 76.2 .- Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución en firme o sentencia ejecutoriada.-* EL impulso privado debe ejecutarse en todo el proceso, por lo tanto hasta la existencia de una sentencia emitida por la autoridad competente se presumirá la inocencia del querellado, dejando a salvo la potestad de declaración de temeridad o maliciosa la querrela.
- *Art 76.3 .- Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no este tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la Ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.-* En todo delito se pueden establecer dos acciones; un principal que es la penal y otra la accesoria que puede ser la civil o resarsoria como la reparación integral, para ello se requiere de la existencia de un sustento legal que justifique su accionar y en el caso concreto del ejercicio privado de la acción penal son los tipificados en el Art 415 del COIP.
- *Art 76.4 .- Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria .-* En el ejercicio privado de la acción penal, la o el juzgador puede disponer de peritos, puede deprecar siempre que la prueba sea anunciada y luego practicada tomando en consideración lo establecido en los Art. 407, 615 y 616; de igual manera la calificación de una prueba como ilegal e ilícita deberá ser valorada por el juzgador.
- *Art 76.5 .- En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora..-* El principio indubio pro reo y principio de favorabilidad estarán activos al momento de establecer una sanción al querellado.
- *Art 76.6 .- La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza .-* La sanciones y penas en cada uno de los delitos establecidos de acción privada mantienen una proporcionalidad

doctrinaria establecida en la norma y que son de obligatorio cumplimiento en un sentencia sin dejar de lado las atenuantes o agravantes tipificadas para su aplicación directa y condicional.

- *Art 76.7 .- El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías .-*
El COIP, menciona varios literales que pueden ser considerados en un proceso penal sea de carácter público o privado entre ellos el derecho a la defensa, derecho indiscutible de cualquier persona más aun en un estado de derechos y justicia social, los mismos que deben contar con un tiempo relevante u óptimo para el ejercicio de su preparación, tanto como ser presentados y debatidos en igualdad de condiciones en los momentos procesales oportunos; en la acción penal privada se conserva el sentido de publicidad con las excepciones establecidas en la ley; los procesos de investigación se deberán llevar a cabo con la presencia del abogado particular o en su defecto de un defensor público; de igual manera se contara con un traductor de ser necesaria la asistencia de otro idioma; asimismo, queda prohibido limitar o coartar el libre contacto con su abogado patrocinador, así como ninguna persona podrá ser procesado por dos veces por un delito en el cual ya existe una sentencia ejecutoriada y por último a recurrir del fallo emitido por autoridades jurisdiccionales en donde se decida sus derechos.

Por lo tanto los principios y garantías establecidas como normas fundamentales en un proceso penal, y en especial aquellos que se ventilan en el ejercicio de la acción privada deben ser cumplidos y observados de manera obligatoria, pues como ya se ha dicho en párrafos anteriores por medio de ello se podrá legitimar el proceso y evitar nulidades que pueden acarrear una nulidad procesal.

2.8. EJERCICIO PRIVADO DE LA ACCIÓN PENAL

Para conceptualizar el ejercicio privado de la acción penal, diremos que es aquella que nace de la acusación particular y el impulso propio de la que puede considerarse víctima de aquellos delitos que tipifica la ley como aquellos de acción privada. Para el jurista Christian Matusan la acción privada en Colombia debe entenderse como *“la posibilidad de permitir la participación, en calidad de acusador, de un particular -en nuestro caso de la víctima- y, simultáneamente, poner el proceso penal en marcha con una resolución sobre las pretensiones deducidas”*. Por lo tanto el derecho subjetivo de todo ciudadano a iniciar un proceso penal mediante una acusación popular queda establecida en el derecho de acción (Pérez Cil, 1997).

Caber mencionar, que la figura de acusador no significa el derecho a que se pronuncie una decisión judicial en su beneficio e interés, sino básicamente su derecho consiste en el acceso a la tutela judicial efectiva, es decir a que el caso sea conocido y decidido conforme a derecho por una autoridad judicial y a generar el papel de acusador en una causa propia, al respecto el tribunal español mantiene:

“... el ius ut procedatur no sería un derecho absoluto a la apertura del proceso penal, sino tan solo el derecho a una decisión judicial razonada sobre las pretensiones deducidas que bien puede ser de sobreseimiento o archivo de las actuaciones o incluso la inadmisión de la querrela” (Tribunal Constitucional Español, 1994, p. 42).

El Código Orgánico integral penal en el Estado ecuatoriano en su Art. 415 describe los delitos en los cuales procede el ejercicio privado de la acción penal, así tenemos: la calumnia; la usurpación; el estupro. Cabe considerar que los cuatro delitos enunciados ha tenido una incidencia de 94 casos en el año 2019 equivalentes al 1.6373%. Lo que nos da a entender que la intervención del ministerio fiscal es absoluta ya que los delitos de acción pública abarcan aproximadamente más del 90.56% de los procesos del 2019; en este sentido la congestión de causas y el excesivo gasto estatal tanto como el exceso de procesado con prisión preventiva han generado un caos en el aparataje judicial. En tales circunstancias el parlamento Colombiano modificó la constitución y ha modificado parcialmente las restricciones respecto a la titularidad del ejercicio de la acción penal permitiendo a entidades estatales distintas a la fiscalía, a personas jurídicas y a particulares ejercer la acción de acusación particular.

En España, en donde ha operado hace algún tiempo la acusación particular y privada ha manifestado que “constituye un interés digno de protección en el que el ofendido tiene en orden a solicitar la actuación del ius puniendi del Estado a fin de obtener la plena vigencia del principio sustantivo de legalidad” (Tribunal Constitucional Español, 1994, p. 20); lo cual responde al sentido de lesividad al bien jurídico protegido y a la conducta punible asignándole el ejercicio de la acción penal a la víctima u autoridades distintas al ministerio fiscal.

En México, la concepción de acción se conceptualiza en la teoría general del proceso, el mismo que ha tenido abundantes y variados conceptos, entre ellos la mayoría sostiene que es una excitación o provocación que se ejecuta ante un órgano jurisdiccional para hacer efectiva sus pretensiones de derecho. En tanto aquí se divide la acción en pública y privada conservando un símil de nuestra legislación, ya que se conserva la legitimación de la querrela que debe ser calificada ante un juez de garantías penales para ser admitida, ahora bien la legislación mexicana contrae delitos que son objeto de acción penal privada entre ellos se encuadran los delitos culposos que no superan una pena de hasta 3 años y son considerados por lo tanto como delitos de bagatela, entre ellos tenemos el robo sin fuerza, las lesiones mínimas, el acoso sexual, la discriminación y entre ellos los delitos patrimoniales. Cabe mencionar que el ejercicio de la acción penal privada ha sido muy discutida ya que converge una variada problemática en su accionar, una de ellas puede ser la práctica de los elementos probatorios y su legitimidad e ilegalidad, y los modos de extinción de la acción entre otros.

2.8.1. El Bien Jurídico Protegido y el Ius puniendi del Estado

El bien jurídico protegido constituye un instrumento de concreción de los contenidos penales de protección. La determinación penal de los presupuestos de convivencia, han configurado al bien jurídico como un instrumento técnico jurídico que nació del positivo jurídico de diferenciar la antijuricidad material y formal del ordenamiento penal. El derecho penal ha creado un catálogo de bienes que se ajustan a los principios estructurales del accionar penal tomando en consideración la lesividad como las conductas de ponen en peligro un bien jurídico protegido. (RIPOLLÉS, 1997).

El objeto de categorizar el bien jurídico protegido va de la mano con el control y orden social, y a su vez con la política criminal. El contrato social goza de protección mediante la normativa constitucional y en base a la teoría del bloque de constitucionalidad de los tratados convenios y resoluciones internacionales. Al respecto el jurista Ripollés concluye que:

“ Las nuevas constituciones están forzando ordenes de convivencia social en los que el monopolio de la fuerza está más condicionado que nunca a la persecución de unos objetivos cuya legitimidad deriva en último término del consenso social que los soporta” (pág. 10)

Por lo tanto, las concepciones filosóficas que han ido evolucionando a través del tiempo han provocado nuevas percepciones de bienes jurídicos que deben ser protegidos, la aparición de nuevos cambios sociales y por lo tanto nuevas medidas de control que conllevan a un orden social que bajo consenso han sido y deberán ser introducidos en los ordenamientos constitucionales y legales.

Asimismo, los modelos de intervención penal, ligados directamente a las políticas criminales ejercidas por cada estado para mantener el marco del control social guarda estrecha relación con el modelo o tendencia actual del derecho penal garantista. De igual manera se considera la tesis abolicionista en el último tiempo, que considera el delito como un conflicto entre intereses, que se contraponen al interés del derecho penal y garantizan el derecho y la necesidad de la víctima o de ayudar al delincuente, así como el delito que afecta a un bien jurídico no se encuentra en un grado de criminalidad grave y por lo tanto la problemática puede trasladarse a un parámetro penal de acción muy distinto al *ius puniendi* del estado, formalizando el derecho penal. La duda de varios autores rige en la ilegitimidad de ejecutar una venganza privada, pues por lo contrario las medidas expuestas en la teoría abolicionista evitarían la misma, así como garantizarían la igualdad de armas de las partes procesales.

La configuración del derecho penal garantista, tomando en consideración la teoría de la abolición, considera o debe considerar al derecho penal autolimitado. Las ideas que promueven esta intervención según Ripollés sería “ su humanización, en cuanto al considerar el sistema de penas; la seguridad jurídica, mediante la igualdad de armas y condiciones, la potestad y legitimidad de acto; la mínima intervención y la desconexión de las exigencias éticas, por las necesidades sociales históricamente condicionadas. Por lo tanto todo modelo penal en el cuál se ajuste el principio de lesividad e intervención mínima conjuga el criterio de política criminal que es la limitante que hace efectivo el control social.

2.8.2. Los Delitos de Acción Privada

Los delitos de acción privada se diferencian o a su vez se asemejan según el orden legislativo nacional. Así en el Ecuador el Art. 415 del COIP, enuncia 4 delitos que son la Calumnia (Art. 182 COIP), la Usurpación (Art. 200 COIP), Estupro (Art. 167. COIP); Lesiones hasta 30 días (Art. 152.1, 2), tomando en consideración que la mayor incidencia de delitos de acción privada en el año 2019 e ingresado a los registros estadísticos judiciales son la calumnia 24.46%; el estupro 2.12 %; las lesiones 58.51% y la usurpación 14.89%.

En Colombia el Art. 74. CPP establece los delitos que necesitan Querrela bajo las siguientes conductas punibles:

1. Aquellas que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad, con excepción de: Ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas (C. P. artículo 193); Divulgación y empleo de documentos reservados (C. P. artículo 194); Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (C. P. artículo 416); Revelación de secreto (C. P. artículo 418); Utilización de asunto sometido a secreto o reserva (C. P. artículo 419); Utilización indebida de información oficial privilegiada (C. P. artículo 420); Asesoramiento y otras actuaciones ilegales (C. P. artículo 421); Utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública (C. P. artículo 431); Utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública (C. P. artículo 432).

2. Inducción o ayuda al suicidio (C. P. artículo 107); lesiones personales sin secuelas que produjeran incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta (60) días (C. P. artículo 112 incisos 1° y 2°); lesiones personales con deformidad física transitoria (C. P. artículo 113 inciso 1°); lesiones personales con perturbación funcional transitoria (C. P. artículo 114 inciso 1°); parto o aborto preterintencional (C. P. artículo 118); lesiones personales culposas (C. P. artículo 120); omisión de socorro (C. P. artículo 131); violación a la libertad religiosa (C. P. artículo 201); injuria (C. P. artículo 220); calumnia (C. P. artículo 221); injuria y calumnia indirecta (C. P. artículo

222); injuria por vías de hecho (C. P. artículo 226); injurias recíprocas (C. P. artículo 227); maltrato mediante restricción a la libertad física (C. P. artículo 230); malversación y dilapidación de los bienes de familiares (C. P. artículo 236); hurto simple cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 239 inciso 2°); alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (C. P. artículo 243); estafa cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 246 inciso 3°); emisión y transferencia ilegal de cheques (C. P. artículo 248); abuso de confianza (C. P. artículo 249); aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito (C. P. artículo 252); alzamiento de bienes (C. P. artículo 253); disposición de bien propio gravado con prenda (C. P. artículo 255); defraudación de fluidos (C. P. artículo 256); acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones (C. P. artículo 257); malversación y dilapidación de bienes (C. P. artículo 259); usurpación de tierras (C. P. artículo 261); usurpación de aguas (C. P. artículo 262); invasión de tierras o edificios (C. P. artículo 263); perturbación de la posesión sobre inmuebles (C. P. artículo 264); daño en bien ajeno (C. P. artículo 265); usura y recargo de ventas a plazo (C. P. artículo 305); falsa autoacusación (C. P. artículo 437); infidelidad a los deberes profesionales (C. P. artículo 445); Violación de los derechos de reunión y asociación (C. P. artículo 200).
Parágrafo.

No será necesario querrela para iniciar la acción penal respecto de casos de flagrancia o en los cuales el sujeto pasivo sea menor de edad, inimputable o se refieran a presuntas conductas punibles de violencia contra la mujer.

El código Federal procesal Penal de México en su Art. 113 literal I, indica que la acción pública o de oficio no podrá iniciarse *“Cuando se trate de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha presentado.”*; en concordancia con el Art 114 que dice: *“Es necesaria la querrela del ofendido, solamente en los casos en que así lo determinen el Código Penal u otra ley”*. Haciendo un análisis de los cuerpos penales mexicanos, se puede apreciar que no existe la acción privada como tal, pues todo pasaría por el ministerio público federal para que este pueda ser calificado y admitido para la intervención pública o privada bajo querrela eminentemente obligatoria, Los delitos del Código Federal Penal de México establecen la querrela en los delitos de:

- Violación de correspondencia (Art. 173 CFP)
- Peligro de contagio (Art. 199-Bis)

- Intimidación (Art. 219.I,II,IX,XX)
- Ejercicio indebido del propio derecho (Art.226)
- Violación a esposa o concubina (Art.265 Bis)
- Adulterio (Art. 274)
- Amenazas (Art. 282. I,II)
- Lesiones (Art. 289, par 2)
- Privación de libertad con propósito de acto sexual (365 Bis)
- Daños en la propiedad ajena (Art 397. I,II, III, IV,V; 398; 399; 399 Bis)
- Delitos contra la gestión Ambiental (Art 420 Quater, I, II, III, IV, V)
Procuraduría General de Protección Ambiental
- Delitos en materia de Derechos de Autor (Art 424 II,III;424 Bis,
Ter;425;426;427;428)

El código Procesal Penal de España, divide de manera excepcional la acción, pues en su Art 16 textualmente mantiene que ***“La acción penal será pública o privada. Cuando sea pública, su ejercicio corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que este Código concede a la víctima o a los ciudadanos”***; a su vez el Art. 18 enuncia los delitos que son de acción pública perseguible a instancia privada, es decir que la vigencia de la acción dependería de la presencia de la acción privada y en el Art 19 la existencia de delitos de Acción privada entre los cuales se tipifican los siguientes:

- Delitos contra el honor
- La propaganda desleal
- Cualquier otro delito que la ley califique como tal

Asimismo, en sus líneas legales preexiste la conversión, figura jurídica que consiste en convertir una acción pública en acción privada previo consentimiento de la víctima y autorizado por el Ministerio público a excepción de delitos realizados con violencia grave sobre las personas. Como se puede visualizar los delitos que se enuncia son amplios y puede acarrear varios delitos conexos que deben ser calificados por el ministerio público para acceder a la conversión, la misma que antes existía en el Código de procedimiento penal ecuatoriano y que en el Código Orgánico Integral

penal promulgado en el año 2004 y vigente en la actualidad no es parte el este cuerpo normativo.

En este sentido, la comparación de los cuerpos legales detallados en líneas anteriores con el COIP, es muy amplia ya que la gama delitos en los cuales cabe la acción privada es más extensa y por lo tanto, es donde nace la pregunta, se debe derogar el ejercicio de la acción privada en los cuerpos legales penales?; o se debe conservarlo y mejorar su aplicación garantizando el derecho de la víctima?. En este sentido hay dos corrientes que han sido recogidas por varios juristas, una de ellas es la derogatoria de esta figura jurídica, dejando la potestad y el pleno ejercicio de la acción penal al ministerio público con todas sus facultades y atribuciones que le confiere la ley como un ente acusador, cabe mencionar que concomitante a esta acción existe la acusación particular con la cual se garantiza el derecho de las víctimas, aunque en la práctica profesional se ha convertido en un simple requisito de procedibilidad pues la actuación del mismo es mínima y la última decisión siempre será del representante del ministerio público coartando el derecho de la víctima a impulsar la acción tanto como el derecho a escoger su representación legal en un profesional de confianza.

Al igual, existe otra corriente que mantiene la necesidad jurídica de mantener y mejorar el ejercicio privado de la acción penal, ya que es promovida por el garantismo procesal, pues el derecho preexistente de la víctima a impulsar la causa con un profesional a su elección es vital en el ejercicio, y a su vez la potestad de llegar a un arreglo resarsorio evitaría innecesarios costos procesales, aunque para algunos juristas esto se ha denominado la “venganza penal”, término discutible ya que muchas víctimas en especial aquellas que son producto de un acto culposo no persiguen el ejercicio punitivo del Estado caso contrario la remediación del daño ocasionado. Asimismo, el criterio moderno mantiene que la pena privativa de libertad, no satisface el cambio de las conductas criminales, caso contrario las perfecciona, en consecuencia esta debería ser un caso excepcional en su aplicación.

2.9. GARANTISMO PROCESAL

El Garantismo Procesal es una máxima suprema, que promueve la supremacía de los derechos fundamentales consagrados en las normas supremas nacionales y supranacionales mediante un bloque de constitucionalidad. Para Luigi Ferrajoli, el “Garantismo” es:

“Es el principal rasgo funcional del estado de derecho, que designa no simplemente un “estado legal” o regulado por la “ley”, sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado por: a) la plena vigencia del principio de legalidad y sometimiento del poder público a normas generales, b) respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuya afectación los posibilita activar la tutela judicial.”

La Constitución de la República, mediante la declaración de un *“estado de derecho y justicia social”*, encamina una perspectiva ideológica funcional que en forma sistémica agrupa lo jurídico, procurando que las disposiciones constitucionales no involucren herramienta positivizada para su aplicación directa. De este modo Alvarado Velloso enuncia parámetros garantistas procesales como :

“la libertad, la garantía del debido proceso; el goce irrestricto del día de audiencia previa en la Corte de Justicia; donde todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado imparcialmente por un juez; y colocado por él en pie de perfecta igualdad frente a su contradictor, con absoluta bilateralidad de la audiencia; sin la asunción por el juez de actitudes paternalistas con las partes o de tareas que no le incumben conforme a lo normado por la Constitución.”

Por lo tanto, toda autoridad pública con competencia para juzgar debe adecuar formal y materialmente todas las leyes y normas a derechos previstos en la constitución, tratados, convenios internacionales y resoluciones internacionales, garantizando la dignidad humana sin trasgredir las normas fundamentales supremas. Ferrajoli citado por Ramiro Ávila enuncia dos términos ligados fuertemente al garantismo, partiendo de una frase *“la ley del más débil”*, así como autores como Nino que indaga que el garantismo es *“... un artificio inventado por el ser humano para evitar el dolor y combatir la injusticia”*, así como otros que lo han considerado como un avance moderno que pretende humanizar los derechos.

Por otro lado, para dar una ejecución satisfactoria al empleo del garantismo procesal, es necesario identificar al ser más débil de la relación jurídica, en este caso a groso modo y de manera superficial se podría decir que es la víctima y de una manera más presuntiva diremos que la víctima puede ser el procesado, ya que bajo el principio de presunción de inocencia goza de este beneficio de duda ante el juzgador; ahora bien, la pregunta que surge en este sentido es si aquella persona que ejerce una acción sobre bienes, propiedades, procedimientos de compras o movimientos financieros, desde el punto de vista socioeconómico es la parte procesal más débil que necesita la protección del Estado. A pesar que el garantismo se encuentra intacto en el ejercicio del proceso, no merece mérito especial la parte procesal que posee los medios necesarios para buscar sus pretensiones legales.

Enfocándonos al otro lado de la moneda el procesado, acusado imputado, reo investigado también mantiene garantías procesales, pues en segundo plano también puede considerarse el más débil de la relación jurídica, más aún cuando no posee las herramientas periciales e investigativas para armar una defensa óptima y defenderse de las acusaciones impuestas por el Estado, contraviniendo obligatoriamente el principio de igualdad de armas en un sistema acusatorio que no ejerce distinción objetiva en su acusación. (Ferrajoli, 2003). En tal razón el más débil será aquella persona que se encuentra en un estado de vulnerabilidad frente al ejercicio punitivo e inquisitivo de un Estado, considerando el criterio de varios juristas que aún en nuestra edad moderna consideran la existencia de un sistema mixto.

Para terminar y haciendo énfasis en la parábola de Ferrajoli, y bajo la percepción de Ávila, debemos entender al garantismo procesal como los límites al poder punitivo del Estado, y la máxima suprema de aplicación de principios procesales que garantizan del derecho fundamental de las partes y más aún aquellas que se encuentran en estado de vulnerabilidad.

2.9.1. El ejercicio procesal de la acción privada

El ejercicio privado de la acción penal, se encuentra normado en el Art. 647 COIP; esta acción se promueve en todos los delitos tipificados en el Art 415 del mismo código. Para entender la especificidad de cada uno de ellos en cuando al accionar de la acción privada analizaremos cada uno de ellos en su tipo.

2.9.1.1. El Delito de Calumnia

Es un delito que afecta directamente al derecho al Honor y al Buen Nombre, se encuentra tipificado en el Art 182 del COIP y en forma textual dice:

“La persona que, por cualquier medio, realice una falsa imputación de un delito en contra de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años...”; En este sentido el tipo penal enuncia características ineludibles, una de ellas la condición humana en la persona, pues la dirección legal va dirigido a regular el comportamiento específico de la especie que tiene la facultad de comunicarse en forma verbal o escrita y por lo tanto transmitir su pensar a otras personas; en este sentido el Art. 41 del Código civil dice: ***“...Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo o condición dividense en ecuatorianos y extranjeros...”***. Asimismo, se puede considerar la persona jurídica como sujeto activo del tipo penal de calumnia en especial cuando el medio utilizado es un medio de comunicación masivo y no es posible atribuirle la conducta típica a una persona natural responsable. Los medios tecnológicos y modernos han tenido preponderancia e incidencia alta en este tipo penal, pues los mismos se han convertido en una herramienta para eludir responsabilidades complicando gravemente las investigaciones, más aún cuando el accionar privado no posee los medios de investigación y recursos adecuados. Y por último la falsa atribución o responsabilidad en el acometimiento o participación de un acto delictivo que debe estar tipificado en concordancia con el principio de legalidad.

“... No constituyen calumnia los pronunciamientos vertidos ante autoridades, jueces y tribunales, cuando las imputaciones se hubieren hecho en

razón de la defensa de la causa...”. En el segundo inciso del mismo artículo, se excusa de este delitos a todos aquellos profesionales del derecho e inclusive alguna de las partes procesales, cuando ante la autoridad jurisdiccional se emiten calumnias con objeto de defensa, cabe señalar que es menester encontrarse en acto procesal formal y no una mera actividad cotidiana ya que se perdería el objeto de una defensa técnica formal. (CC. Art. 131.1 COFJ)

“...No será responsable de calumnias quien probare la veracidad de las imputaciones. Sin embargo, en ningún caso se admitirá prueba sobre la imputación de un delito que hubiere sido objeto de una sentencia ratificatoria de la inocencia del procesado, de sobreseimiento o archivo...”. Se podrá excluir de responsabilidad de calumnia aquella persona que pueda probar mediante sentencia condenatoria ejecutoriada sus afirmaciones, aquellas sentencias que no establecen responsabilidad mediante u sobreseimiento o aquellas que ratifican inocencia serán inadmisibles para su justificación.

“...No habrá lugar a responsabilidad penal si el autor de calumnias, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia ejecutoriada, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación. La retractación no constituye una forma de aceptación de culpabilidad.”. La retractación que no es más que retirar lo dicho o mantenido en el pasado, en las mismas condiciones y en los mismos medios es una forma de excluir la responsabilidad penal, tomando en consideración que la misma de hacerse antes de que se ejecute la sentencia, al ejecutar esta forma de evasión de responsabilidad se salvaguarda la aceptación por este medio.

El jurista David Dayenoff define la calumnia como:

“Una ofensa contra el honor, cuya especialidad reside en el carácter de la imputación deshonrante. Esta se configura con una conducta imputativa, ya que su acción consiste en atribuir un delito o una conducta criminal dolosa. La atribución debe tener como destinatarios uno o más sujetos

determinados, a quienes se los relaciona con un hecho delictuoso, que se dice ocurrido, o con una conducta criminal que se dice asumida por ellos. Esta imputación tiene que ser la de un delito que de lugar a una acción pública. La imputación calumniosa, requiere que se atribuya un delito determinado o, cuando menos determinable con un hecho real, es decir, que la determinación se establezca a través de circunstancias fácticas, como víctima, lugar, tiempo, objeto, medios etc. Además la imputación debe versar sobre un delito de acción pública” (pág. 81,82).

Por otro lado el doctor Fernando Andrade señala:

“La calumnia consiste en atribuir falsamente a otro la comisión de un delito doloso o una conducta criminal dolosa aunque sea indeterminada. Constituye una forma agravada de deshonrar o desacreditar a otro, por lo que ha de reunir todos los caracteres de la injuria, que es el género de los delitos contra el honor. Por tal razón, se asigna a la injuria carácter subsidiario respecto a la calumnia. Mientras en la injuria lo esencial es la entidad ofensiva de la imputación, que ha de tener capacidad para lesionar el honor ajeno, en la calumnia, se describe una conducta determinada que constituye un ataque más grave a la honra y su nota esencial radica en la falsedad” (pág. 82,83).

Estos dos juristas, concuerdan en todos los aspectos en sus definiciones de calumnia, más el segundo de ellos hace una distinción de esta figura con respecto a la injuria, en la cual se puede concluir que la mientras la calumnia es atribuirle o imputarle a una persona un delito de acción pública, la injuria consiste en deshonrar a la persona atribuyéndole actos que no son punibles para el estado pues no constituyen un delito. En varias culturas no solamente latinoamericanas sino mundiales el honor ha constituido un fundamento esencial del ser humano pues la transgresión al mismo puede acarrear una lesión a la estima y respeto del que una persona puede gozar en una sociedad. Por lo tanto el Bien jurídico protegido de este delito es la personalidad, en la cual se encuentra inmersa las cualidades propias del ser humano como la moral, el buen nombre, la profesión, la familia entre otras. Asimismo, el honor es parte de la dignidad humana protegida por la Declaración Universal de Derecho Humano en los Art. 1,22,23

Tipicidad del delito de Calumnia

Tipicidad Objetiva

- Sujeto Activo/autor; Cualquier persona natural o jurídica
- Sujeto Pasivo/victima; persona natural, persona jurídica, menores de edad
- Conducta (verbo rector); falsa imputación
- Resultado (cambio exterior); afectación al honor y al buen nombre
- Relación de causalidad (teoría de las equivalencias), conducta resultado
- Imputación Objetiva(Relación c-e;a-r).
 - Falsa imputación de un delito
 - Delito ofensivo
 - Que el delito sea imputado a determinada persona
 - Que el autor tenga conocimiento de la falsedad de la imputación.

- **El Tipicidad, subjetiva** La descripción de la calumnia como una conducta penalmente relevante se encuadra en el Art 26 COIP, pues existe el ánimo y designio de causar daño. La conducta es dolosa, está constituido por la conciencia de una imputación falsa y tiene el propósito de afectación al bien jurídico protegido (la honra).

2.9.1.2.El Delito de Usurpación

La usurpación es un delito que se encuentra en los delitos contra la propiedad está tipificado en el Art 200 del COIP y en forma textual dice:

“La persona que despoje ilegítimamente a otra de la posesión, tenencia o dominio de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

Si el despojo ilegítimo se produce con intimidación o violencia, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.”.

Para entender la usurpación debemos comprender cada uno de sus componentes. La persona necesariamente es natural de ningún modo puede ser jurídica porque se necesita de un acto, movimiento, voluntad; asimismo el despojo violento, hace referencia a quitar desplazar de un lugar a una persona de su bien utilizando la

fuerza, la agresión, o la intimidación y amenaza. La posesión, tenencia o dominio son figuras civiles que se encuentran en la propiedad como elementos constitutivos, las limitantes o faltante de alguna de ellas hace referencia a la nuda propiedad o mera propiedad, así el usufructo *es “un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa, con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de devolver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible” (Art. 773 CCE)*. La Habitación es *“Si se refiere a una casa y a la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación” (Art. 825 CCE)*. La servidumbre es *“Servidumbre predial, o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño” (Art. 859 CCE)*. La anticresis es *“Anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz, para que se pague con sus frutos” (Art. 2337 CCE)*. La ilegitimidad, es el acto contrario a la ley que adolece de nulidad, en cada una de estas figuras el derecho real está constituido por título registrado y legalizado ante autoridad competente, por lo tanto esta se constituiría en prueba fehaciente para justificar el despojo. Asimismo, la utilización de intimidación y violencia constituirán condicionantes que agravan la pena constituida en el tipo penal.

Para el jurista FOTÁN BALESTRA, Carlos, explica lo siguiente: *“El termino usurpación es utilizado tradicionalmente para denominar un grupo de delitos contra la propiedad, caracterizado especialmente por la naturaleza de los bienes sobre los cuales recae”*. En este sentido el delito en mención establece claramente que la afectación es directamente en los bienes inmuebles, a pesar que en la actualidad se habla de una usurpación en bienes intangibles como el de los derechos de propiedad intelectual u otros propios inmersos en medios tecnológicos.

Tipicidad del delito de Usurpación

Tipicidad Objetiva

- Sujeto Activo/autor; Cualquier persona natural
- Sujeto Pasivo/victima; Cualquier persona natural o jurídica
- Conducta (verbo rector); Despojo ilegítimo
- Resultado (cambio exterior); afectación Derecho de propiedad

- Relación de causalidad (teoría de las equivalencias), conducta resultado
- Imputación Objetiva(Relación c-e;a-r).
 - Privar de la posesión
 - Privar de la tenencia
 - Privar del dominio
 - Despojar un bien inmueble o un derecho real
 - Utilización de intimidación o violencia

- **El Tipicidad, subjetiva** La descripción de la usurpación como una conducta penalmente relevante se encuadra en el Art 26 COIP, pues existe el ánimo y designio de causar daño. La conducta es dolosa, está constituido por la conciencia y la voluntad de ejecutar un acto de despojo injustificado o ilegítimo y tiene el propósito de afectación al bien jurídico protegido (Derecho de propiedad).

2.9.1.3. El Delito de Estupro

El Estupro es un delito de acción privada que se encuentra en los delitos contra la Integridad sexual y reproductiva está tipificado en el Art 167 del COIP y en forma textual dice:

“La persona mayor de dieciocho año que recurriendo al engaño tenga relaciones sexuales con otra, mayor de catorce y menor de dieciocho años, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.”

El estupro es una de las figuras más antiguas en los códigos penales. La misma se ejecuta por parte de una persona (ser humano), persona natural, que ha cumplido la mayoría de edad en la legislación ecuatoriana 18 años y que mediante la seducción, ofrecimientos u otros derivados de estos induce a otra mayor de 14 y menor de 18 a mantener de manera voluntaria relaciones sexuales, considerando el acceso carnal sin utilizar la violencia ni la amenaza. En la actualidad el delito de estupro ha sufrido varios cambios, pues las diferentes concepciones entre la amplitud de sus términos ha

sido objeto de discusión por parte de varios juristas y obviamente objeto de varias percepciones en un litigio penal. El Doctor Manuel López Rey al respecto señala:

“ Las secciones o capítulos en que los códigos penales se ocupan del delito de estupro en sus diversas formas, aunque sin un contenido uniforme, parece tener en común la preocupación no solo de proteger a la mujer y a la familia, sino la de imponer a hombre y mujeres una moral sexual determinada. En suma, con algunas excepciones, la honestidad es concebida en función de la moralidad sexual. Esa finalidad moralizante es perseguida bajo etiquetas diferentes. Por unos se habla de honestidad, continencia y castidad, y se mantiene que su protección es el objeto de la ley penal. Por tanto, al penar el estupro, se espera acrecentar o al menos mantener, esa honestidad en hombres y mujeres. En gran medida, esta tendencia confunde la ley con la moral”.

En este sentido, se puede apreciar que la protección del estado a la honestidad continencia o castidad al género femenino ha cambiado, ya que hoy se puede considerar el cometimiento del delito tanto en hombres como a mujeres y su calidad de seducción ha salido afuera de las perspectivas de prueba pues es considerado sol el engaño y a más que decir de la amplitud del término “relaciones sexuales”. Ya que de igual manera los nuevos cambios sociales han abierto un amplio abanico a estas percepciones.

Tipicidad del delito de Estupro

Tipicidad Objetiva

- Sujeto Activo/autor; Cualquier persona mayor de 18 años
- Sujeto Pasivo/victima; Cualquier persona mayor de 14 y menor de 18
- Conducta (verbo rector); engaño
- Resultado (cambio exterior); Integridad sexual y reproductiva
- Relación de causalidad (teoría de las equivalencias), conducta resultado
- Imputación Objetiva(Relación c-e;a-r).
 - Relaciones sexuales
 - Adolescente como sujeto pasivo del delito
 - Atenta contra la inexperiencia sexual
 - Atenta contra la voluntad sexual

- Atenta contra la seguridad sexual
 - Potestad parental
- **El Tipicidad, subjetiva** La descripción del estupro, como una conducta penalmente relevante se encuadra en el Art 26 COIP, pues existe el ánimo y designio de mantener relaciones sexuales mediante el engaño. La conducta es dolosa, está constituido por la conciencia y la voluntad de ejecutar un acto de engaño o seducción a un menor de edad y tiene el propósito de afectación al bien jurídico protegido (Derecho de integridad sexual y reproductiva).

2.9.1.4. El Delito de Lesiones

El Art 415 COIP, en el cual se establece los delitos de acción privada su numeral 4 dice: ***“Lesiones que generen incapacidad o enfermedad de hasta 30 días, con excepción de los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y delitos de transito”***; por lo tanto el Delito de lesiones es un delito de acción privada siempre que se mantenga los días de incapacidad y las excepciones impuestas, en este sentido el delito de lesiones se encuentra el capítulo de los delitos contra la integridad física tipificado en el Art 152 del COIP y en forma textual dice:

“La persona que lesiones a otra será sancionada de acuerdo a las siguientes reglas:

- 1. Si como resultado de las lesiones se produce en la víctima un daño, enfermedad o incapacidad de cuatro a ocho días, será sancionada con pena privativa de libertad de 30 a 60 días.***
- 2. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de 9 a 30 días, será sancionada con pena privativa de libertad de dos meses a un año.”***

Como se puede apreciar, el COIP no define expresamente lo que es un delito de lesiones, para ello varios juristas han expuesto la concepción del delito al igual que textos amplios que lo definen. Entre ellos citamos a la enciclopedia Jurídica OMEBA que dice:

“... Lesión, es todo menoscabo de la salud o de la integridad personal. Lo contrario de la salud es la enfermedad; lo opuesto a la

integridad personal, es la falta de algún miembro u órgano corporal. Una enfermedad puede curar sin residuo. Por consiguiente, por lesión hay que entender tanto las enfermedades físicas como las psíquicas, los defectos que provengan de ellas y de una parte de la sustancia corporal. Los bienes jurídicos protegidos son, pues la salud y la integridad personal”

El delito de lesiones, está constituido por toda aquella afectación física o psicológica que puede causarse en el ser humano, necesariamente la pericia profesional juega u papel preponderante en la justificación de esta afectación; por lo tanto las insinuaciones o diagnostico pericial en cuanto a la intensidad del daño y medido por el profesional en el área de estudio por días de incapacidad, catalogada esta como relativa será la que motive la sentencia en la causa o acción propuesta.

Tipicidad del delito de Lesiones Menos graves

Tipicidad Objetiva

- Sujeto Activo/autor; Cualquier persona
- Sujeto Pasivo/victima; Cualquier persona
- Conducta (verbo rector); Lesionar, Dañar
- Resultado (cambio exterior); Daño, enfermedad o incapacidad
- Relación de causalidad (teoría de las equivalencias), conducta resultado
- Imputación Objetiva(Relación c-e;a-r).
 - Perjuicio, mal o desgracia
 - Dolor o sufrimiento físico
 - Alteración leve o grave del funcionamiento normal de un organismo de alguna de sus partes
 - Daño moral o espiritual
 - Carencia de condiciones, cualidades o aptitudes;
 - falta de aptitud jurídica
- **El Tipicidad, subjetiva** La descripción del delito de lesiones, como una conducta penalmente relevante se encuadra en el Art 26 y 27 COIP, pues se toma como generalidad el dolo pues existe la intención o designio de causar el daño; asimismo, la conducta puede ser preterintencional, pues el agresor pudo

haber causado un daño más grave que el que quiso causar. De igual manera la conducta puede ser culposa pues se puede haber infringido el deber objetivo de cuidado concordante con el Art 146.1-4 COIP, produciendo un resultado dañoso.

2.10. Garantía y eficacia en el proceso Penal

Los sistemas inquisitivos, en los cuales se otorgaba el poder oficioso al juez convirtiéndole en un sistema autoritario, que ha provocado en la historia una desnaturalización del proceso penal por las arbitrariedades e injusticias con las cuales se justificó métodos crueles e inhumanos con el supuesto de buscar la justicia, ha quedado atrás, por un sistema acusatorio que se ha convertido en la nueva tendencia a pesar que en muchos países no se ha podido generar una transformación total, creando así un sistema mixto, en el cuál nuestro país está inmerso.

La idea de buscar justicia ha sido validada a través de la historia. Una forma de conseguir la misma ha sido la tendencia garantista del proceso, pues con ellas se pretende alcanzar una decisión justa con la mayor eficacia posible. Como ya habíamos detallado en temas anteriores el garantismo procesal pretende hacer efectivas todas aquellas normas constitucionales en especial las del debido proceso haciendo efectiva la solución a conflictos priorizando el actuar de los justiciables.

Al realizar el estudio del Ejercicio Privado de la Acción Penal, se ha encontrado que la misma en su esencia debe ser accionada por la víctima por medio de su defensor particular, en este sentido se ha excluido la intervención del ministerio público como ente titular del ejercicio penal. De igual manera el ejercicio privado de la acción penal se encuentra dividido en el tipo de infracción, esto es en delitos y contravenciones, cuando se trata de contravenciones penales, las mismas deberán sustanciarse bajo el procedimiento expedito tipificado en el Art 641, 642, 643 COIP, pues estas contravenciones serán juzgadas a petición de parte.

Al tratarse de delitos los cuales se han detallado en párrafos anteriores el procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal será el tipificado en el Art 647 y siguientes COIP.

2.10.1. La Querella en el Ejercicio Privado de la Acción penal

La querella es una formalidad esencial en el ejercicio de la acción privada, pues la misma reviste de legitimidad a las actuaciones procesales de la víctima, y da a conocer la voluntad de la parte afectada por un delito de iniciar la acción penal y de someterse a la competencia de una juez de garantías penales. Al respecto El jurista Anibal Guzmán, dice: *“Es la acusación ante un juez o tribunal competente de la comisión de un delito pidiendo su investigación y la sanción correspondiente. La querella equivale o es sinónimo de acusación particular...”*. En este sentido la querella establece competencia, voluntad de la víctima y a sus vez legitimidad de actuación en los actos procesales en concordancia con los Art. 75 CRE y 23 COFJ.

Requisitos de la Querella y la Admisibilidad

El Art. 647.2 COIP, determina los requisitos que debe contener la querella, que debe ser presentada ante un juez de garantías penales o su vez ante un tribunal de garantías penales conservando el fuero como una característica de competencia del proceso penal. Entre los requisitos tenemos:

- a) Nombres, apellidos, dirección domiciliaria y número de cédula de ciudadanía o identidad, o pasaporte de la o el querellante.*
- b) El nombre y apellido de la o el querellado y si es posible, su dirección domiciliaria.*
- c) La determinación de la infracción de que se le acusa.*
- d) La relación circunstanciada de la infracción, con determinación del lugar y la fecha en que se cometió.*
- e) La protesta de formalizar la querella.*
- f) La firma de la o el querellante o de su apoderada o apoderado con poder especial el cual deberá acompañarse. El poder contendrá la designación*

precisa de la o el querellado y la relación completa de la infracción que se requiere querellar.

g) Si la o el querellante no sabe o no puede firmar, concurrirá personalmente ante la o el juzgador y en su presencia estampa su huella digital.”

Todos aquellos requisitos enunciados, servirán de base para decretar la admisibilidad el proceso, así la calificación deberá tomar en consideración los siguientes aspectos: la falta o delito imputado; la relación de los hechos constitutivos, fechas y lugar de los presupuestos facticos, nombres y direcciones del querellante y los testigos. Asimismo, se analizará la prescripción de la acción como una forma de extinguir el proceso. De esta manera cumplido y verificado los elementos esenciales de la acción privada se dará inicio a la acción.

2.10.2. Medidas cautelares en el Ejercicio privado de la Acción penal

El Art. 647.4 COIP, dice “ *En los procesos que trata esta Sección no se ordenará medidas cautelares...*”; bajo este precepto, si partimos de la necesidad de garantizar la comparecencia al proceso del querellado, imputado, acusado, nos encontramos con una falencia procesal que puede vulnerar el garantismo procesal ya que no se establecen medidas que coadyuven a generar una eficacia jurídica en el proceso. En este sentido la víctima puede verse afectada en sus pretensiones, y más aún cuando producto de este, los delitos quedan en la impunidad. El Dr. Felipe Rodríguez al responder la pregunta ¿Qué pasa si no se contesta la querrela en el plazo establecido?, muy acertadamente manifiesta que “nada”, pues al no existir la potestad de dictarse medidas cautelares no se exige la comparecencia de defensa al proceso ocasionando claramente una deslealtad procesal, afectando al garantismo en sus principios de lealtad, buena fe y dispositivos que no son subsanables en el proceso.

2.10.3. Comparecencia del querellado a la audiencia de juzgamiento

Otro aspecto de discusión que afecta al garantismo procesal es el detallado en el Art. 649.5 COIP que textualmente dice: “*Si la o el querellado no acude a la*

audiencia, se continuará con la misma en su ausencia”. En este sentido la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador bajo sentencia 005-17-SCN-CC No. 0017-15-CN del 4 de julio 2017 textualmente dice:

“2.1. Declara la constitucionalidad condicionada del numeral 5 del artículo 649 del Código Orgánico Integral Penal, relativo al juicio en ausencia de los delitos de acción privada.

2.2. En tal virtud, se dispone que la disposición referida será constitucional, siempre y cuando se aplique cumpliendo con los recaudos procesales fijados en la presente sentencia:

a. Citación al querellado: Citar al querellado conforme a lo dispuesto por el Código Orgánico Integral Penal y agotar todos los medios admitidos por dicho cuerpo legal para asegurar que la citación haya tenido lugar.

b. Designación del defensor público: luego de haber sido citado el querellado, si este no comparece a fijar el casillero judicial y a designar a su defensor en el plazo fijado en el Código Orgánico Integral Penal, el juez en conocimiento de la causa deberá designar un defensor público, con la antelación suficiente para que este pueda preparar una defensa técnica apropiada para el caso y entrar en contacto con su defendido”

En consecuencia, existen interrogantes que deben ser subsumidas en la presente investigación, pues el desarrollo procesal quedaría en duda ya que se está anticipando una sentencia condenatoria. El derecho a la defensa como una de las garantías procesales de mayor importancia y relevancia se encuentra entre dicho, ya que para ambas partes procesales se vulneran principios así, la víctima o querellante se encuentra en un estado de vulnerabilidad pues la no comparecencia del querellado no garantizaría ni sus pretensiones en cuanto a la reparación integral y mucho menos en la punición o pena que debería cumplir el querellado afectando directamente el principio de tutela judicial efectiva, el principio de acceso a la justicia. Así mismo el querellado adolece de un derecho a la defensa material y a una defensa técnica pues si el mismo, no dio contestación a la querrela no hay garantía de que su abogado público pueda mantener un contacto directo con el mismo, evidenciando un escaso o nulo derecho a la defensa pues no se tendrán medios de prueba que ayuden a una correcta aplicación de justicia, en este sentido se vulneran principios como el de duda

a favor del reo, principio de igualdad, principio de contradicción, principio de publicidad, intermediación.

2.11. La Malicia y la Temeridad en el Ejercicio Privado de la Acción Penal

La tutela judicial efectiva, como un principio de protección no discrimina los derechos del querellante como del querellado. De esta manera cuando la acción de querrela ha sido generada sin fundamento y produce una sentencia absolutoria, la misma debe ser declarada con temeridad o con malicia. Estos términos jurídicos producen consecuencias en el querellante, de esta manera el Art. 649.8 indica que ***“La persona condenada por temeridad pagará las costas procesales, así como la reparación integral que corresponda”***. A pesar que la temeridad no se encuentra definida en el cuerpo legal, según algunos profesionales debe considerarse cuando: ***“existe una falta de conocimiento y sensatez, carencia de intención de causar daño, actuaciones precipitadas, falta de deber objetivo de cuidado, errores en la tramitación, pretensiones incoherentes”*** (Shiguango, 2019). Por lo tanto quién recaiga en estos parámetros referenciales, deberá pagar las costas, que se constituyen como los gastos del proceso y a su vez el reconocimiento de la reparación integral que es regulada conforme al daño ocasionado según el Art. 11.2

“A la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso.” (COIP, 2019, 103)

Asimismo, el Art. 77 del COIP, sobre la reparación integral de los daños en concordancia con el Art 78 del mismo cuerpo, se establecen los mecanismos de la reparación integral entre ellos la restitución, la rehabilitación, las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales, las medidas de satisfacción simbólicas y las garantías de no repetición. Cabe analizar que las medidas de reparación deben ser establecidas por el juzgador siempre que la parte afectada justifique el daño ocasionado en el

momento procesal oportuno, caso contrario a discrecionalidad del juzgador se establecerán medidas simbólicas.

La malicia, por el contrario se encuentra en al Art. 649.9 del COIP que dice: ***“ En caso de que la o el juzgador la califique de maliciosa, la o el querellado podrá iniciar la acción penal correspondiente”***. En este sentido al igual que la temeridad la malicia también debe tener ciertas características para ser incluida en un dictamen, así debe incluir el deseo de hacer el mal, debe haber conductas negativas por parte del sujeto activo del proceso, malas intenciones, inexistencia de valores éticos o morales y que se evidencie la mala fe procesal. Por lo tanto, la malicia se configura como la intención dolosa de causar un daño grave, el delito con el cuál el querellado puede iniciar una acción penal es la tipificada en el Art 271 COIP que dice:

“ Acusación o denuncia maliciosa.- La persona que proponga una denuncia o acusación particular cuyos hechos no sean probados, siempre que la acusación o denuncia sea declarada judicialmente como maliciosa, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año”. (2018, pág. 92).

Es importante, recordar que hoy en día la malicia y la temeridad son dos figuras separadas que se pueden incluir en una sentencia de manera autónoma, pues hasta antes de la promulgación del COIP las sentencias mantenían a estas figuras unidas y por lo tanto las denuncias eran declaradas maliciosas y temerarias. De igual manera se debe considerar que el delito de acusación o denuncia maliciosa, recae en los delitos de acción pública debiéndose considerar este particular pues el juez que conoce la causa principal es el único que podría calificar las actuaciones de los sujetos procesales para poder dictaminar una sentencia acorde a la realidad del proceso, aunque varios juristas podrían argumentar la falta de imparcialidad del juez se debería considerar su participación como elemento fundamental en la calificación de malicia.

2.11.1. Prescripción y extinción la Acción Penal en el Ejercicio privado

Al desarrollar el presente tema, es necesario detallar el tiempo como una forma de prescripción, de esta manera si cometido el delito no se ha iniciado la acción con la querrela la prescripción de la acción opera según lo tipificado en el Art 417.3.b que dice “...**que la acción prescribirá en el plazo de 6 meses a partir del cometimiento del delito**”. En caso de haber iniciado la acción privada mediante la querrela la prescripción opera según el Art 417.5 dice “... **La prescripción se producirá transcurridos dos años a partir de la fecha de la citación de la querrela**”. Cabe mencionar que los efectos del tiempo en la prescripción del ejercicio privado de la acción operan o se ejecuta a petición del querrellado, a pesar que la norma establece que puede operar de oficio este dependerá de la carga procesal del funcionario público.

Uno de los parámetros preponderantes en el ejercicio privado de la acción penal es la potestad de las partes en llegar a un acuerdo y por lo tanto extinguir la acción penal. El Art. 647.4 COIP, en el cuál se enuncian las formas en las cuales se puede concluir con el proceso, se reducen al abandono, desistimiento, remisión. Asimismo, es concordante con el Art 416 del mismo cuerpo que establece específicamente para el ejercicio privado de la acción, la remisión o renuncia libre y voluntaria; desistimiento o transacción y la prescripción que ya se ha detallado en líneas anteriores. Una ventaja de este procedimiento se simplifica en la potestad del querellante como del querrellado en llegar a una conciliación favorable, la misma que produce efectos de extinción al contrario de la acción pública en la cual el proceso y el impuso sigue por parte del ministerio público, considerando efectivamente que los delitos en la acción privada no causan conmoción social y permiten un arreglo y terminación rápida bajo un acuerdo satisfactorio a las pretensiones de la víctima.

Bajo esta consideración, existen dos puntos de importancia en el ejercicio de este procedimiento, el primero es la forma de acuerdo que debe ser regulado, controlado en derecho por el juez de garantías penales, con el objeto de evitar la llamada “venganza privada”; y por último la inclusión de delitos que por su naturaleza patrimonial privada no merecen la intervención pública, esta conclusión es fruto de lo analizado en legislaciones conexas en las cuales se han mantenido varios delitos, es

decir la existencia de una amplia gama de delitos de acción privada, al contrario que en la legislación ecuatoriana la existencia de 4 de ellos es equivalente a una posible eliminación de esta clase de procedimiento que es catalogado como la esencia de la regulación penal privada.

2.12. Objetivos

2.12.1. General

Analizar el ejercicio privado de la acción penal y su afectación en el Garantismo Procesal

2.12.2 Específicos

- Identificar y debatir el garantismo procesal y el derecho de las partes en el proceso privado de la acción penal
- Comparar los delitos del ejercicio privado de la acción penal y su aplicación en los países de Ecuador, Colombia México y España,
- Cuantificar las acciones penales del ejercicio privado instauradas en el año 2019 y compararlas con la acción pública para conocer los índices de aplicación y afectación a la administración de justicia.

3. CAPITULO III

3.1. Metodología

3.1.1 Enfoque

Según Hernández (2003): *“El cuantitativo utiliza la recolección y el análisis de datos para contestar preguntas de investigación (...), el conteo y frecuentemente en el uso de la estadística para establecer con exactitud patrones de comportamiento de una población”* (p.153). Por lo tanto, en el tema de estudio se empleará un enfoque cuanti-cualitativo. Es cuantitativa, porque se recolectarán datos estadísticos emitidos por el consejo de la judicatura de Tungurahua, con los cuales se podrá comparar de forma porcentual los procesos públicos o privados así como la incidencia de delitos según se clase. De igual manera, es cualitativo ya que mediante el criterio de expertos se podrá contra restar afectaciones subjetivas en la aplicación del garantismo procesal.

3.2. Modalidad básica de la investigación

Según Naranjo (2004), *“la investigación de campo es el estudio sistemático de los hechos en el lugar en que se producen. En esta modalidad el investigador toma contacto en forma directa con la realidad, para obtener información de acuerdo con los objetivos del proyecto”*. (p.45).

El mismo autor con relación a la investigación documental-bibliográfica expone que *“tiene el propósito de detectar, ampliar y profundizar diferentes enfoques, teorías, conceptualizaciones y criterios de diversos autores sobre una cuestión determinada, basándose en documentos (fuentes primarias), o en libros, revistas, periódicos y otras publicaciones (fuentes secundarias)”*.

Por lo tanto en la presente investigación se optará por dos modalidades; de campo porque gracias a ella se establece un contacto directo con la realidad, en la cual se recolecta información asociada a los objetivos planteados y a la problemática de

estudio; la segunda modalidad de investigación es la Bibliográfica-Documental por cuanto aquí se profundiza en los estudios basándose en las fuentes primarias con lo cual se comprende y amplía de mejor manera los diferentes enfoques del tema planteado, la información que se obtuvo fue netamente basada en lectura de libros, documentos y revistas las cuales son fuentes primarias y secundarias para el levantamiento de información.

3.2.1. Nivel o tipo de investigación

El presente trabajo se sustentará en niveles de investigación de:

3.2.1.1. Descriptivo.

La presente investigación es de carácter descriptivo porque estudia los hechos, causas efectos y la forma en que se genera la problemática de estudio, para establecer el o los hechos descritos concretos que servirán de base para comprender la posible afectación social y legal.

3.2.1.2. Explicativo.

Es explicativo, porque se pretende explicar el problema como fenómeno existente en la actividad procesal, los hechos o presupuestos fácticos acoplados a un fundamento científico de la conducta y la problemática legal que existe en la afectación directa al garantismo procesal y más allá al derecho y a las pretensiones de la víctima y del procesado.

3.2.1.3. Correlacional.

Permite comparar y analizar las dos variables de la investigación, por una parte el ejercicio de la acción privada y por otra la posible afectación al garantismo procesal,

de cuyo análisis e interpretación se pretende considerar la problemática concreta para proponer una solución legal y subsanar el perjuicio social y legal.

3.3. Población y Muestra

En busca de encontrar criterios significativos, de expertos en el tema de estudio, y en especial del área penal, se ha considerado tomar una población total de 5 jueces penales de la Corte Provincial de Justicia. Por ser una población inferior a 100 personas, no es necesario generar fórmula de muestreo y por lo tanto esta se tomará como el universo total de investigación.

3.4. OPERALICIONALIZACIÓN DE VARIABLES

Cuadro No. 01: Operacionalización V.D.: El Ejercicio Privado de la Acción Penal

CONEXTUALIZACION	DIMENSIÓN	INDICADORES	Ítems Básicos	Técnicas e Instrumentos
Es un procedimiento en el cual el ejercicio de la acción le corresponde directamente al particular, que se encuentra en estado de victima por un acto que ha afectado al bien jurídico protegido establecido en el Código Orgánico Integral Penal.	<ul style="list-style-type: none"> • Procedimiento • Ejercicio de la Acción • Victima • Bien Jurídico Protegido 	<ul style="list-style-type: none"> • Especiales • Ordinarios • Publica • Privada • Vulnerables • No vulnerables • Físico • Psicológico • Patrimonial 	<p>¿Conoce cuándo se aplica el ejercicio de la acción privada en materia penal?</p> <p>¿Sabe la diferencia entre la acción privada y acción pública en materia penal?</p> <p>¿La acción privada responde a la afectación de personas vulnerables o no vulnerables?</p> <p>¿La acción privada responde al interés legal de proteger el bien jurídico?</p>	<p>Técnicas/ Instrumentos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Entrevista estructurada

Elaborado por: Fernando Paredes (2018)

Fuente: Investigador

3.5. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

CONEXtualización	DIMENSIÓN	INDICADORES	ITEMS BÁSICOS	Técnicas e Instrumentos
Es la protección establecida en la normativa constitucional, mediante el principio de tutela judicial efectiva, que se activa cuando se afecta un bien jurídico protegido y se ejecutan los procesos sistémicos y procesales por parte de la administración de justicia.	<ul style="list-style-type: none"> • Protección de derechos • Tutela Judicial efectiva • Bien jurídico protegido • Administración de justicia 	<ul style="list-style-type: none"> • Derechos Constitucionales • Derechos Humanos • Debido Proceso • Principio de legalidad • Patrimoniales • Físicos • Psicológicos • Jurisdicción Penal • Competencia Penal • Ministerio Público 	<p>¿Conoce los derechos garantistas del proceso establecidos en la constitución?</p> <p>¿El Estado es garantista del debido proceso para efectivizar la tutela judicial efectiva?</p> <p>¿Conoce el Bien Jurídico protegido que afecta al interés público?</p> <p>¿La administración de justicia en materia penal ejecuta el garantismo procesal en todas las etapas del proceso?</p>	<p>Técnicas/ Instrumentos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Entrevista estructurada

Cuadro No. 02: Operacionalización V.I.: Garantismo Procesal

Elaborado por: El Investigador

Fuente: Investigador

3.6. Técnicas e Instrumentos

Encuesta.

La encuesta es una técnica de recolección de información que permitirá a través de un cuestionario recopilar datos sobre las opiniones vertidas por toda la población investigada para mediar las variables planteadas y por lo tanto comprobar el objeto de la investigación

La aplicación de ésta técnica permite facilitar la investigación con mayor profundidad, economizar tiempo y principalmente aproximarnos a la verdad por su carácter real y directo en la recolección de información.

Plan de Recolección e Información.

Para la recolección de información se acogerá la diferente bibliografía especializada tanto en la normativa Penal como constitucional.

- Se elaborarán organizadores gráficos para poder desmembrar la información obtenida y llegar a un mejor entendimiento.
- Se diseñará un cuestionario teniendo como base la Operacionalización de variables.

Cuadro No. 03: Recolección de información

Preguntas Básicas	Explicación
1.- ¿Para qué?	Para obtener diversas opiniones y alcanzar los objetivos de investigación
2.- ¿De qué personas u objetos?	Jueces de lo Penales de la Corte Provincial de Justicia
3.- ¿Sobre qué aspectos?	Variables
4.- ¿Quién, quiénes?	El investigador

5.- ¿Cuándo?	febrero del 2020
6.- ¿Dónde?	Corte Provincial de Justicia
7.- ¿Cuántas veces?	1 prueba piloto y 1 prueba definitiva
8.- ¿Qué técnicas de recolección?	Encuesta
9.- ¿Con qué?	Instrumentos: Cuestionarios
10.- ¿En qué situación?	Entrevista de manera personal

Elaborado por: El Investigador

Procesamiento y análisis.

- Para la recolección de información se acogerá la diferente Bibliografía especializada tanto en el proceso penal, como del área constitucional.
- Se elaborarán organizadores gráficos para poder desmembrar la información para llegar a un mejor entendimiento.
- Se diseñará un cuestionario teniendo como base la Operacionalización de variables

3.7. PREGUNTA DIRECTRIZ O IDEA CENTRAL

- ¿El ejercicio privado de la acción penal vulnera el derecho a la defensa, con el juzgamiento en ausencia?
- ¿El ejercicio privado de la acción penal no posee garantías de comparecencia por parte del querellado ya que no existen medidas cautelares aplicables?
- ¿La poca consideración de delitos de acción privada, provocan una aglomeración de procesos y reducción de eficiencia del ministerio público en delitos de Acción pública?

CAPITULO IV

4. RESULTADOS

4.1. Resultados Cuantitativos

Del estudio de campo y extracción de los datos estadísticos del Ejercicio Público y privado de la acción penal, emitidos por el Consejo de la judicatura Tungurahua, se desprende la siguiente gráfica:

Cuadro No. 04: Mapa Estadístico de causas penales

Detalle de causas 31/02/2019	Número de Causas	Tamaño porcentual
Actos Urgentes	178	3.11%
Comisión	1	0.02%
Contravenciones a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor	2	0.03%
Contravenciones Penales	12	0.21%
Delitos de Transito	16	0.28%
Delitos contra la mujer y miembros del núcleo familiar	3	0.05%
<i>Ejercicio Privado de la Acción Penal</i>	92	1.61%
Especial	1	0.02%
Garantías Jurisdiccionales de los derechos Constitucionales	16	0.28%
Garantías Penitenciarias	795	13.88%
Indagación Previa	218	3.81%
Investigación Previa	3363	58.73%

Medidas de Protección	7	0.12%
Principio de oportunidad	67	1.17%
Recusación	2	0.03%
Acción Penal Pública	952	16.63%
Acción Penal Privada	1	0.02%
Total	5726	100%

Elaborado Por: Investigador

4.2. Resultados Cualitativos

Con el objeto de recolectar, criterios cualitativos, se ha procedido a realizar entrevistas, con las cuales se obtuvo el criterio personalizado de varios juristas reconocidos del Derecho y que por su alto grado de experticia han consolidado su criterio de la siguiente manera:

Cuadro No. 05: Entrevista No.01

Nombre del Entrevistado: Dr. Carlos Carrasco Castro
Cargo en la Institución: Juez de la Unidad Judicial Multicompetente
1. Pregunta: Qué característica considera, que diferencia a los delitos de acción público de los delitos de acción privada?
Respuesta.: El Impulso procesal
2. Pregunta: En el libre ejercicio profesional o como juez de garantías penales ha tenido casos de Acción privada en los dos últimos años, cuántos y de que delito de los descritos en el COIP?
Respuesta.: He conocido de juicios de acción penal privada en su mayoría por delitos de usurpación y lesiones. En un total de 30 procesos aproximadamente
3. Pregunta: Considera que se debería ampliar la gama de delitos de Acción privada establecidos en el COIP?, Por qué?
Respuesta.: No, porque a mi percepción ya se encuentran en el COIP
4. Pregunta: Las forma de conciliación, mediación, arbitraje garantizan el derecho de la partes en la extinción del proceso penal privado? Por qué?

Respuesta.: Necesariamente, ya que se puede conciliar en los delitos de acción privada
5. Pregunta: Considera que se vulnera el derecho a la defensa cuando no existe igualdad de armas en las herramientas procesales? Por qué?
Respuesta.: Necesariamente, porque la ley es clara, en igualdad de derechos tanto para acusar como para defender
6. Pregunta: Considera que tanto la fiscalía como la defensa técnica privada poseen las mismas armas procesales en un juicio de acción pública o privada? Por qué?
Respuesta.: No, porque en la acción privada las partes se encuentran supeditadas ya que en las diligencias y peritajes deben ser costeados por la parte querellante, mientras que en la acción pública el tratamiento es diferente.
7. Pregunta: Considera que las reglas de aplicación del ejercicio privado de la acción penal garantizan la comparecencia del querellado? Por qué?
Respuesta.: Si, porque para que el querellado comparezca al proceso, necesariamente debe ser citado con la querella.
8. Pregunta: Considera que las medidas cautelares personales y reales se deberían aplicar a los procedimientos del ejercicio privado de la acción penal ? Por qué?
Respuesta.: No, porque con los delitos que se establece en el ejercicio privado, no es necesario aplicar la prisión preventiva.
9. Pregunta: Considera usted que el juzgamiento en ausencia vulnera el derecho a la defensa en el Ejercicio privado de la acción penal? Por qué?
Respuesta.: Necesariamente vulnera derechos constitucionales.
10. Pregunta: Conoce como Juez cuantos casos de acción privada han finalizado utilizando los MASC?
Respuesta.: He conocido de algunos casos pero en un porcentaje menor al 5%

Elaborado por el Investigador

Cuadro No. 06: Entrevista No.02

Nombre del Entrevistado: Dr. Iván Garzón

Cargo en la Institución: Juez Provincial Sala Penal	
1. Pregunta: Qué característica considera, que diferencia a los delitos de acción público de los delitos de acción privada?	
Respuesta.: - El ejercicio de la acción como titular a la victima y no fiscalía; - El procedimiento es diferente, solo tiene la etapa de juzgamiento y conciliación; - La acción se extingue por perdón, remisión, conciliación, etc., o retractación en las injurias	
2. Pregunta: En el libre ejercicio profesional o como juez de garantías penales ha tenido casos de Acción privada en los dos últimos años, cuántos y de que delito de los descritos en el COIP?	
Respuesta.: Si los tengo. Aproximadamente 20 casos , todos los previstos en el Art. 415 del COIP. De aquellos la usurpación es la más casuística.	
3. Pregunta: Considera que se debería ampliar la gama de delitos de Acción privada establecidos en el COIP?, Por qué?	
Respuesta.: Si sería oportuno ampliar el catálogo de tipos penales, en consideración de que el bien jurídico tutelado afecta más a la víctima que al Estado-sociedad.	
4. Pregunta: Las forma de conciliación, mediación, arbitraje garantizan el derecho de la partes en la extinción del proceso penal privado? Por qué?	
Respuesta.: Si garantizan principalmente por la voluntad y confidencialidad de las partes, que pone fin al proceso y hace efectiva una cultura de paz, la justicia restaurativa.	
5. Pregunta: Considera que se vulnera el derecho a la defensa cuando no existe igualdad de armas en las herramientas procesales? Por qué?	
Respuesta.: Por supuesto que sí. El derecho a la defensa, consagrado en la CRE y convenios internacionales deben aplicarse en todo proceso penal: ser tratado en igualdad de condiciones ante la ley.	
6. Pregunta: Considera que tanto la fiscalía como la defensa técnica privada poseen las mismas armas procesales en un juicio de acción pública o privada? Por qué?	

Respuesta.: No tienen las mismas armas, pues Fiscalía es el agente persecutor y dirige la investigación; mientras que el defensor como sujeto de defensa solo pide al juez la práctica de pruebas, nos dirige.
7. Pregunta: Considera que las reglas de aplicación del ejercicio privado de la acción penal garantizan la comparecencia del querellado? Por qué?
Respuesta.: Considero que si garantizan la intermediación procesal, por cuanto no existe un alto número (casi ninguno conocido) que haya quedado impune por falta de comparecencia del querellado.
8. Pregunta: Considera que las medidas cautelares personales y reales se deberían aplicar a los procedimientos del ejercicio privado de la acción penal ? Por qué?
Respuesta.: Las personales no; por la excepcionalidad, necesidad proporcionalidad, las reales si, para asegurar la reparación integral de las víctimas.
9. Pregunta: Considera usted que el juzgamiento en ausencia vulnera el derecho a la defensa en el Ejercicio privado de la acción penal? Por qué?
Respuesta.: Si, el querellado ha sido legal y debidamente citado con la querella y pese a ello no señala casillero judicial, ni designa defensor, ni comparece a juicio, No hay vulneración de derecho alguno; pero sino fue citado, es evidente que, si se transgrede su derecho a la defensa
10. Pregunta: Conoce como Juez cuantos casos de acción privada han finalizado utilizando los MASC?
Respuesta.: En el órgano jurisdiccional al que pertenezco hemos llamado y logrado en unos 8 casos la conciliación, entre acción primada y contravenciones penales

Elaborado por: El investigador

Cuadro No. 07: Entrevista No.03

Nombre del Entrevistado: Dra. Pilar Lozada Segura
Cargo en la Institución: Presidenta de la de la Corte Provincial de Justicia Tungurahua

1. Pregunta: Qué característica considera, que diferencia a los delitos de acción público de los delitos de acción privada?
Respuesta.: El bien jurídico protegido, el interés social en los delitos de acción pública, en cambio el de acción privada afecta el interés particular.
2. Pregunta: En el libre ejercicio profesional o como juez de garantías penales ha tenido casos de Acción privada en los dos últimos años, cuántos y de que delito de los descritos en el COIP?
Respuesta.: Frecuentemente siendo el más común los delitos de usurpación
3. Pregunta: Considera que se debería ampliar la gama de delitos de Acción privada establecidos en el COIP?, Por qué?
Respuesta.: Si, porque la tendencia mundial a puesta a la despenalización de conductas que afectan a intereses particulares
4. Pregunta: Las forma de conciliación, mediación, arbitraje garantizan el derecho de la partes en la extinción del proceso penal privado? Por qué?
Respuesta.: Claro, el beneficio radica en que el sujeto pasivo obtiene el resarcimiento del perjuicio de modo ágil y efectivo
5. Pregunta: Considera que se vulnera el derecho a la defensa cuando no existe igualdad de armas en las herramientas procesales? Por qué?
Respuesta.: Si, en el actual sistema acusatorio oral debe primar la igualdad de armas, necesaria en una defensa efectiva.
6. Pregunta: Considera que tanto la fiscalía como la defensa técnica privada poseen las mismas armas procesales en un juicio de acción pública o privada? Por qué?
Respuesta.: En los juicios de acción pública existe igualdad de normas pero dependiendo del delito se puede dar mayor peso probatorio.
7. Pregunta: Considera que las reglas de aplicación del ejercicio privado de la acción penal garantizan la comparecencia del querrelado? Por qué?
Respuesta.: No puede existir una garantía absoluta de comparecencia
8. Pregunta: Considera que las medidas cautelares personales y reales se deberían aplicar a los procedimientos del ejercicio privado de la acción penal ? Por qué?

Respuesta.: No, se debe ver la proporcionalidad entre la medida cautelar y el delito que se investiga.
9. Pregunta: Considera usted que el juzgamiento en ausencia vulnera el derecho a la defensa en el Ejercicio privado de la acción penal? Por qué?
Respuesta.: Por supuesto, no daríamos igualdad de armas, el proceso puede seguir en ausencia pero la comparecencia al juzgamiento es imprescriptible.
10. Pregunta: Conoce como Juez cuantos casos de acción privada han finalizado utilizando los MASC?
Respuesta.: Depende de la clase de delito cuyo bien jurídico protegido afecta, cuando se trata de honor y daño físico si se ha logrado conciliación.

Elaborado por el Investigador

Cuadro No. 08: Entrevista No.04

Nombre del Entrevistado: Dr. Marco Noriega Puga
Cargo en la Institución: Juez Provincial Sala Penal Tungurahua
1. Pregunta: Qué característica considera, que diferencia a los delitos de acción público de los delitos de acción privada?
Respuesta.: Se diferencia en que el procedimiento es diferente y en el impulso procesal
2. Pregunta: En el libre ejercicio profesional o como juez de garantías penales ha tenido casos de Acción privada en los dos últimos años, cuántos y de que delito de los descritos en el COIP?
Respuesta.: Si he tenido aproximadamente 25 procesos, entre ellos el de usurpación es mayor número
3. Pregunta: Considera que se debería ampliar la gama de delitos de Acción privada establecidos en el COIP?, Por qué?
Respuesta.: Si, sería factible ampliar el catálogo de tipos penales, por cuanto el bien jurídico protegido en muchos delitos afecta a la víctima
4. Pregunta: Las forma de conciliación, mediación, arbitraje garantizan el derecho de la partes en la extinción del proceso penal privado? Por qué?

Respuesta.: Si, ya que existe un resarcimiento de manera ágil, eficaz, pronta y oportuna
5. Pregunta: Considera que se vulnera el derecho a la defensa cuando no existe igualdad de armas en las herramientas procesales? Por qué?
Respuesta.: Si se vulnera, por cuanto al verse vulnerado este derecho, no podríamos hablar de una igualdad de condiciones.
6. Pregunta: Considera que tanto la fiscalía como la defensa técnica privada poseen las mismas armas procesales en un juicio de acción pública o privada? Por qué?
Respuesta.: No tienen las mismas armas, ni condiciones, por cuanto fiscalía al ser el titular de la acción cuenta con todas las pericias pertinentes; mientras que en la acción privada las pericias deben ser canceladas por las partes procesales.
7. Pregunta: Considera que las reglas de aplicación del ejercicio privado de la acción penal garantizan la comparecencia del querellado? Por qué?
Respuesta.: Si, por cuanto para que comparezca el querellado al proceso, este debe ser citado (inmediación procesal)
8. Pregunta: Considera que las medidas cautelares personales y reales se deberían aplicar a los procedimientos del ejercicio privado de la acción penal ? Por qué?
Respuesta.: Las medidas cautelares personales, no; ya que no hay proporcionalidad entre el delito y la pena y la prisión preventiva es de ultima ratio.
9. Pregunta: Considera usted que el juzgamiento en ausencia vulnera el derecho a la defensa en el Ejercicio privado de la acción penal? Por qué?
Respuesta.: Si fue citado en legal y debida forma y jamás compareció al proceso, no existe vulneración; si fuera lo contrario existe una grave vulneración al debido proceso y derecho a la defensa.
10. Pregunta: Conoce como Juez cuantos casos de acción privada han finalizado utilizando los MASC?
Respuesta.: Existe un número muy reducido

Elaborado por el Investigador

Cuadro No. 09: Entrevista No.05

Nombre del Entrevistado: Dr. Marco Cárdenas Gavilanez
Cargo en la Institución: Juez de la Sala Penal de Tungurahua
1. Pregunta: Qué característica considera, que diferencia a los delitos de acción público de los delitos de acción privada?
Respuesta.: El Impulso procesal
2. Pregunta: En el libre ejercicio profesional o como juez de garantías penales ha tenido casos de Acción privada en los dos últimos años, cuántos y de que delito de los descritos en el COIP?
Respuesta.: Aproximadamente 30 procesos, usurpación, lesiones menores
3. Pregunta: Considera que se debería ampliar la gama de delitos de Acción privada establecidos en el COIP?, Por qué?
Respuesta.: Considero que sí, Porque, para algunos delitos que son de ejercicio de la acción penal pública se nota innecesario en impulso oficial
4. Pregunta: Las forma de conciliación, mediación, arbitraje garantizan el derecho de la partes en la extinción del proceso penal privado? Por qué?
Respuesta.: Si garantiza, porque están previstas en la CRE y en el COIP
5. Pregunta: Considera que se vulnera el derecho a la defensa cuando no existe igualdad de armas en las herramientas procesales? Por qué?
Respuesta.: Obviamente que se vulnera este derecho, porque la CRE y la ley preveé la igualdad de los sujetos procesales en el proceso penal, como garantía de aquellos.
6. Pregunta: Considera que tanto la fiscalía como la defensa técnica privada poseen las mismas armas procesales en un juicio de acción pública o privada? Por qué?
Respuesta.: Considero que si posee las mismas normas dadas las circunstancias del impulso procesal en cada una de ellas
7. Pregunta: Considera que las reglas de aplicación del ejercicio privado de la acción penal garantizan la comparecencia del querellado? Por qué?

Respuesta.: Esta previsto en el cuerpo adjetivo penal las normas de obligatoriedad de comparecencia al proceso a la sanción pera lo contrario.
8. Pregunta: Considera que las medidas cautelares personales y reales se deberían aplicar a los procedimientos del ejercicio privado de la acción penal ? Por qué?
Respuesta.: La institución del ejercicio privado de la acción se implementa precisamente para evitar ciertos tipos de medidas cautelares que inclusive son excepcionales en el caso de ciertos tipos del ejercicio público de la acción penal.
9. Pregunta: Considera usted que el juzgamiento en ausencia vulnera el derecho a la defensa en el Ejercicio privado de la acción penal? Por qué?
Respuesta.: El derecho a la defensa no puede ser vulnerado en ningún caso siempre que se ejerza bajo las garantías constitucionales y legales sobre la base de nuestra legislación ecuatoriana vigente.
10. Pregunta: Conoce como Juez cuantos casos de acción privada han finalizado utilizando los MASC?
Respuesta.: Si, conozco de la solución mediante estos medios alternativos en un número muy reducido, en un porcentaje mayor al 5%.

Elaborado por el Investigador

4.3. Análisis de Resultados

Con el objeto de canalizar los resultados obtenidos, el análisis será proyectado a cada una de las preguntas directrices, tomando en consideración los parámetros encontrados tanto en la investigación cuantitativa como cualitativa.

1. ¿El ejercicio privado de la acción penal vulnera el derecho a la defensa, con el juzgamiento en ausencia?

Cuadro No. 10: Análisis e interpretación: Pregunta directriz 1.

Entrevistas	Criterio
Entrevista No 01	<ul style="list-style-type: none"> No, es una garantía constitucional

Entrevista No 02	<ul style="list-style-type: none"> No, si fue citado legalmente, así no comparezca
Entrevista No 03	<ul style="list-style-type: none"> No, si el querellado ha sido citado legalmente
Entrevista No 04	<ul style="list-style-type: none"> Si, ya que la comparecencia debe ser imprescindible
Entrevista No 05	<ul style="list-style-type: none"> Si, vulnera derechos constitucionales

Elaborado por el investigador

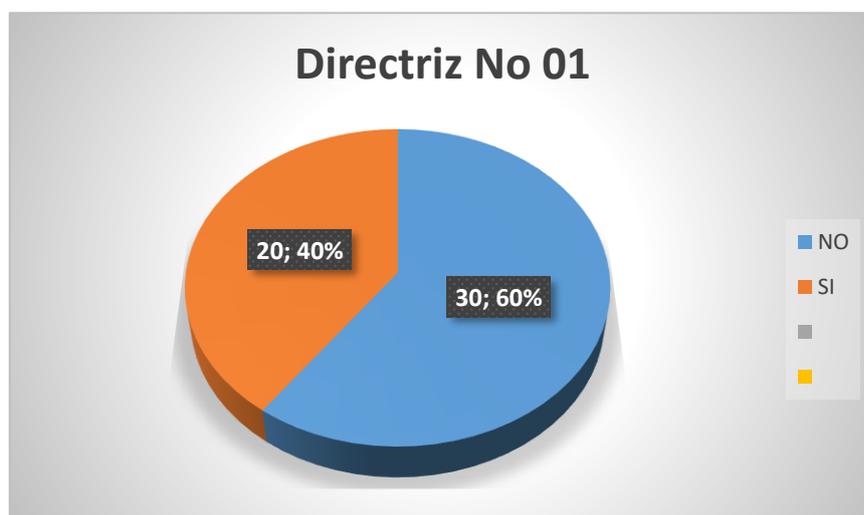


Gráfico No. 04 : Análisis e Interpretación: Directriz No 01
Elaborado por el Investigador

Análisis e Interpretación

De los entrevistados, se ha obtenido como resultado que tres de ellos mantienen el criterio de que no existe una vulneración al derecho a la defensa por la falta de comparecencia del querellado al proceso, cabe mencionar que la perspectiva crítica se da en base al criterio legal de citación, con la cual se puede comprender la obligación de comparecencia al proceso, en cambio dos de ellos manifestaron que efectivamente si se vulnera el principio constitucional ya que obligatoriamente se estaría transgrediendo un derecho a la defensa y este es imprescindible.

2. ¿El ejercicio privado de la acción penal no posee garantías de comparecencia por parte del querellado ya que no existen medidas cautelares aplicables?

Cuadro No. 11: Análisis e interpretación: Pregunta directriz 2.

Entrevistas	Criterio
Entrevista No 01	<ul style="list-style-type: none"> • Si se garantiza la presencia del querellado con la citación • No los ejercicios de acción privada no es necesaria la prisión preventiva
Entrevista No 02	<ul style="list-style-type: none"> • No puede existir una garantía absoluta de comparecencia • No, debe existir proporcionalidad entre el delito y la medida cautelar
Entrevista No 03	<ul style="list-style-type: none"> • Si, considero que se garantiza la inmediación • La medidas cautelares personales no cabrían por la proporcionalidad.
Entrevista No 04	<ul style="list-style-type: none"> • Si, porque debe ser citado principio de inmediación • No la prisión preventiva es de ultima ratio
Entrevista No 05	<ul style="list-style-type: none"> • Si está previsto en la ley la comparecencia pero es contrariada • No la acción privada se implemente para evitar las medidas cautelares que son excepciones solo para los delitos de acción pública.

Elaborado por el investigador

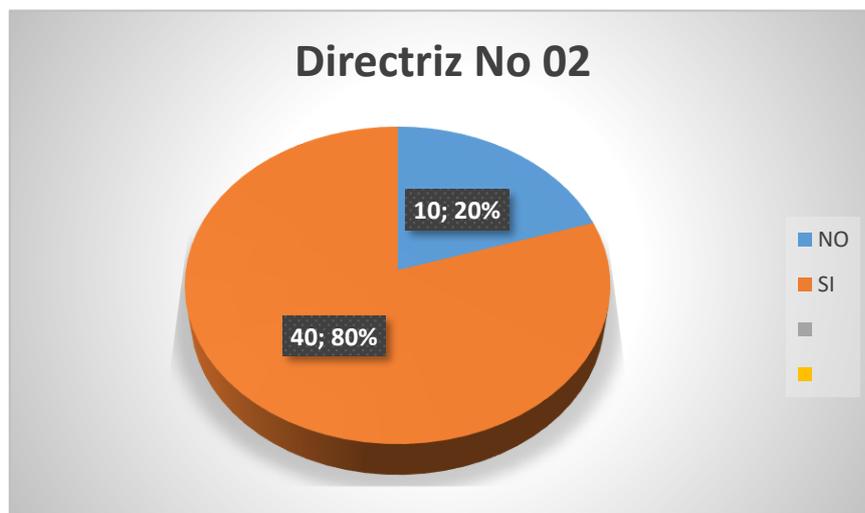


Gráfico No. 05 : Análisis e Interpretación: Directriz No 02
Elaborado por el Investigador

Análisis e Interpretación

La mayor parte de los entrevistados han manifestado que si se garantiza la comparecencia del querrelado y que efectivamente no pueden existir medidas cautelares ya que se vulneraría el principio de proporcionalidad. Entre ellos una sola persona ha manifestado que si bien es cierto la citación garantiza la comparecencia esta no es absoluta en todos los casos. Se debe considerar la existencia legal de medidas cautelares no personales como una forma de garantizar la comparecencia, pues la existencia de una citación no garantiza una comparecencia al proceso por parte del querrelado.

3. ¿La poca consideración de delitos de acción privada, provocan una aglomeración de procesos y reducción de eficiencia del ministerio público en delitos de Acción pública?

Cuadro No. 12: Análisis e interpretación: Pregunta directriz 3.

Entrevistas	Criterio
-------------	----------

Entrevista No 01	<ul style="list-style-type: none"> • Si se debe ampliar la gama de delitos por el innecesario impulso procesal oficial
Entrevista No 02	<ul style="list-style-type: none"> • Si es factible por cuanto el bien jurídico protegido afecta solo a la víctima
Entrevista No 03	<ul style="list-style-type: none"> • Sí, es factible ampliar ya que el bien jurídico tutelado afecta más a la víctima que a la sociedad.
Entrevista No 04	<ul style="list-style-type: none"> • Sí, es tendencia mundial la despenalización de conductas que afectan el interés particular
Entrevista No 05	<ul style="list-style-type: none"> • No porque a mi percepción ya se encuentran establecidos en el COIP

Elaborado por el investigador

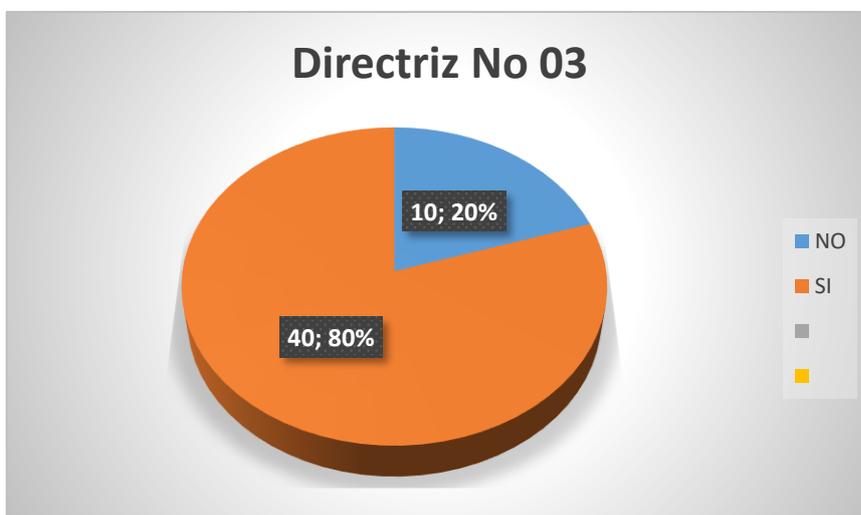


Gráfico No. 06 : Análisis e Interpretación: Directriz No 03
Elaborado por el Investigador

Análisis e Interpretación

De las entrevistas realizadas, el 80% que es equivalente a la respuesta de 4 entrevistados han considerado factible la ampliación la gama de delitos de acción privada,

ha excepción de una persona que considera que los delitos ya constan en la ley. En tal virtud a pesar de que la gama de delitos establecidos en el COIP, son 4 y dos de ellos son los de mayor incidencia, denotamos la necesidad de ampliar la gama de delitos, más aun considerando que efectivamente existe una gran brecha entre los delitos de acción pública y de acción privada evidenciando una aglomeración de procesos públicos en los cuales el impulso fiscal es innecesario.

5.- CAPÍTULO V

5.1. Conclusiones

- Al realizar la identificación del Garantismo procesal, mediante la recopilación bibliográfica, y mediante entrevistas a juristas especialistas en el área penal, se ha podido concluir que el garantismo procesal responde a todos aquellos derechos y principios en los cuales se ven inmersos los sujetos procesales en conflicto legal o proceso judicial; así como la obligación del juzgador en hacer respetar y garantizar los mismos bajo el principio de tutela judicial efectiva. Para efectivizar el garantismo se debe hacer hincapié en el Derecho a la Defensa, que abarca el fiel cumplimiento de Art 76 CRE, tratados internacionales entre ellos el más preponderante que es la declaración de los derechos humanos. El derecho a la defensa se divide en acciones, el derecho a la defensa de la víctima o sujeto pasivo de la acción penal; y el derecho a la defensa del procesado o sujeto activo de la acción penal. Cada uno de ellos diferencian su accionar en cuanto a las pretensiones legales y a la vez mediante el ejercicio del Ius puniendi del Estado. En este sentido se debe diferenciar estas dos últimas, ya que la víctima puede pretender una pena que subsane la falta o a su vez un resarcimiento o reparación al daño, mientras que el Estado siempre perseguirá una pena con la cuál ejerce ejemplo y represión en el conglomerado social. Por lo tanto se podría decir que efectivamente esta es una clara diferencia entre el ejercicio de la acción pública o privada, ya que en la primera siempre existirá la punición del Estado el cual perseguirá la represión mediante una pena privativa de libertad, en cambio lo contrario sucede con la acción privada, ya que aquí el impulso privado persigue siempre una remediación inmediata al daño causado, es decir a la víctima no le interesa un pena sino una remediación efectiva. En este sentido se puede apreciar claramente que bajo la escasa gama de delitos privados se le coarta esta potestad a la víctima, especialmente cuando son delitos que no han afectado gravemente el bien jurídico protegido máspreciado que es la vida. Así mismo al hacer un análisis del derecho a la defensa del procesado, este es de vital importancia pues a pesar que la existencia de una presunción de inocencia direcciona la carga de la prueba esta debe ser contradecida mediante el principio de contradicción y consecuentemente si no ha sido citado, notificado,

informado y no habiendo comparecido necesariamente se está coartando este derecho afectando gravemente el garantismo procesal. Por último, los medios alternativos a la solución de conflicto, la conciliación, el acuerdo entre otros han sido una forma de garantizar entre las partes un arreglo satisfactorio, haciendo efectivas sus pretensiones y sin dejar de lado el garantismo pues el mismo se verifica en la legalidad de los arreglos dictaminados por el juzgador en los límites legales.

- Al realizar un análisis comparativo entre los países de Colombia, México, y España, se ha evidenciado que la gama de delitos en cada uno de estos países es extensa, pues si bien es cierto estos delitos se enfocan a tipos penales en penas inferiores a 3 años al igual que versan sobre la propiedad y la honra, es decir que el hecho o perspectiva del presente trabajo no es descabellada, ya que las mismas consideraciones como ahorro procesal, mas especialidad en delitos graves y proteger el bien jurídico que causa conmoción grave a la ciudadanía debe ser objeto de intervención estatal, pues más allá se debería crear políticas que no conserven un paternalismo sino una autoprotección legal y libre acceso a la justicia mediante el impulso privado en tipos que promueven un interés particular.
- Al cuantificar los resultados de las causas ingresadas en el 2009, apreciamos que mientras las causas del ejercicio público de la acción ascienden al 16.63% en ejercicio privado de la acción penal llega al 1.61%, . Por lo tanto se visualiza una diferencia considerable que afecta gravemente a la eficiencia procesal, más allá la indagación previa alcanza 3.81% y la investigación previa el 58.73% esto se suma a la acción pública. Bajo estas consideraciones encontramos que existe una carga procesal que debe ser distribuida efectivizando tanto el ejercicio de la investigación como la acción pública.

5.2. Recomendaciones

Para efectivizar el ejercicio de la acción privada, se debe implementar acciones de cambio procesal tendientes a mejorar no solo la administración de justicia sino las potestades y garantías de las víctimas como de los procesados.

- Ampliar la gama de delitos de acción privada, entre los parámetros de cambio son delitos contra la propiedad, la honra, ambientales que no excedan de 3 años de pena privativa de libertad
- La aplicación de medidas cautelares reales con el objeto de garantizar la reparación integral y la comparecencia a juicio.

- Garantizar el derecho a la defensa, estableciendo la prohibición del juzgamiento en ausencia a menos que se presente garantías cautelares.

6. BIBLIOGRAFÍA

1. Ripollés, J. L. D. (1997). El bien jurídico protegido en el Derecho penal garantista. *Jueces para la democracia*, (30), 10-19.
2. Matiz, B., & Alfonso, C. (2001). Delito de Usurpacion de Marcas, El. *Rev. Prop. Inmaterial*, 2, 25.
3. Alcalde López, C. C. (2018). El delito de usurpación y la sanción en la legislación penal en el Perú.
4. ILLANES, F. , *La Acción Procesal* , La Paz, Bolivia: CED[®], 2010
5. Ripollés, J. L. D. (1997). El bien jurídico protegido en el Derecho penal garantista. *Jueces para la democracia*, (30), 10-19.
6. Coria, D. C. C. (2006). Las garantías constitucionales del proceso penal. *Tomo II*, 1027.
7. Loor, E. F. (2010). Importancia de la acción penal pública en el derecho procesal penal. *Revista Jurídica de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil*, 1-33.
8. Aguirre, M. (2012). El Fiscal y su rol en el Sistema Acusatorio Oral.
9. Bordalí Salamanca, A., & del Medio Ambiente, T. J. (2004). Universidad Austral de Chile, Fallos del Mes. *Santiago*.
10. Castro Jofre, J. (2010). Los principios fundamentales del sistema acusatorio. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 26(1).
11. Shiguango Reyes, A. J. (2019). *La motivación expresada por el Juzgador para declarar las denuncias o acusación particular de maliciosas o temerarias en las sentencias absolutorias* (Bachelor's thesis, Universidad Nacional de Chimborazo, 2019).
12. Beteta, C. S. (2007). Principio de oportunidad: conciliación en el ámbito penal. *Revista Internauta de*.
13. Chaves Peña, Edwin Manuel La Acción Penal Privada y su implementación en Colombia. *Revista VIA IURIS* [en línea]. 2013, (14), 167-185[fecha de Consulta 11 de Febrero de 2020]. ISSN: 1909-5759. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273929754010>

7. ANEXOS