

IMPORTANCIA DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL

Dr. Eduardo Franco Loor, MSc.¹
Profesor invitado de Derecho Penal I y III
efranco_loor@hotmail.com

RESUMEN:

El estudio de la acción procesal penal constituye una obligatoriedad para los estudiosos del Derecho Procesal penal, toda vez que este poder jurídico tiene en la actualidad rango constitucional y hay que diferenciarlo nítidamente de la pretensión penal. Revisamos las opiniones dogmáticas de diferentes tratadistas extranjeros y ecuatorianos para clarificar este importante instituto de vital trascendencia en el proceso penal. Analizamos además, la historia de la acción penal, desde el derecho antiguo, de la ley del talión en que existía la acción popular y la acción privada, hasta la época actual, enfocando esta categoría procesal con relación al Código de Procedimiento penal sobre la base de la tutela judicial que estipula la actual Constitución de la República 2008.

¹ Doctor en Jurisprudencia. Diplomado en Docencia Superior, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, Magister en Ciencias Internacionales y Diplomacia, egresado de la Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas del Instituto "Dr. Jorge Zavala Baquerizo" de la Universidad de Guayaquil. Es Profesor Principal de la FACSO de la Universidad de Guayaquil, Profesor de la UEES, de la Universidad Tecnológica ECOTEC y de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Fue MAGISTRADO de la III Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Director Regional del CONSEP, Subsecretario de Trabajo y Recursos Humanos del Litoral, Subsecretario de Bienestar Social del Litoral e Intendente de Policía del Guayas. Ha publicado: "Derecho de la Comunicación Social en el Ecuador" y "Derecho Internacional de la Comunicación Social". Por publicarse: "Fundamentos Teóricos de Derecho Penal Moderno" y "La Culpabilidad Penal y la Teoría de la Imputación Objetiva en el marco del Derecho Penal Ecuatoriano". Ejerce la abogacía y escribe artículos de Derecho. Email: efranco_loor@hotmail.com

PALABRAS CLAVES:

Derecho Procesal Penal, Acción penal, pretensión penal, Constitución, Seguridad Jurídica, Debido Proceso, Tutela Judicial efectiva, Fiscalía General.

SUMARIO:

Concepto de Derecho Procesal Penal.- El Debido Proceso Penal.-La acción procesal penal.-Definición de varios autores.-Aspectos de la acción según Vizenzo Manzini.- ¿Es lo mismo Acción penal y Pretensión penal?- Historia e importancia de la acción penal en el Derecho Procesal penal.- Función de la acción penal en el Código de Procedimiento penal. Características de la acción penal.-Conclusiones.- Bibliografía.-

CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL PENAL.-

Claus Roxin en su "Derecho Procesal Penal" dice que "El Derecho Penal material, cuyas reglas fundamentales están contenidas en el Código Penal, establece los elementos de la acción punible y amenaza con las consecuencias jurídicas (penas y medidas) que están conectadas a la comisión del hecho". Y continua el eminente tratadista indicando que para que esas normas puedan cumplir su función de asegurar los presupuestos fundamentales de la convivencia humana pacífica, es preciso que ellas no permanezcan sólo en el papel, en caso de que se cometa un delito. Para ello es necesario un procedimiento regulado jurídicamente con cuyo auxilio pueda ser averiguada la existencia de una acción punible y, en su caso, pueda ser determinada e impuesta la sanción prevista en la ley.

Por ello, guardando esta concatenación teórica, Klaus Tiedemann en la obra "Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal", señala que "sólo en el proceso penal se aplica verdaderamente el derecho penal material, es decir, se impone la consecuencia jurídica "pena" amenazada en los tipos penales (o también una medida de corrección y de seguridad)". Para este autor, profesor de la Universidad de Friburgo de Brisgovia, la meta del proceso penal es investigar la verdad respecto del hecho punible y castigar al autor; por medio de esta clase de esclarecimiento de la sospecha del hecho, dice, este autor "consigue la

sentencia la *paz jurídica* y se restablece la validez de la norma penal lesionada.

Para Roxin, el fin del proceso penal tiene naturaleza compleja: "la condena del culpable, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión".

Indudablemente la mayoría de autores sostienen que el Derecho Procesal Penal forma parte del gran conjunto del Derecho Procesal y es, por ello Derecho Público.

Derecho procesal penal es el conjunto de normas que regulan cualquier proceso de carácter penal desde su inicio hasta su fin: la actividad de los jueces y la ley de fondo en la sentencia. Tiene como función investigar, identificar y sancionar (en caso de que así sea requerido) las conductas que constituyen delitos, evaluando las circunstancias particulares en cada caso. (Enciclopedia Wikipedia de Internet).

En el Derecho Procesal Penal existe un conjunto de normas que regulan el proceso desde el inicio hasta su finalización. Tiene el objetivo de investigar, identificar, y sancionar las conductas que constituyen delitos, evaluando las circunstancias particulares de cada caso concreto.

El Derecho Procesal Penal es aquella disciplina jurídica encargada de proveer de conocimientos teóricos, prácticos y técnicos necesarios para comprender y aplicar las normas jurídicas-procesal-penales, destinadas a regular el inicio, desarrollo y culminación de un Proceso Penal.

En síntesis, es el conjunto de normas jurídicas que regulan el desarrollo del Proceso Penal.

En definitiva, como afirma Walter Guerrero Vivanco "el Derecho Procesal penal es la ciencia que se encarga de orientar y disciplinar el amplio campo de la jurisdicción y de la competencia de los jueces; del ejercicio de la acción; de la pruebas que puedan introducirse en el proceso para comprobar la existencia del delito y la responsabilidad del infractor; del proceso que debe seguirse para hacer efectivo la pretensión punitiva del Estado; y la formas como deben ejecutarse las penas impuestas a los infractores..."

El *Derecho penal material* es, como se sabe, el conjunto de las normas jurídicas que asocian a la realización de un delito como presupuesto, la aplicación de penas y/o medidas de seguridad, como principales consecuencias jurídicas. El *Derecho Procesal penal*, en cambio, es, como dice Jescheck, el conjunto de normas jurídicas necesarias para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en el Derecho penal material; normas que incluyen –de un lado- las normas sobre estructura y principios de organización del órgano jurisdiccional penal destinadas a regular el procedimiento para la actuación de la *pretensión* penal estatal, y –de otro lado- los preceptos sobre el proceso en el que las acciones punibles son investigadas, perseguidas, tratadas y condenadas.

Nosotros creemos que el fin sustancial del proceso penal es la imposición, previo el correspondiente debido proceso, de la pena al infractor de una norma penal, independientemente de otros aspectos de orden procesal preestablecidos, para así guardar consonancia con el Art. 169 de la Constitución de la República 2008 que textualmente expresa:

"Art. 169: El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y *harán efectivas las garantías del debido proceso*. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades".

Pero, *¿qué es el debido proceso?* Santos Basantes dice que es una garantía ciudadana de carácter constitucional, que debe aplicarse en todo tipo de procesos, es un principio jurídico procesal o sustantivo, según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez de garantías penales.

Nos recuerda Alfonso Zambrano Pasquel en su "Manual de Práctica Procesal Penal" que cuando nos referimos al debido proceso entendemos por tal, a aquel en que se respeten las garantías y derechos fundamentales, previstos en la Constitución, en las leyes que rigen el ordenamiento legal del país, y en los pactos, tratados y convenios que han sido ratificados y que en consecuencia forman parte de la normativa interna del país y que son de forzoso e incuestionable cumplimiento.

“El debido Proceso penal por su especificidad – anota Zambrano Pasquel-, tiene que ver con el respeto a las garantías y derechos fundamentales, que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de una imputación delictiva o que es sometido a un proceso penal. La legalidad del debido proceso penal es un imperativo propio de la vigencia de un Estado de Derecho en el que deben hacerse efectivos los principios rectores del proceso penal, que en definitiva constituyen y dan contenido a la garantía del debido proceso; esos principios rectores son la columna vertebral de un sistema procesal penal determinado” (p. 299 y sgte)

Nosotros consideramos que este derecho humano sustancial del debido proceso está elevado a rango constitucional y representa la garantía normativa para la efectiva realización de la justicia y en afán de propiciar una autentica seguridad jurídica con miras a establecer el equilibrio de las fuerzas vitales de los integrantes de una sociedad determinada constituida en Estado.

Si se irrespetan las normas del debido proceso penal, evidentemente se puede asegurar que las garantías básicas de las partes procesales se ven afectadas y transgrediéndose las normas constitucionales del debido proceso, ya sea por la ley o por el juez de garantías penales o por el fiscal, sus actos carecen de eficacia jurídica, al tenor del artículo 424 de la Constitución de la República.

Las normas constitucionales del debido proceso constan en el artículo 76 de la Carta Máxima de la República, que por su importancia transcribimos:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.
4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.
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.
6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.
7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
 - a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
 - b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
 - c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
 - d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
 - e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o

por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

- f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.
- g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
- h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
- i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.
- j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
- k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
- l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.
- m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”

Finalmente diremos, siguiendo a Agustín Grijalva en su trabajo sobre "Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional" inserto en "La Nueva Constitución del Ecuador, *Estado, derechos e Instituciones*" que el debido proceso es por sí mismo un derecho, pero a su vez es también una garantía de todos los demás derechos constitucionales y legales. Principios constitucionales integradores del debido proceso, tales como los principios de legalidad, el derecho de defensa, al juez natural, a actuar pruebas o de contradicción tienen no sólo un valor propio o autónomo, sino además un valor instrumental en relación a todos los demás derechos. "En otras palabras – dice Grijalva- estos otros derechos, constitucionales y legales, solo pueden ser adecuadamente ejercidos y defendidos en el marco del debido proceso. En consecuencia, para que un proceso judicial sea constitucionalmente válido, el juez ordinario y las partes procesales deben conducirlo en el marco del debido proceso."

LA ACCIÓN PROCESAL.-

Para estudiar las diferentes teorías de la acción, en sus diversas concepciones, esgrimidas por la doctrina de muchos tratadistas, se hace necesario el conocimiento de las" diferentes opiniones que sobre la acción han esgrimido los doctrinarios a través de los tiempos; pero nosotros traeremos a nuestra enseñanza, lo que consideramos son las más importantes concepciones, sin despreciar, obviamente, la valía de otros autores, que por falta de espacio en esta monografía, no mencionamos

De todas maneras señalamos que en sus opiniones jurídicas los autores, muchas veces tienen tesis o criterios contrapuestos, lo que es enriquecedor para la doctrina jurídica, que se nutre, de las contradicciones, para elaborar una concepción más acabada y acorde con la modernidad, y sobre todo de la técnica jurídica. Además en las ciencias sociales, en el Derecho, y específicamente en el Derecho Procesal Penal, no hay concepciones acabadas y no revisables, o concepciones que aplaudan todos los juristas o tratadistas. Siempre hay alguien que se opone o discrepe, y todo esto es comprensible en nuestra ciencia, y como veremos a continuación, el concepto de acción, no escapó de estas consideraciones previas. Y más aún con esta institución (la acción) que muchos confunden con la pretensión, y que inclusive, tiene imbricaciones

tanto civiles como penales, y cuya delimitación, además, ha sido problemática.

Comencemos con el eminente Dr. Eduardo J. Couture, quien en su obra "Fundamentos del Derecho Procesal Civil" dice que la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión: Este derecho ha sido confundido históricamente con otros poderes jurídicos y facultades a los que se confiere el mismo nombre. Pero la doctrina, asegura Couture, luego de una tarea que lleva casi un siglo, ha logrado aislarlo y determinar su esencia, habiendo sido objeto de una formulación especial en el Art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Tenemos tres acepciones distintas de acción, según el autor uruguayo: a) como sinónimo de *derecho*; es el sentido que tiene el vocablo cuando se dice "el autor carece de acción" o se hace valer la "*exceptio sine actione agit*", lo que significa que el autor carece de un derecho efectivo que el juicio deba tutelar; b) como sinónimo de *pretensión*, es éste el sentido más usual del vocablo, en doctrina y en legislación; se habla, entonces de "la acción fundada y de la acción infundada" "de la acción real y acción personal" de "acción civil y acción penal", de "acción triunfante y acción desechada". Manifiesta Couture que con estos vocablos la acción es la pretensión de que se tiene un derecho válido y en nombre del cual se promueve la demanda respectiva. En cierto modo, esta acepción de la acción como pretensión se proyecta como la demanda en sentido sustancial; c) como sinónimo *facultad de provocar la actividad de la jurisdicción*; se habla entonces, de un poder jurídico que tienen todo individuo como tal, y en nombre del cual es posible acudir ante los jueces ante demanda de amparo a su pretensión. El hecho de que esta pretensión, sea fundada o infundada, no afecta la naturaleza del poder jurídico de accionar; pueden promover sus acciones en justicia aún aquellos que erróneamente se consideran asistidos de razón", según palabras de Couture.

Podemos aseverar que la acción nace históricamente como una supresión de la violencia privada sustituida por la obra de la colectividad

organizada. Siguiendo a Couture, la primitiva represalia y la instintiva tendencia de hacerse justicia por su mano desaparecen del escenario social para dar entrada a un elemento sustitutivo inspirado en el propósito de tener la justa reacción con un acto racional y reflexivo de los órganos de la colectividad jurídicamente ordenados. La acción en justicia es en cierto modo, a criterio del autor antes indicado "el sustitutivo civilizado de la venganza", por ello estas consideraciones nos llevan hacia el carácter público de la acción, en cuanto a su finalidad inmediata. La acción no procura solamente la satisfacción de un interés particular (*uti singulo*), sino también la satisfacción de un interés de carácter público (*uti civis*).

Couture a severa que "el carácter público de la acción otorga naturalmente un acentuado carácter público al derecho procesal."

LA ACCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL PENAL.- Definiciones de varios autores

El recordado jurista ecuatoriano Edmundo Duran Díaz en su "Manual de Derecho Procesal", establece que "es muy difícil trasladar el concepto de la acción, del proceso civil al proceso penal, porque el proceso civil se desarrolla alrededor de una acción, real o hipotética, de derechos y obligaciones recíprocos entre autor y demandado, mientras que en el proceso penal no tiene sentido hablar de derechos y obligaciones recíprocos entre dos partes. El Código Penal no regula relaciones personales entre dos o más sujetos, sino que contiene mandamientos y prohibiciones sancionados con una pena en caso de incumplimiento. Ni siquiera puede decirse que exista una relación penal entre el autor y la víctima del delito; lo que hay es una relación entre el Estado y el imputado. No hay una relación privada entre dos, sino una relación pública entre toda la sociedad de un lado, y el inculpaado del otro lado. Cuando se pone en movimiento la jurisdicción penal no se reclama el reconocimiento de un derecho sustantivo sino un pronunciamiento judicial de culpabilidad o inocencia".

Para Vincenzo Manzini en su "Tratado de Derecho Procesal Penal", todo delito da siempre lugar, por lo menos virtualmente a la pretensión punitiva que se hace valer por la acción penal.

El Dr. Manuel Ossorio y Florit, en su estudio sobre la Acción Penal de la Enciclopedia Jurídica Omeba , Tomo I, trae a colación que Alcalá Zamora y Castillo, en su obra Derecho Procesal Penal, en colaboración con el Dr. Ricardo Levene (h), opina que la Acción Penal es el poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador se pronuncie acerca de la punibilidad de hechos que el titular de la acción reputa constitutivo de delitos.

En cambio Massari expresa que "en sentido amplio, la acción puede definirse como el *poder jurídico* de activar el proceso a fin de obtener sobre la *res deducía* un pronunciamiento jurisdiccional.

Para el tratadista Sebastián Soler en su "Derecho Penal Argentino" "la acción no es más que el momento dinámico de una pretensión punitiva preexistente y estática, a la cual la desencadena la comisión de un hecho".

Nótese que hay autores que confunden la acción penal con la pretensión penal, y cuya distinción señalaremos más adelante.

Manuel Osorio sostiene que contraria a la tesis de Soler, parece ser la de Alcalá Zamora y Castillo, quién se pronuncia en el sentido de que la Acción Penal es única, pues "aún cuándo haya autores que sostengan que a cada figura delictiva corresponde una modalidad de acción, semejante tesis hay que desecharla por completo, por ser idéntico el fin de todas las acciones penales...la doctrina de la tipicidad no puede proyectarse del campo de los delitos al de las acciones (no hay una acción de homicidio, una acción de estupro y una acción de estafa, sino una acción penal para perseguir las diferentes categorías de actos delictivos) y no cabe tampoco traer a colación construcciones de derecho material, a manera de clasificación privatista de las acciones civiles, para mostrar una diversidad de acciones penales, porque con ello se logrará a lo sumo, catalogar con diferente *nombre*, acciones de un mismo *contenido*"

En un importante trabajo ,el ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Benjamín Irigorri Diez , titulado " Instituciones de Derecho Procesal Penal "señala que la función penal es de carácter eminentemente público, encomendada a los jueces y magistrados, con

alindamiento legal previo sobre competencias que la pretensión punitiva se genera por la ocurrencia de un delito y se hace valer por órgano público, que acciona *motu proprio*, sin necesidad de que la justicia sea excitada, porque el Estado, en forma oficiosa y dinámica, investiga los delitos y los castiga, valiéndose del proceso y observando las normas que lo regulan. Por eso, dice Irigorri, la pretensión punitiva patentizada en el proceso, constituye simultáneamente un poder y un deber del Estado, como bien lo anota Manzini.

Manuel Ossorio, establece indudablemente con mucha precisión, dentro de la doctrina, la problemática sobre el proceso civil y sobre el proceso penal, pues señala que "si en un sentido genérico, el concepto de *acción* no está debidamente aclarado, mucho menos lo está cuando la acción se encuentra referida a la materia penal. Siquiera en el aspecto procesal civil no hay duda de que la acción, bien se interprete como un derecho de promover la actuación jurisdiccional, bien se entienda como el medio encaminado a resolver un conflicto entre partes iguales, o bien se considera como un conflicto entre éstas y el juez, es lo cierto que siempre se inicia por la demanda del particular reclamante. En cambio en el proceso penal, sin desechar la posibilidad admitida en muchas legislaciones, cuando menos para cierta categoría de delitos, de que sea el particular el promotor de la acción, se presentan otras posibilidades, cuales son la muy frecuente de que la iniciativa corresponda al Ministerio Público, representante del interés social, y aún la de que el mecanismo jurisdiccional se ponga en marcha por la iniciativa del propio juez en averiguación y persecución de un hecho posiblemente delictivo, y en contra de una persona posiblemente delincuente, produciéndose una verdadera confusión, que Carnelutti estima inadmisibile entre los conceptos de acción y de jurisdicción. Sin duda por eso el autor precitado no sólo afirma que la teoría de la Acción Penal está incomparablemente más atrasada que la teoría de la acción civil, sino que, con respecto a ambas, las relaciones históricas entre acción y jurisdicción se invierten: "en lo civil, la acción es el prius y en lo penal es el posterius; allí el juez se genera del contraste entre las partes; aquí el contraste entre las partes se genera por el juez; allí la acción es un estímulo, aquí es un freno; allí el tipo acusatorio se encuentra en su origen y el tipo inquisitorio es un hecho tardío; aquí para constituir la *res iudicans* en el origen no hay más que el juez y el principio acusatorio procede de una acción muy lenta y accidentada".

Ahora bien, como dice Ossorio, para Carnelutti, el verdadero y cada vez más consolidado punto de vista es que el Derecho Subjetivo Procesal, al cual se acostumbra a llamar Acción o Derecho de Acción, es un derecho subjetivo público (cívico), que pertenece a la parte no frente a su adversario, sino frente al juez, quién tiene el deber de hacer todo lo necesario para pronunciar una sentencia justa sobre la demanda que se propone, porque una cosa es el conflicto entre quien pretende una suma de dinero y quién no quiere pagársela, y otra distinta el conflicto entre quién demanda al juez una sentencia y el juez al cual se le demanda.

Por todo ello, creemos, como Benjamín Iragorri, el distinguido colombiano antes citado, que la acción es una, de donde resulta erróneo escindir varias acciones según la materia, lo que ocurre es que se concreta a distintas ramas del derecho: civil, penal, laboral, administrativo. Y esto, porque la jurisdicción es una y se establece con distinción de materias para organismos propios. "Pero la Acción Penal se diferencia de las acciones de derecho privado en que se requiere demanda o manifestación de la pretensión; basta una denuncia, el conocimiento público del delito, el personal del instructor, para que entre en actividad. Su ejercicio es *motu proprio*, lo cual le concede una nota distintiva respecto de otras acciones. Dentro de este orden de ideas, toda acción es pública, pues emana del poder del Estado, y se ejerce con el lleno de determinados requisitos. Se dice que la Acción Penal es oficiosa...".

El eximio profesor ecuatoriano Dr. Jorge Zavala Baquerizo en su "Proceso Penal Ecuatoriano", Tomo I, edición de 1978, opina que "la acción es un poder que el Estado concede en forma expresa a las personas, por cuanto al haberse arrogado el Derecho de juzgar como cuestión privativa de dicho Estado, se encuentra interesado en que, en el momento en que se provoca la violación de la norma jurídica debe estimularse al órgano jurisdiccional encargado del juzgamiento para que pueda cumplir con su función. Por esa razón concede el poder al particular o a la persona que representa a la sociedad en la tarea de estimular el restablecimiento del ordenamiento jurídico violentado".

En su "Tratado de Derecho Procesal Penal" Tomo I (edición Edino-2004) Zavala Baquerizo escribe y enseña que *la acción penal es el poder jurídico concedido por el Estado a las personas o al Ministerio Público,*

con el fin de estimular al órgano jurisdiccional penal para que éste inicie el proceso penal cuando se ha violentado una norma jurídica penalmente protegida (página 12)

Debemos precisar que Zavala coincide con Benjamín Iragorri en cuanto que la acción es una, toda vez que dice: "De lo que se infiere que, para nosotros, la acción es única para cualquier campo en que se la quiera hacer valer. No existe una "acción" penal diversa a la acción civil. Ambas tienen la misma finalidad y la misma estructura; lo que varía, lo que cambia, o que la hace diferente a una de otra, lo que constituye la diferencia específica entre una y otra, es la materia con motivo de la cual debe actuar, es decir la naturaleza del objeto que permite su ejercicio. Así si la violación del derecho es de carácter civil, entonces, la acción ejercida es de carácter civil; si la norma violada es de carácter tributario, entonces el ejercicio de la acción será tributario; si la norma violada se encuentra penalmente garantizada, entonces, la acción ejercida será penal. Pero estos son los aspectos que presenta la acción es función de la naturaleza de la norma violada, que es lo que permite su ejercicio", (de la edición de 1978, pero el mismo criterio mantiene el profesor Zavala, en la edición 2004 de su Tratado.)

Entendemos que el poder jurídico que tienen las personas para accionar al órgano jurisdiccional penal, hoy por hoy, es una garantía constitucional, señalada en el artículo 75 de la Constitución de la República 2008, considerándose ésta como una verdadera tutela jurídica que el Estado concede a los ciudadanos, y ello en salvaguarda del derecho a la seguridad jurídica que también está señalado en la norma constitucional (Art. 82).

Con este criterio doctrinario y desde esta misma perspectiva Alfredo Velez Mariconde en su obra Derecho Procesal Penal, citado por César San Martín Castro en su Derecho Procesal Penal, insiste que "la acción penal es un poder jurídico que impone el Derecho Constitucional y cuyo ejercicio regula el Derecho Procesal de provocar la actividad jurisdiccional del Estado"

La doctrina novísima es coincidente con el profesor Zavala Baquerizo: Por ejemplo, para el eminente profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Dr. César San Martín Castro, en la obra arriba

señalada, dice lo siguiente: "Lo expuesto nos permite sostener, siguiendo parcialmente a Gian Domenico Pisapia, que la acción consiste en puridad, en un *poder - deber* de activar la jurisdicción, o sea de pedir al órgano jurisdiccional un pronunciamiento concreto sobre una noticia criminal específica y que, además, se trata de una iniciativa típicamente procesal dirigida a la activación de la función jurisdiccional para la actuación del derecho penal sustantivo". Y agrega San Martín: " En tal virtud, como no cabe definir la acción penal a partir de la noción de derecho, únicamente cabe calificarla *as poder jurídico*. Por consiguiente, corresponde conceptualizar la acción penal como el poder jurídico mediante cuyo ejercicio, a través de la puesta en conocimiento al órgano jurisdiccional de una noticia criminal, se solicita la apertura o la aprobación formal del proceso penal, haciendo surgir en aquel la obligación de pronunciarse sobre la misma mediante resolución motivada. La categoría de poder utilizada en la definición -a diferencia de las categorías de derecho, posibilidad o facultad- permite denotar sin esfuerzo el nexo acción-jurisdicción, a la vez que el *vocablo jurídico* destaca que su origen está en la organicidad del ordenamiento, y su destino y su función son afirmarlo"

Y continua San Martín Castro diciendo que " *este poder jurídico* es común en el ejercicio de la acción penal del Ministerio Público y, en su caso, de la víctima. Señala De La Oliva Santos, que ese poder jurídico está, cuando lo ejerce el Ministerio Público, íntimamente relacionado con sus funciones públicas, que ha de realizar imperativamente; en cambio, en los casos de ejercicio de la acción por los particulares, que pueden hacerlo libremente, ese poder jurídico es la sustancia de un derecho subjetivo disponible".

Nos parece evidente que estos comentarios doctrinales del tratadista peruano, son, indudablemente, de gran contenido actual, en el marco de nuestra legislación Procesal, aún, con las deficiencias e inconstitucionalidades que ella trae consigo, pero las apreciaciones legales de este autor son objetivas y precisas.

Continuando con las definiciones de acción de los autores, para el tratadista ecuatoriano Andrés F. Córdova, en su Obra "Derecho Procesal Penal Ecuatoriano" del Tomo 10, volumen 1 de la edición de Fondo de Cultura ecuatoriana, edición 1981, "la acción viene a ser el derecho de

acudir, en forma legal, ante los jueces y tribunales competentes, a pedir la represión de un delito."

Para Walter Guerrero Vivanco, Acción es una institución del orden público, establecida por el Estado, a través de la cuál, los representantes del Ministerio Público y las personas particulares, llevan a conocimiento del órgano de la función jurisdiccional competente el cometimiento de una infracción, a fin de que se inicie el proceso en contra del infractor.

Jorge Clariá Olmedo dice que la Acción Penal es el poder jurídico de presentar y mantener una pretensión ante el órgano jurisdiccional. Dice en su obra "Derecho Procesal I. Conceptos Fundamentales" que la acción es un "poder encuadrado dentro de una visión unitaria del orden jurídico, en cuánto éste se integra por normas constitutivas y realizadoras, y estas últimas tanto procesales, como sustantivas, pero con eficacia procesal"

En cambio para Eugenio Florián, autor de "Elementos del Derecho Procesal Penal" dice que "si contemplamos el organismo del proceso veremos manifestar la exigencia de una actividad encaminada a incoar el proceso, a pedir la aplicación de la ley penal en cada caso concreto. Esta exigencia es la que hace surgir la acción penal, la cual se puede considerar como el poder jurídico de excitar y promover la declaración del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación del derecho penal."

Por ello, Walter Guerrero Vivanco en su "Derecho Procesal Penal" tomo II, comentando a Florián, manifiesta que para este autor la acción está desligada del derecho material individual y sirve para activar la función jurisdiccional como la chispa del encendido del lento carro de la administración de justicia, posición, en verdad correcta. Pero luego agrega que "paralelamente la acción penal consiste-según Florián-en la actividad que se despliega con tal fin. La acción penal es la energía que anima el proceso. El Ministerio Público que ha iniciado el proceso puede interponer recurso contra la sentencia que absuelva, por sobreseimiento al procesado; el juez en cualquier momento del procedimiento en que advierta que la acción penal no podía ser ejercitada debe declararlo de oficio...O sea, que el proceso sin el ejercicio legítimo de la acción penal no puede subir ni continuar".

En esta parte continuamos observando la aparente similitud y confusión entre el concepto de acción y pretensión penal, lo que constituye un error.

En definitiva, Florián define que "Acción Penal es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación del Derecho Penal".

Para Miguel Fenech, en su "Derecho Procesal Penal", "para nuestra disciplina la acción no tiene otra importancia ni adquiere otro relieve que el de constituir un derecho de iniciativa, ya se considere éste como simple poder o como derecho, como derecho abstracto o derecho concreto, como derecho de obligación o derecho potestativo. Y cuando el propio Estado tiene interés en asegurar que la norma jurídica sea observada por los ciudadanos y por sus propios funcionarios, ni siquiera este derecho de iniciativa es fundamental, como presupuesto del ejercicio de la jurisdicción".

En cambio para el mexicano Sergio García Ramírez en su obra "Curso de Derecho Procesal Penal", a través de la acción penal, se hace valer la pretensión punitiva, esto es, el derecho concreto al castigo de un delincuente, no solamente el abstracto *ius puniendi* y dice: "Aquí con Ciaría Olmedo preferimos hablar de pretensión de justicia penal, pues es ésta, y no necesariamente y siempre la condena lo que con la acción en el proceso penal se busca".

Discrepamos rotundamente con el criterio de Sergio García, toda vez que confunde Acción Penal con pretensión penal, que son institutos diferentes como veremos posteriormente.

El autor Víctor Lloré Mosquera, en su "Derecho Procesal Penal Ecuatoriano" dice que "la acción penal, como distinta de la civil, merece, pues, que se la concrete en un concepto adecuado y propio" y a continuación expresa: "es la que nace del delito y persigue la pena como su legítima consecuencia".

Para Lloré Mosquera es lo mismo ejercicio de la acción penal y pretensión penal, coincidiendo, así lo manifiesta en su obra, con las opiniones de Couture, de Manzini y de Florián.

Podemos sostener, al contrario de Lloré, que la acción penal, no nace con el delito, ella es una facultad inherente a la dignidad de la persona humana, que sólo es manifestada, objetivizada, sólo se la puede ejercer " después de cometida la infracción" y este *DERECHO es un derecho humano esencial y fundamental que está consignado en la Constitución de la República*. Y siguiendo a Zavala, "no es que la infracción genera o motiva a la acción, sino que la infracción permite el ejercicio de la acción penal; es el presupuesto necesario sin el cual no se puede ejercer la acción. Lo dicho se resuelve en la proposición siguiente: acción -infracción- ejercicio de acción-proceso" (las cursivas son mías)

Aspectos de la acción según Vincenzo Manzini.- En su monumental obra " Tratado de Derecho Procesal Penal" Manzini indica que la Acción Penal se puede considerar desde dos aspectos: uno subjetivo y otro objetivo.

El aspecto subjetivo, es el poder, deber jurídico que compete al Ministerio Público de actuar las condiciones para obtener del juez la decisión sobre la realizabilidad de la pretensión punitiva del Estado, derivado de un hecho que la ley prevé como delito.

Objetivamente la Acción Penal es el medio con que el órgano ejecutivo constreñido a abstenerse de la coerción directa en las relaciones penales, determina la intervención de la garantía jurisdiccional en orden a su pretensión punitiva. Dice Manzini " La acción penal tiene siempre por objeto una pretensión punitiva del Estado, derivada de un delito, concreta e hipotéticamente realizable. El juez conociendo o desconociendo el fundamento de la legitimidad de la pretensión, pronuncia una decisión que agota completamente todo lo que a la realizabilidad de esa misma pretensión se refiere, cuando existan las condiciones de precedibilidad. En el derecho procesal penal no existen acciones penales de mera declaración de certeza".

Ahora bien coincidimos con el maestro Manzini en el sentido de que "no hay que confundir la Acción Penal con el procedimiento penal que es concepto más comprensivo. Al paso que la primera, como dirigida que está a obtener una decisión del juez, no se puede concebir sin la intervención de él, el procedimiento penal; el procedimiento penal comprende también todos aquellos actos que sirven para preparar y

hacer eficaz el requerimiento de esa intervención. En consecuencia, la iniciación del procedimiento penal no equivale necesariamente a la promoción de la acción penal"

¿Es lo mismo Acción Penal y pretensión penal? Diremos que definitivamente no es lo mismo, toda vez que la Acción Penal no es parte del proceso penal. La Acción Penal es lo que mueve al juez para iniciar el proceso penal

Algunos autores han confundido acción con pretensión penal. Incluso Manzini, como dijimos anteriormente, citando su pensamiento, manifiesta que la acción penal tiene siempre por objeto una pretensión punitiva del Estado resultante o derivada de un delito, criterio que consideramos erróneo, en virtud de que la finalidad sustancial de la acción penal, al menos así piensan los más importantes penalistas, es coadyuvar para que se active el órgano jurisdiccional penal, y *nada mas*

El Dr. Walter Guerrero Vivanco en la obra que comentamos, asegura que Eugenio Florian se ha confundido entre el concepto de la acción y el de la pretensión penal al decir que la primera era la "energía que anima el proceso".

Guerrero acierta cuando señala que la acción se extingue instantáneamente, en el momento en que se activa el órgano jurisdiccional, pues lo que viene a lo largo del proceso es la pretensión penal

Dice este autor nacional que para Eugenio Florian "el proceso no puede surgir ni continuar sin el ejercicio legítimo de la acción, es decir que, si no se tuvo legítima razón para reclamar la violación del derecho no se explica la iniciación y la tramitación total del proceso, lo cual no es exacto, pues si la acción solo tuvo como objetivo activar el órgano jurisdiccional o poner en marcha el carro de la administración de justicia, como se quiera decir, lo que ocurra posteriormente no tiene importancia, ya se promovió la iniciación del proceso y eso es todo, la sentencia puede ser condenatoria o absolutoria"

En concordancia con los principales tratadistas del tema, creemos que el Estado concede a las personas "con muy escasas limitaciones -dice el maestro Zavala Baquerizo- relativas a la capacidad de actuar, el poder

de acción, es decir, el poder de estimular al órgano jurisdiccional penal cuando se ha cometido una infracción, a fin de que éste inicie el proceso penal respectivo, cumpliendo así con la disposición constitucional de que nadie deberá ser penado sin previa la sustanciación y conclusión de un proceso legal. POR LO TANTO, LA ACCION PENAL TIENE UNA SOLA FINALIDAD: ESTIMULAR AL ÓRGANO JURISDICCIONAL PENAL, ACTIVAR DICHO ÓRGANO PARA LA INICIACIÓN DEL PROCESO PENAL. PERO EJERCIDA LA ACCIÓN FENECE LA ACCIÓN. La acción no vive en el proceso, no se traslada al proceso. La acción, como poder jurídico capaz de estimular al órgano jurisdiccional, exista hasta tanto cumpla su finalidad, es decir, hasta el MOMENTO EN QUE ES EJERCIDA. Pero cumplida su finalidad, entonces se extingue para el caso concreto en el cual ha sido ejercida" (las mayúsculas son mías)

Aquí observamos, indiscutiblemente, con brillantez magistral, la diferencia doctrinaria y legal entre la acción penal, y la pretensión.

Enseña *Zavala Baquerizo*, en su obra monumental, que la acción y la pretensión son conceptos diversos que viven en esferas jurídicas diversas, pero que tienen importancia dentro del Derecho Procesal. La primera, en razón de su ejercicio; la segunda, en razón de su naturaleza y de su finalidad.

El Estado, tiene el poder de penar (*ius puniendi*), es privativo del Estado, y otra cosa es el derecho a reclamar la imposición de la pena (pretensión) y del deber a estimular al órgano jurisdiccional penal para la iniciación de proceso penal que debe surgir para imponer dicha pena (ejercicio de acción) Para el egregio penalista ecuatoriano "nosotros no reemplazamos el concepto de acción por el de pretensión. Creemos que ambos conceptos viven dentro del ordenamiento jurídico con fines diversos.. La acción como poder jurídico que puede ser ejercido para activar al órgano jurisdiccional penal. CUMPLIDA LA FINALIDAD SE EXTINGUE LA ACCIÓN. La pretensión ES LA RECLAMACIÓN, ES LA PETICIÓN, ES LA VOLUNTAD DE UNA DE LAS PARTES, DE LA ACTIVA DEL PROCESO, TENDENTE A SOLICITAR QUE EL ESTADO HAGA EFECTIVO EL DERECHO DE PENAR EN UN CASO CONCRETO. La Pretensión vive dentro del proceso, surge con motivo

del proceso o antes de éste, conjuntamente con el ejercicio de la acción (particular privada)" (las mayúsculas son mías)

Y continua Zavala explicando minuciosamente que "la pretensión es un concepto eminentemente procesal que vive latente durante todo el desarrollo del proceso, a diferencia del concepto de acción que es extraño al proceso y que se extingue en cuanto se la ejerce, es decir, en cuanto cumple su finalidad"

Otra diferencia sustancial entre la acción y la pretensión, como señala el maestro *Zavala*, es el " hecho de que, en muchas ocasiones, a pesar de haberse ejercido la acción penal, no concluye el proceso con la estimación de la pretensión punitiva. La razón es obvia: NUNCA SE EJERCE LA ACCIÓN PENAL PARA IMPONER UNA PENA; se la ejerce para estimular al órgano jurisdiccional penal por haberse cometido una infracción penal. En cambio la pretensión punitiva tiene, cómo es lógico y jurídico, como finalidad obtener la imposición de la pena que es, como se sabe, el fin del proceso penal." (las mayúsculas son mías)

Además el maestro ecuatoriano asegura con precisión, que no todo ejercicio de la acción penal encierra una pretensión, pues existen casos en que esa manifestación de voluntad, sólo aparece después de haberse iniciado el proceso penal, esto es, cuando ya ha sido satisfecha la acción penal, es decir, cuando ésta se ha agotado en su ejercicio, como el caso, de la acción ejercida a través de la denuncia, en ella no existe la pretensión, ya que su finalidad, como ejercicio de acción, es activar al órgano penal sin pretensión alguna, ésta aparece después.

Parece contrariar el criterio doctrinario de Zavala Baquerizo, (en el sentido de que la acción penal tiene como finalidad estimular al órgano jurisdiccional penal, activar dicho órgano para la iniciación del proceso penal y una vez ejercida la acción fenece ésta), el señalamiento expreso consignado en el artículo 195 de la Constitución de la República 2008, que por su importancia en este tema transcribimos en su primer inciso:

"Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; *durante el proceso ejercerá la acción pública* con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los

derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal...”

Posteriormente con la expedición del Código Orgánico de La Función Judicial (R.O. n. 544 de 9 de marzo del 2009) en el numeral 1 del artículo 282, se consigna lo siguiente:

“Art. 282.- FUNCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO.- A la Fiscalía General del Estado le corresponde:

1.- Dirigir y promover, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal y demás leyes, en casos de acción penal pública; de hallar mérito acusar a los presuntos infractores ante el juez competente e impulsar la acusación en la sustanciación del juicio penal...”

En otras palabras, la realidad jurídica actual del Ecuador es que la Fiscalía General del Estado, tiene el poder legal, la facultad constitucional de ser la titular de la acción penal pública DURANTE TODO EL DESARROLLO DEL PROCESO PENAL, al tenor de lo que señala taxativamente y de manera clara el artículo 195 de la Constitución, que como sabemos es norma suprema del ordenamiento jurídico. Es decir corresponde a cualquier fiscal, en todas las instancias o etapas de la sustanciación del proceso penal ejercer la acción penal pública. Y esta no se extingue cuando se ejercita por primera vez sino cuando termina el proceso penal, sea con sobreseimiento, o sentencia.

HISTORIA E IMPORTANCIA DE LA ACCIÓN PENAL EN EL DERECHO PROCESAL PENAL

Con mucha claridad, la doctrina asegura que el principio según el cual el estado persigue el delito de oficio no puede ser hallado en los derechos antiguos.

En el antiguo derecho romano se desarrolló lo que se denomina la acción popular y en los derechos germanos la acción privada.

Se dice que en la antigüedad la persona que sufría un daño ejercitaba la acción penal. Era los tiempos de la venganza privada cuando

el hombre defendía por si mismo sus derechos, había la ley del Tali6n que establecía que al agresor se le aplicara lo mismo que 6l le haba hecho al ofendido. Pero aparecieron problemas con respecto a ciertos delitos en los cuales no se poda aplicar la ley del Tali6n, como aquellos cometidos en contra de la honestidad o los de las ascivias. La ley del Tali6n era la similitud de la venganza. El Tali6n representa limitaciones objetivas de la venganza, la primera mediante la proporci6n del castigo a la materialidad de la ofensa. La segunda limitaci6n objetiva de la venganza era la composici6n, que era una indemnizaci6n que, como pena pecuniaria, esta obligada a aceptar el ofendido.

En el siglo XII AC ,en Grecia, Draconi opt6 por imponer la pena de muerte a todos los delitos. Hubo periodos donde se prescindio de la ley del Tali6n , pero un siglo despu6s Sol6n la volvi6 a restablecer pero con un sentido mas jur6dico .

Claus Roxin, hace recuerdo que en el caso de la acci6n privada, el procedimiento penal era iniciado por acci6n del ofendido o de su familia. Esta regulaci6n hall6 su fundamento en que originariamente no se distinguia entre consecuencias jur6dicas, civiles y penales de un hecho y, por consiguiente, tampoco entre procedimiento civil y penal :si se puede indemnizar un da6o corporal a trav6s del pago de una enmienda al lesionado o un homicidio pagando un importe de dinero a la familia del muerto(sistema de composici6n), entonces no hay mucho inter6s publico en la causa y el procedimiento penal transcurre de un modo similar a un proceso civil en el cual, a causa de una acci6n no permitida ,se reclama una reparaci6n del da6o.

La *acci6n popular* consiste en que toda persona (*quivis ex populo*) puede ejercer la acci6n penal. Para Roxin solo tiene sentido cuando cada ciudadano se siente corresponsable del mantenimiento del derecho penal.

Por la acci6n popular, los ciudadanos tuvieron en sus manos el ejercicio de la acci6n, no solo el ofendido del delito, sino tambi6n los ciudadanos solicitaban a la autoridad la represaci6n del il6cito. Como los delitos engendraban un mal en la sociedad, los ciudadanos fueran o no victimas de aquellos eran los encargados de ejercitar la acci6n.

La acci6n popular tiene su origen en Roma. Se nombraba a un ciudadano para que llevara ante el tribunal del pueblo la voz de la

acusación. En Grecia, en cambio, existía los temosteti cuyo deber era denunciar los delitos ante el senado .Durante la Edad Media, los señores feudales eran quienes ejercitaban dicha acción .Se abandona la idea de que el ofendido del delito fuera el encargado de acusar y se ponía en manos de un ciudadano independiente el ejercicio de la acción, se reformaba así el procedimiento toda vez que un tercero ajeno a la victima del delito era quien perseguía al responsable y procuraba su castigo.

Debemos puntualizar que el derecho griego, el Rey, el concejo de ancianos y la asamblea del pueblo, en ciertos casos llevaban a cabo juicios orales de carácter público para sancionar a quienes se ejecutaban actos que atentaban contra los usos y costumbres."El ofendido, o cualquier ciudadano, presentaba y sostenía acusación ante el Arconte, el cual, cuando no se trataba de delitos privados y, según el caso, convocaba al Tribunal del Are, al de los ópago Ephetas y al de los Heliasras". El acusado se defendía a si mismo, aunque en ciertas ocasiones le auxiliaban algunas personas.

Los romanos adoptaron, poco a poco, las instituciones del derecho griego y con el tiempo las transformaron, otorgándoles características muy peculiares que, más tarde, se emplearían a manera del molde clásico, para establecer el moderno Derecho de Procedimientos Penales.

Posteriormente con el desarrollo de la historia, y, como lo asegura Roxin "Con el fortalecimiento del concepto de Estado -ya relativamente temprano en Roma y, al norte de los Alpes, primero en Francia-nace un interés publico en la prevención y castigo de los delitos. Por ello, con el transcurso del tiempo la enmienda (según la actual terminología del derecho privado) se transforma en una pena del derecho publico a cuya imposición le siguió un procedimiento estatal".

En el estado absoluto, "que es el que mas enérgicamente expresa la idea de Estado, el principio de oficialidad es llevado a cabo rigurosamente., el Estado persigue al criminal de oficio".

Según Roxin, todavía hoy la acción popular constituye el punto de partida teórico, por mas que la persecución penal privada esté sometida a numerosas excepciones y limitaciones".

*Finalmente diremos, en calidad de resumen de la historia de la acción penal de que en el pasado se creía en forma absoluta que la acción y el derecho material estaban entremezclados; era la concepción romana, y así lo plantea Savigny, quién piensa de que no hay derecho sin acción y no hay acción sin derecho. Posteriormente, el autor Windschid en su obra "La Acción del Derecho Civil Romano desde el punto de vista del derecho actual" (1856) dijo que entre la comparación de la acción romana y el derecho de querrela aparecía indiscutiblemente la pretensión. El derecho de querrela no era otra cosa que la pretensión dirigida por el titular del derecho material contra el obligado para que éste cumpla con su obligación. Y aquí empieza el largo cruzamiento de las concepciones civiles y penales de la acción, hasta llegar a nuestro tiempo; aparecen las opiniones de Munther, de Wach, de Giuseppe Chiovenda, de Giovanni Leone (quién opinaba que la acción debe definirse como el requerimiento por parte del Ministerio Público de una decisión del juez sobre una noticia criminis que tiene como contenido un hecho determinado correspondiente a una hipótesis penal). Posteriormente Guasp decía que el proceso es una institución jurídica dedicada a la estimación de pretensiones; apareciendo después Francisco Canelutti quién opinaba que "la acción ha sido concebida, precisamente, como un poder, que por ciertas personas, en ciertos casos y modos es ejercitado". Sin lugar a dudas, hemos avanzado, ya no estamos en condiciones de creer que la pretensión penal, es lo mismo que la acción. Hemos estudiado las diferentes opiniones que otros eminentes tratadistas han sustentado sobre ella hasta llegar al nivel científico de hoy.

- La importancia de la acción penal en el Derecho Procesal Penal radica fundamentalmente en que ésta tiene características propias, que se basan en la actividad pública fundamental del Estado para poder sancionar los hechos delictivos. Fundamentalmente la acción penal es un poder concedido por el Estado, por medio de un mandato constitucional, y con ella (con la acción) se da inicio al proceso penal. Lo que pasa es que el Estado ha confiado el monopolio del ejercicio de la acción penal pública a la Fiscalía General del Estado, *durante todo el desarrollo del proceso penal*. (art. 195 de la Constitución).

Zavala afirma que se comete un error al afirmar que la acción penal nace por la comisión de la infracción, y manifiesta que la acción es inherente a la persona "en ella vive, pero solo se la puede materializar,

sólo se la puede manifestar, sólo se la puede ejercer cuando se ha cometido la infracción, y, en consecuencia, no es que la infracción genera la acción, sino que la infracción permite el ejercicio de la acción, penal; es el presupuesto necesario sin el cual no se puede ejercer la acción".

Recordemos que el Fiscal es un funcionario garantista del proceso penal cuando ejercita la acción penal pública, toda vez que el numeral 3 del artículo 282 del Código Orgánico de la Función Judicial expresa que le corresponde garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y en las investigaciones procesales por delitos de acción pública, quienes deberán ser citados y notificados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo y cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria.

- Miguel Ibáñez y García-Velasco en su Curso de Derecho Procesal Penal, traído a colación por César San Martín Castro en su Derecho Procesal Penal, estableciendo qué es la jurisdicción penal, dice que es una especie de jurisdicción "por la que el Estado, a través de los tribunales especialmente adscritos, realiza su misión de dirigir el proceso penal, manteniendo la integridad del ordenamiento punitivo mediante la aplicación de sus normas, declarando en el caso concreto la existencia de los delitos (faltas) e imponiendo las penas (y medidas de seguridad), SIEMPRE QUE SE HAYA EJERCITADO LA ACCIÓN " Es decir, la potestad jurisdiccional o potestad de administrar justicia la tienen los jueces de la Función Judicial y la acción penal se concreta cuando interviene el órgano jurisdiccional penal.

No está demás indicar que en algunas legislaciones extranjeras se consagra como un derecho de carácter procesal " el derecho a la tutela jurisdiccional" , que a nuestro entender es la acción penal; así ocurre, por ejemplo, en la hermana República del Perú, donde en la Constitución nacional se atribuye, incluso, al Ministerio Público, como misión sustancial la promoción, de oficio o a petición de parte, de la acción de la justicia en defensa de la legalidad ,y , como encargo trascendental y específico, en materia penal, el ejercicio de la acción penal de oficio o a petición de parte.

En Alemania, en cambio, según el estudio de Roxín, la fiscalía es el órgano estatal competente para la persecución penal, y es un órgano

independiente de la administración de la justicia .La novedad es que el fiscal del proceso penal alemán no es "parte". Por ello, no tiene que reunir, unilateralmente, al decir de Roxín, material de cargo contra el imputado, sino que debe investigar también las circunstancias que sirvan de descargo, su único cometido es con la verdad y la justicia.. Tiene "el señorío del procedimiento de investigación; debe tomar las medidas necesarias para el esclarecimiento de los hechos y la realización de la pretensión punitiva estatal"

FUNCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.-

El Dr. Ricardo Vaca Andrade en su "Manual de Derecho Procesal Penal", señala con claridad meridiana, que así como a los particulares les está prohibido realizar actos violentos de autodefensa de sus derechos, la prohibición rige también para el Estado, "por ello, cuando se comete un delito o un hecho que tiene apariencia de delito, las autoridades públicas no aplican de manera directa e inmediata las sanciones previstas en la ley penal sustantiva. Es indispensable que, previamente, se instaure un proceso penal de acuerdo a las normas constitucionales y del Derecho Procesal Penal, para garantizar efectivamente el derecho a la defensa que tiene el sospecho o el imputado. Así mirado, el proceso penal es, a la vez, un instrumento de juzgamiento y hasta de represión, si se quiere, pero también lo es de respeto a las garantías constitucionales, en cuanto, tan solo cuando se han cumplido los actos procesales pertinentes a cada etapa, de investigación y de juzgamiento, se puede declarar oficialmente si una persona es culpable o inocente".

Por ello podemos afirmar que el fundamento del ejercicio de la acción penal, antes que legal, en el caso ecuatoriano, es eminentemente constitucional, en virtud de que una vez perpetrado el delito, la acción penal entra en funcionamiento.

Debemos recalcar que la tutela efectiva es un derecho de protección que se encuentra elevado a rango constitucional (art. 75 de la Constitución) y también se encuentra desarrollado en el artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial como principio de tutela judicial efectiva de los derechos.

Podemos decir, sin ambages, que el fundamento de la acción Penal está contenido de manera constitucional en la disposición constitucional arriba transcrita y que la acción penal es un verdadero derecho a la tutela jurídica. El ejercicio de la acción penal pública en facultad de la Fiscalía está expresamente señalado en el artículo 195 de la Constitución de la República. Pero como bien ha señalado Jaime Santos Basantes, en su "El Debido Proceso Penal": "El fiscal, en el nuevo sistema procesal penal, "dirige la investigación preprocesal y procesal penal", bajo su dirección se encuentra la Policía Judicial; se aspira que con las nuevas reglas de juego se edifique un panorama más confiable en la investigación del ilícito a través del análisis objetivo del *intercrimino*; sin embargo, hay que reconocer con profunda preocupación que estos buenos propósitos consagrados en la Constitución y en la ley aún están lejanos de una auténtica y efectiva aplicación, no se puede cerrar los ojos a la realidad, hay que reconocer que la corrupción en la actualidad continúa teniendo gran influjo en los procesos investigativos y en la toma de decisiones por parte de determinados representantes de la Fiscalía, policías judiciales y jueces. No se debe callar ni ser cómplice ante una verdad que es evidente, un secreto a voces, que resulta imposible como pretender tapar el sol con un dedo."

Por otra parte, el maestro Zavala Baquerizo en su obra "El Debido Proceso Penal", manifiesta que: "es necesario tener presente que el derecho a la tutela jurídica por parte de los órganos jurisdiccionales no solo comprende la acción del que demanda dicha tutela sino también la correlativa a la contradicción que ella origina, esto es, que no sólo el que se considera ofendido con una conducta lesiva a sus bienes e intereses es el que puede demandar la tutela judicial, sino también el que, por esa demanda se ve inmerso dentro de un proceso y, por ende, tiene también el derecho de protección jurídica, que no puede ser rechazado por los jueces....".

Ahora bien, de conformidad con el artículo 6 de la ley reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal (RO.S 555 del 24 de marzo del 2009) se sustituyó el artículo 32 del Código de Procedimiento penal por el siguiente:

Art. 32.- Clasificación.- Desde el punto de vista de su ejercicio, la acción penal es de dos clases: pública y privada.

IMPORTANCIA DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL

Y el inciso primero del artículo 33 del mismo cuerpo legal determina que el ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente al Fiscal, esto en armonía con lo preceptuado en la Constitución de la República (art. 195) y del Código Orgánico de la Función Judicial (art. 282)

Cuando se dice que la Acción Penal es pública, lo que se quiere expresar es que es de Derecho Público y que por lo tanto pertenece al Estado.

La acción es un poder jurídico concedido por Estado a las personas. Pero esta acción, -dice Zavala- como tal poder no puede ejercerse, no puede tomar vida hasta tanto no se cometa la infracción, por lo cual decimos que la infracción es el presupuesto necesario para el ejercicio de la acción. "Entre la acción y el ejercicio de la acción media la infracción". En consecuencia, ésta no es el objeto de la acción, es el presupuesto del ejercicio de la acción.

En el antiguo Código de Procedimiento Penal se establecían como modos de ejercer la acción penal la excitación fiscal, la denuncia, la acusación particular, la pesquisa que de oficio efectúa el juez, el parte policial informativo o la indagación policial o la orden superior de origen administrativo.

Es importante anotar que de acuerdo con las últimas reformas al código procesal se sustituyó el artículo 37 por el siguiente:

Art. 37.- Las acciones por delitos de acción pública pueden ser transformadas en acciones privadas, a pedido del ofendido o su representante, siempre que el juez de garantías penales lo autorice. El fiscal podrá allanarse a este pedido; de no hacerlo, argumentará al juez de garantías penales las razones de su negativa.

No cabe la conversión:

- a) Cuando se trate de delitos que comprometan de manera seria el interés social;
- b) Cuando se trate de delitos contra la administración pública o que afectan los intereses del Estado;

- c) Cuando se trate de delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio;
- d) Cuando se trate de crímenes de lesa humanidad; o,
- e) Cuando la pena máxima prevista para el delito sea superior a cinco años de prisión.

Si hubiere pluralidad de ofendidos, es necesario el consentimiento de todos ellos, aunque solo uno haya presentado la acusación particular.

Transformada la acción cesarán todas las medidas cautelares que se hayan dictado.

Si el ofendido decide presentarse como querellante para iniciar la acción privada, será competente el mismo juez de garantías penales que conocía del proceso en la acción pública. El plazo para la prescripción de la acción privada correrá a partir de la resolución de la conversión.

La conversión procederá hasta el término de cinco días después de que el tribunal de garantías penales avoque conocimiento de la causa.

CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA:

Se afirma que varias son las características de la acción penal pública:

- a) Publicidad.- Se dice que por su importancia en la vida de la sociedad, el Estado ha dispuesto que su actividad sea fundamentalmente dirigida a reintegrar la paz social perturbada por el delito, y por ello, La Fiscalía General del Estado, como ente protector de la sociedad ejerce a plenitud integralmente durante todo el desarrollo del proceso penal la acción penal.
- b) Oficialidad. Se considera un verdadero monopolio de la Fiscalía General del Estado que la Constitución haya determinado que sea el titular de la acción penal pública. Recordemos que en la Constitución de 1998 esta entidad era adscrita al Estado, en cambio en el nuevo marco constitucional y legal del 2008, la Fiscalía General es un

órgano de la Función judicial cuyo ámbito de actuación está señalado en la Constitución, en el Código Orgánico de la Función Judicial y en el Código de Procedimiento penal

- c) Indivisibilidad.- La acción penal es única, si bien en el proceso aparecen actos diversos promovidos por el titular de la acción penal, la acción es única y tiene una sola pretensión: la sanción penal que alcanza a todos los que han participado en la comisión del delito. No existen distintas acciones que correspondan a cada agente, sino una acción indivisible.
- d) Obligatoriedad.- Existe la obligación por parte de la Fiscalía General del Estado de ejercitar la acción penal ante la noticia de la presunta comisión de un hecho ilícito..

En otro aspecto es importante señalar que la acción penal pública es irrenunciable por cuanto quienes ejercen la acción según asevera Walter Guerrero Vivanco, no pueden retractarse del dictamen fiscal acusatorio, de la denuncia o de la acusación particular, con el propósito de impedir que continúe la sustanciación de la causa, pues si bien es verdad que de acuerdo a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal cabe el desistimiento de la acusación particular en los procesos por delitos de acción pública, el trámite continúa con la sola intervención del fiscal, ya que de acuerdo con el Código Penal, el perdón de la parte ofendida o la transacción con ésta no extingue la acción pública por una infracción que debe perseguirse de oficio.

La acción penal pública es indivisible, en razón de que una vez que se la promueve involucra a todos aquellos que de una u otra manera han intervenido en la comisión de un delito o han concurrido a su ejecución, es decir, a quienes alguna responsabilidad tuvieren supuesto que nadie deberá escapar a la represión penal. Es decir, que ni el fiscal ni el denunciante ni el acusador particular, pueden obligar al juez para que limite la iniciación o la prosecución del proceso solo en contra de uno de los presuntos culpables de la infracción de acción pública.

Otros autores sostienen (por ejemplo el Dr. Ricardo Vaca Andrade) como características de la acción penal: la publicidad, la oficialidad y la irrevocabilidad, además de la indivisibilidad y de la irrenunciabilidad.

Los delitos de acción pública pero de instancia particular, actualmente con las reformas que ha tenido el Código de Procedimiento Penal, solamente son los delitos de revelación de secretos de fábricas y las estafas y otras defraudaciones. Y los delitos de acción privada son: a) el estupro perpetrado en una mujer mayor de 16 años y menor de 18; b) raptó consensual en mujer mayor de 16 y menor de 18 años; c) injuria calumniosa y no calumniosa grave; d) daños en propiedad privada, excepto incendio; e) usurpación; i) muerte de animales domésticos o domesticados; g) atentado al pudor de un mayor de edad.

Vale puntualizar, a guisa de ser reiterativo, que de conformidad con el actual Código de Procedimiento Penal del año 2000 y que entró en vigencia en el 2001, el título segundo se denomina la Acción Penal y este título comprende el capítulo I denominado Reglas Generales; el capítulo II trata sobre la denuncia, el capítulo III sobre la Acusación Particular, habiendo una mala estructura del Código, que muchos autores sostienen que es inconstitucional, toda vez que la Acusación Particular y la denuncia son medios de ejercer la Acción Penal.

Esperemos que pronto, los sabios legisladores rectifiquen los errores e inconstitucionalidades del actual Código de Procedimiento Penal, aprobando o expidiendo un nuevo Código, que según tenemos entendido ha sido confeccionado con rigurosidad científica atendiendo las particularidades de nuestra idiosincrasia y acogiendo el sistema oral en lo sustantivo, desechando los aspectos procesales negativos del actual Código, y por sobre todo, volviendo operativo un nuevo Código de Procedimiento Penal que esté en consonancia con los principios y postulados contenidos en la Constitución de la República.

CONCLUSIONES

- 1.- Estudiar la historia de las teorías de la acción penal significa revisar las diferentes opiniones que a través del tiempo, han esgrimido los tratadistas, y éstas han respondido a la concepción práctica de la juridicidad de una época determinada; es desentrañar el concepto de acción desde el pasado, hasta la actualidad, para conocer su trayectoria y distinguir el grado de desarrollo que se ha alcanzado.

- 2.- Sobre la teoría de la Acción Penal hasta nuestra época, hay una gran confusión entre los procesalistas por la conexión histórica del proceso civil con el proceso penal; la separación de ambos todavía es hoy gran polémica de los doctrinarios del derecho. Todavía hay autores que confunden la acción con la pretensión. Incluso hay muchas concepciones adoptadas sobre la acción y no hay una integral que las unifique, inclusive muchos autores sostienen que para su investigación y estudio se deberá hacerlo - sobre el concepto de acción- a través del Derecho Político, Derecho Constitucional o Derecho Administrativo.
- 3.- Hemos sido claros en afirmar que la Acción Penal no es lo mismo que la pretensión penal. La Acción Penal da vida al proceso penal y se desarrolla durante todo el proceso penal, tal como lo consagra el artículo 195 de la Constitución de la República 2008; vive en todas las etapas del proceso penal; también la pretensión penal es una facultad que supervive en el proceso, toda vez que la Fiscalía General como institución del Estado le interesa que el ius puniendi se materialice con la imposición de una pena al infractor.
- 4.- Cabe señalar que la Fiscalía General del Estado no tiene función jurisdiccional, no ejercita la potestad de penar, el ius puniendi es privativo del poder judicial, específicamente de los jueces, de los Tribunales Penales.
- 5.- La importancia fundamental de la Acción Penal está justificada porque sin ella no se puede iniciar el proceso penal.
- 6.- Coincidimos con la doctrina novísima de que la acción, en tanto medio necesario para la intervención del órgano jurisdiccional, descansa en el derecho fundamental a obtener la tutela judicial (Art. 75 Constitución de la República)
- 7.- Es indiscutible, en la actualidad, que el Derecho Procesal Penal, debe subordinarse al orden constitucional, patentizado en la Constitución Política. Las normas constitucionales, por el principio de la supremacía de la constitución, que en ella está consignado, (artículo 424) son garantizadoras del debido proceso penal.

En otras palabras, la acción penal, que da inicio al proceso penal, y por ende, forma parte del Derecho Procesal Penal. Por tanto las normas jurídicas procesales, dictadas en el Código de Procedimiento Penal, deben guardar armonía y sindéresis con la Constitución.

- 8.- Es de desear que en el país rija un nuevo Código de Procedimiento Penal, que sea trasunto de nuestra realidad social, cultural y jurídica, y que, sobre todo, sus normas estén conformes con la realidad escrita en la Carta Magna.
- 9.- Sabiamente Claus Roxín expresa que el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado. Y tiene razón toda vez que, cada cambio esencial en la estructura política del Estado, que se consigna en la Constitución, inevitablemente, al tenor de la moderna ciencia política y jurídica, deberá incidir en las normas procesales.
- 10.- Un Código anti técnico como el actual a pesar de que ha tenido reformas, constituye un ludibrio para hombres libres tuteladores del Derecho, como son los juristas. Por ello, la urgencia de expedir un nuevo código procesal penal, para demostrar ante el mundo que somos un país democrático y libre, amantes del Estado social de Derecho y de la Justicia, y que avanzamos por rutas de progreso a todo nivel.
- 11.- Toda nueva legislación debe concretarse para que se haga efectiva la anhelada seguridad jurídica que se requiere, en atención al Estado de Derecho que vivimos, en la vertiente del Estado constitucional de derechos y de justicia, como lo determina el artículo 1 de la Constitución , y por ello las normas constitucionales del debido proceso penal deben ser guías o rutas para cumplirlas ,y para elaborar una nueva legislación procesal que viabilice la práctica de la justicia penal con contenido protector de derechos humanos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

1. Constitución de la República 2008
2. Código de Procedimiento Penal en actual vigencia
3. Dr. Jorge Zavala Baquerizo. El Proceso Penal Ecuatoriano. Tomo I. Tercera Edición, 1978.
4. Dr. Jorge Zavala Baquerizo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Edino. 2004
5. Dr. Jorge Zavala Baquerizo. El Debido Proceso Penal. Edino, 2002.
5.1.- Dr. Jaime Santos Basantes. MSc. El Debido Proceso Penal. Fase de Indagación, Etapas de instrucción fiscal e intermedia. Corporación de estudios y publicaciones. Quito. 2009
6. Dr. Víctor Lloré Mosquera. Compendio de Derecho Procesal Penal. Tomo I volumen 1. Fondo de Cultura Ecuatoriana. 1979
7. Dr. Andrés F. Córdova. Derecho Procesal Penal Ecuatoriano.- Fondo de Cultura Ecuatoriana. Volumen 1. 1981
8. Dr. Ricardo Vaca Andrade. Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Corporación de estudios y Publicaciones, 2001
9. Dr. Walter Guerrero Vivanco. Derecho Procesal Penal. Tomo II La Acción Penal. Pudeleco Editores S.A. 2004.
10. César San Martín Castro. Derecho Procesal Penal. Editorial Jurídica Grijley. Lima. 2006
11. Dr. Edmundo Duran Díaz. Manual de Derecho Procesal Penal. Volumen I Edino, 1992.
12. Dr. Carlos Pozo Montesdeoca. Práctica del Proceso Penal. Ediciones Abya-Yala, 2005.
13. Dr. Benjamín Irigorri Diez. Instituciones de Derecho Procesal Penal. Editorial Temis, Bogotá, 1974.

14. Claus Roxin. Derecho Procesal Penal. Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000
15. Sergio García Ramírez. Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa S.A. México, 1977.
16. Claus Roxin, Gunther Arzt, Klaus Tiedemann. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal. Ariel Derecho, 1989.
17. Eduardo J. Couture. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1976.
18. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I. Driskill S.A., 1979
19. Artículos de Internet
20. www.wikilearning.com
21. Dr. Alfonso Zambrano Pasquel. Manual de Práctica Procesal Penal. Edilex S.A. Editores. Perú. 2009 .
- 22.- Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, editores. La Nueva Constitución del Ecuador, *Estado, derechos e instituciones*. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador-Corporación Editora Nacional. Quito- 2009