



UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CUENCA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

EL JUZGAMIENTO EN AUSENCIA DEL QUERELLADO

Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA DEFENSA

TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL

TÍTULO DE ABOGADA

AUTORA: MARÍA BELÉN GUERRA ESTÉVEZ

**DIRECTOR: DR. BERNARDO XAVIER MONSALVE ROBALINO,
MGS.**

CUENCA - ECUADOR

2023

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

EL JUZGAMIENTO EN AUSENCIA DEL QUERELLADO Y SU
RELACIÓN CON EL DERECHO A LA DEFENSA

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADA**

AUTORA: MARÍA BELÉN GUERRA ESTÉVEZ

**DIRECTOR: DR. BERNARDO XAVIER MONSALVE ROBALINO,
MGS.**

CUENCA - ECUADOR

2023

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO



Declaratoria de Autoría y Responsabilidad

María Belén Guerra Estévez portador(a) de la cédula de ciudadanía N° 0106480783. Declaro ser el autor de la obra: **"El Juzgamiento en Ausencia del Querellado y su Relación con el Derecho a la Defensa"**, sobre la cual me hago responsable sobre las opiniones, versiones e ideas expresadas. Declaro que la misma ha sido elaborada respetando los derechos de propiedad intelectual de terceros y eximo a la Universidad Católica de Cuenca sobre cualquier reclamación que pudiera existir al respecto. Declaro finalmente que mi obra ha sido realizada cumpliendo con todos los requisitos legales, éticos y bioéticos de investigación, que la misma no incumple con la normativa nacional e internacional en el área específica de investigación, sobre la que también me responsabilizo y eximo a la Universidad Católica de Cuenca de toda reclamación al respecto.

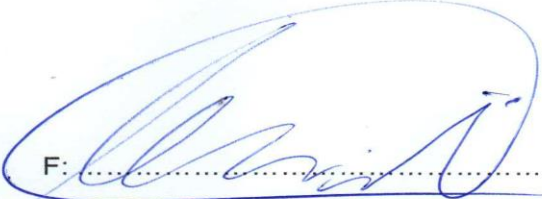
Cuenca, **22 de septiembre de 2023**

María Belén Guerra Estévez

C.I. 0106480783

CERTIFICO

Certifico que el presente Trabajo de Investigación fue desarrollado por: **MARÍA BELÉN GUERRA ESTÉVEZ** con el tema: **"EL JUZGAMIENTO EN AUSENCIA DEL QUERELLADO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA DEFENSA"**, bajo mi supervisión.



F:

DR. BERNARDO XAVIER MONSALVE ROBALINO, MGS.

Docente - Tutor

Dedicatoria

El presente trabajo de titulación está dedicado a:

A mis padres: Esteban y Adriana, por su amor y apoyo incondicional, aún en momentos de adversidad. Gracias por todo el sacrificio que hacen por mí.

A mis hermanos: Priscila y Juan, por el apoyo en mis estudios superiores y formación. Somos varias generaciones en la familia que se desenvuelven en la noble labor del Derecho.

A mis amigos y a aquellos que con sinceridad y lealtad estuvieron siempre presentes, con el consejo oportuno y sincero.

Agradecimientos

A Dios, por la vida y su poderosa palabra en que descansa mi fe; en donde se alientan las más nobles emociones y hay tanta enseñanza de justicia y amor.

A la Universidad Católica de Cuenca, por su loable labor en la enseñanza y formación de la juventud.

A los docentes de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, no solo por ser nuestros guías en el aprendizaje del Derecho y de las Ciencias Sociales, sino por su ardua dedicación para darnos enseñanzas de vida.

Al maestro Señor Doctor Milton Gonzáles, por enseñarme el sentido de la justicia, a quien le expreso mi gratitud imperecedera.

A mi Director de trabajo de titulación Señor Doctor Bernardo Monsalve por su importante orientación en la elaboración de esta tesis.

A mis padres, por su apoyo moral y paciencia.

Resumen

En el trabajo de titulación que a continuación se presenta, se realiza un estudio de la vulneración del derecho a la defensa por el juzgamiento en ausencia de la persona querellada. Se abordará: la querrela, los delitos de acción penal privada y su procedimiento en el Código Orgánico Integral Penal, el análisis de la sentencia No. 005-17-SCN-CC de la Corte Constitucional y de su motivación, la igualdad formal y el derecho a la defensa reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado ecuatoriano. Se revisará también: los antecedentes históricos, el concepto y sentido de la institución jurídica del derecho a la defensa, los principios de la justicia constitucional, las reglas y métodos de la interpretación constitucional, el debido proceso penal, el principio de igualdad, el derecho de audiencia, la configuración de la relación triangular, la presunción de inocencia y el principio de jurisdiccionalidad, y la necesidad de la conciliación entre la presunta víctima y el querrellado para garantizar una cultura de paz.

Palabras clave: *querrellado, delitos de acción penal privada, juzgamiento en ausencia, derecho a la defensa, detención.*

Abstract

This paper conducts a study on violating the right to defense due to the trial in the defendant's absence. It will address the complaint, private criminal action crimes and their procedure in the Organic Integral Criminal Code, the analysis of Constitutional Court Ruling No. 005-17-SCN-CC and its motivation, formal equality, and the right to defense recognized in the Constitution and international human rights instruments signed by the Ecuadorian State. It also reviews the historical background, the concept and meaning of the legal institution of the right to defense, the principles of constitutional justice, the rules and methods of constitutional interpretation, due process, the principle of equality, the right to a hearing, the configuration of the triangular relationship, the presumption of innocence and the principle of jurisdiction, and the need for conciliation between the alleged victim and the defendant to ensure a culture of peace.

Keywords: *defendant, private criminal action crimes, trial in absentia, right to defense, detention.*

Índice

Declaratoria de autoría y responsabilidad.....	I
Certificado del tutor.....	II
Dedicatoria.....	III
Agradecimientos.....	IV
Resumen.....	V
Palabras clave.....	V
Abstract.....	VI
Key Words.....	VI
Introducción.....	1
Capítulo I. La querrela y el proceso de juzgamiento en los delitos de acción penal privada...2	
1.1 Concepto y sentido del Derecho Penal.....	2
1.2 Concepto de infracción penal.....	2
1.3 Concepto de delito.....	3
1.4 El ejercicio privado de la acción penal.....	3
1.5 La prescripción del ejercicio privado de la acción penal.....	5
1.6 Las víctimas.....	5
1.7 Concepto y sentido de la institución jurídica de la querrela.....	6
1.8 Delitos de acción penal privada.....	7
1.9 Calumnia.....	8

1.10 Usurpación.....	11
1.11 Estupro.....	12
1.12 Lesiones que generen incapacidad o enfermedad de hasta treinta días, con excepción de los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y delitos de tránsito.....	13
1.13 Delitos contra animales que forman parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana.....	14
1.14 Proceso de juzgamiento en los delitos de acción penal privada.....	17
Capítulo II. Análisis de la sentencia 005-17-SCN-CC emitida por la Corte Constitucional.....	21
2.1 Antecedentes de la sentencia 005-17-SCN-CC.....	21
2.2 Del contenido de la sentencia 005-17-SCN-CC.....	22
2.3 Sobre la interpretación de la Corte Constitucional.....	25
2.3.1 La interpretación literal.....	26
2.3.2 La interpretación literal que más se ajuste a la Constitución en su integridad.....	27
2.3.2.1 De la igualdad formal reconocida en la Constitución.....	27
2.3.2.2 Del derecho al defensa reconocido en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.....	35
2.4 Sobre la motivación de la Corte Constitucional en la sentencia 005-17-SCN-CC.....	37
2.4.1 La motivación en la sentencia 1158-17-EP/21.....	37
2.4.2 La inatinencia.....	38

2.4.3 La incongruencia.....	40
Capítulo III. La importancia de la presencia del querellado para su juzgamiento.....	41
3.1 Antecedentes históricos del derecho a la defensa.....	42
3.2 Concepto y sentido de la institución jurídica del derecho a la defensa.....	43
3.3 De los principios de la justicia constitucional, y, los métodos y las reglas de interpretación constitucional en relación al derecho a la defensa	44
3.3.1 Los principios de la justicia constitucional.....	45
3.3.2 Los métodos y reglas de la interpretación constitucional.....	45
3.4 El debido proceso penal.....	52
3.5 El principio de igualdad.....	53
3.6 El derecho a la defensa del querellado en juicio.....	54
3.7 La relación triangular.....	55
3.8 La presunción de inocencia y el principio de jurisdiccionalidad.....	56
3.9 La audiencia de conciliación y juzgamiento.....	58
4. Conclusiones.....	59
5. Recomendaciones.....	62
6. Referencias.....	63

Introducción

En el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador se permite el juzgamiento en ausencia de las personas que presuntamente han incurrido en el cometimiento de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, sin embargo, la Corte Constitucional mediante la sentencia No. 005-17-SCN-CC extiende dicha excepción a los procedimientos de ejercicio privado de la acción penal utilizando la analogía e interpretación extensiva, prohibidas por el Código Orgánico Integral Penal, para intentar motivar su sentencia. Además, al haberse realizado un análisis de la sentencia mencionada, se detecta que la argumentación jurídica recae en la deficiencia motivacional de la apariencia por adolecer de los vicios motivacionales de inatención e incongruencia frente al derecho. Empero, al ser las sentencias de la Corte Constitucional inapelables y, por tanto, no pudiendo declararse su nulidad por falta de motivación, el máximo órgano de interpretación constitucional debe alejarse de su precedente mediante la figura del overruling, por haberse vulnerado el sagrado derecho a la defensa del querellado por no existir causa constitucional alguna que justifique su juzgamiento en ausencia, porque la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el Ecuador protegen el derecho a la defensa del procesado, por ser considerado la persona débil dentro del proceso penal a quien se le debe garantizar el respeto a su verdad, la presunción de inocencia, la garantía de libertad, el derecho a presentar pruebas, el derecho a la contradicción, el derecho a ser escuchado en un juicio público, entre otros. Para el desarrollo de un debido proceso penal se sugiere la incorporación de la figura de la detención en el procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal, no como medida cautelar que tiene una finalidad investigativa, sino como una medida que asegura la presencia de la persona querellada cuando esta no hubiere asistido a la audiencia de conciliación y juzgamiento, como sucede en los delitos de acción penal pública y en las contravenciones en el procedimiento expedito cuando el procesado no asiste a la audiencia de juicio.

Capítulo I. La querrela y el proceso de juzgamiento en los delitos de acción penal privada

1.1 Concepto y sentido del Derecho Penal

El Derecho Penal es “el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado” (Jiménez de Asúa, 1964, pág. 33). Por lo que, “es la parte del derecho compuesto por el conjunto de normas dotadas de sanción retributiva” (Soler, 1976, pág. 3).

Por ello, el Derecho Penal es aquella rama del Derecho Público encargada de regular el comportamiento humano en sociedad para posibilitar la convivencia entre aquellos miembros que la conforman. Cuando hacemos alusión al Derecho Penal, implícitamente hablamos de violencia, germen de la arbitrariedad manifestado en conductas humanas que atentan contra el derecho ajeno, la paz y la seguridad social.

Por su carácter represivo, retributivo y volitivo, actualmente varios países han optado por la humanización y sublimación del Derecho Penal, garantizando tanto a la presunta víctima como a la persona procesada, un juicio justo en el que se les hayan asegurado todas las garantías necesarias para ejercer su derecho fundamental a la defensa.

1.2 Concepto de infracción penal

La infracción es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en el Código Orgánico Integral Penal (Código Orgánico Integral Penal, 2014). La infracción se clasifica en delitos y contravenciones (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Por tanto, la infracción penal es aquella acción u omisión previamente establecida en un tipo penal que lesiona o afecta sin justa causa un bien jurídico protegido por el Estado y es cometida por una persona imputable que actúa con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, a quien, por tanto, debe imponérsele una sanción.

1.3 Concepto de delito

“El delito es toda conducta humana típica, antijurídica y culpable que el legislador sanciona con una pena” (Muñoz Conde, 2015, pág. 43). “El delito es una acción u omisión humana, típica, antijurídica, imputable a un hombre culpable, sujeta a veces a condiciones objetivas de punibilidad y sancionada con una pena o una medida de seguridad” (Zeballos, 1992, pág. 49).

Entonces, el delito es aquella acción u omisión propia o impropia adecuada a una figura preestablecida y prohibida por la ley que es reprochable a su autor y que tiene por consecuencia jurídica una sanción, considerando el principio de proporcionalidad. Por ende, el delito implica:

- A. Acción u omisión que ocasione daño o lesión a un bien jurídico protegido;
- B. Voluntariedad; y,
- C. Que dicha acción u omisión tenga por consecuencia una pena que se encuentre previamente establecida en ley.

La conducta humana unida a consecuencias legales podrá ser objeto del inicio de un proceso judicial a través del ejercicio público o privado de la acción penal en contra del supuesto infractor. El primero, corresponde a Fiscalía General del Estado, como persecutora estatal; y, el segundo, exclusivamente a la víctima.

1.4 El ejercicio privado de la acción penal

“El ejercicio de la acción penal es público y privado. El ejercicio público de la acción corresponde a la Fiscalía, sin necesidad de denuncia previa. El ejercicio privado de la acción penal corresponde únicamente a la víctima, mediante querrela” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 410).

De aquello se denota la diferencia entre el ejercicio público y privado de la acción penal, porque en el primero, el fiscal es la persona encargada de conocer la noticia del delito, ya sea de oficio o mediante las formas consagradas en los artículos 581 y 581.1 del Código Orgánico Integral Penal, con el objeto de reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo que le permitan o no formular la imputación, para ulteriormente en caso de hacerlo, formular cargos y establecer el tiempo de duración de la instrucción fiscal para formular la acusación.

La instrucción fiscal podrá concluir por cumplimiento del plazo, decisión fiscal o decisión judicial. Una vez concluida la instrucción fiscal, el fiscal emitirá su dictamen. Si el dictamen es acusatorio, solicitará al juzgador que señale día y hora para la realización de la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio.

De no acusar, emitirá su dictamen abstentivo fundamentado, al juzgador para que notifique a los sujetos procesales. En caso de delitos que sobrepasen los quince años de privación de libertad, a pedido del acusador particular, el fiscal elevará a consulta al fiscal provincial para que la ratifique o revoque en treinta días.

Si ratifica la abstención fiscal, el fiscal provincial remitirá el expediente al juez para que dicte sobreseimiento en el plazo de tres días cuando exista una persona privada de la libertad, caso contrario lo dictará en el plazo de diez días. Si el fiscal revoca la abstención fiscal, designará a otro fiscal para que sustente la acusación en audiencia.

Finalmente, una vez sustanciada la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, se señalará día y hora para la instalación de la audiencia de juicio, con la finalidad de que el juzgador decida sobre la culpabilidad de la persona procesada mediante sentencia condenatoria o ratificatoria del estado de inocencia.

Por el contrario, en el procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal, es voluntad de la víctima el proponer la querrela ante el juez de garantías penales, en contra de la persona que supuestamente ha incurrido en el cometimiento de uno de los delitos consagrados en el artículo 415 del Código Orgánico Integral Penal, siguiendo el trámite

previsto en los artículos 647 al 649 del Código Orgánico Integral Penal, para que, en la audiencia de conciliación y juzgamiento, se dicte la sentencia condigna, sin que amerite o sea posible la intervención de Fiscalía General del Estado, porque el ius puniendi del Estado deja a la víctima a su libre albedrío de ejercer o no la acción del procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal.

1.5 La prescripción del ejercicio privado de la acción penal

La prescripción del ejercicio privado de la acción penal podrá declararse de oficio o a petición de parte por el juzgador:

1. Por el transcurso del tiempo;
2. Por prescripción en el plazo de seis meses, contados desde el cometimiento del delito si no se ha iniciado el proceso penal; y,
3. Si se ha iniciado el proceso penal, el ejercicio privado de la acción penal prescribirá transcurridos dos años a partir de la fecha de la citación de la querrela (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 417).

1.6 Las víctimas

“La víctima es la persona agraviada por una infracción, que adquiere legitimación procesal” (García, 2019, pág. 42). Por lo que, las víctimas al ser titulares del bien jurídico lesionado son consideradas como los sujetos pasivos de las infracciones penales cometidas contra ellas. Son víctimas:

1. “Las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente han sufrido algún daño a un bien jurídico de manera directa o indirecta como consecuencia de la infracción.

2. Quien ha sufrido agresión física, psicológica, sexual o cualquier tipo de daño o perjuicio de sus derechos por el cometimiento de una infracción penal.
3. La o el cónyuge o pareja en unión libre, incluso en parejas del mismo sexo; ascendientes o descendientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de las personas señaladas en el numeral anterior.
4. Quienes compartan el hogar de la persona agresora o agredida, en casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, integridad personal o de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.
5. La o el socio o accionista de una compañía legalmente constituida que haya sido afectada por infracciones cometidas por sus administradoras o administradores.
6. El Estado y las personas jurídicas del sector público o privado que resulten afectadas por una infracción.
7. Cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellas infracciones que afecten intereses colectivos o difusos.
8. Las comunidades, pueblos, nacionalidades y comunas indígenas en aquellas infracciones que afecten colectivamente a los miembros del grupo (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art.441).

1.7 Concepto y sentido de la institución jurídica de la querrela

Bartolini Ferro explica que “la querrela, es el acto procesal por el cual se ejercita la acción penal por los delitos determinados contra sus indicados autores ante el juez o tribunal competente, proveyendo los medios de su comprobación” (Bibliográfica

Omeba, 2012, p. 840). Para Mario Oderigo “la querella es el acto por el cual una persona, legítimamente autorizada, ejercitando la acción penal, pone en conocimiento del juez la noticia que tuviere sobre la comisión de un delito de acción privada” (Bibliográfica Omeba, 2012, p. 840).

De las citas expuestas se desprende que la querella es un ente jurídico eminentemente formalista, tanto más que, el juzgador deberá examinar sus requisitos de acuerdo con las normas establecidas en el Código Orgánico Integral Penal, observando que haya sido propuesta exclusivamente por la víctima o su apoderado especial. Cabe considerar que, para los delitos de estupro, podrán proponer querella los representantes legales de la persona mayor de catorce y menor de dieciocho años. Por lo expuesto, la querella:

- A. Debe dirigirse al juez del territorio en donde se cometió el delito.
- B. Debe contener la explicación del hecho delictivo.
- C. Debe especificarse la fecha en la que se cometió el ilícito para la prescripción del delito.
- D. Si el querellado goza de fuero de la Corte Nacional, la Sala de lo Penal de esta Corte será la competente para juzgarlo observando las siguientes reglas:
 - 1. La primera instancia será sustanciada por un juez de la Sala Penal, previo sorteo de ley.
 - 2. Los recursos de apelación serán conocidos y resueltos por un Tribunal, previo sorteo de ley.
 - 3. Los recursos de casación serán conocidos y resueltos por otro Tribunal, previo sorteo de ley (Código Orgánico de la Función Judicial, 2015).

1.8 Delitos de acción penal privada

“Ejercicio privado de la acción penal.- Procede el ejercicio privado de la acción en los siguientes delitos:

1. Calumnia;

1. Usurpación;

2. Estupro;

3. Lesiones que generen incapacidad o enfermedad de hasta treinta días, con excepción de los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y delitos de tránsito;

4. Delitos contra animales que forman parte del ámbito de la fauna urbana” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 415).

1.9 Calumnia

“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” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 182). Sin embargo, cabe considerar las limitaciones propias de la calumnia, por tal motivo en incisos posteriores del mencionado artículo, establece que:

A. Los pronunciamientos de las autoridades, jueces y tribunales, no constituyen calumnia cuando las imputaciones se hiciesen en razón de la defensa de la causa (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

B. No tendrá responsabilidad penal la persona que probare la veracidad de las imputaciones. No serán admitidas las pruebas sobre la imputación de un delito en el que se haya dictado sentencia ratificatoria del estado de inocencia, el sobreseimiento o archivo del proceso (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

- C. 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 (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 182).

En el delito de calumnia el bien jurídico lesionado es el derecho al honor y al buen nombre, establecido en el artículo 66 numeral 18 de la Constitución de la República del Ecuador, que protege la imagen y la voz de la persona (Constitución de la República, 2008). Según Rodríguez “entiéndase por honor y buen nombre a los que le corresponde a la persona por no haber delinquido y por cumplir con los deberes y obligaciones que exige la sociedad (...) Las personas naturales podrán ser transgredidas en su honor y buen nombre, mientras que las personas jurídicas podrán ser transgredidas en su buen nombre por su patrimonio moral. (como se citó en García, 2019, p. 99)

- ***Animus injuriandi***

Tanto para el delito de calumnia, como para las expresiones en descrédito o deshonra, es indispensable la configuración del “animus injuriandi”, también conocido como “dolo”. El dolo es el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal y la voluntad de ejecutar la conducta (Código Orgánico Integral Penal, 2014). Por tanto, el dolo en la calumnia se presenta:

1. Cuando se realiza una falsa imputación de un delito de acción penal pública o privada, determinando sus circunstancias de fondo y forma; y,
2. Cuando se conoce que dicha imputación es falsa.

- ***Exceptio veritatis***

La exceptio veritatis o “prueba de la verdad” es la verdadera afirmación compatible con los hechos invocados en la querrela, que exime a la persona de responsabilidad penal. Por ello, es necesario que el querellado adjunte al proceso la sentencia condenatoria ejecutoriada del querellante por el delito que se ha proferido por cualquier medio. De no existir dicha prueba el estado de inocencia del querellante se mantiene, y, por tanto, la persona contra la que se ha instaurado un proceso penal por el delito de calumnia será sancionada conforme la ley.

Pese a la posibilidad de la persona querellada de evitar ser penalizada gracias a la figura de la exceptio veritatis, cabe recalcar que, a ninguna persona debería permitírsele divulgar información penal públicamente para menoscabar el honor y buen nombre de otra, peor aun cuando se divulgue el pasado judicial de una persona para que sea objeto de tratos discriminatorios, porque es una conducta prohibida por el artículo 11, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador.

- ***Elementos de la calumnia***

Al haber establecido claramente el legislador que la calumnia se refiere únicamente a la falsa imputación de un **delito**, queda, por tanto, al margen, la posibilidad de proponer una querrela por el delito de calumnia por la falsa imputación de una contravención, pero sí pudiendo ser procesada por proferir expresiones en descrédito o deshonor. Por ello, los elementos de la calumnia son:

1. **El dolo.**
2. **La falsa imputación de un delito.** Sea de acción penal pública o privada.
3. **Ataque público.** Que la persona cometa el delito de calumnia ante una o más personas.
4. **Determinación de la imputación.** El delito falsamente imputado debe ser determinado a través de circunstancias fácticas como:

4.1 En qué consistió el delito;

4.2 Cuándo se cometió;

4.3 Cómo se cometió;

4.4 Contra quién se cometió;

4.5 Las demás que se consideren necesarias.

5. Consumación de la calumnia. Dada a través de la difusión, por tanto, no puede querellarse a una persona por el delito de calumnia por meros actos preparatorios.

6. No es relevante la calificación típica. Para la imputación falsa de un hecho delictivo no es necesario que el calumniador precise la denominación legal del tipo, ni la precisión del grado de participación, basta con el relato de los hechos y la individualización de la persona a la que se le atribuye para iniciar un proceso penal por el delito de calumnia.

- ***El delito de calumnia cometido por medios de comunicación***

La víctima, previo a proponer querrela, debe solicitar al director, editor, propietario o responsable del medio de comunicación, el nombre del autor o responsable del escrito y la remisión de los filmes, videocintas y grabaciones (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Se concederá a las personas antes mencionadas, un plazo de tres días para la remisión de los filmes, videocintas o grabaciones de sonidos, para que una vez realizado el peritaje correspondiente, la presuntamente víctima pueda presentar su querrela para su debido trámite. Si no se manifiesta el nombre del autor, reproductor o responsable de la publicación o si se trata de persona desconocida o supuesta, los directores, editores, propietarios o responsables de los medios de comunicación responderán por el delito de calumnia (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

1.10 Usurpación

“Nuestros derechos llegan hasta donde empiezan los del vecino” (Luis Tellez, 2017, p. 67). La usurpación se configura cuando una persona despoja ilegítimamente a otra de su posesión, tenencia o dominio de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble, siendo sancionada con una pena privativa de libertad de seis meses a dos años, sin embargo, si el despojo ilegítimo se produce con intimidación o violencia la pena privativa de libertad ascenderá de uno a tres años (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

La usurpación es un delito que atenta contra la propiedad inmueble al constituir la apropiación dolosa de un bien raíz o de derechos reales ajenos por no tener el usurpador título alguno. Entiéndase por inmuebles a “las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como tierras y minas, y las que se adhieren permanentemente a ellas, como los edificios y los árboles” (Código Civil, 2005, art. 586).

1.11 Estupro

El estupro es la acción típica, antijurídica, culpable y punible que se produce cuando una persona mayor de dieciocho años recurre al engaño para tener relaciones sexuales con una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años. Dicho delito es sancionado con una pena privativa de libertad de uno a tres años (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

De la definición brindada por el Código Orgánico Integral Penal, se desprende que el delito de estupro es un delito de acción penal privada que atenta contra la libertad y el honor sexual de la víctima mayor de catorce años y menor de dieciocho años, por ende, tiene los siguientes elementos constitutivos:

1. **La relación sexual.** Entiéndase por relación sexual al coito, cópula o unión sexual entre dos individuos que puede tener o no como objetivo la fecundación.

2. **El sujeto activo.** La persona mayor de dieciocho años.
3. **El sujeto pasivo.** La persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años.
4. **El engaño.** “Hecho de engañar o engañarse” (Real Academia Española, 2010, p. 263). Engañar es “hacer creer a alguien que algo falso es verdad (Real Academia Española, 2010, p. 263).

1.12 Lesiones que generen incapacidad o enfermedad de hasta treinta días, con excepción de los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y delitos de tránsito

Entiéndase por lesiones al “daño, incapacidad o enfermedad ocasionado a una persona, que altera su estructura física o menoscaba su funcionamiento (...) El daño, es la alteración a la estructura interna y externa susceptible de afectar la eficacia de la actividad vital dada por extirpación salvo las partes que están destinadas a ser cortadas (...) La incapacidad es el tiempo necesario que la persona requiere para recuperarse del daño o enfermedad que le ha ocasionado otra persona (...) La enfermedad es la disminución de la salud en relación a la que gozaba con anterioridad” (Buompadre, 2000, pp. 199-220).

La presunta víctima podrá proponer querrela siempre que las lesiones no hayan generado un daño, enfermedad o incapacidad inferior a cuatro días ni mayor a treinta días. Por ello, se estará a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del Código Orgánico Integral Penal, que versa sobre lo siguiente:

“1. Si se produce en la víctima un daño, enfermedad o incapacidad de cuatro a ocho días, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a sesenta días. 2. Si se produce un daño, incapacidad o enfermedad de nueve a treinta días, será sancionada con pena privativa de libertad de dos meses a un año” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 152).

Sin embargo, si las lesiones que generaron un daño, incapacidad o enfermedad de hasta treinta días, son producto de casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y delitos de tránsito, se estará a lo dispuesto en los artículos 156 y 379 del Código Orgánico Integral Penal en relación con el artículo 152 del mencionado cuerpo normativo.

1.13 Delitos contra animales que forman parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana

“Son animales que forman parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana: 1) animales de compañía, 2) animales empleados para el trabajo u oficio, 3) animales empleados para el consumo humano, 4) animales utilizados para entretenimiento, y, 5) animales utilizados para experimentación” (Código Orgánico del Ambiente, 2017, art. 142).

A diferencia del literal f del artículo 36 del Código de Procedimiento Penal en el que únicamente la muerte de animales domésticos o domesticados era considerada como delito de acción penal privada, actualmente con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el Código Orgánico del Ambiente, se establece que:

1. Los animales que forman parte del manejo de la fauna urbana no exclusivamente comprenden animales domésticos o domesticados.
2. Se puede proponer querrela, por los delitos cometidos contra animales que forman parte del ámbito del manejo de la fauna urbana, cuando la persona ha incurrido en el cometimiento de una de las conductas tipificadas y sancionadas desde el artículo 249 al artículo 250.2 del Código Orgánico Integral Penal.
3. “Cualquier persona podrá presentar una querrela en el caso de delitos de acción privada contra animales que forman parte del ámbito de la fauna urbana” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 647).

La persona que cause un daño permanente a un animal que forma parte del ámbito de la fauna urbana, será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses, sin embargo, la pena privativa de libertad podrá aumentar de seis meses a un año, si el daño permanente es consecuencia de actos crueles o de tortura animal (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

"Si la conducta se realiza como consecuencia de la crueldad o tortura animal será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año. Si la persona que comete esta infracción es aquella responsable del cuidado del animal por razones de comercio, quedará además inhabilitada por el mismo tiempo que dure la pena privativa de libertad y una vez terminada esta, para el ejercicio de actividades comerciales que tengan relación con los animales. Se aplicará el máximo de la pena prevista para este tipo penal si concurre al menos una de las siguientes circunstancias:

1. Haber causado al animal a pérdida o inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal.
2. Los hechos se hayan ejecutado en presencia de un niño, niña o adolescente.
3. Actuando con ensañamiento contra el animal.
4. Suministrando alimentos, componentes dañinos o sustancias tóxicas.
5. Si animal es cachorro, geronte o hembra gestante" (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 249):
6. Si la persona que cometió el delito es el dueño o tenedor o está en cuidado temporal o permanente del animal, el GAD Municipal retirará al animal de la posesión o propiedad del infractor (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

“Se exceptúan de esta disposición las lesiones que resulten producto de accidentes graves, enfermedades o por motivos de fuerza mayor bajo la supervisión de un especialista en la materia” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 249).

“Abuso sexual a animales que forman parte del ámbito de la fauna urbana.- La persona que realice actos de carácter sexual contra un animal que integre la fauna urbana respectiva, lo someta a explotación sexual, lo utilice para actos sexuales propios o de terceros; o, lo ponga a disposición de terceros para actos sexuales, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año. Si como consecuencia de esta conducta, se produce la muerte del animal, será sancionada con pena privativa de la libertad de uno a tres años” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 250).

“Muerte a animal que forma parte del ámbito de la fauna urbana.- La persona que mate a un animal que forma parte de la fauna urbana será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año. Si la muerte se produce como resultado de actos de crueldad será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Se impondrá el máximo de la pena si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1. Actuando con ensañamiento contra el animal.
2. Suministrando alimentos componentes dañinos o sustancias tóxicas.
3. Si el animal es cachorro, geronte o hembra gestante
4. Cuando la infracción es cometida por el dueño o tenedor del animal o por quien esté a su cuidado temporal o permanente.

Se exceptúan de esta disposición, las acciones tendientes a poner fin a sufrimientos ocasionados por accidentes graves, enfermedades, consumo; o por motivos de fuerza

mayor, bajo la supervisión de un especialista en la materia” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 250.1).

“Peleas o combates entre perros u otros animales de fauna urbana.- La persona que haga participar perros u otros animales de fauna urbana, los entrene, organice, promocióne o programe peleas entre ellos, será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses.

Si producto de la pelea se causa mutilación o lesiones permanentes al animal, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año. Si producto de la pelea se causa la muerte del animal, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Se exceptúa de esta disposición el caso de espectáculos públicos con animales autorizados mediante consulta popular o aquellos que no tienen como finalidad la muerte del animal, y regulados por los Gobiernos Autónomos municipales y metropolitanos” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 250.2).

1.14 Proceso de juzgamiento en los delitos de acción penal privada

El proceso de juzgamiento en los delitos de acción penal privada se encuentra previsto desde el artículo 647 al artículo 651 del Código Orgánico Integral Penal. En el artículo 647 de dicho cuerpo normativo se establecen las reglas que deben observarse durante el transcurso del proceso penal, disponiéndose que quien acuse por un delito de ejercicio privado de la acción penal, deberá proponer querrela por sí misma o a través de su apoderado especial ante el juez de garantías penales (Código Orgánico Integral Penal, 2014). La querrela contendrá:

- 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 querrellado 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” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 647).

El querellante deberá acudir ante el juez de garantías penales para formalizar su querella. Cabe considerar que en los delitos de acción penal privada no caben medidas cautelares y podrán concluir por abandono, desistimiento o remisión (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

“Admitida la querella por el juzgador, se citará con la misma al querellado ya sea en su domicilio, o si se desconoce, por la prensa. La boleta o publicación deberá contener la prevención de designar un defensor público o privado y señalar casillero o domicilio judicial o electrónico para futuras notificaciones. Citado el querellado, deberá contestar la querella en un plazo de diez días. Una vez contestada, el juzgador concederá a las partes un plazo de seis días para que presenten y soliciten prueba documental, soliciten peritajes y anuncien los testigos que deberán comparecer en la audiencia” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 648).

Debo comentar que, en el procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal, no se establece el proceder del juzgador ante la presentación de una querella incompleta, a diferencia de la acusación particular que, de no completarse en el plazo de 3 días, el juzgador

la declarará incompleta y se entenderá por no propuesta. Por ello, es necesario que la Asamblea Nacional subsane este vacío legal, porque el Código Orgánico Integral Penal es claro al prohibir taxativamente la aplicación de la analogía con la finalidad de garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa.

Una vez concluido el plazo para la presentación, solicitud y anuncio de prueba, el juzgador señalará día y hora para la audiencia de conciliación y juzgamiento. Si las partes llegan a una conciliación, se podrá dar por terminado el proceso, caso contrario, la audiencia se desarrollará conforme las siguientes reglas:

1. Validez procesal.
2. Conciliación.
3. El querellante deberá formalizar su querrela y presentar a través de su defensor público o privado los testigos y peritos previamente anunciados, quienes deberán contestar al interrogatorio y contrainterrogatorio.
4. Al primar en un proceso el principio de dirección judicial del proceso, el juzgador está facultado para solicitar explicaciones a los declarantes para el esclarecimiento de los hechos.
5. Ulteriormente, el querrellado o su defensor público o privado, procederá de igual manera con sus pruebas.
6. Se iniciará el alegato de apertura concediendo la palabra a la parte querellante y a la parte querrellada, en ese orden, garantizando el derecho a la réplica.
7. Si la o el querrellado no acude a la audiencia de conciliación y juzgamiento, se continuará con la misma en su ausencia. Mediante la sentencia No. 005-17-SCN-CC emitida por la Corte Constitucional, se declara la constitucionalidad condicionada del

juzgamiento en ausencia de los delitos de acción penal privada, siempre que se cumpla con la citación al querellado y la designación de un defensor público de oficio.

8. Luego del debate, el juzgador procederá a dictar sentencia.
9. El juzgador podrá declarar la querella de maliciosa o temeraria.
10. La persona condenada por temeridad pagará las costas procesales, así como la reparación integral que corresponda.
11. Si la querella se declara maliciosa, el querellado podrá iniciar la acción penal correspondiente” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

En resumen, la audiencia de conciliación y juzgamiento se sustanciará en el siguiente orden: a) validez procesal, b) conciliación, c) formalización de la querella y alegato de apertura, d) la prueba, e) alegato final, deliberación, decisión; y, sentencia escrita.

“Inasistencia injustificada.- Si el querellante no asiste de manera injustificada a la audiencia de conciliación y juzgamiento, el juzgador declarará de oficio desierta la querella con los mismos efectos del abandono, sin perjuicio de que se declare maliciosa o temeraria” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 650).

“Desistimiento o abandono.- En los delitos en los que proceda el ejercicio privado de la acción se entenderá abandonada la querella si la o el querellante deja de impulsarla por treinta días, contados desde la última petición o reclamación que se ha presentado a la o al juzgador, a excepción de los casos en los que por el estado del proceso ya no necesite la expresión de voluntad de la o el querellante. La o el juzgador declarará abandonada la querella únicamente a petición de la o el querellado. Declarado el abandono la o el juzgador tendrá la obligación de calificar en su oportunidad, si la querella ha sido maliciosa o temeraria” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 651).

Capítulo II. Análisis de la sentencia 005-17-SCN-CC emitida por la Corte Constitucional

2.1 Antecedentes de la sentencia 005-17-SCN-CC

La consulta de inconstitucionalidad tiene como antecedente el proceso instaurado por el señor Saúl Ariolfo Guamán Pilco en contra de Sairi Israel Lema Tituaña por el presunto delito de lesiones tipificado y sancionado en el artículo 152, numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 005-17-SCN-CC, 2017, p. 2).

El Doctor Carlos Emanuel Carrera Vásquez Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Otavalo el 26 de febrero de 2015 aceptó a trámite la querrela por ser clara y completa y conforme los artículos 647 y 648 del Código Orgánico Integral Penal ordenó la citación al querrellado, previniéndole su obligación de contestar la querrela en el plazo de 10 días, señalar domicilio judicial y designar un abogado defensor (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 005-17-SCN-CC, 2017, p. 2).

Mediante boletas del 05, 06 y 09 de marzo de 2015 se realizó la citación al querrellado en el domicilio indicado en la querrela. La primera boleta fue entregada al señor Luis Tituaña quien decía ser el primo del querrellado, y las dos últimas fueron dejadas en la puerta del domicilio de Sairi Lema, por no encontrarse persona alguna para recibirlas. Luego de transcurrido el plazo para contestar la querrela, el querellante solicitó al juez de la causa se conceda seis días plazo para que las partes puedan solicitar y anunciar pruebas, siendo aceptada dicha petición el 16 de abril de 2015 (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 005-17-SCN-CC, 2017, p. 2).

Posteriormente, al haberse ofrecido y producido la prueba por el querellante, el juez a quo mediante auto del 19 de junio de 2015 al no haber existido contestación a la querrela, ni designación de domicilio judicial, ni constancia de autorización de un abogado defensor, designó como defensor público al abogado Rommel Lema para que represente al querrellado en la audiencia de conciliación y juzgamiento a desarrollarse el 22 de junio de 2015 (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 005-17-SCN-CC, 2017, p. 3).

El 22 de junio de 2015 a las 09h00, el abogado Rommel Lema manifestó que conforme el artículo 76 de la Constitución no se puede juzgar a una persona en ausencia por los principios de contradicción e inmediación, por lo que, el juez Carlos Carrera decidió suspender la tramitación de la querrela y elevar la causa a la Corte Constitucional conforme el artículo 428 de la Carta Suprema y 142, inciso 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para que resuelva sobre la constitucionalidad del artículo 649 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, por considerar que dicho precepto normativo es contrario al derecho fundamental a la defensa establecido en el artículo 76 numeral 7 literal a) de la Constitución (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 005-17-SCN-CC, 2017, p. 3).

El 10 de marzo de 2016 la Sala de Admisión de la Corte Constitucional conformada por los jueces Wendy Molina Andrade, Alfredo Ruiz Guamán y Ruth Seni Pinargote, admitió a trámite la consulta de norma No. 0017-15-CN, disponiendo que se realice el sorteo para la sustanciación del proceso (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 005-17-SCN-CC, 2017, p. 1).

El 01 de junio de 2016 el secretario de la Corte Constitucional remitió a la jueza Wendy Molina el expediente 0017-15-CN, quien el 07 de abril de 2017 mediante auto avocó conocimiento de la causa y dispuso que se notifique con el contenido al Doctor Carlos Emanuel Carrera Vásquez Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Otavalo (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 005-17-SCN-CC, 2017, p. 2).

2.2 Del contenido de la sentencia 005-17-SCN-CC

La Corte Constitucional dictó la sentencia 005-17-SCN-CC en fecha 14 de junio de 2017. En la misma se acepta la consulta de constitucionalidad propuesta por la Unidad Judicial Penal de Otavalo declarando la constitucionalidad condicionada del numeral 5 del artículo 649 del Código Orgánico Integral Penal, bajo los siguientes argumentos:

“La Constitución de la República no prevé una prohibición absoluta del juzgamiento en ausencia y es más establece excepciones inclusive en delitos de acción pública en los cuales teóricamente es indispensable el fortalecimiento del derecho a la defensa del acusado, situación que demuestra que las características del delito pueden llegar a flexibilizar dicha prohibición, en tanto se satisfagan otros derechos en mayor medida o se protejan intereses estatales que la justifiquen “(...) El hecho de la que la propia Constitución de la República prevea delitos en los que se admite el juzgamiento en ausencia, nos permite pensar que no siempre es contrario a la Constitución de la República y abre la puerta para valorar en qué casos resulta constitucional y en qué casos no” (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 005-17-SCN-CC, 2017, p. 14).

“La esencia o característica fundamental de los procedimientos para el ejercicio privado de la acción penal es que la persecución del delito se encuentra en manos del ofendido, en virtud de que el bien jurídico que se protege no forma parte del interés público, pues se encuentra relacionado con elementos de la personalidad eminentemente privados, siendo el querellante la única persona a quien interesa su sanción” (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 005-17-SCN-CC, 2017, p. 15).

“Esta fundamental diferencia entre los procedimientos para el ejercicio de la acción penal pública y privada, hace que este último se sustancie con mentalidad civilista, en la cual no existe, a priori, una desigualdad de armas entre el querellante y querellado, y por lo cual, tal como se anticipó en líneas anteriores, los medios para garantizar la defensa del querellado no son tan estrictos como en los juicios en los cuales el Estado tiene en sus manos la investigación y persecución del delito” (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 005-17-SCN-CC, 2017, p. 15 y 16).

“Estas diferencias justifican algunas de las reglas bajo las cuales se sustancian estos procesos como por ejemplo: el hecho de que no se puedan dictar medidas cautelares; el que la carga de la prueba recaiga exclusivamente en el accionante; que el querellado no se encuentre obligado a probar su inocencia; que el juez no tenga intervención en la búsqueda de la verdad, lo cual hace que se practiquen únicamente las diligencias solicitadas por las partes, entre otras” (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 005-17-SCN-CC, 2017, p. 16).

“Por los claros tintes civilistas de los intereses protegidos por este tipo de procesos, históricamente su juzgamiento se apegaba más a las características del procedimiento civil que del procedimiento penal, así por ejemplo utilizando como norma supletoria, el ahora derogado Código de Procedimiento Civil, en los procesos de delitos de acción privada, se entendía que si el querellado no comparecía a la audiencia de juzgamiento, se tendría como una negativa pura y simple de los hechos afirmados por el querellante, recayendo toda la carga de la prueba en este último para lograr que su pretensión prospere” (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 005-17-SCN-CC, 2017, p. 16).

“La primordial importancia de que el querellante pruebe sus alegaciones y la relativa relevancia de que el querellado contradiga sus pruebas, nos permiten entender por qué en nuestra legislación nacional y en muchas otras tradicionalmente se admite el juzgamiento en ausencia exclusivamente en este tipo de procedimientos y también por qué el juzgamiento en ausencia en este tipo de procedimientos no resulta manifiestamente contrario al derecho a la defensa” (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 005-17-SCN-CC, 2017, p. 17).

“La doctrina extranjera ha expuesto una serie de requisitos para poder celebrar juicio en ausencia del acusado sin vulnerar el derecho a la defensa y los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los cuales encontramos: 1. Citación del

encausado, 2. Ausencia no justificada, 3. Pena que no exceda de un año de privación de libertad, 4. Presencia de abogado defensor, oportuna” (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 005-17-SCN-CC, 2017, p. 19 y 20).

“En mérito de lo expuesto (...) 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 Integral Penal y agotar todos los medios admitidos por dicho cuerpo legal para asegurar que la citación haya tenido lugar. b. Designación de defensor público: Luego de haber sido citado el querellado, si este no compareciese a fijar casillero judicial y a designar a su defensor en el plazo fijado por el Código 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” (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 005-17-SCN-CC, 2017, p. 23).

El derecho a la defensa, al ser un atributo propio de la personalidad, siendo esencia misma del instinto de supervivencia, no puede verse limitado o menoscabado por persona, institución, órgano u organismo alguno por más poder que este ostente, más aún cuando la libertad está en riesgo. Partiendo de este criterio, se procederá a realizar el análisis crítico de la sentencia 005-17-SCN-CC emitida por la Corte Constitucional.

2.3 Sobre la interpretación de la Corte Constitucional

“Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integridad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de interpretación constitucional” (Constitución de la República, 2008, art. 427).

La norma citada tiene concordancia con el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Por tanto, la Corte Constitucional, respetando el bloque de constitucionalidad, debía cumplir con el siguiente orden para la interpretación de la norma suprema:

1. Interpretación literal.
2. Que dicha interpretación se ajuste a la Constitución en su integridad.
3. Posterior a haber realizado la interpretación literal que más se ajuste a la Constitución en su integridad, sólo de existir duda, deberá acudir a las actas de la Asamblea Constituyente para resolver con base en su voluntad (interpretación teleológica), a los principios de la justicia constitucional y a los métodos y a las reglas de interpretación constitucional, establecidos en los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Una vez expuesto el orden para la realización de la hermenéutica constitucional, se procederá a realizar lo dispuesto en el artículo 427 de la Constitución de la República del Ecuador, para lograr determinar si el juzgamiento en ausencia de la persona querellada atenta o no contra su derecho a la defensa:

2.3.1 La interpretación literal

“(…) Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas” (Constitución de la República, 2008, art. 233).

De la norma citada se desprende que, una persona podrá ser juzgada en ausencia por el presunto cometimiento de los delitos de acción penal pública de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, por constar taxativamente las palabras “y, en estos casos”, sin que amerite la posibilidad de que dicha excepción se extienda a los delitos de acción penal privada, esto en concordancia con el contenido de las actas de la Asamblea Constituyente.

Sin embargo, la Constitución de la República, por su máxima jerarquía formal y máxima prioridad sustantiva deberá ser interpretada en su integridad, debiendo realizarse para el efecto una exhaustiva búsqueda de normas, principios, fines y valores de la justicia respecto al juzgamiento en ausencia en los delitos de acción penal privada y su relación con el derecho a la defensa, situación que no fue expuesta en la sentencia 005-17-SCN-CC de la Corte Constitucional, pero que será realizada a continuación:

2.3.2 La interpretación literal que más se ajuste a la Constitución en su integridad

Por el principio hermenéutico general de unidad constitucional, por el que Torsten Stein menciona que “no resulta admisible la separación por una “cirugía jurídica” de una norma constitucional del resto del conjunto” (García, 2014, pág. 611).

La Constitución debe ser interpretada en su integridad, no siendo factible la interpretación “insular” de una norma constitucional. Por aquello, se procederá a recopilar, a más del artículo 233 de la Constitución de la República, las normas, principios, fines y valores contenidos en la misma, así como en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos a los que Ecuador se encuentra suscrito y de la jurisprudencia derivada de ellos:

2.3.2.1 De la igualdad formal reconocida en la Constitución:

“Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (...)” (Constitución de la República, 2008, art. 3). “Todas las

ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución (...)" (Constitución de la República, 2008, art. 6).

"Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales (...)" (Constitución de la República, 2008, art. 10). "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades" (Constitución de la República, 2008, art. 11).

La igualdad formal consiste, conforme lo mencionado en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República en concordancia con los demás artículos expuestos, en la igualdad de las personas para gozar de los mismos derechos, deberes y oportunidades, sin discriminación alguna. Por tanto, para que una persona sea o no considerada sujeto de discriminación, es necesario desarrollar el test de igualdad creado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, verificándose la concurrencia de tres elementos:

1. **"Comparabilidad.** Tiene que existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones.
2. **La constatación de un trato diferente.** Por una de las categorías enunciadas ejemplificativamente.
3. **La verificación del resultado.** Por el trato diferenciado por no ser objetivo y razonable" (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No.14-21-IN/21, 2021, pág. 6).

El test de igualdad será utilizado para comprender por qué el permitir el juzgamiento en ausencia en los delitos de acción penal privada atenta contra la igualdad formal prevista en la Constitución de la República, por cumplirse con los elementos de comparabilidad, trato diferenciado y verificación del resultado.

❖ **La discriminación entre los procesados por delitos de acción penal pública y los procesados por delitos de acción penal privada**

A. Comparabilidad

Existe comparabilidad entre las personas que presuntamente han incurrido en el cometimiento de delitos de acción penal pública o de delitos de acción penal privada, por ser procesados, a quienes el Estado les debe garantizar el derecho a la defensa, pilar fundamental del debido proceso y de la realización de la justicia.

B. Trato diferenciado

Existe un trato diferenciado porque a los procesados en los delitos de acción penal pública, con excepción de los mencionados en el artículo 233 de la Constitución de la República, se les garantiza el derecho a defenderse materialmente, porque de no contarse con su presencia para la instalación y desarrollo de la audiencia de juicio, esta debe suspenderse y el juzgador debe ordenar la detención del presunto infractor, mientras que, a los procesados por delitos de acción penal privada, no se les garantiza este derecho, al existir la posibilidad de ser juzgados en ausencia, actuación contraria a la Constitución y a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos a los que Ecuador se encuentra suscrito.

C. Verificación del resultado. La diferencia es discriminatoria por no ser objetiva y razonable por dos razones:

La primera, porque anula el derecho a la defensa material del querellado, puesto que, en los delitos de acción penal pública (con excepción de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito), si el procesado no asiste a la audiencia de juicio, la misma en conformidad con los artículos 563, numerales 3, 8, 11, y 14; 610; 612 inciso 1; y, 614 del Código Orgánico Integral Penal, debe suspenderse hasta que se cuente con su presencia, ordenándose para el efecto, su detención. De esta forma, se cumple con los principios de igualdad, oralidad, contradicción, publicidad e inmediación, propios del debido proceso penal.

Mientras que al querellado que no asiste a la audiencia de conciliación y juzgamiento se le da un trato discriminatorio por permitirse su juzgamiento en ausencia, sin que exista causa constitucional alguna que lo justifique, porque si bien en la Constitución de la República, se posibilita el juzgamiento en ausencia de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, es por la gravedad del delito cometido y por la protección de los intereses públicos.

Por tanto, no resulta proporcional permitir el juzgamiento en ausencia de la persona querellada, porque estos delitos son de índole particular y que, por tanto, si bien la persona que cometió estos ilícitos, atentó contra los bienes protegidos por el Estado como los del honor y buen nombre (para la calumnia), la propiedad (para la usurpación), la integridad sexual y reproductiva (para el estupro) y la integridad personal (para las lesiones) y contra los animales que forman parte del ámbito de la fauna urbana, no atentó contra la eficiencia de la administración pública como los descritos en el artículo 233 de la Constitución, y por tanto, no pueden ser considerados con el mismo nivel de gravedad, siendo así que al querellado se le debe garantizar el derecho a la defensa, velando porque aquel se encuentre presente para su juzgamiento.

Por otro lado, la Corte Constitucional utiliza el argumento de que el querellado en los procedimientos de acción penal privada no está obligado a probar su inocencia y que su derecho a la contradicción es relativo, por existir igualdad de armas entre las partes, al igual que en los procedimientos civiles, situación que no sucede con los delitos de acción penal pública por intervenir Fiscalía General del Estado.

Sin embargo, es menester señalar, que dicho argumento también vulnera el derecho a la igualdad formal, porque todo procesado tiene derecho a estar presente durante el desarrollo proceso, a la inmediación con el juez en un juicio público, al ejercicio de su derecho a la contradicción y a la búsqueda y exposición de las pruebas, las herramientas y los medios necesarios para ejercer su derecho a la defensa, no pudiendo la Corte Constitucional

comparar el Derecho Civil y el Derecho Penal para restringir este derecho fundamental, porque la diferencia entre estas dos ramas del Derecho es que, en esta última, se defiende, como uno de los más preciados y elementales derechos, la libertad de la persona.

Por aquello, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia T-416/99 manifestó que “parte central del debido proceso es el derecho a la defensa, es decir un conjunto de garantías, derechos y facultades suficientes para la protección. Por ello, es un derecho fundamental que se extiende a cualquier procedimiento con mayor o menor alcance, según su naturaleza y finalidad que es la interdicción de la indefensión (...) El Tribunal Español ha definido a la indefensión como una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales por violación de los preceptos procedimentales” (Cueva, 2010, pág. 159).

Al establecerse que el derecho a la defensa tiene mayor o menor alcance dependiendo del procedimiento según su naturaleza y finalidad, cabe considerar como vinculante y obligatorio para el Estado ecuatoriano, lo manifestado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Palamara Iribarne, en la que se menciona:

“(...) el derecho al proceso público, consagrado en el artículo 8.5 de la Convención es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público (...)” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, párr. 167).

Nótese que los principios de inmediación, publicidad, oralidad y contradicción guardan una estrecha relación entre sí, y se complementan el uno al otro, porque no puede hablarse de la existencia de un proceso penal público, sin que este se haya desarrollado bajo los principios de oralidad, inmediación y contradicción, por lo que la Corte Constitucional no puede argumentar que el derecho a la contradicción del querellado es relativo, porque todo

procedimiento penal es público, salvo las excepciones establecidas en el artículo 233 de la Constitución de la República y en el artículo 562 del Código Orgánico Integral Penal, recalándose que, en este último artículo, dichas excepciones no interfieren en el garantismo de estos principios, porque solo se restringe el acceso al público.

Asimismo, en la legislación ecuatoriana se establece que, en todo procedimiento penal, “las audiencias se regirán por las siguientes reglas: 3. Se rigen por el principio de contradicción” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 563). Y, en la Carta Magna se prescribe “toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión.” (Constitución de la República, 2008, art. 75).

Siendo así que el derecho a la defensa, en materia penal, tiene mayor alcance a diferencia de los procedimientos civiles, porque en los procedimientos penales se debe cumplir con los principios de igualdad, oralidad, contradicción, publicidad e inmediación para garantizar el debido proceso penal tanto en los delitos de acción penal pública como en los delitos de acción penal privada, por tener todo procesado, los mismos derechos, deberes y oportunidades, sin discriminación alguna, en definitiva, por ser iguales ante la ley.

Con respecto al principio de igualdad, relacionado intrínsecamente con el derecho a la defensa de los sujetos procesales, conforme lo estableció la Corte Constitucional “el derecho a la defensa constituye uno de los fundamentos esenciales de la igualdad procesal; en este sentido, corresponde a las autoridades garantizar un equilibrio de las partes dentro de un litigio” (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 050-15-SEP-CC, 2015, pág. 9).

Es obligación de las autoridades judiciales, garantizar la igualdad de las partes en el desarrollo del proceso, principio que sólo podrá ser cumplido a cabalidad si los sujetos procesales son escuchados en el momento procesal oportuno y en igualdad de condiciones.

Por ello, la Corte Constitucional no puede asegurar la existencia de igualdad de armas si no existe igualdad de partes, porque una de las pruebas más trascendentales del procesado para ejercer su derecho fundamental a la defensa, es el testimonio, porque a través de este, dará a conocer al juzgador su versión de los hechos, es decir su verdad, prueba que se encuentra privada al permitirse la sustanciación de la audiencia de conciliación y juzgamiento sin la presencia de la persona querellada.

❖ **La discriminación existente entre los procesados por delitos de acción penal privada y los procesados por contravenciones en el procedimiento expedito**

La Corte Constitucional al fusionar el Derecho Civil y el Derecho Penal para intentar motivar su sentencia, pese a estar taxativamente prohibida la analogía, no consideró que en el Código Orgánico Integral Penal se prescribe que Fiscalía General del Estado, no únicamente está imposibilitada de intervenir en los delitos de acción penal privada, sino también en las contravenciones tipificadas y sancionadas en dicho cuerpo normativo, siendo así, que por su naturaleza, también corresponden a la esfera particular.

Se realiza dicha comparación porque pese a que las contravenciones son infracciones más leves que los delitos, en estas el legislador con sujeción a la Constitución y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, expresamente garantiza el derecho a la defensa del presunto infractor, puesto que el juzgador tiene la obligación de suspender la audiencia de juzgamiento si no se cuenta con su presencia, debiendo ordenar su detención.

Dicha detención, no debe ser confundida con la medida cautelar prevista en el artículo 530 del Código Orgánico Integral Penal, porque no tiene una finalidad investigativa, sino de comparecencia de la persona procesada a la audiencia de juzgamiento. Por lo que, la Corte Constitucional no puede restringir el derecho a la defensa del querellado por haber confundido estas dos figuras jurídicas que, si bien tienen la misma denominación, ha de depender las circunstancias del caso para ser utilizadas con el fin que se pretende alcanzar. Por lo

expuesto, nos encontramos frente a un trato discriminatorio según el test de igualdad, por lo siguiente:

A. Comparabilidad

Personas procesadas por infracciones penales en las que no interviene Fiscalía General del Estado, a quienes el Estado les debe asegurar el derecho a la defensa.

B. La constatación de un trato diferente

Existe un trato diferenciado porque a los presuntos infractores de contravenciones penales, contra la mujer o miembros del núcleo familiar o de tránsito, se les garantiza el derecho a defenderse materialmente, mientras que a los procesados por delitos de acción penal privada no, por permitirse su juzgamiento en ausencia, pese a que ambas infracciones son de índole particular, y, por tanto es indispensable que todos los sujetos procesales estén presentes en la audiencia de juzgamiento o en la audiencia de conciliación y juzgamiento, respectivamente, para ejercer su derecho a la defensa.

C. La verificación del resultado

La diferencia es discriminatoria por no ser objetiva y razonable, porque en las contravenciones y en los delitos de acción penal privada no interviene Fiscalía General del Estado como persecutora estatal, sin embargo, a los presuntos infractores por contravenciones penales, contra la mujer o miembros del núcleo familiar o de tránsito, dentro del procedimiento expedito, se les garantiza el derecho a defenderse materialmente, puesto que en los artículos 642, numeral 4; 643, numeral 12; 644, inciso 2; y, 645 del Código Orgánico Integral Penal, si el procesado no se encuentra presente para su juzgamiento, la audiencia debe suspenderse y debe ordenarse su detención.

Mientras, que la persona querellada puede ser juzgada en ausencia 1) por error del legislador al no haber interpretado la Constitución (porque la interpretación constitucional no compete exclusivamente a la Corte Constitucional conforme el artículo 429 de la Carta

Magna) respecto a la igualdad formal y a la protección del derecho a la defensa, 2) por equivocación de la Corte Constitucional al haber utilizado como argumento inválido una comparación errada entre el Derecho Civil y el Derecho Penal para ampliar procedimientos no positivizados en la ley, y, 3) Por haberse confundido la detención con fines investigativos y la detención que tiene por objeto la comparecencia del querellado a la audiencia de conciliación y juzgamiento, para restringir su derecho a la defensa.

2.3.2.2 Del derecho al defensa reconocido en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos

“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de acusación contra ella en materia penal” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 10).

“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado las garantías necesarias para su defensa” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 11).

“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. (...) 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976, art. 14).

“Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas” (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, art. 26).

“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. 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 (...)” (Constitución de la República, 2008, art. 76).

Conforme lo manifestado por los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado ecuatoriano y por la Constitución de la República, el derecho a la defensa se protege, respeta y garantiza cuando el procesado se encuentra presente para su juzgamiento.

Por tanto, no se puede suponer, que el derecho a la defensa del querellado no se vulnera por solo citar al mismo y designar un defensor público de oficio, cuando esta persona no lo hiciere, porque el derecho a la defensa en materia penal comprende una parte técnica y una parte material.

Por esta razón, conforme lo expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia “el derecho de defensa no se agota con la sola presencia de un abogado en las actuaciones policiales o judiciales, sino que se requiere que sea eficaz es decir que desarrolle sus funciones no solo formalmente, sino que lleve efectivamente la defensa encargada; ello solo será posible si la persona procesada cuenta con el tiempo y lugar adecuado para entrevistarse con su patrocinado, sin

demora, sin interferencias, sin censura y en forma plenamente confidencial” (Montero, s.f., pág. 119).

Por tanto, la Corte Constitucional debía analizar que, si la entrevista con el querellado no se realiza, aun habiéndose dado el tiempo para que el defensor público de oficio lo contactare, la audiencia de conciliación y juzgamiento no puede instalarse, porque de esta comunicación entre abogado y defendido, se podrá indagar lo sucedido para ulteriormente contar con los medios adecuados para la preparación de una defensa eficaz.

De la interpretación literal que más se ajusta a la Constitución en su integridad y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, se comprueba que el juzgamiento en ausencia en los delitos de acción penal privada, vulnera el derecho a la defensa del querellado, por lo que conforme lo consagrado en el numeral 5 del artículo 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional debía declarar la inconstitucional del numeral 5 del artículo 649 del Código Orgánico Integral Penal, por no ser compatible con las normas constitucionales.

Sin embargo, el máximo órgano de interpretación constitucional, pese a no existir duda, por tener normativa nacional e internacional de derechos humanos suficiente que garantizan la protección del derecho a la defensa del querellado, acudió a los principios de la justicia constitucional; y, a los métodos y a las reglas de interpretación constitucional, contrariando lo prescrito en la Carta Magna, que, ni aun habiéndose observado, permiten el juzgamiento en ausencia del querellado (su desarrollo será realizado en el capítulo III de este trabajo de titulación).

2.4 Sobre la motivación de la Corte Constitucional en la sentencia 005-17-SCN-CC

2.4.1 La motivación en la sentencia 1158-17-EP/21

La Corte Constitucional estableció que para examinar un cargo de vulneración de la garantía de la motivación se debe atender siguiente criterio rector: (...) Una argumentación

jurídica es suficiente cuando cuenta con una estructura mínimamente completa (...) integrada por: (i) una fundamentación normativa suficiente, y (ii) una fundamentación fáctica suficiente (...)” (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1158-17-EP/2, 2021, pp. 19-20).

Las autoridades públicas, en especial los jueces, deben motivar sus fallos (no estando el máximo órgano de interpretación constitucional exento de ello). Por esta razón, la Corte Constitucional estableció que, ante la inobservancia e incumplimiento del criterio rector, la argumentación jurídica adolece de deficiencia motivacional, que puede ser: 1) la de la inexistencia, 2) la de la insuficiencia, y, 3) la de la apariencia. La apariencia se divide en los vicios motivacionales de incoherencia, inatinencia, incongruencia e incomprendibilidad (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1158-17-EP/2, 2021, pp. 23-25).

❖ **La apariencia**

“Una argumentación jurídica es aparente cuando, a primera vista, cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional” (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1158-17-EP/2, 2021, p. 25).

En el presente caso, la argumentación jurídica de la Corte Constitucional en la sentencia 005-17-SCN-CC es aparente, por adolecer de los vicios motivacionales de la inatinencia y la incongruencia, por las razones y argumentos que serán expuestos a continuación:

2.4.2 La inatinencia

“Hay inatinencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no “tienen que ver” con el punto controvertido, esto es, no guardan relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate. Dicho de otro modo, una inatinencia

se produce cuando el razonamiento del juez “equivoca el punto” de la controversia judicial” (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1158-17-EP/2, 2021, p. 27).

Hay inatinencia en la sentencia 005-17-SCN-CC de la Corte Constitucional porque las normas procesales son de orden público y no admiten interpretación análoga ni extensiva, por lo que no puede aplicarse en este sentido, las normas del procedimiento civil, al penal, por vulnerar el sagrado derecho a la defensa del querellado.

Por ello, la Corte Constitucional no puede utilizar como argumento para su motivación un Código de Procedimiento Civil derogado, asegurando que, si el querellado no asiste a la audiencia de conciliación y juzgamiento, se entenderá como una negativa pura y simple, porque si bien dicho Código utiliza la palabra “querrela” esta debe ser entendida como “queja” utilizada en materia civil única y exclusivamente para juicios posesorios, más no para delitos de acción penal privada. Por lo que, si la finalidad de la Corte Constitucional era la de hallar una respuesta para el planteamiento del problema, debía hacerlo respetando el bloque de constitucionalidad, rigiéndose a sus atribuciones de interpretar la Constitución, más no a realizar una interpretación desbordada de Códigos derogados que no tienen eficacia jurídica.

Inclusive, no pudiendo argumentarse que en la actualidad el Código Orgánico General de Procesos es norma supletoria del Código Orgánico Integral Penal y que, por tanto, podría entenderse que la no comparecencia del querellado a la audiencia de conciliación y juzgamiento es una negativa pura y simple. Primero, porque el Código Orgánico General de Procesos establece que la negativa pura y simple se da ante la falta de contestación a la demanda, más no por la incomparecencia a la audiencia. Y, segundo, porque taxativamente en su artículo 1 se establece:

“Ámbito. Este Código regula la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal, con estricta observancia del debido proceso” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, art. 1). Por lo que la argumentación jurídica de la Corte Constitucional recae en el vicio motivacional de la inatinencia por esgrimirse

razones que nada tienen que ver con el punto controvertido, es decir, por equivocar el punto de la controversia judicial.

2.4.3 La incongruencia

“Hay incongruencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica, o bien, no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales (incongruencia frente a las partes), o bien, no se ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico –ley o la jurisprudencia– impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones – véanse, párrs. 104ss.–, generalmente, con miras a tutelar de manera reforzada un derecho fundamental (incongruencia frente al Derecho)” (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1158-17-EP/2, 2021, p. 28 y 29).

El derecho a la defensa del querellado se vulnera por la inobservancia de la Corte Constitucional de los principios y derechos que emanan de la Constitución, de los instrumentos internacionales de derechos humanos, de las garantías y de los principios rectores del proceso penal, por haber utilizado, contra norma expresa (artículo 13 del Código Orgánico Integral Penal), la analogía para ampliar los límites de los presupuestos legales y restringir derechos fundamentales, como el de la defensa.

Cabe considerar, que en el artículo 76, numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador, se abarcan trece garantías del derecho a la defensa que han de ser observadas y cumplidas por las autoridades judiciales y administrativas durante el desarrollo del proceso. Por lo que, en el presente caso, si bien en la consulta de norma, el juez de la Unidad Judicial Penal de Otavalo, sólo invocó una de estas (el literal a, del mencionado artículo), la Corte Constitucional tenía la obligación de analizar todas las garantías del derecho a la defensa contempladas en la Carta Magna y en los instrumentos internacionales de derechos humanos para proteger los derechos constitucionales y fundamentales del querellado, con sujeción al

principio *iura novit curia* prescrito en el numeral 13 del artículo 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Siendo así que, colateralmente, inobservó los principios de igualdad, oralidad, contradicción, publicidad, inmediación, unidad constitucional, principio pro homine, principio indubio pro reo, principio indubio favor debilis y principio de control de convencionalidad de derechos humanos, que garantizan el derecho a la defensa de todo procesado.

Al ser dichos principios, mandatos de optimización, sustento de la creación de leyes y de la misma Constitución, no pueden ser menoscabados por la Corte Constitucional, ni aún por ser considerada como “el máximo poder público”, porque aquella debe limitarse a ejercer sus atribuciones sin restringir los derechos de las personas y sin interferir en las distintas Funciones del Estado, porque la Función Legislativa es la facultada para poder ampliar procedimientos establecidos en la ley, siempre que no vulnere los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Finalmente, la Corte Constitucional al dictar sentencia, menciona como uno de los requisitos de permitir el juzgamiento en ausencia en la legislación extranjera “que la pena no exceda de un año de privación de libertad”, sin embargo, en la decisión no menciona este particular, siendo que, en el delito de estupro, la pena privativa de libertad es de uno a tres años. Por lo que, por todo lo expuesto, la sentencia 005-17-SCN-CC de la Corte Constitucional recae en el vicio motivacional de la incongruencia frente al derecho.

Sin embargo, al ser las sentencias de la Corte Constitucional inapelables, y por tanto, no pudiendo declararse su nulidad por falta de motivación, la Corte Constitucional, debe alejarse de su precedente (overruling) para garantizar el derecho a la defensa del querellado, ya sea por una demanda de inconstitucionalidad (del artículo 649, numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal), por consulta de norma (invocando las demás garantías del derecho a la defensa) o por acción extraordinaria de protección de la sentencia de última instancia.

Capítulo III. La importancia de la presencia del querellado para su juzgamiento

3.1 Antecedentes históricos del derecho a la defensa

El Derecho a la defensa al ser un derecho natural, inherente de la personalidad humana y de todo ser vivo, no surge a consecuencia de un momento histórico en específico, sin embargo, a lo largo de la historia de la humanidad, ha sido acogido por las legislaciones de diversos países y por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Inicialmente, el derecho a la defensa fue reconocido en la cláusula 39 de la Carta Magna de 1215, en Inglaterra. En ella, se establecía que ningún hombre libre podía ser privado de su libertad sino en virtud de una sentencia judicial y con arreglo a la ley del reino, en un juicio en el que pueda ser escuchado. (Magna Carta, 1215)

En 1948, en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se establece que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal, además que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948).

En 1776, en la Declaración de Derechos del Estado de Virginia se preveía que “en toda acusación criminal el hombre tiene derecho a conocer las causa y la naturaleza de la acusación, a confrontar con los acusadores y los testigos, a producir pruebas en su favor y a un juicio por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no puede ser declarado culpable” (Maier, 2004, p. 540).

En 1791, se introduce en la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, la figura del debido proceso o “due process of law”, estableciéndose que ninguna persona podía ser privada de su libertad si no se le aseguraron las garantías básicas para ejercer su derecho a la defensa. Asimismo, en la sexta enmienda, se establece que el

acusado tiene derecho a conocer de la naturaleza de la imputación, a confrontar con los testigos contrarios, y a la asistencia de abogados para su defensa (The Bill of Rights, 1791). Teniéndose el mismo contenido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976.

En 1969 en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se dispone que toda persona inculpada de delito tiene derecho a ser escuchada por un juez o tribunal competente en un juicio público en el que se presume su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

Actualmente, el derecho a la defensa en Ecuador está reconocido en el artículo 76, numeral 7 de la Constitución de la República. Contiene trece garantías que aseguran el desarrollo de un debido proceso sin arbitrariedades o vulneraciones de derechos constitucionales o fundamentales.

De lo descrito, se destaca que el derecho a la defensa, base del debido proceso, es un derecho fundamental de todas las personas para asegurar o defender sus derechos, por ende, es obligación del Estado ecuatoriano respetar y hacer respetar todas las garantías del derecho a la defensa para no afectar las reglas formales previamente establecidas para el desarrollo de un proceso.

3.2 Concepto y sentido de la institución jurídica del derecho a la defensa

La defensa es el “hecho o efecto de defender o defenderse” (Real Academia Española, 2010, pág. 199). Por tanto, es el “amparo, protección, resistencia al ataque” (Cabanellas, 2008, pág. 48). Utilizando cualquier “arma, instrumento, etc. para defenderse de un peligro” (Editorial Océano, 1989, párr. 52).

“Carocca Pérez advierte las dos dimensiones del derecho a la defensa: a) como derecho subjetivo; y, b) como garantía del proceso. En lo que respecta a la primera dimensión, es visto como un derecho fundamental que pertenece a todas las partes

del proceso, cuyas notas características son su irrenunciabilidad (la parte no puede decidir que no se le conceda su oportunidad de defenderse) y su inalienabilidad (no puede ser dispuesta por su titular, ni su ejercicio puede serle substraído ni traspasado a terceros). En cuanto a su segunda dimensión, de carácter objetivo institucional, la defensa constituye un verdadero requisito para la validez del proceso, siempre necesaria, aun al margen o por sobre la voluntad de la parte, para la validez del juicio” (Sigüenza y Sigüenza, 2012).

De ahí, el sentido de la institución jurídica del derecho a la defensa del querellado y de todo procesado, porque comprende la facultad o el poder de resistir al proceso penal instaurado en su contra, al garantizarle el derecho a ser escuchado en un proceso público, a contradecir y controlar la prueba ofrecida para actuarse, y, a probar los hechos que puedan eximir o atenuar su responsabilidad penal. Es por ello que, el derecho a la defensa garantiza el respeto a la garantía de libertad frente a la expectativa de una decisión estatal dada a través del juez de garantías penales, mediante sentencia.

3.3 De los principios de la justicia constitucional, y, los métodos y las reglas de interpretación constitucional en relación al derecho a la defensa

Como se trataba en el capítulo II los principios de la justicia constitucional, los métodos y las reglas de interpretación constitucional, únicamente podrán ser utilizados, si habiéndose realizado la interpretación literal que más se ajuste a la Constitución en su integridad, continúa existiendo duda.

Empero, no siendo el caso por existir normativa, jurisprudencia y doctrina suficiente para haber declarado la inconstitucionalidad del numeral 5 del artículo 649 del Código Orgánico Integral Penal, sin embargo, se procederá a realizar lo dispuesto por los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales para demostrar por qué la presencia del querellado en la audiencia de conciliación y juzgamiento es indispensable para garantizar su derecho a la defensa y el debido proceso penal.

3.3.1 Los principios de la justicia constitucional

“1. Principio de aplicación más favorable a los derechos.- Si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, art. 2).

La Corte Constitucional inobservó dicho principio por haber realizado una interpretación contraria a lo dispuesto por la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a las garantías y procesos rectores del proceso penal, que garantizan con especial atención, el derecho a la defensa de la persona procesada, debiendo para el efecto, estar presente el querellado en la audiencia de conciliación y juzgamiento.

“2. Optimización de los principios constitucionales.- La creación, interpretación y aplicación del derecho deberá orientarse hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, art. 2).

Asimismo, se inobservó este principio, por no haber optimizado el principio de aplicación más favorable a los derechos de la persona querellada en la audiencia de conciliación y juzgamiento, por restringir manifiestamente su derecho a la defensa, en lugar de garantizarlo.

3.3.2 Los métodos y reglas de la interpretación constitucional

A. Reglas de solución de antinomias

“1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, art. 3).

Como se analizó en anteriores líneas, el numeral 5 del artículo 649 del Código Orgánico Integral Penal, es contrario a las normas y principios constitucionales e internacionales de derechos humanos, por lo que la Corte Constitucional debía aplicar, para la solución del caso, la norma jerárquicamente superior, siendo la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, que garantizan el derecho a la defensa del procesado, debiendo invalidar la parte inconstitucional de dicho artículo y dejar vigente la disposición reformada, sin embargo, no lo hizo.

B. Principio de proporcionalidad

“2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, art. 3).

Para el efecto, deberá aplicarse el test de proporcionalidad que contiene cuatro “gradadas” (finalidad legítima, idoneidad, necesidad y proporcionalidad). Si todas aquellas son superadas, según el orden indicado, se podrá declarar constitucionalmente válido el juzgamiento en ausencia del querellado, caso contrario, deberá declararse inconstitucional.

I. Primera grada.- La finalidad legítima

Según Sánchez Gil, “los derechos fundamentales no pueden ser menoscabados, a menos de que se trate de una medida estrictamente imprescindible para realizar un propósito legítimo” (Suprema Corte de la Justicia de la Nación, 2021, pág. 181). Para que un fin sea legítimo debe estar avalado por la Constitución y no debe encontrarse implícita o explícitamente prohibido. “Sobre las prohibiciones expresas o implícitas, las primeras se encuentran de manera evidente en el texto constitucional, mientras

que las segundas tienen que ser deducidas mediante un ejercicio interpretativo” (Suprema Corte de la Justicia de la Nación, 2021, p. 189).

Por tanto, el fin es el juzgamiento de la persona querellada. Dicho fin es legítimo siempre que el querellado sea escuchado en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para defenderse. Por tanto, el fin no es legítimo si la audiencia de conciliación y juzgamiento se sustancia sin la presencia de la persona querellada.

II. Segunda grada.- La idoneidad

“La idoneidad requiere que el legislador persiga un fin legítimo y que el medio deba ser apropiado para alcanzar o, al menos, promover ese fin. Esto es realmente un requisito doble” (Suprema Corte de la Justicia de la Nación, 2021, p. 241).

Al no tener un fin legítimo, no es procedente continuar realizando el test de proporcionalidad, por no haberse superado la primera grada, sin embargo, es necesario proseguir con el mismo, para evidenciar por qué juzgar en ausencia a la persona querellada, vulnera su derecho a la defensa y, por tanto, debe declararse inconstitucional.

En la idoneidad no se cumple con la existencia de un fin legítimo, por lo explicado en anteriores líneas, sin embargo, sí se cumple con el medio (la ausencia) para promover el fin (juzgamiento de la persona querellada), empero no se cumple con la segunda grada, por no haber cumplido con el requisito doble.

III. Tercera grada.- La necesidad

La necesidad implica que el medio empleado sea menos restrictivo o lesivo, por tanto: 1) debe lesionar en la menor medida posible el derecho individual y 2) el medio debe promover el fin mejor que otros medios (Suprema Corte de la Justicia de la Nación, 2021).

- ❖ **La lesión del derecho individual.** La lesión del derecho fundamental a la defensa fue transgredido gravemente por permitirse el juzgamiento en ausencia de la persona que presuntamente ha incurrido en el cometimiento de delitos de acción penal privada.
- ❖ **El medio.** Existe otro medio que debería ser incorporado en la legislación ecuatoriana que es la detención de la persona querellada para que esté presente en la audiencia de conciliación y juzgamiento, cumpliéndose con el fin sin restringir derechos.

IV. Cuarta grada.- La proporcionalidad

La proporcionalidad exige la ponderación entre el fin legítimo y la intervención del derecho individual. Si el fin legítimo es mayor o igual a la intervención, no es desproporcional, pero si el fin legítimo es menor a la intervención, es desproporcional y, por tanto, inconstitucional (Suprema Corte de la Justicia de la Nación, 2021).

Sin embargo, en el presente caso, al no existir fin legítimo, no puede realizarse una ponderación con la intervención del derecho individual, por tanto, el derecho a la defensa no puede ser afectado por el juzgamiento en ausencia de la persona querellada y debe declararse su inconstitucionalidad.

C. Ponderación

“3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, art. 3).

Al exigirse en la ponderación el establecimiento de una relación de preferencia entre normas o principios para tomar la decisión más beneficiosa, deberá aplicarse, según Alessandri, la ley de la ponderación, la fórmula del peso y en caso de obtener un “empate” en esta, la carga de la argumentación.

I. Ley de la ponderación

La Ley de la ponderación implica: 1) definir el grado de la no satisfacción, 2) la importancia de la satisfacción y 3) la justificación de la afectación de un principio o norma para satisfacer otro, logrado a través de la fórmula del peso (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008).

II. La fórmula del peso

La fórmula del peso está conformada por las variables de satisfacción (Pj) y afectación (Pi), peso abstracto, y, apreciaciones empíricas. El peso abstracto, puede variar de acuerdo a la jerarquía de la fuente de Derecho de la que emane el principio o la norma; y, se expresa en leve (1), medio (2), y, grave o intenso (4) al igual que las variables de satisfacción y afectación. Por otro lado, las apreciaciones empíricas refieren a la certeza de que la satisfacción de un principio o norma afecta a otro principio o norma, respectivamente; y, se expresa en cierto (1), plausible (0,5), y, no evidentemente falso (0,25). (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008). Teniendo por fórmula, según Alessandri, la siguiente:

$$\frac{IPiC \times GPiA \times SPiC}{WPjC \times GPjA \times SPjC} < \frac{IPjC \times GPjA \times SPjC}{WPjC \times GPIA \times SPiC}$$

Es decir, para que la restricción de un derecho fundamental sea constitucional, (Pi) debe ser menor a (Pj). En el presente caso, no se establece por la Corte Constitucional una

interpretación que implique realizar una ponderación, sin embargo, es necesario porque a primera vista la sentencia 005-17-SCN-CC no cuenta con motivación alguna y, por tanto, es necesario realizarla.

Podría suponerse que el máximo órgano de interpretación constitucional, al utilizar la analogía, para ampliar procedimientos no establecidos en la ley y restringir derechos, invocó implícitamente el derecho al acceso a la justicia en un plazo razonable (propio de los procedimientos civiles por el principio de celeridad) frente al derecho a la defensa del querellado.

Por tanto, se puede considerar que la importancia de la satisfacción del acceso a la justicia en un plazo razonable (Pj) es (4), y que la afectación del derecho a la defensa del querellado (Pi) es (4). Asimismo, podría considerarse que el peso abstracto de (Pj) es medio (2), por ser una norma procedimental, al contrario de (Pi), que es intenso (4), por ser un derecho fundamental. Finalmente, se puede considerar que las apreciaciones empíricas de (Pj) y (Pi) son ciertas (1). Teniendo la siguiente fórmula:

$$\frac{4 \times 4 \times 1}{4 \times 2 \times 1} < \frac{4 \times 2 \times 1}{4 \times 4 \times 1}$$

$$\frac{2}{1} < \frac{1}{2}$$

$$2 < 0,5$$

La fórmula planteada arroja como resultado que el derecho al acceso a la justicia en un plazo razonable, relacionado con la eficacia del Derecho, no puede restringir o anular el derecho a la defensa de la persona contra la que se ha instaurado un proceso de ejercicio privado de la acción penal, por no cumplirse con la finalidad de la ponderación.

“El principio intervencionista rector del Estado social, podía conducir -y así sucedió en algunos países-, a un Derecho Penal más preocupado por la eficacia de sí mismo que por servir a los ciudadanos. La pena se convirtió a veces en un arma del Estado esgrimida contra la sociedad, trocándose la eficacia de la pena en terror penal. Éste es el peligro que encierra un Derecho penal concebido para ser eficaz. Como toda rama peligrosa, la pena preventiva de someterse a un control riguroso. Un Estado democrático ha de evitar que se convierta en un fin en sí mismo o al servicio de intereses no convenientes para la mayoría de los ciudadanos, o que desconozca los límites que debe respetar frente a toda minoría y todo individuo” (Mir Puig, 2013, p. 104).

El fin primordial de un Estado democrático es respetar y hacer respetar los derechos de todas las personas que lo conforman. Por lo que, al haberse optado por la humanización y sublimación del Derecho Penal, se debe asegurar el derecho a la defensa de la persona cuya libertad está en riesgo por la instauración de un proceso de ejercicio privado de la acción penal en su contra, no siendo justificable su restricción por la celeridad del proceso, para que el Derecho sea “eficaz”, porque las leyes se hicieron para servir a la sociedad y no para restringir los derechos de los más débiles.

D. Interpretación evolutiva o dinámica

La interpretación evolutiva o dinámica, para el caso que nos ocupa analizar, no puede ser aplicada, por no tratarse de interpretar normas jurídicas a partir de las cambiantes

situaciones que regulan, sino de la protección del derecho fundamental a la defensa del procesado, sin discriminación alguna.

E. Interpretaciones sistemática, teleológica y literal

Las interpretaciones sistemática, teleológica y literal fueron utilizadas para explicar por qué debe declararse inconstitucional el numeral 5 del artículo 649 del Código Orgánico Integral Penal. La interpretación sistemática fue empleada al haberse interpretado las normas jurídicas a partir del texto constitucional, es decir, al haberse interpretado la Constitución en su integridad. La interpretación teleológica fue aplicada al considerarse la voluntad del constituyente, que no admite el juzgamiento en ausencia del procesado por delitos de acción penal privada. Finalmente, la interpretación literal fue utilizada al haber analizado el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador.

Por tanto, una vez realizada la hermenéutica constitucional conforme lo prescrito en la Carta Magna, el resultado arroja que el derecho a la defensa del querellado no debe ser restringido o menoscabado y, por tanto, es indispensable que este se encuentre presente en la audiencia de conciliación y juzgamiento.

3.4 El debido proceso penal

“Es un derecho establecido, no en favor del Estado, sino de los sujetos que lo conforman. El debido proceso es el escudo protector de los ciudadanos y del sistema jurídico. Debe ser observado y practicado en los procesos judiciales, legislativos o administrativos para que una sentencia, una ley o una resolución tengan validez jurídica. El debido proceso, está considerado por los estudios del Derecho Procesal, como el derecho que tiene toda persona de iniciar o participar en un proceso dentro de las garantías y derechos fundamentales, especialmente teniendo en cuenta el derecho de ser oído, derecho de defensa o contradicción, de alegar, probar, etc.” (Sigüenza y Sigüenza, 2012).

El debido proceso penal exige al órgano judicial actuar en conformidad con la Constitución, y, las normas nacionales e internacionales para el desarrollo de un proceso con sujeción a los principios axiológicos y de la justicia, en el que se asegure a los sujetos procesales la necesidad de ser escuchados públicamente y con oportunidades para la exposición de sus argumentos y la prueba de sus derechos, puesto que tiene por finalidad el alcance de una justa administración de justicia, protegiendo la seguridad jurídica del ciudadano.

Por lo que, al establecerse la invalidez jurídica de una sentencia emitida en un proceso no debido, debe considerarse que por tanto, todas las sentencias dictadas en ausencia del querellado en la audiencia de conciliación y juzgamiento tienen el mismo efecto, por haberse dejado en indefensión al mismo, porque si bien el juez de garantías penales es el encargado de administrar justicia, debe hacerlo respetando y haciendo respetar los derechos de las partes sometidas a un litigio y no restringiendo los derechos de la persona contra la que recae la acción penal, por poner en riesgo su libertad y por atentar contra su dignidad humana.

3.5 El principio de igualdad

“El principio de igualdad garantiza que ambas partes procesales gocen de los medios de ataque y de defensa y de igualdad de armas para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, cuya vulneración produce indefensión” (Sigüenza y Sigüenza, 2012).

La igualdad de las partes comprende la oportunidad de los sujetos procesales para producir pruebas y refutar las presentadas en su contra, por ende, es necesario que aquellos se encuentren presentes en la audiencia de conciliación y juzgamiento para ejercer su derecho a la defensa con base en los principios dispositivo, de oralidad, contradicción e inmediación.

El sustanciar la audiencia de conciliación y juzgamiento sin haberse configurado la relación triangular por juzgar en ausencia a la persona querellada, impediría que el proceso

se desarrolle en igualdad de condiciones y oportunidades, produciéndose por efecto la vulneración de su dignidad humana, su derecho a la audiencia, su presunción de inocencia y su derecho a la libertad, es por ello necesario que el numeral 5 del artículo 649 del Código Orgánico Integral Penal sea reformado para evitar que los jueces de garantías penales puedan dictar sentencia condenatoria o ratificatoria de inocencia si el querellado no tuvo la oportunidad de defenderse al igual que la presunta víctima.

3.6 El derecho a la defensa del querellado en juicio

“La defensa en juicio (...) se refiere a los procesos de cualquier naturaleza y en su integridad, en materia penal ha de comprender todo el procedimiento ante la autoridad (...) Su contenido es de resistencia a la amenaza que la persecución implica a la libertad, y tiende a eliminar sustancialmente esa amenaza acreditando la inocencia o cualquier circunstancia que excluya o atenúe su responsabilidad penal (...) después de un proceso en el cual el imputado haya podido hacer valer regularmente todos sus intereses jurídicos” (Claría, 2014, p. 318-319).

La importancia de la presencia del querellado también se justifica con su derecho a la defensa en juicio, que implica que aquel pueda ser conocedor de aquello de lo que se le acusa, de participar en todas las diligencias que se realicen y de su intervención en la audiencia en la que ha de ser juzgado, para precautelar la validez del proceso penal, es por ello, que desde un inicio se hizo hincapié en el derecho a la defensa material del procesado, que no puede ser restringido por normas procedimentales ni por sentencias, por especial protección a su presunción de inocencia y, por ende, a su libertad.

Por lo que, la persona contra la que se ha iniciado un proceso penal por un delito de acción penal privada únicamente podrá hacer valer sus intereses jurídicos si ejerce su derecho a la defensa durante toda la marcha del proceso en conjunto con su defensa técnica, en igualdad de condiciones que la contraparte.

Es por ello, que “el poder de defensa comprende tanto el aspecto material como el técnico, por cuanto uno y otro integran la resistencia a la imputación; diríase resistencia natural o instintiva, y resistencia jurídica o razonada (...) Las leyes procesales no pueden impedir que esos derechos e intereses lleguen eficientemente al proceso porque se afectaría una parte del contenido de la defensa, y por esta parte se altera el postulado de libertad” (Claría, 2014, p. 320).

Lo mencionado por Claría refiere al denominado “derecho de audiencia” que versa sobre la prohibición de ser condenado sin haber sido escuchado, siendo así que la presencia del querellado en la audiencia de conciliación y juzgamiento es indispensable para el desenvolvimiento de un proceso válido, por ser aquella persona, uno de los elementos subjetivos indispensables del proceso penal, no bastando con la presencia de su abogado defensor, sea público o privado, para asegurar la no vulneración del derecho a la defensa del querellado que es juzgado en ausencia.

3.7 La relación triangular

“La configuración del proceso como una relación triangular: el juez como sujeto tercero, el actor y el reo (...) tiene como fin el descubrimiento de la verdad (...) -una verdad no caída del cielo, sino obtenida mediante pruebas y refutaciones-” (Ferrajoli, 1995, p. 546).

Por ello, en el Derecho Penal, la relación triangular entre el juez y las partes es indispensable para procurar el descubrimiento de la verdad garantizado a través de la contradicción y la prueba en un proceso con iguales reglas y condiciones para todos, considerando la dignidad del procesado y el respeto a su verdad.

Es por esta razón, que el juez de garantías penales, que dicta sentencia sin haber escuchado al procesado por un delito de acción penal privada, atenta contra: 1) la relación triangular, 2) el principio in dubio favor debilis, 3) el principio de imparcialidad y 4) el principio de duda a favor del reo.

El primero, por no encontrarse presentes en la audiencia de conciliación y juzgamiento todos los elementos subjetivos necesarios para configurar la relación triangular en el proceso penal, es decir, la parte querellada y la parte querellante (que comprende su parte técnica y material) y el juez, quien es la persona encargada de dictar sentencia en un proceso en el que se haya garantizado a las partes la oportunidad de presentar sus pruebas y su derecho a la contradicción, garantizado en el numeral 3 del artículo 563 del Código Orgánico Integral Penal.

El segundo, porque con base al principio *in dubio favor debilis*, el procesado es considerado como el sujeto débil del proceso penal porque es la persona acusada del cometimiento de un delito y, por tanto, contra quien se ejerce la acción penal, por lo que es obligación del Estado garantizarle su derecho a la defensa en todo momento.

El tercero, porque el juez de garantías penales no está orientado por el imperativo de administrar justicia de conformidad con la Constitución de la República, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos y el Código Orgánico Integral Penal, por no garantizar la igualdad de partes en el litigio y por dejar en indefensión al procesado.

Y, el cuarto, porque de haberse dictado sentencia condenatoria sin la presencia del querellado durante la sustanciación de la audiencia de conciliación y juzgamiento ¿cómo podría tener el convencimiento de la culpabilidad del procesado, más allá de toda duda razonable, si no escuchó lo que este tenía que decir para su defensa?

3.8 La presunción de inocencia y el principio de jurisdiccionalidad

“Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena. En este sentido el principio de jurisdiccionalidad – al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio, y en este sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a

refutación – postula la presunción de inocencia hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena (...) Cuando la inocencia de la persona no está asegurada, tampoco lo está su libertad” (Ferrajoli, 1995, p. 549).

El juez podrá dictar sentencia ratificatoria de inocencia o condenatoria, siempre que el proceso se haya desarrollado con sujeción a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley, para garantizar los derechos de las partes. Por ende, los sujetos procesales tienen el derecho de presentar las pruebas de las que se crean asistidos y de refutar las que se presentaron en su contra.

“La prueba y la refutación – por *modus ponens* y por *modus tollens* – se realiza a través de la separación y reparto de papeles entre los tres sujetos del proceso: la dos partes y la defensa, a quienes les compete respectivamente la prueba y la refutación, y el juez tercero, al que le corresponde la decisión” (Ferrajoli, 1995, p. 606).

Por lo que, la presencia de la persona querellada es indispensable en la sustanciación de la audiencia de conciliación y juzgamiento, porque el juez de garantías penales no puede considerarla penalmente responsable, ni imponerle una pena, si no fue escuchada en un juicio público en el que se le haya asegurado su derecho a presentar las pruebas que puedan eximir o atenuar su responsabilidad penal y su derecho a la contradicción porque se atentaría contra el postulado de la presunción de inocencia y la garantía de la libertad.

“La llamada “presunción de inocencia” no ha tenido como fin impedir el uso de la coerción estatal durante el procedimiento de manera absoluta. Nuestra ley fundamental sigue esos pasos: pese a impedir una medida de coerción del Derecho material (la pena) hasta la sentencia firme de condena, tolera la detención por orden escrita de la autoridad competente, durante el procedimiento” (Maier, 2004, p. 511).

Por estas razones, es necesario incorporar en el Código Orgánico Integral Penal, la figura de la detención de la persona querellada que no asistió a la audiencia de conciliación

y juzgamiento para garantizar su comparecencia, por respeto y protección al principio de presunción de inocencia que le asiste.

3.9 La audiencia de conciliación y juzgamiento

La conciliación, al ser un método alternativo para la solución de conflictos con el que se puede poner fin a un proceso penal -sin excepción alguna para los delitos de acción penal privada-, no puede ser restringida a las partes por el juzgamiento en ausencia del querellado, por constar prohibición expresa en el literal a, numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

Si bien, una de sus características es la voluntariedad, esta ha de tratarse en el momento procesal oportuno, siendo en la audiencia de conciliación y juzgamiento en presencia de todos los sujetos procesales, quienes apoyados en los principios de oralidad, publicidad e intermediación, harán valer su voz y su sentir para intentar hallar un acuerdo conciliatorio beneficioso que garantice por una parte, la reparación integral y, por otra, la libertad del procesado, o, caso contrario, que por sí mismos, expresen la imposibilidad de llegar a conciliar.

Por lo que, la conciliación, base de una cultura de paz que debe ser garantizada por el Estado ecuatoriano, debe desarrollarse en un proceso público en el que se cumpla con la figura de la relación triangular, compuesta por un juez imparcial, el querellante y el querellado, puesto que no puede darse la conciliación si las partes interesadas no están presentes, porque no puede existir una conciliación unilateral.

4. Conclusiones

1. La víctima podrá iniciar un procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal, mediante querrela. Los delitos de acción penal privada son la calumnia; usurpación; estupro; lesiones que generen incapacidad o enfermedad de hasta treinta días, con excepción de los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar; y, delitos de tránsito o delitos contra animales que forman parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana. Prescriben por el transcurso del tiempo; por prescripción en el plazo de seis meses, contados desde el cometimiento del delito si no se ha iniciado el proceso penal; y, transcurridos dos años a partir de la fecha de la citación de la querrela. El procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal se registrará bajo las reglas establecidas en el artículo 647 del Código Orgánico Integral Penal. Citado el querrelado, tendrá diez días plazo para contestar la querrela. Una vez contestada, se concederá a las partes el plazo de seis días para anunciar y solicitar pruebas. Para la sustanciación de la audiencia de conciliación y juzgamiento se observarán las reglas establecidas en el artículo 649 del Código Orgánico Integral Penal.
2. Al estar prohibida la analogía y la interpretación extensiva por el Código Orgánico Integral Penal, la Corte Constitucional no podía realizar una comparación de los procedimientos civiles con el procedimiento de ejercicio privado de la acción penal para justificar el juzgamiento en ausencia de la persona querrelada, porque su presencia en la audiencia de conciliación y juzgamiento es indispensable para asegurar su derecho a la defensa que no puede ser restringido por leyes procedimentales o por sentencias emitidas por el órgano que fuere, porque la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos protegen el derecho a la defensa de la persona procesada por encontrarse en una situación de debilidad en el proceso penal seguido en su contra, siendo así que el citar a la persona querrelada y designarle un defensor público de oficio, en caso de que ella

no lo hiciere, no justifica la constitucionalidad del juzgamiento en ausencia del querellado porque la defensa comprende una parte técnica y una parte material.

3. Es obligación de las autoridades judiciales garantizar el debido proceso penal con sujeción a los principios dispositivo, del debido proceso penal, de inmediación, oralidad, publicidad, contradicción, duda a favor del reo, in dubio favor debilis, de dignidad humana y de igualdad, porque el poder o facultad de defenderse en la audiencia de conciliación y juzgamiento trae consigo que la persona querellada tenga la oportunidad de presentar pruebas y de refutar las presentadas en su contra para eximir o atenuar su responsabilidad penal, dado que la finalidad del Derecho Penal es proteger la libertad de la persona procesada, el respeto a su verdad y la presunción de inocencia, no pudiéndose condenarla, ni imponerle una pena, si no fue escuchada en el momento procesal oportuno y en igualdad de condiciones, porque el juez debe tener el convencimiento de la culpabilidad de la persona querellada más allá de toda duda razonable. Además, la etapa de conciliación no puede ser negada a las partes procesales porque la Constitución de la República del Ecuador garantiza a los ciudadanos la implementación y fomento de una cultura de paz, lograda a través del diálogo. Por lo que, la persona querellada debe estar presente en la audiencia de conciliación y juzgamiento, puesto que no puede existir una conciliación unilateral.
4. Se afecta el sagrado derecho a la defensa del querellado en las garantías básicas de los literales a), b), c), g) y h) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador por permitirse su juzgamiento en ausencia en la audiencia de conciliación y juzgamiento: 1) por habersele privado de su derecho a la defensa material y técnica; 2) por no contarse con el tiempo y con los medios necesarios para la preparación de una defensa eficaz; 3) por no ser escuchado en el momento procesal oportuno y en igualdad de condiciones que la parte querellante; 4) Por ser privado de su derecho a la comunicación con su defensor en dos momentos. El primero, en la entrevista entre abogado y patrocinado. Y, el segundo, en la audiencia de conciliación

y juzgamiento; y, 5) por negarse su derecho a la contradicción, a la publicidad, a la inmediación, a la oralidad y al debido proceso penal.

5. Recomendaciones

1. Si bien las sentencias de la Corte Constitucional son inapelables, el máximo órgano de interpretación constitucional por respeto al Derecho vivo, cambiante, mutable, debe alejarse de su precedente por restringir derechos tan fundamentales como el de la defensa sin causa constitucional alguna que lo justifique, ya sea por una demanda de inconstitucionalidad, por consulta de norma o por acción extraordinaria de protección de la sentencia de última instancia. Asimismo, se recomienda que la Corte Constitucional para no recaer en la interpretación desbordada, se rija a sus atribuciones de interpretar la Constitución y no Códigos derogados que no tienen eficacia jurídica o cuerpos normativos como el Código Orgánico Integral Penal que no admite la utilización de la analogía y la interpretación extensiva.
2. Que, el juzgamiento en ausencia de la persona querellada sea considerado dentro de la legislación como una prohibición por vulnerar el sagrado derecho a la defensa. Debiéndose para tal efecto, reformarse el artículo 649, numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal. Además, que la Asamblea Nacional incorpore en el Código Orgánico Integral Penal la figura de la detención en el procedimiento de ejercicio privado de la acción penal para asegurar la comparecencia de la persona querellada en la audiencia de conciliación y juzgamiento, cuando esta no hubiere asistido.
3. Que, los órganos jurisdiccionales consideren la importancia del derecho a la defensa de la persona querellada en la audiencia de conciliación y juzgamiento para garantizar su respeto a la verdad, su presunción de inocencia y su garantía de libertad.

6. Referencias:

Bibliográfica Omeba (2012). *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Driskill S.A.

Buompadre, J. (2000). *Derecho Penal Parte Especial*. MAVE. Disponible
DERECHO_PENAL_PARTE_ESPECIAL_TOMO_I_JORG.pdf

Cabanellas, G. (2008). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Heliasta.

Código Civil [CC]. Artículo 586. 22 de mayo de 2015 (Ecuador).

Código Orgánico del Ambiente [CODA]. Ley 0. Artículo 142. 12 de abril de 2017 (Ecuador).

Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ]. Ley 0. Artículo 194. 09 de marzo de 2009
(Ecuador).

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia [CONA]. Ley No.- 2002-100. Artículos 306 y 334.
3 de julio de 2003 (Ecuador).

Código Orgánico General de Procesos [COGEP]. Ley 0. Artículo 1. 22 de mayo de 2015
(Ecuador).

Código Orgánico Integral Penal [COIP]. Registro Oficial No. 180. Artículos 18, 19, 26, 36, 38,
76, 152, 167, 182, 200, 249, 250, 250.1, 250.2, 410, 415, 416, 417, 441, 513, 514, 515, 647,
648, 649, 650, 651. 10 de febrero de 2014 (Ecuador).

Constitución de la República del Ecuador [Const]. Artículos 3, 6, 10, 1166, 75, 76, 233, 427.
20 de octubre de 2008 (Ecuador).

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 8º. 1969. Disponible Convención
Americana sobre Derechos Humanos (oas.org)

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No.14-21-IN/21; 24 de noviembre de 2021.
Disponible

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcBldGE6J3RyYW1

pdGUnLCB1dWIkOic5MDA1ZjUzNC1kY2FiLTRjM2MtOTVIMi03MTRINDY0N2ViYmMucGR
mJ30=

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 005-17-SCN-CC; 14 de junio de 2017.
Disponible 0017-15-cn-sen.pdf (corteconstitucional.gob.ec)

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 050-15-SEP-CC; 25 de febrero de 2015.
Disponible (1887-12-ep-sen.pdf (corteconstitucional.gob.ec)

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21; 20 de octubre de 2021.
Disponible fielweb.com/App_Themes/InformacionInteres/1158-fw.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile; 22 de
noviembre de 2005. Disponible Microsoft Word - seriec_135_esp.doc (corteidh.or.cr)

Cueva, L. (2010). *Jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Ediciones Cueva Carrión.

Claría, J. (2014). *Tratado de Derecho Procesal Penal. (1ª ed., Tomo I)*. Ediciones Doctrina y
Ley Ltda.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Artículo 26º. 1948. Disponible
COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (oas.org)

Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 10º. 10 de diciembre de 1948.
Disponible spn.pdf (ohchr.org)

Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 11º. 10 de diciembre de 1948.
Disponible spn.pdf (ohchr.org)

Editorial Océano. (1989). *Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Océano*.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.

García, V. (2014). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Adrus D&L Editores S.A.C.

García, J. (2019). *Análisis jurídico teórico-práctico sobre los procedimientos para: el ejercicio privado de la acción penal*. JF.

Jiménez de Asúa. (1964). *Tratado de Derecho Penal. (4ª ed., Tomo I)*. Losada, S.A.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009). 21 de septiembre de 2009. Registro Oficial Suplemento 52.

Magna Carta. Art. 63 de 15 de junio de 1215 (Inglaterra). Disponible [17.pdf](#) (unam.mx)

Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Editor Miguel Carbonell. Disponible [PRINCIPIOS PRIMERAS](#) (corteidh.or.cr)

Montero, D. (s.f.). *Derecho de Defensa en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponible [r32676.pdf](#) (corteidh.or.cr)

Mir Puig, S. (2013). *Estado, Pena y Delito*. Euros Editores S.R.L.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14º. 16 de diciembre de 1976. Disponible [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos | OHCHR](#)

Real Academia Española (2010). *Diccionario Práctico del Estudiante*. Santillana.

Salazar, J. (2021). *Derecho Penal Parte General*. Editorial Edino.

Soler, S. (1976). *Derecho Penal Argentino. (Vol. II)*. Tipográfica Editora Argentina.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2021). *El test de proporcionalidad*. Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Disponible [biblioteca.corteidh.or.cr/adjunto/39508](#)

The Bill of Rights. Enmienda V. 15 de diciembre de 1791. Disponible The Bill of Rights: A
Transcription | National Archives

Zeballos, A. (1992). *Manual de Derecho Penal*. Grijley.

ANEXOS



Universidad
Católica
de Cuenca

AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

María Belén Guerra Estévez portador(a) de la cédula de ciudadanía N° **0106480783**. En calidad de autor/a y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación "EL JUZGAMIENTO EN AUSENCIA DEL QUERELLADO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA DEFENSA" de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos y no comerciales. Autorizo además a la Universidad Católica de Cuenca, para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, **22 de septiembre de 2023**

María Belén Guerra Estévez

C.I. 0106480783