



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas Escuela Derecho

**“EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO  
PENAL ECUATORIANO”**

**Trabajo de Graduación previo a la obtención  
del título para Abogada de los Tribunales de  
Justicia de la República del Ecuador.**

**AUTORA:** Catalina Alexandra González Poma.

**DIRECTOR:** Dr. Jaime Ochoa Andrade.

Cuenca- Ecuador  
2008

**Dedicatoria:**

Dedico este trabajo de graduación de manera especial a mi Familia por el apoyo y amor que siempre me han brindado, porque la persona que soy se lo debo a ellos, a mis “amiguis” y amigas porque son ellas quienes aguantaron mis ataques de stress y han sido pacientes conmigo respaldándome siempre.

### **Agradecimientos:**

Quiero dar las Gracias a Dios, por estar siempre conmigo por darme fuerzas para seguir adelante, a mi gran amigo Ab. Juan Carlos Salazar por ayudarme y guiarme para poder realizar este trabajo de graduación, a mi querido Director Dr. Jaime Ochoa por el apoyo y el tiempo que ha empleado y a todas las personas que directa e indirectamente contribuyeron para poder finalizar este trabajo de investigación.

## Índice de Contenidos

<b>Dedicatoria</b>	II
<b>Agradecimientos</b>	III
<b>Índice de Contenidos</b>	IV
<b>Resumen</b>	VI
<b>Abstract</b>	VII
<b>Introducción</b>	2
<b>Capítulo I Derecho Procesal Penal</b>	
1.1 Derecho Procesal Penal.-Concepto	4
1.2 Finalidades del Derecho Procesal Penal	8
1.3 Naturaleza del Derecho Procesal Penal	10
1.4 Principios del Derecho Procesal Penal	12
1.5 El C. de P. Penal en el Ecuador. Breve Reseña Histórica.	27
<b>Capítulo II La Acción Penal</b>	
2.1 La acción en la doctrina.	32
2.2 La pretensión penal. (Pretensión punitiva)	34
2.3 El ejercicio de la acción y sus clases.	36
2.4 Titulares del Ejercicio de la acción	39

### **Capítulo III Principio de Oportunidad**

3.1 Ideas Introductorias.	43
3.2 Concepto	45
3.3 Objetivos.- Descriminalización, resarcimiento a la víctima; Eficacia del Sistema Penal.	47
3.5 El principio de oportunidad en la legislación comparada.	48
3.5 Diferencias entre el principio de oportunidad pleno y el principio de oportunidad reglado.	56
3.6 La oportunidad como excepción al principio de legalidad.	61

### **Capítulo IV Alternativas de Oportunidad en el Procedimiento Penal Ecuatoriano.**

4.1 Ideas Generales.	65
4.2 El nuevo código de procedimiento penal.	66
4.3 Alternativas de oportunidad.	68
4.3.1 La clasificación de delitos: Acción Pública de Instancia Oficial, Acción Pública de Instancia Particular; delitos de acción privada.	69
4.3.2 La conversión.- Concepto y Regulación.	75
4.3.3 La Desestimación.- Concepto y Regulación.	78
4.3.4 El Procedimiento Penal Abreviado. - Concepto y Regulación.	81
4.3.5 ¿La indagación previa puede considerarse una alternativa de oportunidad?	85

<b>Conclusiones y Recomendaciones</b>	<b>88</b>
---------------------------------------	-----------

<b>Referencias (Bibliografía y Sitios Web)</b>	<b>95</b>
--	-----------

## RESUMEN

El Derecho Procesal Penal es una rama indispensable del Derecho, puesto que, por medio de él, el derecho penal sustantivo se hace efectivo; como rama independiente que es, cuenta con principios rectores y entre ellos el Principio de Oportunidad, el mismo que surge por la necesidad que existe dentro de la sociedad de dar solución rápida a sus conflictos, para el tratadista Antonio Luis González Navarro este principio “trata de establecer reglas claras para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un aparente hecho delictivo”.

El Principio de Oportunidad, en nuestro ordenamiento jurídico es reglado, es decir, los casos para que se puedan aplicar las diferentes alternativas de oportunidad se encuentran establecidos en nuestra ley.

Son cuatro las alternativas de oportunidad consagradas en nuestra legislación: la clasificación de los delitos por el ejercicio de su acción, la conversión, la desestimación, y el procedimiento abreviado; variantes analizadas de manera cabal en el ensayo.

## **ABSTRACT**

Criminal Procedural Law is an indispensable branch of law, since through it substantive criminal law takes effect; as the independent branch that it is, it relies on guiding principals and among others the Principal of Opportunity, the same that appears due to the necessity that exists within society to give rapid solutions to its conflicts. According to the author Antonio Luis González Navarro this principal “tries to establish clear rules in order to leave the criminal accusation aside, faced with cases which ordinarily should be prosecuted for an obvious criminal act”.

The Principal of Opportunity, in our justice system is regulated, that is to say, the cases where the different alternatives of opportunity can be applied can be found established in our law.

In our legislation, there are four established alternatives of opportunity: the classification of the crimes by the exercise of its action, the conversion, the rejection and the abbreviated procedure; variants analyzed completely in the essay.

## INTRODUCCIÓN

Dentro de un ordenamiento jurídico donde prevalece principios básicos de Estado de derecho e igualdad ante la ley el Derecho en si emerge como una variante necesaria para regular la conducta de los asociados, de esta manera, académicamente podemos encontrar clasificaciones del derecho, dentro de la esfera pública destaca para nuestro estudio el ordenamiento Penal y la normativa Procesal Penal, la misión del primero radica en la protección de elementales bienes de la sociedad, mientras el segundo, teniendo como finalidad básica el esclarecimiento de la verdad, permite al Estado, representado en el órgano jurisdiccional tutelar los referidos bienes emitiendo de esta manera sentencias condenatorias y absolutorias según sea el caso.

Con estos antecedentes el principio de oportunidad, dentro del procedimiento penal oral adquiere trascendental importancia pues supone encontrar variantes o alternativas en los que o bien el proceso penal no nace, o bien termina de distinta forma conforme se analizara a lo largo del trabajo, sin dejar de mencionar que constituye una institución jurídica fuertemente criticada por lo que resulta imperioso que en el desarrollo del trabajo de graduación realicemos de manera clara posicionamientos conceptuales; no sin antes manifestar que la finalidad de éste radica en la descongestión tanto del Ministerio Público cuanto de la Función Judicial.

A fin de desarrollar de manera cabal el tema motivo de estudio, la estructura del trabajo es el siguiente: el primer capítulo dedicado al estudio general del Derecho Procesal Penal; el segundo, en el que se tratará expresamente el análisis de la Acción Penal pues las ideas doctrinarias de ésta nos ayudará a entender el principio de oportunidad; un ulterior capítulo que analiza de manera clara el principio antes referido; y, un último en el que revisaremos alternativas de oportunidad aplicables en el sistema procesal penal ecuatoriano.

# CAPITULO I

## DERECHO PROCESAL PENAL

### 1.1 DERECHO PROCESAL PENAL.-CONCEPTO:

Para definir al Derecho Procesal Penal debemos partir de la noción de derecho. Al Derecho debemos entenderlo como el conjunto de normas y principios generales que regulan la vida del hombre dentro de una sociedad fijando para ellos deberes y derechos; o de acuerdo a Ulpiano: *Nemen ledere, unum suum dare, honeste vivere*, es decir: no hacer daño a nadie, dar a cada quien lo que le corresponde, vivir honestamente.

El Derecho Penal es:

aquel conjunto de normas jurídicas que une ciertas y determinadas consecuencias jurídicas, en su mayoría reservadas a esta rama del derecho, a una conducta humana determinada, cual es el delito. La consecuencia jurídica de mayor trascendencia es la pena; en todos los casos, ella afecta exclusivamente al autor de un delito que ha actuado culpablemente. Además de la pena, el derecho dispone de las medidas preventivas, sin carácter sancionatorio y condicionadas por la peligrosidad del autor, no por su culpabilidad; si el autor peligroso ha actuado culpablemente, el efecto de las medidas es complementario al de la pena; si, al contrario, el autor es incapaz de actuar culpablemente, las medidas reemplazan a la pena. A partir de la base de esta función del derecho penal y de la particularidad de sus medios de reacción, es preciso concluir que la actual y común

denominación de “derecho penal” es demasiado estrecha. Un nombre que se ligara no a las consecuencias jurídicas sino a los presupuestos de éstas –como, por ejemplo, derecho de la reacción contra el delito o derecho criminal- representaría de mejor manera el extenso ámbito de tareas del derecho penal. (Reinhart Maurach, Heinz Zipf, *Derecho Penal Parte General*. 4)

Por lo tanto es una rama importante de las Ciencias Jurídicas ya que éste establece normas imperativas que deben ser cumplidas por los miembros de una sociedad para así poder vivir en armonía evitando, a través de sanciones, que el orden jurídico se quebrante de esta manera;

El Estado, a través del órgano legislativo describe aquellas conductas que deben ser consideradas como delitos, al mismo tiempo que determina las penas, sanciones o medidas de seguridad que se aplicaran a las personas que realicen esas conductas. (Ricardo Vaca Andrade, *Manual de Derecho Procesal Penal Tomo I*)

Sabiendo que el derecho sustantivo regula el deber ser, es decir sus normas establecen los derechos y obligaciones de los ciudadanos, es necesario emplear el derecho adjetivo, es decir utilizar normas de procedimiento que permitan una efectiva aplicación del derecho penal sustantivo, entendido este como “...aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad”(Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán Parte General*, 12ª edición; 3ª edición Castellana. 11); de esta manera es pertinente la reflexión del tratadista Ricardo Vaca Andrade:

Para la defensa de los bienes jurídicos individuales o colectivos no basta con describir conductas o amenazar con penas con sentido netamente intimidatorio como lo hace nuestro Código Penal en el Artículo 1. Hace falta que la ley penal y las sanciones o penas que se apliquen efectivamente en caso de que un individuo infrinja la ley; es necesario, en definitiva, que se busque la manera o el procedimiento de dar aplicación a las normas del derecho penal material frente a casos muy concretos que, evidentemente, son delitos o aparecen como delitos, para la efectiva sanción a los responsables. (1)

Para que exista una correcta administración de justicia se deben elaborar normas que regulen la organización y competencia de los órganos encargados de la misma, del ejercicio de la acción penal, determinar como se cometió una infracción, en el caso de imponer una sanción cuál se debería aplicar, es decir normas que no solo regulen el proceso desde su inicio hasta su fin sino también que evalúen, investiguen, identifiquen y sancionen conductas consideradas como delitos. Todas estas normas las encontramos en el Código de Procedimiento Penal

Considerando lo antes mencionado podríamos decir que la ley penal material sería ineficaz sin la ley procesal penal mientras que la primera determina qué conductas son delictivas y sus consecuentes sanciones o penas es un derecho protector que protege la norma jurídica, la segunda nos permite que la ley penal se aplique a cada caso concreto es decir tutela al primero.

En la doctrina podemos encontrar varias definiciones de Derecho Procesal Penal de diferentes autores y tratadistas, Ricardo Vaca Andrade en su obra cita algunos de ellos:

CLARIA OLMEDO.- el derecho procesal penal es la disciplina jurídica reguladora de la efectiva realización del derecho penal; establece principios que gobiernan esa realización y determina los órganos, la actividad y el procedimiento para actuar la ley sustantiva.

FLORIAN.- es el conjunto de normas jurídicas que regulan y disciplinan el proceso, sea en su conjunto, sea en los actos particulares que lo integran.

ODERIGO.- el derecho procesal penal es el conjunto de las normas jurídicas reguladoras del proceso penal.

ALDO PRIETO MORALES.- es el conjunto de normas jurídicas emanadas del poder del Estado, que ordenan el proceso, sea en su conjunto, sea en los actos particulares que lo integran, y que tiene por finalidad aplicar el derecho material para establecer la legalidad quebrantada. (3-4)

En conclusión a lo antes expuesto el Derecho Procesal Penal, a través de sus normas, nos permite la correcta aplicación del derecho penal, regulando la actividad de los órganos encargados de la administración de justicia, siendo su objetivo primordial el conocimiento mismo del proceso penal; o en palabras del Dr. Jorge Zabala Baquerizo:

( . . . ) el sistema procesal penal –no el Derecho Procesal Penal- es el medio o instrumento a través del cual el Derecho Penal Sustancial se realiza con el fin de imponer la Justicia, es decir, es el instrumento jurídico para la protección de bienes jurídicos fundamentales del hombre, como la vida, la libertad, el honor, la salud y la inocencia.

Si se piensa que la finalidad inmediata del proceso penal es la imposición de la pena se concluye necesariamente que el proceso no es más que un medio para el

cumplimiento de las normas sustanciales penales. (*Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 17)

## **1.2 FINALIDADES DEL DERECHO PROCESAL PENAL.**

Existen diversos criterios de diferentes autores y tratadistas sobre las finalidades del Derecho Procesal Penal, pero la gran mayoría concuerdan en que son seis, los mismos que se explican a continuación:

1.- LA COMPROBACIÓN DE UNA ACCIÓN U OMISIÓN QUE CONSTITUYA DELITO, Las diferentes actuaciones que desarrolla un individuo que es miembro de una sociedad pueden ser violaciones al ordenamiento jurídico; por lo que, muchas veces son punibles, consecuentemente, es necesario que se investigue el hecho delictivo para conocer de que manera se ha desarrollado el hecho puesto que existen causas que justifican de cierta manera una conducta que podría calificarse de negativa o en contra al ordenamiento jurídico verbigracia la legítima defensa. Mientras se vaya desarrollando el proceso penal se comprobarán las circunstancias en las que demuestren la realidad fáctica con el objetivo de buscar la verdad y así determinar si el hecho es punible o no.

2.- INDIVIDUALIZACIÓN E IDENTIFICACIÓN DE LOS RESPONSABLES DE LA INFRACCIÓN; solo las actuaciones libres de las personas son imputables; solo el ser racional puede intervenir en un acto de diferente manera ya sea como autor, cómplice y encubridor, es necesario establecer los responsables de la conducta delictiva para no dejar en la impunidad el hecho delictivo. El Art. 312 del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano: “La sentencia condenatoria deberá mencionar como se ha

comprobado conforme a derecho la existencia del delito y la responsabilidad del acusado; determinará con precisión el delito por el cual se condena y la pena que se impone. . .”

### 3.- EL ASEGURAMIENTO DEL IMPUTADO Y DE LAS PERSONAS CUYA PRESENCIA SEA NECESARIA PARA EL ESCLARECIMIENTO DE LA VERDAD;

Existen medidas cautelares que nos garantizan que el acusado y las personas que conozcan del hecho permanezcan ligados al proceso penal cuando tratan de evadir la acción de la justicia con el objetivo de comprobar la realización del hecho delictivo y determinar sus responsables y poder llegar a la verdad de lo sucedido.

### 4.- EL ASEGURAMIENTO DEL OBJETO MATERIAL DE LA INFRACCIÓN Y DE LOS ELEMENTOS PROBATORIOS QUE FUEREN NECESARIOS,

tanto los unos como los otros deben ser protegidos y resguardados, pues son de gran importancia ya que podemos descubrir la verdad de un hecho considerado delictivo. Por ejemplo Art. 101 del Código de Procedimiento Penal, dispone en su numeral 3 que en la diligencia de levantamiento del cadáver el fiscal o la policía judicial recojan todos los objetos y/o documentos que pudieren tener relación con el hecho para su ulterior reconocimiento.

### 5.- EL ASEGURAMIENTO DE BIENES SUFICIENTES DEL ENCAUSADO PARA CUBRIR INDEMNIZACIONES CIVILES, LAS PENAS PECUNIARIAS Y EL VALOR DE LAS COSTAS PROCESALES,

cuando se comete un delito, no solo surge la responsabilidad penal, sino también el condenado tiene la obligación de responder civilmente por los daños y perjuicios que ha ocasionado su acción u omisión; los montos no se establecen de forma inmediata sino puede llevar un largo tiempo, para

evitar que el responsable no tenga bienes para responder se han creado medidas cautelares (prohibición de enajenar, el secuestro) que garantizan el cumplimiento de las obligaciones antes mencionadas. Es importante resaltar que de acuerdo con los Artículos 31 y 41 del Código de Procedimiento Penal y el Artículo 52 del Código Penal si se presenta acusación particular será competente, en lo referente a la indemnización de daños y perjuicios, el Presidente del Tribunal que dictó la sentencia condenatoria de lo contrario, será competente el juez civil.

6.- CONDENA O ABSOLUCIÓN DEL ENJUICIADO, cuando el proceso penal ha llegado a su fin es necesario establecer la responsabilidad o no del acusado, en algunos casos se lo condenara imponiéndole una pena como medio para sancionarlo por la conducta realizada y así restaurar el orden social aquí se hace realidad el *IUS PUNIENDI*, además en determinados supuestos cabe la imposición de medidas de seguridad. Pero en otros casos se puede declarar la inocencia a quien se le acusaba de haber cometido un ilícito.

### **1.3 NATURALEZA DEL DERECHO PROCESAL PENAL.- CARACTERES**

El derecho procesal penal no es un derecho dependiente del derecho penal sustantivo; ambos mantienen su autonomía y campo de acción, su importancia como una rama del derecho independiente no ha sido reconocida al darles la característica de secundarias o procesales puesto que se han considerado de principales a las ramas del derecho sustantivas.

A través del derecho procesal penal se hace posible la realización de la ley penal. Sin las leyes procesales los derechos consagrados en la constitución y demás normas no se harían efectivas.

Es un derecho autónomo que se ha separado del derecho penal y del derecho procesal civil, tiene sus principios y normas específicas, sin embargo, mantiene una vinculación con las normas del derecho procesal civil ya que ambas son instrumentos que sirven para aplicar las normas sustantivas, esta relación que existe no debe ser considerada como dependencia, el Código de Procedimiento Penal reconoce el carácter supletorio que tienen las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Además de ser el derecho procesal penal un derecho autónomo es un derecho público que solo emana del Estado pues es quien, a través de los órganos jurisdiccionales, hace efectivo el derecho penal, protege intereses colectivos y garantiza el orden social. “Esta en juego la actividad jurisdiccional del estado para mantener la convivencia social” (Ricardo Vaca Andrade, *Manual de Derecho Procesal Penal Tomo I*. 4)

Como ya dijimos anteriormente a través del derecho procesal penal se hace efectiva la ley penal material en cada caso determinado; por lo que tiene el carácter de instrumental, es el estado quien, mediante sus órganos jurisdiccionales, utiliza la ley procesal penal para garantizar los derechos conferidos a los miembros de una sociedad y así restablecer el orden jurídico cuando ha sido alterado.

Es un derecho práctico pues sus leyes son aplicadas a casos concretos teniendo como finalidad aplicar de manera efectiva el derecho penal.

## **1.4 PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL PENAL.**

El derecho procesal penal siendo un derecho autónomo tiene principios rectores que son los fundamentos y bases de una realidad jurídica determinada, entre ellos:

### **1.4.1 Principio de Legalidad: Reseña Histórica:**

El principio de Legalidad ha seguido un largo proceso evolutivo, en el Código de Hammurabi se suscitaba la necesidad de un derecho basado en garantías que protegiera y ofreciera seguridad jurídica a todos.

La Carta Inglesa de 1215 nos dice que los hombres no serán detenidos de ninguna manera sino “por el juicio de sus iguales o por las leyes del país”.

La Constitución Criminales Carolina (1532) protege a los ciudadanos de arbitrios y les brinda seguridad jurídica. De igual forma la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Después de la Revolución Francesa se establecieron leyes fundamentales como el principio de legalidad que adoptaron la mayoría de países pues antiguamente se actuaba conforme al derecho consuetudinario y al arbitrio judicial, se trataba de brindar una garantía al ciudadano frente al poder punitivo del Estado.

Este principio es resultado del principio general de legalidad “nullum crimen nulla poena sine lege” es decir no hay delito ni pena sin una ley previa.

El Estado de Derecho acoge el Principio de legalidad, para evitar cualquier tipo de arbitrariedad por parte de las autoridades limitando su poder y obligándoles a seguir lo establecido en la constitución y demás leyes, garantiza los derechos individuales.

Nuestra Constitución lo consagra en su Artículo 24 numeral 1 que dice:

Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

1. Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

Nuestro Código Penal también establece en su Art. 2 que: “Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la Ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.

La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto...”

A más de ello el Artículo 3 del mismo cuerpo legal nos dice que: “Se presume de derecho que las leyes penales son conocidas de todos aquellos sobre quienes imperan. Por consiguiente, nadie puede invocar su ignorancia como causa de disculpa.” Algunos autores lo consideran presunción para otros es una ficción, la diferencia de estos dos criterios no compete a nuestro análisis.

Lo que se quiere conseguir con esto es que los miembros de una sociedad conozcan aquellos hechos considerados como delitos con anterioridad y la sanción que se tendría si se realizaran estos ilícitos.

Por lo que éste principio está ligado tanto con el principio de división de poderes, siendo el legislador el representante de la sociedad y quien define las leyes; así también, el principio de legalidad establece la relación entre los individuos y el Estado, solo se juzgará, a quien haya cometido un hecho señalado como delito, de acuerdo a lo establecido en la ley.

La ley no solo debe determinar los hechos considerados ilícitos sino además especificar el procedimiento a seguirse y el órgano competente.

Para que se cumpla el Principio de Legalidad es necesario que otros principios se desarrollen como es el de reserva legal el cual significa que es el Estado el único encargado de crear las normas, establece las conductas consideradas como punibles por lo que es una garantía para los ciudadanos dando como resultado irretroactividad de la ley; y el principio de Tipicidad que implica que las normas deben elaborarse de manera precisa, clara y completa para que las personas puedan conocer hasta donde sus actos están protegidos, así se cumpliría la máxima “*nullum crimen, poena sine lege*” pues de lo contrario seguiría existiendo arbitrariedad por parte de las autoridades competentes al existir tipos penales ambiguos y no se brindaría seguridad a los ciudadanos pues son ellos los encargados de verificar si el proceder de una persona se ajusta al tipo penal descrito por el legislador.

Por eso, la doctrina y la jurisprudencia, nacional e internacionales, han entendido que en materia penal, el principio de legalidad en sentido lato o reserva legal, esto es, que la ley debe definir previamente los hechos punibles, no es suficiente y debe ser complementado por un principio de legalidad en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad, según el cual, las conductas punibles deben ser no solo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley.... (Antonio Luis González Navarro, *Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio*, 201)

Existe una segunda valoración al principio de legalidad, el cual nos dice que una vez conocida la conducta delictiva e iniciado el proceso éste deberá investigarse, juzgar a sus autores y castigarlos, no podrá ser suspendido salvo los casos que lo permiten; de igual forma opina el Dr. Álvaro Pérez Pinzón "quiere decir que iniciado el proceso, no puede ser suspendido, interrumpido, modificado ni suprimido, salvo los casos que permiten querrela o petición de parte, y los criterios vinculados al principio de oportunidad"

(<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.P.Penal.92.htm>)

En resumen el principio de legalidad se refiere a la legalidad del delito, de la pena y del proceso.

1.4.2 Principio de Debido Proceso: Es un conjunto de derechos fundamentales de las personas que se encuentran vinculadas en un proceso, está consagrado en nuestra Constitución en el Artículo 23 numeral 27, evita que por parte del Estado se cometan

abusos y arbitrariedades, se limita su poder; con el fin de buscar la verdad y así proteger a los ciudadanos.

Las normas tanto sustantivas como adjetivas establecidas por el órgano legislativo, son de obligatorio cumplimiento por parte de todos los que actúan dentro del proceso para poder llegar a una resolución.

Para que el poder punitivo del Estado se haga efectivo es necesario que exista un proceso y así saber la verdad en un determinado conflicto pero éste poder se encuentra limitado por ciertas garantías que gozan las personas, puesto que deben ser respetadas para poder brindar seguridad a los ciudadanos.

Este principio debe respetar las garantías básicas de los ciudadanos entre ellas:

- a) Las personas no podrán ser responsables de ninguna conducta delictiva ni tampoco se les podrá imponer una pena si ésta no se encuentra previamente descrita en la ley, como ya se dijo anteriormente es necesario que exista un proceso para poder investigar los hechos que se llevaron a cabo y lograr determinar los responsables y si es el caso aplicar la pena o castigo.
- b) La imposición de una pena solo puede efectuarse si existe un proceso, pues como se dijo anteriormente a través del proceso se limita el poder punitivo del Estado haciendo que éste respete las garantías constitucionales de los individuos. Es por eso que debe existir una relación entre el proceso y la pena.

- c) El proceso es una garantía para los ciudadanos les proporciona seguridad haciendo que se respeten sus derechos.

Entre los principios fundamentales que consagra el debido proceso tenemos:

- ☛ La presunción de inocencia, o situación jurídica de inocencia, es el ministerio público y la policía judicial los encargados de probar la culpabilidad del imputado pues éste no tiene que probar su inocencia aunque la realidad es otra y la norma se le considera como un enunciado pues quien es sospechoso de haber realizado el ilícito se le priva de su libertad para poder investigar, pero de acuerdo con Ricardo Vaca Andrade “si realmente se presumiera la inocencia de un ciudadano no se iniciaría un proceso penal en contra del sospechoso...” Ricardo Vaca Andrade, *Manual de Derecho Procesal Penal Tomo I*. 33)
- ☛ Sometimiento al juez natural, solo podrán ser juzgados por el juez competente se basa en la separación de poderes con lo que limita el poder del Estado, mediante éste se respeta la jerarquía establecida en la ley, solo el juez natural o competente podrán dictar medidas cautelares, prisión preventiva, etc.
- ☛ Incoercibilidad del Imputado, a quien se le hace responsable de haber cometido el ilícito hay que reconocerle y garantizar sus derechos, es necesario que se inicie un proceso para que pueda ser juzgado con el fin

de buscar la verdad de lo sucedido y de ser el caso imponerle una sanción o pena.

- ☛ Inviolabilidad de la vida y la integridad personal, nuestra Constitución en su artículo 23 numeral 1 y 2 prohíbe la pena de muerte y los tratos crueles y establece que es el Estado quien debe garantizar que esto no suceda sancionando a los responsables.
- ☛ Inviolabilidad del Domicilio, la ley establece que se necesita autorización para que se realicen inspecciones e investigaciones en el domicilio de otro, los abusos por parte de la policía al ingresar a la vivienda de una persona sin previa autorización deben ser sancionados.
- ☛ Inviolabilidad y secreto de la correspondencia, solo podrá ser examinada en los casos previstos por la ley, la constitución establece que si no se ha respetado esta garantía no tendrán validez como prueba, además se sanciona a los responsables.
- ☛ Prohibición de la detención ilegal, solo podrá privarse de la libertad cuando el juez competente así lo disponga y siguiendo el procedimiento establecido en la ley, tanto la prisión provisional como la preventiva sirven para poder investigar si se ha realizado una conducta delictiva cuando exista la presunción de responsabilidad de una persona.

- ☛ Prohibición de la Imputación forzada, nadie podrá declarar contra si mismo o contra su cónyuge o sus parientes cercanos (cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad) la imputación de un delito, por instinto la persona evita las penas y castigos, lo que la norma busca es que las personas colaboren con las autoridades y que de manera voluntaria las personas digan la verdad de un hecho quien obligue a una persona a declarar contra si mismo a sus allegados será sancionado.
  
- ☛ Inviolabilidad de la defensa, las personas tienen el derecho de disponer de un abogado particular y si no tienen los medios económicos será el Estado el encargado de nombrar un defensor, la constitución protege este principio y establece que carecerá de eficacia probatoria todas las diligencias que violen este precepto. Lamentablemente no se cumple con este principio, muchas veces las personas son interrogadas por la Policía sin la presencia de un asesor jurídico, e incluso se les niega con el fin de no tener testigos de los diferentes tipos de torturas a los que es sometido el imputado.
  
- ☛ Principio de necesidad de la investigación integral, es deber tanto de los Fiscales como de la Policía, investigar a fondo y de manera completa los hechos considerados como infracción y es la sociedad también quienes debemos colaborar para poder determinar los responsables del ilícito y poder imponer una sanción, con esto evitaríamos abusos y arbitrariedades por parte de las autoridades competentes.

- ☛ La duda beneficia al reo (*in dubio pro reo*) es el juez quien está encargado de juzgar si el comportamiento humano constituye un delito y determinar si son o no responsables, en muchos casos existe obscuridad en la ley por lo que la interpretación que realiza el juez debe ser favorable al inculpado.

*1.4.3 Principio de Publicidad de los Juicios* Este principio es elemental nuestra Constitución en su artículo 195 nos dice “Salvo los casos expresamente señalados por la ley, los juicios serán públicos, pero los tribunales podrán deliberar reservadamente. No se admitirá la transmisión de las diligencias judiciales por los medios de comunicación, ni su grabación por personas ajenas a las partes y a sus defensores.” a través de este principio las personas que forman parte del proceso conocen como éste se va desarrollando, se enteran de todas las diligencias, resoluciones y providencias que se dictan pues es obligación del juez penal que notifique a quienes intervienen en el juicio; la sociedad también puede conocer la marcha del proceso ya que se puede ver afectada por la comisión de un delito, los ciudadanos se encargan que el poder punitivo del Estado se efectivice, es decir, controla el ejercicio de quienes están encargados de administrar justicia.

Los casos en el que el proceso no puede ser público son los delitos contra la Seguridad de la República porque puede revelarse cierta información que comprometa la seguridad del Estado; y los delitos sexuales tampoco pueden ser públicos porque involucra la integridad y honra de las personas.

*1.4.4 Principio de Respeto a la Cosa Juzgada. (non bis in idem)* Este principio implica que nadie podrá ser juzgado o sancionado por un mismo hecho más de una vez. Aquel que haya realizado una conducta tipificada en la ley como delito, deberá seguir un proceso penal para que puedan investigar el hecho ocurrido con ello se podrá determinar los responsables y se aplicaran las respectivas sanciones pero por ningún motivo una persona que ha sido juzgada anteriormente por haber cometido un delito no podrá ser procesada por segunda vez sobre el mismo hecho, puesto que la sentencia queda ejecutoriada, adquiere el carácter de definitiva por lo que no se la puede modificar, salvo ciertos casos, además cuando la sentencia o auto adquiere el carácter de cosa juzgada no puede tratar sobre el mismo caso.

*1.4.5 Principio de la Comprobación.* Es el Juez Penal o el Tribunal en su caso, el encargado de comprobar si existe o no delito así como determinar quienes son los responsables, sus decisiones dependerán del convencimiento que tengan sobre la conducta realizada. Para constatar la ejecución de un hecho, el juez deberá fijar los medios de investigación, después examinará lo ocurrido es decir deberá estar demostrada la existencia de la infracción, y, a través de la sana crítica, apreciará y valorará las pruebas anteriormente establecidas y conseguirá resolver sobre el caso ya sea ésta una sentencia condenatoria o absolutoria. Como lo prevé el Artículo 312 del Código de Procedimiento Penal que sostiene:

Condena.- La sentencia condenatoria deberá mencionar como se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito y la responsabilidad del acusado; determinará con precisión el delito por el cual se condena y la pena que se

impone. También debe determinar, cuando corresponda, la suspensión condicional de la pena y debe fijar el plazo dentro del cual se ha de pagar la multa. Se debe decidir sobre las costas, la entrega de objetos incautados, el decomiso y la destrucción de objetos, según lo previsto en la ley.

*1.4.6 Principio de la Información Jurídica.* Todas las personas que intervienen en un proceso ya sea el juez, el fiscal, los defensores públicos o particulares, deben tener los conocimientos especializados del Derecho Penal, conocer el contenido de las leyes, doctrina y jurisprudencia, puesto que las decisiones del juez se obstaculizarían al carecer éste de información jurídica.

*1.4.7 Principio de Progreso.* El proceso se resuelve con la sentencia, la misma que puede ser condenatoria o absolutoria. Adquirir la información necesaria implica la consecución de diferentes etapas que sirven para valorar los actos de investigación previstos anteriormente esto depende del tipo de delito que se trate. Comienza con la facultad que tienen las partes procesales de pedir que se realicen diligencias o incluso el mismo Fiscal las pedirá, con el fin de descubrir la realización del delito y quienes son los responsables.

*1.4.8 Principio de Inmediación.* En un principio el juez penal desconoce de las circunstancias relativas al hecho delictivo pero mientras se va desarrollando el proceso empieza a obtener conocimientos sobre las actuaciones probatorias para que utilizando la sana crítica pueda resolver el caso determinado. Si no existiera este contacto personal entre el juez o el Fiscal y el hecho considerado como infracción, no se podría resolver puesto que se conseguiría una apariencia equivocada de los sucesos ocurridos por lo

que es necesario que las autoridades competentes conozcan con claridad lo realmente ocurrido con ello poder determinar los presuntos responsables y sancionarlos.

Es definido por Eisner como,

El principio en virtud del cual se procura asegurar que el Juez o el Tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias, a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa desde el principio de ella, quien a su término a de pronunciar la sentencia que la resuelva. Asimismo el principio de oralidad hace que se pueda cumplir con la inmediación en manera incipiente.

<http://www.mediadoresenred.org.ar/publicaciones/medpenal.html>

*1.4.9 Principio de Preclusión.* La preclusión, según Couture, es:

"I. Extinción, clausura, caducidad; acción y efecto de extinguirse el derecho a realizar un acto procesal, ya sea por prohibición de la ley, por haberse dejado pasar la oportunidad de verificarlo, o por haberse realizado otro incompatible con aquel. II. Principio procesal así designado por oposición al denominado de secuencia discrecional, según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las

cuales supone la clausura de la anterior sin posibilidad de renovarla". (Couture Eduardo J., *Vocabulario Jurídico*, Montevideo, Ed. Facultad de Derecho, 1960)

Esta puede resultar de tres situaciones diferentes:

- a) por no haber observado el orden u oportunidad dado por la ley para la realización de un acto; b) por haberse cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra; c) por haberse ejercido ya una vez, válidamente, esa facultad (consumación propiamente dicha).

<http://www.monografias.com/trabajos14/juiciodefinitivo/juiciodefinitivo.shtml>

Este es un principio básico quiere decir que una vez concluida una etapa ya no puede reiniciarse, las actuaciones que no se realizaron en una fase determinada no podrán volverse a realizar, a las partes que intervienen en un proceso les interesa que el fallo se dicte a su favor es por eso que deben efectuar ciertos actos pero si esta oportunidad no es aprovechada por ellas y no proceden en el tiempo establecido por la ley no podrán consumarlas pues su tiempo feneció.

La preclusión es la sanción y efecto más destacado que se produce ante la pasividad del litigante en la adecuada liberación de las cargas que le atañen; a la vez es la más segura garantía de fijación y respeto de los actos ya cumplidos en obediencia de tales imperativos.

<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.P.Penal.116.htm>

*1.4.10 Principio de Oralidad.* Nuestro Código de Procedimiento Penal establece en su Artículo 258

Oralidad.- El juicio es oral; bajo esa forma deben declarar las partes, los testigos y los peritos. Las exposiciones y alegatos de los abogados, serán igualmente orales.

Las resoluciones interlocutorias deben pronunciarse verbalmente, pero debe dejarse constancia de ellas en el acta del juicio.

La oralidad es un mecanismo que utilizamos las personas para transmitir hechos que han ocurrido. Dentro del proceso es necesario que las actuaciones se realicen de manera oral, ya que, las partes que intervienen en el proceso se enfrentan en igualdad de condiciones ante el juez quien debe ser imparcial.

Cumpliendo este principio hacemos que otros marchen de manera conjunta, por ejemplo se cumple el principio del respeto a la dignidad humana, posibilitando que ambas partes puedan defenderse, se verifica el principio de publicidad pues las actuaciones se hacen publicas, el de inmediación pues las pruebas son valoradas de manera directa por la autoridad competente.

El juicio oral trae ventajas pues se impartiría justicia de manera rápida y eficaz.

Nuestra Constitución consagra en su artículos 194 que “La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación.” Y la disposición transitoria vigésima séptima de la Constitución establece que “La implantación del sistema oral se llevará a efecto en el plazo de cuatro años, para lo cual el Congreso Nacional reformará las leyes necesarias y la Función Judicial adecuará las dependencias e instalaciones para adaptarlas al nuevo sistema”

Si bien el código de Procedimiento Penal cumple con estas disposiciones permitiendo que el proceso se desarrolle de manera ágil, no debemos dejar de lado, que la mayoría de trámites, en especial los civiles no lo cumplen; lo cual impide que se resuelvan, de manera rápida y eficaz, los juicios obstaculizando la aplicación de justicia.

*1.4.11 Principio de Gratuidad y Economía.* Nuestra Constitución establece en su artículo 207 que “En los casos penales, laborales, de alimentos y de menores, la administración de justicia será gratuita”. Es obligación del Estado resolver los conflictos que se presentan en la sociedad, es decir debe administrar justicia, la misma que no debe causar ningún tipo de gastos incluso si los individuos no tienen los medios necesarios para pagar a un defensor es deber del Estado proporcionar uno pues él se encarga cumplir con los requerimientos de los ciudadanos ya que es nuestro derecho exigir que el Estado nos brinde todas las facilidades necesarias para gozar de seguridad.

El principio de gratuidad tiene relación con el de Economía, esto implica que el proceso debe desarrollarse de manera ágil evitando que se prolongue, trata que todos los asuntos debatidos se resuelvan de manera rápida cumpliendo los plazos que la ley determina con lo que se evita que se realicen actuaciones extemporáneas además se refiere a las diferentes etapas del proceso fijando el tiempo en que concluye cada fase y así evitar retrasos innecesarios.

*1.4.12 Principio de Oportunidad.* A este principio lo trataremos en un capítulo posterior por ser el tema central del presente trabajo de graduación.

1.4.13 Otros principios tales como: el de prevención, de control, de oficialismo, de necesidad, de veracidad, de radicación de competencia por sorteo, de la *reformatio in pejus*.

Para efectos de nuestro estudio, dejaremos simplemente enunciados todos estos principios y solo lo analizaremos de manera detenida al principio de oportunidad, y las alternativas aplicables en nuestra legislación a la luz del referido principio, claro que para estudiarlo, será de imprescindible necesidad el referirnos en varias ocasiones al de legalidad.

## **1.5 EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL EN EL ECUADOR. BREVE RESEÑA HISTÓRICA.**

Después de producida la independencia del Ecuador, formamos parte de la Gran Colombia por lo que se mantenían todavía vigentes las normas españolas, solo cuando el Ecuador, en 1830, se separa de la Gran Colombia adquiere un ordenamiento jurídico propio. En el año de 1837 surge un Código Penal que se realizó en base al Código de Napoleón en la presidencia de Vicente Rocafuerte.

Posteriormente el General Juan José Flores pone en vigencia la Ley de Procedimiento Criminal en el año de 1839 contenía 94 artículos y se asemejaba al Código de Procedimiento Civil, además los jueces penales eran quienes suplían los vacíos legales que se presentaban por lo que se violaba el principio de legalidad razón por la cual se lo consideraba insuficiente.

La incompetencia por parte del órgano judicial y la mala administración de justicia que existía promovió a que en 1848 se cree la Ley de Jurados, la misma que era una ley complementaria a la anterior, autorizaba a los jurados para que se encarguen del juzgamiento de los delitos graves como el homicidio, envenenamiento, aborto entre otros.

En 1851 entra en vigencia la Ley de Procedimientos Criminales que deroga la de 1839, al siguiente año entra en vigencia la Ley de Conspiradores y Espías.

En 1853 el Congreso Nacional establece una nueva ley de Procedimiento Criminal regula aspectos como la presentación de la acusación, personal o por apoderado además se implantan reglas que deben seguir los jueces como disponer la detención del enjuiciado, en esta ley encontramos la base del cuerpo del delito el Dr. Walter Guerrero lo define como “la existencia real o presunta de un hecho criminal” (Ricardo Vaca Andrade, *Manual de Derecho Procesal Penal Tomo I.* 76).

El Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal entra en vigencia en 1872 el cual consiste en 359 artículos, la acción penal se divide en pública y privada, se da una clasificación de las pruebas, se sigue manteniendo el sistema de jurados pero ciertos delitos se rigen por el sistema acusatorio. En 1887 se introducen ciertas reformas a este código como por ejemplo el abandono de la querella, sobreseimiento definitivo, etc.

En 1892 entra en vigencia un nuevo Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal, se indica que personas pueden ser acusadores particulares, se señalan los requisitos que debe tener una querella, se mantiene el sistema legal de valoración de la prueba y la

división de la acción penal, el proceso penal se dividía en sumario y plenario y cuando se trataba de crímenes el plenario era conocido por el jurado.

En 1906 entra en vigencia un nuevo Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal, era similar a los anteriores pero varia en ciertos temas como los ilícitos cometidos que no se persiguen de oficio pueden terminar por el desistimiento de los acusadores si no existe contradicción de los acusados, los delitos que se persiguen de oficio, aunque proceda el desistimiento por parte del acusador, deben continuar mediante la intervención el Agente Fiscal.

En 1930 surgen las primeras reformas a este código.

En 1938 se promulga el primer Código de Procedimiento Penal, el cual mantiene los mismos parámetros que el establecido en 1906, se implanta la estructura de los códigos.

El Dr. Velasco Ibarra promulga el Código de Procedimiento Penal en 1946 el cual reunía algunas reformas sobre el juzgamiento de funcionarios públicos quienes eran acusados de abusar de dineros del Estado, y sobre los reincidentes de hurto y robo, vagos y mendigos.

Se forma una Comisión Legislativa en 1955 con el fin de compilar la legislación procesal penal en un solo código, en 1960 la Comisión codifica el Código de Procedimiento Penal.

En 1971 se designa una comisión jurídica para que realice un nuevo Código de Procedimiento Penal en esta codificación no se clasifica las pruebas, el Órgano Judicial

dispone la orden de detención provisional siempre que cumpla con los requisitos establecidos en la ley. Como resultado de la dictadura militar este código sufre grandes cambios se crean los Tribunales Especiales pero en 1975 se suprimen los mismos.

Nuevamente en 1979 una comisión se encarga de elaborar un proyecto de ley y en 1983 entra en vigencia un nuevo código el cual reúne significativas reformas como la clasificación de los delitos en: de oficio o por acusación particular, se instituye la Policía Judicial, se fija el valor jurídico de las presunciones, se dispone la oralidad para el juicio Plenario se crean los Tribunales Penales, se restablecen los recursos de nulidad y casación. Desde que este código entro en vigencia ha sufrido importantes reformas pero el proceso penal ordinario siguió siendo lento e ineficaz.

Al expedir el nuevo Código de Procedimiento Penal en el 2000 se ha querido suplir ciertos imperfecciones del código anterior pero aun así sigue teniendo grades defectos y vacios, como lo expresan en la obra COMENTARIOS AL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL “el nuevo sistema procesal es bueno pero el Código de Procedimiento Penal que lo regula es deficiente” (Ricardo Vaca Andrade, *Manual de Derecho Procesal Penal Tomo I*. 86).

Muchas criticas ha tenido el actual Código ; fundamentalmente por Zabala Baquerizo Moreno, sin embargo, este cuerpo normativo establece, entre otros beneficios, alternativas de oportunidad lo cual viabiliza la agilidad de los procesos, descongestionando tanto al Ministerio Público como a los Juzgados y Tribunales Penales.

## **CAPITULO II**

### **LA ACCIÓN PENAL**

#### **2.1 LA ACCIÓN EN LA DOCTRINA:**

A través del tiempo no ha existido coincidencia de criterios para definir lo que es la acción, en Roma consideraban a la acción y al derecho material como una unidad, en palabras de Savigny citado por Zabala Baquerizo “...no hay derecho sin acción y no hay acción sin derecho” (3).

El criterio de Savigny era limitado, por lo que surge un nuevo concepto que es el de pretensión el cual emana de la lesión del bien jurídico protegido.

Otros autores opinan que la acción es un derecho de la persona para activar al órgano jurisdiccional y así se cumpla la voluntad de la ley, distintas opiniones se dieron al establecer que es el Ministerio Público quien ejerce la acción.

Couture citado nuevamente por Zabala Baquerizo define la acción como “el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la solución de un conflicto de intereses”. Considera como sinónimos de acción; derecho, pretensión y facultad de promover la actividad de la jurisdicción, cabe recalcar que para él tanto la acción civil como la penal son la misma es decir no hay una diferencia.

Podemos encontrar varias definiciones en la doctrina a través de las cuales logramos ver como ha ido evolucionando la definición de acción, recordaré algunas:

CHIOVENDA.- El poder jurídico de dar vida a la condición para que se cumpla la actuación de la voluntad de la ley.

GIOVANNI LEONE.- La acción debe definirse como el requerimiento por parte del ministerio publico de una decisión del juez sobre una *noticia criminiis* que tiene como contenido un hecho determinado correspondiente a una hipótesis penal. (Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de Derecho Procesal Penal Tomo II. 7*).

VIVANCO.- La acción penal es una institución de orden público, establecida por el Estado, a través de la cual, los representantes del Ministerio Publico y las personas particulares, llevan a conocimiento del órgano de la función jurisdiccional competente, el cometimiento de una infracción, a fin que se inicie el proceso en contra del infractor. (Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de Derecho Procesal Penal Tomo II. 7*).

Existe todavía discrepancia al tratar de definir a la acción, pero debemos tener claro que es el Estado el que otorga el poder de acudir al órgano jurisdiccional para que éste imparta justicia cuando se ha cometido una infracción. Este poder se concede no solo a las personas sino también al Ministerio Publico; siendo, en lo que a Derecho Penal se refiere, potestad exclusiva de éste ultimo el ejercicio de la acción, al respecto decimos:

La acción penal es el poder jurídico concedido por el Estado a las personas o al Ministerio Publico, con el fin de estimular al órgano jurisdiccional penal para que

éste inicie el proceso penal cuando se ha violentado una norma jurídica penalmente protegida. (12).

El ejercicio de la acción penal nace del delito y debe ser única, fenece una vez que es ejercida; es decir, cuando se ha cumplido su finalidad, que en este caso sería la pena o medida de seguridad.

## **2.2 LA PRETENSIÓN PENAL.**

Es necesario diferenciar entre la acción y pretensión, como se dijo anteriormente la acción es el poder de estimular al órgano jurisdiccional para que se inicie un proceso luego de que se ejerce este poder la acción se extingue.

La pretensión es la petición que se le hace al Estado para que imponga una pena una vez que se comprueba la existencia de un delito (*ius puniendi*), esto es, constituye una pretensión punitiva.

La pretensión es la reclamación, es la petición, es la voluntad de una de las partes –de la activa del proceso- tendente a solicitar que el Estado haga efectivo el poder de penar en un caso concreto. (15).

La finalidad de la acción penal es el de activar al órgano jurisdiccional además que una vez ejercida la acción se extingue, mientras que la finalidad de la pretensión es el de imponer la pena y así terminar el proceso, se mantiene durante todo el proceso.

La pretensión se constituye de tres elementos:

1. El Elemento Subjetivo: Conformada por los sujetos
  - a) El sujeto activo: es quien implanta la pretensión (actor)
  - b) El sujeto pasivo: a quien se interpone la pretensión (demandado)
  - c) El sujeto destinatario: ante quien se plantea la pretensión, el titular del órgano jurisdiccional (juez)
  
2. El Elemento Objetivo constituido por el comportamiento humano, es decir la infracción, tanto el objeto del proceso penal como el de la pretensión es el hecho delictivo, para que exista el proceso es necesario que ambos objetos coincidan.
  
3. El Elemento de Actividad es la manifestación del sujeto activo, es decir la petición que se solicita al Estado para que imponga una pena o una medida de seguridad dependiendo del caso.

A través de la pretensión se desarrolla el proceso.

### **2.3 EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y SUS CLASES:**

Por norma general, toda persona sea natural o jurídica tiene el poder de acción y puede ejercer la misma, solo en el caso de las personas jurídicas éste ejercicio lo realiza su representante legal y cumpliendo con las formalidades exigidas en la ley pues es un incapaz relativo.

En cuanto a la clasificación del ejercicio de la acción el código de Procedimiento Penal en su Artículo 32 establece:

Desde el punto de vista de su ejercicio la acción penal es de tres clases:

- a) Pública de instancia oficial;
- b) Pública de instancia particular; y,
- c) Privada.

Cuando en las disposiciones de este Código se diga simplemente acción penal pública o acción pública, ha de entenderse que se alude tanto a la acción pública de instancia oficial, como a la acción pública de instancia particular.

Hay que tener en claro que la acción no se divide en tres clases como establece el mencionado artículo sino es única y es siempre publica porque es el Estado quien otorga este poder a las personas para que éstas puedan activar al órgano jurisdiccional y así se pueda sancionar las conductas delictivas de las personas. Es el ejercicio de la acción el cual puede presentarse de tres maneras.

La infracción es el motivo para el ejercicio de la acción, “entre la acción y el ejercicio de la acción media la infracción” (23).

Cuando se comete un delito cuyo ejercicio de acción esta tipificado como privado quiere decir que no cualquier persona tiene el ejercicio de la acción sino que, en estos casos, el ejercicio seria exclusivo del ofendido es decir de la persona a quien se le ocasiono el daño.

Como ya se dijo anteriormente la acción es pública pero depende de la naturaleza de la infracción si la acción se la ejerce de manera privada o publica.

Zabala Baquerizo nos dice que:

El ejercicio de la acción en unas ocasiones es contingente, y, en otras, necesario. Es contingente cuando la infracción es de aquellas que provoca el ejercicio público de acción, pues en estos casos el proceso penal puede surgir sin necesidad de que se ejerza la acción penal: surge de oficio. El ejercicio de la acción es necesario cuando se trata de los delitos llamados de instancia particular, o de los llamados privados, pues en estos casos los procesos no se pueden iniciar hasta tanto el ofendido no ejerza la acción penal respectiva.

### **2.3.1 BREVE RESEÑA HISTÓRICA:**

La evolución del ejercicio de la acción a través de los tiempos es lo que lleva a ésta clasificación, en un principio cuando se realizaba un acto reprochable por la sociedad la actividad del ofendido se basaba en la venganza, luego con la aparición de la Ley del Talión surge un tipo de equilibrio y limitación entre el perjuicio y el resarcimiento. Con el transcurso del tiempo el Estado iba tomando el poder de imponer las penas, con esto ya no era el perjudicado quien las ejecute. Pero solo si el ofendido quería que se castigue al ofensor el Estado podía interceder y es así como surge la acusación particular.

En Grecia y Roma diferenciaban a los delitos en: de persecución pública y privada, los primeros afectaban a la sociedad y cualquier persona podía presentar acusación y los otros afectaban solo a cierto grupo de personas y solo podía ser ejercido por el ofendido.

En la época imperial romana el Estado se encargaba de iniciar el proceso sin que sea necesaria la acusación de cualquier ciudadano surgiendo el ejercicio de la acción de oficio.

Cuando se conoce que la acción penal es pública el Ministerio Público es el representante de los ciudadanos para perseguir los delitos e iniciar el proceso penal.

Nuestra legislación sigue manteniendo la clasificación antigua de los delitos. En cuanto al ejercicio de la acción pública de instancia particular es nuevo, existen varias críticas sobre éste en cuanto a que el Estado debe condenar cualquier tipo de conducta delictiva sin importar la voluntad del ofendido puesto que de un modo u otro afectan a la sociedad, tema discutible sobre el que profundizaremos en el futuro.

## **2.4 TITULARES DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN:**

Cuando se comete un delito, dependiendo su naturaleza, se puede ejercer la acción; el Artículo 33 del Código de Procedimiento Penal establece:

El ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente al Fiscal.

Sin embargo, el ejercicio de la acción pública de instancia particular, procederá solamente previa denuncia del ofendido.

Lo dispuesto en el inciso anterior ha de entenderse sin perjuicio de los derechos del ofendido para acceder al órgano judicial competente, según lo previsto en este Código.

El ejercicio de la acción privada corresponde únicamente al ofendido, mediante querrela.

De la redacción del antes referido Artículo concordamos con el profesor Zabala Baquerizo al referirse que: *“el fiscal jamás ejerce la acción penal: es el funcionario que recibe el estímulo (ejercicio de la acción) para que inicie el proceso penal”* (41); la resolución que toma el Fiscal en la etapa de instrucción fiscal después de haber determinado que existen fundamentos sobre la existencia de un hecho delictivo, es una providencia que sin ella no podría iniciarse el proceso, es por eso que no es una forma de ejercer la acción pues las únicas formas de ejercer la acción penal son: la acusación privada se ejecuta cuando solo aquellos delitos calificados de acción privada se han cometido y serán los ofendidos o agraviados quienes puedan ejecutarlo el Artículo 36 del Código de Procedimiento Penal establece cuales son los delitos de acción privada:

Son delitos de acción privada:

- a) El estupro perpetrado en una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho;
- b) El rapto de una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que hubiese consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor;
- c) La injuria calumniosa y la no calumniosa grave;

- d) Los daños ocasionados en propiedad privada, excepto el incendio;
- e) La usurpación;
- f) La muerte de animales domésticos o domesticados; y,
- g) El atentado al pudor de un mayor de edad.

Otra manera de ejercer la acción es por medio de la denuncia mediante la cual el fiscal tiene conocimiento del hecho antijurídico y puede iniciar el proceso penal, solo delitos de instancia particular y oficial pueden ser objeto de éste, el Artículo 34 del mismo cuerpo legal los delitos de instancia particular:

La acción pública es de instancia particular en los siguientes delitos:

- a) Nota: Literal derogado por Art. 4 de Ley No. 101, publicada en Registro Oficial 743 de 13 de Enero del 2003.
- b) Revelación de secretos fábrica;
- c) Nota: Literal derogado por Art. 4 de Ley No. 101, publicada en Registro Oficial 743 de 13 de Enero del 2003
- d) Estafa y otras defraudaciones; y,
- e) Nota: Literal derogado por Art. 4 de Ley No. 101, publicada en Registro Oficial 743 de 13 de Enero del 2003

Sin embargo, el Fiscal, ejercerá la acción penal de oficio cuando el delito se cometa contra un incapaz que no tenga representante, o cuanto haya sido cometido por su guardador o uno de sus ascendientes.

En los delitos de acción pública de instancia oficial no es necesario que se presente la denuncia.

El ejercicio de la acción privada tiene como titulas al ofendido mediante querrella, aquí hay que tener claro que debe reemplazarse la palabra querrella por acusación privada puesto que la querrella es un requisito de la acusación, en otras palabras la acusación privada contiene la querrella, solo el ofendido puede ejercer la acción privada, el Artículo 68 del código de procedimiento penal establece a quien se considera ofendido:

Se considera ofendido:

1. Al directamente afectado por el delito y a falta de este a su cónyuge o conviviente en unión libre, a sus ascendientes o descendientes y a los demás parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;
2. A los socios, respecto de los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la administren o controlen;
3. A las personas jurídicas, en aquellos delitos que afecten a sus intereses;
4. A cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos; y,
5. A los pueblos y a las comunidades indígenas en los delitos que afecten colectivamente a los miembros del grupo.

El fiscal puede iniciar el proceso de oficio dependiendo siempre que la naturaleza del delito, es decir es de oficio siempre que el delito no sea aquellos considerados como: de acción pública de instancia particular, ni de acción privada.

## CAPITULO III

### PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

#### 3.1 IDEAS INTRODUCTORIAS.

Luego que se abolieron las diferentes formas de hacer justicia (venganza) que existían en Europa medieval, el Estado adquiere el poder de imponer las penas y castigar los delitos que se cometan dentro de la sociedad, es decir el monopolio de la pretensión punitiva.

El principio de legalidad se instauro como la máxima rectora en Europa y se basaba en que una vez que se conozca sobre la perpetración de un hecho delictivo este debe investigarse y si existen responsables éstos deben ser sancionados, ya iniciado el proceso penal éste no puede ser interrumpido.

Frente a ello el sistema anglosajón introdujo el principio de oportunidad el cual consiste en: “La disposición de la acción penal al criterio del ente estatal al que se encomienda la persecución penal, teniendo en cuenta el mejor interés de la justicia y la utilidad o conveniencia del ejercicio de la acción” (Antonio Luis González Navarro, *Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio*, 233)

Pero la influencia del sistema Europeo en los países latinoamericanos hace que se instaure en ellos el principio de legalidad como base que rige los delitos y las penas, el mismo que consiste en: *nullum crimen nulla poena sine lege*, nuestra Constitución en su Artículo 24 numeral 1 es un ejemplo claro:

1. Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

Nuestro Código Penal también hace mención al antes referido principio en su Artículo 2 que establece:

Nadie podrá ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida. La infracción ha de ser declarada y la pena establecida con anterioridad.

A pesar de la presencia del principio de legalidad, se han ido adoptando ciertas excepciones al mismo y es así como surge las alternativas de oportunidad, las mismas que son fundadas por diferentes criterios, los mismos que con detalle serán analizados en el futuro.

Algunos autores fundamentan la aplicación del principio de oportunidad basándose en la falta de interés social o porque el daño no es grave, casos que pueden resolver las partes procesales sin que intervenga el órgano judicial, algo que debemos tener en claro

y en lo cual concordamos con el tratadista Antonio Luis González Navarro quien considera, en su libro Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio, al principio de oportunidad como “una alternativa a los problemas de saturación y acumulación de procesos”(234) por lo que con la aplicación de éste principio se evitaría que se inicien procesos innecesarios dando nuevas formas de solución de conflictos generando así una política penal más ágil y eficaz de la justicia de esta manera los procesos no se acumularían pues se descongestionaría el sistema judicial así mismo se respetarían las garantías del debido proceso, los derechos fundamentales de las personas y se llegaría a satisfacer las necesidades de los perjudicados, contemplando además la indemnización de los daños ocasionados por el delito.

### **3.2 CONCEPTO.**

Según el tratadista Antonio Luis González Navarro el principio de oportunidad “trata de establecer reglas claras para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un aparente hecho delictivo” (237)

La regla general es que una vez que se conoce de un hecho delictivo se debe iniciar el proceso penal y sancionar a los responsables, pero la falta de respuesta que existe por parte de los órganos administradores de justicia incita a buscar nuevas formas de solución de conflictos; al principio de oportunidad podríamos considerarlo como un medio que establece mecanismos y reglas alternativas para solucionar los referidos conflictos, de esta manera descongestionar al órgano judicial y dar solución pronta a las necesidades de la sociedad, siendo necesario determinar casos en los que puedan ser aplicables alternativas de oportunidad, tomando en cuenta el interés social que exista en ellos, dando lugar a un principio de oportunidad reglado; sobre la que volveremos en lo posterior.

El fiscal para poder iniciar un proceso debe basarse en principios que beneficien a las sociedad sean o no partes procesales, y no iniciarlos por opiniones arbitrarias.

Para Antonio Luis González Navarro el principio de oportunidad tendría como objetivos básicos:

1. Descriminalizar cuando haya otros mecanismos de reacción social más eficaces o parezca innecesario el proceso y la pena.
2. Pretendería volver los ojos hacia la víctima en la medida en que en muchos casos exigiría la indemnización previa.
3. Buscaría la eficiencia del sistema frente a hechos más relevantes y de mayor gravedad social, al permitir descongestionar los atascados tribunales, de manera tal que les permita intervenir en los hechos mas lesivos y esenciales para la comunidad y los ciudadanos.(237)

Para que los objetivos antes mencionados surtan efecto es necesario que el legislador establezca los temas que permitan prescindir de la acusación particular, con el fin de resolver mejor los casos más complejos, los ofendidos, por la consecución de un delito, al solucionar su situación podrán satisfacer prontamente sus necesidades, además de ofrecer a la sociedad diferentes medios de solución alternativos favorecería al sistema administrador de justicia haciendo que sea más eficaz evitando que sea lento a través de la aplicación de estas formas de solución de conflictos.

### **3.3 OBJETIVOS.- DESCRIMINALIZACIÓN; RESARCIMIENTO A LA VICTIMA; EFICACIA DEL SISTEMA PENAL.**

La doctrina establece que son tres los objetivos principales del Principio de Oportunidad, estos son:

- 1. Descriminalización:** La aplicación del Principio de Oportunidad, permite la descriminalización de los hechos punibles, es decir, no se aplicaría sanción alguna, y consecuentemente no se iniciaría un proceso penal, pues el sujeto activo al reconocer su culpabilidad, está arrepentido por el hecho efectuado y trata de resolver por otros medios el problema, por otro lado el sujeto pasivo que se somete a la aplicación de este principio está aceptando y perdonando al delincuente lo que nos trae como beneficio no solo resolver los ilícitos de manera rápida y efectiva evitando la carga procesal en los juzgados sino también la reintegración a la sociedad del infractor.
- 2. Resarcimiento a la víctima:** Cuando los sujetos activos y pasivos de determinados delitos llegan a un acuerdo entre ellos sobre la reparación civil consecuencia del hecho delictivo, como se dijo anteriormente, se evitaría iniciar un proceso penal, por lo que la reparación no tardaría largos años en hacerse efectiva sino por el contrario el ofendido sería indemnizado en un tiempo corto.
- 3. Eficacia del Sistema Penal:** El principio tiene como tercer objetivo la eficiencia y la celeridad procesal, es decir, que los problemas que la sociedad tiene se solucionen de manera rápida, al existir alternativas de oportunidad, se evitaría

los largos años que duran el proceso penal, al establecer los ilícitos que puedan solucionarse por medios alternativos se descongestionaría la carga procesal que existen en los juzgados, se establecería en qué delitos es indispensable iniciar un proceso con lo que se satisficiera las necesidades de las victimas pues las mismas serían indemnizadas de manera rápida.

### **3.4 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.**

El sistema penal europeo basado en el principio de legalidad, influenció en otros Estados quienes mantienen todavía de manera estricta este sistema, pero en la actualidad existen Países que en determinados casos aplican el principio de oportunidad.

Según la doctrina esta institución tiene sus orígenes en Alemania mediante la “Ley Emminger” que permite al Ministerio Publico prescindir del ejercicio de la acción penal cuando el hecho carezca de importancia y su criminalidad sea leve.

Según el principio de legalidad una vez que se tenga conocimiento de un ilícito este debe ser perseguido, es decir se debe iniciar un proceso penal, por lo que es lógico sostener que el principio de oportunidad sería una excepción al de legalidad.

La fiscalía alemana tiene cierta flexibilidad en la administración de justicia pues cuando se presenten “asuntos de bagatela” en los cuales no existe el interés de la sociedad, puede abstenerse de iniciar un proceso penal.

El sistema alemán distingue ciertos casos en que se puede no ejercer la acción penal como:

- ☛ Cuando la culpabilidad de los delitos es mínima.
- ☛ Cuando se trata de hechos de gravedad mediana se puede prescindir de la persecución penal siempre que se cumplan determinadas obligaciones o se repare el daño.
- ☛ Ciertos delitos que se cometen en el extranjero es decir aquellos que no son graves, entre otros.

En el sistema penal Norteamericano utilizan el mecanismo denominado “*Plea Bargaining*” en el cual las partes procesales llegan a un acuerdo de manera que el imputado al declararse culpable, acepta los cargos en su contra, y así se evita la iniciación de un juicio, institución con varias similitudes a nuestro procedimiento abreviado, premisa que será analizada en un siguiente capítulo.

Según el tratadista Sánchez Velarde la declaración de culpabilidad se la puede hacer de tres maneras diferentes:

- a) Voluntaria, en caso de evidencia de culpabilidad.
- b) Estructuralmente inducida, cuando la confesión es consecuencia de la previsión de una pena más grave, para quienes insisten en la celebración de la vista porque es sabido que los jueces imponen una pena más benigna a quienes reconociendo su culpabilidad, renuncian al juicio contradictorio.
- c) Negociada, que consiste en el acuerdo entre el Fiscal el acusado o su abogado, antes de la vista de la causa, que puede ser un acuerdo sobre el delito o sobre la pena, o sobre ambos (245)

Este sistema es muchas veces criticado puesto que el acusado puede aceptar haber cometido delitos que no los ha hecho es decir se violarían ciertas garantías constitucionales pero asimismo hay quienes consideran que tiene sus ventajas como que el acusado evite que se le imponga una pena grave; además, al ofendido se le indemniza de manera rápida, entre otros.

En Inglaterra tienen el denominado “*Guilty Plea*”, se basa en una confesión que trata de evitar el juicio, funciona de manera similar al mecanismo empleado en Norteamérica pero es utilizado en un bajo porcentaje.

En conclusión se puede decir que el principio de oportunidad en el sistema Anglosajón se manifiesta como una negociación que existe entre las partes procesales; de esta manera se evita para el imputado condenas largas, y para el ofendido impide que se inicie un juicio largo en el cual lo único que produciría para él serían perjuicios puesto que no se le indemnizaría de manera rápida.

En la legislación Italiana también encontramos mecanismos que permiten abreviar el proceso penal basados en el acuerdo de las partes procesales, denominado “*Patteggiamento*” aquí existe un acuerdo entre el Ministerio Público sobre la pena, ver si la misma puede ser reducida o sustituida, la decisión que se tome se basa en circunstancias atenuantes y será el juez quien antes de dar su resolución tomará en cuenta lo acordado incluso pudiendo rechazarlo por considerarlo incorrecto.

En Argentina, su tradición jurídica determina como regla básica el principio de legalidad, en el cual el Estado, una vez que tenga conocimiento de una infracción, tiene inevitablemente que iniciar un proceso penal, el mismo no podrá suspenderse, modificarse o cesarse, pero al tener una Constitución Política Federal, el Estado Federal puede establecer ciertas normas que podrán ser aplicadas en determinadas áreas, un ejemplo es la suspensión del procedimiento a prueba, es una herramienta que puede suspender el ejercicio de la acción, el imputado se sujeta, durante un determinado tiempo a una prueba en donde deberá cumplir ciertas obligaciones impuestas por el Tribunal y una vez concluidas las mismas se declara extinguida la acción penal, si no se cumplen el Tribunal puede retomar la persecución penal.

Algunos Estados provinciales de Argentina establecen ciertas disposiciones relativas al principio de oportunidad tal como lo establece el Artículo 26 del Código Procesal Penal de Mendoza que indica:

El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. No obstante, previa autorización del superior jerárquico, el representante del Ministerio Público podrá solicitar que se suspenda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho cuando:

- 1-La lesión al bien jurídico protegido fuera insignificante;
  - 2-Se haya producido la solución del conflicto, lo que se acreditará sumariamente.
- En caso de delitos originados en conflictos familiares, intervendrán los mediadores, tanto para la solución del mismo, como para el control de ella;
- 3-En los casos de suspensión del juicio a prueba;
  - 4-En el juicio abreviado;
  - 5-En los supuestos de los parágrafos siguientes.

A toda persona que se encuentre imputada, o que estime pueda serlo, si durante la sustanciación del proceso, o con anterioridad a su iniciación:

- a) Revelare la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el enjuiciamiento de los sindicados o un significativo progreso de la investigación;
- b) Aportare información que permita secuestrar los instrumentos a los efectos del delito, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia, provenientes del mismo; se dispondrá:

- 1-Su libertad, con los recaudos del artículo 280° de este Código, a cuyo efecto deberá considerarse la graduación penal del artículo 44° y pautas de los artículos. 40° y 41° del Código Penal Argentino;

- 2-En caso de disponerse su prisión preventiva, se lo internará en un establecimiento especial, o se aplicará el artículo 300°;

- 3-El Tribunal pedirá al Poder Ejecutivo la conmutación o su indulto, conforme a las pautas del apartado uno que antecede.

A los fines de la suspensión o prosecución de la persecución penal se valorará especialmente la información que permita desbaratar una organización delictiva, o evitar el daño, o la reparación del mismo.

Bajo tales supuestos el Tribunal podrá suspender provisionalmente el dictado de su prisión preventiva.

La solicitud de todo lo aquí expuesto deberá formularse por escrito ante el Tribunal, el que resolverá lo correspondiente, según el trámite establecido para la conclusión del procedimiento preparatorio de la

investigación. (<http://209.85.135.104/search?q=cache:NLpTT38YvQ8J:www.carlosparma.com.ar/pdfs/PRINCIPIO%2520DE%2520OPORTUNIDAD.pdf+principi+de+oportunidad+argentina&hl=es&ct=clnk&cd=2&gl=ec>)

Existen varias críticas sobre la incorporación del principio de oportunidad en la legislación Argentina, algunos consideran que promueve la desigualdad cuando este no se encuentra bien definido, incluso amenazaría al principio de publicidad; pero, al mismo tiempo hay quienes consideran que el principio de oportunidad genera facilidades para evitar la iniciación de procesos penales innecesarios, se descongestionaría la carga procesal en los juzgados.

El principio de oportunidad no se encuentra completamente establecido ni regulado en Argentina, existen ciertas normas que tratan en el tema pero existe contraposición

por la presencia del principio de legalidad, una alternativa, muy parecida al principio de oportunidad, es la suspensión del procedimiento a prueba.

Ahora bien, en la legislación Colombiana: Desde la visión de la Defensoría del Pueblo en principio todo hecho punible genera una respuesta del Estado, réplica contenida en la obligación de investigar y sancionar por igual a todos los infractores de la ley penal. De lo antes transcrito el principio de oportunidad se presenta como una excepción al de legalidad a través de éste se puede abstenerse de perseguir ciertas infracciones, o suspender el proceso penal tomando en consideración ciertos factores, con el fin que los órganos administradores de justicia se descongestionen y puedan realizar su labor de manera eficiente y rápida.

La Fiscalía puede, en casos determinados en la ley, dejar de investigar ciertas conductas punibles, esta valoración no se la realiza de manera arbitraria sino se la realiza interpretando las normas jurídicas vigentes.

El tratadista Antonio Luis González Navarro establece algunos parámetros para que no se investiguen ciertas conductas:

1. Cuando el reproche es insignificante y no existe interés en la persecución penal.
2. Cuando el interés en la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo.
3. Cuando a él le son opuestos intereses estatales prioritarios.
4. Cuando el ofendido puede llevar a cabo por si mismo la persecución penal.
5. Cuando se estimula una pronta reparación a las víctimas.
6. Cuando se eviten los efectos criminógenos de penas cortas.
7. Cuando se trate en procesos de rehabilitación al delincuente, voluntariamente, verificables antes de que termine el proceso.
8. Cuando se busque la reintegración al medio social de alzados en armas. (283; 284)

Se puede deducir que en los “casos de bagatela” por la falta de interés que existe podrán aplicar el principio de oportunidad, el Estado tiene la potestad de imponer ciertas condiciones al imputado para que las cumpla y así evitar que se inicie un proceso penal en su contra, la aplicación del principio favorece a los ofendidos puesto que ellos al querer ser indemnizados prontamente tratan de buscar alternativas de solución de conflictos para así satisfacer sus necesidades.

El principio de oportunidad en Colombia es reglado pues se somete a 17 causales, (Sobre el principio de oportunidad reglado se tratará más adelante), entre ellas podemos mencionar por ejemplo cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada, cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado, cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse, entre otros.

Las causales para aplicar el principio de oportunidad se encuentran establecidas de manera clara pero se deja un espacio al Fiscal para que valore demás casos que se presenten en la vida cotidiana y los ubique dentro de las causales, y así determinar si aplica o no el principio.

La aplicación del principio no implica que el imputado pueda solicitar que se aplique o no el principio sino es el Fiscal quien decide su aplicabilidad siempre basándose en criterios fundamentados.

### **3.5 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PLENO Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGLADO.**

El principio de oportunidad ha sido un tema muy discutido durante estos últimos tiempos, la sociedad exige una solución rápida y efectiva de sus conflictos, pero por la congestión de procesos que existe en los diferentes juzgados esto se hace imposible. Es por eso que se buscan nuevas alternativas de solución de conflictos y entre ellas está el principio de oportunidad, el mismo que implica que no todos los ilícitos que se cometan deben iniciar un proceso penal, en la práctica se sabe que no se puede garantizar que todos los hechos delictivos sean investigados y procesados.

Luego de la conceptualización redactada en el pasado sobre el principio de oportunidad, podemos decir que éste admite una clasificación; y así citaremos:

- ☛ Oportunidad Plena
- ☛ Oportunidad Reglada

Según algunos tratadistas en la legislación angloamericana prevalece el principio de oportunidad Plena o discrecional puesto que la facultad que tiene el Ministerio Público para negociar con el inculcado es muy amplia. Puede citarse como ejemplo:

El sistema procesal penal estadounidense, donde el Fiscal puede elevar la acción o abstenerse de hacerlo, cuando hay gran probabilidad de que el acusado ha cometido un delito, e incluso puede negociar con él su pena, sin sujeción limitaciones (plea bargaining), el juez solo decide sobre los términos de la negociación. Adicionalmente, el imputado puede declararse culpable (guilty plea) para evitar ser juzgado por un jurado y ser condenado por un hecho más grave o por una pena mayor. 233)

Dando como consecuencia que se evite la iniciación de un proceso penal, impidiendo que se produzcan retrasos, por lo que las partes se benefician puesto que no se le

impone una pena grave al acusado, se le indemniza de manera rápida al ofendido y existe una economía relativo a los gastos que implica un juicio. Según el Dr. Carlos A Chiara Díaz, en su artículo *El Principio de Legalidad y las Alternativas de Oportunidad*,

...solo llega al juicio oral y ante jurados una cantidad apenas superior al 3% de los casos justiciables. ...permite abstenerse de la solución sancionatoria en los delitos de bagatela, mantener acusación solo cuando haya fundadas posibilidades de sostenerla y a través de negociaciones y contraprestaciones formalizar el pleo bargaining, que evita los juicios inútiles.

Concordamos con la opinión del antes mencionado tratadista quien sostiene:

Tal esquema sería incompatible de instrumentar con la eficacia en nuestro ámbito por estar todavía imbuidos de una cultura jurídica inquisitiva, donde el principio de legalidad u obligatoriedad ha servido para hacernos creer que estamos en condiciones de perseguir todos los delitos y castigar a todos los delincuentes.

Por lo que en nuestra legislación todavía no es posible aplicar el principio de oportunidad plena puesto que nuestro sistema de administración de justicia se basa en el principio de legalidad en el cual todos los delitos deben ser perseguidos y sancionados.

Es muy criticada la aplicación de esta alternativa pues se dice que viola las garantías del hombre, pues muchas veces el actor del ilícito al declararse culpable acepta otros supuestos que no cometió por miedo a que si se inicia un proceso pueda ser condenado por una pena más grave, diferentes tratadistas sostienen que existe arbitrariedad por parte de las autoridades competentes pues son ellas quienes deciden si se inicia o no un juicio penal y sus decisiones pueden ser guiadas por intereses personales por lo que consideran necesario establecer los casos en los que se puede aplicar el principio, inclinándose consecuentemente por utilizar la oportunidad reglada.

El principio de oportunidad Reglado permite que se apliquen alternativas de oportunidad siempre que se cumplan ciertos supuestos o condiciones, es decir permiten que el legislador prescinda de la persecución penal en determinados casos que están establecidos en la ley, su actividad se encuentra controlada por el órgano jurisdiccional es decir que se evalúen las razones o los fundamentos de aplicabilidad del principio; este principio se ha ido adaptando actualmente por legislaciones latinoamericanas como en Colombia quienes tienen definidas 17 causales en las que puede aplicarse esta alternativa además el juez de control de garantías es quien se encarga de confirmar si se cumple los requisitos de legalidad, la aplicación de este principio da como consecuencia que se extinga la acción penal, el actor del hecho delictivo no recibirá una pena grave con lo que podrá reintegrarse a la sociedad; y la víctima recibirá una reparación por el daño causado en su contra.

Nicolás González - Cuéllar Serrano, Catedrático de Derecho Procesal opina que:

...principio de oportunidad reglada no fomenta arbitrariedad alguna, sino que orienta con criterios claramente establecidos por la ley una política de selección que en todo caso, gusto o no guste, se produce.

Pero es más, el principio de oportunidad reglada no sólo permite descongestionar el sistema en aras a dotar de mayor eficacia a la justicia ante los hechos que suscitan un mayor interés de persecución penal. Adicionalmente sirve para la consecución de fines muy relevantes y que son también propios del proceso penal: la reinserción del delincuente y la tutela de la víctima.

[http://64.233.167.104/search?q=cache:zvjsI6WnpoQJ:www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios\\_judiciales/SECJUD20.pdf+oportunidad+reglada&hl=es&ct=clnk&cd=4&gl=ec](http://64.233.167.104/search?q=cache:zvjsI6WnpoQJ:www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD20.pdf+oportunidad+reglada&hl=es&ct=clnk&cd=4&gl=ec)

Es atribución del legislador establecer los casos de manera clara en los que el Ministerio Fiscal pueda prescindir de la persecución penal para así evitar que los ilícitos queden en la impunidad y produzca inseguridad jurídica, el Fiscal portugués Mario Torres reúne posibilidades en los que puede prescindirse de la acusación y establece cinco categorías:

- A) Las vinculadas con el orden jurídico general (por ejemplo, razones de Estado: propósito de evitar grandes trastornos sociales y económicos y/o conflictos internacionales; ausencia de relevancia penológica por condena a la pena máxima en otro delito)
- B) Motivos vinculados con el mismo delito (por ejemplo, antigüedad del hecho; escasa gravedad para el bien jurídico tutelado; situación de conflicto ideológico; mínima participación y/o arrepentimiento activo del sujeto)
- C) Razones referidas al infractor (edad juvenil o senil; precario estado de salud; afectación grave sobre el infractor y sus bienes; calidad de delincuente primario)
- D) Causales vinculadas a la relación entre víctima y victimario (por ejemplo, provocación o incitación de la víctima; reparación o ayuda al damnificado)
- E) Posibilidad de medidas alternativas (por ejemplo, sanciones en los ámbitos civil, fiscal, administrativo o disciplinario) (Dr. Carlos A Chiara Díaz, *El Principio de Legalidad y las Alternativas de Oportunidad*,2)

La aplicación de este principio nos da como resultado ya sea suspender de manera temporal o definitiva el proceso, pero es necesario que exista un control de quienes tienen en sus manos la aplicación o no del principio, comprobar además si cumplen con los requisitos de legalidad para determinar si el caso está o no establecido en la ley y si

es factible utilizar ésta alternativa, de esta manera la administración de justicia sería eficaz, transparente y rápida puesto que descongestionaría los juzgados, dando prioridad a los ilícitos más graves pues al emplear la oportunidad regalada en aquellos “casos de bagatela” proporcionando una resolución satisfactoria para las partes involucradas en el hecho pues se llegaría a un acuerdo en donde se fijaría la reparación a favor del ofendido y el inculpaado recibiría una sanción leve concluyendo de esta manera el tramite, esto serviría para que en los juzgados se de cabida a que solo aquellos delitos de relevancia social sean investigados y procesados.

Consideramos que la oportunidad reglada es más beneficiosa que la plena puesto que se establecen los casos en los que debe ser utilizada, de esta manera se evitaría que el Ministerio Publico decida a su arbitrio cuando aplicar el principio, pero es necesario considerar que el diario vivir de las personas nos indica que cada vez se cometen numerosos delitos por lo que es necesario que esta enumeración de los casos en los que se aplica el principio de oportunidad no sea estricto y se deje una puerta abierta para que los nuevos ilícitos que se cometan puedan ser solucionados por este medio y así los nuevos casos puedan ser resueltos de manera ágil y eficaz.

### **3.6 LA OPORTUNIDAD COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.**

El principio de legalidad hace referencia a la máxima “nullum crimen nulla poena sine lege” es decir no hay delito ni pena sin una ley previa.

Nuestra Constitución Política también consagra este principio en su Artículo 24 numeral 1 establece:

1. Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

Nuestro Código Penal también hace mención al antes referido principio en su Artículo 2 que establece:

Nadie podrá ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida. La infracción ha de ser declarada y la pena establecida con anterioridad.

Se acoge este principio por la necesidad de evitar arbitrariedades por parte de las autoridades limitando su poder y haciendo que respeten los derechos del hombre.

Desde otra perspectiva está la máxima en la que se funda nuestro debido proceso, también hace referencia a que una vez que se conozca de un hecho delictivo este debe ser investigado y procesado concluyendo con una sentencia y sancionando a los culpables; según el Dr. Álvaro Pérez Pinzón "quiere decir que iniciado el proceso, no puede ser suspendido, interrumpido, modificado ni suprimido, salvo los casos que permiten querrela o petición de parte, y los criterios vinculados al principio de oportunidad”

(<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.P.Penal.92.htm>)

Es obligación del Estado si es que existe fundamento sobre la ejecución de un delito el ejercer la acción penal sin importar la gravedad o la importancia social que exista sobre este hecho.

La crisis en la Administración de justicia que existe en nuestro país se debe a la falta de respuesta por parte de los juzgados pues al iniciar procesos por cada ilícito que se presente hace que estos estén saturados, por la excesiva carga procesal, es por eso que se han buscado alternativas de solución de conflictos.

La aplicación del principio, por lo demás, contribuye al desarrollo regular de prácticas de la justicia penal completamente ilegítimas. La persecución penal obligatoria, al no permitir distinción alguna en el tratamiento de los casos penales, satura la justicia penal y contribuye a determinar un proceso de selección manifiestamente irracional.

(<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.P.Penal.92.htm>)

Existen algunos tratadistas ecuatorianos que desestiman y rechazan todas las alternativas de oportunidad e incluso llegan a considerarlas como inconstitucionales porque viola el principio de legalidad que prima en nuestra legislación, creen que todo proceso debe culminar con una sentencia pero en virtud de la aplicación del principio de oportunidad encontramos circunstancias en las cuales bien el proceso no nace o bien termina anticipadamente mediante otras formas (Procedimiento Penal Abreviado), alegan además que la pretensión punitiva no puede ser objeto de transacción, establecen que una vez que el Fiscal tiene conocimiento de un hecho delictivo éste debe seguir un proceso y culminar con una sentencia; por medio del principio de oportunidad permite que el proceso termine de diversas maneras y que al extremo en algunas legislaciones se llegue a la pena. Por lo antes expuesto no estamos de acuerdo con estas opiniones puesto que nuestra legislación si permite alternativas de oportunidad por ejemplo la conversión, la desestimación, la clasificación de los delitos, entre otros; los mismos que serán analizados posteriormente.

El principio de oportunidad no contraviene al principio de legalidad sino se lo plantea más bien como una excepción, es indispensable que se persigan todos los delitos pero sí cabe utilizar alternativas de oportunidad en determinados casos (oportunidad reglada) los mismos que deben estar establecidos en la ley.

El principio de obligatoriedad debe mantenerse, pero que es necesario incrustar como excepción la oportunidad, estableciendo algunos casos previamente delimitados, en los cuales se autorice a los órganos públicos prescindir de la acusación y de la pena, cuando políticamente se ubiquen otros intereses superiores que hagan evidente que aquellas son innecesarias. (Antonio Luis González Navarro, *Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio*, 237)

Existen varios criterios en los que se puede prescindir de la acusación, la mayoría coincide en que es la falta de relevancia social que existe sobre el delito y el tratar de descongestionar al sistema administrativo los que impulsan a que se apliquen alternativas de oportunidad.

**CAPITULO IV**  
**ALTERNATIVAS DE OPORTUNIDAD EN EL PROCEDIMIENTO**  
**PENAL ECUATORIANO**

**4.1 IDEAS GENERALES.**

El Estado tiene la obligación de perseguir y castigar todo delito, la misma que se basa en el principio de legalidad, pero, como indicamos en capítulos anteriores, éste tiene excepciones y la más importante es el principio de oportunidad, según el tratadista Antonio Luis González Navarro el principio de oportunidad “trata de establecer reglas claras para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un aparente hecho delictivo” (237)

Entre los objetivos del principio de oportunidad tenemos la descriminalización de los hechos punibles, resarcimiento a la víctima, lo que nos da como consecuencia la eficacia en el sistema penal.

Existen dos tipos de oportunidad, la plena y la reglada, nuestra legislación acoge la oportunidad reglada pues establece de manera clara y precisa alternativas de oportunidad, las mismas que trataremos en este capítulo.

## **4.2 EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.**

El Código de Procedimiento Penal de 1983 nos entregó trascendentales reformas, entre ellas verbigracia la organización de los tribunales penales; la determinación del valor jurídico de las presunciones, etcétera; empero, lo que siempre se ha buscado es la agilidad en el proceso penal, es decir, que éste concluya de una manera rápida y eficiente satisfaciendo las necesidades de las partes procesales, con esta necesidad se instaure el modelo de juicio oral basado en el sistema acusatorio, cabe recalcar que cuando la Constitución Política de 1998 en su Artículo 194 establece: “La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo a los principios: dispositivo, de concentración e inmediación”; además, en su Artículo 219 indica que:

El Ministerio Público prevendrá en el conocimiento de las causas, dirigirá y promoverá la investigación pre procesal y procesal penal. De hallar fundamento, acusará a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Para el cumplimiento de sus funciones, el Ministro Fiscal General organizará y dirigirá un cuerpo de policial especializado y un departamento médico legal.

Vigilará el funcionamiento y aplicación del régimen penitenciario y la rehabilitación social del delincuente.

Velará por la protección de las víctimas, testigos y otros participantes en el juicio penal.

Coordinará y dirigirá la lucha contra la corrupción, con la colaboración de todas las entidades que, dentro de sus competencias, tengan igual deber.

Coadyuvará en el patrocinio público para mantener el imperio de la Constitución y de la ley.

Tendrá las demás atribuciones, ejercerá las facultades y cumplirá con los deberes que determine la ley.

Con estos antecedentes, el legislador se vio en la necesidad de elaborar un nuevo Código de Procedimiento Penal, particular que fue brevemente analizado en el primer capítulo del presente trabajo.

La vigencia tan repentina de éste nuevo código trajo algunos efectos negativos pues los casos que van a juicio oral constituyen un porcentaje menor, además es digno de resaltar que el primordial objetivo del referido cuerpo normativo es que el proceso penal se resuelva de manera ágil y eficaz, a pesar que contiene disposiciones meritorias también tiene graves falencias. Al respecto es oportuno el criterio del profesor Vaca Andrade.

Se sigue sobreprotegiendo a los reos en perjuicio de la seguridad pública y de la sociedad, víctima de una creciente delincuencia. Se aumenta una causal más para la procedencia del recurso de apelación, para permitir que también se pueda apelar del auto de prisión preventiva, a sabiendas de que con ello y todo tipo de incidentes por parte de ciertos abogados se llegará a la caducidad de la prisión preventiva. (*Manual de Derecho Procesal Penal Tomo I. 87*)

El juicio oral constituye una garantía del debido proceso pues se protege el derecho de “ser escuchado” es decir, todo acusado merece ser juzgado en un juicio oral, que no

solo es protegido por nuestra legislación sino también por tratados internacionales, donde se materializan varios principios como por ejemplo el de la inmediación.

...El juicio oral determina intensamente lo que ocurre en todo momento de la persecución penal: el trabajo de la policía, las actuaciones del fiscal durante la investigación, la posibilidad de derivar a procedimientos abreviados; todo está determinado por la sombra del juicio oral que se cierne sobre el resto de etapas...

(Andrés Bayelman y Mauricio Duce, *Litigación Penal y Juicio Oral*, 16)

#### **4.3 ALTERNATIVAS DE OPORTUNIDAD.**

Consideramos que el Principio de Oportunidad es un filtro que nos ayuda a descongestionar los juzgados y fiscalías, pues mediante éste evitaríamos que se inicien procesos innecesarios ya que se aplicarían estos criterios de oportunidad en aquellos delitos considerados menos graves por la falta de interés por parte de la sociedad o porque la lesión del bien jurídico sea insignificante, (en suma, la conmoción social es menor), entre otras causas dejando de esta manera que solo los delitos graves lleguen a ser condenados.

No podemos establecer que delitos van a ser condenados y cuales no, pero nuestra legislación, a diferencia de otras, sí acepta alternativas de oportunidad; éste es un tema que algunos tratadistas lo consideran inaplicable por calificarlo de inconstitucional y desestiman aplicación alguna del referido principio; así también hay quienes encuentran que en nuestra normativa penal (básicamente en el derecho adjetivo) sí se admiten alternativas de oportunidad dando buenos resultados dentro de nuestra sociedad.

Revisada la legislación aplicable, concluiremos sin temor a cometer un equívoco que son cuatro las alternativas de oportunidad que nuestro Código de Procedimiento Penal dispone, estos son:

- ☛ La Clasificación de los delitos por el ejercicio de su acción: en Delitos de acción pública de instancia oficial, Delitos de acción pública de instancia particular y Delitos de acción privada.
- ☛ La Conversión.
- ☛ La Desestimación.
- ☛ El Procedimiento Penal Abreviado.

A continuación analizaremos cada uno de ellos.

#### **4.3.1 LA CLASIFICACIÓN DE DELITOS: ACCIÓN PÚBLICA DE INSTANCIA OFICIAL, ACCIÓN PÚBLICA DE INSTANCIA PARTICULAR; DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA.**

No existe todavía unanimidad al tratar de definir doctrinariamente a la acción, dentro del Derecho Procesal Penal la acción tiene características propias, pues se basa principalmente en sancionar los hechos considerados como delitos, siendo el Estado quien tiene esta potestad es decir el *ius puniendi*, y puede, como lo dijimos en el pasado, blandir la pretensión punitiva.

El ejercicio de la acción penal nace del delito, la doctrina nos enseña que la puede ejecutar cualquier persona sea natural o jurídica, ésta última ejercida a través de su

representante legal, una vez ejercida ésta se termina; pero fundamentalmente, y aplicando la normativa nacional, la ejerce el propio Estado a través del Ministerio Público o la Policía Judicial. “para la iniciación del proceso penal no se establece como condición o presupuesto que el juez sea requerido por quien es titular del ejercicio de la acción penal” (Ricardo Vaca Andrade, *Manual de Derecho Procesal Pena Tomo I, 204*)

Cuando se conoce sobre la comisión de un delito se debe iniciar un proceso penal, para determinar el hecho delictivo y así poder sancionar a los responsables, algunos autores consideran que la acción penal no es una facultad sino una función pública que puede ejercerse por los organismos públicos como por los particulares.

Sobre la definición de acción penal lo tratamos a profundidad en el capítulo dos del presente trabajo.

El Artículo 32 del Código de Procedimiento Penal establece:

Desde el punto de vista de su ejercicio la acción penal es de tres clases:

- a) Pública de instancia oficial;
- b) Pública de instancia particular; y,
- c) Privada.

Cuando en las disposiciones de este Código se diga simplemente acción penal pública o acción pública, ha de entenderse que se alude tanto a la acción pública de instancia oficial, como a la acción pública de instancia particular.

Como podemos apreciar el ejercicio de la acción puede manifestarse en tres diferentes formas, la acción siempre es pública y única pero depende de la naturaleza de la infracción si la acción se la ejerce de manera privada o publica.

El Artículo 33 Ibídem, nos indica:

Ejercicio.- El ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente al Fiscal. Sin embargo, el ejercicio de la acción pública de instancia particular, procederá solamente previa denuncia del ofendido.

Lo dispuesto en el inciso anterior ha de entenderse sin perjuicio de los derechos del ofendido para acceder al órgano judicial competente, según lo previsto en este Código.

El ejercicio de la acción privada corresponde únicamente al ofendido, mediante querrela.

Nuestra legislación sigue manteniendo la clasificación antigua de los delitos, pero con la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal se extiende la esfera de los mismos. La clasificación que plantea nuestra legislación penal es una excepción al principio de legalidad pues al desintegrar el ejercicio de la acción pública en: de instancia oficial y de instancia particular los delitos que pertenecían a la primera categoría se dividieron.

El Artículo 34 del Código de Procedimiento Penal establece los delitos de acción pública de instancia particular:

Casos en que la acción pública es de instancia particular.- La acción pública es de instancia particular en los siguientes delitos:

a) Nota: Literal derogado por Art. 4 de Ley No. 101, publicada en Registro Oficial 743 de 13 de Enero del 2003.

b) Revelación de secretos fábrica;

c) Nota: Literal derogado por Art. 4 de Ley No. 101, publicada en Registro Oficial 743 de 13 de Enero del 2003

d) Estafa y otras defraudaciones; y,

e) Nota: Literal derogado por Art. 4 de Ley No. 101, publicada en Registro Oficial 743 de 13 de Enero del 2003

Sin embargo, el Fiscal, ejercerá la acción penal de oficio cuando el delito se cometa contra un incapaz que no tenga representante, o cuando haya sido cometido por su guardador o uno de sus ascendientes.

El ejercicio de los delitos de acción pública de instancia oficial le corresponde al Fiscal es decir él es el sujeto activo y quien estimula al Juez penal para que inicie el proceso penal pero con la aplicación de alternativas de oportunidad existen delitos que a pesar de ser públicos no pueden iniciar un proceso sin la denuncia por parte del ofendido.

Existen varias críticas referentes a la clasificación en cuestión, pues la idea clásica supone que el Estado debe condenar cualquier tipo de conducta delictiva sin importar la voluntad del ofendido puesto que de un modo u otro afectan a la sociedad, empero este criterio se ve modificado con la aplicación del principio de oportunidad.

El Artículo 36 del mismo cuerpo legal establece los delitos de acción privada señalando:

Delitos de acción privada.- Son delitos de acción privada:

- a) El estupro perpetrado en una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho;
- b) El rapto de una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que hubiese consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor;
- c) La injuria calumniosa y la no calumniosa grave;
- d) Los daños ocasionados en propiedad privada, excepto el incendio;
- e) La usurpación;
- f) La muerte de animales domésticos o domesticados; y,
- g) El atentado al pudor de un mayor de edad.

En los delitos de acción privada el Fiscal no interviene, el ejercicio le corresponde al ofendido a través de la querrela la misma que puede ser retractable, es decir una vez que es presentada ante el Juez penal el acusador puede retractarse mediante desistimiento, e inclusive cabe el abandono (Art. 61 C. de P. Penal)

Consideramos que la clasificación de los delitos es una alternativa de oportunidad pues el Ministerio Público no tiene la obligación de iniciar un proceso penal cuando se presente un delito cualquiera, salvo en aquellos delitos de acción pública de instancia oficial, los mismos que constituyen la mayor parte de delitos, pues como se observó anteriormente con la clasificación de los delitos, el Fiscal para poder iniciar un proceso penal en ciertos casos necesita que se cumpla con un requisito de procedibilidad cual es

la presentación de la denuncia en los delitos de acción pública de instancia particular; y en los delitos de acción privada el referido funcionario no interviene sino el ofendido directamente presenta la querrela y se sigue el procedimiento previsto en los Arts. 371 y siguientes del C. de P. Penal, el mismo que supone: proponer la querrela por sí o mediante apoderado especial directamente ante el juez luego el juez convocará a una audiencia de conciliación; si se logra la conciliación termina el proceso; si no se logra la conciliación el juez recibirá la causa a prueba por el plazo de quince días, concluido el mismo, el juez ordenará que el acusador formalice su acusación en el plazo de tres días; si no formaliza la acusación el juez de oficio, la declarará desierta. Contestado que fuere el traslado, o en rebeldía, el juez pronunciará sentencia en el plazo de cuatro días. Consecuentemente constituye un procedimiento completamente diferente al principal, esto es al oral el mismo que como sabemos cuenta con una etapa pre procesal y cuatro procesales, esto es, en su orden: Indagación previa, instrucción fiscal, etapa intermedia, juicio y etapa de impugnación.

Esta alternativa de oportunidad tiene como finalidad descongestionar la administración de justicia para que puedan resolverse los problemas de la sociedad de una manera más eficiente y rápida.

#### **4.3.2 LA CONVERSIÓN.- CONCEPTO Y REGULACIÓN.**

El nuevo Código de Procedimiento Penal contiene una novedosa disposición en el Artículo 37 que dice:

Conversión.- Las acciones por delitos de acción penal pública pueden ser transformadas en acciones privadas, a pedido del ofendido o de su representante, siempre que el Fiscal lo autorice, cuando considere que no existe un interés público gravemente comprometido, en los casos siguientes:

- a) En cualquier delito contra la propiedad. Si hubiere pluralidad de ofendidos, es necesario el consentimiento de todos ellos, aunque sólo uno haya presentado la acusación particular; y,
- b) En los delitos de instancia particular.

Es decir transformar las acciones penales públicas en privadas siempre que se cumplan ciertos requisitos, cuando el ofendido o su representante lo soliciten siempre que el Fiscal lo autorice, para que el Fiscal pueda autorizar la conversión es necesario que analice que no exista “interés público” este aspecto es duramente criticado pues tratadistas como Zavala Baquerizo pues consideran que no se encuentran establecidas cuáles son las características que debe tener el ilícito para que pueda el Fiscal calificarlo como aquellos que comprometen el “interés público” de tal manera, que ésta calificación puede incurrir en una arbitrariedad por parte del Fiscal puesto que su autorización pudiera basarse en intereses particulares. Para el antes mencionado tratadista la conversión es inconstitucional ya que, a su criterio, viola el principio de legalidad el mismo que establece que toda persona que va a ser juzgada debe conocer el procedimiento por el cual va a tramitarse su caso sin que, una vez establecido el mismo, éste pueda cambiarse, además viola el derecho constitucional que tiene el sujeto activo de un ilícito a defenderse.

Lo que para otros tratadistas la conversión es una excepción al principio de legalidad y es considerada una alternativa de oportunidad, para Zavala Baquerizo es una contradicción al mencionado principio pues viola el Debido Proceso.

Por más de considerar que las alternativas de oportunidad, teniendo un fin laudable, son positivas dentro del ordenamiento procesal penal, sin embargo no podemos dejar de manifestar nuestro acuerdo con el profesor Zabala en una de sus críticas a la institución estudiada en el presente acápite:

En resumen, lo que dispone la ley procesal penal es que queda a las voluntades del ofendido y del fiscal el cambio del procedimiento a seguir para el juzgamiento del justiciable a quien, para dicha “conversión” del procedimiento, no se lo consulta, quedando sometido al juzgamiento de acuerdo al procedimiento que elijan dos sujetos hostiles a su inocencia, como son el fiscal y el ofendido con el delito, los cuales exhiben la pretensión punitiva como acusador oficial, el primero, y como acusador particular, el segundo, ante el juez frente al acusado.

Pero nosotros no estamos de acuerdo con las demás críticas que realiza pues para nosotros la conversión es una alternativa de oportunidad que no viola el principio de legalidad si no es una excepción al mismo. Un proceso que puede ser sometido a esta alternativa obtiene prontas y eficaces soluciones pues descongestiona al Ministerio Público y puede llevar de manera ágil a un resarcimiento tanto del Estado cuando de la víctima.

Si bien es verdad la conversión concebida como mecanismo de economía procesal, tanto para el mismo ordenamiento jurídico penal como para el Ministerio Público, busca solucionar un problema de menor relevancia donde solamente se ve lesionado el patrimonio de las personas, ya que el fin del ofendido persigue una indemnización pecuniaria, y cuando ésta ha sido subsanada por el encartado baja la tensión incriminatoria.

(<http://abogadosmanabi.blogspot.com/2008/04/la-conversion.html>)

Para que la conversión tenga lugar ésta debe cumplir con varios pasos:

- 1.- La solicitud del ofendido, de que se convierta dicha acción, de pública a privada;
- 2.- Que el fiscal autorice dicho procedimiento;
- 3.- Que el delito que se investiga sea contra la propiedad o que éste sea de instancia particular, es decir que proceda su investigación previa presentación de denuncia por parte del ofendido, lo cual nos obliga a revisar, cuales son esta clase de delitos, en cuyo caso nos remitimos al Art. 34 del Código Adjetivo Penal, que enumera a la revelación de secretos de fábrica y las estafas y otras defraudaciones, que vendrían a ser los únicos casos en los cuales se puede autorizar la conversión de la acción, obviamente damos por sentado y conocido que éste procedimiento es propio de la instrucción Fiscal, toda vez que antes de esta instancia procesal no existe todavía acción penal.

(<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.P.Penal.107.htm>)

El juez penal debe aceptar la conversión siempre y cuando ésta solicitud cumpla con los requisitos antes referidos, caso contrario debe rechazarse.

Una de las finalidades que motiva el advenimiento de la conversión es que al ofendido se le indemnice de manera ágil para evitar que se inicie un proceso largo; además, con la conversión se fomenta la economía procesal pues descongestiona los tribunales de justicia; hay que tener claro que la conversión no evita que se establezca una pena sino determina que en ciertos casos la acción y su ejercicio pueden cambiarse para agilizar proceso.

#### **4.3.3 LA DESESTIMACIÓN.- CONCEPTO Y REGULACIÓN.**

Nuestra legislación garantiza el principio de reserva el mismo que nos dice que si no se ha cometido un ilícito penalmente tipificado ninguna persona puede ser sometida a un proceso penal, es decir para que se pueda iniciar un proceso penal es necesario que se haya cometido un delito, esto es que un individuo de la especie humana adecúe su conducta a un tipo penal en concreto. El Artículo 38 del Código de Procedimiento Penal establece: “Desestimación.- El Fiscal debe solicitar al juez, mediante requerimiento debidamente fundamentado, el archivo de la denuncia, cuando sea manifiesto que el acto no constituye delito, o cuando exista algún obstáculo legal para el desarrollo del proceso.”

El mencionado artículo nos indica que es obligación del Fiscal revisar y verificar que el contenido de la denuncia se adecue a un tipo penal, y que su ejercicio de acción sea público; si cumple con estos requerimientos, es decir, que constituya un ilícito tipificado

por la ley penal y sea de acción pública se inicia un proceso penal; si no constituye un tipo penal el Fiscal debe desestimar la denuncia realizando una solicitud al juez penal para que archive el caso.

Para que el juez pueda acceder al archivo es necesario que estudie y analice tanto la denuncia realizada por el ofendido como la solicitud del Fiscal la misma que debe estar fundamentada, para que pueda tomar una resolución.

Lo que el Estado busca es sancionar un hecho considerado delictivo pues afecta a la sociedad pero éste debe estar tipificado en la ley, con lo antes mencionado llegamos a la conclusión que no todo hecho que la sociedad considere delictivo puede ser sancionado pues muchas veces éstos no están tipificados por lo que no se puede iniciar un proceso penal, debemos diferenciar de manera clara el injusto legal y el injusto moral, que no siempre son coincidentes, aunque se considere que deontológicamente deben serlo.

Como se puede observar el Fiscal no puede tomar por si solo la decisión de archivar la denuncia es necesaria la intervención del Juez Penal, y éste para que pueda ordenar el archivo de la denuncia no lo puede hacer sin antes recibir la solicitud por parte del Fiscal (Art. 38 del C. de P. Penal)

Si falta que se cumplan ciertos presupuestos para que se pueda iniciar un proceso penal se ordena el archivo de la denuncia que de acuerdo con Zavala Baquerizo es de carácter provisional pero si lo expuesto en la denuncia no constituye un delito se archiva la misma pero con carácter definitivo pues porque no podrá modificarse.

La desestimación es una alternativa de oportunidad pero su ejercicio depende tanto del Fiscal como del Juez penal, de esta manera se garantiza los intereses de la sociedad evitando que se sancionen de manera injusta ciertos hechos que no se encuentran tipificados y al mismo tiempo se evita que se cumplan ilegalidades.

El Artículo 39 del Código de Procedimiento Penal establece:

Efectos.- Si el Juez, después de oír al denunciante, aceptare el requerimiento de archivo, su resolución no podrá ser modificada mientras no varíen las circunstancias que la fundamentaron o se mantenga el obstáculo que impedía la instauración del proceso.

El juez al disponer el archivo, debe devolver las actuaciones al Fiscal. Si el juez no considera procedente el requerimiento de archivo, enviará el expediente al Fiscal superior para que lo revoque o lo ratifique. Si lo revoca, el Fiscal superior enviará las actuaciones a otro Fiscal, para que proceda conforme a este Código. Si el Fiscal superior ratifica el requerimiento de archivo, lo notificará al juez, quien dispondrá el archivo de la denuncia.

Zabala Baquerizo critica esta disposición pues la considera una violación al principio de independencia de la función judicial pues tiene que consultar a un órgano extraño, además nos pone el caso si la denuncia se la presenta ante el Ministro Fiscal General del Estado y éste requiere al Presidente de la Corte Suprema de Justicia que ordene el archivo de la denuncia, con cuyo archivo no está de acuerdo el mencionado funcionario judicial, éste no tiene a qué “fiscal superior” enviar el expediente para que resuelva definitivamente si se archiva o no se archiva la denuncia, porque el Ministro Fiscal

General de la Nación ni constitucional ni legalmente tiene “superior”, pues todo el personal del Ministerio Público es dependiente del titular del Fiscal General. Por lo que llegaríamos a caer en un “limbo jurídico”.

#### **4.3.4 EL PROCEDIMIENTO PENAL ABREVIADO. .- CONCEPTO Y REGULACIÓN.**

El congestionamiento judicial y la mala aplicación de la ley nos han llevado a la creación de nuevas figuras que ayudan y facilitan la solución de conflictos; uno de estos medios es el Procedimiento Penal Abreviado.

El aporte sobre la definición de lo que es el Procedimiento Penal Abreviado es poco, algunos tratadistas como José I. Cafferata Nores considera como “la idea de lograr sentencias en un lapso razonable, con fuerte ahorro de energía y recursos jurisdiccionales y sin desmedro de la justicia tradicionalmente aceptada para delitos leves...”(Marcelo Narvárez, *Procedimiento Penal Abreviado*. 74).

Conceptualmente esta alternativa de oportunidad es parecida al *plea bargaining* norteamericano pues se la considera como una negociación; esta alternativa de solución de conflictos nos ayuda a satisfacer las necesidades tanto del ofendido como del imputado pues se basa en la economía procesal cumpliendo con una administración de justicia rápida y efectiva, que además nos ayuda a descongestionar los tribunales de justicia.

Concordando con la opinión del tratadista Marcelo Narvárez quien sostiene:

En suma, la abreviación de procesos como sinónimo de racionalización, transparencia, simplificación y visibilidad de los enjuiciamientos penales, constituye uno de los principales y determinantes elementos para definir una política criminal democrática y para legitimar ante los ojos de la población la justicia impartida en las salas de juicio, esto en oposición además, a la aplicación extrajudicial de penas en nuestras calles. (77)

Esta alternativa tiene ventajas, señalaremos algunas a continuación:

- ☛ A través de ella el Ministerio Público puede dedicarse a los delitos más graves y así administrar justicia de manera efectiva.
- ☛ Se basa en la economía procesal pues se evitan largas esperas para la iniciación de un juicio.
- ☛ Satisface las necesidades de la sociedad, agilizando el proceso y evitando dilaciones de los mismos.
- ☛ Permitir la mediación entre los sujetos procesales cuando se traten de delitos menos graves.
- ☛ Al obtener la confesión del acusado no solo se hace responsable por el ilícito cometido sino además se da la seguridad al imputado que no se aplicara otra pena que no sea la acordada, entre otros.

Para Zavala Baquerizo se trata de un procedimiento que atenta contra el debido proceso y además violenta ciertas garantías constitucionales para él es un “negocio judicial” entre el Ministerio Público con el acusado con aprobación del juez, lo que se busca es que el acusado confiese la comisión de l ilícito lo que para Zavala se está

violando el derecho de presunción de inocencia que tiene toda persona, y con esta confesión se trata reducir los cargos en su contra o se busca aminorar la pena.

El Artículo 369 del Código de Procedimiento Penal plantea los requisitos que se deben cumplir para que proceda este procedimiento especial:

Admisibilidad.- Hasta el momento de la clausura del juicio, se puede proponer la aplicación del procedimiento abreviado previsto en este título cuando:

1. Se trate de un delito que tenga prevista una pena máxima inferior a cinco años;
2. El imputado admita el acto atribuido y consienta la aplicación de este proceso;
- y,
3. El defensor acredite, con su firma, que el imputado ha prestado su consentimiento libremente.

La existencia de coimputados no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos.

Para que proceda esta alternativa es necesario que se cumplan los requisitos antes mencionados. El Artículo 370 *Ibíd*em trata sobre la sustanciación y establece:

Trámite.- El Fiscal o el imputado deben presentar un escrito, acreditando todos los requisitos previstos en el artículo anterior.

El juez debe oír al imputado y dictar la resolución que corresponda, sin más trámite. Si lo considera necesario puede oír al ofendido o al querellante.

El juez puede absolver o condenar, según corresponda. Si condena, la pena impuesta no puede superar la requerida por el fiscal.

La sentencia debe contener los requisitos previstos en el artículo 309 de modo conciso.

Si el juez no admite la aplicación del procedimiento abreviado, debe emplazar al Fiscal para que concluya el proceso según el trámite ordinario. En este caso, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al Fiscal durante el juicio, ni la admisión de los hechos por parte del imputado puede ser considerada como una confesión.

Existen diferentes posibilidades para poder presentar el escrito:

- ☛ Ante el Juez Penal: cuando la causa se encuentre en indagación previa, instrucción fiscal o etapa intermedia.
- ☛ Presidente de la Corte Superior o Suprema: en los casos de fuero de Corte Superior o Suprema respectivamente.
- ☛ Presidente del Tribunal: cuando el expediente se encuentra en el Tribunal Penal.

Hay que tener en claro que por más que se busque la solución rápida de conflictos es necesario velar para que se cumplan las garantías constitucionales, que los jueces no se dejen llevar por intereses particulares sino por hacer prevalecer la justicia dentro de la sociedad.

#### **4.3.5 ¿LA INDAGACIÓN PREVIA PUEDE CONSIDERARSE UNA ALTERNATIVA DE OPORTUNIDAD?**

De acuerdo con el tratadista Ricardo Vaca Andrade en su obra Manual de Derecho Procesal Penal, la indagación previa “también conocida como pre procesal o preparatoria, está constituida por los actos que se cumplen antes de la iniciación del proceso penal y que sirven para dar sustento o firmeza a la iniciativa o decisión de ejercer la acción penal.”(222)

Es decir, para que se pueda iniciar un proceso penal es necesario que se investigue el hecho para verificar si constituye un ilícito tipificado en la ley penal y si la persona es responsable del mismo, esto es demostrar la materialidad de la infracción y la responsabilidad del justiciable.

El Artículo 215 del Código de Procedimiento Penal establece:

Indagación previa.- Antes de resolver la apertura de la instrucción, si lo considera necesario, el Fiscal con la colaboración de la policía judicial que actuará bajo su dirección, investigará los hechos presumiblemente constitutivos de infracción penal que por cualquier medio hayan llegado a su conocimiento.

Si durante la indagación previa tuvieren que adoptarse medidas para las cuales se requiera de autorización judicial, el Fiscal deberá previamente obtenerla.

La indagación previa no podrá prolongarse por más de un año en los delitos sancionados con pena de prisión, ni por más de dos años en los delitos sancionados con pena de reclusión. Estos plazos se contarán desde la fecha en la cual el Fiscal tuvo conocimiento del hecho.

Sin embargo, si llegaren a poder del Fiscal elementos que le permitan imputar la autoría o participación en el delito a persona determinada, iniciará la instrucción

aunque el plazo hubiere fenecido, siempre que la acción penal no hubiere prescrito según las reglas generales.

Sin perjuicio de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa; las actuaciones del Ministerio Público y de la Policía Judicial para el esclarecimiento del delito durante la indagación previa, se mantendrán en reserva del público en general, sin perjuicio del derecho del ofendido y de las personas a las cuales se investiga de tener acceso inmediato, efectivo y suficiente de las investigaciones.

Los fiscales, los investigadores, los jueces, el personal policial y los demás funcionarios que habiendo intervenido en estas actuaciones, las divulguen o pongan de cualquier modo en peligro el éxito de la investigación, serán sancionados conforme a lo previsto en el Código Penal.

**Nota:** Artículo reformado por Art. 19 de Ley No. 101, publicada en Registro Oficial 743 de 13 de Enero del 2003.

La investigación que realiza el Ministerio Público no debe violentar las garantías del debido proceso, es decir de ninguna forma podrá vulnerar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política y normas internacionales. Una vez que el Fiscal determine que existe fundamentos sobre la existencia del ilícito y la responsabilidad de quienes aparezcan como presuntos autores, cómplices o encubridores se puede iniciar la instrucción fiscal es decir se inicia un proceso penal.

Tratando de dar respuesta a la pregunta planteada, a través de la indagación previa se puede clasificar las denuncias para que de esta manera poder determinar si cabe o no la aplicación de una de las alternativas de oportunidad, no consideramos a la indagación previa como un medio de solución de conflictos sino como un camino que permite

verificar, por medio de la investigación que realizan los Fiscales y la Policía Judicial, si el hecho constituye un delito tipificado y sus responsables y así proceder de manera adecuada dando lugar a la iniciación de un proceso penal o si cabe la aplicación de las alternativas de oportunidad.

Consideramos que los actos que se realicen en esta etapa son de gran importancia y sus fines son prácticos pues por medio de ésta se determina si da lugar la acción penal o no.

## CONCLUSIONES

1.-EL ORDENAMIENTO JURÍICO PENAL, TUTELAR DE DERECHOS Y BIENES JURÍDICOS.- Sabemos que al Derecho debemos entenderlo como el conjunto de normas y principios generales que regulan la vida del hombre dentro de una sociedad fijando para ellos deberes y derechos.

Dentro de las Ciencias Jurídicas una rama importante es el Derecho Penal

Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora." - Luis Jiménez de Asúa ( [http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho\\_penal](http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_penal) )

Éste establece normas imperativas que deben ser cumplidas por los miembros de una sociedad para evitar que el orden jurídico se quebrante, el derecho sustantivo regula el deber ser, es decir establece los derechos y obligaciones de las personas; pero para que puedan cumplirse es necesario recurrir al derecho adjetivo pues éste establece las directrices para la buena aplicación del derecho sustantivo en otras palabras sin la ley procesal la ley penal material sería ineficaz.

El derecho procesal penal nos ayuda a investigar si una acción u omisión constituyen delito es decir se trata de buscar la verdad para determinar si el hecho es punible o no,

además nos ayuda a determinar quienes son los responsables de la infracción y si actuaron en calidad de autores, cómplices o encubridores y así poder imponer la sanción respectiva.

2.- LA INVESTIGACIÓN DENTRO DEL PROCESO PENAL ES UNA VARIANTE FUNDAMENTAL PARA LOGRAR SU VERDADERO OBJETIVO, ENCONTRAR LA VERDAD HISTÓRICA.- Esta investigación que se realiza para determinar la existencia de un ilícito no debe violar ninguna garantía constitucional por lo que el Derecho Procesal Penal siendo una rama independiente, no solo trata de esclarecer un hecho sino además trata de proteger los derechos de las personas consagrando principios rectores a seguir como el de legalidad, debido proceso, publicidad, respeto a la cosa juzgada, comprobación, información jurídica, progreso, inmediación, preclusión, oralidad, gratuidad y economía, oportunidad, etc.

A través de las normas y principios que rigen el Derecho Procesal Penal tratamos de buscar la verdad, la misma que se realiza aplicando diferentes medios de investigación y estudio que nos permitan identificar las conductas realizadas y poder sancionar las mismas siempre que se comprueba que constituyen un delito.

3.- DENTRO DEL PROCESO PENAL CABEN MEDIDAS CAUTELARES.- Existen medidas cautelares que nos permiten asegurar la presencia no solo del imputado sino de personas que son indispensables para poder esclarecer la verdad de igual manera se protegen el objeto material de la infracción como los elementos probatorios y así evitar que el delito quede en la impunidad, lo que el ofendido busca es que éste sea indemnizado por el daño causado por lo que se aseguran los bienes suficientes para

cubrir esta indemnización. Cuando el proceso penal llega a su fin, después de haber estudiado e investigado las pruebas y los hechos que ocurrieron se llega a una condena la misma que puede ser absolutoria si es que no existen responsables.

4.- CONCEPTUALIZACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y SU EJERCICIO.- No existe unanimidad al tratar de definir a la acción, a nuestro criterio la acción es el poder de estimular al órgano jurisdiccional para que se inicie un proceso luego de que se ejerce este poder la acción se extingue, debemos tener claro que el Estado es quien otorga el poder de acudir al órgano jurisdiccional para que éste imparta justicia cuando se ha cometido una infracción. Este poder se concede no solo a las personas sino también al Ministerio Público; siendo, en lo que a Derecho Penal se refiere, potestad exclusiva de éste último el ejercicio de la acción

El ejercicio de la acción penal nace del delito y debe ser única, fenece una vez que es ejercida; es decir, cuando se ha cumplido su finalidad es decir activar al órgano jurisdiccional.

5.- NO DEBEMOS CONFUNDIR LA ACCIÓN PENAL CON LA PRETENSIÓN PUNITIVA.- Muchos tratadistas confunden la acción con la pretensión sabiendo que ésta última es la petición que se le hace al Estado para que imponga una pena una vez que se comprueba la existencia de un delito (*ius puniendi*), esto es, constituye una pretensión punitiva; la finalidad de la pretensión es el de imponer la pena y así terminar el proceso, ésta no fenece sino se mantiene durante todo el proceso.

6.- EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL ADMITE UNA CLASIFICACIÓN.-

Nuestra legislación divide el ejercicio de la acción en 3 clases, en Pública de instancia oficial; Pública de instancia particular; y, Privada.

La acción es única y es siempre pública porque es el Estado quien otorga este poder a las personas para que éstas puedan activar al órgano jurisdiccional y así se pueda sancionar las conductas delictivas de las personas. Es el ejercicio de la acción el cual puede presentarse de tres maneras.

#### 7.- UNO DE LOS PRINCIPIOS MÁS IMPORTANTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL ES EL DE LEGALIDAD.-

El principio de legalidad se instaura en los países latino americanos por la influencia del sistema europeo que después de abolir los diferentes formas de hacer justicia que existía en Europa medieval adquieren como máxima rectora al principio de legalidad el mismo que consiste en: *nullum crimen nulla poena sine lege*.

8.- EL PRINCIPIO DE OPORTUNDAD FRENTE AL DE LEGALIDAD.- A pesar de la presencia del principio de legalidad que existe en nuestra legislación, se han ido adoptando ciertas excepciones al mismo y es así como surge las alternativas de oportunidad la aplicación de estos medios o alternativas de oportunidad nos trae grandes beneficios pues a través de ellas se evitaría que se inicien procesos innecesarios dando nuevas formas de solución de conflictos generando así una política penal más ágil y eficaz de la justicia de esta manera los procesos no se acumularían pues se descongestionaría el sistema judicial así mismo se respetarían las garantías del debido proceso, los derechos fundamentales de las personas y se llegaría a satisfacer las

necesidades de los perjudicados, contemplando además la indemnización de los daños ocasionados por el delito.

A pesar de las críticas que existen sobre el Código de Procesal Penal, para nuestro estudio hay que destacar que éste permite alternativas de oportunidad que nos ayudan a solucionar conflictos de manera rápida y efectiva.

9.- EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA RESPONDE A UNA CONCEPTUALIZACIÓN REGLADA.- Al principio de oportunidad podríamos considerarlo como un medio que establece mecanismos y reglas alternativas para solucionar los referidos conflictos teniendo como objetivos: Descriminalización; Resarcimiento a la víctima; Eficacia del Sistema Penal.

Nuestra legislación permite que se apliquen el principio de oportunidad reglado cumpliendo ciertos supuestos o condiciones para poder aplicarlo, es decir permiten que el legislador prescinda de la persecución penal en determinados casos que están establecidos en la ley.

Es el legislador el encargado de establecer los casos de manera clara en los que el Ministerio Fiscal pueda prescindir de la persecución penal para así evitar que los ilícitos queden en la impunidad y produzca inseguridad jurídica.

El principio de oportunidad no contraviene al principio de legalidad sino se lo plantea más bien como una excepción, es indispensable que se persigan todos los delitos

pero sí cabe utilizar alternativas de oportunidad en determinados casos (oportunidad reglada) los mismos que deben estar establecidos en la ley.

10.- EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD ES UN FILTRO QUE NOS AYUDA A DESCONGESTIONAR LOS JUZGADOS Y LAS FISCALÍAS.- El Principio de Oportunidad es un filtro que nos ayuda a descongestionar los juzgados y fiscalías, pues mediante éste evitaríamos que se inicien procesos innecesarios ya que se aplicarían estos criterios de oportunidad en aquellos delitos considerados menos graves por la falta de interés por parte de la sociedad o porque la lesión del bien jurídico sea insignificante, entre otras causas dejando de esta manera que solo los delitos graves lleguen a ser condenados.

No podemos establecer que delitos van a ser condenados y cuales no pero, nuestra legislación, a diferencia de otras, si acepta alternativas de oportunidad dando buenos resultados dentro de nuestra sociedad.

11.- ALTERNATIVAS DE OPORTUNIDAD RECONOCIDAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA.- Son cuatro las alternativas de oportunidad que nuestro Código de Procedimiento Penal dispone, estos son:

- ☛ La Clasificación de los delitos por el ejercicio de su acción: en Delitos de acción pública de instancia oficial, Delitos de acción pública de instancia particular y Delitos de acción privada. Esta clasificación de los delitos es una alternativa de oportunidad pues el Ministerio Público no tiene la obligación de

iniciar un proceso penal cuando se presente un delito cualquiera, salvo en aquellos delitos públicos de instancia oficial los mismos que incluyen la mayor parte de delitos, pues el Fiscal para poder iniciar un proceso penal en ciertos casos es necesario que se cumplan ciertos requisitos como la denuncia en los delitos públicos de instancia particular y la querrela en los delitos privados. Esta alternativa de oportunidad tiene como finalidad descongestionar la administración de justicia para que puedan resolverse los problemas de la sociedad de una manera más eficiente y rápida.

- ☛ La Conversión. Su finalidad es que al ofendido se le indemnice de manera ágil para evitar que se inicie un proceso largo, con la conversión se fomenta la economía procesal pues descongestiona los tribunales de justicia; hay que tener claro que la conversión no evita que se establezca una pena sino determina que en ciertos casos la acción puede cambiarse para agilizar proceso.
- ☛ La Desestimación. Es una alternativa de oportunidad pero su ejercicio depende tanto del Fiscal como del Juez penal de esta manera se garantiza los intereses de la sociedad evitando que se sancionen de manera injusta ciertos hechos que no se encuentran tipificados y al mismo tiempo se evita que se cumplan ilegalidades
- ☛ El Procedimiento Penal Abreviado. Se la considera como una negociación.

A pesar de los beneficios que nos traen estas alternativas de oportunidad debemos tener claro que por más que se busque la solución rápida de conflictos es necesario velar para que se cumplan las garantías constitucionales, que los jueces no se dejen llevar por intereses particulares sino por hacer prevalecer la justicia dentro de la sociedad.

## REFERENCIAS (Bibliografía y sitios Web)

- ☞ ABARCA GALEAS, Luis  
Lecciones de Procedimiento Penal  
Editorial Corporación de Estudios y publicaciones  
Quito Ecuador.  
Año 2002.
  
- ☞ BAYTELMAN Andrés, DUCE Mauricio  
Litigación Penal y Juicio Oral  
Editorial Fondo de Justicia y Sociedad Fundación Esquel Usaid  
Quito Ecuador  
Año 1994.
  
- ☞ CARNELUTTI, Francesco  
Derecho Procesal Civil y Penal,  
Editorial Oxford University Press México S.A.  
México DF México.  
Año 1999
  
- ☞ GONZALEZ NAVARRO, Antonio Luis  
Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio  
Editorial Leyer.  
Bogotá D.C, Colombia  
Año 2005
  
- ☞ JAKOBS, Gunter  
Tratado de Derecho Penal Alemán  
Editorial Marcial Pons  
Madrid España.  
Año 1999.
  
- ☞ LLORE MOSQUERA, Víctor  
Derecho Procesal Penal Ecuatoriano  
Editora Fondo de Cultura Ecuatoriana  
Tercera Edición  
Año 1979.  
Cuenca, Ecuador
  
- ☞ NARVAEZ, Marcelo  
Procedimiento Penal Abreviado  
Librería Jurídica Cevallos.  
Quito, Ecuador  
Año 2003

- ☞ PERALTA José;  
 Lecciones de Derecho Penal  
 Editorial Dirección Municipal de Educación y Cultura  
 Cuenca Ecuador  
 Año 2005.
- ☞ TORRES CHAVES Efraín  
 Breves Comentarios al Código de Procedimiento Penal del Ecuador y Práctica  
 Pena Tomos I, II, III  
 Editorial Universidad Particular de Loja  
 Loja Ecuador  
 Año 1997
- ☞ VACA ANDRADE Ricardo  
 Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Penal  
 Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones  
 Quito Ecuador;  
 Año 2000.
- ☞ VACA ANDRADE Ricardo  
 Manual de Derecho Procesal Penal Tomo I y II  
 Corporación de Estudios y Publicaciones  
 Segunda Edición  
 Quito, Ecuador  
 Año 2003
- ☞ ZABALA VAQUERIZO, Jorge  
 Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X,  
 Editorial Edino  
 Guayaquil Ecuador.  
 Año 2004
- ☞ CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR
- ☞ CODIGO PENAL
- ☞ CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL
- ☞ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española; Espasa-  
 Calpe. S.A.; Madrid.
- ☞ Microsoft ® Encarta ® 2006. © 1993-2006 Microsoft Corporation.
- ☞ <http://www.juridicas.com>
- ☞ <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Militar>
- ☞ <http://www.lainsignia.org>
- ☞ <http://www.admistiainternacional/ecuador.org>

- ☞ <http://www.juridicas.com/areas/DerechoEspecial>
- ☞ [www.justiciaviva.org.pe/jvnn/07/art/arti1.doc](http://www.justiciaviva.org.pe/jvnn/07/art/arti1.doc)
- ☞ <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.P.Penal.92.htm>
- ☞ <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.P.Penal.88.htm>