



UNIVERSIDAD ANDINA SIMON
BOLIVAR, UNIVERSIDAD DEL
AZUAY, UNIVERSIDAD TECNICA
JOSE PERALTA

Los principios de Oportunidad y de
Mínima Intervención Penal en el
Derecho Procesal Ecuatoriano

Autor: Abg. Jonathan Cañar Romero

**Tesina presentada previo a la obtención del título de Especialista Superior en
Derecho Procesal**

Director: Dr. Simón Valdivieso

Cuenca, enero de 2010

Las ideas, conceptos y criterios vertidos en este trabajo son de exclusiva responsabilidad del autor.

Abg. Jonathan Cañar Romero

RESUMEN

El Principio de Oportunidad y de Mínima Intervención Penal, son principios de nueva generación que han venido incorporándose en varios cuerpos normativos a nivel mundial. En Ecuador con la Constitución de 2008 y las reformas al Código de Procedimiento Penal, fueron proclamados dichos principios que han buscado dar soluciones alternativas, buscando -en casos específicos- no siempre ejercer el *ius puniendi* estatal.

El Principio de Legalidad, en base a los principios estudiados, ha perdido su carácter estricto de perseguir sin excepción alguna todas las conductas antijurídicas. Lo que ha demostrado ayuda a que la justicia penal sea más funcional y ágil en los procesos.

ABSTRACT

The Opportunity and Minimum Criminal Intervention are principles of new generation that have been incorporated in several regulatory bodies worldwide. In Ecuador with the Constitution of 2008 and the reforms of the Criminal Procedure Code, were proclaimed those principles which have sought to provide alternative solutions, looking-in -specific cases-, not always exercise the state's *ius puniendi*.

The principle of legality, based on the principles studied, has ceased to pursued without exception all illegal conducts. What has proved helps the criminal justice be more functional and flexible in the processes.

Índice

Introducción 4

Capítulo I 5

Nociones Generales Sobre el Proceso Penal 5

1. El Poder Penal del Estado 5

1.2 El Proceso Penal 6

1.3 Derecho Procesal Garantista 8

1.4 El Debido Proceso Penal 9

1.4.1 Generalidades del Debido Proceso 9

1.4.2 Concepto de Debido Proceso 11

1.4.3 Los Presupuestos del Debido Proceso. 12

1.4.4 El Órgano Jurisdiccional 13

1.4.5 La Situación Jurídica de Inocencia 14

1.4.6 Derecho a la Tutela Jurídica 14

1.4.7 El Debido Proceso Penal 15

Capítulo II 16

Principios de Oportunidad y de Mínima Intervención penal 16

2.1 Principios del Derecho Procesal Penal 16

2.2 El Principio de legalidad 17

2.3 El Principio de Oportunidad 19

**2.3.1 El Principio de Legalidad frente al Principio de Oportunidad
21**

2.3.2 Clases de Aplicación del Principio de Oportunidad 22

2.3.3 Admisibilidad del Principio de Oportunidad 23

2.4 Principio de Mínima Intervención Penal 24

2.4.1 Evolución histórica 26

**2.4.2 El Principio de Mínima Intervención Penal en la Actualidad
28**

2.4.3 Subsidiariedad del Derecho Penal 29

2.4.4 El carácter fragmentario del Derecho Penal 30

2.5 Mínima Violencia del Estado 31

Conclusiones 33

BIBLIOGRAFIA 34

Introducción

El Derecho Penal actual no sólo reposa en un conjunto de normas jurídicas positivas, también lo integran principios filosóficos y sociológicos, que deben ser conocidos por todos los operadores del derecho, con la finalidad de que sean aplicados conjuntamente en la prevención, combate y represión de los delitos y faltas penales, como parte de la política criminal del Estado y del sistema de control social y penal. Con la Constitución de 2008 y las reformas al Código de Procedimiento Penal publicadas en el RO 555 del 24 de marzo de 2009, se proclaman dos importantes principios dentro del sistema procesal penal ecuatoriano, así tenemos al principio de oportunidad y al de mínima intervención penal. El principio de oportunidad reviste de gran importancia ya que faculta a la Fiscalía el suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, lo que en el fondo trata de lograr un régimen conciliatorio y de reparación; el principio de mínima intervención penal en cambio postula la necesidad de restringir al máximo la intervención del Estado con su *ius Puniendi*, reservándola solo para casos de ataques graves a las normas de convivencia social que no pueden ser eficazmente controlados por otros mecanismos menos traumáticos. En las siguientes líneas trataremos de hacer un pequeño estudio de la temática que envuelve a éstos dos principios.

Capítulo I

Nociones Generales Sobre el Proceso Penal

1. El Poder Penal del Estado

Podemos distinguir históricamente tres etapas en la organización social; la sociedad primitiva, agrupada en tribus y que desconocía la existencia de un poder político central; la sociedad culturalmente evolucionada, que logró organizar definitivamente un poder político central representado por lo que conocemos como Estado; y, la sociedad moderna, que reconoce a ese ente, Estado, como poder central, y que, además es consciente de que el orden establecido por dicho poder central, en algunos casos significa desventajas para ciertos grupos o individuos por lo que procura que los conflictos sociales a todo nivel, se decidan conforme a acuerdos y formas racionales que protejan a todos por igual¹.

En el primer grupo social histórico, el poder penal está en manos del individuo y su tribu como ofendidos, son ellos quienes haciendo uso de medios primitivos como la venganza o la ley del Tali3n se procuraban justicia sobre sus bienes afectados; con los estados nacionales se empieza a formar una instancia pol3tica central, y el poder penal termina en manos de la Inquisici3n; y, por 3ltimo en la etapa moderna, el poder penal se deriva a una tercera forma, en donde se procura definir un cierto orden a trav3s de compromisos pol3ticos, con la participaci3n de quienes deben observar y resguardar formalmente este poder transferido para procurar se mantenga el orden establecido.

Como vemos el poder penal con el tiempo a cambiado de titular, del individuo a un poder central representado por el Estado, lo que ha venido a significar a la larga un modo m3s civilizado para resolver conflictos evitando de esta forma la tan criticable venganza que se acostumbraba en la antigüedad.

¹ B.J. MAYER, Julio. Derecho Procesal Penal. Tomo I fundamentos. Buenos Aires 2004. Pág. 471

“... el poder penal, tanto en su definición, como en su ejercicio práctico representa, en manos del Estado, es el medio más poderoso para el control social; su utilización en pos de lograr la paz social puede servir tanto a un grupo de individuos que ostenta el poder político, para sojuzgar a sus semejantes, reprimiendo toda desobediencia, como a las mayorías para someter a las minorías o, aplicando racionalmente, para resguardar ciertos valores esenciales para la vida de una comunidad organizada, a la que todos sus miembros han prestado consenso, a través de algún método de verificación sobre el acuerdo social.”²

Se ha llegado al punto en donde el Estado o poder central ha reconocido a todo integrante de una sociedad como un ente igual frente a la ley, al cual se le permite, al menos a través de sus representantes, ejercer su influencia para formar la voluntad de la norma legal a la que está sometido.

La creación del Estado de Derecho declara una serie de derechos y garantías que intentan proteger a los individuos, miembros de una comunidad determinada, contra la utilización arbitraria del poder penal del Estado, y es que son ellos quienes forman la base política de orientación para la regulación del Derecho Penal de un Estado, y crean además el marco político dentro del cual son válidas las decisiones que expresa acerca de su poder penal, sean ellas generales o referidas a un caso en concreto.

1.2 El Proceso Penal

La sociedad está regulada por normas jurídicas reconocidas por el Estado, normas que tienen como contenido bienes jurídicos de diversa índole o naturaleza que han sido considerados por el Estado como dignos de reconocimiento y protección. Estas normas jurídicas se hallan protegidas por el Estado, no obstante se vuelve imposible de que dichas normas en un momento dado sean vulneradas. La vulneración o violación de la norma jurídica produce toda una cadena que influye en el ordenamiento jurídico creado por el Estado que se activa con la finalidad de garantizar la vida en

² B.J. MAYER. op. cit Pág. 473

sociedad de las personas. El derecho integrador de la sociedad está constituido por las normas sustantivas, y el ataque a éstas incide de forma negativa el ordenamiento jurídico, la sociedad ante este hecho se ve afectada y encuentra la forma de regresar a la armonía jurídica haciendo uso del proceso.

Las violaciones del derecho sustantivo pueden ser de diversa naturaleza, según sea la naturaleza del derecho al que pertenece esa norma, de lo que podemos encontrar varias conductas antijurídicas, civiles, penales, laborales, entre otras. Para cada clase de violación de la norma jurídica debe existir un proceso que tiene por fin mediato realizar el derecho violado³.

El Derecho Procesal viene a responder la necesidad de regular la actividad realizadora del Derecho⁴; se convierte en el instrumento usado por el Estado para cumplir sus objetivos que entre otros es el de *“imponer a los particulares una conducta jurídica, adecuada al derecho, y, a la vez, brindar a estos la tutela jurídica”*⁵.

*“El proceso penal es una institución jurídica única, idéntica, íntegra y legal que teniendo por objeto una infracción, surge de una relación jurídica establecida entre el juez y las partes y entre éstas entre sí, conforme a un procedimiento preestablecido legalmente y con la finalidad de imponer una pena a los agentes de la infracción.”*⁶

El derecho procesal penal es una rama del derecho público que tiene por objeto: la actividad jurisdiccional del Estado, de los sujetos que realizan esta actividad, de los procesos mediante los cuales se desarrolla y de los procedimientos que regulan y garantizan el desenvolvimiento de éstos⁷.

³ ZABALA BAQUERIZO, Jorge. El Proceso Penal. Tomo I. Bogotá 1989. Pág. 5

⁴ ZABALA BAQUERIZO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal, Tomo I. Guayaquil, 2004. Pág. 7

⁵ VÉSCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Bogotá, 2006. Pág. 88

⁶ ZABALA BAQUERIZO. op cit. Pág. 39

⁷ FENECH, Manuel. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales, Derecho Procesal Penal. Volumen Primero. Barcelona 1985. Pág. 59

Estudia los derechos de las partes en un proceso penal, derechos procedentes de la situación jurídica que en cada momento se encuentren, derechos que no son estáticos sino dinámicos, y evolucionan en función de la etapa procesal que se examine.

El Derecho Penal y su proceso revisten de gran importancia ya que con ello el Estado al intentar mantener el ordenamiento jurídico que se ha establecido dentro de una sociedad, ataca derechos fundamentales de todo ser humano, como el derecho a la libertad o el de propiedad.

1.3 Derecho Procesal Garantista

Se puede considerar al Derecho Procesal Garantista como algo fundamental para la convivencia social, pues según respetemos o no a la Constitución habremos o no ser garantistas, no importa entonces cuan duras o estrictas sean las leyes si es que estas se apegan al marco constitucional.

Dentro del Ecuador nos hemos formado en base a una cultura positivista, que desde hace pocos años atrás se ha tratado de superar, dando un renovado valor a las normas constitucionales. Antes primó la cultura inquisitiva heredada de la España medieval y que ha sido la que ha impulsado y motivado la mayoría de legislaciones latinoamericanas. El neoconstitucionalismo actual ya no responde al esquema positivista al que se nos ha acostumbrado.

Es a partir de la década de los setenta que comienza un movimiento que ha pretendido superar al positivismo, resultado de aquello es lo que actualmente se ha visto plasmado en nuestra Constitución, de la que ha derivado el llamado Estado Garantista, tal como se desprende del primer inciso de artículo 1 de la norma suprema, en donde se define al Ecuador ya no como un Estado Social de Derecho, sino como un Estado Constitucional de Derechos.

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La legislación ecuatoriana ya no encuentra su validez únicamente en la Constitución, ya que su sustento debe ser además los derechos fundamentales, esto es los derechos humanos, sociales, económicos, etc. que es lo que constituye el esquema neoconstitucionalista que deriva en el estado garantista de derechos. Podríamos entonces concluir que no puede haber validez jurídica de cualquier ley o norma si ésta no se adecua antes que nada a los derechos humanos.

1.4 El Debido Proceso Penal

1.4.1 Generalidades del Debido Proceso

Dentro del Art. 82 de la Constitución vigente, consta el de la seguridad jurídica, que siguiendo el criterio del Dr. Jorge Zavala Egas⁸, abarca el de la tutela jurisdiccional efectiva que a su vez contiene el derecho a un debido proceso.

La seguridad jurídica ha sido conceptualizada como “la confiabilidad del orden jurídico con los aspectos de la sujeción de todos los poderes del Estado a la ley y la aplicación uniforme de la misma, la constancia, precisión y previsibilidad del derecho como la protección de la confianza.”⁹ Es decir en el derecho que tenemos todos a conocer con anticipación y claridad las normas que nos regulan y la seguridad de que las mismas serán aplicadas y respetadas por todos, incluidos los órganos del Estado; o, como con propiedad nos la define Alterini, “como certidumbre del Derecho que supone la existencia de normas jurídicas ciertas de las que resultan los derechos de los que es titular la persona y su consiguiente convicción acerca de que esos derechos serán respetados.”¹⁰

⁸ZAVALA EGAS, Jorge. Derecho Constitucional. Tomo I. Guayaquil 1999 Pág. 157

⁹ STREINZ, Rudolf. Citado por Jorge Zavala Egas en la obra referida, Pág. 157

¹⁰ ALTERINI, Atilio. Citado por Jorge Zavala Egas en la obra referida, Pág. 159.

Por su parte el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es “el que tiene toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas.”¹¹ De lo dicho se desprende con claridad la íntima vinculación entre estos conceptos y el debido proceso, su interdependencia y relación para su aplicación práctica.

En cuanto al debido proceso se dice que esta frase o denominación tiene su origen en la legislación angloamericana, en la que se la conoce como “due process of law” y que ha sido traducida al español como “debido proceso”, designación ésta asumida para tratar el tema en estudio por la totalidad de los tratadistas. En nuestro país a lo largo de su vida republicana se han expedido como marco jurídico fundamental veinte constituciones¹², muchas de ellas contemplaban una serie de derechos que podríamos catalogarlos como fundamentales pero que en realidad únicamente constituían meros enunciados sin ningún tipo de eficacia práctica. Sostienen los estudiosos del tema que es a raíz de la Constitución publicada en el registro oficial 969 de 18 de junio de 1996 que se establecen ya ciertos presupuestos y principios que informan al debido proceso, aunque no se hiciera mención al mismo. Esta situación avanza y es a partir de la Constitución de 1998 que se amplía el ámbito de las garantías constitucionales de los derechos de las personas, en la que se incorporó al ordenamiento jurídico ecuatoriano esta institución de vital importancia para el control y desarrollo del sistema procesal en todo tipo de materias y que contiene las normas que deben estructurar el “debido proceso”.

En verdad, antes de la vigencia de estas normas, todo proceso se desarrollaba exclusivamente en atención a las normas procesales, es decir aquellas contenidas en los Códigos Adjetivos de las diversas materias, sin preocuparse o reparar siquiera en saber que existían derechos que podía ejercer el acusado y de pronto normas que podrían limitar el poder del

¹¹GONZALEZ PEREZ, Jesús. Citado por Jorge Zavala Egas en la obra referida, Pág. 160

¹² Algunos juristas sostiene que son veintiún Constituciones las que han sido expedidas hasta el momento, sin contar con la del 2008.

Estado en el juzgamiento emprendido. Pero, actualmente el desarrollo y vigencia del debido proceso y del Derecho Constitucional, ha impuesto la aplicación de normas constitucionales, Convenciones o Pactos Internacionales que miran a garantizar derechos que expresamente reconoce el Estado a favor de las partes procesales, sobre todo del acusado o del sujeto pasivo como lo denomina el derecho procesal penal, disposiciones legales éstas de mayor jerarquía que exigen que el proceso sea una acabada obra judicial, en cuyo desarrollo se hagan efectivos todos los derechos garantizados en la Constitución Política de la República, por los convenios y tratados internacionales y por las leyes respectivas.

1.4.2 Concepto de Debido Proceso

Revisando las obras tanto nacionales como extranjeras que tratan el tema hemos elegido para conceptualizar al debido proceso, aquellas que nos parecen las más decidoras y sobre todo de autores nacionales por referirse con más autoridad a nuestra realidad.

El doctor Jorge Zavala Baquerizo en su obra “El Debido Proceso Penal” plasma el siguiente concepto: “Entendemos por debido proceso el que se inicia, desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivos los presupuestos, los principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobados previamente, así como los principios generales que informan el Derecho Procesal Penal, con la finalidad de alcanzar una justa administración de Justicia, provocando como efecto inmediato la protección integral de la seguridad jurídica del ciudadano, reconocida constitucionalmente como un derecho.”¹³

Por su parte el Dr. Luis Cueva Carrión lo define así: “El debido proceso es un derecho constitucional que protege a los justiciables para que el órgano estatal actúe de conformidad con la ley y desarrolle legalmente el procedimiento en base a los más estrictos principios axiológicos y de justicia.”¹⁴

¹³ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. El Debido Proceso Penal. Guayaquil 2002 Pág. 25

¹⁴ CUEVA CARRION, Luis. El Debido Proceso. Quito 2006 Pág. 62

Pensamos que estos conceptos se complementan con el que nos trae el Dr. Luis Fernando Solano, Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica quien manifiesta que “la definición de Debido Proceso tiene que observarse estrechamente vinculada con el respeto de las garantías y derechos fundamentales del individuo, de la tutela efectiva de las libertades e intereses legítimos de los ciudadanos, su tratamiento digno, justo y equitativo, dentro de un marco de referencia que pretende la satisfacción de los fines esenciales del derecho y del Estado y la realización de la armonía o paz social. Un proceso justo y debido no es aquel donde las “formas” o ritos prevalecen sobre las personas, donde se vulneran sus derechos en aras de obtener un resultado...; en fin, no se trata de una simple manera de definir un procedimiento... Lo que se pretende es darle vida plena a un concepto que se ha construido sobre la base del sentido mismo de lo que debe ser la justicia”¹⁵

Podríamos decir entonces que el debido proceso constitucional es fuente del derecho procesal, más aun todavía cuando el moderno Derecho Procesal busca superar antiguas estructuras y construirse sobre las bases primordiales del respeto al ser humano y la tutela de sus derechos fundamentales.

1.4.3 Los Presupuestos del Debido Proceso.

La formación del debido proceso exige el cumplimiento de ciertos presupuestos sin los cuales es imposible que exista un proceso que se considere legítimo y, como su nombre lo indica, son circunstancias que deben estar presentes o existir antes de iniciarse el proceso para que este tenga validez. De tal forma que los Presupuesto del Debido Proceso son:

- El Órgano Jurisdiccional,
- La Situación Jurídica de Inocencia; y,
- El Derecho a la Tutela Jurídica.

¹⁵ SOLANO, Luís Fernando. Debido Proceso y Razonamiento Judicial. Pág. 90. Projusticia. Diciembre de 1998.

1.4.4 El Órgano Jurisdiccional

Hace relación a la clásica división de poderes en el que se encuentra como uno de ellos a la Función Judicial que es la única destinada a la administración de justicia, a juzgar, pues conforme al Art. 167 de la Constitución de la República del Ecuador “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”. Es decir “antes de la iniciación del proceso se debe haber establecido el órgano jurisdiccional encargado de formar el indicado proceso desde su inicio hasta su conclusión.”¹⁶. Esto además permitirá que el ciudadano conozca de antemano quien es el juez competente para la sustanciación del asunto en el cual esta involucrado y por ende saber quien es su juez natural, sabiendo que la formación del debido proceso justo o legal solo lo puede realizar el juez competente es decir el que tiene la capacidad para conocer y administrar justicia en un caso determinado. Este presupuesto se relaciona también con la seguridad jurídica de la persona, pues este debe conocer que no podrá ser juzgado sino por aquel juez previamente determinado por la ley.

Pero el doctor Zavala Baquerizo enseña también que no basta únicamente que previo a la formación del proceso exista el órgano jurisdiccional, sino que exige que éste cumpla con ciertas características a saber: **Independencia Judicial** e Imparcialidad. Entendiéndose a la primera como la orgánico-institucional, basada en la división de poderes del Estado y a que ningún órgano de las otras Funciones del Estado puede interferir en las decisiones de la Judicial; y, la independencia interna que se refiere a la libertad de conciencia, de juicio, que tiene el juez para resolver la situación procesal llevada a su conocimiento, de acuerdo con las normas legales. Sobre la **imparcialidad** enseña que no puede haber debido proceso sin que haya sido desarrollado por un juez imparcial. Ni el temor, ni el odio, ni la codicia, deben ejercer influencia sobre el juez al momento de pronunciarse a favor o en contra de las pretensiones procesales. La no adhesión del Juez a

¹⁶ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. op cit. Pág. 34.

circunstancias extrañas, ajenas a los mandatos legales, es uno de los fundamentos del debido proceso.

1.4.5 La Situación Jurídica de Inocencia

La inocencia es un derecho humano intrínseco de la persona. Generalmente se habla de presunción de inocencia, dando así una falsa idea de lo que realmente, en Derecho, constituye la inocencia. La inocencia, dice el autor a quien seguimos en esta parte, no es una presunción, es un bien jurídico que vive en el hombre y que genera un derecho subjetivo, con características propias que le permiten exigir la garantía del Estado. El bien jurídico de inocencia vive en el ser humano desde que nace hasta que muere. No necesita que alguien, ni los hombres ni el Estado, concedan, donen o endosen la inocencia; ésta vive con el hombre y con él muere.”¹⁷ Lo que se presume es la culpabilidad no la inocencia. En conclusión la persona acusada tiene el derecho a que se reconozca su inocencia hasta tanto no se pruebe su culpabilidad y así se la declare en sentencia que haya pasado en autoridad de cosa juzgada.

1.4.6 Derecho a la Tutela Jurídica

Está reconocido en el Art. 75 de la Constitución, el que toda persona tendrá derecho a acceder gratuitamente a los órganos judiciales y obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en la indefensión. Este derecho no solo comprende la acción del que demanda dicha tutela sino también la que tiene el requerido por dicha acción quien tiene de igual forma el derecho de protección jurídica. Lleva implícito también la obligatoria respuesta del órgano jurisdiccional a cual se acudió, mediante la apertura del respectivo proceso. Sin la iniciación del proceso sería imposible la tutela efectiva, imparcial y expedita, pues solo con la sentencia dictada en ésta se restablecerá el derecho ofendido, de ahí que la efectividad de la tutela jurídica se manifiesta en la sentencia. La tutela jurídica se mantiene y persiste durante el desarrollo del proceso como tutela procesal lo que significa el respeto absoluto a las normas de procedimiento,

¹⁷ *Ibíd.*

el cumplimiento fiel de los plazos, el otorgamiento de los recursos previstos, etc.

1.4.7 El Debido Proceso Penal

Lo que exige nuestra Constitución al hablar del debido proceso penal, no es cualquier proceso que pueda ser determinado al arbitrio de las autoridades públicas competentes para llevarlo a cabo, ni de ellas en combinación con el imputado y su defensor, aun cuando no violen las garantías de seguridad individual previstas en la ley suprema. Se trata entonces de un procedimiento jurídico reglado por la ley que define de forma clara los actos que lo componen y el orden en el que se deba llevarlos a cabo, implica la necesidad de una ley del Estado que lo establezca y el deber de los órganos legislativos competentes de dictar la ley adecuada para llevarlo a cabo, “... *que organice la administración de justicia penal y que establezca el procedimiento penal que los órganos públicos de persecución y de decisión deberán observar para cumplir su cometido*¹⁸”.

El debido proceso, como ya hemos manifestado, es el derecho a la justicia mediante un procedimiento que no se ve agotado en el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas, sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso una inútil actividad jurisdiccional.

¹⁸ B.J. MAYER. op. cit. Pág. 489

Capítulo II

Principios de Oportunidad y de Mínima Intervención penal

2.1 Principios del Derecho Procesal Penal

La humanidad y las sociedades que ha formado a lo largo de la historia ha dado la pauta para que se configuren muchos tipos de sistemas como el esclavista, feudal, burgués y a un tipo de socialismo aun en desarrollo. El Derecho Penal no ha sido ajeno a estos cambios y se ha venido adaptando de acuerdo a una realidad propia, comienza con un espíritu vengativo en donde la pena a cualquier conducta considerada como inapropiada, daba como resultado la muerte, se pasó luego a la sanción en base a la conocida ley del Talión, pasando luego a una cierta humanización que comienza a darse a finales de la etapa feudal, con su posterior desarrollo en las etapa burguesa-capitalista.

La palabra principio hace relación a ciertas nociones generales y abstractas que muestran los criterios sobre los cuales descansa la legislación, se convierten así en guías doctrinarias que carecen de un carácter vinculante, y que solo, hasta que se incorporen en un cuerpo normativo o estatuto, se convierten en “... *una entidad de normas a ser aplicadas por el intérprete, como reflejo de la coherencia interna que debe asistir al sistema*”¹⁹.

Los principios fundamentales del Derecho Penal se derivan de todo el sistema jurídico del Estado, se invocan y se aplican en la prevención, combate y represión de los delitos y faltas penales, con la finalidad de control social y penal de la delincuencia; como el objeto de realizar la justicia penal.

Podemos definir a los principios del proceso penal como aquellos parámetros dentro de los cuales el Estado ejerce el *ius puniendi* y que sirven

¹⁹ ESPITIA GARZÓN, Favio. Instituciones de Derecho Procesal Penal Sistema Acusatorio, Bogotá, 2005 Pág. 73

de base para el resto del sistema procesal penal que rige a una determinada sociedad²⁰.

Los principios pueden verse reflejados en la normativa vigente y nos darán a conocer además si determinado Estado responde a elementos autoritarios o a elementos propios de un Estado de Derecho.

“Los principios de la política procesal de una nación no es otra cosa que segmentos de su política estatal general... la estructura del proceso penal nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”²¹.

Son entonces los principios algo que deriva de todo el sistema jurídico del Estado, están regidos por una realidad social, se invocan y se aplican en la prevención, combate y represión de los delitos y faltas penales, con la finalidad de realizar un efectivo control social y penal de la delincuencia dentro de los límites y garantías democráticas de la pena justa que debe ser proporcional al hecho delictivo.

2.2 El Principio de legalidad

El principio de legalidad es uno de los principios fundamentales que rigen al derecho procesal penal, este principio lo podemos encontrar en:

Código de Procedimiento Penal

“Art. 2.- Legalidad.- Nadie puede 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 ...”

Constitución

²⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. Tratado de Derecho Procesal Penal, Navarra, 2004
Pág. 319

²¹ J. GOLDSCHMIDH, J. Principios Generales del Proceso, Tomo II, Buenos Aires, 1961
Pág. 109-110

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

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley ...”

Al principio de legalidad se lo asimila con el aforismo latino *“Nullum crimen, nulla poena sine previa lege”* o, ninguna persona puede ser sujeto pasivo de un proceso penal si es que no ha cometido una acción u omisión que previamente no se haya establecido en la ley.

Sobre el origen de este principio no hay un consenso pues hay antecedentes que lo sitúan en el derecho romano y canónico, no obstante se coincide en el hecho de que su origen más palpable se encuentra en Inglaterra dentro de la Carta Magna de 1215, así Pablo Lucas Verdú²² manifestaba:

“... no necesitaron los ingleses recurrir a la enunciación de principios filosóficos inscritos en documentos solemnes para garantizar sus derechos y libertades. Los documentos británicos eran expresión de realidades concretas contrastadas en la Historia y contenían textos normativos capaces de ser invocados por los ciudadanos ante los tribunales para que sean cumplidos”.

El principio de legalidad viene a convertirse en una garantía en razón de la cual el Estado no convertirá a cualquier individuo en sujeto pasivo de un proceso penal mientras su conducta no se adecue a un tipo penal previamente establecido, es decir nadie podría ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa y con observancia de la totalidad de las formas propias de cada juicio.

El sistema procesal penal ecuatoriano antes de la implementación de principios como el de oportunidad -que podrían hacer pensar lo contrario- ha estado regido por el principio de legalidad lo que implicaba el que necesariamente se establezca un procedimiento penal ante la sospecha de la comisión de cualquier hecho delictivo, sin que la Fiscalía General del Estado pueda prescindir de perseguir penalmente al o los autores mientras

²² Autor citado. Zabala Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Pág. 165

subsistan los presupuestos que lo han originado; y, además, se haya descubierto a un presunto autor, es decir si se daba un hecho que se ajustaba a un tipo penal, se aplicaba la norma correspondiente de forma estricta.

2.3 El Principio de Oportunidad

Frente al principio de legalidad podemos encontrar al principio de oportunidad, principios éstos que se consideran opuestos, y que se plantean incluso en la premisa:

“... la legalidad únicamente se encuentra en el principio de legalidad y, por consiguiente, que el principio de oportunidad es un principio al margen de la legalidad”²³

No obstante si se admitiera de esa forma, el principio de oportunidad no sería admisible de ninguna forma, al contrario debemos aceptar el hecho de que la oportunidad, es decir esa facultad que tendría el Estado de considerar circunstancias en base de las cuales se decidiría si es o no adecuada la persecución de un hecho, se mueve dentro de la legalidad pues no podría admitirse dicho principio sin una ley que lo prevea y admita en ciertas circunstancias.

Por el principio de oportunidad debemos entender a la facultad que tiene el titular de la acción penal a omitir su ejercicio por razones de conveniencia, aunque se haya acreditado la existencia de un hecho punible e individualizado o identificado a su autor.

Dentro de América Latina podemos encontrar algunos ejemplos de legislaciones que han introducido este principio, así tenemos al Código de Procedimiento Penal peruano y el colombiano, que introdujeron este principio, el primero en el año de 1991 y el segundo a partir de las reformas

²³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. op. cit. Pág. 340

de 1993 con su posterior formalización en el año de 1991²⁴. En nuestro caso el principio de oportunidad así como el de mínima intervención constan dentro de nuestra Constitución y del reformado Código de Procedimiento Penal:

Constitución:

“Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

...”

Código de Procedimiento Penal

Artículo 15

Art....- Oportunidad.- El fiscal en razón de una eficiente utilización de los recursos disponibles para la investigación penal y de los derechos de las partes, podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada cuando:

1. El hecho constitutivo de presunto delito no comprometa gravemente el interés público, no implique vulneración a los intereses del Estado y tenga una pena máxima de hasta cinco años de prisión.

2. En aquellos delitos donde por sus circunstancias el infractor sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal o cuando tratándose de un delito culposo los únicos ofendidos fuesen su cónyuge o pareja y familiares comprendidos hasta el segundo grado de consanguinidad.

Cuando se trate de delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio, el fiscal no podrá abstenerse en ningún caso de iniciar la investigación penal.

Es con las reformas tanto de la Constitución como del Código de Procedimiento Penal que el principio de oportunidad toma forma práctica dentro de nuestro sistema procesal. El reconocimiento de este principio surge con la finalidad de dar una respuesta a los diversos casos presentados a la justicia penal, que muchas veces sale de los límites al

²⁴ ESPITIA GARZÓN, Favio. Instituciones de Derecho Procesal Penal Sistema Acusatorio, Bogotá, 2005 Pág. 352

momento de dar una solución adecuada, ya que a veces, las circunstancias de ciertos casos hace pensar en una desproporción de la pena que se deba imponer; por ejemplo, aquella persona que por un accidente afectó la integridad de su propia familia, puede llevar a pensar que es innecesaria una pena adicional a la que internamente sufre dicho individuo.

Hay personas que no se hallan de acuerdo con la aplicación del principio de oportunidad, pues piensan de que podría llegar a afectar el derecho a la igualdad de las personas, pues se podría dar -en base a un mismo acto- un trato especial a ciertos casos y en otros no. Pero como se puso de manifiesto en el ejemplo anterior hay casos que por sus circunstancias, ameritan el que sean considerados especiales, lo que además en la práctica logra descongestionar en parte la administración de justicia y lleva a incluso mejores resultados.

2.3.1 El Principio de Legalidad frente al Principio de Oportunidad

Hemos ya tratado en líneas anteriores de forma simplificada al principio de legalidad, así como el de oportunidad, también hemos mencionado los criterios que ponen en lados opuestos a estos principios, es necesario entonces que se trate de alguna forma el plantear el problema que los confronta.

El principio de oportunidad, como ya se había mencionado, es la facultad -en los casos que la ley lo permita- de perseguir o no la acción penal que se presente; planteado así al principio de oportunidad, el principio de legalidad se puede presentar como su antítesis, dando como resultado que dicha facultad otorgada por el principio de oportunidad estaría negada.

Para Gimeno Sendra ²⁵, el fundamento del principio de legalidad hay que encontrarlo en el positivismo legal científico y en el movimiento codificador del siglo XIX que redujeron el papel del Juez al de un autómata aplicador de la ley, por el contrario el fundamento del principio de oportunidad se

²⁵ Autor citado. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. Tratado de Derecho Procesal Penal, Navarra, 2004 Pág. 497

encuentra en razones de utilidad pública, ahorro procesal o interés social. Henkel²⁶ entiende que la oportunidad tiende a la adecuada realización del fin mediante el Derecho, por lo que señala que los tipos penales y sus penas están orientados a la idea final de la protección de bienes jurídicos frente al delincuente, de ahí que la pena se ha ido sometiendo más y más, en el curso de un largo desarrollo, a la idea rectora de la oportunidad, llevando con ello, a una orientación final diferenciada de naturaleza preventiva general e individual.

La elección entre oportunidad y legalidad debería considerarse equivocada ya que no cabe plantear la cuestión en los términos que lo hacen los defensores del principio de legalidad, que consideran a este principio como la persecución absoluta de los hechos penales, si manejáramos esa concepción del principio de legalidad, no podría pensarse entonces al proceso penal como medio para dar solución a los conflictos sociales, ni la pena como instrumento que precisa ser útil y necesaria como proceso legitimador de su aplicación; lo que está en juego es la concepción que debe manejarse sobre el fundamento y fin de la pena, así como sobre cuales son los fines que deben conseguirse con el proceso penal.

No cabría sistemas penales en los que el principio de legalidad es la regla y otros en los que junto a este principio aceptan, como excepción el principio de oportunidad; y no puede así concebirse, pues en la actualidad no cabe pensar en un sistema que no acepte como premisa el principio de oportunidad, lo discutible será su contenido pero no su propia existencia. No sería posible definir el principio de legalidad sin dejar un margen al principio de oportunidad.

2.3.2 Clases de Aplicación del Principio de Oportunidad

En relación con la aplicación del principio de oportunidad existen dos concepciones distintas: la tasada o reglada y la libre o discrecional. A la primera corresponde el sistema alemán y a la segunda los sistemas inglés y

²⁶ HENKEL. Introducción a la Filosofía del Derecho, Madrid 1968. Pág. 541

norteamericano. El principio de oportunidad encuentra su presupuesto básico en la ley, y puede optar por dos sistemas: uno, se puede articular mediante un catálogo cerrado los supuestos en los que el Ministerio Fiscal está facultado para dejar de ejercitar la acción penal; o, dos, puede abandonarse completamente a su arbitrio la determinación de la conveniencia o no del ejercicio de la acción penal.

Se puede distinguir además el principio de oportunidad puro y el aplicado bajo condición, se lo denomina como puro cuando las partes son absolutamente dueñas de provocar, la finalización anormal del procedimiento; y, es bajo condición, cuando el sobreseimiento permanece bajo la suspensiva condición de que el imputado cumpla determinadas prestaciones²⁷.

2.3.3 Admisibilidad del Principio de Oportunidad

Hay autores que no ven conveniente el que se acepte el principio de oportunidad, ya que según su criterio podría permitir que los funcionarios encargados de llevar la acción penal tengan una potestad discrecional para apreciar la oportunidad de iniciar o no un proceso penal. No obstante debe ser el Estado quien debe precaverse de unas y otras razones de oportunidad, prohibiendo a sus funcionarios y a sus órganos jurisdiccionales el uso de ninguna facultad discrecional en este sentido.

En la actualidad se ha podido notar en el derecho comparado una grande tendencia hacia la implementación del principio de oportunidad, en la que podemos incluir a nuestro país luego de las últimas reformas, pese a los obstáculos constitucionales y orgánicos que se han planteado y es que la aplicación de este principio promete un gran progreso en la agilidad de la justicia penal.

²⁷ GIMENO SENDRA/MORENO CATENA/CORTÉS DOMINGUEZ. Derecho Procesal. Proceso Penal, Valencia, 1993. Pág. 56

Vives Antón²⁸ defiende que la ley podría otorgar un margen al principio de oportunidad. Y en ese margen no tendría por que ser constitucionalmente ilegítimo, llegando a afirmar que dicho principio es un aspecto del principio constitucional de proporcionalidad o prohibición de exceso. Si bien añade que el ejercicio del principio de oportunidad y la posibilidad de negociar la conformidad, tienen que estar sujeto a límites, pues para que rindan el beneficio que de ellos puede esperarse, en cuanto a la agilización de procesos, sin convertirse en mecanismos destructores de las garantías constitucionales, o en fuentes de chantajes legalizados es preciso regularlos de modo que todos esos escollos puedan salvarse.

Hay que considerar de que si la oportunidad se opone a la legalidad entonces la vigencia de este principio conllevará categóricamente la inadmisibilidad de aquél. Por el contrario, si oportunidad y legalidad no se oponen y cabe admitir la oportunidad como manifestación de la legalidad cuando dicho principio está regulado legalmente, entonces tanto la oportunidad tasada como la discrecional son legalidad, cualquiera sea su amplitud, con tal de que el principio se encuentre legalmente previsto. Lo único que ocurre es que en ese caso, la oportunidad discrecional habría de conjugarse con el principio de proporcionalidad y con el principio de igualdad, y ello significa una mayor dificultad de control y una mayor maduración jurídica en su ejercicio.

2.4 Principio de Mínima Intervención Penal

Código de Procedimiento Penal

Artículo 1

Art...- Mínima intervención.- En la investigación penal, el Estado se sujetará al principio de mínima intervención. En el ejercicio de la acción penal se prestará especial atención a los derechos de los procesados y ofendidos.

Constitución:

²⁸ Autor cit. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. Tratado de Derecho Procesal Penal, Navarra, 2004 Pág. 500

“Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

El principio de mínima intervención o conocida también como de ultima ratio, postula la necesidad de restringir al máximo la intervención de la ley penal, reservándola solo para casos de ataques graves a las normas de convivencia social que no pueden ser eficazmente controlados por otros mecanismos menos traumáticos, este principio se encuentra a la par de los derechos de los ciudadanos tanto del ofendido como del procesado, o sea intervienen los dos sujetos procesales que trata de buscar un equilibrio.

La figura del bien jurídico se alza como el elemento principal a tener en cuenta a la hora de aplicar o no el Derecho Penal. Pero aparejado a esto hay que entrar a valorar que hemos de considerar como bien jurídico, y dentro de estos, valorar cuales merecen la tutela de la justicia penal, lo que puede darse de acuerdo a una realidad social propia.

Hemos podido notar el gran problema que ha surgido con la despenalización de varias figuras, que en teoría se encaminaba a cumplir con el principio de mínima intervención penal, no obstante no se tomó en cuenta la realidad de nuestro país y las circunstancias propias que envolvían a ciertos hechos, los delitos que se consideraron como ínfimos, no se apega a la realidad de muchos de los afectados quienes se han visto desprotegidos frente a una creciente ola de inseguridad.

El sistema de mínima intervención penal precisa de una renovación y profundización conceptuales, en la medida en que no cabe ignorar que se padece en la actualidad de un implícito cuestionamiento el que deriva, por un lado, de la potenciación que están experimentando los efectos simbólicos del Derecho Penal y, por otro, de la perplejidad que suscita la creencia de que cuando los demás subsistemas de control social no funcionan, o lo hacen insuficientemente, es cuando entra a funcionar el subsistema penal de

control, que en parte es cierto pero que debe llegar a aplicarse en un campo muy concreto basado en la realidad social de cada país.

2.4.1 Evolución histórica

Podemos situar al origen del principio de mínima intervención penal con el nacimiento del liberalismo, doctrina política nacida en la segunda mitad del siglo XVIII, principalmente en Francia y el Reino Unido, caracterizada por la reivindicación de un importante espacio de libertad en el ámbito personal, religioso, literario, económico, etc.

El omnipotente dominio monarca que se vivía en esa época, en donde el Derecho Penal estaba regido por leyes penales rígidas, que eran aplicadas en los más distintos aspectos de la vida social con penas que tenían un carácter severo, y que abarcaban destierros, fuertes penas pecuniarias y corporales e incluso la muerte, medidas todas utilizadas como una forma de coaccionar a las personas a la obediencia al soberano, puede explicar los principales ideales liberales.

El liberalismo nació proclamando la libertad como forma de reacción a este escenario, y que vio su momento culminante en la Revolución Francesa. Ese movimiento de la clase burguesa inauguró una nueva concepción política y jurídica, que transformó el panorama del siglo XVIII, hoy considerado un marco histórico en la evolución del Derecho.

La ideología resultante de este cambio está, esencialmente, basada en los fundamentos de la soberanía popular, del imperio de la ley, del control y separación de los poderes y de la defensa de la libertad²⁹. Tales fundamentos son las estructuras del modelo de Estado originado por la Revolución: el Estado Liberal de Derecho.

Se menciona que fue Cesare Beccaria³⁰, con su obra "De los Delitos y de las Penas", quien propuso los fundamentos de un sistema penal garantista y

²⁹ FLORES PRADA, Ignacio. El Ministerio Fiscal en España. Valencia 1999. Pág. 103

³⁰ Se puede encontrar en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,119,0,0,1,0>

limitador del poder punitivo, que fue el sustento de varias de las proposiciones doctrinales presentadas más tarde, y que tienen un alcance hasta nuestros días, se dice de que él sabía de la necesidad de reformas del sistema penal vigente en su época y que esto coincidió con un momento en que la sociedad ya estaba preparada para comprender los cambios propuestos.

El sistema de Beccaria estaría constituido básicamente por un elenco de garantías que limitan la intervención ius puniendi estatal, que era el reclamo de la sociedad de aquella época, es decir, propuso limitar el poder del soberano a través de la libertad e igualdad del ciudadano.

Las personas vienen a tener una nueva perspectiva, basada en la valorización de la persona, con afirmación del principio de la dignidad humana, donde esta ya no es vista como cosa, sino asegurando su libertad e igualdad. Desde la implantación del Estado Liberal de Derecho ya había contradicciones entre la teoría y la realidad, y sabía Beccaria de la dificultad de la efectividad de sus planteamientos. Esta paradoja todavía hoy continua siendo uno de los grandes desafíos para la implementación de un sistema penal que responda a las necesidades y deseos de la actualidad, con el imperio de las garantías que desde Beccaria se trata de concretizar.

El principio de intervención mínima formaba parte del rol de mecanismos que habían sido propuestos por Cesare Beccaria para la institución de este sistema penal, así se menciona que varias veces en su obra defendía la idea de reducción de las leyes penales a las mínimas necesarias.

Es mejor prevenir los delitos que punirlos. Este es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad, o al mínimo de infelicidad posible, por hablar según todos cálculos de los bienes y de los males de la vida. [...]. Prohibir una multitud de acciones indiferentes no es prevenir los delitos que de ellas puedan nacer, sino crear otros nuevos: es definir caprichosamente la virtud y el vicio, que nos han sido predicados como eternos e inmutables³¹.

³¹ ídem

Así también sustentaba que, si lo más importante era la prevención de los delitos, aumentar el rol de delitos era, también, elevar la probabilidad de que se cometiesen. Por todo lo expuesto se podría afirmar que Beccaria podría haber sido el primero en tratar de desarrollar lo que ahora conocemos como principio de mínima intervención penal.

2.4.2 El Principio de Mínima Intervención Penal en la Actualidad

Hemos ya manifestado el papel que tiene el principio de mínima intervención penal que es el restringir o controlar el poder punitivo del Estado, lo que constituye, por tanto, el fundamento de los ordenamientos jurídico penales del Estado de Derecho.

Debería, siempre que existan otros medios diferentes a los propuestos por el Derecho Penal para la defensa de los bienes jurídicos, ser éstos preferibles, porque son menos lesivos y no influyen en la paz social que debería reinar.

Es la exigencia de economía social que debe haber en el Estado social, a través de la cuál se busca el mayor bien social con el menor costo social. Es el postulado de la "máxima utilidad posible" con el "mínimo sufrimiento necesario"³².

Del principio de intervención mínima es posible extraer los caracteres de subsidiariedad o ultima ratio y fragmentariedad del Derecho Penal. Juntos, representan una garantía de limitación del ius puniendi del Estado, que justifica esta intervención estatal sólo cuando resulte necesaria para el mantenimiento de su organización política en un sistema democrático. Así, la transposición de la barrera de lo estrictamente necesario configura autoritarismo y lesión a los principios democráticos del Estado³³.

Por lo tanto, la intervención mínima forma parte de la herencia del liberalismo, y hasta hoy debe ser considerada como uno de los parámetros

³² MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. Barcelona 1998. Pág. 89

³³ BUSTOS RAMIREZ, Juan J. y HORMAZABAL MALARREE, Hernán. Lecciones de Derecho Penal, Volumen I. Madrid 1997. Pág. 65-66

del legislador, para la elaboración y mantenimiento de un sistema penal justo y coherente con los fines del actual Estado social y democrático de Derecho.

2.4.3 Subsidiariedad del Derecho Penal

La subsidiariedad consiste en recurrir al Derecho Penal, como forma de control social, solamente en los casos en que otros controles menos gravosos son insuficientes, es decir, "cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho"³⁴.

Prittwitz apunta dos significados para la subsidiariedad: uno negativo, que la equipara con la ultima ratio, y otro positivo, que exprime de que manera el Estado junto al Derecho Penal y en el Derecho Penal realiza un deber de ayuda. Concluye, entonces, que "la subsidiariedad es una norma de competencia (excluye las competencias negativas del Estado y fundamenta las positivas)". De entre todas las ramas del ordenamiento jurídico, al Derecho Penal le incumbe la función de atribuir las sanciones más gravosas, porque hay un grave ataque de bienes jurídicos tutelados penalmente. Por ello, el Derecho Penal debe ser considerado como la ultima ratio del sistema, lo que significa que, "cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea tan importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquéllas las aplicables".³⁵

El Derecho Penal no puede ser tenido como prima o única ratio para la solución de los problemas sociales, que muchas veces son perfectamente solucionables por medio otras ramas del ordenamiento jurídico. De esta forma, la norma penal debe ser considerada como "un recurso excepcionalísimo frente al conflicto social"³⁶, donde el Derecho Penal no sólo

³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. Derecho Penal, Parte General. Valencia 2002. Pág. 72

³⁵ Se puede encontrar en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,119,0,0,1,0>

³⁶ BUSTOS RAMIREZ, Juan J. y HORMAZABAL MALARREE, Hernán. op. cit. Pág. 66

es la última, sino también la extrema ratio, es decir, interviene solamente cuando hayan fracasado todos los demás controles, formales o informales.

Ahora bien, aunque el Derecho Penal sea el que prevé las sanciones más gravosas como la privación de la libertad, no es el único instrumento sancionador del ordenamiento jurídico. Así, para que la subsidiariedad del Derecho Penal sea llevada a efecto primeramente, deberá preferirse la utilización de los medios desprovistos del carácter de sanción; en seguida, las vías que atribuyen sanciones no penales, como la civil o administrativa; en el hipótesis de fallo de esos medios, sólo entonces se apela al Derecho Penal para sancionar el hecho. En este contexto, es posible se plantear la cuestión de si la sanción penal puede coexistir con una sanción de naturaleza no penal, como la civil o administrativa. La respuesta está en definir la finalidad de la sanción. Así que, si la sanción penal y la otra no penal tuvieren fundamentos distintos, es perfectamente posible la coexistencia. Por otro lado, si el fundamento fuera el mismo, no será posible la incidencia de las dos, por quiebra del principio del *ne bis in idem*³⁷.

2.4.4 El carácter fragmentario del Derecho Penal

El carácter fragmentario consiste en limitar la actuación del Derecho Penal a los ataques más violentos contra los bienes jurídicos más relevantes. La protección de la sociedad justifica la actuación del Derecho Penal en un Estado Social de Derecho. Esta protección es expresada a través de la tutela por el Derecho Penal de bienes jurídicos, que son los intereses sociales que merecen la protección penal en razón de su importancia. Por lo tanto, si una ley penal no protege un bien jurídico, hay infracción del principio de mínima intervención penal, acarreando la nulidad de esa norma, porque resultaría arbitraria. Sin embargo, no toda lesión a un bien jurídico debe ser reprochada por el Derecho Penal.

Se impone la presencia de dos elementos para que el Derecho Penal actúe:

1. Que el bien jurídico posea importancia; y,

³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. op. cit. Pág. 75-78

2. Que la lesión a este sea violenta.

El ejemplo apuntado por Bustos Ramírez³⁸ es la protección penal del bien jurídico patrimonio: "el patrimonio está ampliamente protegido en el Código penal, pero no todo ataque a este bien jurídico tiene una respuesta penal. No está penalizado, por ejemplo, el incumplimiento de un contrato, el no pago de una deuda".

Por lo tanto, para justificar la intervención penal es necesario un plus: la existencia del desvalor de acción y del desvalor de resultado, pues "... sólo una configuración doble del injusto (objetiva y subjetiva) que reconozca la importancia tanto al desvalor de acción como al de resultado puede dar una completa visión de los aspectos más relevantes del ilícito penal"³⁹.

El desvalor de acción es, así, el límite entre una conducta delictiva y otra que no lo es, en el sentido de que constituye una especial peligrosidad para los bienes jurídicos. Por ello, en el ejemplo arriba citado del bien jurídico patrimonio, hay conductas que, por no representar una especial peligrosidad para el bien que se trata de proteger, no se consideran delito. Y el desvalor de resultado tiene relación con el valor de un bien jurídico y la irreparabilidad del ataque a él dirigido, lo que justifica la sanción punitiva. Así, hay bienes jurídicos que poseen indiscutiblemente más valor que otros. Es lo que ocurre con el bien jurídico vida si se compara al patrimonio. Una vez más tomando el ejemplo mencionado, en razón del valor del bien jurídico patrimonio, la conducta sólo será delictiva si es especialmente peligrosa o lesiva para el bien jurídico.

2.5 Mínima Violencia del Estado

Desde hace más de dos siglos se enfatiza que la pena debe ser necesaria para prevenir, combatir, reprimir y conminar los delitos y faltas penales; esto

³⁸ BUSTOS RAMIREZ, Juan J. y HORMAZABAL MALARREE, Hernán. op. cit. Pág. 67

³⁹ ACALE SANCHEZ, María. El Tipo de Injusto en los Delitos de Mera Actividad. Granada 2000. Pág. 159.

apunta, que el castigo como corrección jurídica no debe ir más allá de los fines prefijados de lo que realmente es necesario como control social y penal de la delincuencia y es en base a esto que se han dado paso a principios como el de mínima intervención penal o llamado “poder mínimo del Estado”, esto es, la limitada intervención del Estado con su poder de coerción penal, para sancionar conductas antisociales, que sólo debe hacerse presente cuando fallan las otras formas jurídicas, lo que significa la menor intromisión del poder estatal y del control penal, en la vida privada y social de la ciudadanía, en la medida que los ciudadanos cumplan con el deber y obligación de observar la ley, los mandatos de autoridad competente y se desenvuelvan dentro de los requerimientos de la legalidad nacional y del imperio de la justicia.

El Estado al tomar un menor papel en la actividad sancionadora y en general brindar opciones a la situación del ciudadano infractor, reconoce el papel que jugó en la actitud del individuo y asumiría en parte la culpa de no haberle brindado en su momento mejores condiciones laborales o culturales que le hubieran exigido un comportamiento más apegado a las normas de convivencia social establecidas.

El ejercicio de la actividad represiva del Estado (*ius puniendi*) no puede pretender ser arbitraria, desproporcionada o abusiva, la forma de como encaminarla se encuentra en el proceso penal que es el encargado de establecer el marco en la cual debe ser accionada. Así Roxin manifiesta:

“Los límites a las facultades estatales de intervención que protegen al inocente de persecuciones injustas, así como frente a limitaciones excesivas de su libertad, que también deben asegurar al culpable el ejercicio de todos los derechos de defensa, es lo que caracteriza la formalización propia del procedimiento judicial. Una sentencia sólo cumple con estas exigencias propias de la formalización judicial (*justizförmig*), es decir, se ajusta al procedimiento, cuando tiene lugar sin que haya lesionado ninguna garantía procesal contra el inculcado, inclusive aunque éste sea culpable”.⁴⁰

⁴⁰ Autor citado, LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. Tratado de Derecho Procesal Penal, Navarra, 2004 Pág. 312

Conclusiones

Luego de este ensayo sobre los principios de oportunidad y de mínima intervención penal, puedo llegar a las siguientes conclusiones:

El principio de oportunidad debe estar reglado por medio de una normativa que regule la forma y los casos en los que debe ser invocado para de esta forma evitar que su aplicación quede a discreción del titular de la acción penal. Su aplicación e implementación es de gran importancia ya que ayuda a que la justicia penal tenga mayor agilidad y satisfaga de mejor forma la realización del Derecho, es decir se preocupa en lo principal, no de imponer una pena sino de tratar de reparar el daño causado atendiendo los intereses de los afectados.

Sobre el tema de la debatida oposición que podría existir entre el principio de legalidad y el de oportunidad, pues se puede concluir de que no hay tal, ya que se ha expuesto de que el principio de oportunidad se halla enmarcado dentro de una normativa que regula la forma y los casos en los que debe ser invocado. Además si nos atenemos a lo que teóricamente busca el principio de legalidad, esto es una persecución y sanción de la totalidad de actos ilícitos que se opongan a la ley penal establecida, nos veríamos envueltos en un sistema penal congestionado y poco funcional.

Sobre el principio de mínima intervención penal, se podría remarcar el gran avance que significa y refleja la nueva valoración que se tiene a los miembros de la sociedad. El *ius puniendi* estatal no debería constituir la respuesta a toda conducta que vaya en contra de la norma penal, existen otros medios que en ciertos casos deben tener prioridad, medios que busquen la mejor forma de educar al infractor y lograr su reinserción social.

El Ecuador ha experimentado grandes cambios jurídicos, un tanto bruscos para la mayoría de las personas involucradas, no obstante creo que se debe buscar la mejor forma de poner a trabajar estos cambios con la finalidad de buscar la mejor solución a los conflictos sociales que actualmente vivimos.

BIBLIOGRAFIA

- ACALE SANCHEZ, María. El Tipo de Injusto en los Delitos de Mera Actividad. Granada 2000.
- B.J. MAYER, Julio. Derecho Procesal Penal. Tomo I, Fundamentos. Buenos Aires 2004.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan J. y HORMAZABAL MALARREE, Hernán. Lecciones de Derecho Penal, Volumen I. Madrid 1997.
- CUEVA CARRION, Luis. El Debido Proceso. Quito 2006.
- ESPITIA GARZON, Favio. Instituciones de Derecho Procesal Penal Sistema Acusatorio, Bogotá, 2005.
- FENECH, Manuel. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales, Derecho Procesal Penal. Volumen Primero. Barcelona 1985.
- FLORES PRADA, Ignacio. El Ministerio Fiscal en España. Valencia 1999.
- GIMENO SENDRA/MORENO CATENA/CORTÉS DOMINGUEZ. Derecho Procesal. Proceso Penal, Valencia, 1993.
- GOLDSCHMIDH, J. Principios Generales del Proceso, Tomo II, Buenos Aires, 1961.
- HENKEL. Introducción a la Filosofía del Derecho, Madrid 1968.
- <http://www.derechopenalonline.com/>
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. Tratado de Derecho Procesal Penal, Navarra, 2004.
- MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. Barcelona 1998.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. Derecho Penal, Parte General. Valencia 2002.
- SOLANO, Luís Fernando. Debido Proceso y Razonamiento Judicial. Projusticia. Diciembre de 1998.
- VESCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Bogotá, 2006.
- ZABALA BAQUERIZO, Jorge. El Proceso Penal. Tomo I. Bogotá, 1989.
- ZABALA BAQUERIZO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal, Tomo I. Guayaquil, 2004.

ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. El Debido Proceso Penal. Guayaquil, 2002.

ZAVALA EGAS, Jorge. Derecho Constitucional. Tomo I. Guayaquil, 1999.