



UNIVERSIDAD DEL AZUAY
UNIVERSIDAD ANDINA “SIMÓN BOLIVAR”
UNIVERSIDAD TÉCNICA “JOSÉ PERALTA”

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD
EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO

Trabajo final de la Especialización en Derecho Procesal

AUTOR: Dr. Milton Verdugo Calle
PROFESOR: Dr. Simón Valdivieso Vintimilla

CUENCA-ECUADOR

2010

Dedicatoria

A todos quienes no renuncian, a quienes muestran la voluntad de continuar, a quienes se esfuerzan por conseguir; y a los seres queridos que te apoyan, alientan y animan para que no renuncies, re esfuerces y consigas tus metas. Para mi familia y mi enamorada, para todos ustedes este trabajo

Agradecimiento

A las instituciones de educación superior: Universidad del Azuay, universidad Andina Simón Bolívar y a la Universidad Técnica José Peralta; al Dr. Simón Valdivieso, director de la tesina, gracias por la educación impartida,

A mis seres queridos, mi familia y mi enamorada por apoyarme siempre; a todos, muchas gracias.

Responsabilidad

El presente trabajo y todo su contenido son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Dr. Milton Verdugo Calle

MAT. 572 C.A.C.

Resumen:

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

El motivo del presente trabajo, sobre el Principio de Oportunidad incluido en nuestro sistema procesal desde marzo de 2009, a través de Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, analiza la parte teórica de la facultad del Fiscal para abstenerse de iniciar la investigación o el desistimiento de la ya iniciada, cuando se cumplan con los requisitos señalados en la ley, con la finalidad de dar celeridad, eficiencia y la aplicación de la política criminal del Estado para solucionar los conflictos generados por el delito.

Abstract:

**THE BEGINNING OF OPPORTUNITY
IN THE ECUADORIAN CRIMINAL ACTION**

The motive of the present work, on the Beginning of Opportunity once the Code Of Criminal Procedure was included in our procedural system from March 2009, through Reformatory Law and to the Penal Code, you examine the theoretic part of the faculty of the Public Prosecutor to abstain from initiating the investigation or the right now initiate's desistance, when they come true with the requirements indicated in the law, with the purpose to give celerity, efficiency and the application of the criminal state politics to solve the conflicts generated by the crime.

Índice de Contenidos

Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento.....	iii
Responsabilidad.....	iv
Resumen.....	v
Abstract.....	v
Índice de Contenidos.....	vi
Introducción.....	01
Capítulo I	
Generalidades sobre el Principio de Oportunidad	
1.1. Naturaleza histórica.....	02
1.2. Conceptos generales.....	05
1.3. Principio de legalidad y oportunidad.....	08
1.4. Por qué el principio de oportunidad.....	10
Capítulo II	
El Principio de Oportunidad en	
La normativa Ecuatoriana	
2.1. El principio de oportunidad en la Constitución.....	13
2.2. El principio de oportunidad en el Código de Procedimiento Penal.....	14
2.3. Procedimiento.....	15
2.4. Características.....	17
Capítulo III	
Causales de aplicación	
3.1. Cuando no comprometa gravemente el interés público.....	19
3.2. Cuando no implique vulneración a los intereses del estado.....	21
3.3. Cuando tenga una pena privativa de libertad máxima de hasta cinco años.....	22
3.4. Cuando el infractor sufiere un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal.....	23
4.5. Delitos culposos.....	25
Capítulo IV	
Cuestionario sobre la aplicación del	
Principio de Oportunidad por parte de los	
Operadores de justicia	
4.1. Opinión del Fiscal.....	27
4.2. Opinión del Juez de Garantías Penales.....	29
4.3. Opinión de un Abogado en libre ejercicio.....	31
Conclusiones.....	34
Bibliografía.....	36

INTRODUCCIÓN

Con la vigencia de la nueva Constitución y con la intención de buscar un sistema penal que propicie la sustanciación de procesos conforme a los principios de celeridad y eficacia procesal, resulta indispensable la regulación e impulso de instituciones procesales que contribuyan a este fin; pues, conscientes que la realidad del poder punitivo en toda América Latina, y por supuesto en Ecuador, ha tenido un rasgo distintivo de marcada selectividad hacia los sectores que se han visto menos beneficiadas por las políticas económicas y sociales, y ha actuado como un instrumento violento que tiende a mantener un sistema político donde la desigualdad es latente, la inclusión del Principio de Oportunidad a parece como una verdadera perspectiva constructiva.

De lo dicho, es imperativo empezar señalando que en los años 80 y 90 en Latinoamérica un movimiento reformador que buscaba la instauración de un juicio oral y de un sistema acusatorio, puso todo su esfuerzo en la redacción de un Código Modelo para Iberoamérica, en el cual, entre otras propuestas se estableció el Principio de Oportunidad, que en nuestro país a través de la Constitución de 2008, específicamente en el Art. 195, lo estableció como principio constitucional.

Entonces, realizar un estudio sobre la inclusión del Principio de Oportunidad en el Proceso Penal Ecuatoriano y como se aplica este en nuestro medio, son los razonamientos que justifican la elaboración del presente trabajo, que pretende analizar la teoría y doctrina que sobre este particular existe, y como ha de ser su aplicación por parte de los operadores de justicia de nuestro país.

Analizar este principio es más que una simple cuestión procesal, en realidad se está hablando del diseño de administración de justicia en el cual se inserta este principio, pues, la conceptualización de éste está íntimamente vinculada con la concepción del fin y función de la pena, a la función que se le conceda al derecho procesal penal y a la relación de este con el derecho penal y el sistema punitivo.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES SOBRE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1.1. Naturaleza histórica

A través del tiempo, el Estado ha visto la necesidad de imponer penas, como consecuencia jurídica por la comisión de un delito, esto está íntimamente relacionado con el control social, que en un principio la ejercieron los individuos y que con la constitución de los Estados modernos, se afianzó en cabeza de las instituciones estatales; ese control social se dio como una de las maneras de asegurar la supervivencia de las modernas organizaciones estatales y fue determinada como un conjunto de medios, para ordenar y regular el comportamiento humano externo en muy diversos aspectos, y para lo cual se adoptaron distintos métodos para procurar la protección de la sociedad.

En este sentido, bien se puede señalar que existen dos clases de sistemas de derecho muy distintos en el mundo, el sistema anglosajón y el sistema europeo, cada uno de ellos se inclina por el cumplimiento de un principio de derecho distinto que se encuentra en la base de su estructura y que es fundamental en la determinación del papel que juega el Estado en la persecución penal de los delitos. El primer sistema, el del derecho anglosajón, se inclina por el principio de oportunidad, y el sistema europeo por el principio de legalidad.

En la Europa continental prevaleció el Principio de Legalidad, en virtud de este principio, todo delito debía ser investigado y sus autores acusados y juzgados, y el Estado tenía que poner toda su capacidad a servicio de esa meta. Iniciada la persecución penal ya no existía nada que pudiera detener o interrumpirlo.

El sistema anglosajón, que acoge el principio de oportunidad se basa en la negociación y la selectividad de la persecución criminal, teniendo en cuenta el mejor interés de la justicia y la conveniencia del ejercicio de la acción, esto quiere decir que el Fiscal tiene la facultad de

incoar la acción o abstenerse según resulte más conveniente para el Estado y atendiendo a criterios económicos y sociales.

Un ejemplo de este último, del sistema jurídico anglosajón, lo encontramos en el sistema penal estadounidense, donde el Fiscal puede elevar la acción o abstenerse de hacerlo, cuando existe una gran posibilidad de que el acusado hay cometido un delito, e incluso el Fiscal puede negociar la pena con el acusado, sin limitaciones y el Juez solo decide sobre los términos de la negociación.

Es pues, necesario reflexionar sobre el sistema anglosajón, donde el principio de oportunidad es de aplicación absoluta y el fiscal tiene amplias facultades discrecionales en la persecución penal, no admitiendo siquiera que pueda obligársele a perseguir el delito en un caso concreto.

En los países donde ha primado la tradición jurídica continental europea se instauró el Principio de Oportunidad como excepción al Principio de Legalidad; de tal manera que, la regla general es la persecución de todos los delitos, y los casos en que puede aplicarse el Principio de Oportunidad están taxativamente consagrados en la ley.

En Latinoamérica en los años 80 y 90 un movimiento reformador buscaba la instauración de un juicio oral y de un sistema acusatorio que se adapte a las nuevas realidades de los países de la región, movimiento del cual el Código Modelo para Iberoamérica es una muestra de este esfuerzo, y dentro de este esfuerzo por mejorar el sistema procesal, se incorporó el Principio de Oportunidad.

Son varios los factores que explican estas reformas, y entre ellas la inclusión del Principio de Oportunidad que gradualmente se ha ido adoptando en las legislaciones del continente, y que generalmente se la aplica con excepción al Principio de Legalidad. Estos factores tienen que ver con la congestión judicial, lo que obliga a las legislaciones a concentrarse en ciertos delitos, y de una u otra manera, los sistemas judiciales aplicaban de facto el Principio de Oportunidad; y también, se la considera desde la perspectiva de los derechos

del imputado, como en los casos de delitos de escasa relevancia social o de mínima culpabilidad, como los delitos de bagatela, por ejemplo.

Entonces, y de lo que hasta aquí está señalado, bien se puede indicar que este Principio de Oportunidad, se pueden señalar en tres sistemas¹:

- Oportunidad Libre: Éste es el que rige el sistema Anglosajón, el Fiscal negocia con el acusado sin estar sujeto a reglas preexistentes, el juez solo se limita a decidir sobre los términos de la negociación.
- Oportunidad Facultativa: En la legislación se presentan condicionamientos para la aplicación del principio de oportunidad de carácter general sin que coarten la deliberación de la entidad estatal, sigue existiendo un amplio margen de decisión para la interpretación basado en parámetros del legislador para optar o no por el ejercicio de la acción penal.
- Oportunidad Reglada: Existen pautas detalladas que no dejan un margen amplio de movilidad e interpretación al Fiscal, el archivo de un caso depende de causales establecidas en la ley.

En Latinoamérica, el Principio de Oportunidad no aparece como instituto de aplicación libre, sino de aplicación reglada, pues, los Códigos establecen causales taxativas, en cuya aplicación el juez interviene para ejercer su función de garante de los derechos fundamentales.

En nuestro país, con la consolidación de un Estado Constitucional de Derechos, y el respeto a las garantías del debido Proceso, “demandan la implantación de un modelo acusatorio oral en que se cumpla realmente con el Principio de Oportunidad y de mínima intervención

¹ GALLARDO Raúl. www.urosario.edu.com/jurisprudencia/documentos/facultades/transicional/principio_oportunidad.pdf+raul+gallardo+principio+de+oportunidad&hl=es&gl=ec&pid=bl&srcid=ADGEEsIMfQ06o0Bpq9ucUAPdGFdtqWvS5Jpd6QnMeNphptTbwkk_1brXRUT97p_xBukWSAT5ROAsr4sDz8NZN_7RiC2W1-

penal, establecido en el Art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008², así lo indica el Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, al referirse a la implementación de este principio en el sistema procesal penal ecuatoriano.

1.2. Conceptos generales

El sistema penal en Latinoamérica tiene una base inquisitiva, y se ha tenido como regla casi absoluta que todo delito debe ser investigado y sancionado, en base al principio de legalidad, por el cual, ante la noticia de la posible comisión de un hecho considerado como delictuoso, existe la obligación de perseguirlo y sancionarlo a través de las correspondientes entidades del Estado.

Hoy es necesario afirmar que en un nuevo modelo de justicia penal, la preocupación central no debe ser sólo la solución formal del caso, sino la búsqueda de una solución para el conflicto social generado por el delito; de lo cual, el proceso penal no puede permanecer al margen ni de las exigencias propias del modelo de Estado en que se desarrolla, ni de las funciones que el derecho penal asume en un momento histórico y ordenamiento jurídico determinado.

Cualquier proceso penal moderno, si bien es cierto, debe continuar con su función tradicional de la aplicación del “*ius puniendi*” con todas las garantías procesales y respeto a los derechos fundamentales del procesado, no es menos cierto, que no puede renunciar a tutelar otros derechos o intereses dignos de protección, como el derecho de la víctima o la resocialización del imputado.

En este sentido, las diversas legislaciones de los países buscan humanizar sus criterios penales respondiendo a ópticas garantistas, y se han decidido realizar reformas profundas en sus sistemas penales, que obedecen a criterios de política criminal, considerada como un

² ZAMBRANO Pasquel, Alfonso. Estudio Introductorio a la Reformas al Código de Procedimiento Penal. Introducción. Corporación de Estudio y Publicaciones. 2009. Quito-Ecuador

conjunto de respuestas que un Estado considera necesarias adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de un perjuicio social.

Una de las puntas de lanza del nuevo sistema penal que viene imponiéndose en la gran mayoría de los países de nuestra región, es el Principio de Oportunidad, ello en razón, entre otras, que nuestros sistemas penales vienen siendo desbordados, desde hace mucho tiempo, por la creciente de casos que superan varias veces la posibilidad de que el aparato penal pueda despacharlos.

Frente al reconocimiento de la imposibilidad de perseguir todos los delitos, surge el principio de oportunidad como una de las formas de los criterios de oportunidad que inspira la nueva corriente procedimental penal, y del cual, algunos de los estudiosos del derecho lo han analizado y de quienes se tomará sus apreciaciones para una mejor comprensión sobre este principio; y que a saber son:

Claus Roxin, sobre el Principio de Oportunidad señala que:

“autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible³”

Gimeno Sendra, indica sobre este Principio que es:

“la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado⁴”

³ ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal. Tomo I. Traducción de la 25° edición alemana de Gabriela E Córdova y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B J Maier. Editores del Puerto Buenos Aires 2008. Pág. 117

⁴ GIMENO SENDRA, Vicente. Tomado por RODRIGUEZ PÉREZ DE AGREDA Gabriel. Página Web: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6163

José Cafferata Nores, dice:

“el Principio de Oportunidad puede expresarse como la posibilidad que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en diversas razones de política criminal y procesal de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la ya iniciada, o de limitar su extensión objetiva o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia⁵”

De lo señalado, bien se puede indicar o conceptuar al Principio de Oportunidad como la facultad conferida al Ministerio Público de abstenerse del ejercicio de la acción penal en los casos establecidos por la ley, y si ya se hubiese producido, a solicitar el sobreseimiento cuando concurran los requisitos exigidos por la ley.

Entonces, si se realiza un análisis sobre el Principio de Oportunidad, como la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella en presencia de un hecho punible o inclusive frente a la prueba más o menos completa de sus perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político criminales, hablamos de algo más de una simple cuestión procesal, se habla de un diseño de administración de justicia en el cual se va a insertar este Principio de Oportunidad.

A manera de conclusión del presente, en nuestro país podemos conceptualizar al Principio de Oportunidad, de acuerdo con las palabras del Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, quien señala lo siguiente sobre el mentado principio y dice:

“Debemos Recordar que es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General del Estado, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las

⁵ CAFFERATA NORES José, tomado por CIRELLE Eduardo Néstor. Página Web: [http://www.ederecho.org.ar/congresoprosesal/El%20rol%20del%20Fiscal%20frente%20a%20la%20oportunidad%20Cirile .pdf](http://www.ederecho.org.ar/congresoprosesal/El%20rol%20del%20Fiscal%20frente%20a%20la%20oportunidad%20Cirile.pdf)

causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías”⁶.

1.3. Principio de legalidad y oportunidad

Dentro de la doctrina procesalista se viene debatiendo intensamente sobre la dicotomía Principio de Legalidad o Principio de Oportunidad, sin que a la fecha se haya logrado todavía el total acuerdo y consenso sobre este extremo, pues, como se ha visto ya, muchos de los tratadistas emiten su criterio y concepto sobre el tema, a lo que se agrega que el objeto de la discusión no es el mismo en todos los países.

Tenemos así que, mientras en Alemania puede decirse que los esfuerzos se dirigen más a perfeccionar la regulación de las distintas manifestaciones del principio de oportunidad, que a cuestionar la vigencia misma del principio; en España, la controversia sigue centrándose todavía en la conveniencia o no de incorporar a la Ley de Enjuiciamiento Criminal plenamente una verdadera aplicación del principio de oportunidad, pues actualmente no son más que pautas seguidas por el legislador, con las que pretende imprimir celeridad a los procedimientos.

En América Latina, en cambio esta discusión está más orientada a los alcances que debe tener el principio de oportunidad reglado dentro del proceso penal y los fines que debe cumplir, pues dadas las actuales circunstancias político-sociales de la región latinoamericana, se considera absurda una discusión sobre la aplicación de un principio en desplazamiento del otro.

En un primer análisis de esta situación, se encuentra que al Principio de Oportunidad se le ha definido como aquel que se contrapone excepcionalmente al Principio de Legalidad, otro sector de doctrinarios señalan que esta afirmación no es del todo cierta, ya que, si bien es cierto que se recurre a la expresión genérica de Principio de Oportunidad, para resumir las

⁶ ZAMBRANO Pasquel, Alfonso. Estudio Introductorio a la Reformas al Código de Procedimiento Penal. Corporación de Estudio y Publicaciones. 2009. Quito-Ecuador. Pág. 01

excepciones y presupuestos diferentes, como el de economía procesal, no siempre se trata de este Principio de Oportunidad.

Con seguridad, esta generalización parte de la confusión que se ha hecho por parte de los doctrinarios para definir los rasgos más importantes del Principio de Oportunidad, y así el mismo estudioso del derecho, Claus Roxin⁷, se limita a asumir que el Principio de Oportunidad es la contraposición teórica del Principio de Legalidad; es decir, se ha considerado al Principio de Oportunidad desde la legalidad procesal y no como un principio autónomo.

Al respecto, es menester señalar lo que se ha de entender por el Principio de Legalidad, y se manifiesta que, es el máximo principio que consagra la legitimidad y legalidad del derecho penal con el aforismo del “*nullum crimen, nula poena sine praevia lege*”; y en el campo del Derecho Procesal, representa la observancia de las leyes de procedimiento, en cuanto a su forma, por la impugnación posible en otro caso para anular lo actuado y reiterar adecuadamente lo desconocido u omitido; y en cuanto al fondo, la resolución conforme a las normas legales en cada caso pertinente, con la posibilidad también, para que quien se crea agraviado, de apelar o recurrir en la forma autorizada por las normas de enjuiciar.

Entonces, el Principio de Legalidad, es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos, genéricamente puede indicarse también que es la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que la ley permite.

Sintetizando, y tomando las palabras de la Doctora Mariana Yépez Andrade⁸, el principio de legalidad procesal crea el deber del Fiscal de conducir la investigación del hecho y la identificación de las personas que pudieren estar vinculadas al mismo, a menos que haya sido imposible hacerlo y, el consiguiente deber de los Órganos de la Administración de Justicia de continuar el trámite, pues no le es permitido interrumpir o suspender el proceso

⁷ ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal. Tomo I. Traducción de la 25° edición alemana de Gabriela E Córdova y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B J Maier. Editores del Puerto Buenos Aires 2008. Pág. 117

⁸ YÉPEZ ANDRADE Mariana. Tomado de la Página Web: www.derechoecuador.org.

y menos aún admitir conciliaciones; ni los Jueces, ni los Fiscales les es permitido invocar criterios tomando en cuenta la levedad del delito, ni la necesidad de la pena para sustituirla, dejarla sin efecto, o suspender provisionalmente el juicio.

Expuesto el Principio de Legalidad procesal como un principio fundamental para el diseño institucional del sistema penal, conviene señalar ahora que, el Principio de Oportunidad aparece como una perspectiva constructiva, y se lo debe concebir en su sentido amplio, como un principio político sobre el cual se debe fundar el diseño institucional de ultima ratio, en donde el Principio de Legalidad Procesal, sin dejar de cumplir su objetivo, no sea tan estricto y sea más coherente con las exigencias constitucionales.

De todo esto, hay que señalar que un sector de la doctrina considera que no se debe acoger el Principio de Oportunidad, por entender vigente de forma estricta el Principio de Legalidad; mientras que otro sector opina que se lo debe admitir, por una parte, porque, sin necesidad de grandes transformaciones en el ordenamiento procesal vigente, entienden como integrante del propio principio de legalidad a aquel, por cuanto sería la propia ley la que señalara las reglas a que debe quedar sometida una actividad discrecional en ese sentido; o por considerar la compatibilidad de ambos principios si se valorara la indispensable e inaplazable celeridad de la justicia penal basada en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas o por motivos de interés público.

Al hablar del Principio de Oportunidad, a nuestro entender, no cabe ya señalar que éste no puede ser acogido, pues, la misma Constitución incorpora este principio, de tal manera que se constituye en un Principio Constitucional, y no creemos que sea una excepción al principio de legalidad, pero si creemos que quiebra el clásico principio de obligatoriedad de la acción penal.

1.4. Por qué el principio de oportunidad

Dentro del tema sobre materia de política criminal, se pueden evidenciar dos criterios o modelos que resultan ser opuestos; el primero de ellos es el tendiente a garantizar la

seguridad de pequeños grupos socialmente fuertes respecto de los peligros que provienen de los grupos carentes del disfrute de derechos fundamentales, produciendo un aislamiento de la política criminal como política simbólica represiva; por el contrario, el segundo, busca la seguridad de los derechos de todos, y la solución no violenta de los conflictos.

Ante la realidad de que el ejercicio de poder del Estado en América Latina ha poseído como rasgo distintivo una marcada selectividad estructural hacia los sectores que se han visto menos beneficiadas por las políticas institucionales; el proceso penal debe entenderse como un espacio cuya función debe ser la reducción de la violencia, minimizándola en cuanto sea minimizable y evitándola en cuanto sea evitable, y que busque, el conocimiento consciente de los conflictos sociales que se presentan y que tienda a solucionarlos en una forma pacífica y no violenta.

En este sentido, cobra relevancia el Principio de Oportunidad que está íntimamente vinculado a la concepción del fin y función de la pena, al concepto que se tenga de delito, a la función que se le otorgue al proceso penal en el desarrollo político de un Estado, y a su vez, involucra cuestiones de política criminal, y los principios constitucionales que han de guiar la actuación del estado.

Si bien es cierto, un sector doctrinario sostiene que la aplicación del Principio de Oportunidad, no responde a la necesidad de luchar contra la delincuencia, sino solucionar problemas de saturación de los procesos penales; otro sector opina que la aplicación de dicho principio encuentra su por qué y su fundamento en consideraciones políticos-criminales, y se espera que quien se acoja a este no vuelva a incurrir en una infracción penal.

Se apunta, también, que el Principio de Oportunidad se aplica dentro del ámbito de la pequeña y de la mediada criminalidad, los llamados delitos de bagatela, que por su poca significancia antijurídica merecen un tratamiento procesal diferenciado, es decir, que con el Principio de Oportunidad se posibilita la racionalización y la selección de infracciones penales, dejando de lado aquellas en donde sea innecesario la aplicación del “ius puniendi”,

contribuyendo a la eficacia del sistema, toda vez que si se excluyen las infracciones menores, se fortalece el sistema de justicia penal para que intervenga efectivamente en los casos de infracciones de mediana y grave criminalidad.

Resumiendo bien podríamos indicar que el Principio de Oportunidad, tiene su por qué y su fundamento en razones como el interés social, la utilidad pública, la eficiencia de la administración de los procesos, la descongestión judicial en cuanto a la pequeña y mediana criminalidad, la reinserción social del delincuente, la pronta y justa reparación a la víctima, y la economía procesal.

De lo señalado, la finalidad trascendental de este Principio de Oportunidad es lograr una solución pacífica al conflicto interno de una sociedad a bajo costo para el Estado, y que encuentra su legitimación en los postulados consagrados en la Constitución de la República y los fines de la pena.

CAPÍTULO II

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA NORMATIVA ECUATORIANA

2.1. EL principio de oportunidad en la Constitución

La vigente Constitución de la República, elaborada por la Asamblea Constituyente reunida en ciudad Alfaro, aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008 y promulgada en el Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008, responde a una nueva concepción del Estado y por ello consagra cambios profundos a su organización y funcionamiento.

El pueblo ecuatoriano votó mayoritariamente por una nueva Constitución, por lo tanto, viviendo como vivimos en un sistema democrático en que la voluntad de la mayoría obliga a todos, y sin excepción, todas y todos estamos en el deber de someternos a ella y prestar todo nuestro contingente para que se hagan realidades las grandes esperanzas de la mayoría de ecuatorianas y ecuatorianos para poder vivir en una sociedad democrática, en la cual sin discriminaciones podamos gozar efectivamente de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en que la justicia sea una realidad al alcance de todas y de todos y no un privilegio de los grupos de poder.

En este sentido, la nueva Constitución establece dos órganos judiciales autónomos: la Fiscalía General del Estado y la Defensoría Pública. En cuanto a la Fiscalía, el nuevo texto Constitucional, recogiendo un planteamiento del Gobierno Nacional de crear una fiscalía autónoma, de naturaleza jurisdiccional, que reemplace al antiguo ministerio fiscal, que como se sabe es, según la Constitución de 1998 un órgano de Control, lo cual significa una racionalización muy importante de la estructura del Estado, al devolver a su lugar natural una de las principales funciones del Estado como es la dirección de la investigación y acusación penal y la responsabilidad de llevar adelante, a nombre del Estado, la acción pública.

A continuación para el tema que nos ocupa, se transcribe el Art. 195 de la 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.(lo subrayado es nuestro)

Del artículo constitucional que se ha dejado señalado, conviene señalar que éste categoriza al Principio de Oportunidad como principio, con lo que de alguna manera queda zanjado el problema y discusión que se planteaba sobre cuestiones de origen doctrinal, en el sentido de pensar que si es un principio, una institución procesal o como una excepción al principio de legalidad.

2.2. El principio de oportunidad en el Código de Procedimiento Penal

Dentro de la lógica constitucional de un estado garantista, se vuelve necesario implementar un proceso de reformas al sistema procesal penal que se encontraba vigente hasta antes de la Constitución de 2008, pues, el ordenamiento jurídico debe estar acorde con los principios y normas constitucionales, de tal manera que urgía la necesidad de replantear el sistema procesal penal del Ecuador, vigente desde el año 2000.

En tal virtud, la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, promulgada en el Registro Oficial Número 555 de 24 de marzo de 2009, incluyó muy importantes reformas al procedimiento penal que se encontraba vigente en el Ecuador, reformas que inciden en el desarrollo del proceso, y entre estas, se encuentra el Principio de Oportunidad, pues, por propio mandamiento de la Constitución, art. 195 antes señalado, a la Fiscalía le corresponde ejercer la acción penal pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal.

La Ley Reformatoria antes mencionada, en su Art. 15 señala:

“A continuación del artículo 39, agréguese los siguientes artículos innumerados”; y en el tercer artículo innumerado señala lo que se ha de entender por Oportunidad, y que para efectos de mejor comprensión, se copia su contenido:

“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 de hasta cinco años de prisión.
2. En aquellos delitos donde por sus circunstancias el infractor sufre un daño físico grave que el imposibilite llevar una vida normal o cuando tratándose de un delito culposos 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”.

En este tercer artículo innumerado, podemos encontrar la facultad del fiscal para que se abstenga de iniciar la investigación penal o desista de la ya iniciada, en los casos que se encuentran expresamente señalados en el mismo artículo, conocido como Principio de Oportunidad, cuya vigencia es inmediata, pues, la Disposición Transitoria Quinta de la Ley Reformatoria dispone la plena e inmediata vigencia de este artículo, por lo que, debe ser aplicado por las judicaturas del país en los casos y condiciones determinados por la Reforma.

2. 3. Procedimiento

Como ya se ha dicho, el Principio de Oportunidad fue incluido en el Art. 15, en el tercer artículo innumerado de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, y en cuanto al trámite correspondiente lo encontramos en el cuarto artículo innumerado, a continuación del ya señalado artículo.

En el mencionado artículo encontramos el siguiente trámite:

- 1) Se inicia con la petición del Fiscal al Juez de Garantías Penales
- 2) Convocatoria a Audiencia
- 3) Se celebra la Audiencia
- 4) En la Audiencia la partes deben demostrar que el caso cumple con los requisitos legales exigidos
- 5) Se constata por parte del Juez de Garantías Penales que el delito es de los establecidos en el numeral 1 del artículo anterior, o que los afectados son las personas descritas en el numeral 2 del mencionado artículo
- 6) Auto resolutivo

Dentro del trámite señalado, el ofendido debe ser notificado para que asista a la audiencia, pero su presencia no es obligatoria, de tal manera que se la puede desarrollar sin su presencia.

En este trámite, se puede presentar el caso de que éste deba ser continuado por un nuevo Fiscal, que se presenta cuando el Juez de Garantías Penales constata que el delito no de los establecidos en el numeral 1 del artículo innumerado tercero o que las afectadas no son las personas descritas en el numeral 2 del mencionado artículo; en tal caso, si esto ocurriera, el Juez de Garantías Penales debe enviar su resolución que niega la abstención de iniciar la investigación penal o niega el desistimiento de la ya iniciada al Fiscal superior, para que el trámite continúe bajo la dirección de otro Fiscal. Puede ocurrir, también, que el Juez de Garantías Penales no esté de acuerdo con la apreciación, y en este caso debe dirigirse al Fiscal Superior para que de manera definitiva, se pronuncie sobre el archivo del caso.

En caso de que se presente este particular, el trámite ante el Fiscal Superior es el siguiente:

- 1) La autoridad de la Fiscalía que conozca el reclamo debe resolverlo en el plazo de diez días
- 2) Si se revoca la decisión del fiscal de origen, el caso debe pasar a conocimiento de otro Fiscal, para que se inicie la investigación, o en su caso, continúe con su tramitación
- 3) Si se ratifica la decisión de abstención debe remitirse todo lo actuado al Juez de Garantías Penales para que declare la extinción de la acción penal respecto del hecho.

Ahora bien, en el último inciso del artículo innumerado que se está señalando, se dispone que cuando se produzca la extinción de la acción penal por los motivos previstos en este artículo, el ofendido goza de la facultad para perseguir por la vía civil el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios derivados del acto que constituye el objeto de la denuncia; por lo tanto, la declaratoria de extinción de la acción penal no perjudica, ni limita, ni excluye el derecho que le asiste para reclamar el valor de los daños y perjuicios.

2. 4. Características

Con las reformas establecidas al Código de Procedimiento Penal mediante la Ley Reformativa publicada en el Registro Oficial Número 555 de marzo de 2009, y la consecuente inclusión del Principio de Oportunidad dentro del Sistema Procesal Penal Ecuatoriano, corresponde y es imprescindible señalar algunas, de lo que a nuestro entender se refiere, de las características de este principio.

a.- Es de Origen Constitucional: La aplicación del Principio de Oportunidad a un específico problema social, encuentra su fundamento en la norma Constitucional señalada en el Art. 195 de ésta, que le impone a la Fiscalía ejercer la acción pública con atención al interés público y a los derechos de las víctimas.

b.- El Principio de Oportunidad es Reglado: En nuestro país, el Principio de Oportunidad no sigue el modelo anglosajón, por lo que, no aparece como de aplicación libre sino de aplicación reglada, por eso el Código de Procedimiento Penal establece las causales para su aplicación, en donde el Juez de Garantías Penales interviene para ejercer su función de garantes de los derechos fundamentales.

c.- El Principio de Oportunidad es de Aplicación Taxativa: la esencia de que el Principio de Oportunidad sea taxativo, es que le permite saber al ciudadano con claridad lo que está o no permitido en materia de aplicación de este principio, y esta exigencia en el campo penal lo encontramos en la tipicidad, que se caracteriza por ser previa, escrita, estricta y cierta.

La consecuencia más importante es que una causal determinada y precisa, le permite al Juez ejercer el control de legalidad de la decisión de la Fiscalía de aplicar el principio de oportunidad, lo que es un límite para el Fiscal o el Juez, no se salgan de las exigencias que la ley prevé.

d.- El Principio de Oportunidad está sometido al Control de Legalidad del Juez de Garantías: Cuando el Fiscal solicita la aplicación del Principio de Oportunidad, en la Audiencia el Juez de Garantías Penales, debe constatar que se ha cumplido con las exigencias establecidas para su procedencia.

e.- El Principio de Oportunidad se funda en la Política Criminal: La aplicación del Principio de Oportunidad no tiene por finalidad la búsqueda de la verdad, tampoco la condena de una persona, lo que persigue es el archivo del caso para cumplir con los objetivos propios de la política criminal del Estado, no obstante que existan elementos de prueba que permiten inferir la estructura del delito y la autoría o participación de la persona, lo que fundamenta su aplicación es minimizar la aplicación del derecho penal, la búsqueda de una solución más humana y razonable, procurar que la víctima, cuando ese sea su interés, obtenga una indemnización integral o una reparación.

CAPÍTULO III

CAUSALES DE APLICACIÓN

El Principio de Oportunidad se consolida con las reformas al Código de Procedimiento Penal del 24 de marzo del 2009 publicadas en RO-S- 555, reforma en la cual, se indica que no es renunciable el ejercicio de la acción penal, cuando se trata de delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio.

Para que proceda la abstención de iniciar la investigación penal, o el desistimiento de la ya iniciada, deben tenerse en cuenta ciertos requisitos para que opere el Principio de Oportunidad, y que a saber son los siguientes:

3. 1. Cuando no comprometa gravemente el interés público

Con la inclusión del Principio de Oportunidad en la Reformas al Código de Procedimiento Penal, se faculta al Fiscal para que se abstenga de iniciar la investigación penal o desista de ésta en algunos casos taxativamente señalados; y así a saber el primero de ellos es cuando: “El hecho constitutivo de presunto delito no comprometa gravemente el interés público”.

Corresponde pues, dar un esbozo general sobre lo que se ha de entender por interés público, de tal manera que se toma el ilustrado criterio de Guillermo Cabanellas, quien señala al respecto del Interés Público⁹ lo siguiente: “La utilidad, conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los súbditos. Debe constituir el alma de las leyes y el criterio del gobierno, aunque se falsee con tanta frecuencia al servicio del partidismo, por la ofuscación personal y hasta por deliberado lucro propio”.

En términos generales, el Interés Público refiere al bienestar común o al bienestar general, y es un tema que genera muchas opiniones y discusiones en todos los ámbitos, sobre todo

⁹ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo IV. 23 Edición. Editorial Heliasta 1994. Pág. 462

porque a menudo el interés público se contrapone con el interés privado. Ahora bien, parece bastante claro que lo que se ha de entender por interés público o interés social, es una cuestión que aparece bastante difusa, y que en los hechos se traduce en el simple interés del Estado, o de los magistrados o funcionarios que representan al estado, pero lejos, y a mucha distancia con los intereses de la sociedad, o del público.

De lo señalado y como ya quedó indicado en líneas precedentes, el Fiscal puede abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada cuando el hecho constitutivo del presunto delito no comprometa gravemente el interés público, lo que quiere decir, que el Fiscal no puede abstenerse de iniciar el proceso simplemente porque sí, y en este caso en particular sobre el interés público que de por sí es un tema amplio e indefinido en su totalidad, puede generarse serios problemas de apreciación por parte de los operadores de justicia, por lo que, se debería dar un alcance más profundo sobre los bienes jurídicos en donde el estado no puede renunciar al ejercicio de la acción penal, en cuanto a aquellos que no comprometan gravemente el interés público.

A manera de ejemplo y para una mejor formación de criterio sobre el interés público y cuando éste no está gravemente comprometido, se toman las palabras del Dr. Simón Valdivieso Vintimilla¹⁰, quien señala: “Entonces el interés público no es otra cosa que la respuesta penal que debe dar el estado frente a la comisión de un hecho delictuoso. Por ello es que no existe interés público gravemente comprometido, cuando la acción u omisión que es de conocimiento del Ministerio Público, atañe a aspectos eminentemente económicos relacionados con el sujeto pasivo”.

Recalcando lo dicho anteriormente sobre los serios problemas de apreciación que puede generar la falta de una definición exacta sobre el interés público, es también preciso acotar que, por parte de la Fiscalía bien se puede llegar a aplicar una oportunidad discrecional que a nuestro entender no es la esencia del Principio de Oportunidad que se incorporó en la Ley

¹⁰ VALDIVIESO VINTIMILLA Simón. Índice Analítico y Explicativo del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano. Ediciones “Carpol”. Primera Edición. 2007. Cuenca-Ecuador. Pág. 250

Reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, promulgada en el Registro Oficial Número 555 de 24 de marzo de 2009.

3. 2. Cuando no implique vulneración a los intereses del estado

Continuando con el análisis de los requisitos para que opere el Principio de Oportunidad, señalados en el innumerado tercero del Art. 15 de la Ley Reformativa, corresponde señalar que para que éste proceda se debe tomar en consideración que el hecho constitutivo del presunto delito no implique vulneración a los intereses del estado.

En este sentido, conviene señalar que es al Ministerio Público, la Fiscalía en nuestro país, a la que le corresponde la persecución de los delitos de acción penal pública, y se la debe entender que “está íntimamente ligada a la reacción inmediata del Estado frente al delito a través de sus órganos competentes”¹¹, y en esta línea se encuentran los Delitos contra la Seguridad del Estado.

En nuestro Código Penal encontramos estos Delitos contra la Seguridad del Estado, en el Libro II, Título I, y entre los cuales constan: los delitos que comprometen la seguridad exterior de la República; los delitos que comprometen la paz y la dignidad del estado; los delitos contra la seguridad interior del estado; los delitos de sabotaje y terrorismo.

El Principio de Oportunidad no es aplicable para estos delitos, pues, en nuestro sistema procesal en el cual se ha incluido este principio, se indica que los titulares de la acción penal están autorizados a ejercitarlo incoando el procedimiento o facilitando su sobreseimiento, si se cumplen con los presupuestos previstos por la norma; y como el mismo artículo 15 de la reforma señala que es aplicable el Principio de Oportunidad, siempre que el hecho constitutivo del presunto delito, no vulnere los intereses del Estado.

¹¹ VALDIVIESO VINTIMILLA Simón. Índice Analítico y Explicativo del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano. Ediciones “Carpol”. Primera Edición. 2007. Cuenca-Ecuador. Pág. 15

Entonces, este señalamiento taxativo que hace el artículo señalado, es una forma de evitar una posible arbitrariedad del titular de la acción penal en cuanto a su apreciación, pues, el Principio de Oportunidad en nuestro país, es de carácter reglado.

Ahora bien, es evidente que los Delitos Contra la Seguridad del Estado, son una forma de conflicto que altera situaciones de desenvolvimiento colectivo en su más alto significado, toda vez que, se pone en peligro un bien jurídico cuyo valor trasciende a toda la colectividad y compromete su desarrollo, de tal manera que es necesaria la intervención del Estado con su poder punitivo para responder por el daño que el fenómeno delictual produce.

Pero, a esto hay que hacer mención a una situación que bien se puede presentar para la posible aplicación del Principio de Oportunidad, y es que dentro de los delitos contra la seguridad del estado, se encuentran algunos que tienen una pena privativa de libertad de máximo cinco años, que es otro de los requisitos que también consta en el artículo de la reforma, y que a continuación se tratará sobre estos.

3. 3. Cuando tenga una pena privativa de libertad máxima de hasta cinco años

Las penas privativas de libertad son el medio de protección social contra el delito empleado con mayor frecuencia y constituyen el eje del sistema penal de todos los países, y bien se podría decir que aparecieron tardíamente en la legislación penal, pero también es cierto, que han generado criterios contrarios sobre su aplicación, y especialmente en cuanto a las penas cortas de privación de libertad.

Sobre éste particular, Zaffaroni¹² señala lo siguiente: “Ante la imposibilidad absoluta de reemplazar totalmente las penas privativas de libertad en el derecho penal de nuestro tiempo, ha pasado a ser clave para cualquier reforma penal el reemplazo de las penas cortas

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General Tomo V. Ediar. Impreso en Argentina 1998. Pág. 125.

privativas de libertad”; de lo cual, y ante esta situación existe la recomendación de sustituir estas penas privativas de libertad por otras, como por ejemplo la suspensión de la condena.

En este sentido, la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, promulgada en el Registro Oficial Número 555 de 24 de marzo de 2009, al incluir al Principio de Oportunidad señaló que éste es aplicable en cuanto el hecho constitutivo del presunto delito tenga como pena máxima de hasta cinco años de prisión.

Es decir, que por razones de política criminal, se plantea la intención real de sustituir las penas privativas de libertad, sobre todo, por el efecto nocivo que éstas producen, y más bien, se busca como alternativa la posibilidad de un pago por perjuicios, por ejemplo; pues, la utilización de la privación de libertad, debe ser usada de manera excepcional y como un recurso de “*última ratio*”, esto es, en casos de extrema necesidad y tomando en consideración la gravedad del bien jurídico que ha sido afectado.

En nuestro país, es en el Código Penal donde se tipifica cuales son los delitos sancionados con una pena máxima de hasta cinco años de prisión, por lo que, enumerarlos uno a uno resultaría bastante ocioso; pero, si hay que manifestar que son a esta clase de delitos en los que el Fiscal, como titular de la acción penal, también puede aplicar el Principio de Oportunidad, con base en la mínima intervención penal, en donde la sanción de privación de la libertad queda limitada para los casos de infracciones más graves.

3. 4. Cuando el infractor sufiere un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal

Con la reforma implementada al Código de Procedimiento Penal y la consecuente implementación del Principio de Oportunidad, para la aplicabilidad de éste principio tienen que concurrir una serie de requisitos, entre los cuales se encuentran los delitos en los cuales por sus circunstancias el infractor sufiere un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal, lo que se conoce como Pena Natural.

La idea de la pena natural proviene de Hobbes, que enunciaba aquellas malas consecuencias naturales que no estaban contenidas en el concepto de pena y la llamaba “pena divina”, sin embargo la idea de una distinción entre pena judicial “*poena forensis*” y pena natural “*poena naturales*” proviene de Kant. Al respecto de la pena natural, Zaffaroni¹³, señala: “Se llama *poena naturalis* al mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste”, y continúa agregando que: “La pena natural se la autoinflige el autor a raíz de la comisión del delito, sea porque directamente se causa a sí mismo la pérdida o porque lo hacen terceros con motivo de su autopuesta en peligro”.

En forma general, bien se puede señalar que se identifica a la pena natural como el mal grave que el agente sufre en la comisión o con motivo del injusto, ya sea que el daño sea causado por mismo o por terceros con motivo de su autopuesta en peligro; pudiendo el mal recaer también en terceros con los cuales el agente tiene una relación.

La pena natural señalada en el Código de Procedimiento Penal, por la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, promulgada en el Registro Oficial Número 555 de 24 de marzo de 2009, está contemplada para la aplicación del Principio de Oportunidad, a los casos en que el imputado ha sufrido, a consecuencia de la acción delictiva, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción.

Nuestra Constitución en su Art. 76, manda: “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”:... “6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”.

En este sentido la inclusión del Principio de Oportunidad, es del todo positivo pues, el Fiscal al abstenerse de iniciar la investigación penal o el desistimiento de la ya iniciada, por

¹³ ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro. Derecho Penal Parte General. Segunda Edición. Ediar. Buenos Aires Argentina. 2002. Pág. 996, 997.

razones de “pena natural”, actúa sin indiferencia y hasta con apego al principio constitucional de proporcionalidad de la pena.

4. 5. Delitos culposos

Para la posible aplicación del Principio de Oportunidad, en la Ley Reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, promulgada en el Registro Oficial Número 555 de 24 de marzo de 2009, en el Art. 15 se incluyó como una de las causales, la siguiente: cuando tratándose de un delito culposo los únicos ofendidos fuesen su cónyuge o pareja y familiares comprendidos hasta el segundo grado de consanguinidad.

Nuestro Código Penal en su Art. 14, último inciso señala al respecto de los delitos culposos lo siguiente: La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de la ley, reglamentos u órdenes.

De lo señalado se puede encontrar algunos elementos, tal como lo señala el Dr. Ernesto Albán Gómez¹⁴; el primero de ellos, es el factor característico de la culpa, y es aquel en el que existe una producción de un resultado previsible pero no querido, y esto es lo que lo diferencia del dolo, en el cual se busca o al menos se acepta el resultado, mientras que en la culpa, el resultado que era previsible se rechaza.

De esta situación se presentan a su vez dos alternativas, que son: uno, que el agente no representa siquiera la posibilidad de un resultado dañoso, que es la llamada culpa sin representación o inconsciente; dos, el agente se representa un posible resultado dañoso, pero actúa con la confianza de que este resultado no se produzca, que es la culpa con representación consciente.

¹⁴ ALBÁN GÓMEZ Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Ediciones Legales S. A. IMPRESORES MYL. Quito Ecuador. Septiembre 2009. Pág. 203.

Otro de los elementos, es aquel en el que el ánimo o voluntad del sujeto activo está dirigido a realizar el acto, que en sí mismo no significa aceptar un resultado dañoso, es decir, hay en la culpa una voluntad dirigida exclusivamente hacia el acto, pero no hacia el resultado. El otro elemento, es la falta del deber de atención y cuidado, que la justificación social de la sanción del delito culposo, pero como no hay intención dirigida hacia el daño, la sanción para este tipo de delitos es más leve.

La doctrina considera actualmente que en los casos de delitos culposos se sanciona a las personas porque incumplen un deber, asignado a todo individuo, el de actuar con el necesario cuidado, con la diligencia indispensable, para evitar que sus actos causen daños a las personas o a la comunidad; y los casos más frecuentes se presentan en las infracciones de tránsito, en donde el riesgo exige de las personas un cuidado especialísimo.

La inclusión del Principio de Oportunidad para estos casos resulta ser bastante positiva, pues, en nuevo de justicia penal la preocupación no solo es la solución formal del caso, sino la búsqueda de una solución para el conflicto generado, de tal manera que, el Fiscal al abstenerse de iniciar la investigación o el desistimiento de la ya iniciada, procura un acuerdo o una reparación entre las partes, y que en última instancia resulta ser más beneficioso para el sujeto pasivo de la infracción.

CAPÍTULO IV
CUESTIONARIO SOBRE LA APLICACIÓN DEL
PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD POR PARTE DE LOS
OPERADORES DE JUSTICIA

Con la incorporación del Principio de Oportunidad en la normativa ecuatoriana, los operadores de justicia de nuestro país tienen la tarea de consolidar la aplicación de este principio, pues, la aplicación positiva de toda la reforma y por ende del Principio de Oportunidad, a decir de Alfonso Zambrano¹⁵, “depende de los conocimientos de los operadores, y de la voluntad y decisión política de respetar la propuesta constitucional del principio de oportunidad y de mínima intervención penal”, en tal virtud, es menester en este trabajo incluir la opinión de quienes están en contacto diario con el proceso penal, sean Fiscales, Jueces de garantías penales o Abogados en libre ejercicio.

Por lo dicho, es importante conocer la opinión de los operadores de justicia, y se lo ha hecho a través de un cuestionario a distinguidos y prestantes profesionales del derecho de la jurisdicción de la provincia del Cañar, específicamente en los cantones de Azogues y Biblián, de quienes, por el respeto a su labor, se omiten sus nombres.

El cuestionario realizado es el mismo para los tres actores en el proceso penal ecuatoriano, y las respuestas son las que se señalan a continuación.

4. 1. Opinión del Fiscal

a. ¿Cuál es su papel en la aplicación del Principio de Oportunidad?.- En mi papel de Fiscal y sobre la base para la implementación de una política penal que genere agilidad en la justicia, el respeto a las garantías del debido proceso, a los derechos fundamentales de las personas y que atienda las necesidades de las víctimas con miras a la reparación de los daños ocasionados por el delito, el principio de oportunidad relacionado con la legalidad y

¹⁵ ZAMBRANO Pasquel, Alfonso. Estudio Introductorio a la Reformas al Código de Procedimiento Penal. Corporación de Estudio y Publicaciones. 2009. Quito-Ecuador. Páginas iniciales.

la equidad es dar respuesta a todos o a la mayor parte de los casos que ingresan a las Fiscalías por cualquier medio. Atender de mejor manera los casos que presenten complejidades; dedicación especial a los delitos más graves, como aquellos cometidos por o desde los órganos del Estado. Encontrar modos de satisfacer los intereses de quienes han resultado ser víctimas de delitos especialmente los que se refieren a la propiedad, a las personas y a la integridad sexual, y brindar soluciones alternativas a la sanción penal y evitar la revictimización producida por falta de capacitación de los operadores de justicia.

b. ¿Cuál es la forma de calificación del fundamento para la aplicación del Principio de Oportunidad?.- El fundamento se encuentra establecido en la ley (C. P. P.). Cabe destacar que en el Código Procesal Penal, como principio fundamental, se trata a la legalidad como legalidad criminal, penal, o garantía jurisdiccional (*nullum crimen sine lege; nulla pena sine lege*); sin embargo, del texto del Código procesal Penal aparece el principio de oportunidad en el tercer artículo innumerado después del Art. 39 que se opone a la legalidad.

c. ¿Considera que la enumeración taxativa de las causales para la aplicación del Principio de Oportunidad y no dejar un amplio margen de movilidad e interpretación al fiscal, constituye algo positivo?.- La enumeración no es conveniente. Hay un reconocimiento consensuado respecto de la imposibilidad de los sistemas judiciales de atender a todos los delitos, en la actualidad la Fiscalía ha creado modelos de distribución de trabajo con unidades especializadas por materias y principalmente una que se encarga de receptar las denuncias para calificarlas inicialmente sin son viables o no para realizar la investigación, con lo que se ha logrado filtrar un número considerable de casos que claramente se advierte que no tenían futuro, como los casos de robos callejeros o asaltos a domicilios, en los que no hay ninguna posibilidad de identificar a los responsables.

d. ¿Qué se considera por interés público y vulneración de los intereses del estado, como causales para la aplicación del Principio de Oportunidad?.- Interés público y vulneración de los intereses del Estado significa: el primer término cuando no haya existido una conmoción social como producto que dejó la producción del delito; y el segundo

término, es en los delitos en donde el Estado ha sido quien sufre la vulneración de sus derechos; ejemplo: atentado a la seguridad interna o externa del Estado.

e. ¿La inclusión del Principio de Oportunidad en el sistema procesal ecuatoriano es un factor positivo o negativo?.- Es positivo pues descongestiona el sistema que se encuentra colapsado. La oportunidad es parte integrantes del sistema acusatorio. El Principio de Oportunidad tiene una vigencia que data de hace mucho tiempo en los países con raigambre acusatoria, bajo el razonamiento de que cuando la persecución del hecho punible le corresponde a la persona ofendida, no hay sustento para contrastarlo con el principio de legalidad. Sobre la materia, indica que desde la perspectiva del Estado como poder persecutor y sancionador “se planteo para el legislador el problema de si todos los hechos punibles sin excepción habían que perseguirse, o si la persecución había de hacerse depender en cada caso del arbitrio del acusador particular o estatal, o en el procedimiento de oficio del arbitrio judicial”.

f. ¿Qué cambio se debería dar en la aplicación del Principio de Oportunidad?.- Los cambios han empezando con las últimas reformas y mi criterio es que se debe dar mayor amplitud al órgano investigador para la aplicación del principio “*PLEA BARGAINING*” en especial en los juicios que por delitos de bagatela se persigue.

4. 2. Opinión del Juez de Garantías Penales

a. ¿Cuál es su papel en la aplicación del Principio de Oportunidad?.- En el antiguo sistema de justicia penal, se tenía la absurda de prolongar descomunadamente los procesos. Esto se explicaba, en muchos casos, por la concepción tradicional propia del sistema inquisitivo y por el excesivo formalismo. En este sentido, los jueces del nuevo sistema acusatorio, contamos con un potencial muy grande y tenemos importantes funciones, tanto más cuanto que además poseemos los instrumentos necesarios para hacer del proceso una herramienta mucho más ágil y accesible a los ciudadanos, quienes deberán variar positivamente la percepción del funcionamiento de nuestra justicia y de nuestra democracia, en tal sentido, los jueces de garantías penales, para preservar nuestra

imparcialidad, estamos obligados a abstenernos de intervenir oficiosamente en materia probatoria. Por ello, considero que al aplicar el principio de oportunidad, estamos cumpliendo el compromiso político y social de hacer justicia.

b. ¿Cuál es la forma de calificación del fundamento para la aplicación del Principio de Oportunidad?.- Heredero del sistema continental europeo, nuestro derecho se fundó en el principio de legalidad. La estructura del proceso penal se desarrolló con base en este principio rector, una vez recibida la *notitia criminis*, surgía la obligación de iniciar la investigación penal. Tal función fue encomendada al Ministerio Fiscal –hoy la Fiscalía-. Sin embargo, en el desarrollo jurídico del principio de legalidad se ha ido aceptando en los países de tradición continental europea la posibilidad de admitir excepciones al mismo.

Al resultado de la introducción de algunos criterios de oportunidad (como la mínima gravedad, la descongestión del sistema judicial o la pena natural) se le ha denominado Sistema de Oportunidad Reglado; así en Alemania se instauró desde los años 70, con la característica primordial de establecer como regla el principio de legalidad y como excepción el de oportunidad. En nuestro caso al principio de oportunidad lo encontramos previsto a partir del tercer artículo innumerado incorporado en el Código de Procedimiento Penal, reformado el 24 de marzo de 2009.

c. ¿Considera que la enumeración taxativa de las causales para la aplicación del Principio de Oportunidad y no dejar un amplio margen de movilidad e interpretación al fiscal, constituye algo positivo?.- En este sentido no estoy de acuerdo en que se realice una enumeración taxativa de las causales para la aplicación del Principio de Oportunidad, pues se estaría disminuyendo, mermando esa discrecionalidad que tiene el Fiscal como representante de la sociedad para luego investigar los hechos que de cualquier modo lleguen a su conocimiento, en algunos casos, solicitar su aplicación.

d. ¿Qué se considera por interés público y vulneración de los intereses del estado, como causales para la aplicación del Principio de Oportunidad?.- Se considera por interés público, todo aquello que violenta un bien jurídico tutelado, que tiene directa

implicación con el “*Status quo*” del Estado e interés que protege; y en el caso de la vulneración, se refiere a los acontecimientos dañosos que de alguna forma violentan bienes que el Estado por principio tienen el deber de someterlos a su protección.

e. ¿La inclusión del Principio de Oportunidad en el sistema procesal ecuatoriano es un factor positivo o negativo?.- Es altamente positivo porque al incluirlo dentro del procedimiento penal, se estaría permitiendo la descongestión de los archivos de las oficinas de las Fiscalías y los Juzgados, dejando a cargo tanto de los fiscales como los jueces el conocimiento y resolución de los expedientes en los que en efecto se haya atentando en contra de los intereses del Estado y lesionado enormemente el de los particulares. De otro lado, permite a la fiscalía escoger entre adelantar una investigación o extinguir la acción penal iniciada garantizando la reparación del daño a la víctima.

f. ¿Qué cambio se debería dar en la aplicación del Principio de Oportunidad?.- Su inclusión como instrumento para buscar mayor eficacia en la justicia, al concentrar su acción en la persecución de los delitos más graves, es comprensible desde las tesis criminológicas modernas, que se preocupan por dar respuestas proporcionadas según los hechos que se investigan, ponderando el caso individual y las consecuencias de la pena. También en supuestos como la pena natural, donde la sanción carece de sentido, la figura parece ser una respuesta apropiada. Por lo tanto, estimo que por ahora no se debería dar mayores cambios, lo que si fuera positivo es que se aplique este procedimiento en la gran mayoría de los procesos en trámite.

4. 3. Opinión de un Abogado en libre ejercicio

a. ¿Cuál es su papel en la aplicación del Principio de Oportunidad?.- Con la prerrogativa que tiene actualmente el Fiscal para decidir si un hecho amerita iniciar la acción penal y en ocasiones desistir de ella, todo bajo la mirada del juez de garantías penales, corresponde a los abogados en libre ejercicio, defensores más específicamente, buscar el diálogo con el Fiscal, con la intención de buscar una salida que no tenga que ver

necesariamente con la iniciación de la causa penal, o en caso de ya estar iniciada, buscar una alternativa de solución.

b. ¿Cuál es la forma de calificación del fundamento para la aplicación del Principio de Oportunidad?.- El fundamento para aplicar el principio de oportunidad, no sola se la encuentra en las reformas realizadas al Código de Procedimiento Penal, sino en la Constitución, que tiene el carácter de ser garantista, y como tal la aplicación del principio de mínima intervención penal, también garantizado en la Constitución.

c. ¿Considera que la enumeración taxativa de las causales para la aplicación del Principio de Oportunidad y no dejar un amplio margen de movilidad e interpretación al fiscal, constituye algo positivo?.- En realidad me parece que debería ampliarse más allá de la enumeración señalada en la reforma, para que los interesados en el caso tengan una mayor posibilidad de exposición sobre el fundamento para la posible aplicación del principio de oportunidad.

d. ¿Qué se considera por interés público y vulneración de los intereses del estado, como causales para la aplicación del Principio de Oportunidad?.- Desde la óptica del ejercicio profesional el interés público lo constituye todo bien jurídico protegido por el estado que tenga una gran relevancia y cuya vulneración podría acarrear una grave conmoción dentro de la sociedad.

e. ¿La inclusión del Principio de Oportunidad en el sistema procesal ecuatoriano es un factor positivo o negativo?.- Desde todo punto de vista, la incorporación del principio de oportunidad en un hecho de gran relevancia dentro del proceso penal ecuatoriano puesto que con este principio se va a descongestionar la justicia y va a tomar un papel más preponderante la política criminal que pretende que la acción penal sea para los casos de mayor relevancia.

f. ¿Qué cambio se debería dar en la aplicación del Principio de Oportunidad?.- Analizar a futuro un alcance para otro tipo de delitos sin que haya una limitación a los de

prisión de hasta cinco años, sería una buena opción para el debate a futuro, para permitir que ciertos delitos sancionados con reclusión en instancia menores, también se aplique el principio de oportunidad.

CONCLUSIONES

Luego de la realización de este trabajo, El Principio de Oportunidad en el Proceso Penal Ecuatoriano, del análisis teórico y la confrontación de los criterios que han emitido los tratadistas sobre el tema, y llegando a las opiniones de los operadores de justicia de nuestro país, se concluye lo siguiente:

- Con la consolidación de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, tal cual lo manda el Art. 1 de la Constitución vigente, y el respeto a las garantías del derecho al debido proceso, la implantación de un modelo acusatorio oral en que se cumpla realmente con el principio de oportunidad y de mínima intervención penal, establecidos en el Art. 195 de la Constitución Política del Ecuador del 2008, es lo que la sociedad ecuatoriana demanda.
- La Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, promulgada en el Registro Oficial número 555 de 24 de marzo de 2009, contiene importantes reformas, y entre ellas se incorpora el Principio de Oportunidad, que busca que la justicia sea más expedita.
- Es en el Art. 15 de esta ley reformativa, que consta de cinco artículos innumerados que deben agregarse luego del Art. 39 del Código de Procedimiento Penal, y en su tercer artículo innumerado, se regula la abstención del Fiscal para iniciar la investigación penal y del desistimiento de la ya iniciada cuando se hubiere realizado una eficiente utilización de los recursos disponibles para la investigación penal.
- Con la inclusión del Principio de Oportunidad se abrió un debate sobre su aplicación, en cuanto muchos veían a este como una contraposición al Principio de Legalidad, entendiendo por este que es aquel en el que necesariamente un procedimiento penal debe incoarse ante la sospecha de comisión de cualquier hecho delictivo, sin que la Fiscalía pueda instar el sobreseimiento, mientras subsistan los presupuestos que lo han originado y además, se haya descubierto a un presunto autor, es decir, exista un imputado en la causa. Característica del principio de legalidad es la irrevocabilidad, irrenunciabilidad y obligatoriedad del ejercicio de la acción penal.

- En caso del Principio de Oportunidad, se indica que los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma, a ejercitarla, incoando el procedimiento o facilitando su sobreseimiento.
- El debate y la discusión sobre la naturaleza del Principio de Oportunidad queda resuelto cuando la norma constitucional manda claramente que la oportunidad es un principio, de tal manera que el tema ya no admitiría debate.
- En nuestra legislación se acogió el Principio de Oportunidad Reglado, es decir, existen pautas que no dejan un margen más amplio de movilidad e interpretación al Fiscal, y que es más propio de los estados europeos, pues en el sistema anglosajón, como en Estado Unidos de Norteamérica, se utiliza el sistema de oportunidad discrecional.
- La reforma establece la facultad que tiene el Fiscal para abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada, en los casos previamente señalados, y que son: cuando el hecho constitutivo del presunto delito no comprometa gravemente el interés público; cuando no implique vulneración a los intereses del estado; cuando tenga una pena privativa de libertad máxima de hasta cinco años; cuando al cometer el delito el infractor sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal; y, en los delitos culposos cuando los únicos ofendidos fueren su cónyuge o pareja y los familiares comprendidos hasta el segundo grado de consanguinidad.
- El Principio de Oportunidad parece como una respuesta a las limitaciones que tiene el sistema penal con la intención de dar solución a los reclamos que son puestos en su conocimiento.
- El Principio de Oportunidad viene de la mano con el Sistema Acusatorio, y a nuestro entender no es contrario al Principio de Legalidad, y bien se puede indicar que es una estrategia de protección del Estado, que permite una salida rápida en la resolución del conflicto.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

- ALBÁN GÓMEZ Ernesto. **Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General**. Ediciones legales S. A. Quito-Ecuador. Septiembre 2009.
- BUCHELI MERA Rodrigo. **Derecho Procesal Penal Sistema Acusatorio Hacia la Justicia Penal Crítica**. Editorial Universitaria. Quito-Ecuador. 2009.
- CUEVA CARRIÓN Luis. **Comentarios a la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal**. Tomo I. Primera Edición. Ediciones Cueva Carrión. Quito-Ecuador. 2009.
- FLORES SERRANO Gil. **Juicio Penal de Procedimiento Especial Abreviado**. Edición Imprenta EUROECUATORINA INDGRAFSA S.A. Primera Edición. Quito-Ecuador. 2008.
- FLORES SERRANO Gil. **La Sentencia del Tribunal de Garantías Penales en el actual sistema procesal oral acusatorio**. Edición Imprenta EUROECUATORIANA INDGRAFSA S.A. Primera Edición. Quito-Ecuador. 2009.
- ROXIN Claus. **Derecho Procesal Penal**. 2 tomos. Traducción de la 25ava edición alemana de Gabriel E. Córdova y Daniel R. Pastor, revisada por julio B. J. Maier. Editores del Puerto s. r. l. Buenos Aires-Argentina. 2008.
- VALDIVIESO VINTIMILLA Simón. **Índice Analítico y Explicativo del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano**. Ediciones CARPOL. Primera Edición. Cuenca-Ecuador. 2007.
- VALDIVIESO VINTIMILLA Simón. **El Derecho a un Juicio Rápido**. Ediciones CARPOL. Primera Edición. Cuenca-Ecuador. 2010.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal Parte General**. Cinco Tomos. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires-Argentina. 1998.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl. ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro. **Derecho Penal Parte General**. Segunda Edición. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires-Argentina. 2002.

- ZAMBRANO PASQUEL Alfonso. **Estudio Introductorio a las Reformas al Código de Procedimiento Penal.** Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2009.

Textos legales:

- **Constitución de la República del Ecuador.** Publicación oficial de la Asamblea Constituyente. 2008.
- **Código Penal.** Corporación de Estudios y Publicaciones. 2006.
- **Código de Procedimiento Penal.** Corporación de Estudios y Publicaciones. 2006.
- **Ley Reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal.** Registro Oficial número 555 de 24 de marzo de 2009.

Páginas Web:

- www.minjustica-ddhh.gov.ec
- www.revistajuridicaonline.com
- www.pensamientopenal.com.ar
- www.alfonsozambrano.com
- www.derechoecuador.org.
- www.apuntesjuridicos.com.ec
- www.carlosparma.com.ar