



**VNIVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

**ESCUELA DE DOCTORADO
'STUDII SALAMANTINI'**

**PROGRAMA DE DOCTORADO
ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL**

TESIS DOCTORAL

**LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
OPORTUNIDAD COMO MECANISMO DE
POLÍTICA CRIMINAL EN LA ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA PENAL EN ECUADOR**

MERCK MILKO BENAVIDES BENALCÁZAR

Salamanca | 2017



**VNIVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

**ESCUELA DE DOCTORADO
'STUDII SALAMANTINI'**

**PROGRAMA DE DOCTORADO
ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL**

TESIS DOCTORAL

**LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
OPORTUNIDAD COMO MECANISMO DE
POLÍTICA CRIMINAL EN LA ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA PENAL EN ECUADOR**

MERCK MILKO BENAVIDES BENALCÁZAR

Tesis Doctoral presentada para obtener el grado de Doctor por la
Universidad de Salamanca, dirigida por el **Dr. D. NICOLÁS
RODRÍGUEZ GARCÍA** (Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad de Salamanca)

Salamanca | 2017

ÍNDICE

ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I: LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL EN ECUADOR: RETOS Y OPCIONES DE MEJORA	19
1. Cuestiones preliminares	19
2. El rol de la Administración de Justicia penal en el Estado de Derecho	24
2.1. La Administración de Justicia penal y la seguridad ciudadana	34
2.2. La Administración de Justicia penal como presupuesto específico de la libertad general de acción en una sociedad compleja	45
2.3. La Administración de Justicia penal y el respeto de los derechos humanos del justiciable	47
3. El sistema de la justicia penal en Ecuador	55
3.1. Características básicas	64
3.2. Causas de la crisis del modelo actual	85
3.2.1. Instrumentos normativos deficientes	85
3.2.2. Falta de idoneidad de los funcionarios y jueces penales	87
3.2.3. Deficiente sistema de elección de Jueces y Magistrados	89
3.2.4. La inadecuada reforma del sistema procesal penal	91
3.2.5. La incorrecta regulación del principio de oportunidad en la legislación penal	92
4. La opción por el sistema acusatorio oral en la Administración de Justicia penal	96
4.1. Planteamiento general	97
4.2. El garantismo como aspecto fundamental en el sistema acusatorio oral	102
4.3. Aspectos relacionados con el derecho al proceso debido	104
4.3.1. El derecho a un juez independiente	107

4.3.2. El derecho a un juez imparcial	111
4.3.3. Derecho a contar con una defensa técnica adecuada	113
4.3.4. Derecho a un pronunciamiento oportuno por parte del juzgador	118
4.3.5. La prueba en el proceso penal	119
4.3.6. La presunción de inocencia del procesado	121
4.4. El principio de legalidad y la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal	124
4.5. La búsqueda de soluciones rápidas en la Administración de Justicia penal y sus efectos jurídicos	125
CAPÍTULO II: EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL DEL ECUADOR	139
1. Introducción	139
2. Definición del principio de oportunidad	141
3. Origen y formas de entender el principio de oportunidad	155
4. Características del principio de oportunidad	157
5. Relevancia del principio de oportunidad	160
5.1. La aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal	169
5.2. El principio de oportunidad y el desinterés público en la persecución penal	176
5.3. El principio de oportunidad como mecanismo procesal para mejorar la eficacia del sistema penal	179
5.4. El empleo de las facultades de oportunidad como mecanismo para enfrentar el fenómeno delictivo	188
5.5. La reparación integral a la víctima como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad	192
6. El principio de oportunidad y su compatibilidad en el Estado constitucional de derechos y justicia	203
6.1. El principio de oportunidad y su relación con los principios de mínima intervención penal y legalidad	209
6.2. La aplicación del principio de oportunidad y el derecho a una tutela judicial efectiva	215
6.3. Legalidad y oportunidad: contraposición frontal	220

7. Aspectos fundamentales del sistema penal y aplicación del principio de oportunidad	225
7.1. Aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal	228
7.2. Criterios jurídicos para aplicar el principio de oportunidad	233
7.3. Ámbito de aplicación del principio de oportunidad	239
7.4. Procedimiento legal a seguir para aplicar el principio de oportunidad	245
7.5. Efectos jurídicos de la aplicación del principio de oportunidad	248

CAPÍTULO III: EL ROL DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN ECUADOR

CAPÍTULO III: EL ROL DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN ECUADOR	253
1. Planteamiento general	253
2. Los sujetos procesales en el proceso penal	259
2.1. Rol del fiscal con relación a la aplicación del principio de oportunidad	274
2.2. Rol del sospechoso o procesado en la aplicación del principio de oportunidad	285
2.3. Rol de la defensa en relación con la aplicación del principio de oportunidad	297
2.4. Presencia de la víctima	309
3. Papel del órgano jurisdiccional	324
3.1. Principios y valores de jueces y magistrados	325
3.2. Principios que informan la actividad jurisdiccional	332
3.3. Formas de control del principio de oportunidad por parte de los órganos jurisdiccionales	337
4. Consecuencias jurídicas de la aplicación del principio de oportunidad respecto de los sujetos procesales	342

CAPÍTULO IV: HACIA UNA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EFICIENTE. MODELO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

CAPÍTULO IV: HACIA UNA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EFICIENTE. MODELO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	349
1. Introducción	349
2. Manifestaciones del principio de oportunidad	351
2.1. La conciliación o acuerdo reparatorio	352
2.2. La suspensión condicional de la pena	356

2.3. El proceso de menores	361
2.4. El procedimiento directo	369
2.5. El procedimiento abreviado	372
2.6. El procedimiento expedito	383
3. Efectos de otras figuras jurídicas del sistema penal y su relación con el principio de oportunidad	387
4. Modelo para la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal	400
4.1. Aspectos generales	400
4.2. Premisas del modelo	405
4.2.1. Legalidad	405
4.2.2. Regulación	406
4.2.3. Humanidad	406
4.2.4. Oralidad	407
4.3. Principios del modelo	408
4.3.1. Correspondencia con la política criminal	409
4.3.2. Tutela judicial de los derechos de la víctima y sospechoso o procesado	410
4.3.3. Inmediación, concentración y celeridad procesal	410
4.3.4. Control judicial	412
4.3.5. Prevención	413
4.3.6. Objetividad	414
4.4. Componentes del modelo	415
4.4.1. Normas jurídicas	418
4.4.2. Política criminal	422
4.4.3. Tipologías penales	423
4.4.4. El procedimiento	424
4.4.5. Rol de los sujetos procesales	427
4.4.6. Derechos fundamentales de la víctima y sospechoso o procesado	428
4.4.6.1. Derechos fundamentales de la víctima	429
4.4.6.2. Derechos fundamentales del sospechoso o procesado	432
4.5. Guía para la aplicación del modelo	437
4.5.1. Procedimiento de aplicación del principio de oportunidad	437
4.5.2. Petición fiscal solicitando día y hora para la audiencia	437
4.5.3. Audiencia pública y contradictoria	438

4.5.4. Intervención de los sujetos procesales	438
4.5.5. Decisión del juzgador	439
4.6. Revisión y mejoramiento continuo del modelo	440
4.7. Validación del modelo	441
CONCLUSIONES	445
BIBLIOGRAFÍA	455
ANEXO	479

ABREVIATURAS

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos

CCE: Corte Constitucional del Ecuador

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CJ: Consejo de la Judicatura

CNJE: Corte Nacional de Justicia del Ecuador

COFJ: Código Orgánico de la Función judicial

COFJ: Código Orgánico de la Función judicial

COIP: Código Orgánico Integral Penal

CONA: Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

CRE: Constitución de la República del Ecuador

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos

FGE: Fiscalía General del Estado

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

SCCE: Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador

INTRODUCCIÓN

Distintos elementos han venido suscitando polémica en el ámbito de la Administración de Justicia penal, los cuales han conducido a reformas en los códigos procesales penales de mayor o menor calado. Entre ellos, la potestad del Estado de perseguir e imponer un castigo a quienes son responsables frente a diversos actos u omisiones tipificados penalmente, surgiendo unas pautas de actuación en diferentes operadores jurídicos que van relajando la aplicación inflexible de la legalidad procesal. Todo en pro de la eficacia de la justicia penal y de calmar las ansias de celeridad y rapidez reclamadas por la ciudadanía.

Se trata de cuestión nada pacífica en la doctrina, la cual ha generado profundos debates extendidos incluso al análisis de la finalidad de las penas. En este marco, diversas teorías se han ocupado del estudio del principio de oportunidad, bajo cuya cobertura han adquirido carta de naturaleza mecanismos que han logrado relevancia en la práctica jurídica y que con el paso de los años han ido encontrando asidero en diferentes legislaciones, práctica forense a la que Ecuador no ha podido ni querido permanecer ajena, en especial con ocasión de la reciente promulgación del Código Orgánico Integral Penal.

La oportunidad se presenta como par contradictorio de la legalidad, que constituye una categoría general del Derecho con manifestación en todos los campos normativos. De forma usual se entiende que es el respeto a lo normado o, en otras palabras, la observancia irrestricta de lo establecido en ley por los ciudadanos y el Estado.

En el ámbito penal la legalidad cobra singular relevancia y se le identifica con el brocardo *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Conocido también como principio de necesidad u obligatoriedad en el campo procesal penal, se basa esencialmente en la obligación del Estado de perseguir toda aquella conducta que revista características de delito según los elementos de tipicidad contenidos en la legislación penal vigente, de forma tal que no es dable dejar a la voluntad de ninguna institución o individuo los criterios de persecución, sino que debe operar con carácter automático. Mientras exista la norma penal que considere

como delito una determinada acción u omisión, el órgano de enjuiciamiento está en la obligación de perseguirlo.

Esa es la regla y, precisamente, como su antítesis se presenta el principio de oportunidad. Así, cuando un ordenamiento esté informado por el principio de oportunidad, la autoridad estatal a cargo de la persecución penal tiene facultades para disponer o no el inicio de investigaciones ante el conocimiento de un hecho que esté legalmente tipificado como delito. Por ello, se ha tratado de encontrar su origen en el espíritu práctico y utilitario que impera en el proceso de corte anglosajón en el cual se reconoce la posibilidad de que ante la aceptación por parte del acusado de los cargos que se le formulan, pueda entrar en una negociación —explícita o implícita— con el Fiscal, sujeta a aprobación del Tribunal, lo que se conoce como *plea bargaining system*.

A día de hoy, en todos los países se vienen examinando las posibles opciones al juzgamiento de todas las conductas presuntamente delictivas: procedimientos abreviados y alternativos al ordinario, juicios rápidos, monitorios penales e incluso, la mediación penal. Es en este mismo contexto emerge la oportunidad como viable opción, cuando menos en el entendido de que debe ser aplicado —únicamente— respecto de específicos tipos penales y sobre la base de causales expresamente determinadas en la ley, a fin de evitar innecesarios enjuiciamientos y saturación del sistema de justicia penal. Para que así sea resulta fundamental que el Fiscal actúe de manera objetiva y, en todos los casos que así lo amerite, le invoque al Tribunal su aplicación, con el fin de alcanzar la extinción de la acción y el archivo anticipado de la causa.

Este principio de oportunidad, o cuando menos muchas de sus manifestaciones más generalizadas, guardan relación con la política criminal de un Estado en un momento histórico concreto y con una concepción de hasta dónde se deben —y pueden— flexibilizar derechos y garantías procesales fundamentales reconocidas en constituciones y tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos.

La realidad jurídica de Ecuador y de otros países de América Latina — Argentina, Costa Rica, Chile, Venezuela, Perú, Uruguay, etc.— pone de manifiesto la necesidad de tener que disponer de un modelo jurídico sobre la aplicación del principio de oportunidad como un mecanismo de política criminal que garantice los derechos y garantías tanto del infractor como de la víctima. La regulación de bases jurídicas específicas ha de contribuir a evitar situaciones que por falta de acción o por medidas severas innecesarias, poco o nada contribuyen

a enaltecer al sistema de la administración de justicia. La materialización del principio de oportunidad debe brindar respuestas eficaces para atender los diversos reclamos presentados a los órganos de justicia, al establecer pautas que permitan garantizar los derechos involucrados y evitar en el futuro nuevas situaciones de vulneración.

De todo lo expuesto anteriormente se puede identificar el siguiente *problema científico*, a despejar en este trabajo de investigación doctoral: ¿Cómo lograr una Administración de Justicia penal más eficiente, que se caracterice por su celeridad y descongestión, a través de la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, sin que se vulneren los derechos fundamentales de la víctima y del acusado en Ecuador?

En el primer Capítulo se realiza un estudio sobre la Administración de Justicia penal en Ecuador, a partir del análisis de la parte orgánica de la función judicial que comprende su objeto, la seguridad ciudadana, el respeto de los derechos humanos de los justiciables, con énfasis en el modelo de justicia penal imperante en el país. Asimismo, se valoran las causas por las que este autor considera que dicho modelo se encuentra en crisis, entre las cuales se precisan las deficiencias de las normas jurídicas, tanto sustantivas como adjetivas, la falta de idoneidad de los jueces como resultado de una exigua capacitación, así como un deficiente sistema de elección de los juzgadores y de otros operadores de justicia, pues aun con la reforma legal realizada en febrero de 2014, que implementa un sistema acusatorio oral, no se logra una materialización de la justicia a la que se aspira. Concluye este Capítulo con apostillas al garantismo en el sistema imperante en materia penal, donde se profundiza respecto a los derechos y garantías a observar, tanto en el trámite ordinario, como en los procedimientos especiales, así como otros elementos jurídicos que tributan al nuevo modelo que se propugna de aplicación del principio de oportunidad.

En el segundo Capítulo se efectúa un estudio sobre el principio de oportunidad en el proceso penal, desde el punto de vista doctrinal, a partir de las consideraciones de varios tratadistas extranjeros y nacionales, en el entendido de su definición, características, aplicación en un Estado constitucional de derechos y justicia, su relevancia como mecanismo de política criminal y procesal con el propósito de mejorar la eficiencia del sistema penal, cual baremo de realización de una tutela judicial efectiva. Cierra esta parta del trabajo con el análisis de las causales vigentes en las que procede la aplicación del principio de oportunidad,

su trámite legal y la relación que guarda con otros principios del debido proceso, fundamentalmente con el de mínima intervención penal y el de legalidad.

En el tercer Capítulo se aborda el rol que desempeñan cada uno de los sujetos procesales en la aplicación del principio de oportunidad en el sistema jurídico-penal ecuatoriano. De manera que se particulariza en la labor del Fiscal como titular del ejercicio público de la acción penal; en la visualización de la víctima como la parte que sufre el gravamen a consecuencia de la comisión del delito; el sospechoso o procesado considerado como el sujeto activo del delito y la defensa técnica que puede hacer un abogado en libre ejercicio de su profesión, ya sea del procesado o de la víctima o un defensor público, profesionales que tienen como responsabilidad principal prestar una defensa técnica y especializada a fin de garantizar los derechos de la víctima y del procesado, que constituyen los sujetos más vulnerables en una contienda de carácter penal.

En el Capítulo final se realiza un estudio sobre otras figuras jurídicas que tienen relación con el principio de oportunidad, entre las cuales constan: la conciliación o acuerdo reparatorio, que se basa en el acuerdo de voluntades entre la víctima y el procesado; la suspensión condicional de la pena, en cuyo procedimiento si bien es cierto que el juzgador dicta una sentencia condenatoria, en delitos menores y bajo el cumplimiento de algunas condiciones que deben ser cumplidas por el sentenciado, se le suspende el cumplimiento de la pena privativa de libertad; y, el proceso a menores de edad, en el cual si bien se dicta una sentencia, el juzgador no le impone una pena, sino únicamente medidas socio educativas. Igualmente, se analizan otras figuras jurídicas que, de alguna manera se relacionan con el principio de oportunidad, y estos procedimientos son: el directo, que procede en delitos flagrantes; el abreviado en delitos sancionados con penas privativas de la libertad de hasta diez años; y, el expedito que permite juzgar las contravenciones.

Todo lo estudiado anteriormente nos ha permitido construir el marco teórico referencial de la investigación sobre el principio de oportunidad como mecanismo de política criminal en la Administración de Justicia penal en Ecuador. Finalmente consta la propuesta que soluciona el problema científico planteado, en tanto se concibe un modelo para la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, que contiene un análisis de las premisas, los principios y sus componentes que son: las normas jurídicas; la política criminal; tipologías penales; el procedimiento legal para su aplicación; el rol de los sujetos procesales; y, los derechos fundamentales de la víctima y el

procesado. En este capítulo se incluye además la revisión y mejoramiento continuo del modelo y la validación de la solución propuesta.

CAPÍTULO I

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL EN ECUADOR: RETOS Y OPCIONES DE MEJORA

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Son las leyes de cada país las que determinan que la justicia sea o no ágil, logre o no la paz social, por lo cual éstas deben ser concordantes entre sí y evitar que se tornen anacrónicas o contradictorias en relación con la realidad que deben reflejar. La técnica jurídica ha buscado siempre respaldar escenarios fácticos y para ello favorece la regulación de procedimientos claros, que permitan cumplir con los principios de celeridad y tutela judicial efectiva. Así, se evita que ciertos trámites judiciales duren lapsos indefinidos hasta conseguir que se dicte una decisión judicial que cause ejecutoria, en franca vulneración de los derechos indispensables de los usuarios del sistema de justicia; sin embargo, no es suficiente únicamente con la existencia de leyes procesales, sino que deviene imperativo que todo el sistema penal funcione de manera integral, en pro de los derechos de los justiciables y, de manera especial, que vayan de la mano con la evolución de la sociedad.

Resulta también indispensable que la función judicial cuente con los recursos necesarios para hacer efectivos los derechos legalmente protegidos, tanto por los convenios internacionales de derechos humanos, como por la CRE y las leyes, en sentido general; recursos jurídicos que deben ser empleados en forma óptima, de tal manera que cubran las necesidades principales de los operadores de justicia, como la capacitación de los funcionarios judiciales, quienes son los encargados de aunar todos sus esfuerzos para hacer efectiva la justicia en materia penal. De manera que, en esta función del Estado, deben laborar letrados (juzgadores) e instruidos (empleados judiciales) de acuerdo a cada una de las funciones que desempeñan de manera especializada, a fin de cristalizar una Administración de Justicia penal eficiente y con un alto grado de aceptación por parte de la sociedad.

Los jueces deben unificar criterios en pro de la seguridad jurídica, por lo que sus resoluciones deben contener a más del presupuesto fáctico, doctrina jurídica

de alto nivel, jurisprudencia especializada de acuerdo al caso concreto y un análisis jurídico de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la CRE y las leyes; es decir, que las decisiones judiciales deben ser debidamente motivadas según lo que dispone el art. 76.7.1 de la Carta Magna del Ecuador¹, en evitación de posibles arbitrariedades de los jueces y magistrados en su potestad pública de administrar justicia en cada una de las materias especializadas en el campo penal, ya sean infracciones de tránsito, menores infractores, delitos o contravenciones. Variantes que encuentran previsión en la letra del COIP, excepto los asuntos de menores de edad que se regulan por el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA)².

La Administración de Justicia penal es una actividad que le concierne específicamente a los jueces y tribunales que tienen jurisdicción y competencia en esta materia; competencia que nace de la CRE y de la ley, y que, como suele suceder, se distribuye en razón del territorio³, la materia, grados y personas. A partir de la observancia de la competencia como presupuesto de actuación, los administradores de justicia en materia penal conocen y resuelven los casos puestos a su conocimiento, siempre a partir de los cuatro aspectos antes indicados y del sorteo de ley, en cuya virtud se radican las causas en cada uno de los jueces o tribunales, en las diferentes etapas del proceso penal y para la impugnación a través de los recursos que franquea la ley.

Son precisamente los jueces los que ejercen la administración de justicia a nombre del pueblo, en razón de que Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia. Función judicial⁴ en la que deben cumplirse los principios del debido proceso, en especial el de unidad jurisdiccional, oralidad, concentración, contradicción, dispositivo, oportunidad, favorabilidad, gratuidad, publicidad, eficiencia, eficacia, celeridad, proporcionalidad y otros que están determinados

¹ Cf. Artículo 76.7.1 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R.O. N.º 449, de 20 de octubre de 2008.

² Respecto de la caracterización o tipificación delictiva de determinados actos humanos realizados por mayores o menores de edad, se encuentran específicamente desarrollados en el primer cuerpo legal indicado; pero, en el caso de las medidas socioeducativas, están contenidas en normas especiales, en atención a que a los menores infractores no son considerados delincuentes y, por tanto, no se les puede aplicar el Derecho Penal.

³ En el país, la Administración de Justicia penal está distribuida entre los jueces y tribunales en razón del territorio, el que se encuentra dividido en provincias y cantones, correspondiéndole al Consejo de la Judicatura, designar jueces de acuerdo a la población existente en cada territorio, la carga laboral y las necesidades de cada uno de los grupos sociales; aspectos que son determinados, previo a un estudio técnico, por parte de funcionarios del CJ. Arts. 167, 177 y 178 CRE.

⁴ Cfr. art. 167 CRE.

de manera expresa en la CRE, Código Orgánico de la Función judicial(COFJ) y COIP.

A tenor del principio de unidad jurisdiccional, el máximo organismo de administración de justicia ordinaria es la Corte Nacional de Justicia del Ecuador (CNJE); cuerpo colegiado que está integrado por veintiún jueces y organizado en seis salas especializadas⁵ (Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito) que tienen competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión de todas aquellas causas en que las partes hayan interpuesto algunas de estas impugnaciones, así como los hechos delictivos en los que los procesados gozan de fuero de CNJE. En este último supuesto, las dos primeras etapas del proceso, tanto la instrucción fiscal como la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, son controladas y resueltas por un juez de la sala antes referida hasta dictar el auto respectivo, que puede ser de llamamiento a juicio - cuando existen los elementos de convicción para establecer la existencia de la infracción y la presunción de participación del procesado-, o auto de sobreseimiento cuando no se ha logrado durante la investigación realizada por el Fiscal General del Estado demostrar los presupuestos de enjuiciamiento. Ya en la etapa de juicio, el conocimiento y resolución concierne a tres jueces de la sala de especialidad, mientras que la apelación, casación y revisión corresponde a otros tribunales de tres jueces diferentes, cuya competencia se atribuye por el sorteo de ley.

Siguiendo la línea expositiva de competencia regional, resulta preciso indicar que en cada provincia existe una corte integrada por el número de jueces que satisfagan las necesidades de la población, en cuya virtud se distribuye el conocimiento según se trate de delitos, contravenciones o menores infractores; aunque también existe la posibilidad de que se constituyan cortes integradas por jueces multicompetentes, pues conocen y resuelven causas de todas las materias. A su vez, en cada uno de los cantones que integran una provincia, existen jueces especializados en las áreas penales y, en algunos casos, conocen y resuelven juicios de todas las materias, en consideración de que es mínimo el número de conflictos jurídicos en cada materia en esas jurisdicciones territoriales y, por ello, el CJ ha establecido que los juzgadores sean multicompetentes, con la finalidad de racionalizar los recursos humanos en razón de la carga laboral existente y de la diversidad de conflictos que asume.

⁵ Cfr. art. 182 de la CRE.

La multicompetencia es violatoria del principio de especialidad que ha de prevalecer en la administración de justicia y que resulta de raigambre constitucional, por lo que se hace necesario que la jurisdicción y competencia de los jueces se radique sobre la base de un modelo de gestión que permita cumplir con la normativa establecida en los convenios internacionales de derechos humanos y la CRE, lo cual favorece que se garanticen los derechos de la víctima y del sospechoso o procesado en los litigios de carácter penal, fundamentalmente en los casos en que procede la aplicación del principio de oportunidad.

Es importante destacar que, según las normas jurídicas vigentes en Ecuador, existen dos clases de atribución de fueros: los ciudadanos que gozan de fuero de Corte Provincial de Justicia y los de Corte Nacional Justicia, los que son aplicables a ciertos servidores públicos en atención a su jerarquía y a las facultades que les otorgan la CRE y la ley. Ordenación que responde a la finalidad de garantizar que los sospechosos o procesados, sean juzgados por jueces independientes e imparciales, siempre bajo el prisma de que la función judicial goza de independencia interna y externa, lo cual significa que nadie puede interferir en la labor del juzgador⁶.

También forma parte de la administración de justicia en materia penal, en el entendido de organismo autónomo e independiente, la FGE como institución titular del ejercicio público de la acción penal, cuya máxima autoridad es el Fiscal General. Corresponden a esta última autoridad cumplir con las atribuciones y facultades a nivel nacional, para investigar casos penales en contra de las personas que gozan de fuero de CNJE y, por otro lado, en cada provincia existe un fiscal provincial que conoce o investiga la comisión de delitos en los que se encuentren involucradas personas que gozan de fuero de corte provincial.

Los demás fiscales realizan sus actividades investigativas de manera especializada, en razón de los tipos penales, están sometidos al régimen de carrera fiscal como dispone el art. 289 inciso cuarto del COFJ, es decir que no pueden ser removidos de sus cargos, excepto en los casos de indisciplina, excepto el fiscal general, quien es designado por un periodo de seis años como expresamente dispone el art. 196.3 inciso segundo de la CRE, sin que exista la posibilidad de ser reelecto y su función específica es la de representar legalmente a la institución a fin de que cumpla con su propósito fundamental de investigar

⁶ Sabido resulta que si el juzgador incumple el principio de independencia, es decir, se deja influir ya sea por asuntos políticos, económicos, sociales o de cualquier otra índole en el cumplimiento de su función, le puede acarrear responsabilidad administrativa, civil y penal; en este último caso, si comete algún delito tipificado y sancionado en la ley penal.

los delitos del ejercicio público de la acción, con sujeción a los principios de objetividad y mínima intervención penal, que constituyen los pilares fundamentales en la investigación.

Otro organismo que ostenta la calidad de autónomo de la función judicial, es la Defensoría Pública, que según la normativa jurídica vigente tiene como finalidad esencial asumir la defensa técnica en todas las materias y, en especial, en lo penal, ya sea a favor de la víctima o del procesado. La máxima autoridad de esta institución es el Defensor Público Nacional, mientras que en cada provincia existe un defensor público provincial y los demás que asumen la defensa técnica en materias especializadas, previo a una distribución de causas de manera equitativa para cada uno de ellos, con lo cual se busca garantizar el derecho de defensa de la víctima y del procesado.

Hasta aquí, puede apreciarse que existe en el Ecuador un sistema lógicamente estructurado para la administración de justicia en sede penal, con más o menos aciertos que iremos desbrozando en el presente informe; pero resulta necesario dejar sentado que el más perfecto esquema puede no funcionar si no tiene en cuenta la realidad circundante y la norma a la que se debe. Por ello, resulta válido tener en cuenta a NINO, quien asevera: "Hoy en día resulta muy difícil negar la influencia recíproca entre el derecho y las circunstancias sociales y económicas. Los cambios producidos en la sociedad se reflejan, más tarde o más temprano, sobre el ordenamiento jurídico y éste, a su vez, suele servir de promotor de nuevas pautas sociales (lo que no se concilia fácilmente con la idea marxista de que el derecho es parte de la "superestructura" de una sociedad y como tal, se limita a reflejar y proteger el sistema de producción existente y los intereses de la clase dominante)"⁷.

El autor de esta investigación comparte los criterios esgrimidos por el experto en lo referido al hecho de que existe una estrecha relación entre el Derecho y las circunstancias socio-económicas; sin embargo, no coincide en lo concerniente a la conciliación con la teoría marxista, pues precisamente por formar el Derecho parte de la superestructura, en la medida que transcurran los cambios socio-económicos en una sociedad, que siempre responderán a la clase dominante, ocurrirán transformaciones con huella en la ciencia jurídica.

De manera que es necesario discurrir que el Derecho evoluciona en consonancia con los cambios que se producen en la sociedad, así como al avance de la ciencia y la tecnología y como expresión de los intereses de la clase social

⁷ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 316.

que ostenta el poder económico, por lo que ante esta realidad de perogrullo deviene en imperativo un cambio en las viejas estructuras imperantes y que ello encuentre apoyatura tanto en normas jurídicas atemperadas a las necesidades de la sociedad como en aquellas posiciones teóricas de avanzada que rigen en cada rama del Derecho. En el específico contexto penal, el debido proceso y todo lo que ello implica desde el punto de vista de garantías, sustenta la aplicación del principio de oportunidad, sin vulneración de la igualdad, la justicia y el respeto a la ley, como premisas propias de una administración de justicia coherente con los postulados constitucionales, sociales y políticos que le informan.

2. EL ROL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE DERECHO

La Administración de Justicia penal está encaminada a garantizar los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, que por vía de norma sustantiva tipifica aquellas conductas que considera lesivas a esos bienes y, por vía de norma adjetiva, señala los cauces para enjuiciar dichas conductas. En tal virtud, es indispensable que el legislador establezca procedimientos legales expeditos, para que los operadores de justicia puedan enfrentar los litigios que se presentan entre la víctima y victimario, para lo cual resulta preciso reconocer que tanto el objeto de protección, como la Administración de Justicia penal, se encuentran amparados por el conjunto de derechos y principios requeridos para que se cumpla la función del Derecho, frente a los problemas de la sociedad.

El Derecho Penal está vinculado al cambio social y no puede remitirse a los problemas de las normas y de las infracciones del pasado, sino que siempre evoluciona en relación con la realidad. La previsión de garantías de un Derecho Penal y procedimental no son simples formalidades, sino presupuestos que justifican la indicada ciencia jurídica, por lo que deben excluirse penas sin imputación individual, conminaciones penales sin bienes jurídicos protegidos, consecuencias sin equiparación normativa y condenas sin derechos garantizados para el condenado.

La ciencia penal no solo ha de buscar la eficacia en la salvaguardia de la ciudadanía y del Estado que le representa, sino que también ha de estar atenta a cada una de las situaciones en que la política criminal puede resultar excesiva en su afán de protección, por lo que se debe pensar –y de hecho se piensa– en alternativas a la normativa jurídico penal que “flexibilicen” su típico rigor. En este ámbito nuclear del Derecho Penal tiene que continuarse honesta, precisa y

prudentemente con la imputación individual, la proporcionalidad de las penas y el respeto de las garantías fundamentales de los justiciables; contexto en el que se inserta el principio de oportunidad, como refrendación al debido proceso y a la ineludible combinación de elementos tales como la adecuación de la sanción a las particularidades del caso, las condiciones del comisor y los intereses sociales⁸. Es así, que la Carta Suprema de la República del Ecuador (art. 76 CRE) contiene postulados encaminados a la consagración del debido proceso que incluyen garantías y principios básicos, tales como el derecho de defensa, presunción de inocencia, sujeción al principio de legalidad, proporcionalidad, determinación de la eficacia probatoria e *in dubio pro reo*, entre los más significativos que se preconizan como tributo a la seguridad jurídica⁹.

A tono con los postulados básicos de la ciencia y la normativa penal, se requiere que los jueces -principales intérpretes y ejecutantes- ejerzan su labor jurisdiccional no solo como bastiones o representantes de la fuerza coercitiva del Estado, sino como garantes de la correlación que ha de existir entre la justicia social y la justicia penal, pues a través de las políticas penales se puede llegar a resolver problemas cruciales vinculados con la justicia social¹⁰.

En ese mismo orden de ideas se considera que el Derecho y la administración de justicia son de gran importancia, ya que el primero establece las reglas que rigen en la sociedad, para asegurar la convivencia pacífica de los ciudadanos, mientras que la administración de justicia es el conjunto de instituciones y de procesos formales e informales destinados a solucionar los conflictos individuales y sociales; por lo tanto, el sistema de justicia se constituye de varios elementos, tales como las normas que regulan las conductas prohibidas, el funcionamiento del sistema procesal penal y la actuación de los operadores de justicia. En clave penal se suscitan antagonismos que producen un desequilibrio entre las necesidades de protección social contra el delito y el respeto de las

⁸ HASSEMER, Winfried, "La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana", en AA.VV, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, traducido por Hernán Hormazábal Malarée, BOE, Alemania, 1993, pp. 79-80.

⁹ La Corte Nacional de Justicia de Ecuador, en su publicación *Ratio Decidendi Obiter Dicta – Sentencias 2012-2013 – Fallos de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito*, se refiere a la seguridad jurídica (pp. 291-294) en la Resolución N.º 016-2013, del Juicio N.º 389-2012, de 22 de enero de 2013: "Obiter dicta (criterios complementarios): Es obligación de los jueces cumplir las garantías del debido proceso y, así garantizar seguridad jurídica al ciudadano. La seguridad jurídica implica la certeza sobre el derecho escrito y vigente, la confiabilidad en el orden jurídico y la previsibilidad del derecho, lo que supone el cumplimiento de normas de debido proceso que aseguran el cumplimiento de un conjunto de garantías que protegen al ciudadano".

¹⁰ GARGARELLA, Roberto, *De la justicia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2008, pp. 77-80.

garantías procesales del procesado, ya que los actores del sistema basan sus decisiones en criterios intuitivos, emotivos e irracionales, cuando deben actuar bajo parámetros objetivos, reflexivos y racionales, con soporte en los principios fundamentales de accesibilidad, independencia, justeza, eficiencia y transparencia¹¹.

Por lo tanto, esta relación entre las justicias social y penal a que hace referencia GARGARELLA, permite reflexionar sobre la forma en que se administra justicia en la mayoría de los países del mundo, con la aclaración de que se utilizan medios coercitivos en contra de los infractores y, sobretodo, de los más vulnerables en la sociedad, tales como los desamparados, pobres o miserables, migrantes, lo cual constituye un indicador de discriminación.

En tal razón, los Estados siempre deben pensar -a través de sus gobernantes y de los operadores de justicia penal, en especial los fiscales y juzgadores- que la justicia penal es genérica, es decir, para todos los habitantes de una sociedad determinada, en igualdad de condiciones, sin distinción de ninguna naturaleza, sino en cumplimiento de lo legalmente establecido y con respeto a los derechos y las garantías de la víctima y procesado, que es lo que se anhela en una sociedad civilizada y con aspiraciones de justicia.

La justicia debe ser transparente en todas sus actuaciones, promoviendo el uso de procedimientos orales en el entendido de que favorecen la celeridad y el control ciudadano ante la actuación judicial, dando a conocer las leyes pertinentes, para que las causas sean resueltas con igualdad de las partes intervinientes y basadas en los méritos del proceso, el interés público y el marco legal aplicable a cada caso concreto.

Además, se pone en evidencia la justicia mediante una eficiente prestación de servicios y utilización de los medios de impugnación que concede la ley, estipulación de asistencia obligatoria de forma especializada y aplicación de mecanismos alternativos en la solución de conflictos, todo ello en aras de lograr —o al menos coadyuvar a— la descongestión de los juzgados y tribunales como escalón previo y necesario para la elevación de la eficiencia judicial. A este fin sirven como herramientas los diagnósticos de rendimiento y capacidad continua de mejora del servicio público, otorgándoles a los usuarios una información oportuna y ágil y haciéndoles partícipes de sus facultades como “inspectores” del actuar de los juzgadores; a un tiempo, resulta necesario contar con

¹¹ RICO, José, *Justicia penal y transición democrática en América Latina*, 1ª edición, Siglo Veintiuno Editores, México, 1997, pp. 15-17.

operadores de justicia dotados de formación profesional y profundo conocimiento, que sean evaluados en su desempeño y que estén conscientes del papel que desempeñan para la realización del ideal de justicia en clave penal¹².

Cuando de garantías y de realización de la justicia se habla, “cae” ineludiblemente en la labor jurisdiccional, el proceso que le sirve de cauce y el Derecho que les estudia, el Derecho procesal. Así, le corresponde al Derecho procesal penal hacer efectiva la justicia penal a través de los procedimientos mediante los cuales se realiza una investigación con la finalidad de encontrar la verdad material o por lo menos la procesal, para que sobre esta base el juzgador dicte una sentencia justa, sancionando al infractor o ratificándole el estado de inocencia, según corresponda. Sentencia que habrá de sustentarse en las pruebas incorporadas al proceso por el fiscal y en la correcta aplicación al caso de la norma, siempre con la impronta que significa la propia experiencia y el “querer hacer” del juez que en concreto resuelve.

A tono con este análisis, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN consideran que la función del juzgador no consiste solamente en la subsunción de los hechos a la norma, sino también lo que rige en concreto la vida social¹³; por lo que la aplicación de la norma penal ha de corresponder al presupuesto fáctico y a todo lo que tiene relación con la vida social donde se comete la infracción, lo que significa que algunos elementos existen fuera de lo que de manera expresa determina la ley y que ha de guiarse el juzgador por la doctrina, por la jurisprudencia y por su propia inteligencia.

Por otro lado, es preciso señalar que el objeto del procedimiento penal tiene relación con el imputado que ha cometido acciones punibles, por lo que es necesario precisar que la identidad del objeto del proceso tiene dos componentes: la identidad de la persona y la identidad del hecho¹⁴. Es decir, que en el procedimiento judicial que se sigue en contra del procesado, es necesario que se llegue a determinar de manera precisa, tanto el presupuesto fáctico o hecho, como la individualización de la persona que cometió la infracción penal, ya sea como resultado de su acción u omisión, por lo que para que el juzgador le dicte una sentencia condenatoria debe considerar que exista el nexo causal entre el hecho y el procesado, así como que se haya probado con certeza tanto la

¹² KEW, Darren y Kevin, NWOSU. *Training manual on alternative dispute resolution and restorative justice*, United Nations, Office on Drugs and Crime, National Judicial Institute, Abuja, 2007, p. 16.

¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 132.

¹⁴ ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, El Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 159-160.

existencia de la infracción, como la responsabilidad del procesado. Esta precisión de ROXIN respecto a los elementos conformadores del objeto del proceso, traza un camino hacia el principio de oportunidad, en el entendido de que no se busca una alternativa al juzgamiento porque existan dudas sobre la autoría o en torno a si los hechos constituyen un ilícito penal, sino porque aun siéndolo, no “merecen” ser sancionados.

Entre otros autores que coinciden con el criterio de ROXIN, se puede mencionar a ROSAS YATACO, quien considera que el objeto del proceso penal se desdobra en fines generales y específicos, los primeros consisten en el aporte de la aplicación de la norma penal al caso concreto, es decir, al juzgamiento de una determinada conducta humana, la defensa social y la prevención de la delincuencia; en cambio los fines específicos tienen que ver con la declaración de certeza, la verdad y la individualización del infractor y es en esa verdad concreta, donde se debe alcanzar el dominio cognoscitivo de la totalidad del objeto de la investigación y del juzgamiento del delito, circunstancias de la infracción, identificación de los partícipes, así como de los móviles que influyeron para la comisión del mismo¹⁵.

A su turno, MARTOS NÚÑEZ manifiesta que quedaría circunscrito a determinar si el objeto del proceso ha de ser *factum* o el crimen, es decir, que el problema quedaría centrado en determinar si el objeto del proceso es el hecho histórico o natural, o por el contrario al entenderse como tal el hecho calificado y que, a su criterio, entonces el objeto del proceso penal queda constreñido exclusivamente al *factum*, al hecho dispositivo de toda calificación jurídica¹⁶. Por su parte, NIEVA FENOLL¹⁷ y DAMIÁN MORENO,¹⁸ siguiendo la misma línea,

¹⁵ ROSAS YATACO, Jorge “Prueba Indiciaria: Doctrina y Jurisprudencia Nacional”, en AA.VV., *La Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal 2004*, HURTADO POZZO, José, (Director), “Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 2004, p. 288.

¹⁶ MARTOS NÚÑEZ, Juan, *Protección Penal y Tutela Jurisdiccional de la salud Pública y del Medio Ambiente*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 1997, p. 198.

¹⁷ NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda en el proceso penal*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Impresión Elecé, Industria Gráfica, S.L. Madrid, 2013. “(...) el proceso se inicia porque existe una acusación que aporta unos indicios que pueden servir para sustentar a culpabilidad. Pero esa auténtica “presunción de culpabilidad todavía no está formada. No pasa de ser una hipótesis propuesta por el acusador, que el tribunal todavía tiene que confirmar”. P. 93.

¹⁸ DAMIÁN MORENO, Juan, *Lecciones introductorias sobre Proceso Penal*, UAM EDICIONES, Madrid, 2013. “El objeto del proceso penal está constituido por la pretensión respecto de la cual se solicita la condena y viene siempre referida al hecho o hechos que han sido objeto de acusación. Con la acusación lo que se le pide al juez es que haga uso del *ius puniendi* en relación con un hecho que aparentemente reviste los caracteres del delito (...)”, p. 31.

consideran que el objeto del proceso penal es el hecho y no la calificación que del mismo se realiza.

Quien suscribe comparte el criterio de los tratadistas mencionados, en lo que respecta al objeto del proceso penal, que es el hecho o presupuesto fáctico, pero es necesario manifestar que una vez verificado el hecho delictivo, le atañe al fiscal —conforme a esa obligación legal de perseguir— realizar una investigación integral, con el fin de establecer si lo cometido se corresponde con algún tipo penal legalmente previsto; y, de manera simultánea, se procura identificar al infractor, es decir, se individualiza la autoría del ilícito penal.

Una vez realizadas las investigaciones pertinentes, se bifurcan sus posibilidades de actuación: conforme al principio de legalidad, propone al judicial el enjuiciamiento y sanción; mientras que conforme al principio de oportunidad —si está previsto en la normativa penal— se puede solucionar el conflicto con una alternativa al juzgamiento, en el que prevalezcan el respeto a los derechos de la víctima y del procesado.

De tal forma que, si existe la posibilidad legal de aplicar el principio de oportunidad, puede que resulte inoficioso seguir todo el íter procesal lento y engorroso que implica la celebración de juicio y consiguiente dictado de sentencia, en razón de que el fiscal estará facultado, *in limine litis*, para pedirle al juez que el caso en concreto sea solucionado mediante la utilización de alguna de las fórmulas que respondan a dicho principio, sin que por ello se aparte de su función de representación del Estado en el ejercicio de la acción penal. Ello, sin dudas, redundará en la obtención de justicia en forma más ágil y contribuirá a que se avance en la descongestión de la administración de justicia en sede penal.

A tono con lo planteado en relación con el ejercicio de la acción penal, ARMENTA DEU indica que "...el fin fundamental del proceso penal es la actuación del *ius puniendi* estatal que obedece o proviene, esencialmente de la atribución exclusiva al Estado, de la facultad de imponer penas; el Estado tiene la facultad, pero también el deber, de castigar las conductas delictivas, de las que tenga conocimiento y esa facultad-deber solo pueden ejercitarlo los Jueces y Tribunales a través del proceso penal"¹⁹. De manera que el *ius puniendi* al ser ejercido por Estado, se evidencia a través del inicio de un proceso penal a cargo de un fiscal y según lo que dispone la ley, constituye el titular del ejercicio público de la acción, correspondiéndoles a los jueces y tribunales, administrar

¹⁹ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2009, pp. 27-28.

justicia con respeto a los principios y garantías establecidos en los convenios internacionales de derechos humanos, la CRE y la ley, para que luego de valorar las pruebas de cargo y de descargo sobre la base de las reglas de la sana crítica (razonamiento lógico-jurídico, la recta razón y la experiencia), dicten una sentencia justa que permita garantizar los derechos de la víctima y del procesado.

Téngase en cuenta, además, que para que esa Administración de Justicia penal responda al ideario social y ético que se espera, ha de ser ejercida por juzgadores competentes –en el entendido de formación profesional y no de atribución de facultades-. Al respecto, THOMPSON considera que: “...la mayoría de los jueces posee una formación jurídica inadecuada para evaluar, en el mundo complejo de hoy, las consecuencias económicas, sociales y criminológicas del delito que han de juzgar y de la sanción que eventualmente pronunciarán; las penas clásicas (prisión y multa) no han probado la eficacia que de ellas esperaba el legislador; se carece de lineamientos generales para la articulación coherente de una política criminal moderna y progresiva”²⁰.

A ello responden, precisamente, las transformaciones que están ocurriendo en el contexto de la judicatura ecuatoriana, pues se producen cambios en la infraestructura física y tecnológica, en tanto no es menos cierto que en lo que se refiere a los recursos humanos, han sido desplazados la mayoría de los jueces que gozaban de carrera judicial y, fundamentalmente, de experiencia en cada una de las materias jurídicas, por mujeres y hombres que no poseen una capacitación continua y permanente. Al no tener la experticia suficiente para administrar justicia en materia penal, se desconoce la magnitud de los efectos que una punición severa puede acarrear y se busca juzgar y sancionar como si fuere un indicador de justicia, cuando a la postre pueden esos fallos ser generadores de francas violaciones a la seguridad jurídica y la justicia, pues —en no pocas ocasiones—, es la alternativa al juzgamiento la mejor de las soluciones. Resta entonces contar con la posibilidad legal, con modelos o patrones que le hagan efectiva, y con fiscales y jueces que le visualicen como fórmula eficaz de política criminal.

En este orden de ideas, el Derecho Penal tiene como finalidad imponer una sanción al individuo que viola la ley penal y que comete un delito por acción u omisión, ya sea en calidad de autor o cómplice; pero, resulta absolutamente

²⁰ THOMPSON, J. José, *Justicia Penal en Centroamérica y Caribe*, Closas-Orcoyen, S.L., Madrid, 1989, p. 43.

cierto que ni las penas privativas de libertad, ni las económicas, ni las que afectan el derecho de propiedad de los bienes, ni las que suspenden temporal o definitivamente derechos o profesiones, han ofrecido una respuesta positiva respecto de la rehabilitación integral del delincuente y la posibilidad de evitar la reincidencia del mismo, ya sea ésta genérica o específica. Por ello, corresponde a la doctrina y a la normativa actual buscar, con jueces sabios y fiscales propositivos, posibilidades expeditas de solución a los conflictos penales que respondan a los intereses de la sociedad.

En este orden de ideas y considerando que si bien es cierto que las normas constitucionales y legales, establecen los lineamientos sobre cómo debe ser rehabilitado el infractor convirtiéndole en un ciudadano útil para la sociedad, no ha sido posible materializar ese propósito en el contexto ecuatoriano, por falta de una decisión política que debe ser tomada por los gobernantes de turno, de los limitados recursos humanos, económicos y de una infraestructura física no adecuada que viola los derechos de los internos de los centros de rehabilitación social, por lo que es indispensable que el legislador piense en nuevas leyes o mecanismos que, desde la normativa existente, orienten no solo a imponer sanciones, sino que se deben regular instituciones jurídico penales, que ostenten un carácter preventivo y que sean efectivas para garantizar el orden social.

En este orden de ideas, ZALAMEA LEÓN afirma que: “En resumen, la frontera que impone la pena para el Derecho Penal estratégico se halla vinculada al objeto de estudio. La política criminal gestiona exclusivamente fenómenos criminales, incluidos aquellos que de manera artificial han sido ubicados en las materias contravencional y administrativa, una vez que se hayan dentro de su objeto, puede utilizarse cualquier herramienta que disponga la sociedad”²¹.

La finalidad de las sanciones, en especial la pena privativa de libertad, es lograr la reincorporación del sentenciado a la sociedad, pero al no efectivizarse este propósito, los infractores más bien se especializan en la comisión de varios delitos, por lo que cobran relevancia las posibilidades que proporciona el Derecho Penal mínimo. De manera que, en consideración del autor de este informe, la apreciación de que algunas conductas humanas sean excluidas del catálogo de delitos y que se conviertan en contravenciones o en asuntos controvertidos regulados por el Derecho administrativo, donde únicamente se

²¹ ZALAMEA LEÓN, Diego, *Del Derecho Penal mínimo al Derecho Penal estratégico una propuesta político criminal desde el Ecuador*, tesis doctoral bajo la dirección de Inés Olaizola Nogales, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, Doctorado en Derecho, Quito, 2014, p. 262. En: <http://hdl.handle.net/10644/4098>, consultada: 26 de julio 2016.

impongan sanciones económicas, pueden resultar mucho más efectivas para que las personas tengan un comportamiento adecuado respetando el marco jurídico vigente en un país determinado.

Por otra parte, durante el decurso del proceso puede suceder que se irrespeten los derechos fundamentales de los justiciables o de los infractores, los que, además, al no ser rehabilitados de manera efectiva e integral, se convierten en reincidentes impulsados –inclusive- por discriminación de la propia sociedad en todos los campos, como el educativo, laboral, social y económico, por cuanto se les limita o prohíbe el ingreso a un centro de educación, no se les permite acceder a un puesto de trabajo en el sector público o privado o a desarrollar una actividad económica libre, por falta de recursos económicos y las restricciones para acceder a un crédito en una institución financiera. Todo ello obliga a pensar que se requiere de un cambio de actitud de los gobernantes y gobernados, a fin de que, de manera unificada y solidaria, se busquen los instrumentos jurídicos, técnicos y humanos, que hagan posible una sociedad más justa.

Ante esta realidad y al no existir las condiciones para que la sanción logre la rehabilitación del infractor, convirtiéndole en un ciudadano útil para la sociedad, la aplicación del principio de oportunidad pudiera tener un carácter más educativo y constituir un llamado de alerta al sospechoso o procesado, siempre y cuando se respeten también los derechos fundamentales de la víctima.

En este mismo orden de análisis, resulta vital hacer referencia a lo que realmente es el Derecho Penal, su propósito y, de manera concreta, cuándo se le debe aplicar, tomando en cuenta que la CRE hace referencia a que la FGE debe regirse por el principio de mínima intervención penal, al considerar —desde el punto de vista del Derecho sustantivo y adjetivo penal— que es de *última ratio*. Al respecto, MUÑOZ CONDE manifiesta que la legislación penal se constituye por normas vinculantes que deben ser respetadas por todos los miembros de la comunidad, que se impone una sanción cuando un individuo incumple la norma penal y que el titular del *ius puniendi* es el Estado, lo cual garantiza el orden social que permite regular la convivencia de un modo organizado y pacífico²².

De manera que las normas jurídicas de carácter penal, antes de ser dictadas por el legislador, deben ser estudiadas –como todas, pero de manera especial en atención al carácter público de su contenido- sobre la base de proyectos de investigación jurídica que sean expresión de una necesidad científica y ofrezcan

²² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*, Nomos S.A., Bogotá, 1999, pp. 10-18.

soluciones a las problemáticas prácticas y teóricas que en este orden se presentan, con la omnipresente consideración de que su finalidad es la de garantizar el orden social y, fundamentalmente, los bienes jurídicos protegidos que han sido calificados por la normativa penal, a partir de una realidad socioeconómica política a la que responden y en atención a los avances de la ciencia jurídica y la tecnología.

En este contexto, administrar justicia a tenor de leyes científicamente argumentadas puede parecer que facilita el desempeño del juzgador, pero siempre requiere de una labor de hermenéutica y contextualización al caso concreto, en el entendido de que el juzgador debe actuar con prudencia jurídica para discernir lo justo y tener la voluntad de otorgarlo.

La justicia se manifiesta como la medida de todos los actos buenos y de las virtudes respectivas, por lo que el juzgador debe gozar de una razón prudencial para ser justo en cada caso puesto en su conocimiento, ya que los miembros de la sociedad están convencidos de que acudir ante el juez es ir a la justicia; un juez justo afianza con su actuar la credibilidad en la labor jurisdiccional, razón por la que deben dar una buena imagen basada en su integridad y respeto²³. Así, la justicia penal ha de colocarse en manos de los mejores hombres o mujeres que tengan una formación íntegra, dotados de profundos y actualizados conocimientos teóricos y experiencia en el campo jurídico penal; pero, también, se hace necesario que el juzgador esté rodeado de valores como la honestidad, honradez, prudencia, templanza y, fundamentalmente, vocación por la justicia.

En la actualidad se requiere de un juzgador que no sea únicamente el que aplica la ley de manera fría, el que busca imponer la sanción más severa, sino que comprenda la problemática social, económica y política de la sociedad a la que pertenece; entonces, estará en capacidad de administrar justicia, dando a cada uno lo que le corresponde, ya que solo ello permitirá que la ciudadanía confíe en la función judicial y en quienes la conforman, tanto jueces como demás operadores de justicia tales como los fiscales, abogados en libre ejercicio de su profesión o defensores públicos, los cuales tienen un rol de mucha relevancia en la Administración de Justicia penal, siempre que actúen con conocimiento de causa y responsabilidad. Solo con profesionales preparados, en lo técnico y en lo humano, podremos implementar políticas y principios que reformen el pensamiento “penalizador” de conductas que es connatural al ser humano, y que

²³ VIGO, Rodolfo Luis, *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Ábaco, Buenos Aires, 2009, pp. 361-362.

propicien la utilización de herramientas y estructuras tendentes a lograr la recuperación e inserción de quienes en determinado momento han vulnerado el orden social.

PAVARINI resulta conclusivo cuando expone que: “El objetivo de la humanización de las penas, como el de la descarcerización, sufren una insanable contradicción; ellos asumen que la pena privativa de la libertad es efectivamente un sufrimiento del espíritu, esto es no solo algo distinto de la pena corporal, sino su histórica negación. ¿Y si no fuera así?; si la cárcel fuese solo una pena corporal, ¿estaría legitimada hoy una estrategia que persigue el objetivo de “humanizar” o bien de “limitar” un sufrimiento corporal infligido de manera intencional? O bien, no se debería demandar otra cosa que su inmediata abolición”²⁴. Interrogantes que, para ser respondidas, requieren de adentrarse en aspectos tales como la observancia de derechos esenciales, la impunidad, la seguridad ciudadana y las posibilidades de juzgar.

2.1. La Administración de Justicia penal y la seguridad ciudadana

La seguridad ciudadana tiene relación con la seguridad nacional y pública, comprendiéndose como el derecho que tienen los ciudadanos a vivir bajo normas que les protejan. Sin embargo, no es menos cierto que se ha vuelto un negocio, pues se considera que únicamente quienes tienen dinero gozan de seguridad. Al decir de CARRIÓN MENA, si se quiere alcanzar una seguridad ciudadana adecuada se deben fomentar mecanismos que limiten la comisión de delitos, tales como dictar políticas públicas, mayor presencia policial y aumento de tipificación de delitos, con el fin de alcanzar su efectividad²⁵.

Lo cierto es que estas políticas públicas no han dado resultado en el control delictivo y la violencia sigue siendo una de las principales preocupaciones de los Estados, los que se han esforzado por generar mayor seguridad ciudadana y ello guarda inescindible ligamen con las ciencias penales, específicamente con el Derecho Penal como rama dedicada al castigo de conductas conformadoras de ilícitos penales. Así, la función de la pena –o sanción como también se le conoce– tiene dos direcciones: una de índole preventiva y otra, represiva, de forma tal que se dirige a la prevención especial del delito y protección de la sociedad, que

²⁴ PAVARINI, Massimo, *Los derechos fundamentales de los reclusos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 13.

²⁵ CARRIÓN MENA, Fernando, “No se puede seguir pensando en la violencia sino en las violencias”, en *Revista Defensa y Justicia. La seguridad ciudadana en un Estado de derechos*, 12.^a edición, Defensoría Pública, Quito, 2014, p. 17.

también ha sido concebida como una especie de advertencia a los ciudadanos para que no cometan infracciones, ya sean delitos o contravenciones.

En relación a la finalidad de la pena, las teorías absolutas consideran que la pena no tiene un fin social, sino individual, de reconciliación del delincuente consigo mismo y, a un tiempo, ocasionarle sufrimiento por haber vulnerado el Derecho; mientras que las teorías relativas sostienen que el propósito de la pena es cumplir el fin social, principalmente el orden social, entonces los fines de la pena son prevenciones general negativa, positiva y especial negativa²⁶. De esta forma, ante la situación de un infractor que -luego del trámite legal correspondiente- ha sido sentenciado a una pena privativa de libertad, ha de procurarse que se reincorpore a la sociedad como un ciudadano ejemplar una vez que haya cumplido el castigo impuesto, sin que deba existir la posibilidad de discriminación en razón de su pasado judicial.

JAKOBS, al referirse al significado de la pena, considera que desde el punto de vista de la teoría de los conflictos, constituye un medio de lucha de la clase dominante o de defensa frente a pretensiones de dominio ilegítimas, por lo que el infractor debe ser castigado por su propia voluntad, porque forma parte del contrato social²⁷. Luego, al advertir sobre su misión, valora que está dirigida al mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales y que el contenido de la pena es una réplica que subsiste a costa del infractor, frente a la violación de la ley penal²⁸.

Consecuentemente, deviene forzoso acotar que la finalidad de la pena —de conformidad con lo que establecen la doctrina y la ley— es de carácter preventivo en primer lugar; de tal forma que cuando una persona realice un acto que viole la norma jurídica penal y, por ende, un bien jurídico protegido, se le amenace con una sanción con el fin de evitar la comisión de dicha infracción y que ello sirva de ejemplo para el resto de la población que aprecia la certeza de castigo antes conductas similares; además, tiene como propósito crear una conciencia en las personas en el sentido de prescindir de incurrir en conductas que se encuentran tipificadas y sancionadas por el Derecho Penal. En el caso de que la infracción haya sido cometida por el sujeto activo del delito, la pena intenta impedir que se convierta en un reincidente en la comisión de idéntico

²⁶ SIMON CAMPAÑA, Farith, "Proceso Penal e Impunidad", en AA.VV., *Nuevas problemáticas en seguridad ciudadana*, PONTÓN CEVALLOS, JENNY y Alfredo Santillán (Compiladores), Flacso Crearimagen, Quito, 2008, p. 296.

²⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 2010, p. 8.

²⁸ Ídem, p. 14.

tipo penal o de manera abierta a otros tipos penales, por lo que se busca la rehabilitación integral del infractor, considerando además que si el transgresor comete un delito debe ser sometido a un juicio de reproche, porque este individuo también es parte del contrato social.

No se puede concebir una sociedad sin un Derecho Penal que tipifique y sancione infracciones que afecten bienes jurídicos protegidos, porque ello significaría libertad del ser humano para actuar de manera discrecional, sin tener ningún tipo de compromiso con la sociedad -lo cual significa incumplir con el contrato social-, dejando únicamente a su conciencia la observancia de las normas éticas y jurídicas. Así, la ciencia jurídica debe existir y reacomodarse -de manera permanente- con los cambios que la sociedad exija, con vistas a garantizar la seguridad ciudadana y los derechos de los miembros de una comunidad social determinada, tomando en cuenta que si un individuo viola la ley penal en perjuicio de la víctima y la infracción es de aquellas en las que resulta posible aplicar el principio de oportunidad, siempre se debe abrogar por la intervención mínima del Derecho Penal y en el respeto de los derechos fundamentales de los sujetos pasivo y activo del delito

Al respecto, MIR PUIG establece que el Derecho Penal tiene como función fundamental contribuir a la facultad punitiva del Estado, en estrecho ligamen con la remoción de obstáculos que impidan el disfrute de la libertad e igualdad, a través de la prevención de delitos. Función que "... será constitucionalmente legítima dentro de ciertos límites, materiales y formales"²⁹. En consonancia, el respeto a los derechos humanos requiere de un sistema penal eficiente que los garantice, aclarando que en Ecuador se encuentra vigente un Estado constitucional de derechos y justicia, lo que significa que basta con que un derecho esté garantizado en la CRE, para que los jueces competentes que se encargan de administrar justicia en materia penal, aseguren su fiel cumplimiento, sin que sea necesario que esté desarrollado en una ley especial.

El Derecho Penal debe ser aplicado con ciertos límites, por cuanto constituye un mecanismo jurídico de control y protección social y sobre este tema se expresa que "...el Derecho Penal de un tal Estado ha de asumir varias funciones, correlativas a los distintos aspectos que en él se combinan. En cuanto Derecho Penal de un Estado social, debe legitimarse como sistema de protección social efectiva, lo que le atribuye la misión de prevención de delito, en la medida - de lo necesario para aquella protección (...) el modelo constitucional del Estado

²⁹ MIR PUIG, Santiago, *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Iustel Madrid, 2011, p. 70.

social y democrático de Derecho, mantiene la exigencia liberal de que el Derecho Penal respete ciertos límites, como garantías constitucionales de las que dependen libertades ciudadanas”³⁰.

En tal virtud, es preciso considerar que el Derecho Penal se materializa cuando el sujeto activo del delito comete una infracción y es sancionado por un juez o tribunal con jurisdicción y competencia y esta Administración de Justicia penal permite garantizar la seguridad ciudadana. Conveniente es precisar que resulta nítida la relación existente entre la normativa penal y la constitucional, en tanto la primera es resultante del contenido programático de la segunda, acotando que el Derecho Penal siempre debe guardar armonía con el Derecho constitucional y dicha armonía se expresa en la concreción de garantías y derechos de los miembros de una sociedad determinada; prerrogativas que han de ser cabalmente respetadas por la autoridad pública o por los jueces que administran justicia en esta materia.

De esta forma, para el juzgamiento de un infractor, por más grave y flagrante que sea el delito cometido, es necesario que se realice en un primer momento una investigación a cargo del fiscal y luego un juzgamiento por parte de un juez o tribunal competentes y todo ello con respeto estricto del debido proceso, sus principios y garantías, que constituyen la base fundamental de un proceso penal, sin perder de vista que le corresponde a los juzgadores garantizar los derechos de la víctima y sospechoso o procesado; aspecto que no se cumple –y ello amerita detenimiento posterior- en varios procedimientos establecidos por la ley procesal penal ecuatoriana, tales como en el abreviado, directo, expedito y, fundamentalmente, en la aplicación del principio de oportunidad.

El Derecho Penal se relaciona con el crimen, el hecho y la pena, pero, también con las llamadas medidas de seguridad. De manera que no solo se refiere a las penas y a los delitos, sino a la regulación del actuar ciudadano, en pos de que no incurran en esas conductas tipificadas como delitos y sancionadas en la ley penal; las normas no solo están dirigidas a los jueces, que son los que imponen penas y medidas de seguridad, sino igualmente a los ciudadanos, prohibiéndoles la comisión de delitos, bajo la amenaza de una pena³¹.

De manera que esta rama de las ciencias jurídicas responde a una necesidad social con el fin de proteger los derechos de los ciudadanos y, concretamente, la protección de los bienes jurídicos. Para ello es necesario que el legislador dicte

³⁰ Ídem, pp. 19-20.

³¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor S.L., Barcelona, 2014, pp. 42-43.

leyes penales que garanticen la seguridad ciudadana y la paz social, siendo su fin primordial que toda la población viva en armonía, con respeto a los derechos de cada uno de sus miembros. El Derecho Penal se legitima cuando es aprobado por la función legislativa en cumplimiento del procedimiento legal respectivo y en consideración a que las normas jurídico penales no tienen el carácter de retroactivas, excepto cuando beneficien al reo.

JAKOBS asevera que la legitimación material consiste en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y el Estado, y que no existe ningún contenido genuino de las normas penales, rigiéndose por el respectivo contexto de la regulación, y que la configuración social y estatal reside en garantizar las normas que permiten el desenvolvimiento de la vida social “en forma dada y en la exigida legalmente”; además agrega, que el bien jurídico-penal no puede ser atacado por un comportamiento como hecho externo, sino de uno significativo y que solo se verifica un delito cuando tiene lugar un suceso externo que es perceptible por los sentidos, puesto que las normas penales son legítimas cuando protegen bienes jurídicos, que son el objeto de protección de una norma³². Por lo que es preciso afirmar que la normativa jurídico penal, responde a una necesidad social y ante ello el legislador debe dictar leyes sabias que respondan al clamor de la ciudadanía y que, efectivamente, garanticen bienes jurídicos protegidos relevantes, en beneficio de la sociedad.

Es responsabilidad de los Estados definir la política criminal a desarrollar³³, pues la seguridad ciudadana depende de la coherencia entre el sistema jurídico y las políticas sociales de lucha contra la criminalidad que determinen claras acciones de prevención, rehabilitación, respeto a los principios del proceso penal,

³² JAKOBS, Günther, *Derecho Penal...ob.cit.*, pp. 44-47.

³³ Respecto a la política criminal, Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal...cit.*, pp. 50-51. Considera el autor que: “En un primer sentido, consiste en aquel sector de la política que guarda relación con la forma de tratar la delincuencia: se refiere al conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad. Cada ordenamiento jurídico-penal responde a una determinada orientación político-criminal y expresa una concreta política criminal. En este sentido la Política Criminal no es una disciplina teórica, sino una orientación práctica. Pero a menudo se habla de Política Criminal en otro sentido, como una rama del saber que tiene por objeto de estudio la política criminal efectivamente seguida por el Derecho Penal o que este debería expresar (...) de la estructura tridimensional del Derecho, que distingue en él una dimensión de *norma*, otra de *hecho* y una tercera de *valor*, cabría decir que la Dogmática jurídico-penal de ocupa del Derecho Penal como norma, la Criminología como hecho, y la Política criminal como valor. Se trata de un planteamiento sin duda excesivamente esquemático y posiblemente incorrecto si se entiende al pie de la letra, puesto que ninguna disciplina que estudie el Derecho Penal puede dejar de tener en cuenta que el mismo es siempre y a un tiempo norma, hecho y valor; pero puede resultar pedagógico si, hecha esta advertencia, se pretende únicamente señalar que cada una de las tres dimensiones del Derecho indicadas constituye el centro de interés respectivo de las tres disciplinas que estudian al Derecho Penal”.

protección de bienes jurídicos, humanidad de las penas, determinación de la culpabilidad y una efectiva participación social.

Resulta menester indicar que la política criminal también depende de la reacción social como defensa ante la criminalidad y su organización para combatirla, en la búsqueda de estrategias de lucha contra la delincuencia y a partir de los datos y enseñanzas aportados por la observación y la realidad de cada sociedad que serán elementos determinantes para el dibujo de los lineamientos y medios más eficaces que regirán la política criminal.

Una de las principales inquietudes de la comunidad es la seguridad ciudadana, por lo que se encuentra en constante búsqueda de mecanismos de protección estatal, tanto hacia las personas como hacia los bienes muebles o inmuebles, fauna y flora, frente a las acciones violentas, agresiones o situaciones de peligro. Para el trazado de una política o línea de acción que propenda al logro de la tranquilidad ciudadana, deviene imprescindible el análisis de las causas y consecuencias de la inseguridad, entre las que se destacan el incremento de conductas delictivas, versus el endurecimiento de las consecuencias jurídicas, como un mayor intervencionismo punitivo, ante lo cual no resulta ocioso significar que la solución se encuentra en una efectiva rehabilitación y reinserción social del sentenciado.

La justicia tiene tres funciones con respecto a la seguridad ciudadana: impide que conflictos privados se resuelvan mediante mecanismos privados y de venganza, sirve como mediadora de la acción punitiva del Estado hacia el delito y, en especial, se convierte en un medio de reparación de violencia, crimen y delito. En sentido general, las políticas que se aplican a nivel de conflictividad social se apegan más a la represión; razón por la que el sistema de justicia, los aspectos carcelarios y policiales han sido constantemente criticados en atención al incremento del índice delincucional, pues los políticos en sus campañas ofrecen propuestas de carácter legal y judicial, sin que se puedan observar cambios importantes sobre dichos aspectos.

Por lo analizado, el sistema judicial debe ser reformado en su integridad, para garantizar la seguridad en los ámbitos preventivos de control y judicialización, dejando constancia que las políticas sobre seguridad ciudadana dependen en gran medida de los cambios que se realicen en el sistema judicial, en especial en lo que tiene que ver con la democratización y acceso a la justicia, considerando por una parte las noticias del delito que se reciben y, por otra, la sensación de incertidumbre que vive la población, ya que la ciudadanía lo que requiere es

seguridad y que exista un acercamiento de los actores del sistema la justicia a la sociedad³⁴.

La seguridad ciudadana es de gran relevancia para la sociedad y, por tanto, debe existir una respuesta rápida y satisfactoria por parte del sistema de justicia penal. Para ello es necesario que se celebren convenios interinstitucionales, con el objetivo de que se intercambie tanto la información como experiencias propias, en especial considerando que la Policía Nacional a través de sus ramas especializadas, tiene una relación directa con la FGE. A estas dos instituciones corresponde la obligación de ofrecer una respuesta oportuna y eficiente ante el reclamo social de seguridad.

Las denuncias que presentan las víctimas o cualquier otra persona que conozca sobre la comisión de un delito del ejercicio público de la acción, ya sea de manera verbal o por escrito, permiten obtener una información que debe ser computarizada, a fin de obtener datos estadísticos reales y creíbles sobre el índice delincencial, pues ello permite analizar el comportamiento de la tasa delincencial, sus causas y posibles acciones de enfrentamiento policial o criminológico para su control o disminución.

Por supuesto que si de seguridad hablamos hay que referirse a quienes ejercen la función judicial que, aunque llega en momento posterior y ante la ocurrencia del hecho, tienen como misión la de garantizar una correcta Administración de Justicia penal y ello permite que los justiciables visualicen que, ante una conducta infractora, no prevalece la impunidad, sino el castigo justo.

Además, es necesario señalar que le corresponde al CJ y a las universidades estatales y privadas, a través de las carreras o facultades de Derecho, capacitar a los operadores de justicia de manera continua y permanente y contribuir a su formación como humanistas y garantes de la seguridad ciudadana. Solo el conocimiento jurídico, la experiencia y la carrera judicial garantizan una justicia que efectivamente ofrezca respuesta positiva a la seguridad ciudadana.

Ya en un plano de praxis forense, es importante destacar que deben buscarse procedimientos alíferos que encaucen la solución de los conflictos de carácter penal, tales como: el procedimiento abreviado, la suspensión condicional de la pena, la conciliación o acuerdo reparatorio, la pena natural y el principio de oportunidad como mecanismo de política criminal; y, de manera particular, deviene ineludible recalcar que la justicia penal permite y aboga por la aplicación

³⁴ CARRIÓN MENA, Fernando y Jenny PONTÓN CEVALLOS, *120 estrategias y 36 experiencias de seguridad ciudadana*, Crearimagen, Quito, 2009, p. 53, en http://209.177.156.169/libreria_cm/archivos/pdf_116.pdf, fecha de consulta: 26 de julio 2016.

de métodos alternativos de solución de conflictos, en relación con aquellos delitos que no ocasionan alarma social y que la ley establezca penas privativas de libertad de hasta seis meses o únicamente se sancionen con una multa o cualquier otra sanción económica.

Por disposición de la norma constitucional, la FGE es la institución titular para la investigación de los delitos del ejercicio público de la acción penal; razón por la que le corresponde evacuar de forma satisfactoria las denuncias u otras noticias del delito que se presentan por la comisión de delitos de esta naturaleza; pero en la realidad lo que sucede es que los fiscales, al tener una carga laboral muy elevada, no alcanzan a realizar una investigación eficiente con el fin de encontrar la verdad material o procesal, considerando que el elevado cúmulo de noticias del delito que ingresan cada año, hace imposible que estos operadores de justicia investiguen todos los casos puestos a su conocimiento³⁵.

Es preciso mencionar, además, que también inciden en que se alcance la seguridad ciudadana, los abogados, defensores particulares y los defensores públicos, quienes tienen la obligación de proporcionar la defensa técnica, ya sea a favor de la víctima o del procesado, pero siempre sus actuaciones deberán estar basadas en la ética propia de la profesión³⁶. De manera que la nueva legislación penal vigente en el país impone sanciones de carácter administrativo a los profesionales que intervienen de manera dolosa o negligente; desempeño que, con independencia de su reprochabilidad moral, vulnera los consagrados principios de lealtad y probidad procesal³⁷. Peligrosos resultan los incidentes u

³⁵ Vid. Supra. Notas 15 y 16.

³⁶ Con independencia de las normativas éticas propias de los colegios de abogados o barras, existen varios decálogos inspiradores de actuaciones, entre los que destaca el de Eduardo COUTURE que en sus diez mandamientos señala pautas a seguir y que a este autor, desde su posición de juez, le llaman particular atención los numerados como 4 (Lucha. Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día que encuentres en conflicto el Derecho con la Justicia, lucha por la Justicia) y 8 (Ten fe. Ten fe en el Derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la Justicia, como destino normal del Derecho, en la Paz como substitutivo bondadoso de la Justicia; y sobre todo, ten fe en la Libertad, sin la cual no hay Derecho, ni Justicia, ni Paz). En: COUTURE, Eduardo J., *Los mandamientos del abogado. Manuales jurídicos, serie número 4*, Primera edición, Universidad Autónoma de México, México D.F, 2003, pp. 3-4.

³⁷ Iberoamérica ha estado sumida en reformas procesales y un elemento de particular importancia en este proceso lo constituye la labor científica que desplegó el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que elaboró dos Códigos Procesales Modelos, uno para el Proceso Penal y otro para el Proceso Civil. El Instituto se constituyó en el año 1957 –aunque su denominación data de 1970–, en el marco de las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, convocadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, Uruguay. La gestación de los Códigos Modelos comenzó en el año 1967 y hasta 1982, cuando se aprobaron las versiones que se conocen en la actualidad de ambos códigos. Los Códigos Modelos recogieron lo más avanzado del pensamiento procesal iberoamericano y entre los principios que pautan se encuentran precisamente la lealtad y la probidad en el debate, como expresiones procesales de la buena fe y la ética.

otras maniobras utilizadas por los abogados defensores con el fin de retardar la Administración de Justicia penal que pueden generar situaciones jurídicas determinantes en un proceso penal, tales como la prescripción de la acción o la caducidad de la prisión preventiva; aspectos que producen impunidad y, por ende, inseguridad ciudadana.

También es de relevancia considerar que debe existir una relación entre Derecho Penal sustantivo y adjetivo, puesto que el primero tiene que ver con la tipificación y sanción de los actos humanos que el legislador los ha elevado a la categoría de delitos o contravenciones, mientras que el segundo es el que establece los procedimientos para aplicar el Derecho sustantivo penal³⁸. La correcta realización de la justicia implica el respeto a los principios de independencia e imparcialidad del juzgador, la motivación de los fallos, la transparencia en cada uno de sus actos, de manera específica la prudencia orientada al autocontrol de la decisión de los jueces y el cabal cumplimiento de su función y la diligencia encaminada siempre a evitar la injusticia, ya sea por una decisión injusta o por que no se resuelva dentro de un plazo razonable o se violen los derechos fundamentales de la víctima y del procesado, como el de defensa, igualdad, derecho a ser escuchados, tutela judicial efectiva, no revictimización de la víctima y presunción de inocencia del procesado; aspectos que deben ser observados por los operadores de justicia penal en todos los procedimientos que regula la ley procesal penal, la CRE y los convenios internacionales de derechos humanos.

En este orden de ideas, la prevención del delito constituye una tarea primordial de las políticas públicas de seguridad ciudadana, donde deben participar todos los miembros de la sociedad, lo que trae como consecuencia varias políticas de prevención comunitaria desarrolladas en América Latina. La organización de las personas interesadas en esta labor y las políticas de prevención del delito tienen que estar acordes a los enfoques y modelos de intervención muy disímiles que deben ser abordados de manera flexible, siendo necesaria una inversión pública y la participación directa y decidida de los recursos humanos. Iniciativas todas que están orientadas al control y represión, a través del sistema de justicia criminal, que permiten detectar al individuo que ha

³⁸ Mientras en el contexto civil existe cierta independencia entre lo sustantivo y lo adjetivo, no sucede igual en sede penal, pues solo a través del proceso es que cobra vida la norma sustantiva. Los hechos narrados por la acusación solo constituyen delito cuando quien juzga a través de su sentencia así lo declara. De manera que, si en la actualidad se aboga por un reencuentro entre el derecho material y el instrumental para las materias civiles, en clave penal ello no ofrece dudas de ningún tipo.

cometido un delito y determinar los mecanismos legales para castigar a los responsables, siendo una de las finalidades más importantes, la disminución de la criminalidad, mediante la detección, disuasión e incapacitación de los victimarios³⁹.

En Ecuador, la seguridad ciudadana busca fundamentalmente la prevención del delito y para ello se organizan de manera continua y permanente, charlas y cursos a los integrantes de la comunidad por parte de los miembros de las diferentes ramas especializadas de la Policía Nacional, empleados de la FGE, la Función judicial y el CJ a través de la Escuela Judicial y otras instituciones de los sectores público y privado, porque es necesario tener como premisa, que educar es prevenir la comisión de delitos en una sociedad responsable.

Aun cuando el delito ya se haya cometido no se puede cejar en la labor de educación, con independencia de que sea investigado por el fiscal correspondiente, con colaboración de la Policía Judicial. Trabajo de investigación que se dirige a la obtención de elementos de convicción que permitan determinar la existencia o no de la infracción y la participación del procesado, para finalmente poner estos casos en conocimiento de los jueces y tribunales competentes en materia penal, quienes se encargan de administrar justicia mediante la aplicación del marco jurídico vigente en el país, que en el caso de Ecuador se corresponde con un sistema acusatorio oral.

En este contexto OBANDO, al referirse a la seguridad ciudadana y a la política de control social, resulta asertivo cuando manifiesta: “Como conclusión podemos afirmar que una política sistemática acerca del control social, implica la coordinación de un conjunto de factores que se interrelacionan muchas veces únicamente a nivel formal o protocolario. Efectivamente las normas pueden desarrollar objetivos, pero no aseguran de manera alguna la coordinación-interinstitucional. Los Ministerios de Justicia juegan un papel clave no solo en la preparación técnica y política de nuevas leyes, sino también en la coordinación de las instituciones para que esas leyes efectivamente cumplan con su cometido. La aplicación de tales leyes le corresponde al Judicial, pero su acoplamiento para que conformen, con políticas estatales y jurisprudencia una consistente forma de enfrentar los problemas delincuenciales, en buena cuota le corresponde al Ministerio de Justicia. Hablamos aquí de coordinación, no de invasión de funciones. El Estado moderno mantiene la división de funciones como necesaria

³⁹ DAMMERT, Lucia, *Perspectivas y dilemas de la seguridad ciudadana en América Latina*, Crearimagen, Quito, 2007, pp. 25-28, en <http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/40089.pdf> (fecha de consulta: 26 de julio 2016).

satisfacción del sistema de pesos y contrapesos, sin embargo el Estado, debe actuar de manera coordinada o cae en la falta de efectividad y eficacia”⁴⁰.

En consecuencia, la seguridad ciudadana y el control social se deben realizar de manera planificada por parte de las instituciones que tienen relación con este propósito, tales como el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la FGE, la Policía Nacional, las gobernaciones de cada provincia y el Ministerio del Interior, entre los cuales debe existir una coordinación y cooperación continua y permanente, para alcanzar el bien máspreciado que busca la sociedad, que es la seguridad ciudadana y la convivencia pacífica entre sus miembros.

La organización atiende a un plan estratégico de seguridad ciudadana -previamente elaborado por expertos- que debe durar un lustro como mínimo, pues se trata de resultados de difícil materialización en plazos más cortos. No obstante, cada año debe verificarse el cumplimiento de las metas previstas en el plan operativo anual y trazar las posibles acciones a emprender para su mejora. Solo esto permitirá alcanzar el objetivo primordial, que no es otro que la seguridad integral de los habitantes de un conglomerado social o país, en el entendido de que constituye la convivencia pacífica entre sus miembros.

Pero en los casos de delitos que se verifiquen por parte de los infractores deben ser investigados por el fiscal y juzgados por los jueces competentes sobre la base de procedimientos legales pertinentes, donde se priorice a los delitos graves, los cuales deben ser investigados con mayor profundidad, mientras que en cuanto a los delitos menores resulta factible su punición a través de mecanismos jurídicos rápidos y más eficaces, que comprendan la reparación del daño ocasionado a la víctima de manera oportuna, sin que ello implique la imposición de una pena privativa de libertad al sospechoso o procesado.

Se trata de que la privación de libertad del comisor no genera resarcimiento a la víctima y, por el contrario, sí puede ocasionar lesiones irreversibles al sancionado, por lo que la disyuntiva ante la que se sitúan el legislador y los operadores jurídicos estriba en valorar lo más conveniente para cada uno de los que intervienen en ese específico proceso penal y para la sociedad en su conjunto, siempre a partir del cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos con carácter de presupuesto.

⁴⁰ OBANDO, Jorge A., *Reformas del Proceso Penal y Seguridad Ciudadana en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 105.

2.2 La Administración de Justicia penal como presupuesto específico de la libertad general de acción en una sociedad compleja

Las transformaciones ocurridas en los últimos años en torno a la Ciencia Penal, no son solo producto de la teoría, sino consecuencia de los cambios surgidos en las ciencias jurídica y política, pues el cambio en la legislación depende en gran medida de los fines de la política penal, lo cual guarda relación con el principio de legalidad, como freno a la arbitrariedad; pues siempre ha de tenerse en cuenta que cuando se alude a la oportunidad como polo opuesto a la legalidad, es en el entendido de posibilidad o arbitrio, nunca de arbitrariedad, pues ello solo puede desmerecer a la normativa y a la administración de justicia de un país.

En este control de un posible actuar arbitrario, desempeñan un papel fundamental los Tribunales Constitucionales que surgen con la misión de decidir respecto a vulneraciones de los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos⁴¹. Estos tribunales tienen la facultad de interpretar de manera general y obligatoria las normas del texto magno y protagonizan un rol primordial en este campo⁴². Por tanto, depende del principio de legalidad –en su acepción genérica– para alcanzar el respeto de los derechos y garantías⁴³ de los habitantes de un

⁴¹ La CCE tiene otros campos de acción y uno de los más importantes es resolver consultas que realizan los jueces o tribunales que administran justicia en materia penal, sobre la constitucionalidad de determinadas normas jurídicas a aplicarse en un caso concreto; en cuya situación, de encontrar contradicción entre la norma constitucional y la norma legal, tiene la obligación de declararla como inconstitucional mediante una sentencia debidamente motivada. Si fuere este el caso, el juzgador de la justicia ordinaria consultante debe dejar de aplicarla. Corte Constitucional para el Periodo de Transición del Ecuador, sentencia N.º 021-12-SEP-CC, de 08 de marzo de 2012, manifiesta que: "...La motivación debe referir un proceso lógico donde el juzgador está en la obligación vincular los fundamentos de hecho expuestos inicialmente con las normas o principios jurídicos, garantizando de esta manera que la decisión no fue arbitraria ni antojadiza, sino que fue el resultado de un análisis del contenido de las pruebas aportadas al proceso por los contendores o de las que pudo ordenar de oficio (...)"

⁴² YACOBUCCI, Guillermo Jorge, *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Ábaco, Buenos Aires, 2009, p. 376-377. Por mandato constitucional, le corresponde a la CCE interpretar las normas de la CRE, de manera general y obligatoria, como máximo organismo de control e interpretación constitucional (art. 429 CRE); por lo que sus pronunciamientos constituyen jurisprudencia, con carácter vinculante para todos los jueces de la justicia ordinaria y, de manera específica, en materia penal.

⁴³ Así, valora que las personas pueden ser juzgadas, pero siempre cumpliéndose los estándares que establecen las normas constitucionales y legales relacionadas con el debido proceso y el respeto de los derechos y garantías de los sujetos procesales, quienes deben ser tratados por el juzgador, en igualdad de condiciones, sin discriminación de ninguna naturaleza, lo que en doctrina se conoce como igualdad de armas. La Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en su publicación Ratio Decidendi Obiter Dicta – Sentencias 2012-2013 – Fallos de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, se refiere a la igualdad de armas (pp. 302-305) en la Resolución N.º 198-2013, de 6 de febrero de 2013, del Juicio N.º 1057-2012, en un recurso de Revisión... Obiter dicta (criterios complementarios): Principio de igualdad de armas. Garantía del derecho a la defensa. El principio de igualdad de armas constituye un elemento esencial para

conglomerado social, porque a más de estar protegidos por la CRE, es fundamental que el legislador los regule a través de las correspondientes leyes especiales —en este caso de tipo penal— y que, además, intervengan los organismos de justicia competentes en el control de legalidad y constitucionalidad de la Administración de Justicia penal.

Es preciso referirse a lo que constituye el principio de legalidad en materia penal que —en el sentido de previsión normativa y observancia irrestricta— está asociado a la tipicidad y sanción de un acto humano, regulado de manera ordenada y codificada en la ley penal, que al momento de cometerlo constituya una infracción penal; de forma tal que ningún juez o magistrado puede administrar justicia imponiendo penas a su voluntad o arbitrio en contra de un individuo⁴⁴. En este orden de ideas, el principio de legalidad es trascendental para que los actos humanos que lesionan bienes jurídicos protegidos sean tipificados y sancionados por la ley penal, pero para llegar a la consideración de si se tipifica o no —decisión que compete a los juzgadores— ha de transitar por la acusación o imputación a cargo del fiscal; trámite en el que también han de ser atendidas las normas constitucionales relacionadas con el debido proceso, así como las garantías y derechos fundamentales de los justiciables, con la finalidad de que se encauce por vía penal solo si resulta forzado a ello, en razón de la tipicidad y de alcanzar un juzgamiento justo, conforme a lo previsto en las normas jurídicas vigentes.

En la sociedad, “el derecho penal, en aparente paradoja, viene así a configurarse como una técnica de control que garantiza —con la libertad física de infringir la ley a costa de las penas— la libertad de todos”⁴⁵. De manera que el garantizar la protección de determinados bienes jurídicos, implica que quienes vulneren esas previsiones habrán de ser sancionados⁴⁶ por los jueces

la defensa de una persona; el juez tiene que observar, en el momento del juicio, que el acusado y la defensa cuenten con igualdad de posibilidades. “QUINTO.- ANALISIS DEL TRIBUNAL.5.7. Sin defensor no existen los principios de contradicción, intermediación, ni publicidad. Para que exista proceso, deben existir dos partes, uno que ejerce la acusación y otro que ejércela defensa, lo que en el presente caso no concurre. Por otro lado, el principio de igualdad de armas, constituye un elemento esencial de garantía del derecho de defensa, de contradicción, y del principio de juicio justo”.

⁴⁴ YACOBUCCI, Guillermo Jorge, *La interpretación en la era...ob.cit.*, pp. 377-378.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi, “Derecho Penal Mínimo”, en AA.VV., *Prevención y Teoría de la Pena*, Bustos Ramírez, Juan (Director), editorial Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago de Chile. 1995, pp. 41 - 42.

⁴⁶ La pena privativa de libertad, según la legislación penal ecuatoriana, es de hasta treinta años en delitos de lesa humanidad, existiendo la posibilidad de acumularse hasta cuarenta años, como dispone el art. 55 del COIP; pero es necesario mencionar que el art. 52 del propio cuerpo legal, dispone que los fines de la pena son de prevención general para la comisión de delitos y,

competentes, salvo que la propia norma, en razón del principio de oportunidad, establezca posibles alternativas a ese juzgamiento.

Sin embargo, la norma penal no puede estar ajena a las particularidades de cada territorio y la población que le habita. Cualquier valoración de juzgamiento o de búsqueda de fórmulas alternativas, ha de tener en cuenta los tipos penales, las condiciones autorales y el específico escenario en que ha de aplicarse la norma.

La sociedad ecuatoriana se encuentra compuesta por diferentes etnias, las que están ubicadas en la Costa, Sierra, Oriente y Región Insular y, en cada región, sus habitantes tienen costumbres y conductas propias del medio en que se desenvuelven, lo que torna en muy compleja la situación social y las consideraciones sobre el comportamiento humano que incumple las normas de carácter penal; por lo que se puede afirmar que en cada región existe un índice delincencial orientado a ciertos tipos penales, así tenemos: en el Oriente, los delitos que se cometen con mayor frecuencia son los relacionados con los hidrocarburos, sustancias estupefacientes y tráfico de armas; en la Sierra, delitos contra la propiedad; y, en la Costa y Galápagos, delitos sexuales y contra la vida.

Esta diferenciación del comportamiento delincencial por territorios, según las costumbres y conductas propias de cada medio que existen en Ecuador, también se presenta en otros países. De esta forma, la administración de justicia debe dar una respuesta adecuada tomando en cuenta los delitos que se cometen con mayor frecuencia en el país y las especificidades sociales de la demarcación territorial en que se suscitan.

2.3. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL Y EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL JUSTICIABLE

El cumplimiento de los derechos humanos y la aplicación del Derecho Penal, se encuentran en el camino, pero es necesario precisar la forma eficaz para que no se contrapongan, sino que se complementen entre sí, a fin de que los derechos humanos encuentren protección en los postulados del Derecho Penal. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las Cartas Fundamentales de los Estados, reconocen el poder punitivo del Estado, pero bajo determinadas condiciones; puesto que el Derecho Penal se encuentra legitimado por el Derecho

fundamentalmente, para lograr el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades del infractor, así como la reparación integral de la víctima (daño material e inmaterial).

internacional de los derechos humanos y por el Derecho constitucional, con sus limitantes⁴⁷.

Los derechos humanos no solo tienen relación con el sospechoso o procesado, sino también con la víctima, en consideración a que el primero debe someterse a un proceso penal, para que en el caso de llegarse a probar la existencia del delito y su responsabilidad se dicte en su contra una sentencia condenatoria, en la que se le impondrá una pena, generalmente privativa de la libertad individual y en otros tipos penales menores, únicamente penas económicas (multas, comiso especial), la pérdida de derechos de ciudadanía, de suspensión temporal o definitiva de ejercicio de profesiones.

En cuanto a la víctima, que es la que sufre el gravamen como consecuencia de la comisión del delito, a más de buscar la sanción al infractor, goza de un derecho fundamental de reparación integral que comprende lo material -en relación con los daños y perjuicios sufridos- donde el juzgador debe calcular, tanto el daño emergente como el lucro cesante; y, lo inmaterial, que se relaciona con el daño moral ocasionado a la víctima⁴⁸.

Estos derechos, tanto de la víctima como del acusado, son catalogados como fundamentales y, en su virtud, los operadores de justicia y de manera esencial el

⁴⁷ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, tomo II, Cotopaxi, Quito, 2010, pp. 59-61.

⁴⁸ La CNJE, en su publicación *Ratio Decidendi Obiter Dicta – Sentencias 2012-2013 -Fallos de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito*, se refiere a la víctima (pp. 302-305) en la Resolución N.º 610-2012, de 28 de mayo de 2012, del Juicio N.º 786-2011, en un recurso de Casación por delito de robo calificado señala: "... Ratio decidendi: Las medidas de reparación para las víctimas de delitos penales deben desarrollarse atendiendo al tipo de infracción, el impacto de la misma, las circunstancias del caso, las pretensiones de la víctima o sus familiares y a los criterios jurídicos internacionales. Extracto del fallo (...) V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL (...) Es preciso señalar que la garantía constitucional de reparación integral para las víctimas de delitos, es un avance en la realización del derecho a la reparación, que en el caso ecuatoriano se enfocaba únicamente en la reparación económica. La Corte Interamericana, con respecto a la reparación integral formula cinco dimensiones: (...) La restitución, que busca restablecer la situación previa de la víctima. Incluye entre otros, el restablecimiento de derechos, el retorno a su lugar de residencia, la devolución de bienes y el empleo. – La indemnización se refiere a la compensación monetaria por daños y perjuicios. Incluye tanto daño material, como físico y moral (miedo, humillación, estrés, problemas mentales, reputación). –La rehabilitación alude a medidas tales como atención médica y psicológica, así como servicios legales y sociales que ayuden a las víctimas a readaptarse a la sociedad. – Las medidas de satisfacción se refieren a la verificación de los hechos, conocimiento público de la verdad y actos de desagravio; las sanciones contra perpetradores; la conmemoración y tributo a las víctimas. – Las garantías de no repetición pretenden asegurar que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones. También requieren reformas judiciales, institucionales y legales, cambios en los cuerpos de seguridad, promoción y respeto de los derechos humanos, para evitar la repetición de violaciones. Por lo tanto, de conformidad a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la definición de medidas de reparación debe desarrollarse en el caso en concreto, atendiendo al tipo de infracción penal, el impacto de la misma, las circunstancias del caso, las pretensiones de la víctima o sus familiares y los criterios jurídicos internacionales (...)"

juez y el fiscal, tienen la obligación de respetarlos y hacerlos respetar. Sucede con cierto grado de habitualidad que ello es observado en el trámite ordinario que establece la normativa procesal penal vigente, pero no corre igual suerte en algunos procedimientos especiales, tales como el abreviado, directo, expedito y en la aplicación del principio de oportunidad, por cuanto en estos casos no se toman en cuenta los derechos fundamentales de la víctima y del sospechoso o procesado, como a ser escuchados oportunamente, de defensa, presunción de inocencia, no incriminación, no revictimización, ya que dichas leyes procesales son contradictorias con los mencionados derechos y, por ende, con lo que de forma general se entiende por debido proceso.

Así planteada la situación jurídica del sospechoso o procesado y de la víctima, le corresponde al juzgador garantizar sus derechos fundamentales y, en tal función, ha de velar porque el órgano encargado de la investigación y posterior acusación, cumpla con las prerrogativas legalmente establecidas con categoría de fundamentales.

En lo referente al procesado: ha de respetarse en primer lugar el estado jurídico de inocencia, en cuya razón es inocente hasta tanto no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada; no puede ser procesado por un tipo penal que no se encuentre previamente determinado en la ley; el derecho de defensa debe materializarse en todas las etapas o grados del procedimiento —intra o extraprocesales—, lo que se manifiesta en la factibilidad de ser escuchado oportunamente, de que se le imponga una pena con la debida proporcionalidad y, de manera especial, que al momento de ser detenido por parte de un agente policial, tenga derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de un abogado particular o público y a comunicarse con un familiar a través de cualquier medio. Precisamente, el derecho a contar con defensa técnica desde el inicio del procesamiento, favorece cualquier posibilidad de negociación como opción al juzgamiento, pues el desconocimiento de las consecuencias de su actuar, influye en que el imputado no acepte determinada solución que al provenir del fiscal puede causar recelo en quien la recibe⁴⁹.

En relación con la víctima, la primera previsión es tendente a evitar su revictimización en cualquiera de las etapas del proceso penal, ni en la impugnación, a través de los recursos que establece la ley y la reparación integral

⁴⁹ Cfr. Arts. 76 y 77 de la CRE. El primero establece siete supuestos de garantías básicas y el segundo, ya las especifica, en número de catorce, al contexto penal en que se haya privado de libertad a una persona.

como dispone la norma constitucional y legal⁵⁰. Desde el punto de vista constitucional, incluye el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, principio de no revictimización y satisfacción del derecho violado y, como último aspecto importante, de ser necesario, a ser protegido e incluido por el sistema de protección de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal⁵¹.

Por lo analizado, deviene ineludible acotar que el procesado y la víctima constituyen los sujetos procesales que, según el marco jurídico vigente, son susceptibles de que se infrinjan sus garantías y derechos, los que deben cristalizarse en el momento en que las o los jueces hacen efectivo el cumplimiento del debido proceso. Se trata de que en el sistema acusatorio oral, los juzgadores deben ser eminentemente garantistas y la implementación de mecanismos alternativos ha de ser a partir de la observancia del principio de igualdad respecto de los intervinientes en el proceso penal, pues lo contrario sería generar impunidad y desconfianza en el sistema de administración de justicia.

En consecuencia, en los procedimientos judiciales de juzgamiento de un caso concreto, tanto en el trámite ordinario, como en los procedimientos especiales,

⁵⁰ La Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en su publicación Ratio Decidendi Obiter Dicta – Sentencias 2012-2013 – Fallos de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, se refiere a la reparación integral a la víctima (pp. 360-364) en la Resolución N.º 329-2012, de 23 de noviembre de 2012, del Juicio N.º 329-2012, en un recurso de Casación por delito de tránsito señala: “... Razón de la Decisión: Reparación integral de la víctima de delito de tránsito por incapacidad permanente. Se producirá un daño, tanto material como inmaterial a la víctima de un accidente de tránsito que haya quedado en estado de incapacidad permanente, al haberse afectado su proyecto de vida, y su invalidez impida la ejecución de actividades de orden personal y profesional necesarias para su realización como ser humano; además, su proceso de rehabilitación, al no ser inmediato, ameritaría la intervención de un equipo profesional interdisciplinario que proporcione la víctima atención psicosocial, que le ayude a mejorar su vida y su reintegración familiar y social. Por lo tanto, la imposibilidad de que las cosas vuelvan al estado anterior al ilícito requeriría que el órgano jurisdiccional, que conozca la acción legal, le corresponde hacer efectivas las medidas de reparación integral a la víctima del delito de tránsito. (...) En el caso sub iudice, como consecuencia del accidente de tránsito, la víctima ha quedado en un estado de incapacidad permanente – invalidez-, en consecuencia se ha producido un daño tanto material 22 como instrumental 23, se afectado su proyecto de vida, su incapacidad le impide la realización de actividades de orden personal y profesional necesarias para su realización como ser humano; además, su proceso de rehabilitación no es inmediato, ameritaría la intervención de un equipo profesional interdisciplinario que proporcione a la víctima atención psicosocial que le ayude a mejorar su vida y a su reintegración social y familiar. En el caso concreto ante la imposibilidad de que las cosas vuelvan al estado anterior al ilícito, la reparación deberá centrarse en la rehabilitación, indemnización, satisfacción y garantías de no repetición. De ninguna manera la reparación integral se puede reducir al pago de 48 remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, por lo que al órgano jurisdiccional que conozca la acción legal corresponde hacer efectiva las medidas de reparación (...)”.

⁵¹ Cfr. art. 78 de la CRE.

los operadores de justicia son los guardianes para garantizar un juzgamiento justo, sobre la base de lo previsto en las normas jurídicas sustantivas y adjetivas penales, las constitucionales y del sistema de derechos humanos. Así, en el proceso penal se debe realizar una investigación integral, para luego, con las pruebas correspondientes, establecer la existencia o no de infracción y la responsabilidad del procesado, pruebas que deben ser valoradas por el juzgador, sobre la base de las reglas de la sana crítica.

En clave de derechos humanos, el juez viene obligado a cumplirlos y a exigir su acatamiento; entre ellos tenemos el derecho a la vida, en cuya virtud un gran número de legislaciones han excluido la pena de muerte como posible sanción; respetar su integridad física, psíquica y moral, no ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y en caso de ser condenados a una pena privativa de libertad, ha de buscarse con esta sanción su readaptación social y en ningún caso se permitirán penas que signifiquen esclavitud o servidumbre o la realización de trabajos forzosos. Respecto a las garantías judiciales, el procesado tiene derecho a ser oído con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable, por un juez natural, independiente e imparcial, en atención a que su declaración solo será considerada como válida cuando la rinde de manera libre y no es obtenida mediante coacción; también, el conocido principio *non bis in idem*, en el entendido de que no puede ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, el respeto a la honra y dignidad de la persona, la libertad de conciencia y religión, de pensamiento y expresión y todos los demás derechos que son fundamentales y parte de la vida misma del ser humano.

Todo ello debe ser cumplido cabalmente por los operadores jurídicos en materia penal, a fin de garantizar una correcta administración de justicia en un Estado constitucional de derechos y justicia, por lo que se hace necesario que en todos los procedimientos judiciales se solidifique la justicia penal; aspecto que corre riesgos cuando el fiscal y el juez deciden aplicar el principio de oportunidad, pero, no efectivizan esa posibilidad a través de los abogados defensores o cuando, respecto de la víctima, no se le garantiza el pago de la reparación integral.

El proceso penal contemporáneo, determinado por los estándares mínimos impuestos por la comunidad internacional, otorga elementos de juicio para una sistematización de los principios del sistema acusatorio, en el que al alejarse de lo típicamente inquisitivo, cobra virtualidad la posibilidad de aplicar el de oportunidad. Válido puntualizar que si bien los instrumentos internacionales no

determinan expresamente un modelo de proceso penal, sí constan premisas básicas de las que pueden inferirse las características esenciales del proceso penal propio de un Estado que tiene como eje el respeto de la dignidad humana⁵² y la materialización de valores como la justicia y la seguridad⁵³.

El buen desenvolvimiento del sistema acusatorio depende en gran medida del establecimiento de principios rectores y de la protección de derechos y garantías, a fin de que se respeten de manera integral los derechos humanos y se consideren también posibilidades legales de terminación anticipada del proceso. Para ello se requiere de un proceso oral público, signado por la celeridad, con apoyo de recursos jurídicos, materiales y humanos y con mecanismos que tributen, no solo al cumplimiento de la sanción, sino también a la reinserción social del infractor.

Así, en los últimos años se ha discutido respecto al problema de la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos por parte de los tribunales locales y sobre la necesidad de definir las pautas que deben regir esa aplicación, siempre en el entendido de que velar por los derechos humanos implica, razonablemente, reducir a la mínima expresión el poder punitivo y la despenalización de las conductas, así como el reconocimiento a que constituyen límites al poder del Estado, tal y como ha sido reconocido por organismos internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Penal Internacional de la Haya.

⁵² En consecuencia, los derechos humanos no pueden verse afectados cuando el procesado ingresa a un centro carcelario, ya sea con una medida cautelar como es la prisión preventiva o al momento de cumplir una pena privativa de la libertad individual impuesta por el juzgador en una sentencia condenatoria ejecutoriada, en cumplimiento de las penas que establece el Derecho Penal para los responsables de delitos tipificados y sancionados en la normativa penal; pues las cárceles deben ser verdaderos centros de rehabilitación integral y reinserción de los infractores a la sociedad, y solo así se conseguirá que el índice delincucional se reduzca y los sentenciados hagan conciencia de que tienen la obligación de convertirse en excelentes ciudadanos, respetando los derechos de los demás miembros de la sociedad. El hacinamiento carcelario es un problema a nivel mundial, pues existen aproximadamente 9.8 millones de personas cumpliendo una condena en cárceles, en circunstancias atentatorias a los derechos humanos. Es responsabilidad de los Estados encontrar los medios para proteger los derechos humanos de los presos; pues si bien es cierto que al ingresar a prisión quedan suspendidos sus derechos de ciudadanía, en ningún caso puede ocurrir lo mismo con los derechos humanos que son inherentes a toda persona, los cuales deben ser respetados a fin de que sean tratados como verdaderos seres humanos. Para mayor abundamiento sobre el tema. Vid. CUADRADO SALINAS, Carmen, *La Reforma del Proceso Penal – El Principio de Oportunidad- El sobreseimiento por razones de oportunidad reglada*, La Ley, Madrid, 2011, p. 385.

⁵³ URBANO MARTÍNEZ, José, *La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una propuesta de fundamentos del sistema acusatorio*, ediciones jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2008, p. 60.

La CIDH asevera que la protección a los derechos humanos, en especial los civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de ciertos atributos inviolables del ser humano y que no pueden ser menoscabados por el ejercicio del poder público⁵⁴. Entonces, el Estado —en razón de su *ius puniendi*— debe cuidar que los derechos humanos de los justiciables sean inviolables y les corresponde a los juzgadores en materia penal, velar porque se cumpla desde el momento en que son privados de la libertad individual los sospechosos o procesados, hasta que se le dicte una sentencia acorde a la normativa jurídica vigente e incluso hasta que recobren su libertad, después de haber cumplido las penas impuestas en cada caso *sub lite*.

Igualmente, entre las obligaciones de los Estados parte, emanadas de la Convención Americana, está la de investigar las violaciones de derechos humanos ocurridas en sus territorios, aún las cometidas por particulares, y la de sancionar penalmente a los responsables de ellas. Si un Estado no investiga las violaciones ni sanciona a los responsables, incurre en responsabilidad internacional por violación del art. 1 de la Convención, que establece la obligación de garantizar los derechos en ella reconocidos, por lo que considera que la sanción penal es necesaria para garantizar la vigencia de los derechos humanos⁵⁵.

⁵⁴ OTTAVIANO, Santiago, *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Ábaco, Buenos Aires, 2009, pp. 428 - 429.

⁵⁵ CIDH, Serie C, n.º 1, caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29/07/1988. En el párrafo 166 de esta sentencia se indica: “La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”. De igual forma el párrafo 167 tiene relación con la obligación del Estado respecto a los derechos humanos: “la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. Igual, el párrafo 168: “La obligación a cargo de los Estados es, así, mucho más inmediata que la que resulta del art. 2, que dice: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

De esta forma, la CIDH, a través de sus múltiples sentencias⁵⁶, pone en evidencia y responsabiliza a aquellos Estados que han quebrantado los derechos y garantías de las y los ciudadanos, e identifica cada una de las violaciones cometidas en aras de que se enmienden esos errores e, incluso, que indemnice por los daños y perjuicios ocasionados a las personas, previo a la identificación de los responsables de la violación de estos derechos fundamentales. Todo ello encuentra respaldo en la CRE, la CADH y la DUDH, en ese claro compromiso que ha de existir entre el Derecho internacional convencional y las disposiciones internas. Por tanto, los operadores de justicia en materia penal, son los encargados de supervigilar que los procesos judiciales se desarrollen en franco cumplimiento no solo de las normas jurídicas nacionales e internacionales, sino además de aquellas directrices dadas en los diferentes fallos por los Cortes Internacionales y que, al tratarse de Ecuador y de los demás Estados Partes, deben observar los fallos emanados por la CIDH.

⁵⁶ A modo de ejemplo, véase el caso *Bulacio vs. Argentina*, de fecha 18 de septiembre de 2003, párrafo 17 se refiere acertadamente a la presunción de inocencia y a la tutela de derechos fundamentales del procesado: “En este ámbito deben operar, incluso cuando se trate de meras infracciones, no de crímenes o delitos, la presunción de inocencia, la prueba a cargo de la autoridad, la provisión de abogado que ejerza la defensa desde el momento de la detención y presentación del sujeto –antes de que rinda cualquier declaración que pudiera comprometer su situación jurídica y determinar el resultado del procedimiento–, la información sobre los motivos de la detención y los derechos del detenido, el acceso al expediente que se forme, la posibilidad de utilizar recursos expeditos –particularmente los que conciernen a la tutela de los derechos fundamentales–, la celeridad del procedimiento y el acceso a la libertad provisional”. En el párrafo 21 de la indicada sentencia se realiza una argumentación importante desde el punto de vista jurídico: “La ejecución de medidas coercitivas, de suyo delicadas y peligrosas, sobre todo cuando atañen a la libertad personal, debiera realizarse en espacios físicos adecuados, que no extremen o agraven la medida, añadiendo a sus naturales consecuencias otros efectos dañinos, y estar a cargo de personas debidamente seleccionadas y preparadas para este desempeño, bajo riguroso control y supervisión”. Además, es preciso hacer referencia al párrafo 22 de esta sentencia que ilustra sobre la función garantista de quienes ejercen la función judicial y el Estado al que representan, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el Estado asume una condición de garante, con las obligaciones respectivas, con respecto a los bienes y derechos de quienes se hallan sometidas a privación de libertad bajo la jurisdicción del Estado mismo. Esta posición de garante trae consigo cierto deber de cuidado, como antes manifesté, que se traduce en acciones y omisiones cuya realización es necesaria para satisfacer aquél en el caso concreto, conforme a las circunstancias. No se trata de deducir consecuencias solamente del deber general del poder público de proveer seguridad y protección a las personas sujetas a su jurisdicción, sino de establecer el carácter específico, directo e ineludible de ese deber en el caso de quienes están sometidos, de la manera más intensa y completa, de jure y de facto, a la potestad de autoridades públicas que tienen a su cargo la custodia misma de esas personas o el control de su situación (un concreto deber de cuidado en ambos casos) aun cuando se hallen bajo la atención de un tercero”.

3. EL SISTEMA DE LA JUSTICIA PENAL EN ECUADOR

El sistema de justicia penal de un Estado debe ser coherente con la observancia de principios universales de respeto a los derechos humanos, los cuales son la base para la igualdad y justicia tan anheladas por la sociedad. Así, el COIP recoge principios aplicables en cada uno de los procedimientos, alrededor de los cuales, debe girar el proceso penal⁵⁷, los que se relacionan y complementan con postulados constitucionales y con los tratados internacionales de derechos humanos. Desde el primer precepto constitucional se enfatiza la idea de que "... el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (...)", luego establece un grupo de nueve principios rectores⁵⁸ relativos al ejercicio de los derechos legítimamente refrendados y continúa con la determinación de asegurar el derecho al debido proceso en todas las materias, pero lo refuerza en clave penal cuando se ha privado de libertad a una persona⁵⁹.

El debido proceso⁶⁰ es un derecho que constituye la esencia del proceso penal, que debe respetarse incondicionalmente, lo cual se logra a partir de una

⁵⁷ Cfr. art. 11 del COIP que establece un catálogo de doce derechos concedidos a las víctimas de las infracciones, entre los cuales se recoge la posibilidad de proponer acusación particular, de no comparecer, de asistencia técnica y especializada, a la información oportuna y en todo momento y a ingresar al Sistema nacional de protección de víctimas, entre otros.

⁵⁸ Cfr. art. 11 de la CRE que sienta como principios los siguientes: la promoción y exigencia de los derechos podrá hacerse en forma individual o colectiva; la igualdad, en virtud de supuestos específicos de no discriminación y una previsión "saco" de sanción a toda forma de discriminación; directa aplicación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos; no restricción del contenido de los derechos ni garantías constitucionales por otra norma jurídica; interpretación y aplicación que más favorezca a la eficacia de la norma; carácter inalienable, irrenunciable, indivisible, interdependiente y de igual jerarquía de todos los principios y derechos; no exclusión de otros derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades; desarrollo progresivo del contenido de los derechos; y, alto deber del Estado de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

⁵⁹ Cfr. art. 76 de la CRE. Aunque con anterioridad, Vid. Supra Nota 71, se hace referencia al contenido de estos preceptos, solo acotar ahora que el legislador los presenta en forma de garantías básicas y que, consecuentemente, resultan de estricto cumplimiento.

⁶⁰ La CNJE, en su publicación Ratio Decidendi Obiter Dicta – Sentencias 2012-2013 – Fallos de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, se refiere al debido proceso (pp. 312-316) en la Resolución N.º 1275-2012, del Juicio N.º 876-2011, de 27 de septiembre de 2012, en un recurso de Casación por delito de robo calificado señala: "... Razón de la decisión: Alcance del debido proceso. Ratio decidendi: El debido proceso es considerado como un derecho de carácter abstracto; es decir, está constituido por varios elementos que forman su núcleo intangible, de manera que, al efectuarse uno de ellos, deja de ser debido proceso, pues pierde su naturaleza esencial; en la medida en que, la violación de uno de sus principios constitutivos motiva a que la violación sea a todo el derecho fundamental. Extracto del fallo" (...) 6. ANALISIS DEL TRIBUNAL (...) 6.3 El Derecho Fundamental al Debido Proceso es aquel que es aplicable a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas sin excepción; así lo manda el art. 426 de la Constitución ecuatoriana; en consecuencia, la primera obligación del juzgador es observar si no se ha violado el derecho al debido proceso; concretamente, las reglas señaladas en el art. 76 de la Constitución. La Corte Constitucional para el periodo de transición; sobre el derecho al debido proceso, ha expuesto en el caso 002-08-CN, sentencia publicada en el Registro Oficial Suplemento

adecuada administración de justicia que tutele efectivamente los derechos de las partes procesales, por cuanto es deber del Estado proteger las garantías básicas que permitan el desenvolvimiento de procesos confiables y justos, sin discriminación ni impunidad; a su vez, las partes deben someterse a las leyes establecidas para el cabal desarrollo de los procedimientos respectivos, en aras de la igualdad, libertad, dignidad y justicia social.

El nuevo Derecho Penal ya no se basa únicamente en una represión desmedida, sino en una necesaria rehabilitación y reinserción de los infractores de la ley penal, al tener como fundamento de la justicia penal elementos tales como la utilidad común, el interés general, el bienestar de la mayoría y la necesidad de rehabilitación y reinserción, más que castigo, para la sociedad en general. No obstante, en el caso de que el juzgador le imponga una pena privativa de libertad al procesado, luego de la tramitación del proceso, se satisface el interés de la víctima y, por ende, de la sociedad, pues –como regla– lo contrario a una sanción severa se considera como impunidad y por ello resulta tan compleja la ponderación que han de hacer el legislador y sus intérpretes en cuanto a lo que ha de prevalecer en el proceso: la obligación de perseguir por el fiscal y de sancionar por el órgano juzgador; o, la posibilidad de obtener satisfacción mediante otros artilugios procesales.

En ese sentido, ZARZALEJOS manifiesta que: “En el proceso penal se investiga y se juzga, en su caso, la responsabilidad criminal de una o varias personas por uno o varios hechos con apariencia delictiva, materia que trasciende el interés particular de las víctimas del delito y sobre la que recae un interés público que justifica la amplia legitimación activa legalmente prevista para provocar la iniciación de una causa penal. Además desde un punto de vista práctico, si solo pudiera iniciarse el proceso penal a instancia de la víctima, muchos delitos quedarían impunes por el temor a la represalia o por el peso de la responsabilidad que implica asumir tal iniciativa”⁶¹.

En un proceso penal, tanto el fiscal como el juez de la causa, previamente, tienen la obligación de analizar el bien jurídico protegido que ha sido violentado en contra de la víctima, así como el interés público que ha sido conculcado, para con estos elementos adoptar la decisión de iniciar el proceso penal (instrucción

602 de 1 de junio de 2009, que: “...En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado...”.

⁶¹ ZARZALEJOS NIETO, Jesús, *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Penal*, 2.^a edición, La Ley, Madrid, 2011, p. 141.

fiscal) en contra del sospechoso, pero si no existen los elementos de convicción suficientes, el fiscal toma la iniciativa de dejar en investigación previa a fin de que en el futuro —con la colaboración del órgano policial, a través de sus ramas especializadas, de expertos en conocimientos científicos, tecnológicos o artes específicos— se puedan llegar a establecer los fundamentos necesarios tendientes a justificar la existencia de la infracción y la participación del sospechoso. En ese caso, el fiscal le solicitará al juez que señale día y hora para que se lleve a cabo la correspondiente audiencia de formulación de cargos, donde el titular del ejercicio público de la acción iniciará la instrucción fiscal y pedirá al juzgador medidas cautelares personales y reales, en los casos que sean menester; pero si luego de efectuar una investigación objetiva por parte del fiscal, considera que no constituye delito o no se encuentran los elementos de convicción suficientes para iniciar el proceso penal, pedirá al juez su archivo, de conformidad con lo que dispone el art. 585 inciso final del COIP.

Esta es la regla de actuación fiscal en Ecuador, conforme al principio de oportunidad. Sin embargo, cuando el fiscal tiene los elementos de convicción suficientes como para iniciar la respectiva instrucción, es preciso que analice cada caso concreto y si el delito es de aquellos considerados como de “bagatela”, podrá optar por la aplicación del principio de oportunidad, según las pautas que regulan a esta institución jurídica de carácter procesal. Opción que se hará efectiva en la audiencia oral, pública y contradictoria, donde el fiscal le solicita al juzgador ejecutar dicho principio y corresponde a la autoridad judicial adoptar la decisión conforme a derecho, con precisión de las normas jurídicas que reglan tanto las causales, como el procedimiento respecto del principio de oportunidad; pero, no existe pronunciamiento normativo que obligue al judiciario a la observancia o fundamentación de cómo han sido respetados o no los derechos fundamentales de la víctima y sospechoso o procesado, por lo que es prioritario que se estipule un modelo o procedimiento estándar de aplicación del mencionado principio a fin de proteger los derechos de los sujetos procesales involucrados y, por ende, todo lo relacionado con el debido proceso⁶².

⁶² Es importante considerar que en algunos casos en los que se investigan asuntos de carácter penal que tienen trascendencia para la sociedad, ya sea por intereses económicos, sociales, políticos o de cualquier otra índole, se presentan represalias en contra de los operadores de justicia, en especial de los abogados en libre ejercicio, jueces y fiscales, con el fin de evitar que se inicie un proceso penal o se dicten sentencias que favorezcan a sus intereses; aspecto que desnaturaliza la administración de justicia en materia penal y que infringe sus postulados de transparencia, imparcialidad e independencia.

Es importante considerar que en algunos casos en los que se investigan asuntos de carácter penal que tienen trascendencia para la sociedad, ya sea por intereses económicos, sociales, políticos o de cualquier otra índole, se presentan represalias en contra de los operadores de justicia, en especial de los abogados en libre ejercicio, jueces y fiscales, con el fin de evitar que se inicie un proceso penal o se dicten sentencias que favorezcan a sus intereses; aspecto que desnaturaliza la administración de justicia en materia penal y que infringe sus postulados de transparencia, imparcialidad e independencia.

El imputado o procesado tiene derecho a la designación de su abogado defensor de su confianza desde el momento en que se inicia la imputación en su contra, pero cuando no ha sido posible que contrate el referido abogado, se le nombrará un defensor público para que asuma la defensa técnica⁶³, por cuanto todo sospechoso o procesado tiene derecho a una tutela judicial efectiva sobre la base del cumplimiento de los principios de inmediación y contradicción. Teniendo en cuenta que en el país se encuentra vigente el sistema acusatorio oral, el procedimiento se estructura en audiencias, a las que deben concurrir todos los sujetos procesales con vistas a hacer valer sus derechos y, en especial, para examinar y contra-examinar a peritos y testigos que presenten las partes contrarias, así como en razón de objetar preguntas que se les hagan a sus testigos y contradecir los alegatos; todo esto con la finalidad de desvirtuar la acusación del fiscal o, por lo menos, generar una duda razonable en el juzgador sobre la responsabilidad del procesado, lo cual significaría que en los dos casos se dicte sentencia proclamadora del estado de inocencia. Al respecto, deviene imprescindible resaltar que, aunque el juez o tribunal, luego de valorar las pruebas de cargo y de descargo, llegue a la certeza de que se cometió un delito y que el procesado es el responsable de su comisión, seguirá gozando del estatus de presunción de inocencia mientras la sentencia condenatoria no alcance firmeza.

Otro elemento a tener en cuenta es que el juzgador, como garante de los derechos fundamentales -tanto de la víctima como del procesado-, no puede dictar una sentencia que contravenga los principios y garantías constitucionales⁶⁴, ni las normas jurídicas que regulan los derechos humanos

⁶³ ESPITIA GARZÓN, Fabio, *Instituciones de derecho procesal penal*, Séptima edición, Legis Editores S.A., Bogotá, 2010, p.158.

⁶⁴ La CNJE, en su publicación *Ratio Decidendi Obiter Dicta – Sentencias 2012-2013 – Fallos de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito*, se refiere a la vulneración de garantías constitucionales (pp. 322-326) en la Resolución N.º 354-2012, del Juicio N.º 361-2011, de 27 de septiembre de 2012, en un recurso de Casación por delito de tránsito, y señala: “(...) Ratio

consagrados en los instrumentos internacionales, en especial la CADH y la DUDH.

De no respetarse los enunciados aspectos de orden jurídico, la sentencia que se dicta en una causa determinada sería ilegítima, ilegal o arbitraria, por lo que puede ser impugnada por vía de recursos, en la justicia ordinaria; y mediante la acción extraordinaria de protección que se plantea para ante la Corte Constitucional⁶⁵. Si a nivel nacional no se protege al procesado, sus derechos y garantías, una vez agotadas todas las instancias de la justicia interna, tiene la facultad de interponer demanda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que luego del trámite legal respectivo y de encontrar su pertinencia, enviará la información a la CIDH de San José de Costa Rica; organismo internacional que, de considerar configuradas las denunciadas violaciones a los derechos humanos, dictará sentencia en la que condene al país demandado, que en algunos casos ha sido incluso con reparación de daños y perjuicios⁶⁶.

decidendi: Vulneración de derechos y garantías constitucionales. Ratio decidendi: Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes (artículo 76.1 C.R.E), de oficio o a petición de parte. Por tanto, al ser ésta la obligación de los juzgadores, no se podrá sancionar dos veces por el mismo hecho al sentenciado; de hacerlo, el tribunal de casación tendrá la obligación de rectificar el error de derecho en la sentencia. Extracto del fallo: “QUINTO: NÚCLEO DE LA RECLAMACIÓN Y ANÁLISIS EN CONCRETO.- (...) Así mismo, se establece que toda persona tienen derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derecho e intereses, y al hablarse de tutela efectiva, esta tiene que ver con el derecho que tienen todas las personas a tener acceso al sistema judicial y a obtener del mismo una resolución fundada en Derecho, lo cual no se ha dado en este caso, al habersele sancionado dos veces por la misma causa, contrariando todo tipo de derecho que los ciudadanos poseen. Esta acción genera la impunidad, por cuanto, si bien es cierto existió el accidente de tránsito, por ende un responsable así como afectados, sin embargo por este tipo de inobservancias se produce una “impunidad que es una circunstancia que pone de relieve la ineficacia del sistema estatal, ya que no garantiza un acceso efectivo a la justicia, no protege los derechos, más bien permite que se vulneren derechos constitucionales de las personas. (...) Por lo tanto, la única sentencia (6 de junio del 2011) que tiene plena validez es la proveniente de la causa iniciada por contravención y que dicha sanción se encuentra ejecutada con antelación a la sentencia expedida en la presente causa el 4 de abril del 2012, que no tienen ningún valor legal ni constitucional, por cuanto se dicta en clara violación a principios y garantías constitucionales señaladas (...) en este caso, se observa claramente que el Juez de Primer nivel en forma ilegal e inconstitucional procede a sancionar dos veces por el mismo hecho dividiendo en contravención y en delito de tránsito, cuando la presente causa tiene un solo origen (...)” [sic].

⁶⁵ La acción extraordinaria de protección se inscribe dentro de las garantías jurisdiccionales que recoge la CRE en su Capítulo Tercero que comprende, además de la institución en comento, a la acción de protección, hábeas corpus, acción de acceso a la información pública, de hábeas data y por incumplimiento. El específico caso de la extraordinaria, regulada en el art. 94, procede contra sentencias o autos definitivos en los que se hayan infringido preceptos constitucionales y siempre que se haya agotado la vía de los recursos, a excepción de que su no interposición no fuera imputable al titular del derecho vulnerado.

⁶⁶ La CIDH, en la sentencia del caso Tibi vs. Ecuador, de 07 de septiembre de 2004, ordenó reparación de daños y perjuicios, por cuanto, de acuerdo a la denuncia presentada, el señor Daniel Tibi fue detenido el 27 de septiembre de 1995, mientras conducía su automóvil por una

Sentencias que los Estados tienen la obligación de acatar, en atención a que suscribieron, aprobaron y ratificaron el convenio correspondiente.

Volviendo al orden interno, ha de tenerse en cuenta que el art. 168.6 de la CRE dispone que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias serán a través del sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. De aquí la importancia de la oralidad desde el punto de vista constitucional, que permite la observancia de los principios fundamentales del debido proceso, en cuya virtud los sujetos procesales deben sujetarse a las disposiciones inherentes a la buena marcha del juicio y en la labor de juzgamiento, en sentido general, se ha de verificar el cumplimiento de lo previsto en los convenios internacionales sobre los derechos humanos, de los cuales Ecuador es parte. En lo referente a las garantías procesales, el juicio es considerado por los estándares internacionales de derechos humanos, como un marco de protección general. De forma tal que, sin juicio, es difícil concebir la existencia de un proceso penal capaz de respetar los derechos individuales⁶⁷.

Sin embargo, la inmediatez propia del proceso oral facilita la utilización de los conocidos MARC (Medios Alternativos de Solución de Conflictos) o de otros mecanismos procesales como alternativa al juzgamiento; pero sucede que el sistema procesal penal que rige en Ecuador, y en varios países de América Latina, es de carácter adversarial y existe la inveterada costumbre entre los

calle de la Ciudad de Quito, Ecuador; detención que fuera realizada por oficiales de la policía de Quito sin la orden judicial correspondiente y llevado en avión a la ciudad de Guayaquil, donde fue recluso en una cárcel y quedó detenido ilegalmente por veintiocho meses. La sentencia enfatiza que "... el señor Daniel Tibi afirmó que era inocente de los cargos que se le imputaban y fue torturado en varias ocasiones, golpeado, quemado y "asfixiado" para obligarlo a confesar su participación en un caso de narcotráfico. Además, la Comisión indicó que cuando el señor Tibi fue arrestado se le incautaron bienes de su propiedad valorados en un millón de francos franceses, los cuales no le fueron devueltos cuando fue liberado, el 21 de enero de 1998. La Comisión entiende que las circunstancias que rodearon el arresto y la detención arbitraria del señor Tibi, en el marco de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas ecuatoriana, revelan numerosas violaciones de las obligaciones que la Convención Americana impone al Estado (...) por lo que la Corte Interamericana de Derechos humanos al resolver, determina que al haberse probado la violación de los artículos 7, 7.6, 25, 5, 8, 17, 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ordena el pago de reparaciones por daño material e inmaterial, fijando la cantidad de € 148.715,00 por daño material y la cantidad de € 207.123,00 por daño inmaterial, además de otras formas de reparación (mediadas de satisfacción y garantías de no repetición entre los que se destacan: (...) h) dotar y capacitar al personal con funciones de custodia acerca del tratamiento que deben recibir los reclusos, de conformidad con los estándares internacionales generalmente aceptados; e i) crear un sistema de investigación y sanción de denuncias de torturas y tratos indebidos que permita establecer una sanción contra quienes incurren en violaciones(...)"

⁶⁷ BAYTELMAN ARONOWSKY, Andrés y Mauricio DUCE JAIME, *Litigación Penal y Juicio Oral*, Ediar Editores Ltda, Santiago de Chile, 2006, pp. 19 - 20.

operadores jurídicos de litigar⁶⁸, cual si ello fuere la esencia de su desempeño. Sobre este aspecto, en la parte considerativa (considerando décimo tercero) del COIP, la Asamblea Nacional señala: “Que el derecho penal adjetivo debe garantizar la existencia de un sistema adversarial, que cuente con fiscales que promuevan el ejercicio de la acción penal dentro de los principios y fundamentos del sistema acusatorio, con defensoras y defensores públicos que patrocinen técnicamente a las personas acusadas de cometer una infracción y a las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos, y con juezas y jueces que dirijan el proceso y sean garantes de los derechos de los participantes procesales”⁶⁹.

De manera que aun desde la consagración de un sistema adversarial, deben existir jueces que garanticen el debido proceso para cada uno de los sujetos procesales y serán los fiscales, que investigan cada caso concreto, los que expresen la teoría del caso, presenten las pruebas de cargo y de descargo, para finalmente acusar por el tipo penal que corresponda o se abstengan de acusar al procesado por falta de pruebas o cualquier otra circunstancia jurídica que se presente en cada caso concreto; mientras que los defensores particulares o públicos son los que deben prestar un servicio profesional eficiente que permita desvirtuar las acusaciones del fiscal o, por lo menos, alegar circunstancias jurídicas que beneficien a su defendido, como haber actuado en legítima defensa, por estado de necesidad, que el delito quedó en el grado de tentativa, que el que cometió la infracción es inimputable o que existen circunstancias atenuantes a su favor a fin de que la pena sea modificada en la forma que establece la ley.

Todo esto debe cumplirse en el sistema acusatorio oral, a fin de que la justicia garantice los derechos de la víctima y el procesado, en atención al bien jurídico protegido que ha sido violentado y al principio de favorabilidad cuando se dicten nuevas normas penales que le resulten beneficiosas al sujeto activo del delito; último supuesto en el que, a tenor del principio de retroactividad de la norma penal, el juzgador ha de garantizar la proporcionalidad de la sanción⁷⁰.

⁶⁸ Afirmación que realiza quien suscribe en razón de su propia experiencia, donde ha visto que en casos en que resulta posible un arreglo o conciliación, son los defensores o abogados los que no coadyuvan al alcance de acuerdo.

⁶⁹ COIP.

⁷⁰ De conformidad con lo que disponen los artículos 76.5 de la CRE y 5.2, 16.2, y; 201.1,b) del COIP, en relación con la tabla del CONSEP, publicada en el Registro Oficial N.º 288, de fecha 14 de julio de 2014, si la ley posterior contempla sanciones diferentes para un mismo hecho, se debe aplicar la menos rigurosa, ya sea a petición de parte o de oficio, lo cual privilegia el principio de legalidad, siempre que se trate de delitos relacionados con el transporte o tenencia de sustancias

De manera que, en el sistema penal vigente en Ecuador, donde el juez es eminentemente garantista de los derechos de los justiciables, se cristaliza la aplicación de los principios de inmediación, contradicción, legalidad, proporcionalidad y el de retroactividad de la ley penal cuando favorece al reo, y todo ello significa cumplir con el debido proceso.

De esta forma, la materialización del debido proceso no solo ha de ser a lo largo de actuaciones extraprocesales de investigación, sino especialmente a través de las audiencias, que constituyen el mejor escenario para verificar el desempeño de jueces, fiscales y defensores. Audiencias que deben ser públicas, salvo que sea necesario realizarlas de manera reservada en pos de preservar los intereses de la justicia o la intimidad de las personas; excepciones que se encuentran determinadas de manera expresa en la ley, en el entendido de que se trate de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y contra la estructura del Estado constitucional (art. 562 COIP). Válido precisar que aun cuando sean públicas, no podrán ser grabadas por los medios de comunicación social, en razón de la posible colisión de derechos que puede presentarse, y la preservación del actuar de las y los juzgadores.

Para el buen desempeño de los intervinientes en las audiencias, le corresponde a cada uno de ellos cumplir de manera correcta y diligente las funciones y atribuciones expresamente determinadas en la ley, según el concreto rol que le concierna: a la defensa técnica del procesado, le corresponde bregar por los intereses de su defendido; al fiscal, como titular del ejercicio público de la acción penal, la responsabilidad de perseguir el delito y encargarse de investigar

estupeficientes y psicotrópicas, donde las penas han sido reguladas a partir de considerar la cantidad y la calidad de la droga; aspecto que le permite al juzgador aplicar el principio de proporcionalidad sin apartarse del de legalidad, como dispone la norma constitucional. Así por ejemplo, si un individuo comete el delito de tráfico de sustancias estupeficientes y psicotrópicas (56 gramos de base de cocaína), con fecha anterior al 10 de agosto de 2014, se le debe aplicar la tipicidad y sanción del art. 60 de la Ley de Sustancias Estupeficientes y Psicotrópicas, de 12 a 16 años de reclusión mayor extraordinaria; pena que al ser modificada por existir dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante no constitutiva ni modificatoria de la infracción, se reduce de 8 a 12 años de reclusión mayor ordinaria. Pero si la sentencia se dicta con posterioridad a la fecha indicada, es decir, cuando ya estaba vigente el COIP, el juzgador debe aplicar el principio de favorabilidad, a tenor de los artículos 76.5 de la CRE y 5.2, 16.2, y 220.1.b) del indicado código, en concordancia con la resolución publicada en el Registro Oficial N.º 288 de 14 de julio de 2014, emitida por el Consejo Nacional de Centros de Sustancias Estupeficientes y Psicotrópicas, que tabula las cantidades de sustancias estupeficientes para sancionar según sea su escala, pudiendo ser mínima, mediana, alta y gran escala. El caso propuesto corresponde a la escala media y la pena que establece la ley es de uno a tres años de pena privativa de la libertad. Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, recurso de casación, juicio N.º 860-2014, Quito, 19 de septiembre de 2014.

y buscar los elementos de convicción en un primer momento, y en la etapa de juicio las pruebas de cargo y de descargo respecto del procesado; y, al juzgador le atañe dirigir las audiencias, controlar la disciplina, evitar intervenciones repetitivas o impertinentes tendientes a dilatar el normal desempeño de las mismas, a garantizar la debida tutela de los derechos de las partes en el desarrollo del acto procesal, a despachar de manera concentrada las peticiones que expongan los sujetos procesales y a adoptar, con la debida motivación y en audiencia, las decisiones que resulten pertinentes.

Así, la oralidad permite a los sujetos procesales presentar sus pruebas y exponer sus alegatos, a fin de que en la deliberación el juzgador valore el acervo probatorio en su conjunto, sobre la base de las reglas de la sana crítica y en aplicación de las normas constitucionales, de los convenios internacionales de derechos humanos y legales vigentes, así como los precedentes jurisprudenciales emanados por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador (CNJE), la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Los jueces son los responsables de garantizar el cumplimiento del debido proceso, en cada uno de los casos puestos a su conocimiento y resolución, pudiendo realizarse incluso audiencias telemáticas o mediante videoconferencias, o a través de otros medios similares, cuando por razones de cooperación penal internacional, seguridad o utilidad procesal y en aquellos casos en que sea imposible la comparecencia de quien debe intervenir en la audiencia, ya sea como testigo o perito, se podrán utilizar estos instrumentos tecnológicos que permiten una comunicación fidedigna entre todos los operadores de la justicia penal; todo ello con la finalidad de vigilar el cumplimiento del derecho de defensa y el respeto de los principios de concentración, inmediación y contradicción como sinónimo de una administración de justicia garantista que posibilita la aplicación del principio de oportunidad.

Apréciase que la norma registra la posibilidad de que no comparezca un testigo o un perito, pero ello no resulta posible en los casos de la víctima y del imputado, pues en la audiencia es indispensable escucharles por ser los directamente involucrados en el litigio. La exposición de sus razones puede ser a través de los defensores técnicos o directamente haciendo uso del derecho de defensa material, que significa ser escuchados u oídos en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, con las debidas garantías y dentro de un plazo

razonable, conforme a lo dispuesto en los artículos 10 de la DUDH, 8.1 de la CADH y 76.7.c de la CRE, para que con posterioridad el juzgador decida el caso *sub lite*, con mayores elementos de juicio.

3.1. Características básicas

En la publicación “Perfil del Primer Plan Bienal de Desarrollo” de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador, se señala con acierto que la justicia es el máspreciado valor de la sociedad, por lo que es necesario administrarla de manera racional, para que sus cimientos siempre permanezcan firmes y contribuyan al pleno desarrollo del ser humano. Para lograrlo, es necesario planificar de manera coherente las actividades a realizar por la administración de justicia y, sobretodo, en la capacitación adecuada de quienes laboran en la función judicial, con el fin de lograr cambios que contribuyan a mejorar la eficiencia, eficacia y productividad dentro del sistema de justicia; por cuanto se trata de una función pública que coadyuva a la vigencia del orden, la paz y la seguridad ciudadana.

En este sentido el juzgador presta un servicio público, por lo que cumple un papel fundamental en la sociedad, al estar investido de poder para administrar justicia por disposición de la ley y que debe reunir ciertas características y valores: dinámico, transparente, independiente, diligente, preparado, imparcial, honesto y todas sus actuaciones deben estar dirigidas a prevenir todo acto inmoral e ilegal⁷¹. Por ello, solo el juez que cumple estas características y valores, es digno de administrar justicia.

De manera que la función del juez ostenta significación social, ya que de su actuación depende que se alcance una administración de justicia transparente, libre de corrupción, que otorgue a cada quien lo que le corresponde, sin que nadie pueda interferir en sus decisiones y que para corregir cualquier error involuntario o por desconocimiento del Derecho, las partes que litigan tienen a su haber la impugnación a través de los recursos que franquea la ley. Pero es necesario dejar constancia de que la administración de justicia no es perfecta, siempre existen factores internos y externos que orientan a quienes juzgan por un determinado camino, ya que en muchas ocasiones se hace un juzgamiento inadecuado, tal vez por falta de honestidad, honradez, o parcialidad del juez, lo cual produce violación de la normativa jurídica, injusticia y alteración de la paz social, renaciendo en la sociedad esa intencionalidad de hacer justicia por su

⁷¹ Corte Suprema de Justicia del Ecuador, *Perfil del Primer Plan Bienal de Desarrollo*, Quito, 1992, pp. 9-32.

propia mano; autotutela de los derechos que no es aceptada en un mundo civilizado y que se considera superada, precisamente por haberle conferido esa función a los jueces.

Estas preocupaciones atinentes a la posible actuación impecable o no del juzgador, constituye una muestra de lo que se conoce como crisis⁷² del sistema acusatorio oral que guarda relación con las dificultades respecto de la aplicación de mecanismos convencionales de integración social, con la consecuente aparición de nuevas prácticas y manifestaciones delictivas, que nacen del avance de la ciencia y tecnología (utilizadas para la comisión de delitos), así como la proliferación de nuevas formas de violencia. En este contexto, la imposición de la pena por parte del juzgador, surge frente a la existencia de la infracción, donde su legitimidad proviene del cumplimiento del debido proceso que se debe respetar en cada caso *sub lite*; derecho que tiene el procesado frente al poder punitivo.

En consecuencia, esta crisis social, política, económica y judicial tributa a la necesidad de que se implementen alternativas válidas que permitan el funcionamiento del sistema judicial penal y una de esas alternativas es la incorporación del principio de oportunidad, toda vez que “oportunidad”, en este contexto, es la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración. Lo cierto es que, al no conferirle tratamiento penal a determinados hechos, como los de menor cuantía, se daría la importancia que merecen aquellos que sí requieren de una efectiva intervención de la justicia penal y ello redundaría en una mejor investigación, y en sanción justa como sinónimo de confiabilidad en la labor de juzgamiento.

Se trata de que la crisis del sistema de justicia penal también se manifiesta por no estar en condiciones de ofrecer una respuesta adecuada sobre la imposición de una pena eficaz frente a un delito, pues se generan mayores niveles de impunidad e inseguridad ciudadana, y de ello constituye un reflejo el sistema de

⁷² Claro que, como apunta CALMON: “Para poder hablar de crisis sería necesario tomar como referencia un periodo en el cual la jurisdicción satisfizo plenamente los requerimientos sociales, sin embargo, parece que la lógica tradicional del proceso jamás lo logró. Y jamás lo hizo en razón a que la misma sociedad exige el cumplimiento de algunos derechos fundamentales, tales como el derecho de defensa y la contradicción y al mismo tiempo exige la efectividad de la justicia”. Vid. CALMON, Petronio, “Algunas tendencias innovadoras en materia de Derecho Procesal brasileiro”, ponencia presentada al II Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en La Habana, abril 2009, trad. María Angélica Pulido Barreto, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, La Habana, 2009.

justicia penal imperante en el Estado ecuatoriano, a pesar de que están en vigencia nuevas reformas procesales penales, contempladas en el COIP. Postulados que regulan varios procedimientos, tales como el ordinario y los especiales, cuya finalidad u objetivo principal, es el juzgamiento y represión de los delitos en el menor tiempo posible.

Cada uno de los procedimientos penales que se encuentran regulados en la ley, ya sea el ordinario o los especiales: el primero que se caracteriza por que se inicia con la instrucción, luego la segunda etapa que es la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio y concluye con la audiencia de juicio como dispone el art. 589 del COIP, sin perjuicio de la impugnación que puedan hacer los sujetos procesales a la sentencia de primer nivel; y, los especiales que permiten una pronta solución al litigio y que por ende no se cumplen todas las etapas del proceso penal, siendo éstos el abreviado, directo y expedito y el procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal, como dispone el art. 634 del mismo cuerpo legal anteriormente referido.

Los procedimientos judiciales referidos en la párrafo anterior, deben estar encaminados a responder de mejor manera a las expectativas de las víctimas y del sospechoso o procesado, a racionalizar la carga laboral de los operadores de justicia, a garantizar una respuesta oportuna frente a la criminalidad evitando extremos de penas desproporcionadas y sin que por ello se llegue a la impunidad, lo cual ocasionaría una alteración del orden social y una falta de efectividad de la Administración de Justicia penal. Ninguna de estas posibilidades significa apartarse del principio de legalidad, pues el criterio de oportunidad debería aplicarse solamente a situaciones específicamente determinadas en catálogo normativo, sobre la base de una selección minuciosa en virtud de razones de utilidad pública o interés social, toda vez que, por un lado se descongestionará la justicia, se agilizarán las causas, mientras que, por el otro, se respetarían los derechos humanos de los imputados, y la víctima podría tener un acceso más rápido a la justicia, al verse resarcida de forma más expedita.

ZAMBRANO PASQUEL, al referirse a este tema, afirma que: “El Estado recurre a la legalidad de la definición de los crímenes o delitos y de las penas, para construir el marco jurídico adecuado a los intereses del poder central, definiendo por conveniencia lo que debe ser penalizado, negando la verdadera ideología de los calificados como delitos políticos, a cuyos autores se llama “delincuentes comunes, asaltantes y terroristas”(…) Si el marco jurídico es

insuficiente se recurre a las penas extra-judiciales a través de las ejecuciones sumarias de los disidentes políticos (...) No podemos negar la crisis del Derecho Penal, esto es del conjunto de formas y garantías que lo distinguen de otras formas de control social, que son irreales”⁷³. Por supuesto que recurre el autor a supuestos extremos de ejecuciones sumarias, pero su razonamiento reafirma lo que se viene sosteniendo en el sentido de que la incertidumbre imperante obliga a la búsqueda de opciones que tornen más efectiva la administración de justicia.

Por otra parte, ningún estudio escapa a las razones históricas de un determinado resultado y de esta manera hay que valorar en la historia del Derecho Penal, que en cada una de las etapas por las que ha evolucionado la sociedad, el legislador ha ido identificando bienes jurídicos protegidos y, consecuentemente, ha tipificado y sancionado conductas humanas que para cada época sí tenían aplicabilidad. En Ecuador, el primer Código Penal se dictó en 1837 y estuvo en vigencia hasta el 9 de agosto de 2014, con varias enmiendas o reformas hechas por parte del legislador, las cuales siempre resultaron ser insuficientes frente a los intereses de la sociedad y, fundamentalmente, por el avance de la ciencia penal y la tecnología, donde muchos actos humanos violan bienes jurídicos protegidos importantísimos y que, en consecuencia, deben estar tipificados y sancionados por la ley penal.

Con fecha 10 de febrero de 2014 se publica, en el Registro Oficial N.º 180, el COIP que cobra plena vigencia el 10 de agosto de ese propio año; cuerpo legal que sistematiza todo lo relacionado con los principios y garantías del debido proceso, así como las normas que regulan el procedimiento oral⁷⁴ y se tipifican y sancionan todos los hechos constitutivos de delitos en Ecuador. Los más relevantes son los delitos de lesa humanidad y contra el Derecho Penal humanitario, los derechos del buen vivir, contra el ambiente y naturaleza, contra la estructura del Estado constitucional y, como algo novedoso, se tipifica y sanciona a las personas jurídicas de derecho privado, la mala práctica profesional (delito culposo), el femicidio, y los delitos que se cometen a través de medios informáticos. Estos nuevos tipos penales han sido incorporados en el inventario de ilícitos penales, en consideración al adelanto de la ciencia penal y la tecnología y, en especial, a la necesidad de la sociedad ecuatoriana, para evitar la impunidad de estas nuevas conductas humanas.

⁷³ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Derecho Penal. Parte General*, Tercera edición, Ara Editores, E.I.R.L., Lima, 2006, pp. 382, 411.

⁷⁴ Cfr. arts. del 560 al 570 del COIP, que comprenden las normas generales relativas al procedimiento, Capítulo Primero, del Título VI.

Pero, es necesario analizar las normas jurídicas que establecen los procedimientos legales en materia penal, los cuales resultan estar regulados de manera insuficiente y algunos de ellos como el procedimiento abreviado, el directo y la aplicación del principio de oportunidad, se caracterizan porque se incumple con el derecho de defensa técnica y material de la víctima y victimario, el derecho a una información oportuna y fundamentalmente el derecho a la reparación integral de la víctima y la presunción de inocencia del procesado y por ende se incumple con una infinidad de derechos y garantías que tienen los sujetos procesales antes mencionados, garantizados por la CRE y los convenios internacionales de derechos humanos, en especial respecto del principio de oportunidad, donde su materialización solo depende del fiscal y el juzgador, sin que sean escuchados los sujetos pasivo y activo de la infracción, por lo que es necesario que se dicten nuevas normas procesales, que enmienden los errores que subsisten en la legislación vigente.

De manera que no resulta suficiente la legislación vigente, para superar la crisis de la Administración de Justicia penal, por cuanto existen otros factores de carácter social, económico y político, que impiden que sea creíble y transparente, por lo que se hace necesario realizar una transformación del sistema de justicia, considerando todos los aspectos antes referidos, así como lo que tiene relación con la actualización de la legislación, la concientización de los operadores de justicia y de la sociedad en general, la infraestructura física y tecnológica, capacitación continua y permanente de los recursos humanos y una cooperación interinstitucional e internacional para alcanzar el objetivo propuesto, que no es otro que tener al servicio de la sociedad una justicia visible y con alto grado de efectividad.

En este contexto, el modelo tradicional requiere un nuevo modo de hacer, tanto a nivel de enjuiciamiento, de organización de medios y de instrumentos aplicables. Por todo ello, no puede perderse más tiempo, es necesario aplicar un nuevo modelo de justicia en el que las soluciones rápidas, sean la esencia del nuevo sistema de justicia reparadora⁷⁵, con una desburocratización de la justicia criminal, en razón no solo de la falta de interés público en la persecución de los llamados delitos de bagatela, sino también en la disponibilidad de mayores recursos para los delitos de mayor gravedad o más complejos y en la obtención de una expedita reparación a la víctima.

⁷⁵ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, "La justicia restaurativa penal", en *Revista La Ley*, N.º 73, (5941/2010), editorial La Ley, España, 2010, p. 4.

En ese sentido, la nueva organización administrativa de la justicia en materia penal en Ecuador está a cargo del CJ y en otros países a través de las Cortes Supremas de Justicia y de los Consejos de la Magistratura, que son los organismos de administración, vigilancia y disciplina de la función judicial; organismos que están encargados de diseñar el nuevo modelo de gestión con el fin de alcanzar estándares de eficiencia en la prestación del nuevo servicio público, por parte de los jueces, fiscales y defensores públicos. A ello puede contribuir la implementación de software informáticos, que permitirán eliminar los documentos escritos y las notificaciones a través de papeles y en su reemplazo se utilizarán las operaciones informáticas e incluso para notificar decretos, autos o sentencias a través de los correos electrónicos de los abogados defensores de los litigantes.

Además, se hace indispensable que los operadores de justicia estén capacitados para enfrentar los grandes retos de los cambios que necesita la administración de justicia en materia penal, es decir, que las autoridades que dirigen esta función del Estado, deben dar prioridad a la capacitación continua y permanente de sus recursos humanos y de esa forma garantizar una justicia de calidad y transparencia, considerando que los jueces de manera especial deben tener una personalidad rodeada de valores, tales como la honestidad, honorabilidad, responsabilidad, servicio, puntualidad, solidaridad, prudencia, optimismo, lealtad y decencia, por cuanto el servicio público se lo presta a las y los ciudadanos, quienes por disposición constitucional tienen derecho a la tutela judicial efectiva.

En definitiva, los operadores de justicia deben tener un alto grado de pertenencia a la institución para la cual prestan su contingente y, en consecuencia, tienen como misión hacer un compromiso incondicional para enfrentar los retos de hoy y del futuro, de acuerdo a los estándares de respeto y garantía de los derechos humanos y de los demás aspectos que son de trascendental importancia en el desarrollo de un proceso penal, donde se juzga a un ser humano que violó la ley penal y como consecuencia de ello debe haber un juicio de reproche en su contra.

Para que los operadores de justicia puedan cumplir con su misión, es indispensable que el legislador actúe con responsabilidad en el cumplimiento de su función, con innovadores proyectos de ley, para que luego de su discusión y análisis sean aprobados por el órgano legislativo del Estado. En el contexto ecuatoriano esta actividad se realiza a través de la Asamblea Nacional, que es el

principal organismo público encargado de presentar los proyectos de ley, discutirlos y aprobarlos para luego enviarlos al Presidente de la República, quien procede a disponer el ejecútese y a ordenar la publicación en el Registro Oficial.

El dictado de novedosas leyes penales, que tipifiquen y sancionen nuevos delitos, que como consecuencia de la evolución de la sociedad y de la ciencia jurídica, han ido apareciendo en el mundo de la delincuencia, deviene en trascendente forma de garantizar otros bienes jurídicos que son de gran importancia en el convivir de las personas; y, en relación con la normativa adjetiva, se debe pensar en medidas cautelares personales especiales, que eviten la privación de la libertad de los procesados, como la prisión preventiva que, según varios expertos como ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, resulta una especie de pena anticipada que reproduce roles desviados, para evitar que el procesado fugue y no se le sancione⁷⁶, pues lejos de presumir la inocencia del imputado, le prejuzga e impone una sanción que aunque provisional, ostenta un diáfano carácter punitivo. En tal virtud, el legislador ecuatoriano debe ir construyendo otras alternativas que permitan asegurar la presencia del procesado en el juicio y el cumplimiento de la pena, cuando se dicta en su contra sentencia condenatoria, lo que permitirá evitar la impunidad de los infractores que han cometido delitos que afectan al orden social y lograr la satisfacción de los derechos de la víctima.

Así, el art. 522 del COIP vigente en Ecuador, regula sobre lo que constituye la medida cautelar de carácter personal, denominada dispositivo de vigilancia electrónica, el cual debe funcionar sobre la base de un sistema computarizado y sin privarle de la libertad al procesado, con lo cual se tiene un control del lugar donde debe permanecer, mientras se desarrolla el proceso penal. Si, finalmente, el tribunal dicta sentencia condenatoria, el juzgador executor tendrá presente al sentenciado y podrá ordenar la ejecución de la resolución sin dificultades. En caso de haberse impuesto una pena privativa de libertad, se seguirá el procedimiento legal respectivo para que el sentenciado cumpla la pena en un centro de rehabilitación social, teniendo como propósito fundamental que la persona privada de su libertad, tenga una asistencia social y psicológica durante y después del cumplimiento de la pena y su rehabilitación en los campos laboral, educativo, cultural, deportivo, de salud, vinculación familiar y social, para lograr su reinserción a la sociedad como un ciudadano útil.

⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro, ALAGIA y Alejandro, SLOKAR, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2.^a edición, EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2006, p. 14.

Entre las causantes que inciden en la crisis del sistema de justicia penal en el Ecuador, la más importante resulta ser la congestión de la administración de la justicia penal, pues influye en las restantes analizadas. En este contexto, resulta relevante para la presente investigación, hacer referencia a una serie de datos estadísticos que sirven de sustento para afirmar que encierra serios problemas que nacen de la excesiva carga laboral que tienen los operadores de justicia, así como la congestión en la tramitación de las causas; aspectos que motivan la falta de profundidad en la investigación y ello se traduce en impunidad y, en algunos casos, en injusticia que afecta a la víctima o al procesado. Para establecer esta realidad de manera sustentada, se presentan los datos estadísticos siguientes:

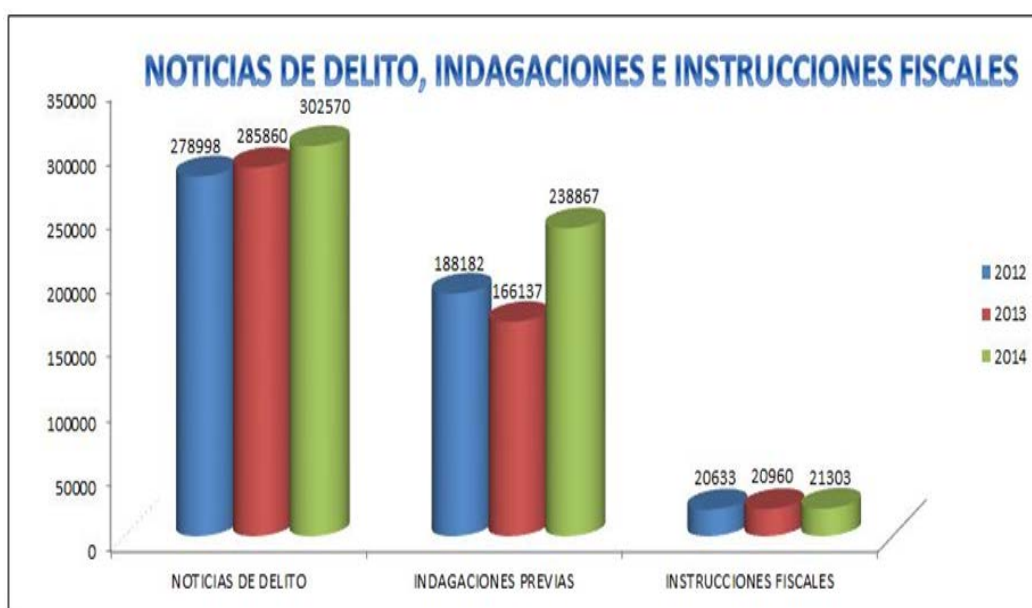


Gráfico 1. Noticias del delito, indagaciones e instrucciones fiscales. Elaboración propia.
Fuente: Informe Anual de Labores de la Fiscalía General del Estado
Años 2012, 2013 y 2014.

En el gráfico anterior se hace referencia a las noticias del delito, indagaciones e instrucciones, de los años 2012, 2013 y 2014; aspectos que tienen relación con la actividad propia de la FGE, a través de los funcionarios que ejercen actividades investigativas en cada una de las provincias del país. En lo referido a las noticias del delito que han ingresado a la Fiscalía, es preciso mencionar que, en el año 2012, fueron 278.998; en el 2013 aumentaron a 285.860 y en el año 2014, a 302.570. De ello se colige que se produjo un incremento significativo en cada uno de los años antes referidos, así se tiene que del año 2012 al 2013 aumentó un 2,45%; del año 2013 al 2014, aumentó un 5,84%; por lo que es de esperar que esta tendencia de incremento se manifieste también en el 2015, año del que aún no se disponen de los datos estadísticos.

Otro elemento a tener en cuenta en la falta de eficacia del sistema, es el número de indagaciones o investigaciones previas que se iniciaron por los fiscales en todo el país. Así en el año 2012 fueron de 188.182; en el año 2013 disminuye a 166.137; y, en el año 2014, aumentan a 238.867. Cifras que representan el 67,44%, el 58,11% y el 78,94%, respectivamente, en relación con las noticias de delito de los años indicados respectivamente. De manera que aunque se aprecia una mejoría en el año 2014, aún las noticias de delito que ni siquiera son investigadas sobrepasan el 22%.

Pero, lo más importante que se desprende de este gráfico, es en lo referido a las instrucciones fiscales, en cuya virtud se da inicio al proceso penal, y de lo que se aprecian los siguientes resultados: en el año 2012 se instruyeron 20.633; en el 2013 se visibiliza un mínimo aumento a 20.960; y, en el año 2014, 21.303. Estos datos al ser comparados con las investigaciones previas iniciadas, ponen de manifiesto que en el año 2012 no llegaron a iniciarse 167.549 juicios penales; en el 2013, el número de investigaciones que no llegaron a instrucción fue de 145.171; y, en el año 2014, la cifra sube a 218.564 investigaciones.

Del análisis estadístico realizado se llega a establecer que el porcentaje que representan las noticias del delito en relación con las instrucciones fiscales iniciadas en los años 2012, 2013 y 2014, se obtiene como resultado que los casos atendidos mediante la respectiva instrucción representan el 7,39%, el 7,33% y el 7,04% respectivamente; y, con respecto a las indagaciones previas referidas a las instrucciones fiscales en los años 2012, 2013 y 2014 se obtiene que únicamente el 10,96%, el 12,61% y el 8,91%, respectivamente, del total de las investigaciones previas iniciadas, se han instruido.

Del análisis de los datos estadísticos anteriores, resulta evidente la elevada congestión existente en la administración de la justicia penal en Ecuador, en cuanto a la cantidad de noticias de delitos que no se han iniciado investigaciones previas ni instrucciones fiscales.

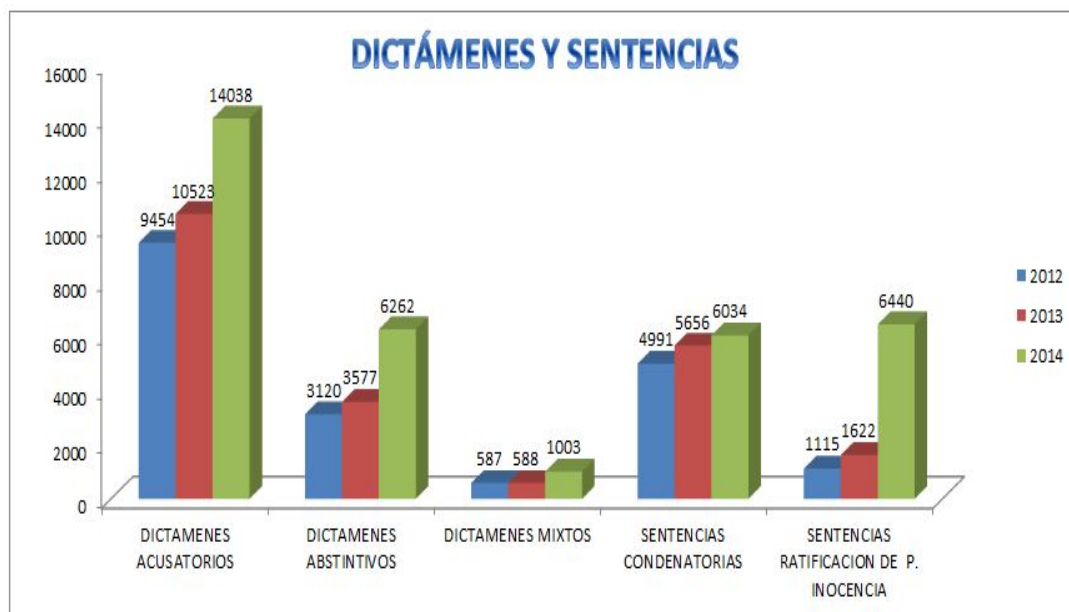


Gráfico 2. Dictámenes y sentencias. Elaboración propia.
Fuente: Informe Anual de Labores de la Fiscalía General del Estado
Años 2012, 2013 y 2014

En el gráfico 2 se describen datos estadísticos relacionados con los dictámenes sustentados por los fiscales de manera oral ante los jueces de garantías penales, los cuales están clasificados en: acusatorios en número de 9.454, 10.523 y 14.038 en los años 2012, 2013 y 2014, proporcionalmente; los dictámenes abstentivos son 3.120, 3.577 y 6.262, en los años 2012, 2013 y 2014, respectivamente; y, los dictámenes mixtos ascienden a 587, 588 y 1.003, en los referidos años, de forma correspondiente.

Sumados los datos referidos respecto de dictámenes fiscales en general, se obtiene en los años 2012, 2013 y 2014, los totales de 13.161, 14.668 y 21.303 por su orden, lo que significa que haciendo un análisis comparativo entre las investigaciones previas iniciadas por la Fiscalía y el total de dictámenes en los años anteriormente referidos, se tiene que del total de las investigaciones previas y que han llegado a emitir los dictámenes correspondientes por parte del fiscal, equivalen al 6,99%, 8,82% y 8,91%, respectivamente. A partir de estos dictámenes, se dictan las sentencias condenatorias siguientes: 4.991, 5.656 y 6.034, en los años 2012, 2013 y 2014 respectivamente; y, ratificadoras de la presunción de inocencia, en un número de 1.115, 1.622 y 6.440, en los referidos años, respectivamente, cuyos totales de los años mencionados suman 6.106, 7.278 y 12.474.

Como consecuencia de los datos analizados se deduce que se han emitido dictámenes fiscales en un número de 34.015 acusatorios, 12.959 abstentivos y 2.178 mixtos, dando un gran total de 48.152 dictámenes en los que han intervenido los fiscales en los años 2012, 2013 y 2014. Pero es importante realizar una confrontación entre los datos estadísticos relacionados con los dictámenes fiscales y con las sentencias dictadas por los jueces competentes, así se tiene que: 16.681 son sentencias condenatorias y 9.177 son ratificadorias de la presunción de inocencia, dando el total de 25.858 sentencias durante los años 2012, 2013 y 2014.

De estas referencias se concluye que en los tres años en estudio se emitieron 48.152 dictámenes, de los cuales únicamente 25.858 han llegado a su conclusión con las respectivas sentencias, es decir, que 22.294 dictámenes no han concluido con su trámite judicial. Ello significa que solo del 53,70% de los dictámenes emitidos de manera oral por el fiscal, han llegado a dictarse las sentencias correspondientes, en tanto que el resto de las causas se encuentran congestionando la Administración de Justicia penal en el país.

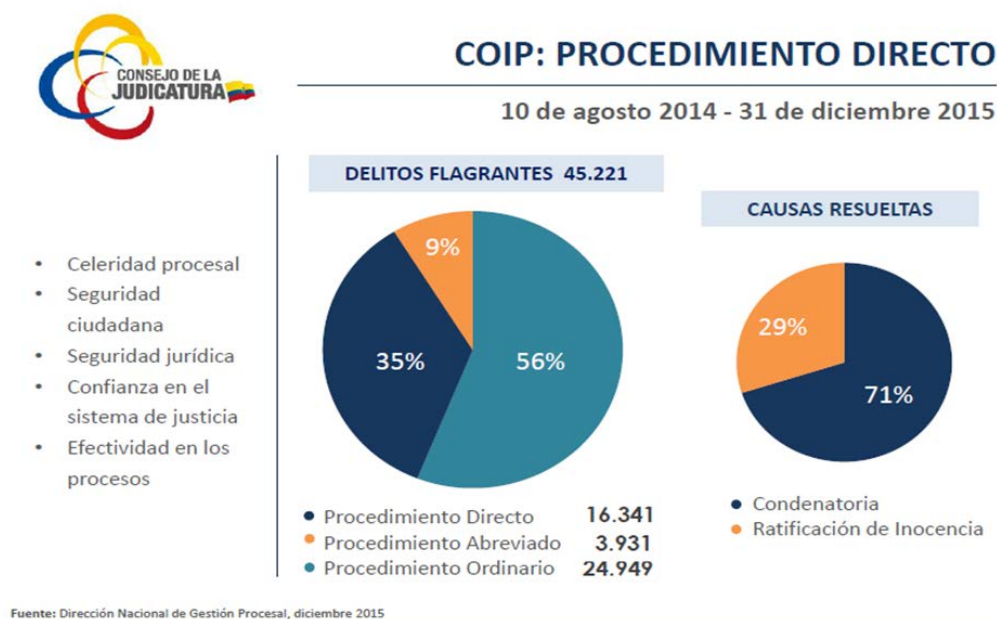


Gráfico 3. COIP: Procedimientos Directo, Abreviado y Ordinario.
Fuente: Dirección Nacional de Gestión Procesal, diciembre 2015.

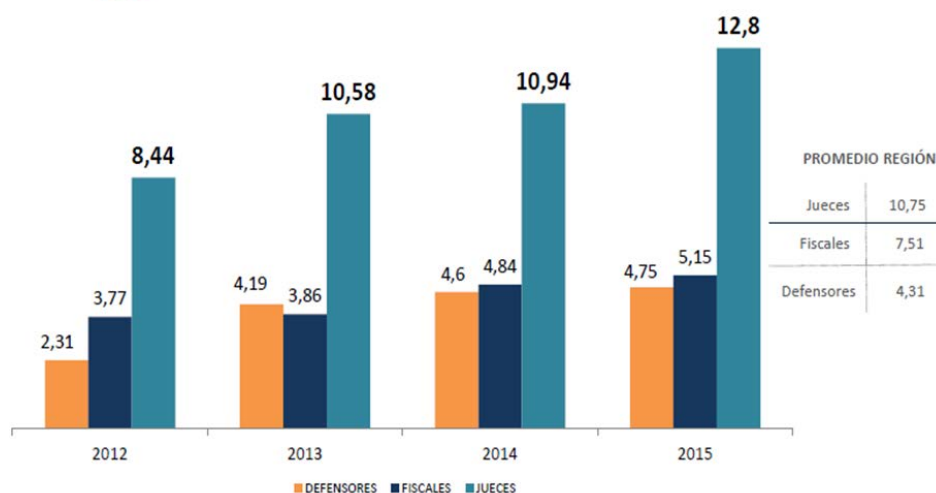
Desde el 10 de agosto en que entró en vigencia el COIP, los operadores de justicia están aplicando el procedimiento directo en los delitos flagrantes sancionados hasta con cinco años de pena privativa de la libertad, el procedimiento abreviado en delitos sancionados con penas privativas de la libertad de hasta diez años y el procedimiento ordinario donde se cumplen todas

las etapas del proceso penal, es decir, que la Administración de Justicia penal durante el periodo antes referido, en lo que se relaciona con delitos flagrantes ha resuelto 45.221 casos, de los cuales 16.361 han sido resueltos mediante el procedimiento directo, 3.931 a través del procedimiento abreviado y 24.949 aplicando el procedimiento ordinario.

En este contexto deviene primordial destacar que en el año 2012 las noticias de delitos fueron de 278.998, de las cuales solo en 13.261 se emitieron los respectivos dictámenes; en el 2013 de 285.860, únicamente 14.688 se dictaminaron; y, en el año 2014, de las 302.570 noticias de delitos, solo de 21.303 llegaron a emitirse los respectivos dictámenes. Pero lo más relevante de estos datos estadísticos, es que de los dictámenes que han sido emitidos por el titular del ejercicio público de la acción, únicamente 6.106, 7.278 y 12.474 han concluido su trámite judicial con las respectivas sentencias, en los años 2012, 2013 y 2014, respectivamente.

Es necesario dejar precisado que las noticias del delito en relación con los años 2012, 2013 2014 y 2015, según los datos estadísticos anteriormente referidos y que constan en los gráficos respectivos, dan un gran total de 442.558, de las cuales únicamente han sido gestionadas en la forma explicada en los párrafos anteriores, aclarando que desde el 10 de agosto de 2014, hasta el 31 de diciembre de 2015, según el gráfico anterior se han despachado 45.221, las cuales han llegado a dictarse las respectivas sentencias por parte de los jueces competentes, considerando que estos datos corresponden a los procedimientos abreviado, directo y ordinario, respectivamente, denotando alguna mejoría en relación con años anteriores.

Durante los primeros diecisiete meses de vigencia del COIP, se han resuelto 45.221 casos mediante las respectivas sentencias, de las cuales el 71% son de carácter condenatorio y el 29% ratifican el estado de inocencia de los procesados, obteniendo por lo tanto un mayor número de condenas. Téngase en cuenta que en los casos de delitos flagrantes, la prueba es más fácil de obtener por parte del fiscal como titular del ejercicio público de la acción, pero a pesar de ese aumento de sentencias dictadas en relación con los cinco años anteriores, dicho crecimiento no resulta suficiente para descongestionar el sistema penal, en atención a que el número de noticias del delito del período comprendido desde el 10 de agosto de 2014 al 31 de diciembre de 2015, asciende a 442.558, mientras que las sentencias dictadas en el mismo periodo son 45.221, lo cual representa solo el 10,21%.



Fuente: Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística, diciembre 2015.

Gráfico 4. Cobertura Judicial

Fuente: Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística, diciembre 2015

En los datos estadísticos mostrados en el gráfico anterior, obtenidos en el CJ, se llega a establecer el número de jueces, fiscales y defensores que existen por cada cien mil habitantes, en los años 2012, 2013, 2014 y 2015, de lo cual se llega a establecer el crecimiento constante que se ha verificado, respecto de los operadores de justicia penal, lo cual significa que en cuatro años el número de jueces por cada 100.000 habitantes ha tenido un crecimiento del 8,44 a 12,8, siendo el promedio de los años analizados el 10,79, aunque en el año 2015 ya existían 2.051 jueces en el país; pero considerando el número de habitantes existentes en Ecuador que es de 16.027.000, aun resultan insuficientes; máxime si se piensa no solo en cifras, sino en calidad de actuación, pues en los años 2012, 2013 y 2014, fueron puestos a su conocimiento un total de asuntos en cifras de 20.633, 20.960 y 20.303, respectivamente, lo que impide que se atiendan todos los casos de manera oportuna y dentro de un plazo razonable.

Idéntica suerte corre el análisis del número de fiscales por cada 100.000 habitantes: en el año 2012 fue de 3,77; en el 2013, de 3,83; en el año 2014, de 4,84; y, en el año 2015, de 5,15, dando un promedio en el país de 4,40, lo cual constituye un avance significativo de los titulares del ejercicio público de la acción; pero se trata de un indicador que debe ser visto en correlación al número de noticias del delito, donde intervienen los fiscales a través de las investigaciones correspondientes, en los años 2012, 2013, 2014 y 2015 de 278.998,

285.860, 302.570 y 316.488 respectivamente. Por lo que tomando en cuenta el número de habitantes existentes en Ecuador que es de 16.027.000, en el año 2015 existían 825 fiscales, pero resulta evidente que, frente a este aumento de titulares del ejercicio público de la acción, también ha aumentado la cantidad de casos que atienden, por lo que persiste la elevada carga laboral en relación con estos operadores de justicia.

En cuanto al número de defensores y habitantes existentes en el país por cada 100.000 habitantes, se tiene que en el año 2012 era de 2,31; en el año 2013 la cifra sube a 4,19; en el año 2014 aumenta a 4,60; y, en el 2015, la cifra alcanza el 4,75. Todo esto da un promedio a nivel del país de 3,96; pero, además, en el año 2015 existían 761 defensores públicos en el país, lo cual es un dato estadístico de gran relevancia respecto de estos operadores de justicia, tomando en cuenta que también participan en la defensa técnica los abogados particulares que ejercen libremente su profesión.

En consecuencia, el crecimiento del número de jueces, fiscales y defensores públicos en los cuatro últimos años es muy importante, pero no es suficiente para descongestionar la administración de justicia, por lo que deviene prioritario que se reformen las leyes procesales, donde se regulen procedimientos que permitan solucionar el problema antes referido; particularmente en lo atinente al principio de oportunidad, que permita –como elemento esencial- dispensar una respuesta judicial a la víctima y al victimario respetando sus derechos y garantías.

En este contexto es preciso manifestar que, frente al número de noticias del delito que llegaron a la FGE en los años 2012, 2013, 2014 y 2015, cuyas cifras son de 278.998, 285.860, 302.570 y un estimado de 316.488, respectivamente, y tomando en cuenta que el número de fiscales para el año 2015 fue de 825, le correspondió a cada uno de ellos la investigación de 383 noticias de delito en el referido año; cifra marcadamente acrecentada que pone al relieve la necesidad de buscar alternativas o medidas que reduzcan la elevada carga laboral de los fiscales, pues ello redundaría en congestión procesal que perjudica a la administración de justicia.

Por lo tanto, es indispensable buscar nuevos mecanismos procesales que permitan resolver la mayoría de los casos penales que llegan a conocimiento y resolución de los operadores de justicia, ya que, en el período comprendido entre el 10 de agosto de 2014 al 31 de diciembre de 2015, las sentencias representan el 10.21% con relación a las noticias del delito del mismo período. De manera que

los asuntos que concluyeron mediante la respectiva resolución judicial por parte de los jueces competentes, constituyen un mínimo porcentaje, lo que se traduce en impunidad e ineficacia judicial.

Del Informe Anual de Labores de la FGE 2014, consta el dato estadístico referente a los expedientes en el sistema informático de archivo pasivo de 2014, describen los expedientes ingresados hasta el 21 de diciembre de 2014, cuya diferencia con las noticias del delito consiste en que los primeros tienen relación con la carga laboral pendiente en archivo, mientras que las noticias del delito son las que por primera vez ingresan a la Fiscalía en cada ejercicio económico, en cada una de las provincias del país, dando un total de 404.352 expedientes ingresados al sistema informático de archivo pasivo del referido año; problema que está generalizado en todo el país. En consecuencia, el promedio de noticias del delito ingresadas a la Fiscalía en los últimos cuatro años ha sido de 295.979, lo cual torna en materialmente imposible que los fiscales puedan investigarlas a plenitud, para dar una respuesta alentadora a la sociedad ecuatoriana.

Además, en el informe antes referido se hace una descripción sobre el ingreso de expedientes en el sistema informático de archivo pasivo del año 2014, indicando de manera exacta el número de casos por cada una de las provincias que forman parte del territorio nacional del Ecuador. Corresponde a la provincia de Manabí, el mayor número de causas pendientes en cifra ascendente a 76.312, mientras que la provincia de Galápagos, es la que tiene un menor número de causas pendientes con 155 casos.

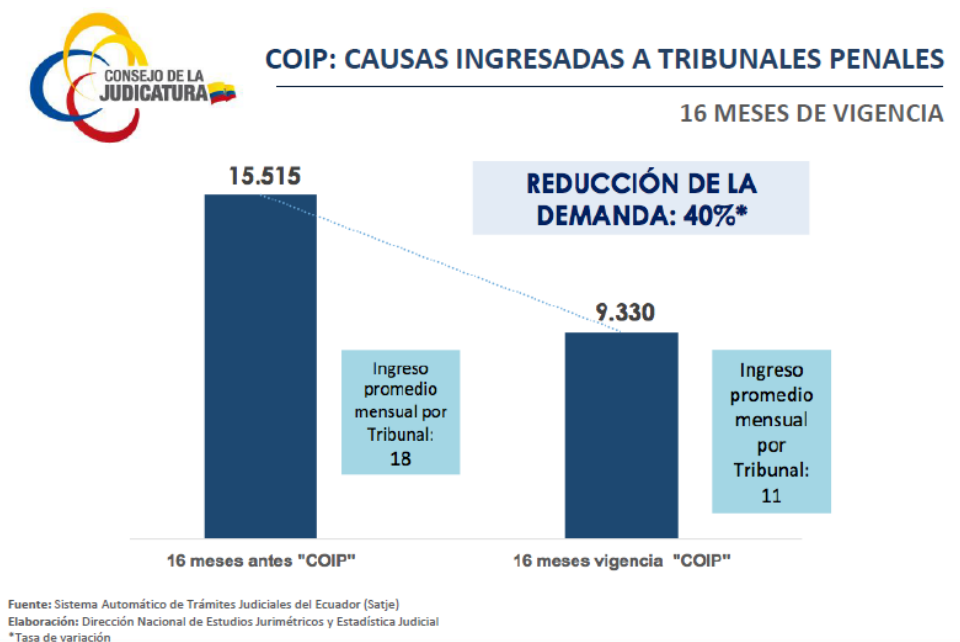


Gráfico 5. Causas Ingresadas a Tribunales Penales
 Fuente: Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial

Como consecuencia de la aplicación de los procedimientos especiales, de manera concreta el directo y abreviado, se observa que el número de causas que llegan a los tribunales de garantías penales que generalmente son las que siguen el procedimiento ordinario, han disminuido de 15.515 a 9.330 causas, lo cual significa que la disminución promedio mensual por cada uno de los tribunales de garantías penales, es de 18 a 11 causas, tomando en cuenta los dieciséis meses antes de la vigencia del COIP y los dieciséis meses posteriores a su vigencia.

La disminución de la carga laboral si bien es cierto que es reveladora, no significa que la Administración de Justicia penal haya mejorado en cuanto a su calidad, ya que los procedimientos especiales son un poco más ágiles o rápidos, pero al no estar debidamente regulados por la ley procesal, violan ciertos derechos de la víctima y del procesado, en tanto no les conceden ni el tiempo ni los medios necesarios para preparar su defensa y otros aspectos relacionados con la práctica e incorporación de pruebas; carencias que motivan la necesidad de una reforma urgente con el fin de que se respeten las garantías y derechos de los justiciables.

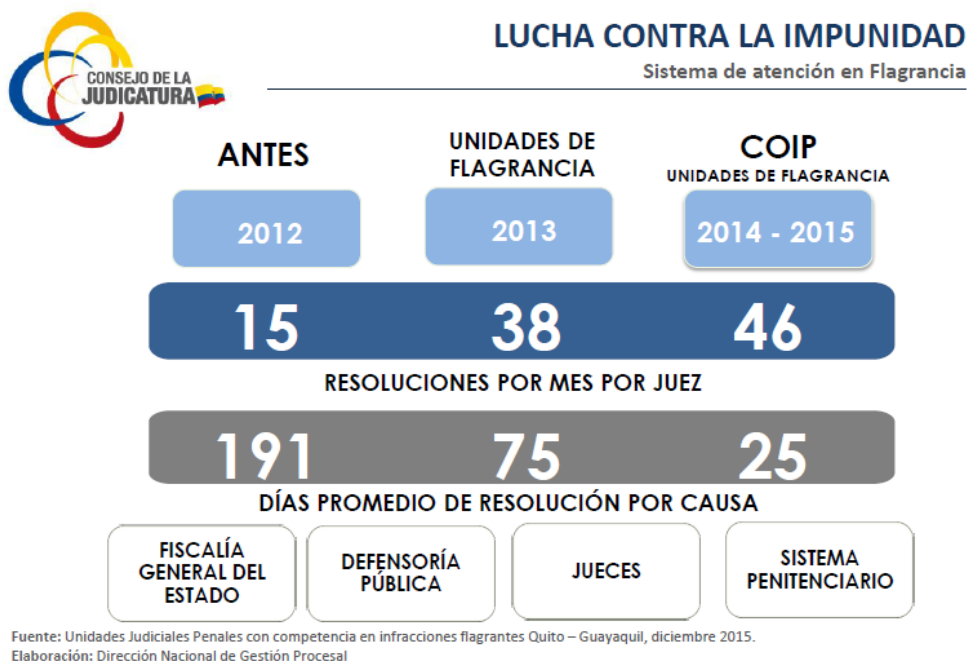


Gráfico 6. Lucha contra la Impunidad
Fuente: Unidades Judiciales Penales con competencia en infracciones flagrantes Quito-Guayaquil, diciembre 2015

El CJ, como órgano administrador, ha emprendido una campaña de lucha contra la impunidad, para lo cual ha dictado los instructivos jurídicos

correspondientes y así se ha logrado que en el año 2012 cada uno de los jueces de garantías penales haya dictado 15 resoluciones por mes; en el 2013 este número subió a 38 resoluciones; y, en los años 2014 y 2015, el promedio de resoluciones mensuales por cada uno de los jueces se triplica, llegando a 46.

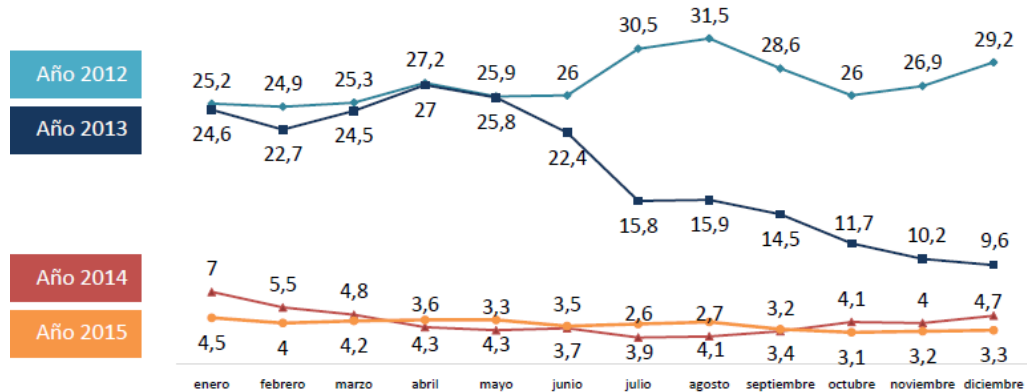
Además, es importante recalcar que, en el año 2012 el juez de garantías penales se demoraba 191 días de promedio para dictar la respectiva resolución en las unidades de flagrancia y, en los años 2014 y 2015, el tiempo baja a 25 días por causa. Esto significa que las unidades de flagrancia⁷⁷ constituyen una de las posibilidades donde se pueden agilizar los trámites judiciales, los cuales en un gran número son resueltos a través de los procedimientos abreviado, directo y la conciliación; sin embargo no es suficiente como para resolver el problema de la carga laboral de fiscales, así como la gran congestión del sistema penal vigente, por lo que si bien se confiere una respuesta válida por parte de los operadores que intervienen en estas unidades, ello es de manera parcial, en atención al considerable número de noticias del delito que ingresan a la Fiscalía cada año y todo esto hace pensar en la necesidad imperiosa de regular de manera integral el principio de oportunidad, para que coadyuvar en la solución de los graves problemas que lastran de lentitud e ineficacia a la justicia penal en Ecuador.

⁷⁷ El CJ como órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la función judicial, y en virtud de las facultades que le confieren las normas jurídicas, ha creado unidades de flagrancia en todas las provincias del país, donde participan jueces, fiscales y defensores públicos, con la finalidad de atender los delitos flagrantes las veinte y cuatro horas de todos los días del año, tomando en cuenta que al ser aprehendido el sospechoso en flagrancia en la comisión de la infracción, les corresponde a los operadores de justicia respectivos, solucionar su situación jurídica dentro de las veinte y cuatro horas siguientes a la privación de su libertad, ya que no se le puede mantener sin fórmula de juicio por más del tiempo antes indicado. Cfr. Arts. 77.1 y 178 de la CRE y 171 y 264.8.a del COFJ.



COIP: MONITOREO DE AUDIENCIAS FALLIDAS (Porcentaje)

2012 - 2013 - 2014 - 2015



Fuente: Dirección Nacional de Gestión Procesal CJ – Direcciones Provinciales CJ

Gráfico 7. COIP: Monitoreo de Audiencias Fallidas
Fuente: Dirección Nacional de Gestión Procesal CJ-Direcciones Provinciales CJ

De esta representación se colige que en los últimos 4 años los porcentajes de audiencias fallidas fueron los siguientes: en 2012, en el mes de enero, el porcentaje fue de 25,2% y al mes de diciembre era del 29,2%, con un incremento de un 4% para finalizar el año; el 2013 comenzó con 24,6% y disminuyó a 9,6% reduciéndose así en un notable 15%; en 2014, en enero fue de 7% y para diciembre se redujo a 4,7%, con una ostensible disminución de un 2,3%; y, en el año 2015, el porcentaje de audiencias fallidas comienza en 4,5% y termina en diciembre con 3,3% lo que arroja como resultado una reducción de 1,2%, con lo cual se demuestra que el sistema acusatorio oral, donde los procedimientos judiciales se realizan mediante audiencias, cada vez tiene mayor efectividad respecto del manejo y control de las referidas audiencias.

Por lo expresado se concluye que el CJ ha proporcionado recursos tecnológicos y humanos adecuados, con el fin de alcanzar una justicia penal más eficaz y eficiente, lo cual garantiza que los justiciables tengan mayor credibilidad en los operadores de justicia, en especial de los jueces, fiscales y defensores públicos y privados, que tienen la obligación de actuar con buena fe y lealtad procesal y fundamentalmente el juzgador que además de ser conocedor del Derecho, debe actuar con imparcialidad e independencia y en franco cumplimiento del debido proceso.

En este contexto, tomando en cuenta que las audiencias se refieren únicamente a las causas que se les ha dado el trámite legal correspondiente y no de todas las noticias del delito, continúa subsistiendo la congestión de causas penales y la gran carga laboral de fiscales y jueces, por lo que es necesaria la regulación integral del principio de oportunidad, que contribuirá a la solución del problema de saturación y consiguiente lentitud, para dar una respuesta judicial oportuna y adecuada a las víctimas de los delitos y a los sospechosos o procesados.



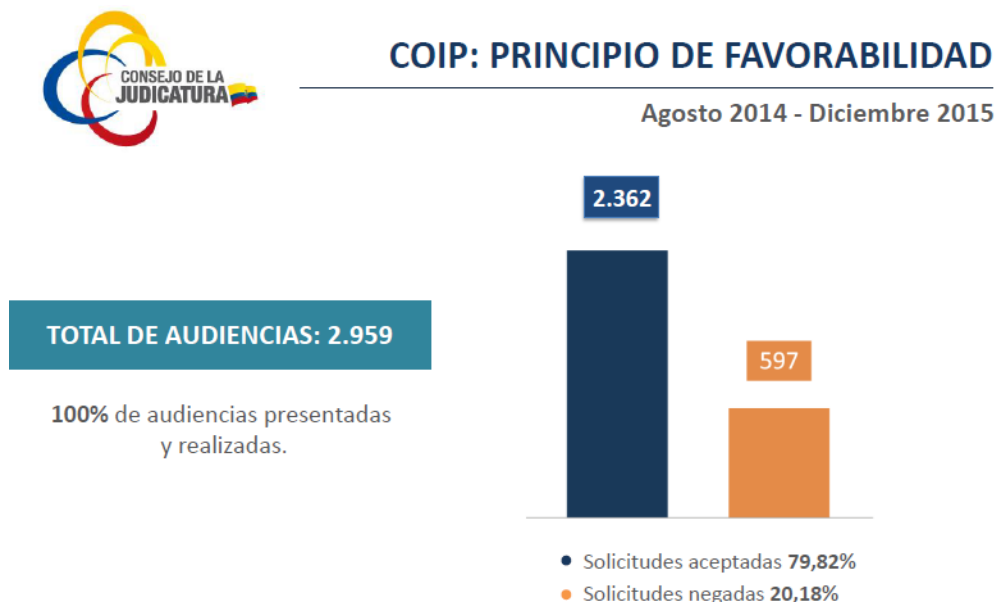
Fuente: Dirección Nacional de Estudios Juridimétricos y Estadística, diciembre 2015

El CJ, como organismo administrador de la función judicial, la FGE y la Defensoría Pública, es el responsable de organizar el adecuado funcionamiento de la justicia en general y, en particular, de la penal a través de los operadores de justicia, ya sean estos jueces, fiscales o defensores públicos, los cuales tienen la obligación de cumplir los roles que les asigna el marco jurídico vigente en el Ecuador. En los últimos cuatro años, el CJ ha emprendido una campaña sobre la justicia de paz, como otro engranaje procesal que coadyuva al desahogo en la praxis forense, para lo cual se han llevado a cabo seminarios organizados por la Escuela Judicial, con la finalidad de que los operadores de justicia en materia penal orienten a los implicados en calidad de víctimas o victimarios, para que busquen mecanismos a través de los cuales se resuelvan los problemas jurídicos en beneficio de la paz social.

En el 2014 se designaron 20 jueces de paz en 12 provincias, 17 parroquias; pero al 2015 existen 91 jueces de paz en todas las provincias del territorio nacional, en

70 parroquias, los cuales tienen su propia jurisdicción y competencia que nace de la CRE y la ley. La intervención de estos jueces permite que muchos litigios pequeños existentes en las comunidades o parroquias rurales sean solucionados a través de los operadores de justicia antes mencionados, que son elegidos por consenso de la población, a partir de su prestigio y representatividad en el conglomerado social al cual pertenecen, pues no perciben ningún ingreso económico por esta actividad.

La jurisdicción y competencia de los jueces de paz se encuentra regulada por los artículos 247 al 253 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ). Tienen facultades para solucionar conflictos individuales, comunitarios, vecinales o contravenciones que han sido puestos a su conocimiento, a partir de la voluntariedad de las personas involucradas en el problema y siempre que se presenten dichos litigios en las parroquias rurales, recintos o comunidades rurales y urbano-marginales. Su competencia se limita a conocer y resolver, sobre la base de la conciliación y la equidad, conflictos vecinales, individuales, comunitarios y obligaciones patrimoniales de mínima cuantía y juzgamiento de contravenciones, sin que puedan imponer penas privativas de la libertad; pero esta clase de problemas jurídicos tienen relación directa con materias no penales, por lo que no permite aportar de manera significativa a la descongestión de los casos penales que se ventilan ante los juzgadores correspondientes.



Fuente: SATJE – Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, diciembre 2015.

Gráfico 9. COIP: Principio de Favorabilidad
Fuente: SATJE-Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, diciembre 2015

El principio de favorabilidad fue incorporado en el nuevo COIP, el cual resulta beneficioso para el procesado, siempre que la nueva ley determine una sanción más benigna que la que estaba en vigencia al momento en que cometió la infracción, en cuyo caso de oficio o a petición de parte, los jueces que están conociendo una causa, tomarán en cuenta esta regla, así se confirma que la ley penal no tiene el carácter de retroactiva, excepto cuando le beneficie al reo, como ocurre con el referido principio.

Al respecto, desde el 10 de agosto hasta el 31 de diciembre de 2015, sobre la aplicación del principio de favorabilidad se han llevado a cabo 2.959 audiencias, que dan como resultado que 2.362 solicitudes han sido aceptadas con un porcentaje del 79,82%, mientras que 597 solicitudes han sido rechazadas para un 20,18%. De esto se concluye que la mayoría de solicitudes sobre la aplicación del principio de favorabilidad han sido aceptadas en beneficio del procesado; aspecto que ha permitido disminuir en algo la población carcelaria, pero que no permite solucionar totalmente el problema de hacinamiento en cada uno de los centros de rehabilitación social existentes en el país.

Resumiendo todo el análisis estadístico anteriormente realizado, se concluye que en los últimos cuatro años ingresaron a la FGE una elevada cantidad de noticias del delito, lo cual ha imposibilitado a los fiscales atender en su totalidad, habiéndose iniciado únicamente las respectivas indagaciones previas que a pesar de ser en un número muy significativo, no tuvieron feliz término al no haberse incoado el proceso penal a través de las respectivas instrucciones fiscales. Inclusive, en relación con estas últimas, no fue posible la obtención de las respectivas sentencias emanadas de los jueces y tribunales competentes, siendo importante destacar que el sistema acusatorio oral vigente en el país ha mostrado mejorías, pues en el año 2015 ha disminuido sustancialmente el número de audiencias fallidas y ha aumentado la resolución de las causas mediante ciertos procedimientos especiales, en particular el directo y el abreviado.

Además, es preciso resaltar que a pesar de haber aumentado de manera sostenida el número de jueces, fiscales y defensores públicos, como operadores de justicia con participación directa en la Administración de Justicia penal, no ha sido posible solucionar totalmente el problema relacionado con la elevada carga laboral, la descongestión de las causas, la respuesta judicial efectiva y oportuna a la víctima y victimario. Todo ello a pesar de que el COIP ha instrumentado medidas efectivas que han contribuido significativamente a la descongestión del sistema penal, pero que aún no son suficientes, lo que obliga a seguir buscando

mejoras jurídico-procesales que posibiliten desahogar más el sistema, entre las cuales resulta una opción viable la aplicación del principio de oportunidad. De manera que constituye prioridad que la doctrina otorgue los fundamentos científicos al legislador, quien tiene la responsabilidad de dictar las leyes que solucionen los problemas persistentes en la sociedad a través de la creación de nuevas figuras jurídicas de carácter procesal que permitan una eficaz Administración de Justicia penal y, consecuentemente, garantice de manera efectiva el orden social.

3.2. Causas de la crisis del modelo actual

El COIP contiene la reforma penal, que se efectiviza luego de casi ochenta años de vigencia de la normativa precedente; uno de los aspectos que se corrigen con este Código, es la dispersión jurídica, puesto que existían treinta y siete leyes o cuerpos legales que tipificaban y sancionaban infracciones de carácter penal, desde el régimen militar, policial, adolescentes infractores, violencia contra la mujer y la familia, tránsito, medio ambiente, drogas, tenencia de armas, entre otras, lo cual generaba inseguridad jurídica y crisis en el ámbito de la justicia.

En este novel cuerpo legal, se tipifican nuevos delitos y contravenciones acordes a la actual realidad socioeconómica y política del país, lo que impone un reto de capacitación y de modificación de hábitos a los operadores de justicia; pero este cambio de normas no permite corregir los errores y deficiencias que existen en la administración de justicia en materia penal. Se trata de que resulta ineludible tener una visión global de esta actividad humana, para lo cual deviene en fundamental la identificación de cada uno de los factores que ocasionan la crisis del sistema de justicia penal y entre los más significativos se pueden mencionar los siguientes: instrumentos normativos procesales deficientes, falta de idoneidad de los funcionarios y jueces penales, deficiente sistema de elección de jueces y magistrados, una inadecuada reforma del sistema procesal penal y una incorrecta regulación del principio de oportunidad en la legislación penal.

3.2.1. Instrumentos normativos deficientes

Con respecto a los instrumentos normativos deficientes, ÁVILA SANTAMARÍA afirma que: "...la reforma penal integral debe poner a tono la legislación ecuatoriana con los desarrollos conceptuales que se han producido en el mundo y en nuestra región, como mecanismo para asegurar un correcto funcionamiento de la justicia penal. Si bien es cierto que usualmente la

legislación ha dejado en manos de la doctrina y la jurisprudencia este desarrollo conceptual, en el caso ecuatoriano esta estrategia ha resultado fallida, pues en la práctica, la jueza o juez penal, por limitaciones normativas, como contar con leyes anacrónicas, anteriores a la aprobación de la Constitución y a la existencia de instrumentos internacionales de derechos humanos, y que además nunca han sido reformadas o actualizadas bajo su inspiración, ha tenido un desarrollo conceptual y técnico muy pobre y exiguo (...) Usualmente este bajo nivel teórico ha venido acompañado de una justicia penal burocrática y pasiva, que con frecuencia elude el deber de declarar la inconstitucionalidad de tipos penales desproporcionados, desconocer el valor probatorio a documentos o testimonios obtenidos mediante tortura, y de llevar hasta sus últimas consecuencias el imperativo del reconocimiento de los derechos humanos”⁷⁸.

En un Estado constitucional de derechos y justicia, como el ecuatoriano, que surge de la legitimidad democrática y cuyos fines son contar con instituciones, organismos y leyes que garanticen la efectividad de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que limiten el poder y eviten la arbitrariedad; en este contexto, resulta imprescindible que las leyes estén acordes a los tratados internacionales de derechos humanos, con el fin de preservar la dignidad de todo ser humano, su vida, integridad de manera general, por lo que para cumplir con este fin, se requiere de una legislación, que haga efectivo el goce de estos derechos inherentes a todo ser humano.

Es preciso señalar que, las decisiones gubernamentales al momento de dictar las leyes, tienen gran influencia sobre todo en su desarrollo, ya que se dictan pensando en garantizar únicamente los derechos de ciertos grupos sociales y que, a la postre, se vuelven contra el propio Estado: la igualdad y el orden solamente llegarán a su máxima expresión, a través de buenas y eficientes leyes que otorguen seguridad a los ciudadanos. Los organismos públicos o privados encargados de la construcción normativa, tanto del gobierno, como de las organizaciones de la sociedad civil y de los propios legisladores, deben tomar acciones concretas y avenidas a la realidad social, lo que impone un análisis crítico de los proyectos legislativos y de las tendencias que rigen en el Derecho comparado. Ello representa un peligro, pues -en varias ocasiones- se ha verificado la intención de “copiar” leyes vigentes en otros países, que nada tienen que ver con la realidad de la sociedad a la cual se deben y están

⁷⁸ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*, Ediciones Legales, Quito, 2013, pp. 218 - 219.

destinadas, lo que constituye una negligencia al legislar que genera la violación del principio constitucional de seguridad jurídica.

3.2.2. Falta de idoneidad de los funcionarios y jueces penales

La administración de justicia es una función pública que coadyuva al mantenimiento del orden, la paz y la seguridad social, por lo que la función judicial ha de sentar pautas que dirijan el comportamiento humano. Las sentencias devienen en instrumento en cuya virtud se ejerce un control social efectivo y práctico encaminado a crear patrones de conducta en los recursos humanos y con el fin de alcanzar la justicia; función que debe ser desempeñada por jueces capacitados, pues de nada servirían las más perfectas de las normas jurídicas, si no existen personas idóneas para su interpretación y aplicación⁷⁹.

Es menester señalar que una eficiente actuación judicial se constata, no en razón de la cantidad, sino por medio de la calidad de las resoluciones emitidas por los jueces, que demuestren que no son únicamente servidores públicos con potestad para aplicar la ley, sino con facultad de generar un activismo judicial, con capacidad y competencia de interpretar las normas jurídicas nacionales e internacionales, pensando en el espíritu de las mismas para cada caso específico y con el ejercicio de una judicatura progresista que se identifique plenamente con la preservación de derechos de los ciudadanos. Constituye una aspiración del proceso buscar una explicación a los problemas que las personas tienen, ofrecerles una solución y elevarles en su condición humana, al contribuir con la actuación judicial a la educación en valores. El saber del tribunal se basa en todo el conocimiento teórico acumulado y en los valores morales aceptados; pero, al mismo tiempo, ante casos sin precedente, tiene que crear y en su sentencia razonar en pos de rebasar una ética de mínimos y crear una expectativa, una posibilidad para aquellos que tienen una visión diferente.

En un Estado constitucional de derechos y justicia, es forzosa la presencia preponderante del activismo judicial, situándose los jueces como garantes y guardianes constitucionales y, en consecuencia, de las leyes en general, que deben guardar completa armonía con el texto de la Norma Suprema; pero, al surgir divergencias entre la CRE y la ley, los operadores de justicia deben ejercer las facultades a ellos asignadas como dignatarios del Estado y aplicar la disposición pertinente: suspender la tramitación de una causa, en la que se

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia del Ecuador, *Perfil del Primer Plan Bienal de Desarrollo*, Quito, 1992, pp. 11-13.

presuma la existencia de contradicción normativa y enviar una consulta al órgano especializado en justicia constitucional, para que determine en lo atinente. En ese sentido y de acuerdo a lo resuelto por la CCE, el juez deberá no solamente señalar la norma tildada de inconstitucional, sino, también, identificar los principios o reglas constitucionales que podrían ser vulnerados con su aplicación. Al respecto, la CCE tiene la obligación de pronunciarse sobre la posible inconstitucionalidad consultada, a través de lo que se denomina el control concreto de constitucionalidad.

En ese propio orden, resulta ineludible demarcar que la seguridad jurídica y la eficacia del sistema judicial son indispensables dentro del proceso penal, donde la primera se identifica como el garantismo, mientras que la eficacia se equipara con el activismo del juez. Deviene imprescindible una conciliación o ponderación entre las dos corrientes, con el fin de lograr que la aplicación de las normas, reglas y principios de Derecho, sean interpretados de acuerdo a cada proceso o causa específica, con la utilización de la sana crítica de manera objetiva respecto de la valoración de la prueba, sin alterar el derecho material de las partes y, con ello, lograr que esta unidad de acciones se convierta en la más clara expresión de la justicia penal.

En este nuevo sistema instaurado en el Ecuador, mediante la CRE, los jueces asumen un rol más amplio, en el que precautelar los derechos de las partes constituye su prioridad; se apartan, entonces, de la rígida aplicación del texto legal para transformarse en activistas, dirigiendo sus actuaciones hacia el conocimiento de la verdad, convirtiéndose en artífices en la búsqueda incesante de la justicia, mediante una labor de calidad, transparente y responsable, enmarcada dentro de los nuevos paradigmas universales, en pro de los derechos humanos; lográndose también, como consecuencia, la realización del anhelo de la función judicial en su conjunto, en lo concerniente a recuperar la confianza ciudadana que el sistema judicial ha perdido o, al menos, ha visto disminuida.

Es recomendable que los jueces se liberen de las cadenas de miedo —o precaución excesiva— y se conviertan en verdaderos creadores del Derecho, es hora de dejar de actuar con meros legalismos, escudando sus actuaciones en el texto frío de la ley o dejando de hacer justicia por falta de ley; hoy se requieren jueces comprometidos para lograr el anhelado fin del Derecho, que es alcanzar una justicia con resoluciones motivadas y al servicio de todos los miembros de la sociedad en igualdad de condiciones.

3.2.3 Deficiente sistema de elección de jueces y magistrados

En el mundo existen diferentes modalidades de selección y designación de jueces y magistrados:

— Mediante el Órgano Legislativo: en Costa Rica, los designa la Asamblea Legislativa; en México, por la Cámara de Senadores de ternas propuestas por el Presidente de la República; en Paraguay, la Cámara de Senadores con el acuerdo del Presidente de la República; en Uruguay, por la Asamblea Legislativa; en Suiza, por el Parlamento.

— A través del Presidente de la República: en Argentina, son designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado; en Brasil es el Presidente quien inviste previa aprobación del Senado Federal; en Chile, habilita el Presidente con el voto afirmativo del Senado; en los Estados Unidos de Norte América, con el voto afirmativo del Senado; en Bélgica, los designa el Rey; en España, también los elige el Rey de nóminas propuestas por el Consejo General del Poder Judicial; en Grecia, los designa el Presidente del Estado; en Irlanda, son determinados por el Presidente de la República; en los Países Bajos, por el Rey.

— Mediante un sistema Mixto: en Francia un tercio son designados por el propio Tribunal de Justicia, un tercio por la Asamblea Nacional y un tercio por el Senado; en Italia, los designa el Consejo Superior de la Magistratura integrado por el Presidente de la República, el Fiscal General del Tribunal Supremo y miembros designados por los magistrados ordinarios y por el Parlamento; en Portugal, los designa el Consejo Superior de la Magistratura; en Colombia, los Magistrados son designados por la propia Corte Suprema de Justicia de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura.

En Ecuador, el organismo encargado de la selección de jueces es el CJ (art. 181.3 CRE), que realiza un procedimiento legal para la elección de los mejores profesionales, quienes deberán pasar todas las etapas de un proceso de selección: méritos, oposición e impugnación ciudadana. Procesos que deben ser públicos y transparentes, con el fin de que la ciudadanía tenga acceso a un control social directo y efectivo, lo cual se hace posible a través de la fase de impugnación, donde los ciudadanos pueden impugnar a los candidatos y de ser ese el caso el que postula debe contestar, para finalmente ser resuelta por el Pleno del CJ. En consideración propia, a pesar de todos estos requisitos y procedimientos que se aplican, la normativa jurídica vigente no es suficiente para garantizar la rigurosidad de selección que el caso lo requiere, por cuanto no se encuentra

regulado la participación de los colegios de abogados, las universidades, representantes de la sociedad y fundamentalmente porque la ley no prohíbe que se interfiera este proceso con asuntos políticos o económicos.

En cuanto a la probidad, como elemento consustancial a la posibilidad de ser designado como juez, FERRAJOLI manifiesta que “el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad como igualdad en *droits*: puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquéllos se ejercen. (...) debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría o incluso los demás en su totalidad se unieran contra él; dispuesto a absolver por falta de pruebas aun cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aun cuando esa misma opinión demandase la absolución. (...) es una legitimación democrática de los jueces, derivada de su función de garantía de los derechos fundamentales (...)”⁸⁰[sic.].

De manera que para coadyuvar a que un juez esté en condiciones de cultivar su vocación por la justicia sin presiones externas o internas y con absoluta rectitud, ha de transitar por un impecable sistema de elección, porque de ello depende la correcta Administración de Justicia penal; lo que hará posible frenar desvaríos de las mayorías en desmedro de las minorías, detener y sancionar las violaciones a la CRE y a la ley, protegiendo de manera prioritaria los derechos humanos. Los jueces y magistrados, mediante sus apropiadas acciones, deben lograr también la racionalización del ejercicio del poder político, lo cual significa que el sistema democrático en una gran parte, depende del accionar diario de los jueces que administran justicia en todas las materias y, en especial, en materia penal; razón por la cual se deben dictar leyes y establecer mecanismos legales adecuados, que regulen de manera óptima el proceso de selección de jueces en el país, donde se garantice su probidad, independencia e imparcialidad, en los casos puestos a su conocimiento y resolución.

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías – La ley del más débil*, 7ª edición, Trotta, Madrid, 2010, p. 27.

3.2.4. La inadecuada reforma del sistema procesal penal

Cuando se alude a una reforma procesal penal, no se trata de simples formas procedimentales, sino de cambios mucho más profundos, que generen una verdadera transformación, hasta conseguir una nueva configuración institucional de la justicia penal, en un contexto democrático y respetuoso de los derechos humanos, que permita una directa e inmediata aplicación tanto de las normas jurídicas de derechos humanos, como de las constitucionales y especiales, ya sean sustantivas o adjetivas, en el entendido de que todas han de tributar a que se garantice el cumplimiento del debido proceso en su contexto general. En lo tocante, ÁVILA SANTAMARÍA señala que: “La reforma penal integral debe honrar los compromisos internacionales y además cumplir con el postulado que, en materia de derechos humanos, la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos tienen vigencia en el sistema jurídico infra constitucional”⁸¹.

Asimismo, resulta necesario interiorizar que se debe entender al Derecho Penal como un todo global, con ruptura del tradicional legalismo⁸², que es opuesto a un Estado constitucional de derechos y justicia, en el cual, por el bloque de constitucionalidad, los instrumentos internacionales de derechos humanos son de directa e inmediata aplicación; entonces se puede afirmar que la validez de las leyes penales dependerá no solamente de los procedimientos para su creación, sino principalmente de la armonía que guarde con los principios, garantías y reglas manifestados en la CRE y en los instrumentos internacionales de derechos humanos que hayan devenido en normas internas.

Por último, en toda reforma normativa hay que partir de lo que constituye criterio sentado en la doctrina y en la praxis forense. Así, en tanto el proceso es el instrumento de realización del Derecho, puede afirmarse que con el correcto dibujo de cauces procesales se logra la cristalización de la Administración de Justicia penal en la rama del acervo jurídico que le representa el Derecho procesal penal. De manera que deben estar cabalmente delimitados cada uno de los procedimientos que permitan resolver los conflictos de carácter penal, bajo el rubro de que constituyen un conjunto sistémico de reglas que permiten al

⁸¹ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *La (in) justicia penal en la democracia...cit.*, p. 221.

⁸² No es lo mismo legalidad que legalismo, en tanto el primero supone el conocimiento y apego a la ley, pero siempre a partir de criterios interpretativos amplios que permitan hacer ajustes de acuerdo al contexto socioeconómico en que se aplica; por el contrario, el legalismo produce una especie de “ceguera” ante esa realidad y se colocan la justicia, la moral y la verdad por debajo de una aplicación estricta de la ley que impide adaptarse a la realidad circundante y siempre cambiante en la que se ejerce la administración de justicia.

juzgador cumplir con el debido proceso y, en particular, ante la invocación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, han de garantizarse los derechos de la víctima y del imputado, así como la realización de la justicia en un plazo razonable. Todo ello reclama cambios en la normativa jurídica interna vigente, para que se muestre acorde con las normas jurídicas internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia emanada por la CNJE, la CCE y la CIDH.

3.2.5 La incorrecta regulación del principio de oportunidad en la legislación penal

CONTRERAS ALFARO asevera que el principio de oportunidad permite racionalizar la administración de justicia, con una selección a priori de casos y archivando aquellos sobre delitos en los que no existe un interés público de persecución, lo que facilita salidas alternativas que comprendan la reparación, conciliación y consenso. Ello determina la estratificación del proceso penal según se trate de la pequeña criminalidad, la criminalidad media y la organizada, por lo que se presenta como una solución político-criminal que potencia el uso de herramientas procesales diferenciadas y procedimientos especiales propios para cada tipo penal. Además, agrega que en cuanto al Derecho negociado (*plea bargaining*), previo a la aceptación de los referidos procedimientos especiales se debe comprobar su legitimidad, las facultades de los órganos de persecución penal a tenor de lo constitucionalmente previsto, el resguardo de las garantías procesales, el deber de esclarecimiento de los hechos, con independencia de su posterior negociación en cuanto a la pena, un adecuado régimen de responsabilidad y para evitar los abusos y su compatibilidad con los principios y fines del proceso⁸³.

En la legislación penal ecuatoriana, consta el principio de oportunidad como un mecanismo de carácter procesal que contribuye a la solución de conflictos penales, en los delitos dolosos sancionados con una pena privativa de la libertad de hasta cinco años y en culposos en los que el sujeto activo de la infracción, sufre un daño en su integridad física que le impide llevar una vida normal, es decir, que procede su aplicación en los delitos que tienen consecuencias jurídicas mínimas o de poca afectación a los intereses de la víctima y de la sociedad en general; asimismo, se encuentra normado el procedimiento que debe seguirse

⁸³ CONTRERAS ALFARO, Luis, “El Principio de Oportunidad y los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción”, Tesis doctoral, Universidad Salamanca Facultad de Derecho, Salamanca, 2004, pp. 66-67.

desde el momento en que el fiscal decide no iniciar la investigación o desistir de la ya iniciada, a pesar de haberse verificado la comisión de un delito del ejercicio público de la acción y de existir elementos de convicción respecto de la participación del sospechoso o procesado. Previo cumplimiento de estos presupuestos, corresponde al juez -en la audiencia oral pública y contradictoria correspondiente- decidir si acepta la petición del fiscal y declarar la extinción de la acción, ordenando además la libertad de manera inmediata del sujeto activo del delito, si se encuentra privado de este derecho, ya sea por aprehensión en delito flagrante o por orden de detención para fines de investigación dispuesta por juez competente.

En este orden de ideas y frente al principio constitucional de la acción penal obligatoria, los fiscales deben investigar todos los casos penales, por lo que para evitar el aumento constante de las causas pendientes, es necesario utilizar los procedimientos de negociación de culpabilidad, en los que los jueces deben vigilar la conducta de los fiscales y así garantizar la igualdad de trato a todos los justiciables. En tal sentido, los fiscales se enfrentan a una disyuntiva entre el ahorro de tiempo y los recursos, con un uso más liberal de los procedimientos de negociación, correspondiéndoles a los jueces no aceptar algunos de ellos, si consideran que es indispensable proseguir con la investigación⁸⁴.

El autor de esta investigación se muestra conteste en lo que respecta a la obligación que tienen los fiscales de investigar todos los casos, en los que se presume se ha cometido un delito del ejercicio público de la acción, como expresión concreta del principio de legalidad; pero no resulta posible proseguir con una investigación penal ante el desistimiento del fiscal, es decir, que ya no habrá acusación por parte del titular de la acción penal, por lo que al hacer referencia al principio de oportunidad le corresponde al fiscal pedirle al juzgador su aplicación y de no estar de acuerdo este último, según la legislación penal ecuatoriana, se elevará en consulta al fiscal superior para que ratifique o revoque dicha decisión dentro del plazo legal. Si se revoca no se podrá solicitar nuevamente la aplicación del principio y pasará a conocimiento de otro fiscal para que continúe con la investigación; por el contrario, si se ratifica la decisión del fiscal inferior, se remitirá todo lo actuado al juzgador para que declare la extinción del ejercicio de la acción penal.

⁸⁴ BOARI, Nicola y Gianluca FIORENTINI, *An economic analysis of plea bargaining: the incentives of the parties in a mixed penal system*, Dipartimento di Science Economiche, Università di Bologna, Piazza Scaravilli 2, 40126, July Bologna- Italy, 2000, p. 221.

A juicio de quien suscribe, y salvo mejor criterio, el principio de oportunidad se encuentra regulado de manera incorrecta en la nueva legislación procesal penal ecuatoriana, por cuanto ni sus causales ni su procedimiento legal respetan los derechos fundamentales de la víctima y del sospechoso o procesado, al no disponerse la obligatoriedad para que el juzgador en audiencia pública y contradictoria, escuche de manera inmediata y oportuna a los sujetos procesales ya referidos, a fin de que hagan uso del derecho de defensa técnica y material, violándose además la tutela judicial efectiva, el principio de igualdad y, de manera particular, el derecho a la reparación integral de la víctima. De manera que lo que claramente constituye una vulneración del derecho a la defensa, en el entendido de ser oído y posibilidad de contradecir, deviene en aspecto de naturaleza secundaria que puede ser reclamado en momento posterior mediante la interposición de reclamación en sede civil. Se trata de que si es propio del proceso oral la concentración de actos y la cercanía del tribunal a las partes (inmediatez) para adoptar cualquier decisión, carece de lógica procesal que se produzca una postergación del contradictorio por las consecuencias de desigualdad que ello genera, pues quien ya ha sido víctima una vez –en el íter penal- vuelve a serlo cuando tiene que promover nueva demanda, ante otro juez, para que se le reconozca los daños material e inmaterial ocasionados como consecuencia del agravio sufrido por la infracción cometida en su contra.

RODRÍGUEZ GARCIA afirma que antes de adoptar el *plea bargaining* hay que estar seguros de los peligros que ello conlleva, ya que los costes de adoptarlo puede implicar la violación de los principios de igualdad y legalidad, declarándose culpables a personas inocentes o que los acusados se declaren culpables por delitos no cometidos⁸⁵. En la misma línea, HASSEMER considera que los acuerdos le quitan formalidad al proceso, lo abrevian, lo hacen más económico y aumenta la capacidad de la justicia penal en la solución de los conflictos y que tienen como enemigo natural raíces jurídicas de carácter constitucional y procedimental, como el juicio oral público, el juez legal, los principios de legalidad y los que informan la instrucción de la causa. De esa forma, la decisión no está basada en el Derecho Penal material sino por la valoración oportuna del estado del procedimiento y por la disposición que tienen los implicados en el acuerdo, el *nemo tenetur se ipsum accusare*, o sea, que

⁸⁵ RODRÍGUEZ GARCIA, Nicolás, *El consenso en el proceso penal español*, José María Bosch Editor, S.L., Barcelona, 1997, pp. 44-45.

tiene sentido la negociación cuando hay algo que ofrecer y el trato igualitario por cuanto los inculpados que no cooperan, tienen un trato más duro⁸⁶.

En este contexto, quien suscribe considera que la aplicación del *plea bargaining* vulnera los principios de igualdad y legalidad y de alguna manera rompen con la formalidad procesal; sin embargo, ello le permite al procesado interesar una rebaja de la pena, previa la admisión de su culpabilidad y la existencia de acuerdo entre la víctima y victimario, lo que reafirma la idea de que constituye un procedimiento de estricta aplicación en delitos de bagatela, en los que la afectación a la víctima tiene un mínimo impacto.

CONTRERAS ALFARO, al referirse a este tema, expresa: "... una de las posibles alternativas para mejorar la eficacia del sistema consistiría en otorgar a las autoridades de persecución estatal criterios de flexibilización en el deber de ejercicio y sostenimiento de la acción penal, de manera que puedan perseguir las infracciones penales de mayor entidad desechando los hechos punibles de lesividad escasa, aplicando de este modo los grandes planteamientos de la política criminal del Estado, contando además con herramientas especiales como la capacidad de llegar a acuerdos con el imputado disponiendo total o parcialmente de la acción punitiva a cambio de confesiones en casos "débiles" desde el punto de vista probatorio, o informaciones precisas y medios de pruebas idóneos para esclarecer hechos punibles graves como los delitos de terrorismo o tráfico de estupefacientes"⁸⁷.

De lo analizado se evidencia que el principio de oportunidad en Ecuador se encuentra legalmente regulado, pero, en franca violación de los derechos, garantías y principios que se encuentran contemplados en la DUDH, la CADH y la CRE, por lo que se trata de uno de los elementos que permite afirmar que la Administración de Justicia penal se encuentra en crisis. Ello genera un reclamo social y jurídico por el dictado de leyes que estén en concordancia con la doctrina que impera en esta materia y la normativa internacional y nacional vigentes, a fin de que el principio de oportunidad se convierta en una herramienta de carácter procesal que permita cumplir con la celeridad que se requiere y disminuir la carga laboral de los fiscales y jueces que intervienen en la investigación y juzgamiento en materia penal, siempre a partir del respeto incondicional de los derechos fundamentales de la víctima y del sospechoso o procesado.

⁸⁶ HASSEMER, Winfried, "La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana", en *Anuario de Derecho Penal...* cit., pp. 71-72.

⁸⁷ CONTRERAS ALFARO, Luis, "El Principio de Oportunidad y los Delitos Económicos...", cit., p. 65.

4. LA OPCIÓN POR EL SISTEMA ACUSATORIO ORAL EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL

Como manifiesta GUERRERO VIVANCO, “a lo largo de la historia se desarrollaron los siguientes sistemas de procedimiento penal: El acusatorio oral privado de la antigüedad, el inquisitivo de la época medieval, el mixto liberal posterior a la Revolución Francesa, y el acusatorio oral público moderno de corte anglosajón”⁸⁸.

En lo concerniente al sistema acusatorio oral, se han marcado sus ventajas en relación con las restantes formas de proceder al permitir la publicidad de las actuaciones, pues ello deriva de alguna manera en procesos más transparentes. Son procesos en los que la ciudadanía puede participar directamente y ejercer vigilancia del desempeño de los operadores jurídicos, lo que favorece el cumplimiento de las garantías legalmente previstas, así como evita posibles arbitrariedades, lo cual solamente se logra a través de controles reales y efectivos que hagan que el poder no se centralice o pervierta y ello requiere de un rediseño institucional, en el que el sistema de justicia responda a las necesidades y perspectivas del sistema acusatorio oral, asumiendo los retos que ello implica.

Este cambio requiere de un cambio de mentalidad y de una nueva formación de jueces y funcionarios judiciales, fiscales, defensores, policías, peritos, de cara a los desafíos que representa, sus herramientas y sus equipos de trabajo deben estar a la vanguardia de las nuevas tecnologías, para hacer frente a la sofisticación de la criminalidad.

La falta de coordinación y cooperación entre las instituciones inmersas en el proceso penal, puede generar impunidad y, como consecuencia, podría producirse también la deslegitimación de las instituciones, cuando la ciudadanía perciba los inconvenientes. El juez desempeña un rol fundamental en el proceso dentro del sistema acusatorio oral, por cuanto actúa como controlador de los demás sujetos intervinientes, dirigiendo la consecución del mismo; sin embargo, el juzgador no puede hacer todo el trabajo para la efectiva implantación del sistema acusatorio oral, pues necesita de la cooperación de los sujetos procesales que intervienen en el procedimiento jurisdiccional.

En materia de procedimiento penal, Ecuador ha tenido más de cinco leyes. El Código de Procedimiento Penal, vigente desde el año 2001, introdujo un cambio fundamental en relación con el procedimiento de 1983 con la instauración de un sistema acusatorio oral; pero, desde su publicación se realizaron varias reformas

⁸⁸ GUERRERO VIVANCO, Walter, *El sistema acusatorio oral*, Pudeleco, Quito, 1998, pp. 43-44.

al no atemperar su contenido a las previsiones penales sustantivas y sus pretensiones de cambiar el sistema penal, tuvieron solo una expresión formal. Únicamente con la normativa penal vigente en la actualidad es que se promueve la verdadera aplicación del sistema acusatorio oral adversarial; sin embargo, su preceptiva tiene contradicciones entre sí, lo que ocasiona una confusión para los operadores de justicia, en especial a los fiscales que son los titulares del ejercicio público de la acción y los jueces que tienen como responsabilidad administrar justicia.

En este orden de ideas, como alega NIEVA FENOLL, los casos penales no solo se componen de hechos y Derecho, sino de aspectos sociológicos, económicos, ideológicos y psicológicos los que se extienden en todo el proceso judicial⁸⁹; por lo que la función del juzgador es una actividad intelectual muy compleja, porque a más de tomar en cuenta todos estos elementos, tiene la obligación de resolver motivadamente, a fin de que exista una clara comprensión de su contenido por los sujetos procesales y por la sociedad, en general.

Todo lo planteado genera un alto grado de complejidad en la Administración de Justicia penal, de manera específica por la inadecuada regulación del sistema acusatorio oral, que contiene aspectos y características de otros sistemas, como del inquisitivo, causalismo y finalismo, entre otros. En este contexto los operadores de justicia penal, aplican las normas jurídicas con diversos criterios, por lo que se hace necesario que, ciertas reglas que forman parte del sistema, sean reformadas por el legislador y otras aclaradas a través de resoluciones emanadas por el Pleno de la CNJE.

4.1. Planteamiento general

ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, ofrecen una concepción clara de lo que realmente es un sistema y expresa que: “El sistema es un medio y no un fin en sí mismo. Con el método jurídico se construye el sistema del derecho penal (el saber penal se expresa en forma de sistema) para ser aplicado por la agencia jurídica con ciertos objetivos políticos, como el de acotar y reducir el poder punitivo. Por eso, la coherencia interna del sistema (su no contradicción) es un requisito de racionalidad (regla metodológica) necesario, pero no suficiente, pues la verificación de la corrección del sistema no dependerá solo de que no sea contradictorio. Por muy coherente que sea, no será válido si contradice los

⁸⁹ NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda...*, cit., p. 27.

principios limitadores que le impone la previa decisión política sobre la función que el sistema debe cumplir”⁹⁰.

En este mismo orden de ideas QUIÑÓNEZ indica que: “Todo sistema procesal penal debe tener un propósito definido. Los operadores del sistema deben tener bien claro cuál será el paradigma del sistema procesal penal que se adopte para el servicio de la sociedad. Solo así, se podrá saber si se cumplen los propósitos y expectativas que en un principio se trazaron. Es decir, si no sabemos para dónde vamos, cómo sabremos si hemos llegado”⁹¹.

En consecuencia, un sistema penal es un medio para la realización real y efectiva de la justicia penal; sistema que se encuentra constituido por una serie de elementos, garantías, principios y reglas que establecen los respectivos procedimientos legales que deben seguir las causas, una vez que llegan a conocimiento de los operadores de justicia, ya sean estos fiscales, los abogados particulares o defensores públicos y los juzgadores, previo al cumplimiento del debido proceso y el respeto de los derechos humanos de la víctima y del procesado, en franco cumplimiento de lo legalmente establecido.

Después de varios siglos de emplear sistemas jurídicos copiados o derivados del Código Napoleónico, se empezó a experimentar con nuevos sistemas denominados “abiertos” con juicios verbales, conocido como sistema acusatorio, donde el acusado tiene derecho a escuchar los cargos en su contra y a ejercer su defensa. Este sistema nació en Atenas, pasando luego a Roma y a Europa Central y Occidental y se sustenta en varios elementos y principios tales como: el libre ejercicio de iniciar los procedimientos por parte de los ciudadanos, la vigencia, respeto y efectivización de garantías del debido proceso, principio de celeridad, la eficiencia en la administración de justicia, entre otros, y de principios tales como: la libertad, igualdad, imparcialidad, legalidad, presunción de inocencia, oralidad⁹².

De manera que el sistema acusatorio tiene como basamentos fundamentales el cumplimiento del debido proceso, así como la aplicación y cumplimiento de los principios de oralidad, celeridad, igualdad, legalidad, presunción de inocencia del procesado y, en especial, que el juzgador actúe con imparcialidad e

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro, ALAGIA y Alejandro, SLOKAR, *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 95.

⁹¹ QUIÑÓNEZ VARGAS, Héctor. “La Prueba en el Proceso Penal”, en AA.VV., *Derecho Procesal Penal*, MEDRANO, Claudio et. al. (Coordinadores), Escuela Nacional de la Judicatura, Editora Amigo del Hogar, Santo Domingo, 2006, p. 251

⁹² CRIOLLO MAYORGA, Giovanni, *Cuestiones de Derecho Penal, procesal penal y Biojurídica*, s/edit., Quito, 2013, pp. 85,93.

independencia. En este contexto, el sistema acusatorio oral se caracteriza por ser eficaz siempre que esté correctamente regulado y, en su virtud, los problemas jurídico-penales que nacen como consecuencia de la comisión de un delito, se solucionan en un plazo razonable y con respeto a los derechos fundamentales de los justiciables.

En la normativa chilena, la creación del sistema acusatorio oral y contradictorio, aborda cuestiones tanto de la etapa de investigación como del juicio oral, puesto que todo se discute en la audiencia pública y contradictoria, llevada a cabo por jueces ajenos a la investigación efectuada por el Ministerio Público, donde cada institución cumple sus obligaciones, sin que exista la necesidad de tener que subsidiar los errores de otras⁹³. Por ello el sistema acusatorio oral y contradictorio, encuentra sustento y despliegue en el proceso penal, sobre la base de una serie de audiencias públicas y contradictorias, dirigidas por el juzgador unipersonal o pluripersonal, cuya misión es ser eminentemente garantista de los derechos de los sujetos procesales.

Por otra parte, como método de investigación de la verdad ostenta caracteres propios, tales como: la discrecionalidad de la acción, la carga acusatoria de la prueba, el proceso como controversia basado en la igualdad de las partes, quienes tienen la facultad exclusiva respecto de la práctica de la prueba, la publicidad y oralidad del juicio y la función de espectador del juzgador⁹⁴. En ese sentido, el sistema acusatorio efectivamente constituye un verdadero método de investigación en materia penal, donde el titular del ejercicio público de la acción, tiene la obligación de investigar de manera integral para llegar a establecer la verdad material o procesal, para lo cual se deben practicar varias diligencias probatorias, actividad que en el sistema acusatorio ecuatoriano es exclusivo de los sujetos procesales, lo cual significa que este último no puede ordenar la práctica de pruebas de oficio, sino únicamente a petición de parte, para finalmente sobre la base de la valoración de las pruebas legalmente incorporadas al proceso, dictar la sentencia de manera verbal con la motivación respectiva y finalmente redactará la sentencia por escrito, la que será notificada a los sujetos procesales en la forma que dispone la ley.

⁹³ SAN MARTIN CASTRO César Eugenio, *La reforma del proceso penal peruana : evolución y perspectivas*, en AA.VV., *La Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal 2004*, HURTADO POZZO, José, (Director), "Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 2004, p. 398.

⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 562-563.

Pero es necesario dejar constancia que los jueces, al tener una participación activa en el proceso penal, deberían estar facultados a ordenar la práctica de pruebas de oficio, de manera excepcional, cuando el caso lo requiera, con la única intención de dictar una sentencia en base a la verdad material o procesal, para de esta manera dar una respuesta certera a la sociedad, en su calidad de administradores de justicia.

El sistema acusatorio oral permite que el proceso se desarrolle mediante audiencias, siendo la más importante la del juicio, donde se concentran los jueces, los sujetos procesales y los testigos y peritos, para que luego del trámite legal pertinente se solucione el litigio existente entre la víctima y victimario en un tiempo mínimo posible, en franco cumplimiento de los principios de celeridad, inmediación, contradicción, concentración, publicidad y oralidad. Al respecto, GALEANO REY y BERNATE OCHOA afirman: "... los procedimientos que aplican principios del sistema acusatorio puro tienen como fin principal acelerar el procedimiento penal, concentrando todo el proceso en el juicio oral, circunstancia que ofrece ventajas no solo para el sistema sino para el imputado, por la rápida definición del conflicto, con las garantías de oralidad e inmediación que ofrece el juicio"⁹⁵. En consecuencia, lo que persigue el sistema acusatorio oral es resolver la situación jurídica de la víctima y procesado en un plazo razonable, como disponen las normas internacionales de derechos humanos.

ROXIN, al referirse al sistema acusatorio, argumenta que se debe "...conformar el proceso penal, aun manteniendo el principio de oficialidad, como *proceso acusatorio*, por tanto, unir las ventajas de la persecución penal estatal con las del proceso acusatorio que consisten, precisamente, en que juez y acusador no son la misma persona. Esto solo puede suceder si el Estado asume tanto la tarea del acusador como la del juez, separando esa función en dos autoridades estatales distintas –una autoridad de acusación y el tribunal-. Esto es solo posible a través de la creación de una autoridad de acusación estatal especial, la fiscalía"⁹⁶. Criterio que compartimos, en lo referido a que la investigación y acusación la realiza el fiscal, quedando la tarea de administrar justicia de manera independiente e imparcial al juzgador.

El sistema acusatorio está consagrado dentro de una política criminal, que se encuentra acompañada de la voluntad política del gobierno y de la necesidad de armonizar el modelo de enjuiciamiento, con enfoque de estándares

⁹⁵ GALEANO REY, Juan y Francisco BERNATE OCHOA, *Técnicas penales del juicio*, Centro Editorial Rosarista, Bogotá, 2002, p. 77.

⁹⁶ ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. 113.

internacionales, tomándose en cuenta: el fortalecimiento de los derechos y garantías de los procesados y de las víctimas, justicia restaurativa, la celeridad y, finalmente, direccionándose a una mayor calificación de las decisiones judiciales proporcionadas⁹⁷. De manera que el sistema acusatorio no pretende solo resolver el conflicto jurídico-penal en un plazo razonable, sino que también la víctima y el procesado, deben ser tratados en igualdad de condiciones en cumplimiento de los postulados de un proceso debido y garantizando sus derechos fundamentales por parte del juzgador.

En la celebración de un juicio oral, la defensa debe conllevar un silogismo, constante de una tesis, su sustento sobre la base de la prueba y la vocación irremisible de persuasión, que debe realizar cada una de las partes del juicio, siendo éstas: introducción alegatoria, debate probatorio y conclusiones o alegato final. Dentro del discurso de apertura los defensores deben exponer sus tesis de manera clara, para no generar dudas en los jueces en lo concerniente a las razones fundamentales en las que sustenta la defensa del imputado⁹⁸. De lo indicado se evidencia que la defensa técnica tiene la facultad de presentar la teoría del caso al iniciar el juicio, la cual debe ser demostrada en la audiencia con los medios periciales, testimoniales o documentales, a fin de que los jueces resuelvan el caso, con imparcialidad y de manera argumentada, otorgando a cada sujeto procesal lo que en Derecho le corresponde.

Por lo tanto, el procedimiento penal oral acusatorio, obliga a los jueces a intervenir de manera directa en las actividades judiciales que serán tratadas en las audiencias respectivas, a fin de que la controversia sea resuelta por un juez, con la presencia de las partes intervinientes, acudiendo para ello a una exposición fáctica, jurídica y probatoria. En este sistema existen diferentes clases de audiencias, tales como las pre-procesales, de formulación de la acusación, la preparatoria y la de juicio, siendo esta última la más importante del moderno sistema acusatorio, donde los operadores de justicia deben garantizar el respeto de los derechos fundamentales y las garantía de los sujetos procesales⁹⁹.

En la legislación penal ecuatoriana, donde se encuentra vigente el sistema acusatorio oral, el proceso penal se estructura en audiencias, iniciándose por la de formulación de cargos, donde el fiscal decide iniciar la instrucción, con

⁹⁷ PRIETO VERA, Alberto, "Garantías Constitucionales en el proceso penal colombiano", en AA.VV., *El Proceso Penal Acusatorio Colombiano*, tomo III, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2007, p. 7.

⁹⁸ PÉREZ SARMIENTO, Eric, *Los Fundamentos de la Defensa Penal*, Temis, Bogotá, 2012, p. 230.

⁹⁹ FIERRO - MENDEZ, Heliodoro, *El sistema de audiencias del proceso penal acusatorio. Teórico-Práctico*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2012, pp. 27-28.

posterioridad se realiza la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, donde intervienen los sujetos procesales en primer término para sanear el proceso y luego cada sujeto para sustentar sus alegaciones. De una parte, la acusación por el fiscal y la acusación particular de haberla; y, de otro lado, el abogado defensor del procesado que argumente sobre aspectos que son favorables para su cliente, para finalmente el juez decidir mediante un auto de llamamiento a juicio o de sobreseimiento. La audiencia más importante es la de juicio donde los sujetos procesales exponen sus teorías del caso, solicitan, ordenan, practican e incorporan las pruebas, presentan sus alegatos en Derecho y los juzgadores -luego de deliberar- dictan el fallo de manera verbal con la posibilidad de a posteriori fundamentar su resolución por escrito. Por último, se notifica lo dispuesto a los sujetos procesales, para que hagan uso del derecho a la impugnación.

4.2. El garantismo como aspecto fundamental en el sistema acusatorio oral

ÁVILA SANTAMARÍA, al referirse al garantismo, destaca: “Si bien existen múltiples escuelas penales, la más adecuada al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho constitucional se la reconoce como garantismo penal o derecho penal mínimo. El garantismo penal se basa en algunos postulados: el derecho penal debe respetar los derechos de las personas de forma cuidadosa y seria; las limitaciones a los derechos deben ser discutidas en juicio y en procedimientos contradictorios, en los que se garantice el derecho a la defensa técnica, en las autoridades judiciales y no judiciales (policía, fiscalía, administración penitenciaria) que intervienen en las distintas instancias penales, deben tener la mínima posibilidad de discrecionalidad, tienen que justificar sus acciones y son responsables de las mismas; todo acto que restrinja derechos es controlable judicialmente; y el derecho penal es el mínimo necesario para garantizar la eficiencia, la impunidad y proteger a la persona inocente”¹⁰⁰.

Si bien la ley es una parte sustancial del Derecho, no lo es todo, pues se encuentra sujeta a la interpretación de quienes la invocan y principalmente de quienes la aplican, quienes le conciben en asociación con los principios técnico-jurídicos y sus propias experiencias. De tal forma, deviene en deber primordial de los juzgadores, examinar cada caso y con convicción de lo que están haciendo, ser capaces de motivar sus sentencias de manera clara, completa y eficiente. Es

¹⁰⁰ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *La (in) justicia penal en la democracia...cit.*, p. 218.

indispensable que gocen de independencia, de tal modo que ostenten una coraza ante presiones, juegos de intereses o cualquier otra circunstancia apartada del Derecho; precisamente de su libertad en la toma de decisiones, dependerá en gran medida la plenitud de sus resoluciones.

Así, el grado de intervención del juez en el proceso, ha generado posturas opuestas: de un lado, se defiende el activismo judicial y, de otro, el garantismo judicial; mientras el garantismo restringe facultades al juez en el desarrollo del proceso y limita sus facultades-deberes a la realización de ciertas actuaciones únicamente a petición de parte, en contraposición, el activismo faculta al juez para impulsar y dirigir el proceso. Todo ello a partir de la consideración de que el proceder judicial se corresponde con el desempeño de un rol proteccionista de los derechos humanos y en consecuencia de sus titulares, de forma tal que se visibiliza al activismo como "...un modo de proceder del juez y no un sistema"¹⁰¹.

En el ámbito procesal, el activismo judicial defiende su iniciativa probatoria e indaga a través de ella con el fin de llegar a la verdad material, mientras el garantismo excluye al juez de las facultades materiales en el desarrollo del proceso. Los detractores del activismo judicial, afirman que atenta contra el debido proceso, porque el juez puede llegar a actuar con autoritarismo, invadir el derecho material de los sujetos procesales e inclusive suplir la defensa letrada que no le corresponde desde su posición de imparcialidad; por tal razón, a los operadores de justicia practicantes del activismo judicial, les toca asumir una ardua labor, que los enaltezca y logre aplacar las mencionadas críticas, mediante una conducción ética del proceso sobre la base de alcanzar la verdad como equivalente de justicia, sin suplantarse a los defensores, pero atentos a posibles negligencias que coloquen en situaciones de indefensión a los justiciables y, finalmente, con la emisión de resoluciones razonadas, justas y congruentes con las normas jurídicas que le sustentan¹⁰².

¹⁰¹ ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo y Eduardo FERRER MAC-GREGOR, *La ciencia del derecho procesal constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008, p. 319.

¹⁰² La CNJE, en su publicación *Ratio Decidendi Obiter Dicta – Sentencias 2012-2013 – Fallos de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito*, se refiere a la motivación (pp. 425-428) en la Resolución N.º 337-2013, de 25 de marzo de 2012, del Juicio N.º 405-2012, en un recurso de Casación por tenencia ilegal de sustancias estupefacientes, señala: "... Ratio decidendi: La motivación de la sentencia, es el culmen de la actividad jurisdiccional, es una cuestión de fondo y de forma; expresa las razones que el Tribunal ha tenido en cuenta para decidir en el sentido en que lo haya hecho. En consecuencia, es preciso considerarla en un doble aspecto: POR UN LADO, como razonamiento judicial, fruto de la mente humana, con las dificultades de conocimiento que ello conlleva, y; por otro, como expresión externa de esas razones que han llevado a una valoración de certeza. Por lo tanto, habrá una indebida motivación al no anunciarse

Resultan coincidentes los criterios del autor de esta investigación con los argumentos antes referidos en pos del activismo judicial y respecto de las complicaciones que tiene el juzgador en el momento de su realización, a partir de que el sistema vigente en el país es el acusatorio oral y ello va asociado a criterios de neutralidad¹⁰³, o mejor imparcialidad, a dirigir las audiencias con eficiencia, como director del proceso, deponiendo el autoritarismo y la imposición como modos de actuación, sino que —convencido de su rol protagónico— ha de garantizar los derechos fundamentales de los sujetos procesales, en especial los que necesitan mayor protección como son la víctima y el procesado, en sus calidades de sujetos pasivo y activo del delito.

4.3. Aspectos relacionados con el derecho al proceso debido

Un debido proceso penal se realiza de manera oportuna y sin dilaciones. Cuando se prolonga irrazonablemente sin justificaciones válidas y tolerables, se vulnera este derecho; situaciones que muchas veces son generadas por deslealtad procesal de los abogados de la causa, pero en otras ocasiones pueden ser imputables al órgano jurisdiccional por su negligencia o inactividad. Los retrasos injustificados presuponen irregularidades y, por tanto, un mal funcionamiento de la administración de justicia, la cual debe estar preparada para evadir y sancionar todo tipo de maniobras obstruccionistas o tendientes a dilatar el proceso sin motivo jurídico alguno.

Los grandes requerimientos sociales contribuyen a la crisis de la administración de justicia. El acrecentamiento de la delincuencia, la diversidad de tipos penales y su complejidad, llegan a los tribunales que enfrentan problemas estructurales, como una jurisprudencia desordenada en unos casos y

las normas o principios jurídicos en los que se fundamentan una resolución y si además no se explica la pertinencia de su aplicación al hecho analizado, acarreará la nulidad de la misma, según lo estipulado en la Constitución de la República (artículo 76.7.1). La motivación constituye un presupuesto y una garantía del control que los órganos superiores realizan respecto a la actividad del juez inferior. (...) Al respecto, "...La motivación constituye un presupuesto y una garantía del control que los órganos superiores realizan respecto a la actividad del juez inferior"(...) Cuarto: Resolución.- Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República, al no encontrarse el fallo del juzgador en apego a lo dispuesto en el art. 76.7.1, de la Constitución de la República, este Tribunal de la Sala de lo Penal, de la Corte Nacional de Justicia, declara la NULIDAD de la sentencia recurrida (...)"

¹⁰³ No se trata de que el juzgador supla la inactividad o negligencia de una de las partes pues ello implicaría romper con el ideal de imparcialidad, que no neutralidad, que preside la función jurisdiccional, pues la distinción entre imparcial y neutral resulta fácilmente distinguible, en tanto la primera se refiere a quien juzga sin favorecer a nadie en particular y la segunda, a quien obra con indiferencia. Los jueces en modo alguno pueden ser indiferentes, tienen la misión de conducir el proceso y hacer que prevalezca la justicia.

en otros contradictoria, problemas de competencia, recursos mal interpuestos, plazos mal calculados, amparos indebidos, expedientes extraviados y el más complejo de los males de la justicia, el retardo judicial que opera como denegatoria de justicia.

En cada país se aplican mecanismos para enmendar los diversos problemas que se presentan, no obstante, ninguno ha podido resolverlos de manera eficaz, sobre todo en lo referido a la congestión y acumulación de procesos. Entre las posibles soluciones que se han aplicado están la creación de nuevas salas especializadas, aumento de jueces y eliminación de instancias; empero, sin duda se han descuidado los mecanismos más efectivos: procedimientos que reduzcan los niveles de violencia y la inseguridad social¹⁰⁴ y, en tal virtud, resulta prioritario que se dicten normas procesales que permitan la realización de una justicia oportuna y sin dilaciones, con respeto de los derechos fundamentales de los justiciables. En este orden de ideas, GARCÍA VALENCIA al referirse a la actividad investigativa y al derecho a un proceso penal oportuno y sin dilaciones, señala: “La actividad investigativa del fiscal debe tener un límite en el tiempo. La presentación de la acusación y la convocatoria al juicio oral se tienen que decidir en términos razonables y el juicio se debe evacuar con prontitud, justificándose la mora para adelantar estas etapas, únicamente por la salvaguarda de las garantías sustanciales”¹⁰⁵.

De manera que deviene en cuestión ineludible que la investigación realizada por el fiscal y los miembros policiales, sea efectuada de manera oportuna y sin dilaciones, por medio del sistema acusatorio oral imperante en Ecuador. Para cumplir con este fin se ha de evaluar la información inicial, identificando, clasificando, priorizando, planeando y ordenando los actos realizados tendientes a determinar la existencia de conducta delictiva que amerite continuar con un proceso penal y, fundamentalmente, que permita identificar la existencia del delito y la responsabilidad de los partícipes. Actuación que ha de ser realizada dentro de plazos razonables previamente determinados en la ley, a fin de garantizar una adecuada administración de justicia, donde las causas lleguen a su feliz término con la sentencia que corresponda, ya que caso contrario podría producirse la prescripción de la acción, en cuyo supuesto el delito se queda en la impunidad.

¹⁰⁴ HERRENDORF, Daniel, *El poder de los Jueces*, 3.^a edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 68-70.

¹⁰⁵ GARCÍA VALENCIA, Jesús, *Conferencias sobre el Proceso Penal Acusatorio*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá, 2005, p. 76.

La figura de la prescripción surge también como resultado al derecho a ser juzgados dentro de un plazo razonable; límite que debe ser establecido por la ley de cada Estado, la cual tiene base en instrumentos internacionales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹⁰⁶. El art. 417 del COIP establece las reglas para que proceda la prescripción del ejercicio de la acción penal, por el simple transcurso del tiempo, la cual será declarada por el juez de oficio o a petición de parte, en los siguientes casos:

a) El ejercicio público de la acción prescribe en el mismo tiempo del máximo de la pena privativa de libertad prevista en el tipo penal, contado desde la comisión del delito, pero este plazo en ningún caso, será menor a cinco años.

b) El ejercicio privado de la acción prescribe en el plazo de seis meses, contados desde la comisión del delito.

c) Si se trata de un delito continuado, el plazo de la prescripción se contará desde la fecha de cesación de la conducta del infractor.

d) En los delitos de desaparición de una persona, los plazos de prescripción empezarán a contarse desde el día en que la persona aparezca o se encuentren los elementos de convicción para formular una imputación en contra del sujeto activo del delito.

e) Si se ha iniciado el proceso penal, el ejercicio público de la acción prescribirá en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad, prevista en el tipo penal, contado desde la fecha de inicio de la respectiva instrucción, sin que, en ningún caso, sea menor de cinco años.

f) En el ejercicio privado de la acción la prescripción se producirá transcurridos dos años a partir de la fecha de la citación de la querrela.

g) El ejercicio de la acción respecto de las contravenciones prescribirá en tres meses, contados desde que la infracción se comete, pero de haberse iniciado el proceso, la prescripción operará en el plazo de un año, contados desde el inicio del procedimiento.

De lo expuesto se colige la importancia de los términos y de la prescripción como institución jurídica asociada al paso del tiempo y, en lo referido a la acción penal, el COIP establece de manera puntual los plazos en los que las dos clases de acciones, las del ejercicio público y privado, prescriben en la forma que dispone el art. 417 del COIP.

¹⁰⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14: "... 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas (...)"

Al respecto, la CRE establece también la imprescriptibilidad de ciertos delitos, entre los cuales tenemos: peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado y delitos ambientales. Norma constitucional que está en concordancia con los convenios internacionales, donde se regula que los delitos antes mencionados no prescriben en cuanto al ejercicio de la acción e incluso existe la facultad de realizar el juzgamiento de los procesados en ausencia. Todo ello permite que aquellos delitos que ocasionan alarma social y afectan a bienes jurídicos protegidos de gran trascendencia a nivel nacional e incluso internacional, no queden en la impunidad y que sus responsables sean sancionados con las penas que de manera expresa determina la ley penal.

4.3.1. El derecho a un juez independiente

Cualquier lectura que se realice de los textos constitucionales lleva a la conclusión de que la característica esencial de la función jurisdiccional es la independencia. Es tal la importancia de que el juez sea independiente y ha penetrado de tal manera en la cultura popular, que se suele iniciar por aquí el estudio del poder judicial; pero resulta necesario tener en cuenta que la sumisión únicamente a la ley deviene en la forma en que constitucionalmente se hace realidad el principio de legitimación democrática de la función judicial.

Aparentemente se trata de una contradicción, pero ciertamente se está ante una relación de dependencia y complemento, pues la independencia del juzgador se fundamenta en la sumisión a la ley y es resultado de ella, a la vez que, para quedar solo sometido a esta, tendrá que ser independiente de todo lo demás. Se deja mejor que PÉREZ ROYO lo aclare: "El juez es independiente porque está sometido únicamente a la ley. Si no fuera por esta dependencia de una voluntad ajena objetivada en una norma jurídica, la independencia del juez sería lo contrario de la seguridad jurídica, además de ser puramente ilusoria. Es la fuerza de la ley y el hecho de estar sometido únicamente a ella lo que posibilita que pueda afirmar su independencia frente a los demás poderes políticos o las fuerzas sociales que quieran influir en su actividad. *Dependencia de la ley e independencia del juez son las dos caras de la misma moneda*"¹⁰⁷.

¹⁰⁷ PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 4ª edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997, p. 614.

De manera que no es suficiente salvaguardar la independencia personal del juez respecto del poder político, sino más bien, que el juzgador sea capaz de rechazar todas las sumisiones existentes en la sociedad; por lo que el juez debe ser independiente de los poderes del Estado, de sus superiores jerárquicos, ideología, prejuicios, simpatías, de los medios de comunicación, del placer de participar públicamente y de darse a conocer¹⁰⁸. En ese sentido, la independencia del juez permite una justicia penal transparente, donde los sujetos procesales confían en su actuación libre y sin ningún tipo de presiones ni influencias, ya sea por funcionarios públicos de otras funciones del Estado, de la propia función judicial u otras de carácter político, económico, social, ideológico o de cualquier otra índole, que afecten la voluntad del juzgador en el momento de decidir sobre una causa.

Así, DE LA TORRE DÍAZ expresa que “la independencia es el resultado de aplicar la ley, sin otra información o influencia (social, económica, política, religiosa), que la pericia o el conocimiento que el órgano tiene del Derecho”¹⁰⁹. Criterio que comparte este investigador en el sentido de que la independencia es el resultado de aplicar la ley, pero es un criterio muy limitado, porque al ser conocedor del Derecho está en la obligación de identificar el presupuesto fáctico o hecho delictivo, valorar las pruebas sobre la base de las reglas de la sana crítica, aplicar las normas nacionales e internacionales relacionadas con el caso concreto y, básicamente, el criterio jurídico que nace de su conocimiento y experiencia. Aspectos todos que son propios del juzgador y, en consecuencia, nadie puede interferirlos con el fin de influir en su decisión.

Dentro de las garantías básicas del debido proceso, se establece el ser juzgado por un juez o tribunal independiente y competente (art. 76.7.k CRE) y de esta forma se recoge tanto en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados como en los de rango internacional. El art. 8 de la CADH establece como garantía judicial que la persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente e independiente, establecido con anterioridad de acuerdo a la ley, en la sustanciación de cualquier proceso. De igual manera en los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura se expresa que este principio autoriza y obliga a que el desarrollo del procedimiento judicial sea conforme a Derecho y que se respeten los derechos de las partes.

¹⁰⁸ SERRA CRISTOBAL, Rosario, *La libertad ...*, cit., p. 216.

¹⁰⁹ DE LA TORRE DÍAZ, Francisco, *Ética y Deontología Jurídica*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 361.

A este tenor, existen estatutos a nivel internacional en los que se hace referencia a la imparcialidad e independencia judicial¹¹⁰; en el ámbito iberoamericano también se cuenta con este tipo de estatutos¹¹¹ que instan a los jueces a actuar con total transparencia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Como acertadamente apunta ARIAS DUQUE, “el juez que tenía como objetivos la lucha contra la impunidad y la protección de la sociedad quedó atrás, porque era un concepto propio e identificador de la inquisición (...) en cuya misión suprema estaba la búsqueda de la verdad a cualquier costo. El nuevo juez tiene como objetivo procurar la igualdad entre las partes dentro de un proceso adelantado con todas las garantías para el imputado, quien es quien

¹¹⁰ Estatuto universal del Juez.- “Preámbulo.- En la elaboración preliminar de este Estatuto han colaborado jueces de diversos países del mundo. (...) art. 1.- Independencia.- En el conjunto de sus actividades, los jueces deben garantizar los derechos de toda persona a un proceso justo.- Deben poner en marcha todos los medios de que dispongan para permitir que los asuntos sean vistos en audiencia pública en un plazo razonable, ante un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, a fin de determinar los derechos y obligaciones en materia civil o la realidad de los cargos en materia penal.- La independencia del juez resulta indispensable para el ejercicio de una justicia imparcial en el respeto de la ley.- La independencia es indivisible.- Todas las instituciones y autoridades, nacionales o internacionales, deberán respetar, proteger y defender esta independencia.- art. 2 Estatuto.- La independencia del juez debe estar garantizada por una ley específica, que le asegure una independencia real y efectiva con respecto a los demás poderes del Estado. El juez, como depositario de la autoridad judicial, deberá poder ejercer sus funciones con total independencia respecto a todas las fuerzas sociales, económicas y políticas, e independientemente de los demás jueces y de la administración de justicia.- art. 3 Sumisión a la ley.- En el ejercicio de su actividad profesional, el juez no debe estar sometido más que a la ley y no puede decidir más que con respecto a esta (...)”.

¹¹¹ Estatuto del Juez Iberoamericano. La VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, los días 23, 24 y 25 de mayo de 2001. “Artículo 1. Principio general de independencia Como garantía para los justiciables, los Jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y se encuentran tan solo sometidos a la Constitución y a la ley, con estricto respeto al principio de jerarquía normativa. Artículo 2. Obligación de respeto a la independencia judicial Los otros poderes del Estado y, en general, todas las autoridades, instituciones y organismos nacionales o internacionales, así como los diferentes grupos y organizaciones sociales, económicas y políticas, deben respetar y hacer efectiva la independencia de la judicatura. Artículo 3. Independencia judicial y medios de comunicación La utilización de los medios de comunicación social con el objeto de suplantar funciones jurisdiccionales, imponer o influir el contenido de las resoluciones judiciales, en condiciones que excedan el legítimo derecho a la libertad de expresión e información, se considera lesiva para la independencia judicial. Artículo 4. Independencia interna En el ejercicio de la jurisdicción, los jueces no se encuentran sometidos a autoridades judiciales superiores, sin perjuicio de la facultad de éstas de revisar las decisiones jurisdiccionales a través de los recursos legalmente establecidos, y de la fuerza que cada ordenamiento nacional atribuya a la jurisprudencia a los precedentes emanados de las Cortes Suprema y Tribunales Supremos. Artículo 5. Defensa de la independencia judicial Los atentados a la independencia judicial han de ser sancionados por ley, que deberá prever los mecanismos por medio de los cuales los jueces inquietados o perturbados en su independencia puedan obtener el respaldo de los órganos superiores o de gobierno del Poder Judicial (...)”.

sufre el embate de la Fiscalía”¹¹². Efectivamente, el nuevo juez tiene la obligación de garantizar el cumplimiento del debido proceso y, en especial, velar por la igualdad entre los sujetos procesales, sin favoritismos ni discriminaciones de ninguna naturaleza.

La independencia del juez es un atributo individual, pero también depende de condiciones institucionales, las cuales deben caracterizarse principalmente por la división de funciones del Estado y su respeto irrestricto de la una hacia las otras.

El principio de independencia constituye un elemento básico para evaluar la forma en que cada Estado cumple con sus obligaciones internacionales en el ejercicio de la función jurisdiccional a través de sus jueces, pues no son únicamente garantías del correcto funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, sino verdaderos derechos y garantías que tienen íntima relación con el respeto de los derechos humanos, tanto de la víctima como del sospechoso o procesado.

La confianza de la ciudadanía, así como la legitimidad de la función judicial, tiene mucho que ver con la independencia de los jueces y tribunales, quienes están investidos de poder y autoridad para administrar justicia, en cada una de las materias, grados, personas y territorio, de manera específica en el juzgamiento de delitos y contravenciones, donde los jueces deben hacer brillar la majestad de la justicia, considerando que la decisión se la anuncia de manera verbal, por encontrarse vigente el sistema acusatorio oral, en presencia de los sujetos procesales y el público presente en cada una de las audiencias, garantizando siempre el derecho fundamental de defensa que les asiste a cada uno de los sujetos procesales.

Finalmente aclarar que, sin lugar a dudas, los principios de imparcialidad e independencia se encuentran en estrecha conectividad, en tanto se presuponen mutuamente, con zonas de confluencia o superposición. En realidad, la cuestión principal reside en la necesidad de tributar a la igualdad de las partes en el proceso, lo que supone la libertad de criterio del juzgador para resolver los conflictos sin ataduras, compromisos ni interferencias extrañas, bajo la sola sumisión a la ley. La independencia constituye, pues, el primer paso hacia la imparcialidad de los jueces, y así condicionada, esa imparcialidad amerita ser vigilada constantemente.

¹¹² ARIAS DUQUE, Juan, *El Juez en el Sistema Acusatorio Colombiano*, en AA.VV., *El Proceso Penal Acusatorio Colombiano*, tomo III, primera edición, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2006, p. 197.

4.3.2. El derecho a un juez imparcial

El titular de la potestad jurisdiccional no puede ser, al mismo tiempo, juzgador y parte en el asunto sometido a su conocimiento y su decisión estará regida solo por el objetivo de cumplir con su función, sin que pueda ser influenciado por circunstancias ajenas. Esta no calidad de parte MONTERO AROCA la reconoce gráficamente como “imparcialidad”¹¹³; término que resulta ilustrativo de su esencia en el sentido de que evoca su condición de “no parte”.

Como bien explica DAMIÁN MORENO, “los ciudadanos no tienen la posibilidad de elegir al juez que vaya a decidir sus asuntos; le viene dado en función de reglas objetivas de competencia. Sí puede, en cambio, rechazarlos si no reúne las debidas condiciones de idoneidad”¹¹⁴. Aparecen entonces la abstención y la recusación como instrumentos de garantía de la imparcialidad del juzgador.

Es importante señalar que el juez al identificar un motivo de excusa sobre un litigio puesto a su conocimiento y resolución, debe presentar el correspondiente escrito indicando de manera puntual la causa legal en la que se fundamenta; y, si es el caso de que le presenten una recusación bien fundada, tampoco debe negarla, de esta manera garantiza la imparcialidad en su función. El hecho de que un juez se excuse o acepte una recusación no significa que esté aceptando que de tramitar y resolver dichas causas estaría prevaricando, pero existe una posibilidad cierta de ello y para evitarlo existen estas importantes instituciones que protegen a los sujetos procesales, para ser juzgados desde un punto de vista objetivo y en observancia total del Derecho.

En la legislación ecuatoriana, el art. 572 del COIP regula las causas de excusa y recusación de los juzgadores, con el fin de garantizar que cada una de las controversias judiciales, sean conocidas y resueltas por un juez o tribunal que actúen con imparcialidad, respecto de los sujetos procesales, aclarando que las mismas causas de excusa son aplicables como causales de recusación, con la diferencia de que la excusa la presenta directamente el juez cuando se encuentra comprendido dentro de una causal que está expresamente determinada en la ley, mientras que la recusación tiene su fundamento jurídico cuando el juez no se excusa y le corresponde a uno de los sujetos procesales presentar la correspondiente solicitud o incidente de cambio de juez. De aceptarse, el juez

¹¹³ MONTERO AROCA, Juan, “La jurisdicción”, en AA.VV., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 107.

¹¹⁴ DAMIÁN MORENO, Juan, *Introducción al sistema judicial español*, Dykinson, S.L., Madrid, 2010, p. 58.

recusado se aparta del conocimiento de la causa y si se rechaza la demanda, el juez continúa con la competencia y, por ende, es el mismo el que debe resolver esa causa.

El COIP regula las causas de excusa y recusación, siendo las más relevantes: la existencia de parentesco por consanguinidad o afinidad, cónyuge o unión de hecho con alguna de las partes o de sus defensores; ser deudor o acreedor de los litigantes, excepto con las instituciones del sistema financiero nacional público o privado; tener juicio con alguna de las partes o interés personal de la causa; ser asignatario, donatario, empleador o socio de alguna de las partes; haber fallado en otra instancia en la misma causa o una conexas; haber intervenido como parte del proceso, fiscal, apoderado, defensor, perito, testigo o intérprete; tener amistad o enemistad con alguno de los sujetos procesales; haber sido condenado en costas por otro juzgador superior, haber dado consejo sobre la causa; y no sustanciar el proceso en el triple del tiempo señalado por la ley.

Los jueces deben desempeñar sus cargos con total independencia en relación con los sujetos procesales que intervienen en un proceso judicial de carácter penal, con el fin de evitar que la tramitación y, de manera cardinal, la decisión del caso mediante el auto o sentencia, según corresponda, que cada caso *sub lite*, carezca de credibilidad por razones de amistad, enemistad, interés personal en la causa o cualquier otro asunto que afecte a la imparcialidad del juzgador.

La recusación tiene como pretensión que el juez actúe con imparcialidad y para ello pone en manos de los particulares un mecanismo que lo aparte del conocimiento de la causa, cuando exista sospecha de estar parcializado. La abstención no constituye una herramienta para que se efectivice el derecho a un juez imparcial, sino que su lógica va en dirección de garantizar la imparcialidad dentro del sistema constitucional del poder judicial¹¹⁵. En consecuencia, la recusación es una figura de mucho valor jurídico, porque permite que los litigantes tengan la facultad de plantear una demanda en contra del juez, para apartarle del conocimiento y resolución de la causa, siempre que se demuestre la existencia de alguna de las causales que en forma expresa consta en la ley y que este hecho sea probado y aceptado en sentencia por otro juzgador de la misma materia.

Una de las cuestiones principales del sistema penal es alcanzar que la justicia sea ejercida por un juez imparcial, lo cual constituye un elemento básico para afirmar que el acusado tuvo un juicio justo, por lo tanto uno de los pilares

¹¹⁵ SERRA CRISTOBAL, Rosario, *La libertad del juez*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 201.

básicos de un Estado de Derecho es la justicia ejercida por jueces imparciales. De ello se colige como imperativa la concurrencia de dos elementos fundamentales: la justicia impartida por jueces imparciales y que la sociedad constate que efectivamente así es¹¹⁶, y así se considera en el Ecuador, como Estado constitucional de derechos y justicia que es.

La CRE, en su art. 76.7.k, dispone que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden respecto de las personas, deben ser juzgadas por un juez imparcial, en concordancia con lo que ordenan los artículos 8, 10 y 14 de la CADH, la DUDH y el PIDCP, respectivamente; en consecuencia, la actuación imparcial del juez constituye la esencia de la Administración de Justicia penal, donde existe una víctima contra quien se violó un bien jurídico protegido y un procesado que debe ser sometido a un juicio justo y ser juzgado por un juez imparcial.

Se trata, por tanto, del ejercicio objetivo y desinteresado de la función judicial. Al referirse a este principio, ALARCÓN POLANCO alegaba: “La imparcialidad se manifiesta en un estado, a veces ideal, de conciencia e introspección, en que el Juez no se siente parcializado, esto es que no se identifica con ninguna de las partes en causa ni en lo personal ni en lo profesional, y al recibir el expediente sobre el que tendrá que decidir, se encuentra libre de prejuicios y compromisos”. Y en otro momento de su exposición asegura que “(...) el propio criterio filosófico de "justicia" envuelve el de imparcialidad con todo cuanto de ello se deriva. Luego, la justicia es imparcial o simplemente no es justicia (...)”¹¹⁷.

4.3.3. El derecho a contar con una defensa técnica adecuada

El sistema acusatorio oral que se encuentra vigente en Ecuador tiene mayor efectividad por cuanto, con la vigencia del COIP, la administración de justicia se estructura en audiencias orales y ello provoca que los operadores de justicia -y fundamentalmente los jueces- tengan la obligación de estar mejor preparados, ya que deben resolver los incidentes de las audiencias mediante resoluciones interlocutorias, así como sus decisiones definitivas en ese mismo momento procesal y en presencia de las partes.

¹¹⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, p. 453.

¹¹⁷ ALARCÓN POLANCO, Edynson F., “La Constitución como fuente primigenia de la independencia e imparcialidad del juez”, 2do Concurso Nacional de Ensayos Judiciales para Jueces, 1ª edición, organizado por la Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2002, pp. 10, 47-48.

En las audiencias, el juzgador debe motivar de manera verbal las tres partes de la resolución o sentencia cuidando que exista coherencia entre las mismas; pero, al mismo tiempo, este sistema permite que los sujetos procesales estén presentes, en contacto directo con los jueces, donde existe un constante ejercicio de inmediación y contradicción, lo que permite alcanzar que los procesados sean juzgados de manera transparente y a la luz pública, cumpliéndose con el principio de publicidad, excepto en los casos que prohíbe la ley de manera expresa, donde las audiencias tienen el carácter de reservadas. Todo este accionar jurídico-procesal permite que se respete el derecho de defensa que tienen las partes por disposición de convenios internacionales de derechos humanos y la CRE.

Este sistema parte del principio de acusación previa, como requisito *sine qua non* para que se lleve a cabo la audiencia de juicio. Las normas constitucionales regulan el derecho de defensa como garantía básica del debido proceso, que considera que ninguna persona puede ser privada de la referida garantía en ninguna etapa del proceso; así como contar con las facilidades necesarias para que pueda preparar y llevar a cabo su defensa, ser escuchado en igualdad de condiciones, acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento penal que se aplique en cada caso específico; a ser asistido por una o un defensor técnico particular de su elección o un defensor público; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra; a no ser juzgada más de una vez por la misma causa y materia; ser juzgada por jueces o tribunales competentes, independientes e imparciales quienes emitirán siempre sus resoluciones debidamente motivadas (art. 76.7 CRE).

Por lo expuesto, el derecho de defensa resulta primordial respecto del procesado en toda causa penal, que debe ser garantizado por el juez o tribunal competente, en cada una de las etapas del proceso e incluso en la impugnación, ya que de lo contrario se le estaría colocando en estado de indefensión; aspecto que generaría problemas jurídicos controvertidos y que puede dar lugar a impugnaciones ante los organismos de control constitucional de la administración de justicia ordinaria, ya sea para ante la CCE o incluso a cortes internacionales, como la CIDH.

Es conveniente tener presente que el procesado tiene derecho a elegir libremente un abogado u obtener su designación de oficio, para que esté presente en las actuaciones judiciales durante todo el proceso, por lo que se

puede afirmar que se encuentra asegurada la efectividad de este derecho a recibir asistencia letrada.

El procesado tiene derecho a contar con una defensa técnica desde el inicio de la investigación penal, a que se le informe oportunamente sobre la acusación que se le hace y con los demás elementos de convicción en los que se fundamenta la misma, a fin de que haga valer el derecho a la defensa, sin que se le pueda ocultar ninguna clase de información sobre su imputación¹¹⁸.

Como se ha dicho, el procesado tiene derecho a una defensa técnica particular o pública, no únicamente desde que se inicia el proceso penal con la instrucción fiscal, sino a partir de la investigación previa, donde el sospechoso es llamado a rendir su versión ante el fiscal, en cuyo caso solo en presencia de la defensa técnica puede ser interrogado, ya que de lo contrario se estaría violando el debido proceso, considerando que puede rendir su versión o acogerse al derecho de silencio, todo esto previo a la consulta a su abogado defensor.

En caso de no garantizarse este derecho por parte del titular del ejercicio público de la acción, a más de quedarse en indefensión puede dar como resultado que el caso no prospere, así existan los elementos de convicción suficientes para establecer la existencia del delito y la participación del sospechoso, porque dichos elementos de convicción que en la etapa del juicio se convertirían en pruebas, al ser obtenidos con violación de las normas constitucionales, los convenios internacionales de derechos humanos y la ley, carecerían de eficacia probatoria.

El defensor público es designado por el juzgador cuando el procesado no tiene un abogado particular, en especial al observar que no tiene los recursos económicos suficientes para contratar un profesional de su elección y confianza. De manera que el defensor público ostenta un carácter subsidiario, pues asume la defensa hasta que sea legalmente reemplazado por un abogado particular, si así lo deseara el procesado; aspecto que se le debe explicar de manera reiterada mientras dure el proceso penal y de esa forma garantizar el derecho de defensa, en cumplimiento de lo dispuesto por la CRE¹¹⁹, el Pacto de San José¹²⁰ y la

¹¹⁸ MEDINA, Marco Antonio, *El derecho a la defensa*, Revista Semestral de la Universidad de las Américas PHARO, Red PHARO, Santiago de Chile, 2001, p 78.

¹¹⁹ Cfr. art. 76.7. a. b. g. de la CRE.

¹²⁰ CADH, art. 8, Garantías Jurisdiccionales: "...2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) f) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley".

DUDH¹²¹. Instrumentos jurídicos que regulan que el procesado tiene derecho a elegir un abogado de su confianza, para que le asista en la defensa eminentemente técnico jurídico-penal, ya que la defensa material la puede realizar de manera directa y personal el procesado en cualquier audiencia pública y contradictoria que sea parte del proceso penal, desde que este se inicia hasta su conclusión.

El juzgador es el que se convierte en garantista del derecho de defensa del procesado, con la intervención de un abogado particular o público que conozca a ciencia cierta el Derecho Penal, ya que de lo contrario se le dejaría en indefensión y ello traería como efecto jurídico, la nulidad de todo lo actuado; vicio procesal que resulta responsabilidad del juzgador.

En ese mismo orden de ideas, ZAVALA considera que el derecho de defensa del imputado la ejercerá a través de un abogado de su confianza y solo cuando no lo tenga, debe actuar uno nombrado por el Estado, por lo que la presencia de este defensor, que tiene el carácter de subsidiaria, en la mayoría de los casos que ha sido designado, en sus actuaciones lo que hace es legalizar las diligencias en las que interviene, cumpliendo de esta forma lo que dispone la ley, sin embargo de lo cual en el fondo se ha burlado la misma¹²².

De esta forma, no obstante, la designación de un defensor de oficio o público, ello no es suficiente para garantizar de manera eficiente los derechos y garantías del victimario, por lo que los jueces tienen la facultad de suspender una audiencia por falta de probidad o pericia del abogado defensor, en aras de evitar la indefensión del imputado y declarar la nulidad de lo actuado. En la propia disposición judicial que se pronuncie al respecto, se volverá a señalar día y hora para el desarrollo de la diligencia suspendida, con asignación previa de un experto en la rama jurídico penal para de esa forma garantizar el cumplimiento del debido proceso y, fundamentalmente, el derecho de defensa.

El juez, en un Estado constitucional de derechos y justicia, es el llamado a garantizar los derechos de los sujetos procesales y, en especial, del procesado, a quien tiene que proveerle de una verdadera protección jurídica en lo que se refiere a la defensa técnica a que tiene derecho¹²³. Claro que resulta necesario que

¹²¹ DUDH, art. 11: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".

¹²² ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo II, Edino, Guayaquil, 2004, pp. 379-380.

¹²³ La CNJE en su publicación *Ratio Decidendi Obiter Dicta – Sentencias 2012-2013 – Fallos de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito*, se refiere a la vulneración del debido proceso por intervención del defensor público (pp. 394-397) en la Resolución N.º 728-2013, del

el defensor designado tenga un vasto conocimiento en materia penal, pues de no ser así también le estaría colocando en indefensión, por lo que, en este último caso, los juzgadores tienen la obligación incluso de suspender una audiencia, a falta de una defensa técnica, para que luego de nombrar a otro, se prosiga con el íter procesal.

La Defensoría Pública es una institución autónoma, sin embargo, forma parte de la función judicial y tiene como finalidad prestar asesoramiento técnico jurídico en las diferentes áreas del Derecho. Los defensores públicos son designados mediante concursos de méritos y oposición y una vez que se encuentran en funciones, son capacitados de manera continua y permanente en materias específicas, para garantizar el derecho de defensa; además, es inminente que estos empleados públicos a más del conocimiento jurídico en una materia determinada, deben tener valores, siendo los más importantes, la honorabilidad, honradez, solidaridad y transparencia en cada una de sus actuaciones. Por lo indicado, la autoridad nominadora debe buscar mecanismos legales adecuados que permitan una selección de los mejores ciudadanos para que cumplan con esta función pública.

En cuanto a las circunstancias de tiempo y momentos procesales de la defensa, la CIDH determinó, por sentencia de 12 de noviembre de 1997, que Ecuador violó el derecho a las garantías judiciales, específicamente a la defensa, de la siguiente forma: “Debido a su incomunicación durante los primeros 36 días de su detención, el señor Suárez Rosero no tuvo la posibilidad de preparar debidamente su defensa, ya que no pudo contar con el patrocinio letrado de un defensor público y, una vez que pudo obtener un abogado de su elección, no tuvo posibilidad de comunicarse en forma libre y privada con él. Por ende, la

Juicio N.º 766-2011, de 20 de junio de 2013, en un recurso de Casación por tráfico ilícito de estupefacientes, señala: “...Ratio decidendi-Razón de la decisión: Violación del debido proceso por intervención del defensor público. Ratio decidendi: El Tribunal de casación solo puede analizar si la inaplicación del principio constitucional contenido en el art. 76 de la Constitución afectó el derecho a la defensa, pero como no se indica qué norma sustantiva o adjetiva es violada, no se puede concluir que se ha afectado el derecho reclamado. Además, la presencia del defensor público sirvió para garantizar la defensa del acusado, su actuación es plenamente compartida por la defensora particular, quien se vale de los mismos argumentos del defensor público; por tanto, no se puede concluir que existió diferencia en la defensa o que se ocasionó indefensión. Extracto del fallo: “(...) entre la defensa técnica realizada por la defensora particular del recurrente y la fundamentación del recurso de apelación realizada por el Defensor Público, se argumentó ante el Tribunal de Apelación los mismos elementos de defensa, se siguió la misma línea argumentativa y las mismas objeciones al fallo de primera instancia... A criterio de este Tribunal de Casación, dentro de la sentencia impugnada, no se evidencia una afectación al derecho a la defensa del recurrente establecido en el art. 76 numeral 7, literal a) de la Constitución de la República del Ecuador (...)”.

Corte considera que el Ecuador violó el art. 8.2.c, 8.2.d y 8.2.e de la Convención Americana¹²⁴.

La defensa técnica a más de ser eficiente, debe ser oportuna, pues no puede efectivizarse la designación de abogado después de haberse transitado por una o más etapas procesales, porque ello significa dejarle en indefensión. También puede suceder que el defensor público designado por el juzgador, no sea un experto en materia penal o no cuente con la preparación que exige la complejidad del caso. Por todo ello, corresponde a los jueces la obligación de explicarle al procesado que puede contar con un defensor público para que asuma su defensa, así como el derecho que tiene para sustituirlo por un abogado de su confianza y libre elección.

4.3.4. Derecho a un pronunciamiento oportuno por parte del juzgador

Al resolver litigios, los jueces crean Derecho y en este contexto deben centrarse como punto de encuentro entre el reclamo y la oferta efectiva de protección judicial¹²⁵. La resolución de la controversia puesta en conocimiento del juez, es uno de los fines del proceso, al cual está obligado a llegar a través del respeto al debido proceso, a las garantías y derechos de las partes procesales, porque solo ello permite transparentar la administración de justicia en materia penal donde se ponen en juego uno de los derechos más preciados del ser humano, como es la libertad individual; razón por la cual, no existe la posibilidad de equivocación del juzgador, en contra de una persona procesada que no es penalmente responsable.

El pronunciamiento judicial debe ser oportuno y cumplir con ciertos estándares para su validez y eficacia, demostrando una correcta aplicación del Derecho. Para que pueda cumplirse con la tutela judicial efectiva, es imprescindible contar con pronunciamientos judiciales oportunos que se encuentren sustentados en principios internacionales de protección de derechos humanos, principios y garantías constitucionales, así como en normas legales debidamente establecidas dentro del marco legal vigente, pues el juzgador debe cuidar que exista congruencia entre los antecedentes de hecho y la correcta aplicación del Derecho, por medio de la utilización de una argumentación lógica,

¹²⁴ CIDH, caso Suárez Rosero, Sentencia del 12/11/1997, párrafo 84.

¹²⁵ BOAVENTURA DE SOUSA Santos, *Derecho y Emancipación*, V&M Gráficas, Quito, 2012, pp. 221-228.

que evidencie una correcta motivación¹²⁶ y muestre respeto por el derecho de las partes procesales a obtener una sentencia fundamentada.

De esta manera el juez demuestra una efectiva aplicación del Derecho y se limita cualquier supuesto de posible arbitrariedad en la que podría incurrir, al mismo tiempo que la correcta motivación de sus decisiones le concede mayor credibilidad. Ello demanda del juzgador una adecuada formación técnica y en valores como ser humano, así como también que esté dotado de una trayectoria y experiencia en la materia que garantice su mayor probidad en el desempeño de sus funciones.

Las resoluciones de los jueces tienen que ser dictadas en un tiempo razonable, es decir, dentro de los plazos que establece la ley, y de no encontrarse regulados dichos plazos, el juzgador debe cumplir con el principio constitucional de celeridad, a fin de que las partes tengan una respuesta oportuna y, de esa forma, se respeten los derechos fundamentales de la víctima y del procesado. El despacho inoportuno de las causas en materia penal genera consecuencias que son irreversibles, porque puede suceder que el procesado se encuentre privado provisionalmente de la libertad y que luego de un tiempo excesivo en esa situación cautelar, se dicte a su favor auto de sobreseimiento o sentencia que ratifique el estado de inocencia; situación que le daría el derecho a reclamar al Estado el pago de los correspondientes daños y perjuicios, así como podría ejercer la acción de repetición en contra de los jueces y otros operadores de justicia que intervinieron en esa causa.

4.3.5. La prueba en el proceso penal

PARRA QUIJANO al referirse a la prueba expresa que "...se puede decir que la prueba es inútil cuando sobra por no ser idónea, no en si misma, sino con relación a la utilidad que le debe prestar al proceso, ya que éste sólo puede recaudar las pruebas necesarias para el pronunciamiento del fallo. Si nos valiéramos de una metáfora, podríamos decir que el proceso debe consumir las pruebas que le sean absolutamente necesarias para pronunciar el fallo y que no puede darse el lujo de recaudar pruebas que sobren, superfluas, redundantes o corroborantes, cuando esto no sea absolutamente necesario."¹²⁷

¹²⁶ Cfr. Artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el R.O. S. N.º 544, de 9 de marzo de 2009.

¹²⁷ PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio, Décimo octava edición, ampliada y actualizada*, segunda reimpresión, Librería Ediciones del Profesional Limitada, Bogotá, 2014, p. 148.

El autor de esta investigación comparte el criterio del tratadista referido en el párrafo anterior, por cuanto efectivamente la prueba que debe aportarse a un proceso penal a más de ser idónea y jurídicamente válida debe ser pertinente y útil, para los operadores de justicia y los jueces que tienen la obligación de valorarla en su conjunto, siendo la finalidad fundamental la de llegar a establecer la verdad material cuando sea posible conseguirla, o la verdad procesal, para en base a ella dictarse la sentencia que corresponde en derecho.

Según la legislación ecuatoriana, en un primer momento le corresponde al fiscal buscar los elementos de convicción de cargo y de descargo en dichos un proceso penal, para que elementos se conviertan en pruebas en la audiencia de juicio, donde deben someterse a los principios de inmediación y contradicción, es decir que las pruebas que han sido oportunamente anunciadas deben ser solicitadas, ordenadas, practicadas e incorporadas en la referida etapa procesal.

El art. 76.4 de la CRE regula respecto de las pruebas que al haber sido obtenidas al margen de la Constitución y de la ley, no tienen valor jurídico alguno y en consecuencia carecen de eficacia probatoria. Es por esto que los sujetos procesales deben solicitar las pruebas en base estrictamente a lo que dispone el marco jurídico vigente en el país, sin contravenir ninguna de sus reglas, para que de esta forma, surtan el efecto legal dentro del proceso penal, considerando que tanto el fiscal, la acusación particular y la defensa técnica del procesado tienen la posibilidad jurídica de presentar las pruebas de cargo y de descargo, a fin de que antes de resolver la causa los juzgadores las valoren en base a las reglas de la sana crítica, esto es en base a su experiencia, la sana crítica y su criterio jurídico, siendo fundamental en todo proceso judicial de carácter penal llegar a establecer tanto la existencia de la infracción, como la responsabilidad del procesado, siendo esencial que las pruebas establezcan en nexo causal entre los dos presupuestos jurídicos anteriormente mencionados.

En este tenor, si bien es cierto que al juzgador le corresponde valorar las pruebas en base a las reglas de la sana crítica, como los criterios de valoración tienen que basarse en la legalidad, autenticidad, cumplimiento de la cadena de custodia, y al grado de aceptación científica y técnica en las cuales se fundamentan los peritos para emitir sus informes en las experticias encomendadas por el fiscal que es el titular del ejercicio público de la acción.

Sobre este mismo aspecto, el art. 76.7.h de la CRE, en concordancia con el art. 5.13 del COIP, de manera expresa manifiestan que el derecho a la defensa también implica que los sujetos procesales tienen la facultad de presentar

pruebas y contradecir las que se presenten en su contra, con lo cual se materializa el principio de contradicción, ya sea que dichas pruebas sean testimoniales, documentales y periciales, considerando que existen testimonios propios, del procesado y de la víctima, en tanto que los documentos pueden ser públicos o privados y finalmente las pruebas periciales tienen relación directamente con el resultado de la infracción y con los instrumentos con los que se la comete, prueba material que debe seguir la respectiva cadena de custodia, para que tengan eficacia probatoria.

Los sujetos procesales, tienen la obligación de actuar bajo los principios de buena fe y lealtad procesal, sin que se acepte actuaciones dolosas que induzcan al juzgador a error, porque de no actuar de esta forma caerían en un tipo penal, denominado fraude procesal, tipificado y sancionado en el art. 272 del COIP, entre otros aspectos, cuando el sujeto activo del delito oculte o altere las pruebas, dentro de un proceso judicial, en cuyo caso los infractores sufrirán una pena privativa de libertad de uno a tres años y una multa de cuatro a diez salarios básicos unificados del trabajador en general como dispone el art. 70.6 del referido cuerpo legal.

En este contexto, es preciso señalar que la prueba en materia penal, tiene como finalidad fundamental, la de lograr el convencimiento al juzgador respecto del presupuesto fáctico, sus circunstancias que lo rodean y la responsabilidad del sujeto activo del delito, como dispone el art. 453 del COIP. El anuncio y práctica de pruebas en el proceso penal se sujetarán a principios fundamentales, entre los cuales se puede mencionar: oportunidad, intermediación, contradicción, libertad probatoria, pertinencia, exclusión, igualdad de oportunidades, los cuales garantizan el debido proceso respecto de la solicitud, la orden, la práctica y la incorporación de cada una de las pruebas obtenidas de acuerdo con el marco jurídico vigente en el país

4.3.6. La presunción de inocencia del procesado

La doctrina, la jurisprudencia, así como las normas jurídicas nacionales como internacionales, garantizan la presunción de inocencia del procesado, desde que se inicia una investigación de carácter penal, es decir en la investigación previa que la dirige exclusivamente el fiscal, en las etapas del proceso penal, que son la instrucción, la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio y la audiencia de juicio, les corresponde a todos los operadores de justicia reconocer y garantizar la presunción de inocencia del sujeto activo de la infracción, y en el caso de que

se impugne la sentencia de primera instancia ya sea a través de los recursos de apelación y casación, ese estatus de presunción de inocencia se mantiene vivo y solo cuando el juzgador dicte una sentencia condenatoria y esta se encuentre ejecutoriada, el sentenciado perderá esta garantía de carácter supranacional.

GARCÍA FALCONÍ, al referirse a la presunción de inocencia del procesado, expresa que: "... el desarrollo de la presunción de inocencia no ha estado exento de avatares incluso de la negación sistemática de la misma, tanto por postulados teóricos, como por realidades legislativas que responden actualmente a una perspectiva ultra punitivista, que bajo el rótulo de la "seguridad ciudadana", se ha empeñado fundamentalmente en limitar hasta lo irracional las garantías procesales y en negar la presunción de inocencia que ampara a toda persona sometida a proceso penal..."¹²⁸.

Estamos de acuerdo con el criterio de GARCÍA FALCONÍ, por cuanto efectivamente la garantía máxima que tiene un ser humano es la de que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe lo contrario, en consecuencia, ninguna normativa jurídica será dictada por el legislador, en franca violación de esta garantía que no nace únicamente de la CRE, sino de los convenios internacionales de derechos humanos, en base a cuya normativa supranacional deben actuar los juzgadores en cada uno de los casos puestos a su conocimiento y resolución.

En la misma línea PÉREZ-CRUZ MARTÍN, al referirse a la presunción de inocencia, expresa que: "De los puntos como contenido específico de este derecho fundamental a la presunción de inocencia, deberá examinarse sí, prescindiendo del grado de seguridad que el Juez tenga sobre el acierto de su convicción, ese método ha llevado a una certeza objetiva sobre la hipótesis de la acusación. No porque se demuestre una verdad indiscutible de las afirmaciones que funda la imputación. Sino porque, desde la coherencia lógica, se justifique esa conclusión, partiendo de proposiciones tenidas indiscutiblemente por correcta".¹²⁹ El mismo tratadista sobre el tema en estudio expresa que "... pues si solo la presunción de inocencia se entiende como una garantía más del proceso, su lugar debía ser la ley procesal y no la Constitución a la que se dejaba el

¹²⁸ GARCÍA FALCONÍ, Ramiro, "El Derecho a ser presumido inocente o Principio de Inocencia, desde una aproximación histórica", en AA.VV., *Temas Fundamentales del Derecho Procesal Penal*, tomo I, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2011, p. 206.

¹²⁹ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín, "Contenido y Alcance de la Presunción de Inocencia", en AA.VV., *El proceso penal. Derechos y Garantías en el proceso penal*, tomo I, Ara Editores, Lima, 2014, p. 73.

derecho de acceso a los tribunales, o el principio de legalidad penal, o el de separación de poderes y la exclusividad de jurisdicción, como de hecho era.”¹³⁰

Por lo expresado anteriormente la presunción de inocencia debe ser garantizada por el juzgador, ya que es una figura jurídica de carácter procesal, pero que nace de la norma suprema y de los convenios internacionales de derechos humanos, razón por la cual debe ser estudiada y analizada en su contexto, a fin de que cada uno de los operadores de justicia tenga una concepción clara y precisa y de esa forma garanticen su plena vigencia, tesis que se la debe mantener hasta cuando el juzgador dicte una sentencia condenatoria y aquella se encuentre ejecutoriada, momento procesal en el cual la persona procesada recién pierde ese estatus de orden jurídico.

En este orden de ideas, el art. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los cuales el Ecuador es parte, en razón de haber sido suscritos, aprobados y ratificados por los organismos públicos correspondientes, garantizan la presunción de inocencia de toda persona acusada de la comisión de un delito, mientras no se pruebe lo contrario, esto es que los organismos jurisdiccionales competentes dicten una sentencia condenatoria y ésta se encuentre debidamente ejecutoriada.

En lo que respecta a la legislación vigente en el país, el art. 76.2 de la CRE, siguiendo el mismo criterio jurídico de los convenios internacionales de derechos humanos antes referidos, de manera expresa manifiesta que se presumirá la inocencia de toda persona, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia, debidamente ejecutoriada.

En este mismo sentido, la normativa legal vigente en el país, hace referencia a los principios rectores que son propios de materia penal, así el art. 5. 4 del COIP, regula esta garantía en conformidad con la normativa jurídica anteriormente analizada, considerando que la inocencia es parte intrínseca de cada persona y que tiene relación directa con los derechos humanos, los cuales no pueden ser vulnerados, por ningún ordenamiento jurídico.

¹³⁰ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín, “El Reconocimiento Constitucional e Internacional de la Presunción de inocencia”, en AA.VV., *El proceso penal. Derechos y Garantías en el proceso penal*, tomo I, Ara Editores, Lima, 2014, p.60.

4.4. El principio de legalidad y la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal

La obligatoriedad del ejercicio de la acción penal le corresponde al Estado, a través de la FGE, organismo que inicia las investigaciones de los delitos que llegan a su conocimiento, siempre que las infracciones estén previamente tipificadas y sancionadas en la ley penal, lo cual debe ser analizado por el fiscal. El principio de legalidad contiene una orden general a todos los organismos estatales encargados de la persecución de delitos, de acabar con la criminalidad, a través de sus autoridades competentes; así el Estado está obligado a mantener el Derecho y a restablecer la justicia y a hacerlo, en cada caso concreto, a través del ejercicio del poder punitivo estatal¹³¹.

La obligatoriedad de la acción penal presupone el hecho de que en cuanto la FGE tiene conocimiento de la comisión de una infracción penal del ejercicio público, debe iniciar los procedimientos legales pertinentes, pues es preciso destacar que tanto la investigación como el ejercicio estricto de la acción penal, están marcados por la legalidad procesal; regulación que limita las potestades del fiscal como titular del ejercicio público de la acción, ya que la ley determina cada uno de los procedimientos específicos que deben seguirse, pudiendo ser el ordinario, la aplicación de algún procedimiento especial como el directo, abreviado, suspensión condicional de la pena o en particular la aplicación del principio de oportunidad.

La ley penal, inclusive, puede ordenar la omisión de alguna de estas fases bajo determinados supuestos previamente establecidos, como es la aplicación del principio de oportunidad. Al respecto, es preciso aclarar que el proceso debe ser iniciado por el fiscal mediante el ejercicio de la acción penal y culminará según la forma que el propio ordenamiento adjetivo disponga, existiendo la posibilidad jurídica de que en la investigación previa o una vez iniciado el proceso penal, a petición del titular del ejercicio público de la acción, se aplique el principio de oportunidad por parte del juzgador. En Ecuador, dicho principio es de carácter reglado y, consecuentemente, solo procede en los casos que expresamente determina la ley; pero, las normas jurídicas no son las adecuadas en tanto violan muchos principios del debido proceso, así como derechos y garantías de los justiciables.

¹³¹ PERDOMO TORRES, Jorge, *Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico – penales, y su regulación en el derecho procesal penal colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 26.

Si bien en el sistema penal ecuatoriano existen los principios de obligatoriedad y legalidad para el ejercicio de la acción penal, también se pone en evidencia una diversidad de otros espacios en la regulación adjetiva penal que permiten al fiscal abandonar o suspender la persecución discrecionalmente y además atenuar el rigor de la persecución penal; espacios o artilugios procesales que son reconocidos como muestra del principio de oportunidad, cual mecanismo de política criminal.

4.5. La búsqueda de soluciones rápidas en la Administración de Justicia penal y sus efectos jurídicos

Las soluciones rápidas en la administración de justicia, específicamente en el proceso penal, producen ciertos efectos liberadores a tal punto que pueden llegar a evitarlo, bien en fase pre procesal o ya en el propio *íter* procesal, pero siempre en aras de resolver el conflicto penal entre el procesado y la víctima. Para la culminación “anómala” del proceso o, incluso, para su no iniciación, se arriba a eventuales acuerdos o sometimiento a procedimientos especiales, en la búsqueda de la satisfacción del interés general o público y de restablecer la situación jurídica anterior al hecho delictivo y el interés particular, con la consiguiente reparación del daño ocasionado a la víctima. De esta forma, la justicia restaurativa logra una armonía social, ya que las partes se ponen de acuerdo sobre cómo tratar la situación creada por la ofensa surgida y las acciones al respecto, restaurándose el conflicto generado¹³².

Al respecto, resulta válido enfatizar que el legislador siempre piensa en el bienestar de la colectividad y las normas jurídicas las dicta acorde con la realidad social, cultural, política y económica, a fin de garantizar los derechos de las personas y, al hacer referencia al Derecho Penal, su misión es la de proteger los bienes jurídicos legalmente consagrados, con la clara consideración de que las conductas humanas deben estar previamente tipificadas y sancionadas en la ley, para que constituyan infracciones, ya sean delitos o contravenciones; pero, lo más importante es la concesión de pronta protección frente a dichas infracciones.

La búsqueda de alternativas para atenuar la lentitud intolerable, aunque necesaria, de todo proceso ordinario de cognición ha sido tradicionalmente uno de los grandes desafíos que han tenido que enfrentar los estudiosos del Derecho procesal. En este sentido, expresiones tales como “acceso a una tutela judicial

¹³² SUANZES PÉREZ, Fernando, *La justicia restaurativa: Normativa actual en el ámbito de la jurisdicción de menores*. El proceso en el siglo XXI y soluciones alternativas, ISBN 84-8355-035-0, Santiago de Compostela, 2006, pp. 3313-3315.

efectiva”, “protección judicial en tiempo razonable”, “vías expeditas de acceso a la justicia”, “fórmulas alternativas” y otras similares, devienen en cuestiones de primer orden en la reestructuración del proceso actual.

Frente a esta realidad se han creado una serie de figuras jurídicas procesales en materia penal, que permiten ofrecer una expedita solución al litigio, respetándose el debido proceso y siempre precautelando los derechos del procesado y de la persona que sufre el gravamen como consecuencia de la comisión del delito. Si bien es cierto que existe una norma procesal de carácter general que establece las reglas para la tramitación de un proceso diseñado en diferentes etapas a cumplir -en las que se incluyen además los recursos¹³³ que franquea la ley como parte del proceso penal-, también es cierto que los tratadistas del Derecho Penal se han pronunciado a favor de que los órganos legislativos de los diferentes países del mundo, adopten mecanismos procesales eficaces y, de manera especial, que tributen a la solución de conflictos con alternativas al juzgamiento o con decisiones anticipadas, cuya instrumentación se encauza por procedimientos especiales, distintos al ordinario.

El pensamiento del ser humano analiza aspectos hipotéticos que pueden darse en un momento histórico de la existencia de la sociedad, pero siempre está atento a alcanzar el buen vivir de todos sus miembros y, en tal circunstancia, en muchos países se ha estudiado -e incluso legislado- sobre la justicia penal restaurativa ya que la víctima centra su empeño en que le reparen el daño ocasionado, mientras que el sospechoso o procesado en muchos casos desea hacer la reparación integral a la víctima.

Así, por ejemplo, si un individuo comete el delito de hurto de un computador en contra de otra persona que utiliza dicho bien mueble como un medio o instrumento para cumplir su labor diaria, lo que busca de manera inmediata es que el procesado le devuelva el objeto sustraído, mientras que el involucrado en la comisión del delito, al haber sido sorprendido en delito flagrante, admite el

¹³³ Además de los medios ordinarios de impugnación a cargo de cualquiera de los intervinientes en el proceso, existe la posibilidad del sentenciado que recibió una condena en su contra, de proponer el recurso extraordinario de revisión; recurso que se puede interponer en cualquier tiempo, lo que puede prorrogar de manera indefinida la decisión definitiva de la causa. También, en el orden constitucional, están presentes dos clases de control: el de legalidad, que es función exclusiva de la Corte de Justicia de Casación cuando en la sentencia de segunda instancia se ha violado la ley, ya sea por vulneración expresa de su texto, indebida aplicación o errónea interpretación; y, el de constitucionalidad, cuya competencia le corresponde a las cortes o tribunales constitucionales, con la finalidad de dejar sin efecto una sentencia ejecutoriada dictada por la administración de justicia ordinaria, cuando se ha violado un derecho que se encuentra garantizado por los convenios internacionales de derechos humanos o las normas constitucionales.

hecho y desea devolver a su propietario o tenedor el bien materia del delito, en cuyo caso se aplicará la suspensión condicional de la pena en el caso de ser sentenciado el procesado o se utilizan otras soluciones rápidas, como pudiere ser alguno de los procedimientos especiales previstos en la ley rituarial ecuatoriana -tales como el expedito, abreviado y el directo- o un mecanismo alternativo de solución de conflictos o la utilización del principio de oportunidad. Cualquiera de estas opciones puede resultar valedera, corresponde a los operadores de justicia determinar la figura jurídica más apropiada desde el punto de vista procesal y acorde a las circunstancias concretas del caso.

En este orden, deviene necesario puntualizar que el proceso penal se encuentra regulado por normas jurídicas que permiten su desarrollo de manera secuencial y lógica, en razón de que las partes puedan ejercer sus derechos, y para ello se requiere, habitualmente, de un tiempo prudencial de preparación que -en los casos de mayor complejidad- puede ser descomedidamente prolongado. Por ello, el legislador pondera en qué casos hay que potenciar la técnica jurídica y los medios de defensa y en cuáles se le ha de conceder prevalencia a la expedita protección, sin desdeñar las garantías intrínsecas a cualquier modalidad procesal.

De esta forma, para que las normativas adjetivas logren ese cometido han de dibujar diferentes cauces procesales con específicos objetivos. Precisamente, en Ecuador se encuentra regulado un procedimiento genérico y amplio, denominado ordinario, que comienza con la instrucción fiscal donde la dirección de la investigación es dirigida por el fiscal y su finalidad es buscar elementos de cargo y descargo para determinar la verdad procesal o material; luego en la audiencia preparatoria de juicio los operadores de justicia debaten sobre asuntos de procedimiento, procedibilidad, competencia y prejudicialidad, para que en su parte final sobre la base de la acusación fiscal, el juzgador decida sobre la presunción de participación o no del procesado en la comisión del ilícito penal, es decir, que dicta de manera verbal el auto de llamamiento a juicio si existen los elementos de convicción para determinar la existencia de la infracción y la participación del procesado; caso contrario, y de no sostener la acusación el fiscal, se dicta auto de sobreseimiento.

Lo verdaderamente sustancial en este trámite ordinario, es la audiencia de juicio en la que se solicita, ordena, practica e incorpora la prueba, por parte de los sujetos procesales, que luego será valorada por los juzgadores en atención a las reglas de la sana crítica, para finalmente dictar la sentencia que corresponda,

de manera verbal en la propia audiencia pública. La sentencia dictada por el *iudex a quo* puede ser impugnada a través de los recursos que de manera clara se encuentran establecidos en la ley, con la consiguiente lasitud que ello acarrea.

Esta modalidad ordinaria de cognición no resuelve en un plazo razonable, es decir, en cumplimiento del principio de celeridad y hay que atender a que tanto la víctima como el procesado aspiran a que su situación jurídica se solucione a tiempo; razón por la cual no resulta el idóneo cuando lo buscado es la expedita protección, pues tiende al otorgamiento de una justicia tardía, lo que constituye un sinónimo de injusticia e incluso de impunidad, con lo que quedan burlados los derechos de la víctima y el *ius puniendi*.

Queda con ello evidenciado que la eficacia pasa a un segundo plano, en pos de la técnica y los medios de defensa que le obligan a ser lento y rígido en lo relacionado con las posibilidades de acción, quizá por un mal entendido principio de legalidad, y para superar estos cuestionamientos se introducen cambios en el sistema procesal penal. Modificaciones que buscan una respuesta estatal más completa, humana y eficaz y, en su virtud, suprimen procedimientos, actuaciones y prácticas engorrosas, tomando en cuenta que existen normas inadecuadas que se aplican por pura inercia, lo que genera desgaste del sistema y desaprovechamiento de los recursos¹³⁴. Para que el proceso penal permita la concreción material de la administración de justicia, ha de contemplar diseños ágiles, orales y transparentes, que consideren los adelantos tecnológicos y científicos y que permitan responder a los nuevos conflictos jurídicos producidos en materia penal, como forma de garantizar una tutela judicial efectiva.

La nueva normativa jurídico procesal ecuatoriana ha repasado el perfeccionamiento de sus procedimientos, con previsiones de soluciones rápidas, tales como: el abreviado, directo, expedito y pena natural, y ha instrumentado la factibilidad de mecanismos alternativos de solución de conflictos (conciliación); pero, para ello, tanto los fiscales como los jueces han de actuar con eficiencia en pro de la justicia oportuna tan anhelada por los miembros de la sociedad, porque la situación jurídica de la víctima y del procesado debe tener una respuesta basada en la normativa jurídica vigente en un país determinado.

La credibilidad del sistema judicial pasa, en primer lugar, porque existan estas posibilidades *ex lege* que le permitan al juzgador “acomodar” la solución de la litis a las circunstancias concretas del caso en análisis y a las características

¹³⁴ DURBÁN SICILIA, Luis, *Mediación*. “Oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal”, en *Revista La Ley*, N.º 73, julio de 2010, Editorial La Ley, Madrid, 2010, pp. 1-2

personales de los sujetos intervinientes. En segundo lugar, resulta vital que los jueces estén altamente capacitados en áreas específicas, gocen de solvencia moral y tengan atenciones diferenciadas y casuísticas, en razón de su independencia e imparcialidad como principios informadores de actuación. De ahí la importancia de la innovación de procedimientos especiales a través de las reformas continuas y permanentes de la normatividad jurídica y de una capacitación de los operadores de justicia que garanticen los derechos de los justiciables.

Por todo ello, el legislador se ha visto en la obligación de dictar normas procesales pertinentes, que regulen otros procedimientos distintos al ordinario¹³⁵, entre los cuales se puede mencionar:

— Antes de iniciarse el proceso penal resulta necesaria una investigación previa en la búsqueda de elementos de convicción de cargo y de descargo, para llegar a establecer si se ha cometido un delito del ejercicio público de la acción y si existen los fundamentos de certeza necesarios como para iniciar un proceso penal. De no existir suficientes elementos de convicción en cuanto a la posible punición de los hechos, el fiscal le solicitará al juez el archivo de la investigación y será el juzgador quien acepte dicha petición; decisión que permite “oxigenar” la administración de justicia en materia penal.

— El procedimiento especial abreviado, que en su contextualización consiste en resolver la situación jurídica de la víctima y del procesado desde el inicio de la instrucción fiscal hasta la audiencia preparatoria de juicio y consiste en que el procesado de manera verbal o por escrito cumpla con tres requisitos fundamentales: que el tipo penal prevea como límite máximo del marco sancionador la pena de diez años de privación de libertad, que el procesado admita el hecho que se le atribuye y que su abogado defensor acredite que le dio el asesoramiento adecuado a su cliente a fin de que tenga una comprensión total de lo que significa el procedimiento abreviado y sus efectos jurídicos. Todo se debe realizar en una sola audiencia, donde el juzgador de negar la aplicación de este procedimiento, dispondrá que se siga con el trámite ordinario y de aceptarlo tiene la obligación de resolver conforme a Derecho. De manera amplia y detallada se hará un estudio y análisis de este procedimiento desde el punto de vista doctrinal, de los convenios internacionales de derechos humanos, la CRE y las leyes.

— El procedimiento directo, que es procedente solo en delitos flagrantes siempre que cumpla con los requisitos que expresamente están regulados por la

¹³⁵ A lo que se le dedica detallada mención en el Capítulo IV. Vid. *Infra*.

ley rituarial penal. Su finalidad es resolver el caso concreto en una sola audiencia en la que se concentran todas las etapas del proceso penal; es decir, que en un primer momento se discute sobre el saneamiento del proceso, para luego practicarse e incorporarse la prueba y los alegatos, valorar la prueba por parte del juzgador y dictar sentencia.

— El procedimiento expedito, que se basa en la oralidad y su desarrollo será también en audiencia única; pero el legislador, sobre la base de la doctrina jurídico penal, ha establecido que se aplica exclusivamente para conocer y resolver asuntos contravencionales, en respuesta a una necesidad social, política y económica determinada de “despenalización” de estos supuestos. Procedimiento eficaz que permite resolver las controversias en un plazo razonable, en cumplimiento del debido proceso y que se aplica en supuestos de contravención ordinaria, de tránsito o intrafamiliar, con jueces especializados para conocer y resolver cada una de ellas.

— La suspensión condicional del procedimiento, que -sin que medie sentencia- se ofrece al procesado la alternativa de que satisfaga ciertas condiciones legales impuestas por el juzgador y luego de su cumplimiento se procede a archivar el proceso; con la aclaración de que procede su aplicación únicamente en delitos menores. En la legislación ecuatoriana esta figura procesal ha sido eliminada y se ha establecido otra denominada suspensión condicional de la pena en delitos sancionados hasta con cinco años de pena privativa de libertad, pero, en este caso, sí se dicta una sentencia condenatoria, la que con posterioridad es suspendida y subsidiada por el cumplimiento de una condición diferente a la privativa de la libertad del sentenciado.

La conciliación o acuerdo reparatorio, donde las partes llegan a un compromiso satisfactorio para todos y, consecuentemente, el fiscal y el juzgador han de acoger dicha decisión voluntaria y oportuna dentro del proceso penal, pero también en atención a que se trate de delitos de bagatela que no afecten al interés público ni del Estado¹³⁶. Desde que se presenta la denuncia puede llegarse a la negociación y, de alcanzarse un acuerdo, el juez ya no intervendrá, sino para registrar u “homologar” el resultado convenido por las partes. Cualquier análisis de la fecha permite determinar si el acuerdo aparece temprano o tarde y en este contexto las disputas legales de negociación pueden tomar la

¹³⁶ Supone lo que, en otras materias, se conoce como disponibilidad y va asociado a una “privatización del Derecho”, pues extrae de manos del juzgador la posibilidad –en el entendido de potestad- de castigar un hecho que es punible, pero que no ostenta relevancia en el orden público.

forma de ofertas y contraofertas que se las realiza antes de la decisión del tribunal, por lo cual los acuerdos rápidos reflejan el deseo de evitar los costos de negociación y el efecto del plazo es el deseo de mantener su credibilidad y el compromiso tiene un carácter de vinculante para las partes¹³⁷.

La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos¹³⁸ y una institución jurídico-procesal que tiene más afinidad al principio de oportunidad; método que se basa en el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del procesado. Tiene la finalidad de reparar el daño ocasionado al ofendido y procede en delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años, delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte ni de lesiones graves que ocasionen incapacidad permanente, pérdida o inutilización del algún órgano y delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados, como de manera expresa dispone el art. 663 del COIP. Se trata de un procedimiento que se rige por los principios propios de la conciliación, entre los cuales tenemos: voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad. Consecuentemente la conciliación, es una forma de alcanzar la materialización de la justicia restaurativa, donde se privilegia la celeridad en la resolución del conflicto, la descongestión de las causas de fiscales y jueces, la no imposición de una pena privativa de libertad al procesado y la reparación integral a la víctima.

La pena natural y el principio de oportunidad constituyen los mecanismos más eficaces en la Administración de Justicia penal, ya que son dos figuras jurídicas que evitan el inicio de la investigación o del proceso penal. En caso de haberse iniciado, puede implementarse cualquiera de estos procedimientos rápidos. El fiscal y el juez, con observancia de los derechos de la víctima, adoptan alguna de estas alternativas que si bien es cierto que se apartan del principio de legalidad, garantizan lo más sublime de las personas, que es la paz social y, como consecuencia, las buenas relaciones humanas. Por supuesto que ello requiere de reglas claras y acordes a un Estado constitucional de derechos y justicia, tal y como se preconiza en Ecuador; pero al no ser esa la realidad jurídica, es indispensable desarrollar un modelo de aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal.

¹³⁷ DEFFAINS, Bruno y Myriam DORIAT, *The Dynamics of Pretrial Negotiation in France: Is There a Deadline Effect in the French Legal System?*, University of Nancy 2, Nancy, Elsevier, France, 2000, pp. 447-449.

¹³⁸ Cfr. art. 665 del COIP.

GARGARELLA, con respecto a las soluciones rápidas, menciona que la finalidad del proceso penal no es encerrar a alguien por años en la cárcel para evitar el riesgo que representa en la sociedad y tampoco en espera de que se arrepienta y que cambie¹³⁹.

El Derecho Penal evidentemente es punitivo y lo que busca es garantizar el bien jurídico protegido de la víctima y sancionar al responsable del ilícito cometido, pero es necesario reflexionar en el sentido de que la pena privativa de la libertad que se le imponga al sentenciado debe ser en un momento oportuno y para ello se requiere de procedimientos eficaces, entre los cuales tenemos los que permiten las soluciones rápidas de los conflictos, como se dejó anotado anteriormente. Se trata de que no solo es necesario que los justiciables tengan acceso a la justicia, sino que esta se efectivice en un plazo razonable donde se decida su situación jurídica, ya sea ratificando el estado de inocencia o condenando.

En el caso de que se dicte sentencia condenatoria, el juzgador debe imponer una pena con sustento en el principio de proporcionalidad, o sea, en atención al tipo o connotación del bien jurídico protegido y al daño sufrido por parte de la víctima, sin imposición de penas privativas de la libertad que pueden convertirse en cadena perpetua pues sabido resulta que en los centros carcelarios no se logra una rehabilitación integral del infractor, sino que más bien el sancionado se convierte en un rebelde social como consecuencia de la “etiqueta” que constituye su pasado judicial y de las violaciones a los derechos humanos que devienen inherentes a las penas carcelarias.

El Derecho Penal está en constante cambio, evolución, siempre adaptándose a la realidad económica, política y social a la que se debe, por lo que el legislador - creador de leyes sabias- ha de acoger los criterios de los grandes juristas de esta sede y propiciar la implementación de mecanismos jurídicos que eviten el enjuiciamiento de los infractores o su encarcelamiento. Por esta razón se han regulado procedimientos –en los que se insiste con detenimiento- que no permiten ni siquiera el inicio de un proceso penal y, por ende, no se impone sanción al sospechoso, entre los cuales tenemos:

a) La pena natural que se aplica en casos expresamente determinados en la ley, así por ejemplo cuando el padre que conduce su vehículo, viajando consigo su hijo de pocos años de edad, sufre un accidente de tránsito por falta de observancia del deber objetivo de cuidado y resulta como consecuencia el

¹³⁹ GARGARELLA, Roberto, *De la injusticia penal...cit.*, p. 260.

fallecimiento de su hijo. En este caso la naturaleza ya le impuso una sanción al autor de la infracción de tránsito, que es el dolor que sufre un padre que nunca olvidará la muerte de su familiar íntimo, por lo que la justicia humana no le debe imponer otra sanción que signifique privación de libertad individual, en el entendido de que no existe ninguna más severa que la natural;

b) El principio de oportunidad, en cuya virtud el fiscal decide no iniciar la investigación o si ya está el proceso en instrucción, considera su pedido de aplicación del principio al juzgador y con ello se consigue la extinción de la acción y el archivo de la investigación o proceso, siempre en los específicos supuestos que permite la ley;

c) Entre otros mecanismos de soluciones rápidas, que van por la misma línea de las figuras jurídicas antes indicadas, es preciso hacer referencia al archivo de la investigación, que consiste en una facultad que tiene el fiscal para pedirle al juzgador la no continuación, ya sea porque no constituye un delito del ejercicio público de la acción o porque existen obstáculos jurídicos que impiden que dicha investigación prosiga o ha excedido los plazos señalados para la investigación sin obtener los suficientes elementos de convicción para formular cargos; pero se trata de una posibilidad solo viable en fase de investigación previa;

d) La conciliación o el acuerdo reparatorio, en los casos reglados en la ley, donde las partes llegan a un acuerdo que permite la solución definitiva del problema jurídico de carácter penal, como en el caso de un accidente de tránsito, que por su cuantía constituye delito respecto de los daños materiales ocasionados, pero el infractor libre y voluntariamente decide pagar dichos daños calculados en forma legal y con justicia, en cuyo caso la consecuencia es que se termine el conflicto jurídico, sin que exista una sanción que signifique la privación de la libertad del infractor;

e) La mediación es una solución rápida o un mecanismo alternativo de solución de conflictos en materia penal, que a pesar de no estar regulada en la legislación ecuatoriana, por lo que aunque no constituye objetivo de la presente investigación resulta válida la convocatoria a su análisis y posible instrumentación en el contexto patrio, en el entendido de los beneficios que reporta en cuanto a factibilidad de cumplimiento de lo acordado. En clave de ejecución, los acuerdos alcanzados por esta vía están dotados de eficacia, pues carece de lógica que las partes transgredan lo que ellas mismas acordaron. Lógicamente tendría que preverse en qué casos procede, cuando los bienes jurídicos protegidos no sean de trascendencia para la víctima, ni para el interés

social ni del Estado, así como también en las infracciones denominadas contravenciones que según la legislación de Ecuador son sancionadas con penas privativas de la libertad, cuando en realidad la mayoría de ellas deben estar reguladas en el Derecho administrativo con sanciones de corte económico.

De manera que es de trascendental importancia que la legislación penal siga el camino de la transformación de la Administración de Justicia penal, convirtiéndola en más humana, accesible a todas las personas de una sociedad determinada y, fundamentalmente, que no cree desconfianza, con leyes sabias que no necesariamente impongan sanciones privativas de la libertad al infractor, sino más bien, que tiendan a la reparación integral a la víctima y a la convivencia pacífica de los pueblos.

Las soluciones rápidas requieren de una colaboración adecuada, es decir, la cooperación con la investigación del delito y el reconocimiento del cometimiento del mismo, con el fin de lograrse la aplicación de una pena menor, pero, también, este tipo de alternativas podrían generar impunidad cuando se observe que los motivos para colaborar son cuestionables y de dudosa legitimidad, en torno a la colaboración a cambio de una pena reducida¹⁴⁰. Así, una vez que se inicia la investigación o durante su desarrollo, el procesado de manera libre -y luego del asesoramiento de la defensa técnica realizada por su abogado defensor- decide colaborar o reconoce la comisión del delito, se genera la posibilidad de aplicación del principio de oportunidad. Como contrapartida, el sospechoso o procesado recibe un beneficio que bien puede ser la exoneración o la reducción de la pena privativa de libertad; aspecto que debe estar regulado por la ley, como sucede con el procedimiento abreviado, donde el investigado acepta el presupuesto fáctico o hecho que se le atribuye, conoce a ciencia cierta los efectos de la aplicación de este procedimiento y si el delito cometido prevé una pena privativa de libertad de hasta diez años, será el juzgador el que analice estos requisitos en la respectiva audiencia y admita dicho procedimiento, pero la sanción que debe imponer el juzgador es sobre la base de la negociación hecha entre el fiscal y el procesado, sin que en ningún caso pueda imponer una pena superior a la que solicita el titular del ejercicio público de la acción.

En cuanto a la aplicación del procedimiento abreviado, si se encuentra correctamente regulado en la ley, es importante destacar que no se viola el debido proceso ni los derechos y garantías del procesado, por cuanto la

¹⁴⁰ GONZÁLEZ, Samuel et. al., *El sistema de justicia penal y su reforma: teoría y práctica*, Segunda edición, Fontamara, México, 2006, p. 488.

aceptación voluntaria del presupuesto fáctico o del hecho que se le atribuye, no transgrede ninguna normatividad jurídica, aclarando que es necesario que las reglas que regulan este procedimiento le permitan al juzgador dictar una sentencia apegada a derecho y en base a lo que realmente debe ser la justicia penal; esto es, una sentencia en la que se ratifique el estado de inocencia, o una de condena y no como se encuentra legislado en el COIP, donde el juzgador tiene una sola posibilidad de dictar una sentencia condenatoria e imponer una pena atenuada, previamente negociada entre el fiscal y procesado, lo cual es violatorio al principio de presunción de inocencia del supuesto infractor, razón por la cual se hace necesario que se reformulen las normas jurídicas vigentes.

Por lo analizado anteriormente, las soluciones rápidas, favorecen a los litigios de carácter penal, las cuales van desde la no iniciación de un proceso penal, hasta otros supuestos como en los casos de la pena natural, principio de oportunidad, archivo de la investigación y la mediación (no regulada en Ecuador); razón por la cual constituyen procedimientos de relevancia en aras de alcanzar una Administración de Justicia penal ordenada, capaz de adecuar el *ius puniendi* en delitos menores. Según las estadísticas de Ecuador y de varios países de América Latina estos llamados delitos de bagatela comprenden los mayores índices de criminalidad y al ser resueltos sobre la base de la aplicación de los indicados procedimientos, se reduce la carga laboral de los fiscales y jueces, con el cumplimiento de los principios de celeridad y eficacia.

Las soluciones rápidas son consideradas como la forma más innovadora de abordar cierto tipo de criminalidad. De esta manera, la reparación, la restitución y la reconciliación se fundan en valores complementarios de la acción penal; el reproche penal no puede quedar, salvo en algunas infracciones, al arbitrio de la víctima, pero en aquellos casos en que se pueden aplicar procedimientos expeditos, se les debe utilizar porque satisfacen los intereses de las partes implicadas en el litigio penal y le devuelven el protagonismo al interés público¹⁴¹.

Efectivamente, es necesario que se eduque a la sociedad entera sobre la nueva estructura que debe tener la administración de justicia en materia penal, hoy y en especial en el futuro inmediato. Diseño en el que las soluciones rápidas se manifiestan como los mecanismos más eficientes para la solución de conflictos de carácter penal; pero para ello resulta forzoso cambiar de paradigma,

¹⁴¹ DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, "El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad", en *Revista La Ley*, año XXVII, N.º 6520, La Ley, Madrid, 2006, pp. 1-2. Disponible en: www.LaLey.net.

analizando los puntos positivos y negativos del tradicional sistema de enjuiciamiento, que, a más de tener trámites engorrosos, solo busca imponer sanciones a los procesados, ya que le considera como el único camino válido para garantizar el buen convivir de las personas. En este contexto, solo a través del respeto de las garantías y derechos de los seres humanos se logra la armonía en su convivir diario frente a la sociedad; a este fin ha de contribuir la educación como elemento esencial de formación del ser humano y de su conciencia. Educación, instrucción o capacitación que, al desarrollarse sobre la base de la excelencia académica y en atención a las peculiaridades individuales, hará de cada persona un ser responsable de sus actos y ello contribuirá a la concepción de un Derecho Penal preventivo antes que represivo.

La aplicación de las soluciones rápidas en el sistema procesal penal, encuentra su razón tanto en motivaciones de índole económica, como de interés público, pues no se trata solo de una cuestión presupuestaria, sino también de aspectos procesales y de la utilización adecuada de los recursos judiciales. En atención a la escasa entidad del ilícito, a las circunstancias personales del procesado, al interés público vulnerado y al necesario desagravio de la víctima, resulta posible la ponderación de los valores que persigue la justicia y la aplicación del principio de oportunidad. Con independencia de los criterios detractores que se basan en una supuesta –o cierta- impunidad y en la infracción del debido proceso, es lo cierto que constituyen una forma de mejorar los niveles de eficacia de la administración de justicia y su racionalización; aspectos que influyen en la rehabilitación del delincuente y en el resarcimiento del daño a la víctima¹⁴².

En consecuencia, la justicia —de manera general— busca dar a cada quien lo que le corresponde, pero es necesario destacar que su realización está a cargo de seres humanos que han sido designados por la autoridad competente, entiéndase que son los que tienen los méritos y la experiencia debidos, para cumplir con la sagrada misión de administrar justicia en cada una de las materias. En el ámbito penal donde, como consecuencia del *ius puniendi* del Estado, se imponen penas privativas de la libertad¹⁴³ deviene imprescindible desbrozar el camino en el sentido de determinar cuáles son los casos que así lo ameritan.

¹⁴² CUADRADO SALINAS, Carmen, “Discrecionalidad del fiscal y flexibilización de la acción penal, el interés público en una administración eficaz de la justicia”, en *Revista General de Derecho Procesal* N.º 18, Alicante, 2009, pp. 15-16.

¹⁴³ En Ecuador van de uno a treinta días respecto a las contravenciones y de veintidós a veintiséis años en delitos graves —como el asesinato y el femicidio—, y de veintiséis a treinta años en el delito de genocidio. Si en estos casos se demuestra la existencia de circunstancias agravantes de la responsabilidad penal o se trata de infractores reincidentes, las penas privativas de libertad pueden acumularse hasta cuarenta años.

La justicia penal persigue valores tales como igualdad, congruencia, independencia, imparcialidad, tolerancia, respeto, solidaridad, los cuales deben cristalizarse en el momento de administrar justicia en cada caso *sub lite*, con una gran responsabilidad social porque de ello depende la credibilidad en la justicia y la permanencia de la democracia en un país determinado. De tal forma, se impone el análisis de cada uno de los tipos penales, si son graves y afectan a bienes jurídicos protegidos importantes y determinantes respecto de la víctima, o si son leves y por esa razón no merecen una persecución por parte del Estado; supuesto en el que quedarían bajo la custodia del juzgador para que imponga una sanción o ratifique el estado de inocencia. De considerarse forzosa la imposición de una sanción privativa de la libertad, hay que determinarla en atención al análisis y aplicación del principio de proporcionalidad, cual guía de actuación desde el punto de vista doctrinal, constitucional y legal.

Se trata de que el juzgador, con sabiduría y prontitud, adopte la decisión más acertada, que garantice los derechos fundamentales de la víctima y del procesado. El proceso no es un mero ejercicio profesional, a través suyo el Derecho se consolida como ciencia; aunque dominado por la técnica jurídica y la política, no está ajeno a los valores sociales. Valores tales como seguridad, justicia, prevalencia del interés social y verdad han de estar presentes en la administración de justicia.

CAPÍTULO II

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL DEL ECUADOR

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia, surge la necesidad de la existencia de un Derecho Penal y procedimental penal que permitan regular la conducta de los miembros de la sociedad y los procedimientos adecuados para tal fin, a partir de que constituye una prioridad el garantizar los bienes jurídicos protegidos, como disponen la DUDH¹⁴⁴, la CADH¹⁴⁵ y la CRE¹⁴⁶. Y si de Derecho y regulación de conducta se habla, es claro que –implícitamente– se hace referencia a la labor judicial, pues son los jueces quienes, como principales intérpretes y aplicadores de la norma, han de garantizar los derechos de la víctima y del sospechoso o procesado. Constituye obligación “natural” de la judicatura su protección.

En este contexto de protección jurídico-penal, germina el principio de oportunidad como una alternativa para la descriminalización de ciertos hechos que, siendo punibles por su naturaleza, no ameritan sanción por su irrelevancia para la sociedad; siempre en el entendido de que ello solo procede cuando está expresamente determinado en la ley. En estos casos, el fiscal ha de formular solicitud al juez competente y, de aceptar el juzgador, declarará extinguida la acción penal y ordenará el archivo de la investigación o de la causa. De manera

¹⁴⁴ Cfr. art. 8: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

¹⁴⁵ Cfr. art. 25. 1: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo rápido o cualquier otro recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea sometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

¹⁴⁶ Cfr. art. 75: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

que no se inicia el proceso penal y si ya se inició, no se aplica sanción alguna, quedando a salvo el derecho a la reparación integral a la víctima¹⁴⁷.

Cabe señalar que en Ecuador el principio de oportunidad se manifiesta de forma reglada, pues establece cánones de procedencia específica sobre la aplicación de este principio; pero, cuando el fiscal decide hacer efectiva esta figura jurídica, la ley procesal no establece pautas garantistas de los derechos que en ese momento tienen la víctima y el sospechoso o procesado, tales como a ser escuchados oportunamente y en la audiencia correspondiente, así como a la defensa técnica con el fin de garantizar el respeto de los demás derechos fundamentales que incluye la información referida a las ventajas y desventajas del procedimiento que se pretende aplicar. Lo cierto es que no se requiere – legalmente hablando – de la presencia de la víctima ni del sospechoso o procesado con sus abogados defensores, al momento de decidir sobre lo principal, pues solo se establece que el fiscal se presente ante el juez, le exponga el caso y le solicite la aplicación del principio de oportunidad, siendo el juzgador el que en la propia audiencia tiene la obligación de adoptar la decisión que considere ajustada a Derecho, que puede ser negar el trámite o aceptarlo, con los efectos jurídicos correspondientes de ordenar que se siga el procedimiento ordinario o se extinga la acción penal, respectivamente.

¹⁴⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas. “La reparación integral, a más de ser un derecho individual y colectivo, es un principio de derecho internacional, el cual consta en la Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005, de la Asamblea General de las Naciones Unidas: Convencida de que, al adoptar un enfoque orientado a las víctimas, la comunidad internacional afirma su solidaridad humana con las víctimas de violaciones del derecho internacional, incluidas las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, así como con la humanidad en general, de conformidad con los siguientes Principios y directrices básicos. (...) Disponiendo para las víctimas los recursos suficientes, eficaces, rápidos y apropiados que se definen más abajo incluida la reparación (...) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia (...) A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación grave del derecho internacional humanitario. El término víctima también comprenderá a la familia inmediata o a las personas a cargo de la víctima en peligro o para pedir la victimización (...) Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y de sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. (...) Derecho de las víctimas a disponer de recursos. Entre los recursos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario figuran los siguientes derechos de la víctima, conforme a lo previsto en el derecho internacional: a) Acceso igual y efectivo a la justicia; b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido (...)”.

Está claro que la invocación y aplicación del principio tributa a la celeridad procedimental en la administración de justicia en delitos menores, conocidos también como de bagatela; sin embargo –como se ha narrado previamente- en el contexto del proceso penal ecuatoriano no se garantizan los derechos fundamentales de la víctima y del sospechoso o procesado, por lo que deviene imprescindible que el principio de oportunidad sea ordenado con normas jurídicas que garanticen los derechos fundamentales mencionados, para de esa forma velar por el cumplimiento del debido proceso y, por ende, de una adecuada administración de justicia en materia penal.

De igual forma, es necesario que sean observados ciertos requisitos relativos a la especificación de que sea una infracción sancionada hasta con cinco años de pena privativa de libertad y siempre que no se comprometa el interés público ni del Estado; y, en delitos culposos, cuando el infractor sufre un grave daño en su salud o integridad física, que le impide desarrollar una vida normal. Estos aspectos, de orden legal, deben ser previamente analizados por el fiscal como titular del ejercicio público de la acción, a fin de que pueda sustentar su petición frente al juzgador en lo referido a la pertinencia de la aplicación del principio en estudio sobre la base de las dos reglas que regulan su procedencia, así como del procedimiento legal que se debe seguir para su efectivización.

Sin embargo, aun con el cumplimiento de los presupuestos marcados, no existe preocupación o atención hacia los derechos de los intervinientes, en franca incongruencia con las normas jurídicas de los convenios de derechos humanos y de la CRE, las cuales constituyen la base de todo proceso o procedimiento penal, por lo que es imprescindible se desarrolle un modelo para la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, que permita el respeto de los derechos fundamentales de la víctima y del sospechoso o procesado.

2. DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Varios tratadistas han centrado sus estudios en el proceso penal y, específicamente, en el principio de oportunidad, entre ellos podemos nombrar a GIMENO SENDRA, quien le considera como "...la facultad que al titular de la acción penal le asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su

ejercicio con independencia que se haya acreditado la existencia de un hecho punible”¹⁴⁸.

En criterio propio, constituye una figura jurídica de carácter procesal, que tiene como finalidad esencial no iniciar una investigación o desistir de la ya iniciada, a pesar de existir una nítida violación de la ley penal (delito cometido por el sujeto activo), de un bien jurídico protegido violentado y la existencia real de la víctima. No obstante, en razón de política criminal de Estado, en la mayoría de los países se adopta la decisión de regular -de manera expresa- sobre la procedencia del principio de oportunidad, las causales legales y el procedimiento que deben seguir el fiscal y el juzgador; mientras que otros países lo han dejado al mejor parecer (abierto, no regulado) del fiscal y del juzgador que intervienen en cada caso puesto a su conocimiento y resolución, lo cual puede resultar catastrófico para el Derecho Penal y para el poder punitivo del Estado, pues el libre arbitrio puede convertirse en arbitrariedad y se trata de una situación que puede poner en peligro tanto a la seguridad ciudadana como a la justicia.

En la legislación penal ecuatoriana, el principio de oportunidad no se aplica de manera discrecional por parte del titular del ejercicio público de la acción penal, sino que, a más de estar legislado, está bajo el control de un juez, el cual actúa generalmente cumpliendo los principios de independencia e imparcialidad respecto de su aplicación. Si bien es cierto que quien juzga no va a imponer una sanción al infractor, le corresponde decidir si procede o no emplear el principio en comento, siendo factible inclusive en los delitos menores, de poco impacto social o de bagatela; en consecuencia, el autor de esta investigación considera que debe ser reglado y no de manera abierta, para evitar que se cometan actos arbitrarios o ilegítimos que afecten de manera directa o indirecta en la credibilidad de la Administración de Justicia penal, aclarando que en Ecuador no ha sido estudiado científicamente de manera completa, su sistematización teórica es deficiente, y la legislación no es más que un fiel reflejo de esa orfandad doctrinal.

Juristas latinoamericanos se han referido al principio de oportunidad y, entre ellos, YÉPES DE VELASCO, quien puntualiza su concepto y le contrapone a la legalidad, al considerar que: “El principio de oportunidad es el poder discrecional del Ministerio Público para decidir la conveniencia o no de ejercitar

¹⁴⁸ GIMENO SENDRA, Vicente, cit. pos. MELGAREJO BARRETO, José, *El Principio de oportunidad en el Nuevo Código Procesal Penal*, Jurista Editores, Lima, 2006, pp. 118-119.

la acción penal en un caso concreto. En este sentido se contrapone al principio de legalidad, en cuya virtud el fiscal a quien llega la noticia de un delito tiene la obligación de actuar, independientemente que cuente con posibilidades reales de prueba o a la poca significación social del hecho. Lo primero (posibilidades reales de prueba) es lo que se denomina el principio de oportunidad técnica, y si se consideran los factores relativos a la convivencia social del procesamiento, oportunidad plena. Si la determinación de estos factores está librada a la apreciación del fiscal, estamos frente a la oportunidad discrecional y si tales factores están expresamente señalados en la ley, se tratará de una oportunidad reglada”¹⁴⁹.

Es preciso considerar que, como afirma la experta anteriormente referida, este principio se contrapone de manera abierta al principio de legalidad, por cuanto legalidad significa –en esencia- observancia de la ley y si existe una conducta tipificada en la ley penal como ilícito porque viola bienes jurídicos protegidos, quien realiza esa conducta está cometiendo una infracción penal y, consecuentemente, ha de ser perseguido y sancionado; pero lo controvertido radica, precisamente, en que a pesar de existir los presupuestos anteriormente indicados, el titular del ejercicio público de la acción, adopta la decisión de no iniciar o de no proseguir con la investigación y pedirle al juzgador la aplicación del principio de oportunidad, en el entendido de fórmulas alternativas al juzgamiento.

El autor de esta investigación, sin embargo, enfatiza que, en cuanto a las causales y procedimiento, las reglas ecuatorianas no solo violan los derechos fundamentales de la víctima y del sospechoso o procesado en lo que a garantías procesales se refiere, sino que afecta -de manera particular- el derecho a la reparación integral de la víctima y a la presunción de inocencia y no autoincriminación del sospechoso o procesado.

En este sentido, pero para el contexto colombiano, GÓMEZ PAVAJEAU delinea al principio de oportunidad al decir que: “(..)se aplica en un marco mínimo cuantitativo y cualitativo, se corresponde con la noción de excepcionalidad de su aplicación, pero debe reflexionarse si ello es correcto, habida cuenta que pensar a tal forma, la descarga que debería producir al sistema procesal penal irá a ser necesariamente mínima(..), pues un sistema cerrado del principio de oportunidad no debe equivaler a mecanismo

¹⁴⁹ YÉPEZ DE VELASCO, Mariana, “El Ministerio Público en Ecuador”, en AA.VV., *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, STIPPEL, Jörg y Adrián MARCHISIO (Coordinadores), Primera edición, Ad. Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 354.

excepcional, sino como lo hemos venido planteando, al entendimiento del principio de oportunidad en el marco de una noción de complementariedad, respecto del principio fundante de legalidad”¹⁵⁰.

De lo expresado anteriormente el principio de oportunidad, es un mecanismo jurídico penal de carácter procesal, que efectivamente permite disminuir la carga laboral de los operadores de justicia en materia penal y que su aplicación solo es procedente cuando es debidamente reglado y respecto de los delitos menores o de bagatela y coincidiendo con el criterio del autor referido en el párrafo anterior, en realidad esta figura jurídico-procesal es el complemento del principio de legalidad, por cuanto al estar regulado por la ley creada por el legislador, guarda total conformidad, con este último principio.

De manera que queda claro que el Derecho Penal es de última ratio y que cuando interviene el Estado a través de los operadores de justicia, para investigar y juzgar los delitos cometidos por los infractores, ya sea como autores directos, indirectos o coautores o en el grado de cómplices de la comisión de la infracción, pudiendo ser de carácter doloso o culposo, se torna indispensable que se realice una selección de los tipos penales cometidos para iniciar o no la correspondiente investigación. Para ello se debe valorar si esos actos humanos son trascendentes o no para la sociedad y si lesionan o no un bien jurídico de relevancia respecto de la víctima; de no ser así, es viable la aplicación del principio de oportunidad que permite descongestionar la administración de justicia, así como atender de manera oportuna los intereses tanto de la víctima como del sospechoso o procesado.

Llegado este punto, no se ha precisado aun el origen de este principio, por lo que resulta adecuado puntualizar que nace en el Derecho anglosajón¹⁵¹, como consecuencia de la imposibilidad física o material de tener un aparato judicial

¹⁵⁰ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos, *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, Segunda edición, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2007, p.40.

¹⁵¹ Apud. GAITÁN MAHECHA, Bernardo. “Prólogo a la segunda edición” En: MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando. *La discrecionalidad para acusar. Aspectos generales relacionados con el principio de oportunidad y reflexiones en torno a su reglamentación en Colombia*. 3.^a Edición, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, pp. 29-30. El autor significa respecto del origen del principio de oportunidad que: “Parecería que el principio de oportunidad es la esencia del sistema acusatorio de estirpe romana y de práctica milenaria en Inglaterra y Estados Unidos, a donde llegó desde el gran Albión que fue durante varios siglos posesión de Roma. Pero no es así. El principio de oportunidad fue resultado de la práctica procesal americana, en donde por razones de conveniencia y ante la imposibilidad de tener un aparato judicial capaz de investigar y juzgar toda clase de delitos, se le dio a los acusadores llamados fiscales el poder de obrar o no, según criterios políticos o prácticos. Pero también en torno al principio de oportunidad se mueve el problema económico, dado que es imposible, a cualquier Estado, mantener un aparato policivo y judicial que pueda investigar y perseguir cuanto de todo hecho delictivo”.

con capacidad de investigar y juzgar todos los delitos cometidos por los infractores, de lo cual se deriva la competencia del juzgador para que, luego de escuchar la posición del titular del ejercicio público de la acción (fiscal), acepte la renuncia de la investigación y, como consecuencia de ello, disponga la extinción de la acción y el archivo de la causa.

Razonamiento que se sustenta en que los conflictos sociales o interpersonales que se susciten como consecuencia del convivir diario, no necesariamente deben ser solucionados por la función judicial y concluir con una sanción en contra del procesado, porque muchos delitos si bien es cierto que cumplen con todos sus elementos constitutivos, es necesario analizar si esa conducta cometida por el infractor amerita que se siga en su contra el juicio de reproche correspondiente.

Investigar y sancionar todas las conductas infractoras del orden social lleva a que cada una sea cubierta por el rudo manto de la acción penal o, por el contrario, que esta no distinción en cuanto a gravedad de la lesión genere desinterés o cierto atisbo de impunidad ante causas que lo ameriten, bajo el prisma de que tienen la misma connotación. Ante esta disyuntiva, resulta factible la aplicación del principio de oportunidad que, sin dejar el delito en la impunidad, provoca la exención de la acción.

El fiscal, como titular del ejercicio público de la acción penal, bien puede tener la facilidad de proseguir con la investigación, siempre que verdaderamente existan los elementos de convicción tendientes a justificar tanto la existencia de la infracción, como la participación del sospechoso o procesado; pero, al tratarse de un delito menor o de bagatela, que no ostenta trascendencia social, corresponde aplicar el principio de oportunidad el cual siempre debe estar regulado por la ley, sin olvidar que la víctima tiene derecho a exigir la reparación integral que según la legislación ecuatoriana, debería hacerlo por cuerda separada, es decir, mediante la presentación de una demanda ante el juez competente.

Si se aplica este principio de manera adecuada y en cumplimiento de los parámetros que establece el marco jurídico vigente, se lograría descongestionar la carga laboral de fiscales y jueces que intervienen en materia penal, pero lo más importante es que estos operadores de justicia puedan dedicar su atención y esfuerzo al despacho de los casos relacionados con delitos graves, es decir de aquellos que realmente afecten al interés público o al interés social, sin preocuparse de los delitos de bagatela¹⁵² que no alteran el orden ni la paz social.

¹⁵² Con respecto a los delitos de bagatela: Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, 2.^a edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 494. Sostienen los autores que "Posteriormente, el viejo principio *mínima non curat*

Es por ello que el principio de oportunidad constituye una figura jurídica que permite solucionar de manera rápida la situación jurídica existente entre la víctima y el sospechoso o procesado, dejando a salvo el derecho de la primera a que reclame la reparación integral, y respecto del procesado a que no sea enjuiciado penalmente y sancionado con una pena determinada en forma expresa por la ley, sino más bien permitir que se garantice el bien más preciado del ser humano que es la libertad individual, sin afectar los derechos de la víctima.

Por otra parte, el principio de oportunidad se encuentra ligado tanto a actos político-administrativos como a los jurídicamente procesales, por cuanto constituye un típico acto inherente a la decisión política del Estado y se materializa a través del aparato de justicia penal, cuando decide o no llevar a cabo labor jurisdiccional para la solución del conflicto. Ante el aumento del índice de criminalidad de un país, han de buscarse diferentes medios para paliar dicha situación y uno de los mecanismos por los cuales optan los Estados es, precisamente, la implementación del principio de oportunidad como herramienta de política criminal¹⁵³.

A este empeño estatal ha de contribuir el legislador con la dotación de los mecanismos jurídicos que permitan solucionar dicha problemática y para ello debe ejercitar su facultad con el dictado de leyes sabias para el pueblo y a partir de considerar otros principios y valores que se relacionan de manera directa con el de oportunidad, entre los cuales se puede mencionar el de mínima intervención penal, legalidad, seguridad jurídica, igualdad, objetividad, celeridad y oralidad, para conseguir que, con su conjugación como sistema, se construyan normas o reglas que permitan solucionar los conflictos que se presentan hoy en día en la administración de justicia en sede penal. Así, respecto de los delitos graves ha de aplicarse la ley que tipifica y sanciona con severidad, y frente a los delitos de bagatela cabe la invocación del principio de oportunidad.

Ineludible resaltar que cuando el titular del ejercicio público de la acción penal considera que es aplicable el principio de oportunidad, a pesar de haberse

Praetor sirvió de base para el enunciado moderno el llamado principio de insignificancia o *bagatela*, según el cual las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva. Se lo ha criticado como un criterio de tipicidad material derivado de la vieja antijuricidad material y, por ende, se lo rechazó proponiendo su reemplazo por vía de una interpretación restrictiva o resolverlo *de lege ferenda* mediante el principio de oportunidad procesal”.

¹⁵³ VILLANUEVA MEZA, Javier, *El principio de oportunidad. Justicia Restaurativa, Transicional, Transaccional, Mediación Penal y Conciliación Civil en el Sistema Penal Acusatorio*, 2.ª edición, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín. 2011, pp. 23-24.

cometido un delito por parte del sospechoso o procesado, y lleva el caso *sub lite* ante un juez competente, no significa que va a existir un juzgamiento sobre ese hecho criminal que afecta a la víctima, sino más bien es necesario considerar que se trata de un asunto meramente procesal, ya que el juez al aceptar la aplicación del principio de oportunidad, lo que decide es declarar extinguida la acción y ordenar el archivo del caso mediante una resolución de carácter judicial.

En correspondencia, se aplica la ley penal pero no para imponer la sanción que le correspondería al infractor, sino que más bien -por ser una política de Estado-, se deja de aplicar de alguna manera el principio de legalidad en razón de encontrar opciones, pero ello puede significar -si no se regula adecuadamente- la vulneración de principios como el de igualdad y derecho a la defensa. Así lo consideran HOUED¹⁵⁴ y MAIER¹⁵⁵ quienes tienen la concepción de que quien viola la ley penal, debe ser objeto de un proceso donde se respeten sus derechos y garantías fundamentales y de encontrarle culpable se hace acreedor al juicio de reproche, como una respuesta a su conducta delictuosa.

A su turno, VACA asevera que los delitos del ejercicio público de la acción son pesquisables de oficio y por ello la Fiscalía, como representante del Estado, prescindiendo de la voluntad de la víctima, al tener conocimiento de que se ha cometido un delito, ha de iniciar —con carácter obligatorio y en todos los casos— las investigaciones correspondientes. De encontrar elementos de convicción suficientes que permitan establecer —sin hesitación de clase alguna— tanto que existe una infracción de índole penal como los elementos relativos a la participación del procesado, continuará con el proceso penal respectivo, hasta

¹⁵⁴ HOUED, Mario, “Los Procesos Alternativos”, en *Derecho Procesal Penal*, MEDRANO, Claudio et.al. (Coordinadores), Escuela Nacional de la Judicatura, Editora Amigo del Hogar, Santo Domingo, 2006, p. 82. “En contra del principio de oportunidad se ha argumentado la vigencia del principio de igualdad, pues debe ser la ley (el legislador) y no la decisión particular de los órganos estatales (funcionarios) quienes determinen cuando una persona deba ser sometida a pena o no”.

¹⁵⁵ MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*. Tomo I. Fundamentos, 2.ª ed. 3º reimp, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp.831-832 “...aunque tal razonamiento deba ser tenido en cuenta para no crear fueros personales o provocar desigualdades raciales, religiosas, sociales o económicas, cabe advertir que éstos principios funcionan, básicamente, como garantía frente al poder penal del Estado, esto es, como seguridades para el habitante de no ser afectado en sus libertades por ese poder, y aquello que se pretende con la aplicación del principio inverso, el de oportunidad, no es, precisamente, someter a un habitante al poder del Estado, sino, por el contrario, liberarlo de él y de ese riesgo al evitar su persecución. No obstante, el fundamento aquí situado aunque no logre cabalmente legitimar la persecución penal obligatoria del Estado ha cumplido el papel de colocar el principio de legalidad en lugar de una máxima fundamental del sistema, de modo que el de oportunidad funcione, jurídicamente (...).”

obtener sentencia condenatoria en contra de quien debe una respuesta a la sociedad¹⁵⁶.

Al respecto cabe una pregunta, ¿cuáles son los delitos en los que procede la aplicación del principio de oportunidad? No existe una única respuesta, pues ello está en dependencia –como ha quedado previamente explicitado– del interés del Estado expresado en ley, pero sí existe un denominador común y es en lo referido a los delitos menores o de bagatela, así considerados porque no afectan bienes jurídicos protegidos de relevancia para la víctima y la sociedad. De cualquier manera, únicamente es posible aplicar el indicado principio sobre la base de una regulación adecuada, donde se precisen sus principios, causales y procedimiento legal, elaborados en armonía con las normas jurídicas de carácter universal, que garanticen la igualdad y la seguridad jurídica en una sociedad determinada.

Se trata de que con la aplicación de este principio se provoque una ruptura del *íter* procesal lógico, pues se produce una culminación anómala y anticipada del proceso y ello requiere de específicas regulaciones que garanticen a la sociedad que su aplicación no enerva la posibilidad de justicia.

En este orden de ideas, es necesario hacer referencia a la clasificación del principio en estudio, que partiendo de la legalidad pueden reconocerse tres diferentes concepciones de la oportunidad: la primera, entendida como diametralmente opuesta al principio de legalidad, en el sentido de aquellas legislaciones nacionales en las que no existen reglas expresas que estipulen el principio de oportunidad; la segunda, lo explica como una manifestación del principio de legalidad, por cuanto, al estar el principio de oportunidad debidamente reglado y su discreción limitada a través de la ley, su utilización en el proceso penal, es legal; y la tercera concepción surge, cual ecléctica posición, para conciliar las dos posturas extremas y en su virtud considera a la oportunidad como “subsidiaria” de la legalidad¹⁵⁷.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, entre otros autores, manifiesta que el principio de oportunidad puede ser reglado o no¹⁵⁸; en la misma línea se posiciona

¹⁵⁶ VACA ANDRADE, Ricardo, *Alternativas al ejercicio de la acción penal*, 1ª edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011, p. 57.

¹⁵⁷ BAZZANI MONTOYA, Darío, “La terminación anticipada del proceso penal por consenso y el principio de oportunidad”, en AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos de juez penal colombiano*, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2004, pp. 239-240.

¹⁵⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Instituciones...*, cit., p. 435. Cita el autor a GIMENO SENDRA en el sentido de que: “cabe distinguir el principio de oportunidad “puro>> y el aplicado “bajo condición>>”. También recrea GIMENO SENDRA que se alude al “puro” cuando

PERALTA AGUILAR, quien sostiene que solamente a través del estudio detallado de cada legislación, se puede determinar si existe la oportunidad discrecional o reglada¹⁵⁹. Otros autores, como CÓRDOBA RODA, consideran que, en lugar de imperar la legalidad, prevalece un procedimiento de corte informal a cuyo tenor emergen criterios de oportunidad a discreción de quien le invoca y no en razón de su estipulación legal¹⁶⁰.

Del análisis realizado anteriormente se evidencia que el principio de oportunidad, tanto desde el punto de vista legal como doctrinal, se configura como sigue:

a) Algunos países de América Latina y el mundo tienen un sistema abierto o discrecional respecto de la aplicación del principio de oportunidad, en el que definitivamente queda al arbitrio del fiscal y del juzgador, en especial de este último que es el que debe dictar la correspondiente resolución judicial. Aceptar la petición del fiscal significa que el juzgador debe tener un amplio conocimiento sobre la figura jurídica "oportunidad", para que la aplique solo en casos que no afecten al interés público o social, ni en lo atinente a los derechos fundamentales de los sujetos activo y pasivo de la infracción, porque de lo contrario sería atentar contra los derechos de la víctima y del procesado o sospechoso de manera particular, así como del principio de igualdad de manera general. Por lo tanto, los jueces tienen la obligación –más allá de lo legalmente previsto- de unificar sus criterios, para evitar las controversias y de manera fundamental garantizar la seguridad jurídica a todo un conglomerado social. Entre los tratadistas que defienden esta posición de discrecionalidad se pueden citar a ARMENTA DEU¹⁶¹, GARCÍA FALCONÍ¹⁶² y MESTRE ORDÓÑEZ.

queda absolutamente en manos de las partes, en lo que se conoce como *guilty plea*, mientras que "bajo condición" será en el caso del "... sobreseimiento permanente bajo la suspensiva condición de que el imputado cumpla determinadas prestaciones".

¹⁵⁹ PERALTA AGUILAR, Saray, *Principio de Oportunidad*. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2004, p. 48. Manifiesta que puede existir "oportunidad libre o discrecionalidad absoluta del Ministerio Público, y oportunidad reglada o parcial"

¹⁶⁰ CÓRDOBA RODA, Juan, citado por CRUZ, Fernando, *La función acusadora en el proceso penal moderno*, Ilanud, Costa Rica, 1989, p. 13.

¹⁶¹ Vid. ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones...cit.*, pp. 35-36. Asevera la autora que "...la incorporación del principio de oportunidad deja sin cobertura el riesgo de que el órgano al que se atribuye la facultad discrecional de incoar o no un proceso penal sea quien decida en definitiva sobre la realización del Derecho Penal (dado que no puede haber pena sin proceso) (...) Los mecanismos de consenso son una de las posibles opciones para procurar un proceso penal más rápido. No es la única. Junto a ella se ha optado en países como Portugal, Italia o Alemania por el monitorio penal o la concesión de ámbito de discrecionalidad que permitan al órgano acusador oficial ejercitar o no la acción penal o prescindir de la frase instructora por resultar innecesaria".

¹⁶² GARCÍA FALCONI, José, *Los recursos de casación penal, la amnistía, el indulto, la ley de gracia y sus trámites, los principios constitucionales de oportunidad y mínima intervención penal*, Ediciones RODIN, Quito, 2009, p. 236.

Sabias palabras las de MESTRE ORDÓÑEZ cuando afirma que “(...) para las facultades definitivamente discrecionales, el control apropiado es el político o, en algunos casos, el disciplinario. Sin embargo, en otras ocasiones, bien hay limitaciones jurídicas y normativas en el ejercicio de atribuciones discrecionales. En consecuencia, la existencia del mecanismo de control político y de limitaciones normativas que permiten evitar abusos y deducir responsabilidades es necesaria, pues de lo contrario, se presenta un riesgo claro de exceso o insuficiencia en el uso del poder del Estado (...)”¹⁶³. Por lo tanto, la discrecionalidad necesita de un control judicial, a más del político y normativo, para de esa forma lograr una Administración de Justicia penal más eficiente.

b) El reglado, en cuya virtud el juez puede aplicar la oportunidad únicamente en los casos en que de manera expresa y taxativa dispone la ley; si el juzgador se extralimita, estaría haciendo una interpretación extensiva de la ley e, incluso, fallando contra ley expresa, lo que, a la postre, podría constituir la comisión del delito de prevaricato. De esta forma, debe someterse a lo que dispone la ley, haciendo siempre una interpretación restrictiva o literal de la misma.

Es el tipo que resulta de aplicación en Ecuador, pues se establece únicamente cuando la pena privativa de libertad no excede de cinco años para ese tipo penal y cuando el sujeto activo del delito sufre una enfermedad grave que le imposibilita vivir normalmente como consecuencia de la comisión del delito.

Entre los tratadistas que consideran que la aplicación del principio de oportunidad procede únicamente de esta forma, se tiene a CAFFERATA¹⁶⁴, VITALE¹⁶⁵ y URBANO¹⁶⁶. El autor de la presente investigación coincide con este

¹⁶³ MESTRE ORDÓÑEZ, José, *La discrecionalidad para acusar. Aspectos generales relacionados con el principio de oportunidad y reflexiones en torno a su reglamentación en Colombia*, 3ª edición, Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, pp.133-134.

¹⁶⁴ Vid. CAFFERATA NORES, José, *Cuestiones actuales sobre el Proceso Penal*, 3ª edición, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 34. “... Oportunidad reglada (...) significa que, sobre la base de la vigencia del principio de legalidad, se admiten excepciones por razones de oportunidad que se encuentran previstas en la legislación penal, cuya aplicación en el caso concreto se realiza bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales predeterminados, generalmente con el consentimiento del imputado –a veces también de la víctima- y requiere control del órgano jurisdiccional (sobre si el caso es de los que la ley autoriza abstractamente a tratar con criterios de oportunidad, y sobre si amerita concretamente dicho tratamiento)”.

¹⁶⁵ Vid. VITALE, Gustavo L., *Suspensión del proceso penal a prueba*, 2.ª edición, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2004, p. 35. Expresa que: “La suspensión del proceso penal a prueba constituye una manifestación del principio de oportunidad procesal (reglado por la ley penal y sujeto a un control judicial de legalidad formal). Este principio ha sido arduamente proclamado como necesario para eliminar la hipocresía de un sistema penal que suele afirmar –engañosamente- que sirve para investigar y eventualmente penalizar todos los delitos que se cometen dentro de nuestra sociedad. Como consecuencia de haberse desenmascarado la realidad funcional selectiva de nuestro sistema penal, el nuevo instituto viene a posibilitar una mínima cuota de racionalidad en la programación de su actividad cotidiana”.

criterio, con la salvedad de que siempre que las reglas que regulen dicho principio, estén a tono con el respeto de los derechos fundamentales de la víctima y del sospechoso o procesado y que se lo considere como un mecanismo de política criminal que permita descongestionar la carga laboral de manera eficaz, a fin de que los fiscales y jueces respondan positivamente a los requerimientos de la sociedad, investigando y sancionando a las personas responsables de delitos mayores y aplicando el principio de oportunidad en los delitos menores y así alcanzar un verdadero equilibrio entre el Derecho Penal y el infractor a fin de promover la seguridad ciudadana.

c) Varios tratadistas del Derecho Penal como ARIAS DUQUE¹⁶⁷, AGIRREAZKUENAGA¹⁶⁸ y APONTE¹⁶⁹ han establecido una posición ecléctica o moderada respecto del principio de oportunidad, en atención a que se encuentra regulado en la ley procesal penal, pero se deja abierta la posibilidad de que, en algunos casos, se pueda aplicar el indicado principio al libre criterio del fiscal y juez que intervienen en cada caso concreto. Al respecto, en propia consideración, es necesario que el legislador, al momento de dictar la ley, tome en cuenta que todos los miembros de la sociedad tienen idénticos derechos y obligaciones;

¹⁶⁶ Vid. URBANO MARTÍNEZ, José, *Derecho Penal y Criminología*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, vol. XXVII, Número 80, Enero/Abril 2006, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 9. Sostiene: "Este principio es característico del sistema procesal penal anglosajón, pues en este se asume como el ejercicio de una discrecionalidad administrativa en la investigación de los delitos, está exento de controles jurídicos, pero se somete a control político. De manera progresiva, esa institución ha sido adoptada también, aunque con algunas matizaciones, por el sistema procesal penal continental europeo y por su área de influencia. En este modelo, el principio de oportunidad constituye una excepción al principio de legalidad, su aplicación está regulada por la ley, está sometido a límites y es susceptible de control judicial".

¹⁶⁷ ARIAS DUQUE, Juan, *El Juez en el Sistema Acusatorio...*, cit., p. 205. "... con la aplicación de este principio, que se motiva por las decisiones propias de la Fiscalía General de la Nación, que busca su propia verdad y tiene sus propios objetivos en su actividad misional. Y la confusión que se mantiene cuando si la Fiscalía es o no titular de la acción penal, y que, vinculada con unos objetivos políticos, dispone de manera más o menos libre de la acción penal, de si la inicia, la interrumpe, la suspende, o renuncia a ella, se evidencia en la intromisión indebida de jueces en la aplicación de este principio a iniciativa de la Fiscalía. Y la concepción de un proceso de partes supone la libertad en el accionante sobre si se inicia o no el proceso, y la imposibilidad del juez en decidir sobre la disposición de la acción realizada por la Fiscalía".

¹⁶⁸ AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki, *La coacción administrativa directa*, Civitas, Madrid, 1990, p.368. "Aunque parezca una cuestión sencilla, la determinación si existe o no discrecionalidad a la hora de recurrir a la coacción directa, depende fundamentalmente de como se la conceptúe. Es decir, que en ningún caso se duda de la existencia de una toma de decisión personal de actuar, con fundamento en unas normas más o menos generales que la habiliten. La cuestión estriba en saber si de ahí cabe deducir la existencia de discrecionalidad si, en cambio, se precisa discrecionalidad en las consecuencias jurídicas, esto es, si cabe libertad de elección entre varias consecuencias, legalmente validas; o, por último, tal discrecionalidad táctica, técnica o de planificación".

¹⁶⁹ APONTE CARDONA, Alejandro, *Principio de Oportunidad Discrecional y Reglado, Principio de Oportunidad y Política Criminal*, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Bogotá, 2010, p. 34.

consecuentemente, no debe existir la posibilidad de que, en determinados casos, con el mismo presupuesto fáctico y bien jurídico protegido se aplique el principio de oportunidad y en otros se deniegue, pues ello equivale a vulnerar el principio de igualdad, lo que redundaría en descrédito de la administración de justicia y en irrespeto del principio de seguridad jurídica establecido en el art. 78 de la CRE.

Para un mejor entendimiento de la posición del autor con respecto al principio de oportunidad, es pertinente hacer una distinción entre lo que significa regla y principio. Al decir de ALEXY, los principios son normas que ostentan un grado de generalización relativamente alto, mientras las reglas lo tienen más bajo; además, señala que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en mayor medida posible, de acuerdo a la realidad jurídica existente, es decir, que pueden cumplirse en diferente grado, mientras que las reglas son normas que pueden cumplirse o no, en el entendido de que si una regla es válida debe hacerse lo que exige, no queda a voluntad¹⁷⁰.

Siguiendo esta línea de pensamiento, cuando existe colisión entre principios surge la necesidad de ponderar y deviene obligado el acudir a ciertos mecanismos jurídicos apropiados para tal efecto. Cuando se trata de principios constitucionales, no se puede solucionar a través de los diferentes criterios, como el jerárquico (ley superior-ley inferior), cronológico (ley posterior- ley anterior), de especialidad (ley orgánica-ley ordinaria), todos estos criterios utilizados para solucionar antinomias de reglas, pues los principios tienen la misma categoría; es por esta razón que surge el método de la ponderación, para jerarquizar dichos principios, no a través del Derecho, sino del juicio de valor comparativo que tiene el juzgador, sin dejar de aplicar el principio de proporcionalidad.

Para GUASTINI, la ponderación permite al juzgador alcanzar la justicia mediante la aplicación de uno de los principios, luego de realizar la correspondiente operación intelectual de colocar en una especie de balanza corresponde al juzgador decidir cuál ha de ser el prevaleciente¹⁷¹. Sin embargo,

¹⁷⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2.^a edición en castellano, traducción y estudio introductorio de BERNAL PULIDO, Carlos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 65-68.

¹⁷¹ GUASTINI, Ricardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2008, pp. 88-91. El autor analiza y ejemplifica la ponderación, de la siguiente manera: "La técnica normalmente actualizada por los jueces constitucionales para resolver los conflictos entre principios constitucionales es la que se conoce como "ponderación>>. (...) consiste en establecer entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil. Una jerarquía axiológica es una relación de valor creada (no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes, sino por el juez constitucional), mediante un juicio de valor comparativo, o sea, un enunciado que tiene la forma lógica: "El principio P1 tiene

cuando existe colisión entre reglas se producen las conocidas antinomias, pues dos normas ofrecen soluciones diferentes e incompatibles a la misma controversia, lo cual escapa de las posibilidades del juzgador que –en razón de la legalidad- debe aplicar lo previsto en ley, pero, ¿qué ley? También puede suceder que dos jueces que conozcan de asuntos similares dicten sentencias contradictorias, en virtud de esta antinomia. La solución, entonces, estaría en una reforma legal en aras de evitar violaciones al principio de igualdad y de seguridad jurídica.

Ha de entenderse entonces, que el principio es de carácter genérico, amplio, con una categoría superior o suprema, en relación con lo que realmente constituye la regla, por cuanto los principios generalmente son el resultado de lo expresado en la norma suprema o convenios y tratados internacionales, por lo que trazan los lineamientos al juzgador para que efectivamente se cumpla con el debido proceso en cada una de las causas puestas a su jurisdicción y competencia, afirmando que en cada caso *sub lite* tienen mayor énfasis o preponderancia aquellos principios que tienen relación –lógicamente- con la justicia penal.

Siguiendo la línea de pensamiento de ALEXY, DWORKIN¹⁷² y JESTAET¹⁷³ consideran que las reglas ostentan una menor jerarquía en comparación con lo

más valor que el principio P2>>. Instituir una jerarquía axiológica se traduce en otorgarle a uno de los dos principios en conflicto un “peso>>, una importancia ético-político mayor respecto del otro. En consecuencia, el principio que tiene “más valor>> prevalece sobre el otro: se aplica, mientras que el otro se deja de lado (...). El juez se limita a valorar la “justicia>> de las consecuencias de la aplicación de uno o de otro principio en el caso concreto”.

¹⁷² DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2007, pp. 77-78. “La distinción lógica entre normas y principios aparece con más claridad cuando consideramos aquellos principios que ni siquiera parecen normas. (...) Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se infieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el número el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia (...) Al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o que no son funcionalmente importantes (la regla de béisbol de que tres lanzamientos fallados significan la exclusión es más importante que la regla de que los corredores puedan avanzar sobre una base, porque la alteración de la primera regla modificará mucho más el juego que la de la segunda). En este sentido una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento. Pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso”.

¹⁷³ JESTAET, Mathias, *La Ponderación en el Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 78-79. “La diferenciación entre reglas y principios: El primer punto clave: la teoría de la ponderación es denominada también teoría de los principios o el núcleo de la misma. Esto debido a que está fundamentada en la tesis de que las normas pueden rubricar estrictamente de forma dicotómica según su estructura teórico jurídica: de acuerdo a esto, una norma es o una

que son los principios; razón por la que el juzgador tiene que atenerse estrictamente a lo que dispone una regla aplicable a un caso concreto, interpretándola restrictivamente, sin que en ningún caso pueda ir más allá de lo que la misma dispone. Estas reglas pueden estar contenidas en leyes orgánicas, ordinarias o en otras leyes o cuerpos legales de menor jerarquía y de detectarse contradicciones entre una y otra regla, le corresponde al juzgador aplicar la de mayor jerarquía, esto es si se dan antinomias entre una ley orgánica y una ley ordinaria donde consta una misma regla que regula un derecho o una obligación, no solo los jueces sino las autoridades administrativas, por disposición constitucional tienen la obligación de aplicar la que consta en la ley de mayor jerarquía, que en este caso sería la ley orgánica.

Las contradicciones que se presentan entre unas y otras reglas, pueden ser superadas mediante la reforma de ley, a través de la función legislativa, pero esto en casos extremos, cuando ya no exista la posibilidad jurídica de solucionar las antinomias existentes entre las diferentes normas legales que tienen el carácter de reglas. Para ello el legislador tiene que estudiar la doctrina, la dogmática jurídica, la realidad socio económica política en la que vive y se desarrolla una sociedad determinada como la ecuatoriana, para que los resultados de su creación sean preceptivas claras, precisas, que le permitan al operador de justicia y, fundamentalmente, a los jueces, una comprensión y aplicación cabal.

Desbrozado el camino de la distinción entre principio y regla, así como de las clasificaciones y con sustento en la doctrina y la dogmática jurídica sobre la definición del principio de oportunidad, deviene ineludible la puntualización de este investigador en el sentido de que se trata de un principio en razón de su alcance genérico, pero que se estructura a través de un conjunto de reglas que nacen de los convenios internacionales de derechos humanos, del Derecho constitucional y del Derecho procesal penal, las cuales delimitan respecto de las premisas, principios, derechos y garantías de la víctima y del sospechoso o procesado, así como las causales y el procedimiento sobre el accionar del fiscal y de los jueces competentes.

regla o un principio. Una regla se distingue por su carácter de todo o nada, se cumple o no. En el último caso no encuentran aplicación; en el primero determina exclusivamente y terminantemente la solución del caso concreto. En contraposición a la regla como lo que "deber ser definitivo", un principio representa simplemente un "deber ser prima facie": un principio no tiene carácter de todo o nada sino de más o menos. (...)"

Por lo que este principio debe ser de carácter reglado en relación directa con el principio de legalidad, en virtud de que la regla debe ser especificada en la ley procesal penal, donde se desarrolle de manera sistematizada e integral, con regulación de las causales, el procedimiento legal y los demás aspectos relacionados con este principio. En consecuencia, el fiscal -como titular del ejercicio público de la acción- y el juzgador, no pueden extralimitarse más allá de lo que expresamente dispone la ley.

3. Origen y formas de entender el principio de oportunidad

En la legislación penal ecuatoriana existen figuras jurídicas de trascendental importancia en la solución de los conflictos penales. El COIP regula mecanismos de soluciones rápidas, tales como la conciliación, la pena natural y, fundamentalmente, el principio de oportunidad. Este principio se encuentra expresamente regulado en la ley en lo atinente a los casos en que procede, lo que significa que el fiscal y el juez no lo pueden aplicar de manera discrecional y, para su efectiva observancia, resulta necesario advertir la realización de la justicia penal como finalidad esencial del Derecho procesal penal, en el entendido de garantizar la tutela judicial efectiva respecto del ofendido y del procesado; conjuntamente con los principios de celeridad y mínima intervención penal que sirven de sustento del sistema acusatorio oral.

Para la aplicación del principio materia de esta investigación, se debe llevar a cabo la respectiva audiencia, pública y contradictoria, en la cual el fiscal le plantea al juez que aplique el principio de oportunidad y si están presentes los otros sujetos procesales -lo cual resulta opcional conforme la ley vigente- les concederá la palabra para que expresen, a través de sus abogados defensores o de manera personal, aquellos aspectos jurídicos que consideren relacionados con la petición formulada por el titular del ejercicio público de la acción, para luego dictar la correspondiente decisión que puede ser aceptando o negando la aplicación de dicho principio. Si se acepta, se ordena el archivo del proceso y la libertad inmediata del sospechoso o procesado, de encontrarse privado de su libertad; y, si se niega, el juzgador dispondrá que la causa siga el trámite legal correspondiente, según lo regulado en el COIP.

Importante puntualizar que si existe una respuesta negativa por parte del juzgador, se dispondrá que se prosiga con la investigación y se continúe el trámite legal que forma parte del estándar de los procedimientos regulados en la ley adjetiva penal, entre los cuales constan los especiales, tales como el

procedimiento directo, expedito, abreviado y la conciliación o acuerdo reparatorio, si es que el caso concreto permite la aplicación de alguna de estas figuras jurídicas de carácter procesal. De no proceder la aplicación de ninguno de los trámites o procedimientos anteriormente indicados, el fiscal decidirá continuar con la investigación, sobre la base del trámite ordinario, más dilatado por naturaleza.

Tanto en una modalidad más expedita como en la “reposada” del ordinario, el juzgador tiene el deber de garantizar que se cumpla con los principios en los que se desgrana el debido proceso¹⁷⁴, tales como inmediatez, contradicción, concentración, buena fe, lealtad procesal y oralidad, como raíz básica de actuación acertada del juzgador en el momento de adoptar una decisión, pues en atención a la importancia del bien jurídico que se protege en los conflictos de carácter penal, no cabe otra posibilidad que resolver en un tiempo razonable, garantizando de esta forma una justicia oportuna en beneficio de la víctima y procesado.

En países en los que se aplica desde hace muchos años el sistema acusatorio oral, se encuentra claramente previsto el principio de oportunidad. En el caso del sistema penal de los Estados Unidos, “...la colocación, en las manos del fiscal, de la posibilidad de acusar o no, y, en el evento de hacerlo, de plasmar mutaciones cualitativas y/o cuantitativas en los cargos impuestos, es, en concreto, una discrecionalidad que es otorgada a ese servidor público”¹⁷⁵.

En criterio propio, esa “discrecionalidad” que se le otorga al fiscal, puede rayar en lo arbitrario, ilegal o absurdo en varios casos y, por ende, violatorio a todos los derechos, principios y garantías de la víctima y del procesado; razón por la cual se considera que el principio de oportunidad reglado, en concordancia con el respeto al debido proceso, es el único válido jurídicamente.

En Ecuador se encuentra debidamente reglado en el COIP, es decir, que los supuestos en los que resulta viable la aplicación del principio de oportunidad, están taxativamente regulados en la ley procesal penal, por lo que no se asemeja al sistema anglosajón; sin embargo, su plasmación normativa no es suficiente, pues resulta necesario que los operadores de justicia tengan un conocimiento científico jurídico sobre este principio y los derechos fundamentales de la víctima y del sospechoso o procesado, a fin de que les permita tener una comprensión de

¹⁷⁴ SUÁREZ SANCHEZ, Alberto, *El debido proceso penal*, 2.ª edición, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 193.

¹⁷⁵ MUÑOZ NEIRA, Orlando, *Sistema Penal acusatorio de Estados Unidos*, Legis Editores, Bogotá, 2008, p. 178.

la figura jurídica en su contexto y utilizarla en los casos que corresponda. De esa manera, se ponen frenos a la arbitrariedad del fiscal y del juzgador en la aplicación del principio de oportunidad, ya que el objetivo de esta figura jurídica es lograr el avance de la ciencia penal, que permita solucionar los problemas jurídicos que se presentan en el convivir diario de la sociedad, sin pensar en un proceso penal como única posibilidad, sino en opciones que propicien de manera efectiva, oportuna y simplificada la garantía de los derechos fundamentales de los sujetos pasivo y activo del delito.

4. CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

BANACLOCHE PALAO considera que el principio de necesidad está siendo desplazado por el principio de oportunidad, que subordina la persecución de todos los delitos -o bien su castigo- a la voluntad de quien ejerce la acusación, es decir, que cabe un acuerdo entre acusadores y acusados; acuerdo que resulta vinculante para el tribunal y por ello se alude a “disponibilidad” en el proceso penal, en el entendido de que “se acerca cada vez más al principio dispositivo en detrimento del de oficialidad”¹⁷⁶.

El principio de oportunidad, por su finalidad procesal, permite cumplir con la celeridad y una justicia oportuna, aplicable únicamente en los casos que de manera expresa dispone la ley; razón que favorece el cambio del criterio jurídico tradicional por un nuevo mecanismo jurídico penal, que permite resolver las controversias entre la víctima y victimario, sin afectar sus derechos fundamentales.

En consecuencia, las características del principio de oportunidad se pueden sintetizar en las que se enuncian a continuación.

El fiscal, como titular del ejercicio público de la acción penal, es la autoridad que puede abstenerse de iniciar una investigación penal o desistir de la ya iniciada en los casos permitidos por la ley.

Permite cumplir con la celeridad en la administración de justicia en delitos menores conocidos también como de bagatela. Sin embargo, este autor considera que la víctima y el sospechoso o procesado, con independencia de la entidad del delito, deben ser oídos e informados durante el proceso y la aplicación de este principio no puede enervar lo que constituye un derecho fundamental; de manera que no hacerlo implica un quebrantamiento de la igualdad y del macro-

¹⁷⁶ BANACLOCHE PALAO, Julio, *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Penal*, 2.ª edición, La Ley, Madrid, 2011, pp. 29-30.

principio tutela judicial efectiva. De manera particular, no pueden “hacerse a un lado” el derecho a la reparación integral oportuna de la víctima, y los derechos a guardar silencio, a presumir su inocencia y a la no autoincriminación en relación con el sospechoso o procesado.

Con la aplicación del principio de oportunidad correctamente codificado, se logra descongestionar la Administración de Justicia penal que se encuentra saturada por la cantidad de noticias del delito que llega a la FGE. Al no iniciar una investigación ni un proceso penal, disminuyen los costos procesales y, consecuentemente, los gastos del erario nacional, así como los esfuerzos de los recursos humanos que actúan en calidad de operadores de justicia en materia penal.

La falta de investigación penal o el desistimiento de la ya iniciada por parte del fiscal, en aplicación directa del principio de oportunidad, no afecta el interés público ni a los intereses del Estado, por cuanto solo procede en delitos cuya pena privativa de libertad no excede de cinco años y en los delitos culposos, cuando el infractor como consecuencia de la comisión de la infracción, sufre un daño físico grave que le imposibilita vivir normalmente. Imprescindible insistir en que no resulta aplicable en los delitos graves o en los que violen los derechos humanos, con el fin de precautelar los derechos de la víctima que sufre el gravamen como consecuencia de la comisión del delito, pues, en estos casos, la sociedad exige que se imponga una sanción al responsable, en estricto cumplimiento del principio de legalidad. Ya en cuanto a la imposición de la pena, el juzgador la determinará sobre la base del principio de proporcionalidad en concordancia con el principio de legalidad, es decir, considerando las infracciones y las sanciones penales, pero que -en ningún caso- puede aplicar el indicado principio al arbitrio del fiscal y juzgador, sino en estricto cumplimiento de lo que dispone la ley.

Favorece al principio universal de mínima intervención penal, pues la actuación del fiscal, como titular de ejercicio público de la acción penal, debe ejercitarse únicamente en los casos que sea necesaria, cuando exista ataque a bienes jurídicos más significativos para la sociedad y el Estado y no en delitos donde la lesividad a la víctima o a la sociedad es mínima.

Evita el hacinamiento carcelario y la congestión penitenciaria, por cuanto, al no iniciarse la acción penal o desistir de la ya iniciada, no se ordena la prisión preventiva por parte del juzgador. Si no existen razones para ejercitar la acción penal, pues menos aún existe la posibilidad de una sentencia en la que se le

imponga una pena privativa de libertad al infractor, por lo que carecería de lógica procesal y humana imponer una pena preventiva que resulte desproporcionada a lo que en definitiva sería el resultado de la actuación del fiscal y del juzgador. De manera que con la aplicación del principio de oportunidad, los sospechosos o procesados que resulten beneficiarios se ven librados de la privación de su libertad individual. Todo esto trae como consecuencia que las cárceles públicas se oxigenen y se evite la aglomeración, lo que tributa a la observancia de los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

Prevalece la justicia material, en contraste con el formalismo legal, es decir, que la mayoría de los casos en los que se acepte el principio de oportunidad, a más de no ocasionar mucho daño en la persona de la víctima, esta última tiene la posibilidad jurídica de exigirle al infractor la reparación integral. Posibilidad que, aunque postergada en la legislación penal ecuatoriana vigente, por tener que acudir a nueva reclamación, se le reconoce y con ello se estaría aplicando una justicia restaurativa. Lo cierto es que derecho concedido, pero postergado o dilatado, equivale a violación del derecho a la reparación integral de la víctima que puede visualizar esta “obligada posibilidad” como su revictimización.

Posibilita a los órganos públicos encargados de la persecución penal, prescindir de ella, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. En este caso, le corresponde a la FGE solicitar al juez la aplicación del principio de oportunidad, tomando en cuenta que en Ecuador es reglado, aunque a criterio del autor las dos causales y el procedimiento legal establecido para su aplicación, son violatorios de los derechos fundamentales de la víctima y del sospechoso y procesado (art. 412 COIP).

Depende de la política criminal de cada Estado, considerando que el fin primordial de la justicia es alcanzar la paz social, por lo cual está obligado a dictar una política criminal acorde a la realidad social, económica, política y cultural; en cuya virtud, se exime de perseguir a ciertas conductas que no tienen relevancia para la sociedad, pues no constituye exclusivo propósito del Estado hacer valer el *ius puniendi* en contra de todas las personas que violen la ley penal, sino que sus orientaciones de política criminal van dirigidas a establecer prioridades. Se trata de que el encarcelamiento de un individuo que ha cometido un delito menor, puede ser la pérdida total de esta persona, considerando que los centros de rehabilitación social no permiten una adecuada reinserción del

infractor a la sociedad, por lo que, en muchos casos, resulta preferible aplicar el principio de oportunidad para alcanzar una mejor convivencia social.

En audiencia, el fiscal deberá demostrar ante el juzgador que el caso cumple con los requisitos legales necesarios para su aplicabilidad. No se trata de opciones, sino de presupuestos; o se cumplen todos los requisitos de orden legal o se vuelve improcedente dicho principio.

En caso de que el juez no estuviese de acuerdo con la petición del fiscal, este remitirá para su pronunciamiento al superior y si se ratifica la apreciación de que procede la aplicación del principio de oportunidad, el juez declarará la extinción de la acción penal. Por el contrario, si el fiscal superior revocara la decisión del fiscal inferior, no se podrá pedir nuevamente la aplicación del principio de oportunidad y el caso pasará a conocimiento de otro fiscal para que continúe con la investigación y, por ende, con el proceso penal a fin de que el juzgador sobre la base de las pruebas presentadas, ordenadas, practicadas e incorporadas en la audiencia de juzgamiento, dicte la sentencia respectiva.

5. RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El principio de oportunidad forma parte del Derecho procesal penal y se encuentra regulado en el Segundo Libro, Título II, Capítulo I, del COIP.

Como pauta de actuación, permite que se desjudicialicen ciertas causas, por no existir un interés social ni público para proseguir con el trámite ordinario o cualquier otro especial hasta la imposición de la sanción al infractor. Por ello se afirma, con acierto, que constituye un mecanismo de política criminal que permite cumplir con el principio de celeridad, así como disminuir la carga laboral de la FGE y de los órganos de la Administración de Justicia penal; y, esencialmente, muestra su relevancia cuando soluciona de manera oportuna la situación jurídica de la víctima y del sospechoso o procesado a pesar de que las reglas vigentes en Ecuador no garantizan sus derechos fundamentales.

Es preciso mencionar que el Estado ha utilizado medios de control social ante el deterioro de los principios de legalidad e igualdad penal, lo que ha motivado el surgimiento del principio de oportunidad como política criminal. Sin embargo, ello no ha sido logrado a través de la ley penal para orientar la administración de justicia, sino que se le ha instrumentado como una salida a la crisis de procedimientos penales, así como a través de criterios reglados que permitan su correcta aplicación; de manera que constituye una figura más política que jurídica, por estar ligada esencialmente a razones de política

criminal, pero sin desconocer que la obligación constitucional va más allá de proteger bienes jurídicos, pues llega a buscar mecanismos propios que permitan que el Estado -como garante de derechos- pueda cumplir con su fin mediante una aplicación “flexibilizada” de la ley penal¹⁷⁷.

El autor comparte el criterio de VILLANUEVA en cuanto a que este principio nace como consecuencia del deterioro de los de legalidad e igualdad penal y que en la actualidad tiene una relevancia significativa, porque realmente constituye una alternativa válida jurídicamente a la crisis de los procedimientos penales existentes en Ecuador y en varios países de la comunidad mundial, siempre que este principio se encuentre legislado o regulado en la ley procesal de manera integral, porque de ser puro o no reglado, se podrían generar abusos de poder o arbitrariedades por parte de fiscales y jueces.

Lo cierto es que la consideración de que el Derecho Penal es de última ratio, ha encaminado el pensamiento teórico de esta ciencia jurídica se encaminan hacia la compatibilización de su “rígida” aplicación con mecanismos procesales como es el principio de oportunidad; siempre en el entendido de que sus reglas sean claras y, en especial, que garanticen los derechos de la víctima y del sospechoso o procesado.

Existen varios tratadistas que consideran que la aplicación del principio de oportunidad viola garantías fundamentales, así GALLARDO ROSADO afirma que al colocar en manos del fiscal la posibilidad de abstenerse de ejercitar la acción penal, se obstruye directamente la función jurisdiccional en lo que resulta que el principio de oportunidad provoca una desjudicialización, pero que ello contradice la esencia del proceso penal¹⁷⁸. Criterio que se comparte parcialmente, en cuanto al peligro que puede entrañar la desjudicialización cuando se vulneran ciertas garantías en virtud de una regulación deficiente, pero no existe una obstrucción de la administración de justicia ni es contrario a la esencia del proceso penal, cuando deviene en alternativa válida como mecanismo de política criminal regulado por el Derecho. Al efectivizarse el principio de oportunidad con la decisión de no iniciar la investigación o desistir de la ya iniciada por parte del fiscal y la aceptación de juzgador competente, si bien es cierto que no hay una sanción en contra del infractor, se produce la extinción de la acción penal, por lo que es posible que el sospechoso o procesado lo tome como un mecanismo de prevención, a fin de que en el futuro no se convierta en un reincidente.

¹⁷⁷ VILLANUEVA MEZA, Javier, *El Principio de Oportunidad. Justicia Restaurativa ...*, cit., p. 221.

¹⁷⁸ GALLARDO ROSADO, Maydeli, *Derecho Procesal Penal*, Porrúa, México, 2012, p. 125.

Al respecto, CONTRERAS ALFARO considera que las facultades de oportunidad permiten al Ministerio Público llegar a desjudicializar hechos que revisten caracteres de delito, lo cual no significa una despenalización total o parcial de los tipos, con independencia de que se acredite la existencia del hecho punible o la autoría o la participación de personas responsables, por lo que “dichas facultades de oportunidad son verdaderas alternativas al procedimiento más no procedimientos alternativos”¹⁷⁹. Criterio que no es compartido por el autor de esta investigación, por cuanto la aplicación del principio de oportunidad en delitos de bagatela es de gran relevancia, en tanto supera la condición de alternativa al procedimiento, para erigirse en procedimiento relevante que se encuentra regulado por el Derecho procesal penal y que al ser debidamente reglado de manera integral respecto de sus principios, causales, procedimiento y derechos de la víctima y sospechoso o procesado, se convertirá en un mecanismo de política criminal que -de alguna manera-ofrezca respuesta al crecimiento de la delincuencia. Trasciende de forma tal que permite que los fiscales y jueces concentren sus esfuerzos en probar la existencia de la infracción y la responsabilidad penal del procesado respecto de aquellos delitos que sí afectan gravemente a la víctima y al interés público y del Estado.

Sirven de apoyatura las razones de VALLEJO TORRES, quien considera que el principio de oportunidad es un medio procesal que evita pérdida de tiempo en procedimientos penales innecesarios, en delitos que no tienen mayor trascendencia o implicación social, sino que interesan únicamente a particulares, quienes pueden alcanzar su satisfacción mediante otras soluciones ajenas al cauce judicial y ello contribuye a la descongestión de la Administración de Justicia penal, “... al afectar a conductas típicamente de escasa trascendencia criminógena, que son las que sobrecargan la Administración de Justicia Penal, eliminando los conocidos riesgos de las penas cortas privativas de la libertad, cuando así lo aconseje la satisfacción del interés social y el derecho del perjudicado”¹⁸⁰.

Por lo tanto, el principio de oportunidad correctamente regulado por la ley, constituye un mecanismo procesal que permite dar respuesta en un plazo razonable, tanto al sujeto activo como al sujeto pasivo de la infracción penal,

¹⁷⁹ CONTRERAS ALFARO, Luis, *Corrupción y principio de oportunidad penal. Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*, Ratio Legis, Salamanca, 2005, p. 32.

¹⁸⁰ VALLEJO TORRES, Williams, *El Principio de Oportunidad como fuente de restauración del Derecho Penal*, 1ª edición, Jurídica, Guayaquil, 2014, pp. 62, 74.

cumpléndose además el principio de celeridad, siempre que se respeten los principios fundamentales de sus intervinientes, para que de esta manera esté en concordancia con la normativa jurídica nacional e internacional.

Siguiendo este mismo criterio, se señalan otras ventajas como es la mejoría en la eficacia de los órganos de administración de justicia al disminuirse los gastos y recursos económicos que devenga al Estado y a la sociedad, también permite a los fiscales que investiguen los delitos que afectan gravemente bienes jurídicos y que producen mayor alarma social, con una finalidad resocializadora, promoviéndose la potenciación de la reeducación social mediante la adaptación de la iniciativa penal del reo, en beneficio del proceso penal en su conjunto¹⁸¹.

Se considera, entonces, que el desarrollo de un modelo de aplicación del principio de oportunidad, donde se privilegien los derechos fundamentales de la víctima y sospechoso o procesado, permitirá alcanzar frutos positivos, en beneficio de los sujetos activo y pasivo del delito y de la sociedad en general, porque las penas privativas de la libertad -en la mayoría de los casos- producen resultados nefastos en contra del sentenciado, por no existir una verdadera rehabilitación social y más bien lo que se aprecia es una tendencia a que se convierta en reincidente en la comisión de delitos e incluso de mayor gravedad, lo cual resulta contrario a la política que persigue el Estado respecto de los sentenciados.

En este contexto, RODRÍGUEZ GARCIA y CONTRERAS ALFARO reflexionan que debe basarse en el acuerdo entre la víctima y el sospechoso procesado, promoviendo que las nuevas tendencias procesales penales tengan por objeto brindar mayor agilidad, eficacia y con la nota de prevención especial resocializadora, en aquellos casos en los que para darse la suspensión del procedimiento penal, se requiere de condicionamientos como los mecanismos alternativos de solución de conflictos¹⁸². De manera que si se arriba a un entendimiento entre ofendido y sospechoso o procesado, donde se garanticen los derechos de dichos sujetos procesales y no se atente contra el interés público, bien hacen el fiscal y el juez de dar trámite y resolver el conflicto jurídico de

¹⁸¹ CALLEJO CARRIÓN, Soraya, "El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores", en *Diario La Ley*, España, 24 de noviembre de 2005, p. 2.

¹⁸² RODRÍGUEZ GARCÍA Nicolás & Luis, CONTRERAS ALFARO, *Criterios de flexibilización en el ejercicio y sostenimiento de la acción penal*. La Ley, 18 de mayo de Madrid, 2005, p. 4.

carácter penal, a través del principio de oportunidad, mediante la resolución del juez competente debidamente motivada.

En ese mismo orden de ideas, la importancia del principio de oportunidad radica en que se lo utiliza por sus efectos políticos criminales, en los casos de lesividad del bien jurídico, siendo más beneficioso que la preclusión o absolución, como resultado de la supuesta ausencia de antijuridicidad material, por consiguiente en un futuro próximo se prevé que las infracciones cometidas en circunstancias similares sean resueltas con apego a este principio, constituyendo por lo tanto un precedente para la autoridad judicial¹⁸³. Concepción que concuerda con el criterio de INOA, al señalar que “(...) la criminalidad debe entenderse en un sentido más amplio que la judicialización de los casos, procurando ser un instrumento que cumpla fielmente con los fines esenciales de un Estado Democrático de Derecho”¹⁸⁴, es decir, que el proceso penal que procura llegar a la sentencia, debe ser aplicado únicamente en aquellas infracciones en las que el sujeto activo las ejecuta de manera intencional y maliciosa, más no cuando la lesividad a la víctima es mínima, como los que ocasionan los delitos menores o de bagatela.

La comprensión sobre la aplicación de este principio debe ser de manera total o íntegra, a fin de determinar su relevancia dentro del Derecho procesal penal como elemento integrador de esa estructura que es la política criminal de un Estado, porque solo así se logra que todas las instituciones estatales que intervienen directamente en la solución de conflictos de carácter penal, articulen sus esfuerzos de forma coordinada y oportuna para que se vean cristalizados los objetivos para los cuales ha sido creado, por lo que deviene imprescindible el desarrollo de un modelo en el que se respeten los derechos de todos los intervinientes. Se trata de la necesidad de preservar derechos tales como el de información oportuna, igualdad, derecho de defensa, tutela judicial efectiva, que el conflicto se resuelva por un juez o tribunal competente, porque los sujetos procesales requieren que además de respetarse el debido proceso, el juzgador les dé una respuesta, en la cual se expliquen de manera simple y clara las razones

¹⁸³ MESTRE ORDÓÑEZ, José, *La discrecionalidad para acusar. Aspectos generales...*, cit., p. 321.

¹⁸⁴ INOA LAZALA, Orlidy, *El Principio de Oportunidad como manifestación del Principio de Mínima Intervención, en el Proceso Penal Acusatorio*, Escuela Nacional del Ministerio Público, Santo Domingo, D.N., República Dominicana, 2009, p. 36. Sustenta la autora que: “La aplicación del principio de oportunidad procura lograr fines muy saludables desde el punto de vista de la política criminal, sobre todo que la selectividad natural no se realice de forma arbitraria, sino con pautas definidas de manera transparente, convirtiéndose en un excelente mecanismo para racionalizar el uso del poder de persecución penal, al dirigir los recursos del Estado a la persecución del tipo de criminalidad de mayor costo social”, p. 27.

por las cuales se decidió solucionar el conflicto penal mediante la aplicación del principio de oportunidad, sin olvidar que en cuanto a la víctima -por sencillo que sea el procedimiento legal donde se decidirá sobre sus derechos- se tenga presente siempre su reparación integral, según lo establecido en los convenios internacionales de derechos humanos, la CRE y la ley.

Por lo tanto, la razón de ser del principio de oportunidad radica en las instituciones procesales que permiten al órgano de persecución criminal, disponer de la acción por motivos de eficacia, en cuya virtud se reprimen únicamente los delitos realmente dañosos. Oportunidad significa conveniencia político criminal, que concede más espacios a la conciliación entre el infractor y víctima, en pos de lograr celeridad y eficacia.

Acorde con las nuevas tendencias procesales penales, advierte CONTRERAS ALFARO sobre la necesidad de prevención y resocialización y para ello se refuerzan las facultades de negociación del fiscal; pero como nunca se tiene la certeza absoluta en cuanto al respeto de las garantías fundamentales de presunción de inocencia, igualdad de las partes y seguridad jurídica, esas facultades no pueden quedar al libre arbitrio del fiscal, sino que requieren de control del órgano jurisdiccional y de previsión específica del ordenamiento jurídico pertinente y siempre que su ámbito de actuación se circunscriba a determinados, a fin de que no se convierta en una posibilidad de impunidad y privilegio de unos pocos, ni un convite a delinquir¹⁸⁵.

De lo expresado, nace la razón de ser del principio de oportunidad en una relación directa con la política criminal, a fin de que el titular del ejercicio público de la acción, basado en la normativa jurídica pertinente, no ejerza el *ius puniendi* en ciertos casos regulados expresamente por la ley, pero que cuando tome esa decisión, lleve el caso ante un juez competente, que es el que ejercerá funciones de control jurisdiccional y de esa forma se eviten arbitrariedades del fiscal. De manera especial, como juez garantista debe velar por el cumplimiento del debido proceso y el respeto de los derechos fundamentales de la víctima y del sospechoso o procesado.

En lo atinente, MAIER afirma que “el principio de oportunidad cada vez abarca mayor campo, no solo en cuanto a la cantidad de infracciones comprendidas, sino en cuanto a la supresión de requisitos formales para que opere. En este sentido, la observación de que cada ley de reforma algo agrega en esta disciplina y quita sistemáticamente las trabas formales para que

¹⁸⁵ CONTRERAS ALFARO, Luis, *Corrupción y principio de oportunidad...*, cit., pp. 35-37.

proceda, es un índice determinante de la política legislativa que se sigue (...)”¹⁸⁶. A su entender, las pautas que regulan el principio de oportunidad son deficientes y requieren de reforma a medida que avanza el tiempo y cambian las necesidades sociales, pero ello amerita un direccionamiento de carácter científico, de una fundamentación de orden filosófico, doctrinal, jurídico, social y político, a fin de alcanzar la meta de que el legislador dicte leyes que regulen dicha figura jurídico procesal de manera integral.

En efecto, este principio cobra mayor preponderancia en atención a que el número de infracciones aumenta de manera incontrolable y que los fiscales y jueces no están en capacidad de investigar y resolver la totalidad de los casos que llegan a su conocimiento y resolución, aclarando que la mayoría de las noticias del delito son respecto de hechos poco significativos para la víctima y para la sociedad.

Ante esta realidad jurídico-procesal, se requiere que los operadores de justicia tengan una comprensión total de la utilidad de esta herramienta de carácter procesal, para incentivar que en el futuro se dicte una legislación que permita contrarrestar en parte la ola de delincuencia que existe en la actualidad y que tenga como propósito alcanzar un convivir armónico entre todos los miembros de la sociedad, ya que la imposición de penas privativas de libertad, no solo afectan al infractor por no ser rehabilitado en su integridad, sino que genera más violencia que altera la paz social.

Por ello, el principio de oportunidad resulta justificado en razones de igualdad, porque prescinde de causas irrelevantes para el orden social que impiden que el sistema penal se ocupe de asuntos más graves. La actual concepción de la pena y de una administración de justicia que no atiende solo a la sanción favorece la aplicación del principio de oportunidad que surge como “...un instrumento altamente preciso para llevar a cabo tal misión, excluyendo la pena cuando sea perturbadora para la resocialización o cuando carece de sentido su imposición”¹⁸⁷.

¹⁸⁶ MAIER, Julio B. J., *La ordenanza Procesal Penal Alemana (su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos)*, vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 129.

¹⁸⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado...cit.*, p.470. En este propio texto, el autor especifica los casos en que procede la aplicación del principio, así anota que son los doce que relaciona: “1. Los asuntos de bagatela: cuando el proceso tuviera como objeto un delito castigado con pena privativa de libertad mínima inferior a un año, si la culpabilidad del autor fuera considerada insignificante, y no existiera interés público en la persecución. (...) 2. En asuntos de poca importancia, por cumplimiento de prestaciones sustitutorias: (...) 3. Abstención de ejercitar la acción: cuando se dieran los presupuestos bajo los cuales el Tribunal podrá prescindir de la pena, la Fiscalía podrá abstenerse de ejercitar la acción pública. 4 Cuando se trate de hechos cometidos en el extranjero: (...) 5. Por motivos políticos: (...) 6. En caso de arrepentimiento activo:

Con respecto a los delitos que son posibles ser solucionados sobre la base del principio de oportunidad, PERDOMO expresa que los delito se dividen en los que atentan a la persona en particular y aquellos que tienen un gran impacto en la sociedad, produciéndose una interacción social, que va mucho más allá de la simple protección de algún bien jurídico protegido; sin embargo, no todos los delitos que protegen bienes de la colectividad son parte para el análisis de oportunidad¹⁸⁸. Es por eso que resulta indispensable que la normativa jurídica que regule el principio de oportunidad, sea de carácter integral a fin de que el fiscal y el juzgador actúen con conocimiento de causa y, por ende, con certeza en la aplicación del principio como solución de los conflictos penales para evitar la vulneración de los derechos fundamentales de la víctima y victimario.

En consecuencia, el principio de oportunidad permite la solución de conflictos de carácter penal de manera eficaz, eficiente y oportuna, sin crear conflictos de venganza entre las partes involucradas en la comisión de una infracción¹⁸⁹ que violenten los derechos humanos y en cuyo caso se faculta al fiscal para que solicite al juez competente la aplicación del principio como un mecanismo alternativo en la solución de conflictos de carácter penal, pero siempre con puntual indicación normativa de las causales y su procedimiento. No resulta factible que se establezca la opción de aplicarlo sin la exigencia de una regulación legal, porque ello puede alterar la paz social, frente a la posible arbitrariedad del fiscal y del juez.

Quienes están en el quehacer diario de la administración de justicia en materia penal, tienen una concepción clara del accionar que tienen los operadores de justicia, fundamentalmente la FGE, que es la que recepta las noticias del delito, donde llegan un sinnúmero de casos sobre la comisión de delitos del ejercicio público de la acción; razón por la cual en los últimos años no ha sido posible una investigación cabal y, como consecuencia, los delitos

(...) 7. En caso de hechos punibles accesorios no esenciales: (...) 8. Limitaciones en la persecución penal: Si no tuvieran importancia determinadas partes separables de un hecho, así como determinadas infracciones de la ley entre varias que se hubieran cometido mediante un mismo hecho: (...) 9. Extradición y destierro: (...) 10. En caso de chantaje: (...) 11. En caso de cuestión prejudicial civil o administrativa: (...) 12. En caso de denuncia calumniosa o de injurias (...)", pp. 472-475.

¹⁸⁸ PERDOMO TORRES, Jorge, *Los principios...*, cit., pp. 152,154.

¹⁸⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal...cit.* p. 101. MIR PUIG, al referirse al bien jurídico protegido, manifiesta que se origina en un interés de la vida que surge de las relaciones sociales, pero dicho interés vital no se convierte en bien jurídico hasta que resulta expresada en ley su protección y que es el Derecho el que debe elegir entre los intereses sociales, cuáles deben convertirse en bienes jurídicos.

graves o de gran trascendencia social -tales como los de lesa humanidad, sexuales, contra la vida, contra la propiedad, la libertad individual y otros-, en los cuales la sociedad espera y reclama una respuesta enérgica de los operadores de la justicia penal, no han contado con ella a plenitud. De modo que la aplicación de la oportunidad podría –y de hecho así es- convertirse en un lenitivo a esta crítica situación que enfrenta la administración.

Claro que, como se ha apuntado, ello no puede ser ajustable a todos los tipos penales y al respecto, MIRANDA señala que “...se ha propuesto la incorporación a la ley de un catálogo de delitos (...). Otros autores se muestran contrarios (...) aunque sí que el juez deberá, en todo caso, ponderar la gravedad del hecho delictivo. Gravedad que vendrá determinada no solo por la pena que el delito lleva aparejada, sino también en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social de los hechos”¹⁹⁰.

Frente a esta realidad, resulta irrefutable que no es posible que se atienda a la totalidad de los casos de carácter penal puestos a conocimiento del fiscal y los jueces competentes, por lo que deviene necesario que el legislador basado en la doctrina, la dogmática, la jurisprudencia, los convenios internacionales de derechos humanos y la CRE, dicte normas jurídicas sabias innovadoras del Derecho Penal, en el sentido de que no sean meramente “sancionadoras”, sino que permitan solucionar los conflictos penales que a diario se presentan en una sociedad determinada; y una de esas figuras legales es el principio de oportunidad.

Por otra parte, si bien es cierto que la víctima de un delito tiene derecho a reclamar que se sancione al infractor y que se le otorgue una reparación integral, y que de no lograrse puede interpretarlo como impunidad e inseguridad jurídica, ello hay que equilibrarlo con la posibilidad física y objetiva de que cuando se trate de delitos “menores” no tengan que transitar por las diferentes etapas del proceso penal, ni de los recursos que se encuentran regulados por la ley, lo que significa evitar que se ponga en funcionamiento la maquinaria judicial en casos que no lo ameritan y ello contribuye a la reducción del habitual costo que es asumido por el Estado.

En este contexto, se debe recordar que en tanto el Derecho Penal es de última ratio no es necesario -para dar una respuesta adecuada y fundamentada en la preservación de los derechos de la víctima- que se juzgue al infractor, sino que

¹⁹⁰ MIRANDA, Manuel. “Libertad, Intimidación, Seguridad Individual ante Intervención Estatal”, en *Derecho Procesal Penal*, MEDRANO, Claudio et. al. (Coordinadores), Escuela Nacional de la Judicatura, Editora Amigo del Hogar, Santo Domingo, 2006, p. 135.

existe la posibilidad jurídica de alternativas con sustitutos de la privación de libertad como el trabajo comunitario o la suspensión condicional de la pena.

En este orden de ideas, se ha precisado que: “La aplicación por el juez de una pena alternativa a la de prisión (...) y la aplicación de la pena de trabajo en favor de la comunidad o de tratamiento en libertad o en semilibertad, tiene el objetivo de contribuir a la desinstitucionalización de la pena de prisión y, en especial, a evitar las penas breves de prisión”¹⁹¹. En consecuencia, la construcción del marco jurídico debe ser a partir de la consideración de que las penas privativas de la libertad del infractor no han sido la solución, por lo que la necesidad actual se manifiesta en la regulación de penas alternativas que provean de una solución ágil del conflicto penal y, sobre todo, que “humanice” el ejercicio del *ius puniendi*.

5.1. La aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal

Para DELMAS-MARTY al referirse a este tema expresa que: “(...) la política criminal tiene, ante todo, como objetivo permanente el asegurar la cohesión y la supervivencia del grupo social haciendo frente a las necesidades de seguridad de las personas y de los bienes (...) las grandes corrientes ideológicas imponen estas opciones, situándolas, al menos en parte, sobre tres ejes fundamentales: libertad, igualdad, autoridad; sobre la base de que, en la realidad, la corriente igualitaria se determina según los ejes: igualdad y libertad o igualdad o autoridad”¹⁹². En la misma línea IGLESIAS, afirma que la política criminal se basa en la libertad y tiene como finalidad garantizar la seguridad de los miembros de la sociedad, mejorar el funcionamiento del sistema penal y de manera especial, ejerciendo la mínima violencia, que permita que los conflictos jurídicos-penales se resuelvan de manera pacífica¹⁹³ en tanto a la materialización de la política pública, ésta se concreta en base a normas legales por lo que específicamente se la denomina política jurídico-penal¹⁹⁴. Así, la política criminal, como parte de la política jurídica de un

¹⁹¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, Cuadernos para la Reforma de la Justicia: Las Penas Sustitutivas de Prisión, México D.F., UNAM, México, 1995, p. 97.

¹⁹² DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de política criminal*, traducido por BARBERO SANTOS, Marino, Gráficas Arias Montano S.A., Madrid, 1986, pp. 26-27.

¹⁹³ IGLESIAS MACHADO, Salvador, *Consideraciones de política criminal: globalización, violencia juvenil y actuación de los poderes públicos*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 114.

¹⁹⁴ BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de Política Criminal: la política criminal aplicada*, Tomo II, Boch editor, Barcelona, 2007, p. 73.

Estado, consiste en criterios de decisión respecto de los sistemas dogmáticos para la aplicación del Derecho Penal, en cuya virtud se trazan líneas de actuación de instituciones jurídicas, estatales y sociales para el control de la delincuencia y eficacia en beneficio de toda la colectividad¹⁹⁵.

Frente al crecimiento desmedido de la criminalidad, el Derecho Penal -con sus elevadas y casi siempre aplicables penas privativas de libertad- no resulta suficiente. Su aplicación por el titular del ejercicio público de la acción, con la investigación de todas las noticias de delito que le llegan y llevando la totalidad de los casos a los jueces y tribunales competentes para que dicten sentencias condenatorias en contra de los responsables con la imposición de penas muy severas o de larga duración que afectan al derecho de libertad individual, hasta en los delitos menores o de bagatela, no ha dado el fruto que con esta penalización se perseguía. Paralelamente a la imposibilidad de sancionar a todos los actos humanos que vulneran la ley penal y como expresión de la necesidad de controlar el crecimiento de la tasa delictiva, emerge el principio de oportunidad reglado para que —como alternativa a la imposición de pena— se convierta en una verdadera política criminal de enmienda de la conducta humana, a fin de que el sospechoso o procesado no se convierta en reincidente y, por ende, en un individuo negativo para la sociedad.

La imposición de penas privativas de la libertad no constituye procedimiento idóneo para disminuir la criminalidad en Ecuador —como tampoco en el resto de los países—, por cuanto no existen políticas que permitan una verdadera rehabilitación social del sentenciado, que logren convertirle en un ser humano útil para la sociedad y que su reincorporación lo haga en las mejores condiciones sociales, culturales y educativas; sino que, por el contrario, se convierte en un experto en la comisión de toda clase de crímenes, afirmando que entre más duras sean las penas privativas de libertad menos posibilidad de reeducarle al infractor existe.

Ante esa realidad, deviene ineludible recurrir a la educación continua, permanente e integral de las y los ciudadanos, en valores y reglas de comportamiento humano de manera general, a fin de que la propia conciencia de la persona, su propio yo, le impida la violación de la ley penal, en todos los actos

¹⁹⁵ VILLANUEVA MEZA, Javier, *El principio de oportunidad. Justicia restaurativa...cit.* En la página 523, marca el autor que la política criminal, es la política estatal de control social y solución de conflictos, dirigida hacia las acciones humanas consideradas más violentas o conflictivas, en un país determinado en tiempos de paz, siendo su objetivo la prevención del delito y la ciencia que la estudia es la criminología, la cual examina asuntos político-criminales preventivos bajo el rubro “criminológicos”.

que realiza diariamente en el convivir con los demás miembros de la sociedad y únicamente así se alcanzará una vida armónica y respetuosa de los derechos ajenos, en un conglomerado social determinado.

En esta línea, HERRERA FARIA señala que a través de la política criminal de aumentar la pena no se va a lograr una disminución del índice de criminalidad, por cuanto “la amenaza es una herramienta de política criminal de poca duración que se desgasta y se fragmenta, incita y dirige la conducta humana a lo prohibido, por lo que es mejor acudir a la persuasión dirigida por la inteligencia pura y funcional de política criminal”. Y continúa este autor con la precisión de que si se pretende reducir o controlar el índice de criminalidad ha de ser a través de la combinación coherente, cual sistema, “de la satisfacción de la necesidad de justicia política, económica, social y cultural, así como de una justicia en términos de resolución y administración de los conflictos legales y enseñando al ciudadano para que aprenda a reprimir la conducta delictiva a través de un proceso autónomo”¹⁹⁶. Entonces, la herramienta más efectiva para disminuir la delincuencia es a través de la educación en valores a todos los miembros de la sociedad, así como garantizando por parte del Estado, la prestación de un servicio de justicia eficiente, oportuno, transparente y que siempre se busque el cumplimiento del debido proceso.

Precisamente, uno de los rasgos que logra diferenciar el enfoque tradicional y el alternativo de la política criminal, es el uso desmesurado o racionalizado —respectivamente— que se haga de la fuerza por parte del Estado en aras de solucionar los conflictos sociales y que la introducción de un mecanismo de “liberación penal” responda claramente a fórmulas de opción que no de sanción, por lo que el principio de oportunidad como elemento de política criminal plantea una disyuntiva diferente frente al control social formal de ciertas conductas al introducir la posibilidad de utilizar alternativas al juzgamiento sin desconocer los derechos de las víctimas. Agrega SALAMANCA que el principio de oportunidad reglado a cargo del fiscal, pone en movimiento al aparato penal para suspender la persecución de algunas conductas, lo cual es compatible con los postulados que defiende el Derecho Penal mínimo y la política criminal alternativa, ya que evita el

¹⁹⁶ HERRERA FARIA, Jaime, *La teoría de la represión individual de la conducta delictiva o desviada*. Revista de Derecho Penal, n.º 45, Leyer, Bogotá, 2004, p. 65.

enjuiciamiento y la imposición de penas, mediante la desjudicialización de ciertos tipos penales¹⁹⁷.

Por ello, la ley procesal penal de la mayoría de los países regula varios mecanismos alternativos de solución de conflictos de carácter penal, con la mira siempre en una opción que permita disminuir la carga laboral de los operadores de justicia y que, fundamentalmente, se cumpla con el principio de mínima intervención penal, lo cual significa que los delitos de bagatela y contravenciones sancionados con penas privativas de la libertad sean zanjados a través de la conciliación, la mediación o el principio de oportunidad. Opciones en las que, por un lado, se respeten los derechos de la víctima en todo lo atinente a la reparación integral, y por otro, los derechos del infractor, tales como el de presunción de inocencia y a ser escuchado por un juez competente en el momento apropiado, a fin de que se efectivice el derecho de defensa material por sus propios medios y la defensa técnica por parte de su abogado defensor. Todo ello contribuye a la formación de una cultura de paz, en la que prevalece el aforismo que aún se enseña en las aulas universitarias: “más vale el peor de los arreglos, que el mejor de los pleitos”. Claro que, en sede penal, cualquier “arreglo” que se alcance ha de estar conforme a las líneas dibujadas por la política criminal del Estado¹⁹⁸.

Una cuestión a denotar es que la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal no combate de manera integral la delincuencia, pero contribuye a su disminución, siempre que exista un modelo jurídico que vele por el respeto de los derechos fundamentales de la víctima y del sospechoso o procesado y que, al ser debidamente reglado, cada caso concreto llegue a un feliz término, con la respectiva resolución judicial. De esta forma, el fiscal ya no tiene la posibilidad de reabrir el caso y queda solucionado el litigio de carácter penal de manera definitiva, lo cual en algunos casos puede

¹⁹⁷ SALAMANCA, Gabriel, *El principio de oportunidad como: ¿Herramienta de justicia material o simple instrumento de eficacia judicial?*. Tunja, 01 de septiembre de 2006, pp. 3 – 4.

¹⁹⁸ Vid. VILLANUEVA MEZA, Javier, *El Principio de Oportunidad. Justicia Restaurativa ...*, cit., p. 223. Sentencia el autor que: “Resulta cierta la afirmación mediante la cual el Principio de oportunidad se encuentra en correspondencia con la criminalización primaria y secundaria, en cuyo marco genérico tiene aplicación. Pero, repetimos, no es el principio de oportunidad escindible de conceptos criminológicos y sociológicos en que han de sustentarse y fundarse una visión global de Política Criminal del Estado. En tanto, esas fundamentaciones, no pretenden, ni deberían hacerlo, perseguir un fin en sí mismo y menos, aspirar a eliminar el fenómeno delincencial, solo su objeto podría estar dirigido a la disminución por vía legal o civilizada, del fenómeno delictivo. Pues, los fines en sí, podrían generar graves consecuencias, como la dictadura de Estados Totalitarios; que sin lugar a dudas desnaturalizaran los sanos propósitos de una completa Política Criminal del Estado”.

repercutir negativamente respecto de los intereses de la víctima que sufrió los agravios de la infracción penal cometida en su contra.

En ese mismo orden de ideas GARCÍA VALENCIA¹⁹⁹ y DURBÁN SICILIA²⁰⁰ aseguran que la aplicación del principio de oportunidad depende de las causales establecidas en la ley y acorde a la política criminal manejada por el Estado, el cual, a través de sus instituciones, deberá formularla o revisarla con cierta periodicidad. De conformidad con esa política, se determinan cuáles son los delitos en los que puede renunciarse a la acusación y aplicarse el principio de oportunidad, lo que, sostienen los autores citados, también tiene incidencia positiva en la reinserción social del infractor, por cuanto facilita una posible corrección de sus faltas y la reparación del daño de manera efectiva, en lugar de cumplir una pena.

Por lo tanto, es procedente que el principio de oportunidad sea legislado, no solo con la estipulación de las causales, sino que se desarrolle un verdadero modelo de aplicación como mecanismo de política criminal. Modelo en el que se precisen los tipos penales en los que procede, procedimiento a seguir, derechos y garantías de víctima e infractor, reparación de los daños ocasionados a la víctima y cómo lograr o coadyuvar a que el infractor obtenga de ello un impacto positivo en su conducta y consiguiente rehabilitación social, a fin de que todo ello constituya un soporte jurídico contundente y eficaz en relación con la disminución de la criminalidad en una sociedad determinada.

En consecuencia, como acertadamente asegura VILLANUEVA MEZA, la conjugación de una política criminal de Estado con el principio de oportunidad, confiere apoyatura al tema de la seguridad nacional y le extrae del ámbito estricto de la pretendida inteligencia militar-policiva, al reconocerle la connotación económica, social, política, jurídica, técnica y democrática que ha de tener. Ello requiere de profesionales calificados y capaces de hacer frente a una criminalidad especializada, pues en la medida que se cuente con operadores de justicia especializados y conscientes de su papel, se podrá verdaderamente investigar y controlar la criminalidad²⁰¹. Si la delincuencia se organiza y actúa utilizando la ciencia y la tecnología en la comisión de los delitos, el fiscal, el juez y los demás operadores de justicia en materia penal, deben estar preparados académicamente y, sobre todo,

¹⁹⁹ GARCÍA VALENCIA, Jesús, *Conferencias...*, cit., p. 92.

²⁰⁰ DURBÁN SICILIA, Luis, *Mediación...*, cit., p. 10.

²⁰¹ VILLANUEVA MEZA, Javier, *El Principio de Oportunidad. Justicia Restaurativa ...*, cit., p. 263.

especializados en la investigación y juzgamiento de cada uno de los casos puestos a su conocimiento y resolución.

En ese sentido, se proponen políticas reformistas, con tendencias modernas para revertir estos y otros aspectos negativos, con énfasis en la satisfacción del interés social a través del respeto y garantía de los derechos fundamentales de la persona como la libertad, dignidad y el derecho a un proceso justo, por lo que coadyuva este principio al resurgimiento de una diferente política criminal que torna factible la mejoría de la crisis judicial, al flexibilizar el rígido deber de perseguir y sancionar sin apartarse del interés por la víctima y la protección de sus derechos²⁰².

En efecto, la justicia penal es habitualmente lenta, costosa, ineficaz y, en no pocas ocasiones, se quebrantan los derechos del procesado, por cuanto no es sometido a un proceso justo en el que se privilegie su presunción de inocencia; y, por otra parte, la justicia debe tomar en cuenta que la víctima también tiene derechos y que los mismos no pueden ser conculcados, sino -al contrario- garantizados por el juzgador, sin importar el procedimiento legal que se aplique. A la solución del problema penal sin dilaciones ni afectación de los derechos de los intervinientes procesales, tributa el principio de oportunidad como herramienta de política criminal.

En la actualidad, rige un estadio intermedio en cuanto a las facultades de oportunidad procesal, en cuya virtud tanto el delincuente como la víctima pueden abogar por la negociación y con ello fuerzan a los órganos de persecución penal a que renuncien a dicha posibilidad en su favor. Sin embargo, no siempre están dadas las condiciones -objetivas y legales- para regular completamente esa posibilidad y prevalece el criterio de que lo conveniente es encomendar la decisión de no ejercer la acción penal a discreción de los órganos de persecución²⁰³. Válido aclarar que, en consideración propia, si bien es cierto que la víctima y el procesado no tienen el poder de decisión en la causa, al

²⁰² RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás & Luis, CONTRERAS ALFARO, *Criterios de flexibilización...*, cit., pp. 1-2. En la página 11 resulta definitiva la voz de los autores cuando sostienen que: "Un instrumento de la política criminal del Estado para la selección de aquellos actos delictivos que van a ser objeto de la actividad estatal de persecución es, antes que cualquier otro, el principal fundamento para otorgar a los órganos públicos criterios de oportunidad o de flexibilización en el deber de ejercicio y sostenimiento de la acción penal. Así pues, la decisión entre ejercer la acusación o renunciar a la persecución, o instar en toda su magnitud la pena establecida en abstracto por la ley para el hecho punible, o hacer algún tipo de concesiones al acusado, no solo se fundamenta en cuestiones de naturaleza procesal sino que se adopta en atención a criterios político-criminales".

²⁰³ *Apud.* CONTRERAS ALFARO, Luis, *Corrupción y principio de oportunidad penal. Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*, Ratio Legis, Salamanca, 2005, p. 40.

prescindir el fiscal del ejercicio público de la acción penal en razón de oportunidad debe hacerlo bajo el prisma de algún criterio integral y científico que uniforme la actuación de la Fiscalía, como institución y ante casos similares, en evitación de anarquías y arbitrariedades en el proceso.

En esta línea, URBANO afirma que al aplicarse la oportunidad, el fiscal tiene la facultad de “suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal por razones de política criminal”, pero no a tenor de libre discrecionalidad, puesto que esa política debe ser establecida por el constituyente y desarrollada por la legislación especial; por lo que se trata de un principio que no se debe a una discrecionalidad absoluta sino a una atribución reglada debidamente sometida a control²⁰⁴. En lo atinente, HOUED al referirse al principio de oportunidad expresa que debe ser reglado y en ningún caso en base a una discrecionalidad total, afirmando que tiene como ventajas tiene, la transparentación del sistema, otorga responsabilidades a los que vigilan la acción penal, que se hace efectiva la selectividad en beneficio del Estado de derecho, mejora resultados procesales y descongestiona el sistema de justicia²⁰⁵, con lo cual enfatiza la conveniencia de regulación expresa.

En este sentido, el autor de la presente investigación considera que el principio de oportunidad no depende únicamente de los operadores de justicia, sino de las previsiones legislativas, por cuanto si el principio de oportunidad es debidamente reglado, no queda a criterio del fiscal y del juez su aplicación, sino que resulta de estricto cumplimiento y ello genera estabilidad entre estos operadores que encuentran en la norma un referente ordenado de actuación. MAIER al referirse al principio de oportunidad expresa: “(...) la afirmación del *principio de oportunidad* no resulta una postulación injusta, con referencia a la *igualdad ante la ley* de todos los habitantes propia del Estado de Derecho, sino por el contrario, un intento por conducir la selección según fines concretos (...), sin dejarla abandonada al arbitrio o al azar. *Oportunidad* significa, en este contexto, la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible (...) por motivos de utilidad social o razones político-criminales”²⁰⁶.

En el contexto ecuatoriano, YÉPEZ visualiza que este principio constituye un instrumento para: “(...) tratar de forma diferenciada los hechos punibles de trascendencia social y los que, en consideración a la mínima lesión producida

²⁰⁴ URBANO MARTÍNEZ, José, *Derecho Penal...*, cit., p. 119.

²⁰⁵ HOUED, Mario, *Los Procesos Alternativos...*, cit., p. 81.

²⁰⁶ MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal, Tomo I ...*, cit., pp.835-836

en el bien jurídico, no generan la necesidad de persecución”²⁰⁷, mientras VALLEJO sostiene que el beneficio de este principio se refleja directamente en el interés público²⁰⁸. Dos miradas, un acento común: necesidad del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal.

5.2. El principio de oportunidad y el desinterés público en la persecución penal

Los partidarios de incorporar el principio de oportunidad al sistema de justicia alegan que existen razones de interés social o utilidad pública en una triple vertiente, como la falta de interés público en la persecución del delito por su escasa entidad, la pronta reparación a la víctima y evitar efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad; así como que contribuye a la obtención de la justicia material por encima de la formal, propicia la observancia del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y deviene instrumento ideal para la distinción entre los ilícitos penales que ameritan ser perseguidos y los que no²⁰⁹. En esta línea, PÉREZ-CRUZ MARTÍN sostiene que en contraposición al principio de legalidad, surge en el ámbito del proceso penal el principio de oportunidad reglado, con fundamento en razones de utilidad pública o interés social,²¹⁰ lo cual significa que delitos de poco impacto en la víctima y en la sociedad, deben ser solucionados a través de este principio regulado por la ley, en pos de garantizar una tutela judicial efectiva a los justiciables.

En el contexto de una justicia penal nacional, estrechamente relacionada con la justicia penal internacional y dirigida hacia una mínima intervención penal, deviene prioridad la implementación de una política criminal con perfil internacional que instrumente o fortalezca el principio de oportunidad²¹¹. Ello en razón de que pudiera el Derecho Penal solo formar parte de la solución de conflictos que se producen entre víctima y victimario cuando la conducta infractora no afectare el orden social, pues el fiscal y el juzgador deben basar sus actuaciones en el principio de mínima intervención penal y a tal propósito contribuye el principio de oportunidad como componente de una política criminal. La satisfacción del conflicto penal en que no medie interés por parte de

²⁰⁷ YÉPEZ ANDRADE, Mariana, *Principio de oportunidad en Ecuador*, 1ra. Edición, Fundación Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito 2010, p. 44.

²⁰⁸ VALLEJO TORRES, Williams, *El Principio de Oportunidad como fuente...*, cit., p. 63.

²⁰⁹ ARMENTA DEU, Teresa, *Estudios de Justicia Penal*, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2014, p. 41.

²¹⁰ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús. “ El proceso penal”, en AA.VV., *Derecho Procesal Penal*, Tercera edición, Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, pp. 74-75.

²¹¹ VILLANUEVA MEZA, Javier, *El Principio de Oportunidad. Justicia Restaurativa...*, cit., p. 271.

la sociedad y el Estado, no solo de un país determinado, sino a nivel internacional, puede lograrse con la utilización de esta herramienta procesal, como instrumento de probada efectividad frente a los delitos de bagatela.

La justicia penal se ve imposibilitada de conocer y resolver todas las infracciones, por lo que es necesario realizar una selección de aquellas que carecen de interés público o social, ya que muchas pueden ser objeto de solución entre las propias partes en conflicto y a través del fiscal, lo cual debe estar regulado en la ley, para que cuenten con la formalidad y validez requerida. En tal sentido, se aplica el principio de oportunidad en aras de racionalizar la selectividad de infracciones penales, con exclusión de aquellas dotadas de menor significación y, en consecuencia, no requeridas del ejercicio urgente del *ius puniendi*, para centrar la persecución penal en los delitos que causan mayor daño a la víctima y una alarma social que afecta al convivir pacífico de los pueblos.

STIPPEL y MARCHISIO puntualizan que la problemática observada en los países radica en que los sistemas de procesamiento de los casos se ejecutan de manera deficiente, sin expedita solución, por la parvedad de una normativa que regule el principio de oportunidad, en cuya virtud se suscitan irregulares pautas de discriminación de casos que -al no estar debidamente previstos en la ley- carecen de procedimientos legales y mecanismos de control que permitan seguir una línea de política criminal adecuada, lo que produce retardo en la tramitación tanto de los asuntos leves como en los complejos, que pueden llegar a ser archivados. Así, la existencia legal del principio de oportunidad se erige como mecanismo que viabiliza la posibilidad de establecer una política criminal de mejora para los Estados y con ello la “estandarización de procedimientos y optimización de los recursos humanos y materiales” a favor de la sociedad²¹².

En este orden de ideas, el principio de oportunidad es una figura jurídico-penal, que le corresponde su aplicación al fiscal como titular del ejercicio público de la acción, pero bajo el control jurisdiccional, siendo aplicable generalmente en los delitos que permita expresamente la ley, con lo cual se soluciona la controversia existente entre la víctima y victimario, siguiendo siempre los lineamientos de una política criminal previamente construida por

²¹² STIPPEL Jörg y Adrián MARCHISIO, *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina*, AD-HOC S.R.L, Buenos Aires, 2002, p. 65.

la autoridad competente, pero siempre tomando en cuenta las consecuencias jurídicas que su aplicación implica.

En consecuencia, “(...) el principio de oportunidad está referido principalmente a temas de discrecionalidad política *stricto sensu*, pues se trata de que la Fiscalía, al tomar la decisión de acusar o no, valore los aspectos y consecuencias que esa decisión implica respecto de la política criminal del Estado”²¹³. Por lo expresado anteriormente, el fiscal tiene una gran responsabilidad frente a un hecho delictivo, cuando decide iniciar la investigación y sostener la acusación durante todo el proceso penal o cuando su decisión es materializar el principio de oportunidad, en cuyo caso desiste de la acusación.

Por ello, es necesario indicar que, una de las causales para aplicar el principio de oportunidad es cuando el responsable del delito sufre una afectación grave en su humanidad como consecuencia de su comisión o por otras específicas causales que se encuentran establecidas en la ley, por lo que su uso ha sido percibido como un asunto de carácter humanitario y para delitos menores en que no resulta necesario que el infractor sufra una pena privativa de su libertad, por cuanto existe un desinterés del titular del ejercicio público de la acción. De manera que resulta más sensato y acorde con la realidad que los fiscales tengan la obligación de establecer prioridades en cuanto al seguimiento de casos y con ello contribuir al control del crecimiento del índice delictivo, en el entendido de que esa posibilidad de discriminar ha de estar vigilada por la ley y por el juzgador a cargo. Por lo que GONZALEZ NAVARRO acota que para regular el principio de oportunidad se toman en cuenta elementos como: “la readequación social del hecho, la ínfima importancia, la culpabilidad disminuida, la retribución natural o la revaluación del interés público en la persecución de la conducta, prescindiendo de hechos de menor importancia y dedicando los mayores esfuerzos a los más graves”²¹⁴.

Así, el principio de oportunidad debe ser regulado por la norma jurídica, sin que en ningún caso quede su aplicación a discreción del fiscal y del juzgador, por lo que el legislador -al momento de construir las reglas respectivas- tiene la obligación de analizar la administración de justicia de manera integral, es decir, con sus aspectos positivos y negativos; de manera especial, la escasez de medios personales y materiales para perseguir la criminalidad que imposibilita o

²¹³ MESTRE ORDÓÑEZ, José, *La discrecionalidad para acusar. Aspectos generales...*, cit., p. 93.

²¹⁴ GONZALEZ NAVARRO, Antonio, *Sistema de juzgamiento penal acusatorio*, Leyer, Bogotá, 2005, pp. 249, 250.

dificulta la atención de los operadores de justicia para resolver la totalidad de las noticias del delito, lo que obliga a reorientar su actuación hacia los delitos graves y de trascendencia social.

En este contexto, el principio de oportunidad se establece como un medio para desatascar la justicia, de tal forma que los asuntos de menor importancia, no impidan juzgar en plazos razonables los más importantes, seleccionando los que deben perseguirse y los que deben archivarse a juicio del fiscal lo que fuerza a la instrumentación de una política penal que fije los criterios para la persecución o no de los delitos, porque el retardo en la administración de justicia ocasiona impunidad, puede incitar a la reincidencia, produce revictimización y sensación de inseguridad²¹⁵. Por estas razones, el fiscal tiene la obligación de orientar sus esfuerzos investigativos respecto de los casos que alteran la paz social y afectan al interés de la sociedad y del Estado, haciendo uso siempre del principio de objetividad en la búsqueda de elementos de convicción de cargo y de descargo del procesado, con la clara intención de descubrir la verdad material o procesal del hecho delictivo y de sus responsables, para que sea el juzgador el que imponga las sanciones previamente establecidas en la ley.

En consecuencia, aquellas causas penales carentes de interés social o público y que ocasionen poco agravio a la víctima son los casos en que se debe aplicar el principio de oportunidad, sobre la base de una legislación adecuada y completa que lo regule, a fin de que se tenga un efecto inmediato, que es la extinción la acción penal en razón de orden judicial, en el entendido de que ello resulta positivo en grado múltiple: no solo para la víctima y el sospechoso o procesado, sino también para los operadores de justicia y la sociedad en general.

5.3. El principio de oportunidad como mecanismo procesal para mejorar la eficacia del sistema penal

Un adecuado sistema penal constituye una exigencia de la seguridad pública²¹⁶. De acuerdo a las disposiciones internacionales, el ordenamiento penal debe

²¹⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Manuel, "Espacios para la mediación en nuestro ámbito penal: una reflexión a partir de la experiencia belga y francesa", en *La mediación: presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y Mercedes DE PRADA RODRÍGUEZ (Directores), Editores Netbiblo, Madrid, 2010, pp. 72-73.

²¹⁶ La seguridad pública es aquella que permite al Estado cumplir con su finalidad frente a la sociedad, así como los aspectos garantizados por el Derecho. El Estado tiene como objetivo, la realización de la vida de manera integral en beneficio del ser humano y el respeto de sus derechos fundamentales, para lo cual es indispensable que se busquen los medios para su

garantizar el respeto de los derechos humanos, sin que se limite a la defensa de los derechos fundamentales contra las agresiones de los particulares, sino contra toda acción que vulnere esos derechos²¹⁷.

Históricamente, el Derecho Penal ha sido concebido como esencialmente punitivo, pues los Estados le han utilizado con fines represivos; pero, con la evolución de las sociedades y del pensamiento científico, ha surgido el garantismo penal que se refiere a la limitación del poder punitivo que puede volverse arbitrario y violatorio de los derechos humanos, por tanto, incluye el respeto a las garantías establecidas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y en las constituciones de los Estados; en contraste con el denominado Derecho Penal del enemigo, que busca la presencia máxima de la facultad punitiva del Estado. En consecuencia, han surgido principios como el de oportunidad que faculta a los Estados a limitar su exagerado *ius puniendi*, muchas veces mal utilizado.

Por lo expuesto, el sistema penal tiene que cumplir los fines para los cuales fue creado y para ello es necesaria la existencia de mecanismos procesales que colaboren a la consecución de esos fines, como la figura jurídica procesal denominada principio de oportunidad que permite llevar a cabo un tratamiento diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y sancionados y aquellos que no. Siempre en el entendido de que debe aplicarse de acuerdo con una política criminal del Estado, que represente a todos los órganos que desempeñen funciones dentro del sistema penal, que flexibilice la acción penal y que contribuya a la racionalización del trabajo judicial²¹⁸.

En la misma línea, VALLEJO TORRES afirma que el principio de oportunidad racionaliza la selectividad de las infracciones penales, al separar las que requieren de la aplicación del *ius puniendi*, con lo cual se contribuye a la eficacia del sistema penal, pues al excluir “las infracciones de menor entidad, cuantía y significación, se está fortificando el sistema de justicia penal, para que el mismo intervenga de manera efectiva y eficiente en casos de infracciones criminógenas, de mediana o grave envergadura de criminalidad, las mismas que causan graves estragos por el daño económico y social causado; así como por la alarma social generada dentro de la sociedad”²¹⁹. En ese orden de ideas, el principio de

convivencia en el máximo de libertad y el mínimo del ejercicio del poder punitivo, en cuanto sea posible y a través de la regulación de mecanismos alternativos de solución de conflictos.

²¹⁷ THOMPSON, José, *Justicia Penal...*, cit., p. 15.

²¹⁸ GARCÍA, José, *Facetas Penales*, Doctrina Jurisprudencia Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Tribunales Superiores, Leyer, Bogotá, 2007, p.98.

²¹⁹ VALLEJO TORRES, Williams, *El Principio de Oportunidad como fuente...*, cit., p. 62.

oportunidad -a más de incidir en la descongestión de la carga procesal penal existente en la FGE y los juzgados- repercute en la no imposición de la pena y la resocialización del infractor, al evitarle los efectos criminógenos que significan el ser “etiquetado” con antecedentes judiciales.

Al respecto, SORIANO IBÁÑEZ²²⁰ utiliza como apoyo la Recomendación N.º 18 (87) del Comité de Ministros del Consejo de Europa²²¹ que “...sugiere la adopción o ampliación de criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal conforme al contexto histórico y a la Constitución de cada uno de los Estados, con el fin de paliar retrasos en el curso de los procesos penales y acelerar y simplificar la justicia penal definiendo el principio de oportunidad como la facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado”.

Con ello resulta evidente que, conforme a la constante evolución de los Estados y sus sociedades, se busca un cambio de mentalidad conjunto en la aplicación de los procedimientos en materia penal y uno de ellos es la aplicación de los criterios de oportunidad en el ejercicio público de la acción penal, para lo cual esta figura procedimental debe ser entendida y aplicada con el fin de terminar la acción penal, pero siempre que se satisfagan los intereses de las partes y de la sociedad.

Con la aplicación del principio de oportunidad se pretenden solucionar conflictos de despacho judicial por la acumulación de casos, satisfacer de manera oportuna el interés de las víctimas, así como generar un nuevo diseño de justicia penal para la resolución de conflictos sujetos a esta materia y se orienta a la racionalización del sistema penal respecto de los operadores de justicia²²².

Si se intenta alcanzar una justicia pronta y cumplida, se considera de prioridad la aplicación del principio de oportunidad, a través de una selección formal de casos en los que resulte pertinente, en cumplimiento de los fines del proceso penal, el cual no ha de focalizarse exclusivamente en castigar al infractor, sino también en garantizarle un juzgamiento ágil y justo, a través de la aplicación de los principios del debido proceso²²³, los cuales permiten

²²⁰ SORIANO IBÁÑEZ, Benito, *El principio de oportunidad*, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Teruel, 2002, p. 650.

²²¹ El Comité de Ministros de Europa es parte del Consejo de Europa; organismo internacional, de ámbito regional, el cual, a través de la cooperación de los Estados Europeos, configura un espacio político y jurídico, sustentado sobre los valores de los derechos humanos, la democracia y el imperio de la ley.

²²² YÉPEZ ANDRADE, Mariana, *Principio de Oportunidad...*, cit., p.41.

²²³ Cfr. art. 5 del COIP.

conseguir una efectiva realización de la justicia penal, siempre que todos los aspectos que tienen relación con el principio de oportunidad estén reglados de manera clara y precisa.

Al hacer referencia a los beneficios del principio de oportunidad, BAZZANI distingue los que abonan a la eficacia del sistema penal en el sentido de que significa ahorro de recursos, reducción de la impunidad-en razón de que al ser menor la cantidad de investigaciones a realizar se hacen con más profundidad y ello contribuye a un efectivo esclarecimiento de los hechos-, se tramita el proceso sin dilaciones injustificadas, se evitan los efectos estigmatizadores de las penas privativas de libertad y se estimula la pronta reparación de la víctima²²⁴.

De lo anotado se puede establecer que la aplicación del principio de oportunidad trae consigo varios beneficios, siempre y cuando se lo utilice de manera reglada adecuadamente, es decir, en todo su contexto y con un ordenamiento jurídico que sea efectivamente eficaz, pues de ello depende que sea un mecanismo idóneo para hacer realidad la justicia penal, mediante la tutela de derechos y la reducción significativa de la impunidad; admitiéndose que el conflicto penal termine no con una sentencia, sino a través del criterio de oportunidad, sea por falta de necesidad o merecimiento de la pena, de acuerdo a las reglas impuestas para tal efecto.

De esta manera se contribuye a la consecución de la justicia material²²⁵ sobre la formal, comprendiéndose esta última como aquella que se refiere al cumplimiento de leyes, mientras que la justicia material es un valor que orienta el sentido de las leyes, pues, resulta preciso mencionar que la reparación integral de la víctima constituye un elemento de la justicia material en los diversos procedimientos; aspecto que se encuentra debidamente legislado en los artículos 78 de la CRE, 63 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, 9 de la Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas, 9.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 75 del Estatuto de Roma, por lo que no solo es imprescindible cumplir con este derecho en Ecuador, sino en todos los países del mundo que hayan suscrito dichos instrumentos.

²²⁴ BAZZANI MONTOYA, Darío, *La terminación anticipada del proceso penal...*, cit., pp. 254-256.

²²⁵ En este sentido, BERNAL PULIDO, refiriéndose a la importancia de la prevalencia de la justicia material o derecho sustancial como él lo denomina, menciona: "Lo que persigue el principio de prevalencia del derecho sustancial es el reconocimiento de que las finalidades superiores de la justicia no puedan resultar sacrificadas por razones consistentes en el culto ciego a reglas procesales o a consideraciones de forma, que no son estrictamente indispensables para resolver el fondo de los casos que se somete a la competencia del juez". Vid. BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los Derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 376.

SALAS, al referirse a la eficacia del sistema penal y su relación con el principio de oportunidad, señala que existe como un mecanismo idóneo que contribuye a la descongestión del saturado sistema de administración de justicia, propende al auxilio rápido y eficaz a la víctima, elimina la estigmatización de quien por hechos culposos de menor trascendencia transgrede la legislación penal, y, por todo ello, significa un ahorro para el Estado y para los justiciables. Este autor relaciona la aplicación del principio de oportunidad con el cumplimiento de otros principios relevantes, tales como: incapacidad del Estado e ineficacia del sistema penal, celeridad en la solución de los conflictos, economía procesal en beneficio del Estado, Derecho de última ratio, de mínima intervención e insignificancia delictiva²²⁶; pero, en consideración propia, otras máximas guardan íntima relación, a saber:

a) Legalidad procesal, en el sentido de que el principio de oportunidad debe ser debidamente reglado a fin de que esté a tono con el principio de legalidad y de esa forma se garantice el cumplimiento del debido proceso y su observancia por los operadores de justicia.

b) Lesividad, porque es esencial que el principio de oportunidad se aplique en los casos en que el daño ocasionado a la víctima tenga el carácter de irrelevante y que, por ende, no afecte al interés social y del Estado.

c) Publicidad, en tanto las audiencias en las que el juzgador conoce y resuelve sobre la aplicación del principio de oportunidad en cada caso concreto, están al alcance del conocimiento de todas las personas que tengan interés en asistir a dichas diligencias judiciales, con las limitaciones legales correspondientes; y

d) Oralidad, ya que en el sistema acusatorio se resuelven los conflictos penales en audiencias públicas y contradictorias, pues desde los incidentes que son solucionados por el juzgador a través de resoluciones interlocutorias, hasta el fallo final sobre la aplicación del principio de oportunidad se realizan de manera verbal y pronunciadas en audiencia.

Al respecto, es necesario considerar que las garantías del Derecho procesal se vinculan directamente con la justicia material, sobre todo porque cada una de las normas legales existentes en el ordenamiento jurídico deben estar encaminadas a la consecución de los valores del Derecho, y no buscar su justificación únicamente a través de formalismos innecesarios cuando existe la

²²⁶ SALAS BETETA, Christian, "Principio de Oportunidad: Conciliación en el ámbito penal", en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Valencia, 2007, pp. 11-12.

opción de aplicar mecanismos que viabilizan un orden social justo y en plazos razonables, sin sacrificar la justicia, por meros ritualismos o falta de dinamismo del sistema penal.

INOA, al hacer referencia a la finalidad del principio de oportunidad, considera que sustituye la pena de prisión por otros métodos alternativos menos violentos y que sobre la base "...del Principio de Mínima Intervención, afianza la legitimidad de la intervención estatal, solo en aquellos casos en los cuales se han agotado todas las demás posibilidades de resolución de conflictos no violentas"²²⁷.

A tono con estas posiciones y los requerimientos técnicos para la instauración del principio, deviene imprescindible la incentivación y afianzamiento de una cultura jurídica que permita la incorporación de nuevos mecanismos alternativos y que se eviten engorrosos e innecesarios procesos judiciales por delitos de bagatela, que en poco comprometen el orden social, evitándose de esta manera el gasto superfluo de recursos estatales y superando la concepción de extrema punición que genera un círculo de violencia, todo lo que implica un cambio del sistema penal para que centre su accionar en alcanzar una justicia restaurativa a la luz del respeto absoluto de los derechos humanos.

Al decir de ARMENTA DEU se pueden citar algunos beneficios directos de la aplicación del principio de oportunidad reglado en virtud de circunstancias de interés social o utilidad pública que la autora concreta en:

"1) la escasa lesión social producida por el delito y/o la falta de interés público en la persecución;

2) estimular a la pronta reparación de la víctima;

3) evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad;

4) favorecer la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación;

b) contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la formal;

c) favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; y

d) constituir el único instrumento –desde el punto de vista de la "praxis"- que permite llevar a cabo un tratamiento diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y aquellos otros "con un mínimo interés social y en los que la pena carezca de significación"²²⁸.

²²⁷ INOA LAZALA, Orlydy, *El Principio de Oportunidad...*, cit., pp. 7-9.

²²⁸ ARMENTA DEU, Teresa, *Estudios sobre el proceso penal*, Rubinzal-Culzoni Editoriales, Buenos Aires, 2008, pp. 212 y 213. La referida autora se muestra conteste con el criterio de

Quien suscribe, coincide con los criterios referidos en tanto no existen discrepancias sobre las razones jurídicas relativas a la aplicación del principio de oportunidad, tales como: escasa lesión social, inexistencia de interés del Estado, pronta reparación a la víctima, evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad de corta duración, favorece la rehabilitación del infractor por someterse de manera voluntaria a un proceso de readaptación y, de manera especial, permite resolver el problema sin dilaciones, identificando los hechos punibles en los cuales no sea necesaria la punibilidad.

Todos estos elementos constituyen una fortaleza en pos de alcanzar la paz social, mediante la efectivización del principio de oportunidad, el cual constituye una de las herramientas jurídicas más significativas para resolver conflictos de carácter penal, sin que sea necesario desarrollar todo el proceso penal ordinario, aclarando que el resultado ha de ser favorable tanto para la víctima como para el sospechoso-procesado y ello en un tiempo razonable. En su virtud, la legislación que regule el principio de oportunidad ha de hacerlo de forma integral y acorde con los principios del debido proceso, caracterizándose por ser claro, eficaz, sencillo y que prevea el respeto de los derechos esenciales de los intervinientes en el proceso penal, todo lo cual habrá de ser contemplado en un modelo jurídico de aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, con sustento en la respectiva investigación científica.

Por otra parte, la aplicación del principio de oportunidad permite descongestionar la justicia penal, considerando que el art. 169 de la CRE establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, haciendo efectivas las garantías del debido proceso, a través de los principios de simplificación, uniformidad, intermediación, celeridad, eficacia y economía procesal en la administración de justicia. De manera que la justicia penal comprende el ordenamiento sustantivo, que codifica la tipicidad y sanción de los actos humanos que el legislador ha elevado a la categoría de infracciones, y el ordenamiento adjetivo, que regula los procedimientos que deben aplicarse para la realización de la justicia penal, por lo que es necesario comprender que el Derecho Penal, se hace efectivo a través del Derecho procesal penal como su instrumento de realización; pero justicia penal no es equivalente a imposición de penas, por lo que se torna necesario que el Estado

Cándido CONDE-PUMPIDO, en su obra *Principio de legalidad y el uso de la oportunidad en el proceso penal*.

dicte normas procesales que, guiadas hacia el respeto de los derechos fundamentales, viabilicen la consecución de la justicia mediante la aplicación de alternativas al *ius puniendi*.

El sistema de justicia penal ha aparentado tener capacidad de trabajo ilimitada, pero la mayoría de los casos no llegan a una sentencia que resuelva el conflicto y, en ocasiones, se trata de denuncias referidas a hechos de menor relevancia, ante las cuales se produce una “especie de selección informal”²²⁹ en cuya virtud, unos asuntos se investigan y otros no. Surge entonces el principio de oportunidad, como antítesis al principio de legalidad y como mecanismo para descongestionar la justicia penal.

En ese sentido, YÉPEZ ANDRADE apunta que deviene ineludible ir más allá del objetivo de descongestionar la justicia a través del principio de oportunidad, en tanto se requiere de “... una política criminal integral, y que al acoger la tesis de oportunidad reglada, se adopten criterios de respeto al derecho a la igualdad”²³⁰. Además de la celeridad procesal, la aplicación del principio de oportunidad tiene otros objetivos, como la evolución de la finalidad de la pena en aras de evitar los efectos adversos de una desacertada imposición y la feliz reparación integral de la víctima, por lo que las exigencias para la aplicación del mencionado principio, deben estar interrelacionadas y tendientes a la consecución de estos fines, de acuerdo a una política criminal previamente establecida por los Estados.

Al respecto, VALLEJO manifiesta que antes del inicio de un proceso penal existe “un filtro que constituye la cifra negra de la delincuencia”, en el entendido de que existen delitos que no llegan a conocimiento de los operadores de justicia, ya sea porque no se denuncia o por otros factores como la propia persecución de los hechos en determinados grupos sociales, en una especie de autotutela infralegal, pero real. También sucede que -en otros casos- las autoridades no investigan, pues la elevada cantidad de noticias del delito torna imposible su persecución total, por lo que se produce una discriminación de los mismos e, incluso, la propia norma actúa con criterios de selección cuando regla la oportunidad²³¹.

Por tanto, el legislador tiene la obligación de dictar leyes penales, que a más de ser eficaces, sean las que permitan resolver los problemas penales de una

²²⁹ BINDER, Alberto, *Política Criminal: De la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 228-230.

²³⁰ YÉPEZ ANDRADE, Mariana, *Principio de Oportunidad...*, cit., p.147.

²³¹ VALLEJO TORRES, Williams, *El Principio de Oportunidad...*, cit., p. 41

manera adecuada y sin dilaciones, a fin de evitar que los delitos se queden en la impunidad y sin respuesta a la víctima, el victimario y la sociedad. En tal sentido, CAFFERATA hace referencia a la existencia de una cifra dorada que se refiere únicamente a ciertos delitos, que no son investigados de manera adecuada por el sistema judicial por razones de venalidad en la función, asuntos económicos, políticos, o de cualquier otra naturaleza, los cuales no son debidamente investigados, es decir que son archivadas las denuncias, abandonados los trámites o declarada la prescripción²³². Por lo expuesto, es fundamental que se realice un control a los operadores de justicia penal, para que se dé un tratamiento adecuado a las causas, en especial, cuando se tratan de delitos que afectan gravemente a los bienes jurídicos protegidos de la víctima.

Por ello, la naturaleza del principio de oportunidad es “híbrida”, ya que resulta de la mixtura de criterios que abogan por la celeridad del proceso y la descarga de trabajo en los órganos de Administración de Justicia penal, por una parte, y el tratamiento procesal “no punible” del delito con adecuada reparación a la víctima y resocialización del delincuente, por otra²³³. A través de la aplicación del principio de oportunidad, como bien afirma CONTRERAS, es posible la observancia del principio de proporcionalidad, en lo que se refiere a la aplicación de la pena o sanción, en tanto ha de estar acorde a la infracción cometida y este análisis puede llevar a la conclusión de que en el caso concreto la pena no tiene razón de aplicación; situación ante la cual cobra virtualidad el principio de oportunidad.

En definitiva, se trata de un principio que no solo ostenta un sentido utilitario para dar agilidad a la solución de los conflictos penales, sino que sobre todo es importante para el establecimiento de una política criminal integral que, acogiendo la tesis de oportunidad reglada, adopte criterios de respeto al derecho a la igualdad y que posibilite la observancia del principio de proporcionalidad. Por lo tanto, constituye un mecanismo de simplificación procesal por el que se encauza el poder coercitivo del Estado hacia la solución de un problema jurídico-penal, no mediante un castigo o reproche, sino con la reparación del daño causado a la víctima y la recuperación de la paz social.

De esta manera no se visualiza al infractor como un enemigo, sino como parte de la colectividad y por ello merece consideraciones, es digno de ser reinsertado en la comunidad, en aras de evitar que se incrementen las

²³² CAFFERATA NORES, José, *Cuestiones actuales...*, cit., p. 30.

²³³ CONTRERAS ALFARO, Luis, *Corrupción y principio de oportunidad ...*, cit., p. 39.

desigualdades sociales y para promover una convivencia más armónica en la especie humana. La descongestión, la mejor utilización de los recursos del sistema penal y el tratamiento del infractor, son aspectos que enaltecen a la norma y al sistema procesal que incorpora este principio como pauta de actuación.

5.4. El empleo de las facultades de oportunidad como mecanismo para enfrentar el fenómeno delictivo

AGUILERA MORALES, con respecto a la criminalidad, afirma: “Diríase que la maquinaria de la Justicia penal ha sido sorprendida, en el denominado mundo civilizado, por un desbordante aluvión de criminalidad. Y, con el ejemplo de pragmatismo estadounidense, en Europa se han diseñado unos a modo de mecanismos complementarios de la Justicia penal, como aliviaderos laterales para reducir el caudal procesable mediante aquella maquinaria. Las alternativas al combate procesal en plenitud han tomado en consideración, sobre todo, la criminalidad menor o de bagatela y, así, se han abierto algunos cauces legales a una limitada negociación de penas y sanciones²³⁴.”

Efectivamente, la delincuencia ha tenido un crecimiento desmedido en los últimos años, en todos los países del mundo y, por ende, en América Latina y Ecuador, patentizándose que los delitos de bagatela o de menor incidencia en la sociedad son los más proclives a cometerse por parte de los infractores y que aunque no ocasionan lesiones graves en las víctimas, son los que entorpecen la marcha de la administración de justicia pues agobian a los operadores de justicia encargados de su investigación y juzgamiento en tanto no logran realizar su despacho en un tiempo razonable, lo que lleva al empeño de crear normas y mecanismos procesales que favorezcan la debida diligencia.

En este contexto, deviene ineludible la conjugación de normas jurídicas con políticas públicas de prevención del delito basadas en programas educativos continuos y permanentes, que permitan disminuir las conductas delictivas. ROSSER y SURIÁ arguyen que: “De ahí la importancia tanto para la intervención como para la prevención de la delincuencia de los diferentes modelos de comprensión de las conductas antisociales y el estudio tanto de los factores de riesgo, que influyen de manera significativa en el aprendizaje y posterior mantenimiento de comportamientos antisociales o delictivos, como de los

²³⁴ AGUILERA MORALES, Marien, *El Principio de Consenso. La conformidad en el proceso penal español*, Cedecs Editorial S.L, Barcelona, 1998, p. 7.

factores de protección, que favorecen un desarrollo adecuado y armónico del joven, previniendo el riesgo de comportamientos delictivos o antisociales”²³⁵.

El crecimiento de la delincuencia es un hecho real e incuestionable y su estado de latencia en la sociedad estimula a expertos, gobernantes y operadores de justicia penal en el propósito de proveerle una solución valedera sobre la base de una permanente investigación del fenómeno delictivo. Así, RICO alude a que este incremento concuerda con el sentimiento de inseguridad ciudadana y que ello se pone de manifiesto a través de encuestas que demuestran que, para la opinión pública, la criminalidad representa el principal problema social de estos tiempos²³⁶. En este mismo orden de ideas, RECHEA, BENÍTEZ y FERNÁNDEZ valoran que: “... ha sido ese aumento de la criminalidad oficial el que ha servido para justificar la necesidad de reformar la legislación penal, para atender las demandas de una sociedad preocupada por el aumento de la delincuencia...”²³⁷.

De manera que el aumento de la delincuencia, es un fenómeno social que se confirma con el número de noticias del delito y que la sociedad vive a diario esa inseguridad, por lo que es necesario que se dicten leyes penales tendientes a disminuir la criminalidad y que para ello contemplen instituciones o figuras jurídicas de carácter procesal que permitan una evacuación rápida de ciertas infracciones, que no causan mayor daño en la víctima ni producen alarma social. En su virtud, muchas legislaciones han regulado el principio de oportunidad que, como se ha precisado, constituye mecanismo ideal para este empeño.

La inseguridad ciudadana, provocada por el aumento alarmante de la violencia y de los índices delictivos, demanda la participación de la sociedad y de las instituciones del Estado, en la ardua labor de la prevención del delito que se orienta no solo hacia la utilización de mecanismos represivos y coercitivos, sino enarmónico ligamen con políticas sociales e institucionales²³⁸. Se trata de que el ejercicio del *ius puniendi* es una forma de controlar el aumento de la delincuencia, pero no es la única ni la ideal, en razón de su acento represivo, mientras que el establecimiento de mecanismos preventivos del delito, la mejoría

²³⁵ ROSSER LIMIÑANA, Ana y Raquel SURIÁ MARTÍNEZ, *Prevención y tratamiento de la delincuencia: Actividades prácticas*, Editorial Club Universitario, San Vicente-España, 2014, p. 11.

²³⁶ RICO, José, *Justicia penal...*, cit., p. 106.

²³⁷ RECHEA ALBEROLA, Cristina Raquel, María José, BENÍTEZ JIMÉNEZ y Esther, FERNANDEZ MOLINA. “La seguridad ciudadana en el contexto español. Valoración del sentimiento de inseguridad ciudadana: un análisis de las encuestas del CIS”, en AA.VV, *Estudios de Criminología III*, RECHEA ALBEROLA, Cristina Raquel, Bartolomé, GUTIERREZ y María José, BENITEZ JIMÉNEZ (Coordinadores), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca-España, 2008, p. 162.

²³⁸ ROSALES BOLAÑOS, Silvia, *Delito y seguridad de los habitantes*, Siglo XXI, Programa Sistema Penal Derechos Humanos de ILANUD y Comisión Europea, México D.F, 1997, p. 449.

en la calidad de vida de los habitantes de una sociedad mediante la generación de puestos de trabajo, la capacitación a los ciudadanos sobre seguridad ciudadana con la intervención del personal de la Policía, Fuerzas Armadas, FGE, función judicial, colegios y universidades, a fin de generar una cultura de paz y seguridad integral de la sociedad.

El principio de oportunidad se encamina a desarrollar lo establecido en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las penas no privativas de libertad, también llamadas Reglas de Tokio²³⁹, donde se indica que tienen por objetivo: fomentar que los Estados busquen otros medios de castigo distintos a los establecidos, basados en el sistema carcelario al ser sancionados los infractores con pérdida de la libertad; pretenden estimular a la ciudadanía en la gestión de justicia social, con respecto al tratamiento del delincuente y el sentido de responsabilidad hacia la sociedad; los Estados que apliquen estas reglas deberán buscar un equilibrio entre los derechos de los delincuentes, la víctima y el interés social, por lo que deben incluir medidas alternativas a la privación de la libertad y proponerles otras opciones; y, racionalizar las políticas de justicia penal sobre la base de los derechos humanos, la justicia social y la rehabilitación del delincuente.

Válido reflexionar sobre las Reglas de Tokio, en tanto se concede una apertura a los Estados para que no necesariamente todos los delitos sean llevados ante la justicia, donde los jueces impongan sanciones privativas de la libertad, sino otras que -de alguna manera- ayuden al infractor a rehabilitarse, pudiendo ser sanciones económicas, trabajo comunitario, pago a la víctima del perjuicio o daño causado, que se someta a un proceso de reeducación en planteles oficiales o públicos, o que cumpla ciertas condiciones como las de no cometer delitos similares o de cualquier otra naturaleza, pero que en definitiva no afecten su derecho de libertad individual.

²³⁹ Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990. Numeral 8: *Imposición de sanciones* 8.1 La autoridad judicial, que tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad, al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda. 8.2 Las autoridades competentes podrán tomar las medidas siguientes: a) Sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia; b) Libertad condicional; c) Penas privativas de derechos o inhabilitaciones; d) Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días; e) Incautación o confiscación; f) Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización; g) Suspensión de la sentencia o condena diferida; h) Régimen de prueba y vigilancia judicial; i) Imposición de servicios a la comunidad; j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado; k) Arresto domiciliario; l) Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión; m) Alguna combinación de las sanciones precedentes.

Sobre esta base se conforma la nueva tendencia del Derecho Penal en el sentido de evitar la imposición de sanciones privativas de libertad al infractor y más bien los Estados que apliquen estas reglas han de buscar un equilibrio entre los derechos fundamentales de la víctima y del victimario, la existencia o no del interés público en cada uno de los casos delictivos que llegan a los operadores de justicia y que las políticas públicas se dicten sobre seguridad ciudadana y prevención del delito, en cada una de las sociedades, a partir de la consideración de sus verdaderas realidades culturales, socio políticas y económicas.

Así, resulta pertinente el razonamiento de que los delitos de bagatela deben ser resueltos mediante la aplicación del principio de oportunidad, como un mecanismo de política pública con plena validez en las sociedades en las que el crecimiento de la delincuencia es incontrolable por parte de los Estados, siempre que el legislador regule este principio procesal de manera integral, permitiendo alcanzar una seguridad ciudadana eficaz y una cultura de paz que perdure siempre en el subconsciente de cada ser humano.

Del mismo modo, al referirse al fenómeno delictivo y cómo enfrentarlo, PICO I JUNOY asevera que: “Los nuevos y complejos fenómenos criminales (...) conllevan a que el legislador deba hacer frente a ellos teniendo en cuenta dos tipos de realidades: una sociológica, en virtud de la cual se constata la escasa colaboración procesal del imputado en la persecución del hecho criminal; y otra jurídica, consistente en la necesidad de ofrecer un mecanismo rápido y eficaz para reprimir los tipos de delincuencia que, si bien no son totalmente nuevos, han adquirido progresivamente mayores grados de peligrosidad social”²⁴⁰.

En consecuencia, deviene labor del legislador dictar leyes ajustadas a esa progresión del fenómeno delictivo y que permitan enfrentarlo, en tanto el sujeto activo del delito se sirve del avance de la ciencia penal y la tecnología para cometer hechos criminales que afectan a bienes jurídicos protegidos nuevos y complejos. Así, el Derecho procesal penal es el encargado de proveer aquellos procedimientos legales científicamente argumentados que favorezcan una pronta y diferenciada solución del conflicto penal.

Precisamente, el desbordamiento de la delincuencia constituye una de las causas que señala CAMARGO como raíz para la instrumentación del principio de oportunidad, en tanto su incorporación de manera reglada propende a la celeridad procesal, la abstención de investigar hechos de mínima lesividad y

²⁴⁰ PICÓ y JUNOY, Joan, “Nuevos mecanismos para potenciar la buena fe procesal: el denominado “premio>> por la colaboración procesal”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 1, Tarragona – España 2003, p. 1.

protege, además, los derechos del imputado, pero solo en delitos de escasa relevancia social y de mínima culpabilidad, concediéndole al fiscal la posibilidad de suspender el proceso. Todo ello, visto como elemento propio del concepto de política criminal de Estado, orienta hacia el trazado de nuevos paradigmas que cambian sustancialmente las condiciones del proceso hacia la observancia de garantías para la sociedad y de la búsqueda de la verdad²⁴¹.

Frente al crecimiento de la criminalidad de manera incontrollable, para los Estados y operadores de justicia penal nace la necesidad de legislar en pos de la solución de este grave problema que aqueja a toda la sociedad y regular procedimientos que otorguen una solución rápida al conflicto jurídico existente entre la víctima y el victimario, donde los delitos menores no sean resueltos mediante el procedimiento ordinario ni otros que son engorrosos y violatorios al debido proceso, sino más bien los Estados fortalezcan el principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, a fin de que esta figura jurídica genere un ambiente de paz en la sociedad y se dicten políticas para disminuir la delincuencia, siendo la más eficaz y efectiva la educación orientadora en valores en todos los estratos sociales, que produzcan el cambio de paradigma a que se aspira en el comportamiento humano.

5.5. La reparación integral a la víctima como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad

Algunos tratadistas como DANDURAND y GRIFFITHS²⁴², DOMINGO²⁴³, URBANO²⁴⁴, BEDOYA²⁴⁵ y RODRÍGUEZ²⁴⁶ -al referirse a la justicia restaurativa-

²⁴¹ CAMARGO CHONA, Humberto, Lenimy, MORALES PEINADO y Wilfrido, OSCURA LÓPEZ, *La implementación del principio de oportunidad en la legislación penal colombiana*, Justicia Juris, ISSN 1692-8571, vol. 6 N.º 13. abril-diciembre Barranquilla, 2010, pp. 81 - 82.

²⁴² Vid. DANDURAND, Yvon y Curt GRIFFITHS, *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, United Nations Office on Drugs and Crime, United Nations, New York, 2006, pp. 6-8.

²⁴³ Vid. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, *Justicia Restaurativa y violencia doméstica: posibilidad, error o acierto...*, Diario La Ley, Año XXXII Núm. 7701, España, 2011, p. 1.

²⁴⁴ Vid. URBANO CASTRILLO, Eduardo de, *La Justicia Restaurativa...*, cit., p. 10.

²⁴⁵ Vid. BEDOYA SIERRA, Luis, Carlos, GUZMÁN DÍAZ y Claudia, VANEGAS PEÑA, *Principio de oportunidad. Bases conceptuales para su aplicación*, Fiscalía General de la Nación, Bogotá, 2010, , p. 127. Es derecho fundamental de la víctima la reparación integral, sufrida como consecuencia de la comisión del delito y que tiene que ser indemnizada por el infractor, por orden judicial.

²⁴⁶ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El último (y controvertible) credo en materia Política Criminal. Justicia Restaurativa y Mediación Penal*, La Ley Penal N° 86, Madrid, octubre 2011, p. 6. Plantea que: "Para la consecución de ese objetivo de restauración, no basta con afianzar la posición de la víctima o la contribución de la comunidad donde se integra, se requiere también la implicación responsable del infractor (...) La primera fase del proceso de conversión pasa porque el delincuente afronte directamente y en toda su crudeza los perjuicios que ha causado. Presuponen los teóricos de la "justicia restaurativa" que esa inmediatez con el mal producido tendrá efectos

afirman que la víctima y el victimario deben participar en el litigio para de esta forma suministrar una respuesta al crimen, donde se respete la dignidad y la igualdad de las personas, con el fin de alcanzar la reintegración a la sociedad de las dos partes, fomentando la armonía social siempre que se reparen los daños ocasionados a la víctima como consecuencia de la infracción.

HOUED aquilata que, por esta vía, se busca el arrepentimiento sincero del autor y que el ofensor debe ser incentivado a entender cómo su acto ha herido a otra persona y a la comunidad, pero no se establece como requisito que la víctima le perdone, aunque sí se intenta la reconciliación de las partes y la reparación del daño causado²⁴⁷.

Como toda medida alternativa al cauce judicial tradicional, centra su atención en el logro de acuerdo por lo que se basa en la voluntariedad de víctima y ofensor. Ambos tienen derecho a participar en la investigación y en el proceso; el infractor en aras de que se encuentre una salida menos represiva a su actuar; y la víctima para hacer efectivo el reclamo del daño generado como consecuencia de la infracción penal y la restitución o reparación integral que le corresponde, la cual comprende los daños material e inmaterial. De manera que la justicia restaurativa, como su nombre lo indica, tiene la finalidad de amparar el interés preponderante de la víctima en la obtención de una reparación de los daños ocasionados por el hecho ilícito; así como la orientación del Derecho Penal hacia fórmulas autocompositivas o heterocompositivas, pero no judiciales, pues a este sendero se ha de llegar solo en última instancia. De esta forma, según sostiene UMBARILA RODRÍGUEZ, propicia la implementación de acuerdos reparatorios como método de descongestión del sistema penal, incorporando al principio de oportunidad en la persecución penal, lo que viabiliza que se resuelvan los conflictos "... mediante la utilización de medios informales, ahorrando tiempo en la culminación del juicio; y, finalmente se encuentra la posibilidad de eludir en lo posible la privación de la libertad del infractor, evitando el problema del hacinamiento en las cárceles"²⁴⁸.

En un futuro próximo, la justicia penal estará orientada a solucionar los litigios

terapéuticos, pues de ella emergerá un sentimiento de empatía hacia la víctima sobre el que construir un nuevo futuro en sus relaciones mutuas y con el resto de los miembros de la comunidad. Esta última, por su parte, y el propio agravado en la medida en que sea posible, han de colaborar con esa labor de superación personal, corrigiendo las causas que han podido incidir en su conducta y brindándole una nueva oportunidad de integración".

²⁴⁷HOUED, Mario, *Los Procesos Alternativos...*, cit., p. 90.

²⁴⁸ UMBARILA RODRÍGUEZ, Ignacio, *El Proceso Penal Acusatorio Colombiano, Roles de los intervinientes (Experiencias y desafíos)*, tomo III, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2007, pp. 310 - 311.

entre la víctima y el victimario, mediante mecanismos alternativos, con una clara tendencia a la desjudicialización de los delitos menores o de bagatela. El sujeto pasivo de la infracción penal pretende la reparación del daño sufrido como efecto inmediato del delito, pero no de manera tardía, sino pronta y razonable, lo cual evita la violación del principio de no revictimización y favorece el ahorro de recursos económicos y humanos que demandan la tramitación y resolución de juicio controvertido; pero también es de importancia considerar al sujeto activo del delito, el cual está protegido por la normativa jurídica nacional e internacional y si no se efectiviza su análisis o juzgamiento y sanción por parte de un juez o tribunal, el resultado es que no se afectará su libertad individual y, en consecuencia, se frena —al menos de manera parcial— el hacinamiento de los centros de rehabilitación social, los cuales al no cumplir las condiciones mínimas para habitar los sentenciados, vulneran sus derechos humanos.

Mediante la introducción del concepto “reparación integral” como elemento típico de una justicia restaurativa, se busca romper con la falsa idea de que la víctima al recibir una indemnización pecuniaria, se resarce de los daños producidos por la violación a sus derechos, ya que la reparación tiene una finalidad que va más allá, en tanto se dirige a la consecución de medidas a favor de las víctimas o afectados por la violación de derechos humanos. Comprende la realización de un proceso que permita reconocer los hechos conforme a la verdad, la dignidad, la consecución de medidas justas y satisfactorias para los afectados, el deber de prevención social y la instauración de medidas que tributen a “... garantizar la no repetición de los hechos y circunstancias que posibilitaron la violación de los derechos del ofendido”²⁴⁹.

En efecto, la reparación integral a la víctima no solo comprende un aspecto material, sino la dignificación de su moral, la prevención de que sea atacada nuevamente por el mismo delito u otro de menor o mayor gravedad, por lo que es prioritario que el Estado le garantice su seguridad y, de ser necesario, se le proteja en el futuro a través del sistema de asistencia a víctimas que está bajo la dirección de la FGE, para lo cual la preceptiva correspondiente establece los pormenores relacionados con la protección plena a la víctima y a otros operadores de justicia.

En lo que se refiere a la reparación integral de la víctima, RINCÓN precisa a modo de conceptualización, que: “El derecho de reparación nace del hecho de la

²⁴⁹ JARAMILLO HUILCAPI, Verónica, *Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011, pp. 149 - 150.

violación de un derecho humano y, por tanto, es la víctima de esa violación de derechos la que, en su condición de tal, es titular del derecho a la reparación”²⁵⁰. Siguiendo esta misma línea, APONTE asevera que se debe confeccionar un programa de reparación dentro de un proceso integral, es decir, que han de hacerse intentos por obtener una justicia criminal que permita un esclarecimiento de la verdad y principalmente que se garantice la no repetición²⁵¹.

Compartiendo el criterio de las tratadistas de referencia, la víctima es la titular del derecho de reparación integral, porque es la que recibe el agravio directo del victimario, en el mismo instante de la comisión del delito, lo que afecta sus derechos humanos; razón por la cual -en ningún caso- la justicia penal puede dejar sin reconocimiento y satisfacción este derecho, tanto en la parte material como en la inmaterial, con el fin de consagrar la seguridad jurídica respecto de este sujeto procesal.

La reparación integral a la víctima por la comisión de un delito es un derecho fundamental y, en consecuencia, se le debe reparar lo más pronto posible por parte del ofensor, ya sea por su propia voluntad o por orden de una autoridad competente. En el caso de aplicarse el principio de oportunidad, el resarcimiento debe ser ordenado de manera urgente a fin de que pueda superar el impacto negativo del agravio producido como consecuencia de la comisión del delito y la aparente impunidad que implica para el infractor.

En este sentido, GONZALEZ expresa que el objetivo del principio de oportunidad es “(...) el resarcimiento rápido y oportuno a la víctima por el daño ocasionado, de tal manera que no haya necesidad de esperar los más de uno o más años que dura un proceso, para que el afectado o víctima obtenga una reparación. Esta rapidez y oportunidad en el resarcimiento a la víctima, tiene suma importancia, en cuanto va a permitir a ésta contar con los medios económicos para tratar de alguna manera sobrellevar o amenguar el dolor o perjuicio provocado, pues si este resarcimiento no es oportuno no tendría mayor trascendencia”²⁵² [sic.].

En relación con la reparación a que tiene derecho la víctima, deviene pertinente aclarar que, a pesar de haberse iniciado un proceso penal, es posible abandonarlo por parte del fiscal y solicitarle al juez que aplique el principio de

²⁵⁰ RINCÓN, Tatiana, *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 80.

²⁵¹ APONTE JARAMILLO, Luz Stella. “Expectativas de las víctimas”, en AA.VV., *Las víctimas frente la búsqueda de la verdad y la reparación en Colombia*, HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo (Editor), Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007, p. 212.

²⁵² GONZALEZ NAVARRO, Antonio, *Sistema de juzgamiento...*, cit., p. 234.

oportunidad, con la finalidad de alcanzar de manera rápida el resarcimiento del daño infligido por el infractor. Así, ROSERO expresa que, en la normativa colombiana, “...es posible (...) la aplicación del principio de oportunidad con un plan de reparación y una serie de obligaciones o condiciones (...). En todos los casos será el juez de control de garantías quien verifique la legalidad de la aplicación del principio de oportunidad, por lo que siempre se deben tener en cuenta a las víctimas y su interés en la reparación integral de sus daños y perjuicios”²⁵³. Por ello resulta imprescindible que la víctima tenga una actuación directa en la audiencia en la que se resuelve su caso a través del principio de oportunidad, porque el procesado es quien resulta directamente beneficiado con este procedimiento y debe hacer un compromiso de reparar los daños ocasionados a la víctima de manera inmediata, en aras de lograr la forzosa ponderación entre acto ilícito-daño causado-reparación necesaria.

La reparación a la víctima desde el punto de vista de la política criminal, el creador de la ley siempre se ha preocupado por regular la reparación del daño como consecuencia de la comisión de un delito, a favor del sujeto pasivo de la infracción, por lo que jurídicamente a dicha reparación se la considera como una atenuante respecto de la pena a imponerse, sin que en ningún caso se pueda comprender como algo que se relaciona con los fines de la pena, sino más bien como una disminución necesaria y preventiva de la pena, la cual debe ser regulada por el juzgador, tomando en cuenta la naturaleza pública y la finalidad de la política social y que bien puede servir como una condición para que se suspenda la pena impuesta²⁵⁴.

De manera que respecto de la reparación integral que le corresponde a la víctima como agraviada por el infractor, es necesario tomar en cuenta la magnitud del bien jurídico protegido que fue violentado y para ello deviene ineludible hacer un análisis de los delitos que afectan a la propiedad, a la integridad física, a la libertad sexual o a cualquier otro en que efectivamente sea factible lograr esta reparación por cauce pecuniario en lo relativo al daño material causado. Como se ha precisado, en lo atinente al daño inmaterial o moral –en algunos casos- resulta irreversible y, consecuentemente, irreparable,

²⁵³ ROSERO GONZÁLEZ, Ricardo, *El Proceso Penal Acusatorio Colombiano. Roles de los intervinientes (Experiencias y desafíos)*, tomo III, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2007, p. 375.

²⁵⁴ PÉREZ CEPEDA, Ana. “La reparación a la víctima”, en AA.VV., *Del Derecho Penal como Carta Magna de la Víctima al programa social del Derecho Penal en el Estado de Bienestar*, NUÑEZ PAZ, Miguel y Ana, GARCÍA ALFARAZ (Coordinadores), 1ª edición, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, p. 612.

por lo que corresponde al infractor realizar algo que resulte relevante para los familiares de la víctima²⁵⁵, con independencia de que se reconozca una compensación económica que les permita satisfacer ciertas necesidades inmediatas y futuras de familiares cercanos con derecho al resarcimiento, como pueden ser los casos de los menores de edad, de los dependientes económicamente o de quienes tienen algún grado de incapacidad.

El autor de este trabajo comparte la idea en cuanto a que la reparación del daño debe dejar indemne a la persona en cuanto a la afectación como consecuencia de la violación del bien jurídico protegido, pero diverge en que este derecho comprende únicamente el daño emergente y el lucro cesante, dado que ese rubro solo corresponde a lo que doctrinalmente se identifica como daño material, por lo que es indispensable aludir también a la reparación inmaterial, que comprende el daño moral no cuantificable por el efecto nocivo que produce el delito en la subjetividad de la víctima y en su convivir diario, pero que el juzgador tiene la obligación de cuantificar²⁵⁶.

Con respecto a lo que comprende la reparación integral a que tiene derecho la víctima, siguiendo la línea de lo expresado anteriormente, CORTÉS asevera que el daño, desde el punto de vista civil corresponde al menoscabo que sufre una persona en sus bienes, salud, propiedad o patrimonio, por el acontecimiento de un delito. Precisa el autor que la reparación del daño procede antes del juicio, cuando se haya efectuado en delitos de carácter patrimonial sin grave violencia o en delitos culposos, siempre que se dé el visto bueno por la víctima o el ministerio público y además, esta reparación incluye tanto el daño material como el moral²⁵⁷. En consecuencia, el daño producido a la víctima puede ser de dos tipos: daño patrimonial y daño moral, ya sea si recae en su patrimonio o en su persona. Se entiende por daño la diferencia existente entre la situación de la víctima antes de sufrir el acto lesivo y la que tiene después de ocurrido el ilícito.

²⁵⁵ Así lo prevé el Código Penal español que establece, en su artículo <http://demo.premium.vlex.com/generic/dispatch.asp?articulo=1.126987.3%3A104> 104: "La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubiesen causado al agraviado, sino también los que se hubiesen irrogado, por razón del delito, a su familia o a un tercero".

²⁵⁶ Pueden servir de guía los baremos o índices que responden a fórmulas pormenorizadas para calcular el monto de la indemnización teniendo en cuenta circunstancias como la edad de la víctima, las lesiones y consecuencias que produzcan, las circunstancias económicas, familiares, etc. Se observa, por ejemplo, tal fórmula, en aplicación de la Ley Española de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, la n.º 30/1995, en relación con La Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

²⁵⁷ CORTÉS, Miguel, "El Ministerio Público en Costa Rica" , en AA.VV., *Jornadas Iberoamericanas, Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*, segunda edición, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F., 2008, p. 121.

Puede tratarse de una diferencia patrimonial que se cataloga como daño emergente, el cual consiste en una determinación objetiva de la realidad afectada, por tal motivo se aplica la palabra emergente, puesto que es un daño que emerge, resulta visible y cuantificable (daño material), o de una diferencia en la situación anímica, psíquica, de un sufrimiento que puede o no tener repercusiones patrimoniales (daño moral) y que puede ser directamente a la víctima o a sus familiares, quienes a la larga, también son víctimas del actuar delictivo y, consecuentemente, deben ser resarcidos²⁵⁸.

En este contexto, los dos aspectos que comprende la reparación integral están plenamente identificados, el primero que es el daño material que comprende los daños y perjuicios, los cuales se desglosan en daño emergente y lucro cesante y el segundo que es el daño inmaterial, que concretamente se refiere al daño moral ocasionado a la víctima y sus familiares después del agravio del ofensor y que se materializa en el dolor interno de su ser, el sufrimiento y el efecto postraumático que afecta de manera directa a la víctima en ciertos delitos y en los que se afecta al bien jurídico “vida”, a sus familiares más allegados.

En cuanto a la connotación y gravedad del daño moral, RUÍZ afirma que: “Puede definirse como el dolor espiritual, sufrimiento, pena, congoja que afecta tanto a la víctima directa del daño como a sus parientes cercanos y terceros damnificados muy próximos a la víctima. Este sufrimiento puede ser consecuencia de una lesión física o de la pérdida de un ser querido, (...) el núcleo esencial es el dolor y la tristeza (...), la imposibilidad de ver el mundo en forma igual o mejor que antes de la ocurrencia del suceso dañoso”²⁵⁹. En esta misma línea, DOMINGUEZ HIDALGO señala que se identifica este perjuicio con el *pretium doloris*, asimilándola con la idea de secuelas emocionales o psíquicas, lo que se aviene a la noción de daño moral asociado a la muerte o lesiones de un ser querido²⁶⁰. A su turno, PARELLADA puntualiza que el daño moral puede ser: directo cuando afecta a los derechos de la personalidad de la víctima (vida,

²⁵⁸ BARONA VILAR, Silvia, *Tutela civil y penal de la publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 264 - 265.

²⁵⁹ RUÍZ OREJUELA, Wilson, *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*, 2.ª edición, ECOE Ediciones, Bogotá 2013, pp. 65-88.

²⁶⁰ DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen. “El daño moral en el Derecho Chileno”: Panorama General”, en AA.VV., *El daño moral en Iberoamérica*, PÉREZ FUENTES, Gisela María (Coordinadora), Primera Edición, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Tabasco, 2006, pp. 68 - 69.

integridad corporal); e indirecto cuando el interés no patrimonial se da como resultado de la afectación a un bien patrimonial²⁶¹.

En el contexto normativo ecuatoriano, el COIP considera como “ofendidos” a las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente han sufrido algún daño a un bien jurídico, de manera directa o indirecta como consecuencia de la infracción; los que han sufrido agresión física, psicológica, sexual o cualquier tipo de daño o perjuicio de sus derechos por el cometimiento de una infracción penal, la o el cónyuge o pareja en unión libre, incluso en parejas del mismo sexo, ascendientes o descendientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad, los que compartan el hogar de la persona agresora o agredida, en casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, integridad personal o de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, la o el socio o accionista de una compañía legalmente constituida que haya sido afectada por infracciones cometidas por sus administradoras o administradores, el Estado y las personas jurídicas del sector público o privado que resulten afectadas por una infracción, cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellas infracciones que afecten intereses colectivos o difusos y las comunidades, pueblos, nacionalidades y comunas indígenas en aquellas infracciones que afecten colectivamente a sus miembros. También regula la reparación integral de la víctima por los daños sufridos; reparación que dependerá del delito cometido, del bien jurídico vulnerado y del daño causado²⁶².

La reparación integral de la víctima constituye un derecho esencial que los jueces tienen la obligación de garantizar en el momento de resolver una causa, a través de cualquier procedimiento judicial que esté regulado en la ley procesal penal. Si el procedimiento por el que se soluciona el conflicto, es la aplicación del principio de oportunidad, le corresponde al juez garantizar que el ofensor cumpla con este propósito en un tiempo prudencial, porque el Derecho Penal ha de proteger tanto los derechos del victimario, como los de la víctima, por lo que en ningún caso es factible que se le prive a esta última, de lo que forma parte de sus derechos humanos.

²⁶¹ PARELLADA, Carlos, “El Daño Moral. La Evolución del pensamiento en el Derecho Argentino”, en AA.VV., *El daño moral en Iberoamérica*, PÉREZ FUENTES, Gisela Maria (Coordinadora), Primera Edición, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Tabasco, 2006, p. 24.

²⁶² Cfr. Arts. 77 y 78 del COIP.

En relación con la reparación integral a la víctima cuando se aplica el principio de oportunidad, MARTIN RÍOS señala que "...uno de los fines del proceso penal es lograr una pronta y conveniente reparación de la víctima. Ciertamente, ello pudiera lograrse en cierta medida con la introducción del principio de oportunidad pues, a veces, el recurrir a procesos formales se convierte en un obstáculo para la reparación. Además, tal como está configurado nuestro proceso lo normal —por habitual— es que la insolvencia del condenado impida la satisfacción de la víctima. Precisamente por ello, admitimos la conveniencia de recurrir, en ciertos casos y con sujeción a límites y controles, a manifestaciones de oportunidad y a soluciones consensuadas de resolución de conflictos. (...) además, se dé a la víctima un real protagonismo, atendiendo en todo caso a si se siente o no suficientemente satisfecha con la medida adoptada"²⁶³.

Válido acotar al respecto que el principio de oportunidad tiene como objetivo central solucionar el conflicto dado entre la víctima y el victimario, sobre la base de un procedimiento en el cual el juzgador a petición del fiscal decide extinguir la acción penal y ello beneficia al infractor que no sufre el juicio de reproche, mientras que la parte que recibió la lesión del bien jurídico protegido puede no ser resarcida con la reparación integral en esa misma decisión adoptada por el juzgador, ya que en legislaciones como la ecuatoriana, ese derecho podrá ser reclamado en un momento posterior y mediante una acción civil.

La postergación del resarcimiento constituye una flagrante violación del debido proceso, por cuanto al no ser escuchados en la audiencia respectiva la víctima y el victimario, se les deja en indefensión. No ejercitar el derecho a la defensa equivale a indefensión y así sucede cuando no son escuchados con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, imparcial e independiente, por lo que al violentarse este derecho, nace la necesidad de crear una normativa jurídico procesal integral, que sea eminentemente garantista de todos los derechos de la víctima y del sospechoso o procesado, basada en una investigación científica validada por expertos en el Derecho Penal, la doctrina y la jurisprudencia, lo que deviene en horizonte a conquistar por la futura administración de justicia en materia penal.

En este contexto, lo que se plantea es que el sujeto activo del hecho delictivo se aproxime a la víctima, reconozca su error y pretenda enmendarlo, dándosele la oportunidad de rectificarlo, con la finalidad de que realice una completa

²⁶³ MARTIN RÍOS, María del Pilar, *Víctima y justicia penal: Reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 432.

indemnización por el daño causado, pero la reparación —como se ha analizado previamente— no se compone exclusivamente del aporte económico, como compensación por el hecho suscitado (reparación patrimonial), sino que se encamina también a la satisfacción moral. Así, la petición de disculpas o retractación pública del ofensor tiene en algunos casos más validez que la pecuniaria. Lo verdaderamente dañoso y lesivo para el ofendido puede ser la vejación moral que supone el haber sido víctima de un delito determinado y, en ese caso, en que la mayor afectación es de índole subjetiva no es la compensación económica su mejor forma de desagravio²⁶⁴.

En la misma línea, y al analizar el acceso a la justicia que buscan los ciudadanos, MOLINA comenta que se han abierto cauces alternativos en la búsqueda y obtención de justicia como son los centros comunitarios y que se procura que los propios protagonistas del conflicto se acerquen y propongan soluciones y condiciones para resolverlas²⁶⁵. Todo ello de conformidad con lo previsto por los convenios internacionales de derechos humanos, las constituciones y la ley, que garantizan el derecho al acceso a la justicia y a una tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses; pero —en criterio propio— dejar el conocimiento y resolución de la *litis* a centros comunitarios, puede ser peligroso y antijurídico, ya que las normas jurídicas regulan las atribuciones y competencias de los operadores de justicia para intervenir en la justicia penal, así sea en procedimientos sencillos como es respecto de la aplicación del principio de oportunidad. Vale decir, siempre debe existir el control jurisdiccional para avalar el respeto de los derechos del sospechoso o procesado y de la víctima, en especial de esta última en lo atinente a la reparación integral.

En definitiva, se colige que la reparación integral a más de comprender la parte material e inmaterial, contempla otros elementos como el conocimiento de la verdad de los hechos, la investigación y resolución de manera oportuna y sin dilaciones, la restitución y rehabilitación de la víctima por el daño sufrido como consecuencia del delito, la garantía de que no vuelva a cometerse una nueva infracción en su contra por parte del sujeto activo, que afecte a sus bienes jurídicos protegidos, así como la satisfacción del derecho violado.

²⁶⁴ Apud. MEJÍAS GÓMEZ, Juan, *La mediación como forma de tutela judicial*, El Derecho Editores, Madrid, 2009, p. 86.

²⁶⁵ MOLINA GONZALEZ, María, *Justicia restaurativa en materia penal: una aproximación*, Letras Jurídicas Núm. 11 ISSN 1870-2155, Sonora-México, 2010, p. 7. Alaba el autor los logros obtenidos por la experiencia estadounidense que se constituyen como un ejemplo en la comunidad internacional, donde también se instrumentan cambios en el quehacer de la justicia.

Para conseguir tal propósito, el Estado a través de los operadores de justicia, ya sean fiscales, defensores públicos, abogados en libre ejercicio y, fundamentalmente, los jueces y magistrados competentes en materia penal, tienen la obligación de adoptar mecanismos jurídicos apropiados a fin de que este derecho fundamental de la víctima sea garantizado de manera eficiente y oportuna. Y si un conflicto jurídico penal se resuelve mediante la aplicación del principio de oportunidad, el juzgador sin reparo ordenará que el infractor de manera inmediata realice la reparación integral a la víctima, lo cual deberá constar expresamente en la respectiva resolución en la que se acepta la ejecución de este principio.

En otro orden de ideas, hay que tener en cuenta que una investigación o proceso penal respecto de delitos del ejercicio público de la acción, se lleva a cabo por el fiscal como titular del *ius puniendi* en representación del Estado, por lo que no queda a voluntad de la víctima su persecución o no, excepto en los delitos del ejercicio privado de la acción y ello lo relaciona MARTIN con la posibilidad de una justicia restaurativa. Así, sostiene: “Entendemos que el único ámbito en que pudiera darse tamaña virtualidad a la reparación sería el estrecho campo en que se concede a la voluntad de la víctima el disponer del inicio y del fin del proceso. Estimamos que es así no porque en esos casos desaparezca el componente del interés general que ha de predicarse de cada tipificación penal, sino que en ese género de delitos se concede a la autonomía de la voluntad de los particulares un anormal alcance. Puesto que en este ámbito, de todos modos, son consideraciones privadas de la víctima las que determinan que el proceso continúe o se inicie, primando los intereses singulares sobre los generales (...)”²⁶⁶.

Contestes con el criterio de que la víctima tenga poder de decisión respecto de si se inicia o no un proceso penal, al predominar sus intereses particulares sobre los generales en aquellos supuestos referidos al ejercicio privado de la acción (estupro, lesiones cuya curación no exceda de treinta días, usurpación, calumnia), pero no así en los delitos públicos donde existe un interés del Estado y de la sociedad en general, en cuyo caso le corresponde al titular de esta acción penal -el fiscal- actuar y adoptar la decisión de si se prosigue con la investigación y el proceso penal o se abstiene de iniciarla o desiste de la ya iniciada; siempre con la preservación de los derechos de la víctima como presupuesto de ineludible cumplimiento.

²⁶⁶ MARTIN RÍOS, María del Pilar, *Víctima y justicia penal...*, cit., p. 214.

Todo ello, en el caso de que resulte jurídicamente factible la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo procesal para la solución de un conflicto penal; posibilidad que concede la ley procesal penal y que le permite a los sujetos procesales proponer condiciones y parámetros legales para solventar el conflicto jurídico penal.

Así, la reparación del daño a la víctima es un derecho que se encuentra normativamente respaldado y claro resulta que la intención del legislador -al establecer criterios de oportunidad y de justicia restaurativa- está impregnada del principio de la *“restitutio in integrum”*, a partir del cual se sostiene que la reparación debe cubrir todo el daño producido, ya sea de uno u otro tipo, de una u otra cualidad, o aunque se contemple bajo una u otra denominación, respetando —a su vez- el principio *“pro damnato”* o *“a favor del perjudicado”*. Se trata de una satisfacción pronta y a plenitud de la víctima, quien ha de encontrar -en este procedimiento alternativo- la gratificación a sus pesares, en lo material y en lo humano, sin que le quepan dudas en cuanto al castigo merecido para quien ha vulnerado sus derechos. De este modo, con la aplicación del principio de oportunidad se logra alcanzar la justicia, una justicia que *“piensa”* en la víctima, en sus necesidades y en cómo satisfacerlas.

6. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y SU COMPATIBILIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA

SILVA PORTERO, al referirse al Estado constitucional de derechos y justicia afirma que: *“... surge a partir de una serie de mutaciones y cambios en el Estado liberal o legislativo del derecho, que es el modo que lo precede. El Estado constitucional revela un cambio de estructura del sistema jurídico, puesto que supuso la introducción de un modelo en el cual la Constitución implanta límites y vínculos sustanciales, que no son más que los derechos fundamentales, al poder ejecutivo, judicial, y principalmente, al legislativo”* ²⁶⁷. En tal virtud, el Estado está en la obligación de adecuar las normas legales a los derechos, garantías y principios regulados en la Constitución de la República y los convenios internacionales de derechos humanos, mediante una labor de la función legislativa, para que una vez que exista la normativa jurídica que guarde conformidad con la norma suprema y las internacionales, el juzgador cumpla su

²⁶⁷ Vid. SILVA PORTERO, Carolina, *“Las garantías de los Derechos ¿invención o reconstrucción?”*, en A.A.VV., *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, 1ra edición, V&M Gráficas, Quito, 2008, p. 63.

función a plenitud, como un verdadero garante del debido proceso, en cada caso puesto a su conocimiento y resolución.

Cuando el legislador pensó en la nueva normativa constitucional que se encuentra vigente en Ecuador, consideró aspectos sustanciales respecto de las y los ciudadanos y, consecuentemente, un cambio de paradigma respecto de lo que realmente es el Derecho constitucional, por lo que luego de un análisis profundo desde el punto de vista doctrinal y jurídico se cambió la concepción “Estado social de derecho” –establecido por la Constitución Política del Estado de 1998– por la de “Estado constitucional de derechos y justicia” que corresponde a la CRE.

En el Estado social de derecho, las autoridades públicas y los administradores de justicia, en particular, veían constreñidos su actuar a la invocación que del Derecho hicieren los reclamantes; en caso de que no se fundare la demanda en un derecho subjetivo concretamente vulnerado o en fundamento jurídico válido y expreso, pues se denegaba lo pretendido. En cambio, en el Estado constitucional de derechos y justicia,²⁶⁸ la autoridad judicial no puede motivar sus resoluciones en el sentido de que no existe ley que regule expresamente el derecho reclamado y, lógicamente, no se deniega —*prima facie*— la pretensión del peticionario; por el contrario, si el derecho conculcado y denunciado se encuentra reconocido en la CRE, corresponde su garantía al juzgador, por lo que tiene la obligación de su tutela y, en ningún caso, puede dejar de administrar justicia bajo el argumento de la inexistencia de una ley.

El Estado es responsable del respeto integral de los derechos humanos, como consta en el art. 2 de la CADH²⁶⁹, en cuya virtud los Estados parte se comprometen a adoptar medidas legislativas y las que fueren necesarias para la protección de los derechos humanos refrendados por dicho instrumento internacional; razón por la cual los servidores públicos, ya sean administrativos o judiciales -de oficio o a petición de parte- tienen la obligación de hacerlos respetar, en atención a que los instrumentos internacionales constituyen norma interna de los países miembros, al haberlos suscrito, aprobado y ratificado.

En un Estado constitucional de derechos y justicia, corresponde al Estado el diseño del orden legal (penal) y la protección de derechos humanos y fundamentales, a través del marco jurídico aplicable y de artilugios procesales y sociales que conformen una política criminal que responda a la realización de la

²⁶⁸ Vid. AGUIRRE GUZMÁN, Vanesa, *Tutela jurisdiccional del crédito en Ecuador*, Ediciones Legales EDLE S.A, Quito, 2012, p. 21.

²⁶⁹ Cfr. art. 2 de la CADH.

justicia que los tiempos actuales reclaman. De manera que las leyes penales que se dicten deben tener conformidad con las normas de carácter constitucional, para que exista una armonía jurídica que permita garantizar los derechos de los justiciables, sin olvidar que en una controversia de carácter penal, los operadores de justicia y en especial los juzgadores deben garantizar los derechos fundamentales de la víctima y del sospechoso o procesado, no solo en los juicios que a través del Derecho procesal penal llegan hasta la sentencia, sino en aquellos trámites especiales o de soluciones rápidas, como resultan los supuestos de aplicación del principio de oportunidad, y para ello es necesario desarrollar un modelo jurídico que esté en total concordancia con las normas jurídicas especiales, en los convenios internacionales de derechos humanos y en la CRE.

Una eficaz tutela de los derechos humanos solamente se logra a través de un sistema penal que vele por la plena vigencia de las garantías básicas del debido proceso, las cuales se encuentran establecidas principalmente en el art. 76 de la CRE, existiendo también garantías normativas en el art. 84 de la Norma Suprema, donde se dispone que todo órgano con potestad legislativa tiene la obligación de adecuar las leyes y normas a los derechos reconocidos en la CRE y a los tratados internacionales de derechos humanos.

La política criminal de los Estados –y el principio de oportunidad como uno de sus mecanismos- debe encaminar sus actuaciones a la protección de los derechos humanos y fundamentales de todo ser humano, no basta la sola existencia de la norma, sino depende esencialmente de su correcta aplicación por parte de los operadores de justicia.

En ese sentido, MESTRE ORDÓÑEZ afirma: “La excesiva dogmática ha perdido su razón de ser en el Estado social de derecho. La amplitud en este catálogo de posibles causales para la aplicación del principio de oportunidad demuestra que la estricta legalidad sigue perdiendo su predominio y la maniobrabilidad política —siempre controlada— gana terreno”²⁷⁰. Y es cierto que va ganando espacio la maniobrabilidad política, por cuanto al Estado le corresponde dictar las políticas públicas sobre criminalidad a fin de que la sociedad alcance la paz, en cuya virtud ha de predominar el *ius puniendi* en aras de proteger a la sociedad y la víctima y de sancionar a los responsables de las infracciones penales. En esa labor punitiva son protagonistas el fiscal en

²⁷⁰ MESTRE ORDÓÑEZ, José, *La discrecionalidad para acusar. La Fiscalía y el principio de oportunidad en el estado social de derecho*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2003, p. 104.

la investigación y el juzgador en la administración de justicia, castigando al infractor culpable y ratificando el estado de inocencia a quien no tiene ninguna participación criminal en el presupuesto fáctico que se investiga.

La sede de la dogmática es la norma y su valor casi absoluto, lo cual permite caer en la estricta legalidad. La dogmática penal busca ordenar conocimientos, particularidades, establecer categorías y conceptos, construir sistemas, vinculando todo en referencia al derecho positivo, en una supuesta búsqueda de seguridad jurídica, previsibilidad y certeza, y por tanto frenar posibles arbitrariedades, al tratar supuestos similares, de la misma forma; sin embargo, ha terminado encerrándose en un mundo formal de normas jurídicas que aisladamente dejan de concebirse como un instrumento idóneo de convivencia social, precisamente porque conduce a su aplicación casi mecánica, con muy poca o ninguna interpretación.

Válido apuntar que la interpretación teleológica ostenta una especial relevancia y utilidad en el Derecho Penal por cuanto orienta al intérprete a comprender el sentido de la norma a partir de criterios de justicia material y de política criminal; sin embargo, tal criterio interpretativo encuentra un límite en el principio de legalidad penal. Explica al respecto CUELLO CONTRERAS que para que el Derecho Penal "...pueda desarrollar su eficacia sin caer en la inseguridad jurídica ni vulnerar el principio de legalidad, la interpretación resultante de aplicar criterios teleológicos debe caer dentro del tenor literal de la ley (...)", de modo tal que "el tenor literal de la ley es límite de la interpretación, en cuanto no puede sobrepasarlo"²⁷¹.

Todo ello pareciere técnicamente acertado, pero no es compatible con un Estado constitucional de derechos y justicia, debido a que el fin fundamental de este tipo de organización estatal es el de garantizar efectivamente los derechos y libertades de todas las personas, reconociéndose la supremacía de las normas constitucionales, lo cual se fundamenta en la subordinación de la legalidad a la norma constitucional y, consecuentemente, a la realización del valor justicia. El rango jerárquico superior de la Carta Magna asigna un rol activo a los jueces en el despliegue de las potencialidades de la CRE, es decir, se deja atrás el extremado legalismo y se aboga por un garantismo en el que el juez se vuelve más dinámico y responsable de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

²⁷¹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho Penal Español. Curso de Iniciación. Parte General –Nociones introductorias-Teoría del delito–*, 2.^a edición, Civitas, Madrid, 1996, pp. 170 - 172.

En consecuencia, frente al Estado constitucional de derechos y justicia, es preciso analizar que la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal debe someterse a lo que disponen las normas constitucionales en aras de que efectivamente se garanticen los derechos y libertades tanto de la víctima como del sospechoso procesado. El fiscal resulta el protagonista del principio de oportunidad como titular del ejercicio público de la acción y -en la audiencia oral, pública y contradictoria- tiene la obligación de fundamentar jurídicamente sobre cada uno de los aspectos relacionados con su propuesta de aplicación, para que el juzgador adopte la decisión que corresponda sobre la base de su conocimiento y convicción y, por ende, se convierte en un operador de justicia activo, pues al ser eminentemente garantista de derechos, le corresponde hacer un análisis de manera integral, desde el presupuesto fáctico y las reglas que forman parte del Derecho internacional e interno, a fin de que su resolución esté acorde a lo que se considera propio de un juzgador que actúa a nombre de un Estado constitucional de derechos y justicia.

En lo que respecta al activismo del juez, AGUIRRE GUZMÁN afirma que en el ámbito procesal se aumentan los poderes del juzgador a través de una adecuada conducción del proceso, donde pueda tutelar de mejor manera los derechos de los ciudadanos, pero este activismo decisonal promueve su intervención dinámica en el proceso como director o impulsor de la causa y que tome la iniciativa para encontrar la solución que considere la más justa y que, a la vez, proteja los derechos fundamentales de los involucrados en el conflicto. Ello no significa incumplir el principio de imparcialidad, sino que la función judicial se ejerce a tenor de un interés público al que se debe y por ello es necesario para que la solución sea justa y promueva la efectiva vigencia de los indicados derechos. Se trata de que la aplicación del Derecho debe buscar y encontrar a la justicia como un valor; pues la CRE reclama de la legislación procesal más poderes para los juzgadores, a fin de tutelar los derechos de las personas en pos de evitar que el proceso penal se convierta en un debate privado, pues la pronta y eficaz resolución de los conflictos de relevancia jurídica importa a toda la sociedad y excede el estricto interés de parte²⁷².

Por supuesto que tampoco se trata de que el juzgador supla la actividad procesal que a cada parte corresponda, sino que obre con prudente arbitrio y que esta energía procesal no se constituya en sinónimo de arbitrariedad, sino

²⁷² AGUIRRE GUZMÁN, Vanesa, *Tutela jurisdiccional...*, cit., pp. 39 - 40.

de un juzgador facultado e interesado en resolver conforme a Derecho y a Justicia. En consecuencia, en el Estado constitucional de derechos y justicia, ya no puede aludirse a un juez que aplica el texto frío de la ley, sino que se convierte en garante de derechos de las partes intervinientes en el proceso penal y que procura la solución más justa para el caso concreto.

La concepción del juez director y garante privilegia su voz sobre la soberanía del legislador, ya que se considera al juzgador como un activista en la defensa de los derechos fundamentales, en su virtud es capaz de abandonar las rigideces legalistas y buscar como finalidad la realización de la justicia, aplicando si es necesario -de manera directa e inmediata- las disposiciones jurídicas contenidas en los convenios internacionales de derechos humanos y en la CRE cuando privilegien la tutela de derechos y garantías básicas inherentes a la persona.

Además, es necesario precisar que, en un Estado constitucional de derechos y justicia, se puede visibilizar la vigencia de un pluralismo jurídico, lo cual significa que el marco jurídico constitucional y legal vigente en un país reconoce más de una clase de administración de justicia. En el caso de Ecuador, subsiste la justicia ordinaria -a la que se ha hecho referencia con anterioridad- y la justicia indígena. Según lo dispuesto por el art. 171 de la CRE, se le concede jurisdicción y competencia a la autoridad indígena, conocida como cabildo, el cual tiene la obligación de ejercer labor jurisdiccional con sustento en el derecho consuetudinario, donde además se debe cumplir el debido proceso inherente a su cultura, tradición y costumbres, sobre la base de una justicia de paz, de equidad y de respeto de los derechos humanos.

Por último, deviene ineludible acotar que la aplicación del principio de oportunidad en un Estado social de derecho se basa exclusivamente en lo que dispone la ley, es decir, en las reglas que el legislador dictó para que los operadores de justicia, ya sea el fiscal y el juez o tribunal, declaren si procede o no dicho principio, sin considerar las garantías, derechos y principios del debido proceso, sino que -por el contrario- sustentan sus decisiones en la estricta letra de la ley. De esta forma, los juzgadores se convierten en meros cumplidores y aplicadores de la norma, sin que el respeto de los derechos humanos de los justiciables constituya el foco de atención.

Por el contrario, en un Estado constitucional de derechos y justicia, la aplicación del principio de oportunidad le corresponde al juzgador en su carácter de principal intérprete de la norma y director del proceso, en cuya virtud detenta una función eminentemente garantista de los derechos

fundamentales de la víctima y del sospechoso o procesado, por lo que se activa un sistema jurídico integral con fundamento en las normas jurídicas que forman parte del Derecho internacional, la CRE, la jurisprudencia emanada de la CIDH, la Corte Penal Internacional de la Haya, la CCE y la CNJE, sin olvidar los más avanzados criterios doctrinales del Derecho Penal del país y de las tendencias internacionales que prevalecen, a cuyo tenor el principio de oportunidad se erige como mecanismo actual de solución de determinados conflictos penales.

6.1. El principio de oportunidad y su relación con los principios de mínima intervención penal y legalidad

Según la dicotomía propuesta por FERRAJOLI entre el Derecho Penal mínimo y el Derecho Penal máximo —como opuestos entre sí— identificados como garantías de los ciudadanos entre el arbitrio o el error penal, donde la pena solo se impone como consecuencia de la comisión de un delito previsto en la ley, para lo cual se requiere que se inicie un proceso respetándose los derechos y garantías del procesado por parte de un juez o tribunal imparcial donde se privilegia los principios de publicidad y contradicción, mientras que el otro sistema es el autoritario, que se caracteriza por la ausencia de límites que establece el Estado a través de las normas jurídicas pertinentes, por lo que el primer sistema tiene relación con el estado de derecho²⁷³; razón por la cual es preciso mencionar que en el juzgamiento a un infractor que ha violado la ley penal y por ende un bien jurídico protegido en contra de la víctima, debe desarrollarse cumpliendo el debido proceso.

En relación con el principio de legalidad, cabe mencionar que únicamente las normas jurídicas previamente dictadas son las que pueden tipificar conductas humanas, regular procedimientos para el juzgamiento en franco cumplimiento del debido proceso, así como establecer los mecanismos para la rehabilitación social del infractor y la reparación integral a la víctima; aspectos que resultan consustanciales a un sistema de derecho, donde se privilegia el respeto de la dignidad del ser humano y las demás garantías y derechos consagrados en la normativa nacional e internacional.

En alusión al principio de legalidad, CAMARGO afirma que: “Es un principio de orden jurídico según el cual la conducta de las personas en la

²⁷³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón...*, cit., pp. 104 - 105.

sociedad debe ajustarse a lo que prescriban las normas jurídicas²⁷⁴. De manera que aun dentro del apego a la norma, deviene imprescindible indicar que existen dos modelos en los que el Estado aplica el *ius puniendi*; uno que se basa en un proceso en el que se respetan las garantías y derechos de los justiciables; y, el otro que resulta ser arbitrario porque se irrespetan hasta los derechos humanos del procesado, con ausencia de límites, los cuales deben estar determinados expresamente en la ley.

En consecuencia, es necesario considerar que debe existir un equilibrio entre el Derecho Penal mínimo y el Derecho Penal máximo, en el que se garanticen siempre tanto los derechos de la víctima como del infractor; razón por la que -en casos especiales y limitados- se deben aplicar soluciones alternativas sobre la base del principio de mínima intervención penal, de manera específica en delitos menores que no atenten contra el interés social o del Estado, quedando el Derecho Penal máximo para ser aplicado en los delitos cuyo bien jurídico protegido sea de mayor significado para la sociedad y que, ineludiblemente, la FGE debe investigar para que estos casos sean llevados a conocimiento y resolución de los jueces competentes, quienes sobre la base de las pruebas de cargo y de descargo y con respeto a los principios de independencia e imparcialidad, dicten sentencias justas que garanticen no solo la paz social, sino también el orden constituido en un Estado.

Los principios de legalidad y de mínima intervención penal se encuentran determinados tanto en la CRE como en el COIP; de una parte, se establece el principio de legalidad que supone que no existe infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho (art. 76.3, art. 5.1 COIP); por otra, al hacer referencia al principio de mínima intervención, la ley penal prescribe que la intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas y como último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos no penales (art. 195 CRE, art. 3 COIP). Es decir, que la ley penal tiene que ser aplicada, con criterio de última posibilidad -en el entendido de última ratio- que le permita al Estado recuperar la armonía y la paz social, como lo consagran las normas constitucionales, a fin de lograr el “buen vivir”²⁷⁵ fundamentado en el respeto a la dignidad humana y a las colectividades, de tal suerte que lo que prima no es el Estado controlador o

²⁷⁴ CAMARGO, Pedro Pablo, *El debido proceso*. Leyer Editorial, Bogotá, 2000, p. 211.

²⁷⁵ Términos que aparecen en la CRE en idioma quichua como *sumak kawsay* que se refiere a que los miembros de la sociedad deben alcanzar un nivel de vida que le permita la plena satisfacción de sus necesidades.

pesquisa de los actos humanos, sino un Estado que lo que propende es el desarrollo, progreso y convivencia ciudadana, en armonía, igualdad, equidad y justicia.

Válido señalar que el principio de oportunidad no se identifica con arbitrariedad, sino que constituye una opción que implica interacción o ponderación entre legalidad –en el entendido de apego a la ley y obligación de perseguir- y posibilidad de alternativa a la persecución y/o juzgamiento, pues sin duda, la oportunidad reglada es la mejor forma de poner límites a posibles arbitrariedades; en cuyo caso, cumple la ley con un papel determinante para la consecución de los fines del principio de oportunidad.

Por su parte, el principio de mínima intervención penal se refiere a la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal, que determina que los casos penales pueden ser resueltos a través de instrumentos jurídicos o de carácter social, de menor intromisión en la esfera de libertades del ciudadano, es decir que el Estado debe agotar todas las vías distintas al sistema penal antes de acudir a él para la resolución de un conflicto. De ahí que la intervención penal se considere “... lícita en aquellos supuestos en los que el Estado, previamente, ha agotado todas las posibilidades no penales para la prevención del delito (culturales, educacionales, asistenciales, de política general, etc.) y, pese a todo, de ahí su naturaleza subsidiaria, persisten los conflictos agudos de desviación”²⁷⁶.

El Derecho Penal garantista, de *última ratio*, busca resolver los conflictos sociales que habitualmente se ventilaban ante los jueces y tribunales penales. Ello no implica, en modo alguno, una potestad discrecional ilimitada del fiscal para seleccionar las conductas lesivas a la sociedad; sino que, debe ajustarse a los lineamientos otorgados por el legislador para la aplicación del principio de oportunidad, y de esta manera, se aplica el Derecho Penal a los casos más graves de lesión a bienes jurídicos fundamentales o primordiales del ser humano, y se suprime la falsa acepción de que todas y cada una de las relaciones humanas conflictivas, configuradoras de ilícitos son merecedoras de una sanción privativa de la libertad.

En relación con el principio de legalidad, STIPPEL y MARCHISIO sostienen que existe —en algunas normativas latinoamericanas— la tácita prohibición de que concurra la disponibilidad de la acción, pues se atienden al

²⁷⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, José, *Fundamentos de Derecho Penal, parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 237.

principio de legalidad, en el entendido de que resaltan el carácter estatal de la persecución y del procedimiento penal y ello impone -a la acusación pública y a la policía- el deber de promover dicha persecución ante todos los casos que lleguen a su conocimiento. Luego, precisan los autores que "... el nacimiento del Estado de derecho acentuó la necesidad de limitar su poder punitivo, a los efectos de respetar los derechos de los ciudadanos, y equilibrar los poderes del primero frente a los segundos. En consecuencia, el mentado principio nació como una herramienta apta para evitar posibles abusos de los poderes Ejecutivo y Judicial"²⁷⁷.

De manera que el principio de legalidad tiene relación directa con todo lo que comprende el Derecho Penal sustantivo y adjetivo, pues en la ley se encuentran tipificadas y sancionadas todas las infracciones, ya sean catalogadas como delitos o como contravenciones. La letra de la normativa especial ecuatoriana constituye fiel reflejo de lo que -al respecto- dispone el art. 76.3 de la CRE, que instituye que nadie puede ser sancionado por un acto u omisión que al momento de su comisión, no esté tipificado en la ley como infracción penal y, consecuentemente, no se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Y, en la última parte de dicho numeral, alude a que una persona solo puede ser juzgada por un juez competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. Así, toda la normativa jurídica vigente en materia penal forma parte del principio de legalidad, en el sentido de que ha de ser observada por quienes le interpretan y aplican, y, en su virtud, se limitan las actuaciones de los operadores de justicia, ya sean fiscales o jueces, quienes están en la obligación de garantizar la seguridad jurídica.

La CIDH, respecto a la legalidad, ha sentenciado: "En la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad (...) una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad (...) genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad (...)"²⁷⁸.

Y en lo referente al principio de mínima intervención penal, la referida CIDH ha expresado: "El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado (...) La Corte ha señalado que

²⁷⁷ STIPPEL, Jorge y Adrián MARCHISIO, *Principio de Oportunidad y salidas...*, cit., p. 25.

²⁷⁸ CIDH, caso Cantoral Benavides vs. Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000.

el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de última ratio del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo solo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. Tomando en cuenta las consideraciones formuladas hasta ahora sobre la protección debida de la libertad de expresión, la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido²⁷⁹.

Conforme a las valoraciones previas de la CIDH, respecto a la legalidad y mínima intervención penal, es preciso dejar constancia de que – indiscutiblemente- estos dos principios son parte sustancial del Derecho Penal, pues en razón de la legalidad se tipifican y sancionan aquellos actos humanos de elevada trascendencia para la sociedad porque atentan contra bienes jurídicos significativos y, por el contrario, se limita su aplicación —a tenor de la mínima intervención penal— ante conductas o actos que no tienen mayor relevancia. Limitación a la legalidad que viene dada por la consideración de que el Derecho Penal debe ser aplicado únicamente cuando los actos humanos violenten gravemente a un bien jurídico protegido y la sanción estará regulada por el principio de proporcionalidad, es decir, que debe estar a tono con la magnitud del daño ocasionado a la víctima y a la sociedad.

Esta actuación correlacionada de los principios se pone de manifiesto también con los de necesidad y oportunidad, para fortalecer los diferentes medios legales que permiten enfrentar los conflictos sociales de la jurisdicción penal y propender a la solución pacífica de dichos dilemas, en el entendido de que –al mismo tiempo- se consolida el poder punitivo del Estado y se materializan los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, pues el *ius puniendi* del Estado debe hacerse efectivo solo en aquellos casos

²⁷⁹ CIDH, caso Kimel vs. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008.

que exista la real necesidad de la punibilidad, de lo contrario las controversias deben ser solucionadas mediante la aplicación de procedimientos y medidas no penales²⁸⁰.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, VACA considera que al Estado le interesa que las penas recaigan únicamente sobre los responsables de los delitos más graves y perniciosos para la vida de la sociedad y para ello es necesario atender las infracciones menores por otras vías, y a fin de que no haya un sometimiento penal injusto, grave u oneroso, se debe tener presente el principio de economía procesal²⁸¹, es decir, que le corresponde a la FGE, realizar las investigaciones de manera responsable, tomando en cuenta la gravedad de las infracciones, los bienes jurídicos violentados y la lesividad ocasionada a la víctima. Así, en los supuestos que no amerita proseguir con un proceso penal, el fiscal tiene la facultad de pedirle al juez la aplicación del principio de oportunidad. Igualmente, existen casos –que aun dentro del contexto penal– pueden ser superados por vía de la conciliación entre las partes con una gestión positiva de los abogados y de los fiscales, lo que requiere de capacitación que cambie la mentalidad litigante de estos operadores de justicia²⁸² en aras de alcanzar esa paz que el conflicto no permite y de hacer efectiva la administración de justicia en materia penal.

En este orden de ideas se precisa que es necesaria la intervención penal en la protección de los bienes jurídicos, pero esta “necesariedad” solo resulta válida y eficaz cuando se protegen bienes fundamentales y ello se corresponde en la normativa penal con delitos graves, en los que se fusionan –como uno solo– los conceptos de “necesidad” y de “merecimiento” de protección penal²⁸³. De manera que, en razón de la mínima intervención penal, cobra virtualidad jurídica el principio de oportunidad, en cuya virtud determinados casos penales pueden ser resueltos a través de instrumentos jurídicos o sociales que producen una menor intromisión en la esfera de libertades del ciudadano. Esa ha de ser misión del Estado: agotar todas las vías posibles y alternativas al sistema penal antes de acudir a él para la resolución de un conflicto.

²⁸⁰ VILLANUEVA MEZA, Javier, *El Principio de Oportunidad. Justicia Restaurativa...*, cit., p. 274.

²⁸¹ VACA ANDRADE, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, tomo I, Corporación de Estudios y Publicaciones, 4ª edición, Quito, 2009, p. 87.

²⁸² VACA ANDRADE, Ricardo, *Alternativas al...*, cit., pp. 26 - 27.

²⁸³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2.ª edición, B de F, Montevideo- Buenos Aires- Madrid, 2010, p. 425.

6.2. La aplicación del principio de oportunidad y el derecho a una tutela judicial efectiva

GIMENO²⁸⁴ y GARBERI²⁸⁵ señalan dentro de una misma línea que el derecho a la tutela judicial efectiva no es más que el derecho constitucionalizado a la acción. Por su parte, CHAMORRO considera que el término tutela judicial efectiva es amplio, por lo tanto, ha sido difícil la formulación de un concepto unificado, principalmente por cuanto la mayoría de autores parten del derecho a la acción o derecho a la jurisdicción para encontrar su concreción en la tutela judicial efectiva.

De manera que se le define a través de sus manifestaciones, precisamente porque al no tener una expresión propia, se materializa en varios derechos y garantías procesales²⁸⁶, donde el juzgador debe tener una actuación preponderante, para que efectivamente se cristalice la tutela judicial efectiva en beneficio de los justiciables, garantizándoles un acceso a la justicia sin ninguna clase de limitaciones.

La tutela judicial efectiva garantiza la protección de los derechos e intereses legítimos de los seres humanos, la cual se efectiviza principalmente mediante el acceso a la justicia, en igualdad de condiciones, sin discriminación; para lo cual, es indispensable que los administradores de justicia hagan efectivas todas y cada una de las garantías procesales, brindando a la ciudadanía una justicia ágil e imparcial, materializándose la protección jurídica, a través de los órganos jurisdiccionales; ante esto, sería inadmisibles la denegación de justicia por meras formalidades, siendo lo principal, la tutela judicial efectiva de los derechos y garantías de los seres humanos, lo cual se encuentra protegido por las normas jurídicas; ²⁸⁷ para lo cual los juzgadores no deben permitir que los formalismos innecesarios frustren la buena marcha de una justicia ágil y desempeñada por operadores de justicia eficientes en la prestación del servicio público.

RICO RUÍZ Y CARAZO LIÉBANA, al referirse a la tutela judicial efectiva expresan que: “(...) es un derecho fundamental que requiere de una instrumentalización procedimental específica para ser realmente efectivo. Por otra, la implementación de vehículos procesales con los que se garantiza la adecuada defensa judicial de toda pretensión jurídica e interés legítimo se

²⁸⁴ GIMENO SENDRA, Vicente, *Introducción al Derecho procesal* (con la colaboración de Manuel Díaz Martínez), 6ª edición, Colex, Madrid, 2010, p. 239.

²⁸⁵ GARBERI LLOBREGAT, José, *Constitución y Derecho procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho procesal*, Civitas, Pamplona 2009, p. 115.

²⁸⁶ CHAMORRO BERNAL, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 276.

²⁸⁷ Cfr. Artículo 23 del COFJ.

configura como una fórmula que asegura también el ejercicio “sustantivo” de los demás derechos constitucionales en caso de restricción y o limitación ilegítima”²⁸⁸. Es decir, que la tutela judicial efectiva es un derecho esencial de los justiciables, que buscan de la Administración de Justicia penal, la protección de sus pretensiones y de las garantías constitucionales, que están bajo la responsabilidad del juzgador.

En consecuencia, la tutela judicial efectiva es considerada como un derecho fundamental y, a la vez, como un principio básico del sistema jurídico. Se visualiza como uno de los derechos intrínsecos al ser humano, derivados del *ius naturae*, independientemente de su reconocimiento positivo en las normas constitucionales o pactos internacionales. Definiéndose en lo sustancial, como un derecho-principio de toda persona a que en definitiva se le “haga justicia” en tiempo oportuno, dándole lo que le corresponde; se sintetiza primeramente en el derecho de accionar, es decir, de tener acceso a los órganos jurisdiccionales de Poder Judicial, sin obstáculos, como los derivados de la carencia de recursos, cultura, debido asesoramiento legal, entre otras trabas existentes a lo largo de los procedimientos judiciales; y, en un segundo lugar, en la garantía del debido proceso, que comprende a su vez el derecho de defensa y el derecho a una sentencia justa, en derecho y dictada en un plazo razonable, que dé la razón a quien la tiene.

Por lo tanto, se supone la efectividad de la respuesta de los tribunales, reparándose los derechos vulnerados²⁸⁹. La CRE contiene como derecho de protección la tutela judicial efectiva, como dispone en su art. 75, además establece que el Estado será responsable por transgresión a la misma²⁹⁰; la tutela judicial efectiva se encuentra desarrollada de manera específica en el art. 23 del COFJ, determinando las formas como materializarla, contiene también la sanción al Estado por su vulneración, siendo el Presidente del Consejo de la Judicatura, el legitimado pasivo en la causa, mientras que el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, es el que debe conocer y resolver la controversia²⁹¹. En este contexto, el Estado, no es responsable únicamente de crear las normas sino de velar por su debido cumplimiento.

²⁸⁸ RICO RUÍZ, Gerardo y María José CARAZO LIÉBANA, *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. Análisis Jurisprudencial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 18.

²⁸⁹ AYARZA, Soledad “Algunas exigencias procesales de la tutela judicial efectiva”, en AA.VV., *Nuevas herramientas procesales*, PEYRANO, Jorge (Director) Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2013, pp. 93-94.

²⁹⁰ Cfr. art. 11.9, inciso cuarto, de la CRE.

²⁹¹ Cfr. art. 217 del COFJ.

Por ello, el mejor modo de concretar la tutela judicial efectiva no es con su exclusiva formalización, mediante la simple enunciación de diversos aspectos que guardan relación con el desarrollo de un procedimiento, tales como: el acceso a los órganos jurisdiccionales, la posibilidad de alegar y contradecir, el derecho a la prueba y el pronunciamiento fundado sobre el fondo del asunto, sino que además debe ser ejecutada de forma eficiente dentro del proceso penal²⁹².

Por lo tanto, la tutela judicial efectiva se manifiesta para estimular al órgano jurisdiccional a que otorgue dicha tutela durante todo el proceso a todos los intervinientes, lo cual significa el respeto absoluto a las normas de procedimiento y el cumplimiento fiel de los plazos, entre otros. Además esta figura jurídica no implica que el proceso se agote únicamente mediante sentencia, sino que se otorgue una resolución motivada del caso *sub judice*²⁹³.

Estamos ante un término procesal de raigambre constitucional que comprende el libre acceso de los justiciables a los tribunales (derecho a la tutela), bajo la estricta observancia de garantías procesales (debido proceso) con la finalidad de que se dicte un fallo congruente y ejecutable. De manera que abarca tanto la perspectiva del justiciable como la de quienes administran justicia, por lo que cobra virtualidad en un proceso subordinado a la función tuitiva del tribunal. Así, no implica necesariamente obtener una resolución a favor, sino acceder a los órganos de justicia y que resuelvan la controversia, como jurídicamente corresponda; solución que puede estar en aplicar alternativas de finalización del litigio, es decir, que no siempre será a través de una sentencia, sino -por ejemplo- a través de la aplicación del principio de oportunidad, el cual para que se encuentre dentro de la tutela judicial efectiva, debe ser reglado de manera integral y de conformidad con las normas constitucionales y de los convenios internacionales de derechos humanos.

Para que exista una verdadera protección de los derechos resulta necesario diseñar un poder judicial fuerte, con funcionamiento totalmente independiente de los demás poderes. Ello no significa que el ejercicio de la potestad jurisdiccional deba estar exento de controles, pues -entre otros medios- tienen la obligación de motivar sus resoluciones, como responsabilidad a la que están sometidos en virtud del ejercicio de la potestad

²⁹² PÉREZ BUENO, Luis, *Discapacidad, Derecho y Políticas de Inclusión*, Ediciones Cinca, Madrid, 2010, p.93.

²⁹³ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *El Debido Proceso Penal*, Edino, Quito, 2002, p.70.

jurisdiccional²⁹⁴. La tutela judicial efectiva también implica imparcialidad en las decisiones judiciales, lo cual únicamente se logra a través de la independencia, pues la imparcialidad resulta al proceso una materialización de la independencia²⁹⁵ frente a las partes procesales²⁹⁶.

Bien afirma TORRES que la tutela judicial efectiva quizá deba transformarse en tutela efectiva de la justicia, de modo que se garantice la resolución en derecho de todos los conflictos, a través de un eficiente ejercicio de la justicia, la cual no debe estar en manos de grupos de poder, sino de toda la sociedad²⁹⁷, porque aquella le corresponde al pueblo soberano, representada por los jueces y magistrados que forman parte de la función judicial, sin que en ningún caso se ponga a la justicia a disposición de los grupos de poder económico o de cualquier otra índole.

En ese sentido, aparece como la ejecución de las garantías judiciales que posibilitan el acceso a tribunales independientes e imparciales, permitiendo la participación de los sujetos procesales, a través de la presentación de sus medios probatorios y del principio de contradicción, en aras de que los procesos sean justos y garantistas, pues deviene imprescindible que la actuación judicial – nacional e internacional- promueva el respeto, la eficacia y la aplicación de los derechos fundamentales de las personas, y que, en caso de ser necesario, se condene a los Estados por su incumplimiento²⁹⁸.

En consecuencia, la tutela judicial efectiva es garantizada por jueces y tribunales que tienen jurisdicción y competencia en materia penal sobre la base de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas nacionales e internacionales y, de incumplirse con ello, será el Estado el que responda por

²⁹⁴ AGUIRRE GUZMÁN, Vanesa, *Tutela jurisdiccional...*, cit., p. 29

²⁹⁵ Se recuerda que la independencia está asociada a influencias externas, mientras que la imparcialidad a lo “interno” del juez, a la subjetividad que viene asociada a su formación social, profesional y como ser humano, en cuya virtud tiene convicciones propias que le pueden inclinar a favor de alguna de las partes. Resulta tan ostensible el carácter subjetivo de la imparcialidad que el legislador ha limitado su previsión a específicas causales de abstención-recusación que, generalmente, aparecen en *numerus clausus*, lo que debía preverse de forma más abierta para evitar que existan conductas que no queden comprendidas, ora por la incorporación en el enunciado de algún indicio de que se trata de ejemplos de causales o de que estas son las más comunes pero no las únicas; o, al agregar finalmente un precepto a través del cual se puedan incluir otros supuestos que pudieran afectar la imparcialidad de los jueces mediante el llamado “saco legislativo” o norma de clausura.

²⁹⁶ Cfr. Artículos 8 y 572 del COFJ.

²⁹⁷ TORRES OSORIO, Edilsa, *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013, pp. 231-232.

²⁹⁸ RINCÓN CÓRDOVA, Jorge, *Tutela judicial efectiva, actuaciones administrativas y control judicial en el derecho regional europeo*. Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 12-13.

error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia; actuaciones que constituyen una flagrante violación del derecho a la efectiva función judicial y las demás reglas relacionadas con el debido proceso.

En su relación con el principio de oportunidad, BAZZANI colige que la aplicación del principio de oportunidad depende de la discrecionalidad del fiscal, pero que debe realizarse un control de legalidad por parte del juez a fin de que dicho principio sea aplicado en los casos expresamente determinados en la ley²⁹⁹. En este punto, LEGAZ considera que debe ser aplicado de manera reglada, en aras de evitar posibles arbitrariedades que suscitarse en su aplicación, así como violaciones a la garantía de igualdad, todo ello en franca aplicación de ese megaprincipio que es la tutela judicial efectiva³⁰⁰.

El ligamen entre el principio de oportunidad y el derecho a una tutela judicial efectiva encuentra su aserción en la prohibición de indefensión que se concreta en que al interesado se le permite intervenir y participar en la adopción de la decisión. Al respecto el Tribunal Constitucional Español, se ha pronunciado en los términos siguientes: “no se encuentra en una situación de indefensión la persona a quien se ha dado a conocer la existencia del proceso y ha podido intervenir en él, ni aquella otra que, conociéndolo, ha dejado de intervenir en él por un acto de sus voluntad”³⁰¹. Ello encuentra reflejo en la legislación ecuatoriana por vía de los artículos 75 de la CRE y 23 del COFJ.

Apunta SALAS que, en lo referente a materia penal, para que exista tutela judicial efectiva es necesario que las causas sean tramitadas y resueltas de manera motivada y con apego a los lineamientos amparados en las normas jurídico-penales, con protección de los derechos fundamentales, tales como el derecho de defensa, el derecho a un debido proceso³⁰² para todos y cada uno

²⁹⁹ BAZZANI MONTOYA, Darío, *La terminación anticipada del proceso penal...*, cit., p. 249.

³⁰⁰ LEGAZ LACAMBRA Luis, *Filosofía del Derecho*, 5ª edición, Bosch, Barcelona, 1960, p. 598.

³⁰¹ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El proceso penal*, Bosch editor, Barcelona, 1993, p. 34.

³⁰² El concepto del debido proceso nació en el Derecho consuetudinario inglés. La regla de que no se privará a los individuos de vida, libertad, o propiedad sin el aviso y una oportunidad de defenderse antecede a las constituciones escritas y se aceptó ampliamente en Inglaterra. La Carta Magna, (Concesión Real o cédula del rey Juan Sin Tierra) fue un acuerdo que se firmó a la entrada del 1215, para definir los derechos de los nobles ingleses contra el rey y constituye un ejemplo temprano de garantía constitucional de proceso debido. Ese documento incluye una cláusula que declara, "Ningún hombre libre se detendrá, o encarcelará... excepto por el juicio legal de sus pares, o por la ley de la tierra" (el ch. 39). *Vid.* CORWIN, Edward S. *The doctrine of due process of law before the civil war*, Select Essays, t. I, p. 203. La garantía procesal constituida por la necesidad de aplicar la ley de la tierra fue recogida en las primeras constituciones, anteriores a la Constitución federal de los Estados Unidos. Las constituciones de Maryland, Pensylvania y Massachussets establecieron expresamente el concepto de que nadie puede ser privado de su

de los intervinientes en el proceso penal, en el cual se apliquen los principios de contradicción, oralidad, publicidad, intermediación, concentración, con la intervención de un juzgador independiente e imparcial que valore la validez y eficacia de las pruebas y que, posteriormente, otorgue una resolución debidamente fundada y con apego al Derecho³⁰³. De manera que la aplicación del principio de oportunidad no deviene en atentado a una debida tutela de los derechos, pues -siempre que se concrete dentro de un marco jurídico integral y adecuado a las normas constitucionales y de derechos humanos- se erige como una moderna manifestación de esa función tuitiva del tribunal que valora el juzgamiento y sanción del infractor como una posibilidad última, solo aplicable en aquellos casos en que realmente se afecte el interés de la sociedad. Así, en consideración propia, la factibilidad de encontrar alternativas al juzgamiento deviene en materialización de la tutela judicial efectiva.

6.3. Legalidad y oportunidad: contraposición frontal

La máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* se refiere a que ningún hecho merece una pena, si no ha sido declarado previa y legalmente como infracción. Este axioma, que ostenta hoy rango constitucional (art. 76.3, CRE), rige no solamente respecto de las sanciones propiamente penales, sino de toda sanción, tanto en contexto administrativo como disciplinario.

Al decir de FEUERBACH, "...la conexión del mal con el delito tiene que ser amenazada en una ley" por cuanto "... las transgresiones se impiden si cada ciudadano sabe con certeza que la trasgresión será seguida de un mal mayor que aquel que correspondería a la no satisfacción de la necesidad mediante la acción"³⁰⁴. De esta manera, se reconoce la finalidad preventiva de la pena asociada a la "intimidación" que ejerce sobre la ciudadanía y de la que se espera una evitación de nuevas conductas infractoras.

vida, libertad o propiedad sin debido proceso legal. Observamos entonces cómo la concepción de la ley de la tierra (*law of the land*) devino ulteriormente en la frase del debido proceso (*due process of law*). Más tarde, las Enmiendas V y XIV a la Constitución de Filadelfia, habrían de recoger ese texto expreso. Ya no se alude a juicio de los pares y de ley de la tierra: se habla de un "debido proceso legal" como de una garantía que involucra el derecho material de la ley preestablecida y el derecho procesal del juez competente. Enmienda V: "...nadie será privado de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal". Enmienda XIV: "Ningún Estado privará a persona alguna de su vida, libertad, o propiedad sin el debido proceso legal, ni denegará dentro de su jurisdicción a persona alguna, la igual protección de las leyes".

³⁰³ SANTOS BASANTES, Jaime, *El debido proceso penal. Fase de indagación, etapas de instrucción fiscal e intermedia*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009, pp. 340-345.

³⁰⁴ FEUERBACH, cit. pos. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal*, Parte General, 2.^a edición, reimpresión, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2007, p. 104.

En tal sentido, resulta preciso distinguir entre aplicaciones más o menos estrictas de la ley y establecer cuál es el grado que constituye el límite mínimo de vinculación con su texto. Se trata de una cuestión valorativa, solo posible en la consideración de cada caso con sus individualidades. Y llevado al entorno de las individualidades, BACIGALUPO recrea las posiciones de SAX, JAKOBS y GRÜNWARD. SAX indica que el principio de legalidad es un derivado del principio de culpabilidad, mientras JAKOBS reflexiona que mientras la culpabilidad no requiere el conocimiento de las consecuencias jurídicas, el principio de legalidad se extiende a las mismas y, en el mismo sentido, GRÜNWARD expresa que la legalidad aparece como consecuencia del principio de culpabilidad y, además, garantiza la objetividad del juicio, ya que solo con la distinción que confiere una ley previa es posible un enjuiciamiento objetivo del hecho³⁰⁵.

En atención a estas posiciones, los jueces y tribunales –en razón de su sumisión a la ley- han de concientizar que no juzgan a un delincuente, sino a una persona que goza del derecho de presunción de inocencia, igualdad procesal, derecho de defensa y a una información oportuna y quien, a su vez, es el destinatario del principio de legalidad, como garantía de objetividad en el proceso penal, pues solo cuando se dicte sentencia condenatoria y se encuentre ejecutoriada, será prudente hablar de la responsabilidad del infractor.

En criterio de STIPPEL y MARCHISIO, como contraposición al principio de legalidad surge el de oportunidad que es cada vez más utilizado en las sociedades, al otorgarse al órgano público encargado de la persecución penal, la facultad de prescindir de ella, por motivos de utilidad social o razones de política criminal³⁰⁶. El autor de estas líneas no comparte totalmente sus opiniones en cuanto a que el principio de oportunidad sea contrario al de legalidad, en el sentido de que la oportunidad reglada matiza esta extrema posición por cuanto la propia norma limita la actuación del fiscal y del juzgador, con precisión de los supuestos en que pueden no iniciar la investigación o desistir de la ya iniciada y de esta forma no existe un divorcio entre los principios de oportunidad y legalidad.

En tal sentido, una nueva consideración de las relaciones entre Estado y sociedad tiene inmediata influencia en los fines de la ley penal, donde los

³⁰⁵ BACIGALUPO, Enrique, *Ídem*, p. 106.

³⁰⁶ STIPPEL Jörg y Adrián MARCHISIO, *Principio de oportunidad y salidas...*, cit., p. 60.

valores del Estado Social y el desarrollo histórico del *Welfare State* ponen en evidencia la ampliación de la protección penal a intereses que van más allá de los individuales. El Derecho Penal tradicional se asentaba en la protección de bienes jurídicos básicos de las personas, pero hoy incluye bienes sociales, institucionales, valores culturales, programas de gobierno y deberes formales; ante esta realidad, la técnica legislativa presenta un fuerte desafío a las exigencias del principio de legalidad penal, por cuanto la actuación punitiva del Estado ha de ponderar esos “nuevos” bienes jurídicos³⁰⁷.

Al respecto, BENITEZ y BOTERO sostienen que los principios de legalidad y de oportunidad: “Operan en forma dialéctica, pues las leyes procesales los conjugan de manera que ninguno de los dos se sostiene en pureza. Simplemente puede haber un nivel mayor o menor de manifestación de uno u otro en un mismo ordenamiento procesal (...) Lo ideal, opinamos es mantener el predominio de la legalidad, restringiendo los sistemas “puros” de transacción penal, y a cambio, fortaleciendo los sistemas condicionados, por la ley”³⁰⁸. Así, la ley emana del organismo público competente sobre la base de una necesidad social; necesidad social que se determina por investigaciones, en aras de que las nuevas normas jurídicas le respalden y sirvan de sustento en el convivir pacífico de la comunidad.

A su turno, CASTRO puntualiza que -en su concepción básica- la oportunidad constituye una excepción al principio de legalidad y aprecia entre ellos algunas “tensiones”, en el sentido de que la oportunidad significa renunciar a esa función del derecho penal que es aplicar las normas del derecho material; también implica la frustración de los ciudadanos que confían en la aplicación de la ley, lo que genera inseguridad; y, por último, con los “... criterios de oportunidad se pone énfasis en el caso concreto (razones internas) mientras que el principio de legalidad defiende la igualdad (razones externas)”³⁰⁹.

En lo atinente a estas “razones”, CONTRERAS ALFARO afirma que: “En el marco de un Estado democrático de Derecho la renuncia a la persecución penal estatal es posible y necesaria por múltiples razones: sea para no convertir el sistema penal en el instrumento de un Estado opresivo, sea para mantener un mínimo grado de eficacia en la labor de los organismos de persecución, o en fin,

³⁰⁷ YACOBUCCI, Guillermo Jorge, *La interpretación...*, cit., pp. 387-389.

³⁰⁸ BENITEZ NARANJO, Hernán y Xavier BOTERO MARTÍNEZ, *Pretensión y Proceso Penal*. Señal editora, Medellín, 1997, pp. 63 - 64.

³⁰⁹ CASTRO OSPINA, Sandra, *Influencias del funcionalismo en el sistema penal*, Librería del Profesional, Bogotá, 1996, pp. 96 - 97.

para adecuar el ejercicio del ius puniendi a la gravedad de la lesión y a la peligrosidad de su autor”³¹⁰.

Posición que, en definitiva, sigue la normativa ecuatoriana, en tanto la FGE -como institución titular del ejercicio público de la acción penal- puede renunciar a esta facultad que le otorga la CRE y la ley. En su virtud, está posibilitada –a tenor del principio de oportunidad- de someter o no el caso a la contienda jurídico penal; pero solo en aquellos supuestos que la propia ley establece como son los llamados delitos menores o de bagatela. Extraer estas infracciones del ámbito del juzgador favorece a la persecución de delitos graves, lo que beneficia a la Administración de Justicia penal y, consecuentemente, a la sociedad.

En criterio propio, la concepción normativa patria del principio de oportunidad no está integralmente forjada, pues regula únicamente las causales y el procedimiento a seguir, lo que limita su comprensión al no existir un modelo jurídico que le visualice como mecanismo que forma parte de una política criminal del Estado, a tono con los convenios internacionales de derechos humanos y la CRE.

De cualquier manera, los principios de legalidad y de oportunidad siguen un mismo lineamiento y existe una relación directa entre uno y otro, esencialmente porque el fiscal cuando lleva un caso ante el juez -para aplicar este principio- tiene la obligación de fundamentar en Derecho, para que el juzgador basado en el marco jurídico aplicable al caso concreto, decida o no sobre su procedencia. Por otra parte, pudiera considerarse que el deterioro del principio de legalidad –en el entendido de exigencia de punición- ha llevado a la existencia del principio de oportunidad y esta relación pone de relieve una aparente pugna entre ellos, pues la prevalencia de uno significa el “deceso” del otro. Lo cierto es que con la previsión normativa de criterios de oportunidad se propende al equilibrio entre derecho y justicia y a la protección de la sociedad.

VILLANUEVA asevera que cuando el principio de oportunidad se expresa positivamente coincide con los principios de legalidad e igualdad ante el orden penal imperante. También analiza su naturaleza en virtud de excepcionalidad, discrecionalidad u opcionalidad en la aplicación de la ley (principio de legalidad), lo que precisa de una clara política criminal estatal³¹¹.

³¹⁰ CONTRERAS ALFARO, Luis, *Corrupción y principio de oportunidad ...*, cit., p. 56.

³¹¹ VILLANUEVA MEZA, Javier, *El Principio de Oportunidad. Justicia Restaurativa...*, cit., pp. 24-35.

En esa misma línea de pensamiento, el autor del presente trabajo considera que el principio de oportunidad reglado tiene cohesión con los principios de legalidad e igualdad, en tanto su uso como figura jurídica es excepcional y circunscrito a la solución de litigios de carácter penal en los que no exista lesión grave a la víctima y, en consecuencia, le permita al infractor hacer una reflexión interna respecto de la acción ejecutada en contra del ofendido, a fin de que concientice lo dañino de su actuar y en el futuro tenga un comportamiento adecuado frente a los demás. De esta manera, el antagonismo insalvable entre legalidad y oportunidad -al nivel de principios- queda superado.

Pero esta contraposición entre los principios de legalidad y oportunidad no resulta exclusiva del contexto ecuatoriano y, en ese sentido, VALLEJO explica: "...la discusión suscitada en Ecuador entre los operadores de justicia, también se ha dado en Europa y Latinoamérica, a propósito del enfrentamiento por la implementación en la legislación procesal penal del PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, frente al PRINCIPIO DE LEGALIDAD, vigencia que tiene relación directa con la persecución penal, en la que se hace hincapié en distintas partes a la idea del menoscabo del derecho penal, lo cual no es verdad, por cuanto el Principio de Legalidad fortifica la justicia; mientras, que el Principio de Oportunidad resalta la finalidad, efectividad, e inteligencia política. En otras palabras hace que la Justicia sea "material, eficaz; y, oportuna" (sic)³¹².

Sabias palabras que sirven de apoyo para sostener que el principio de oportunidad reglado no se contrapone al de legalidad, porque se basa en criterios legalmente previstos y que han de estar acordes a la realidad social, económica, política y cultural de cada país, a fin de que su aplicación sirva como un mecanismo de política criminal, que permita paliar el conflictivo despacho judicial en materia penal y extraer determinados casos del embarazoso trámite que deben seguir solo las causas donde se investigan delitos graves.

Al aplicar la oportunidad a los ilícitos penales considerados leves o menores, se cumple con el principio de mínima intervención penal, desde el punto de vista del Derecho Penal sustantivo (tipificación y sanción de actos humanos) y el Derecho Penal adjetivo (aplicación de procedimientos especiales y de solución rápida). Todo ello produce un efecto positivo en beneficio de la administración de justicia en materia penal y, en consecuencia, de la sociedad en general. Precisamente, en representación de la sociedad, corresponde a la función judicial -dimanante del Estado- decidir, por excepción, no iniciar la persecución penal o

³¹² VALLEJO TORRES, Williams, *El Principio de Oportunidad...*, cit., pp. 38 - 39

suspenderla o desistir de ella, por lo que el principio de oportunidad se manifiesta como una figura más política que jurídica que tributa a la efectiva tutela de los derechos de la víctima y del sospechoso o procesado, en tanto favorece a la eficiente y expedita solución de los casos por los fiscales y jueces a cargo.

7. ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA PENAL Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El Derecho ha de ir acomodándose a los cambios sociales y científicos, en tanto resulta su expresión política y normativa. Los nuevos tiempos, reclaman nuevos tiempos, nuevas concepciones; y es así que ante el convencimiento de que la penalización de conductas no resuelve el problema de la criminalidad, corresponde la búsqueda de otras opciones desde la Criminología, la Sociología y otras ciencias que coadyuven con diferente mirada al enfrentamiento del crecimiento del índice delictivo. Un Estado que tenga como base política un sistema democrático y de Derecho, ha de centrar su mirada en fórmulas alternativas al juzgamiento que propicien el bienestar de la sociedad y la reinserción del infractor. Al respecto, VILLANUEVA MEZA expresa: “El debilitamiento de las democracias en el mundo, como producto de la lenta y progresiva degradación de los valores de todo orden, pero en especial de los valores humanos, se refleja inevitablemente en el Derecho Positivo. Se hace necesario entonces que la sociedad humana contemporánea estructure mecanismos ciertos, sólidos y perdurables, en cuyo marco resurja la Ciencia Criminológica capaz de dar origen a un Derecho Penal Alternativo; en cuya base las garantías juegan un rol de solución verdaderamente real, mas no simbólico. Los Estados y las Democracias Formales, irrumpen como modelos que desde lo simbólico, convierten a la Ley Penal en instrumento de única ratio que imperiosamente se debilita ante la insustancial o violenta recurrencia al mismo como ultima ratio. Y por ello no creemos que la democracia se debilita porque se debilite el Derecho. A la inversa, el Derecho se debilita, porque existe un serio malestar en toda la estructura de la vida social y en ella de la democracia misma”³¹³.

De manera que se ha de propiciar la instauración de mecanismos que, desde el Derecho y desde la sociedad, posibiliten la adopción de soluciones alternativas, sin quebrantar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y así surge el

³¹³ VILLANUEVA MEZA, Javier, *El Principio de Oportunidad. Justicia Restaurativa...*, cit., p. 277.

principio de oportunidad ante la incapacidad de la administración de justicia, para cumplir con sus objetivos. Pero sucede que si se limita la obligación de perseguir y sancionar los actos ilícitos penales –que es la regla jurídica y socialmente aceptada como válida-, estas restricciones deben atender al cumplimiento de un grupo de requisitos y situaciones en aras de que no se afecten la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y la decisión o control judicial de los casos, por lo que “... serán las ciencias jurídicas, en especial la política criminal, las encargadas de determinar los casos específicos en los cuales la legalidad puede ceder a la oportunidad, buscando siempre un debido equilibrio”³¹⁴.

El principio de oportunidad debe ser visto como el auxilio de la justicia penal, que -por su elevada carga laboral- se ha visto limitada para cumplir sus objetivos de persecución de delitos y sanción de los responsables, produciéndose altos niveles de impunidad, por lo cual la política criminal de los Estados ha buscado mecanismos de descongestionamiento y que permitan mayor celeridad en los procesos, en cuya virtud se instituye la oportunidad que debe responder a un estudio científico jurídico, donde se analice el sistema penal imperante en un país determinado, para que luego se determinen los aspectos fundamentales del sistema penal vigente que deben ser cambiados y las pautas de aplicación del principio de oportunidad, a fin de que se convierta en un verdadero modelo jurídico procesal, que permita desjudicializar los delitos denominados de bagatela y disminuir la carga de trabajo de fiscales y jueces.

En cuanto al sistema imperante en materia penal en Ecuador, se encuentra vigente el sistema acusatorio oral, pero algunos estudiosos consideran que es un sistema mixto, no determinado de manera específica, compuesto por contenidos jurídicos de orden adversarial, finalismo, causalismo, fundamentalismo, lo que hace que el sistema no tenga principios basados únicamente en un lineamiento jurídico específico, con sus propias características, lo cual ocasiona una confusión a los operadores de justicia y, de manera particular, a los jueces que tienen la obligación de administrar justicia en materia penal, afectando a la seguridad jurídica y, por ende, a la sociedad en general.

Si bien es cierto que en la mayoría de los países se encuentra vigente el sistema acusatorio oral, deviene preciso hacer referencia a que en otros impera el sistema inquisitivo, en el cual corresponde al juzgador la investigación de cada uno de los casos puesto a su conocimiento. El juez investiga y juzga, lo que

³¹⁴ ARMENTA DEU, Teresa, *Estudios...*, cit., pp. 36 - 37.

significa que se convierte en juez y parte, en franca vulneración de los principios de imparcialidad e igualdad, pues el juzgador ordena todas las diligencias de oficio y ya llega al juicio con un criterio preestablecido. De esta manera, si opera el principio de oportunidad es como atribución exclusiva del juzgador que conoce la causa, en tanto autoridad que adopta la decisión de manera unilateral, con grave afectación de los derechos del sujeto activo y pasivo de la infracción penal.

La aplicación del principio de oportunidad ha de ser de manera equilibrada, sin afectar los derechos fundamentales de la víctima que es quien sufre el gravamen como consecuencia de la comisión del delito, ni tampoco del sospechoso o procesado, quien si bien es cierto debe sufrir el reproche por la comisión de la infracción no puede ver conculcados los derechos y garantías que forman parte del bloque de constitucionalidad relacionados directamente con el debido proceso.

En contraposición al sistema inquisitivo, FERRAJOLI se refiere al sistema procesal acusatorio en el sentido de que "... concibe al juez como un sujeto pasivo, rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa de un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción"³¹⁵.

Contestes con esta postura en cuanto a la distribución de la carga de la prueba conforme la aportación de parte, en tanto el juez no puede ordenarla de oficio en ningún caso, y es tanta su limitación que ni siquiera puede hacer preguntas a los testigos y peritos para aclarar o ampliar, solo está facultado para pedir explicaciones cuando sus declaraciones son inentendibles por la terminología y conceptos dados, especialmente por parte de los peritos; pero no se coincide en que el juez es un sujeto pasivo en el proceso, pues se absolutiza una posición que contraría el poder de dirección del proceso que –conforme el principio de impulso procesal de oficio- le corresponde al juzgador.

Se trata de que, sin restarle facultades y cargas a las partes, el juzgador tiene la atribución de controlar las actividades que realizan los restantes sujetos procesales y, además, busca mecanismos jurídicos para evitar dilaciones innecesarias. De manera que le corresponde resolver el litigio sobre la base de las pruebas aportadas por las partes y de las alegaciones en Derecho que -a manera de informe argumentativo- exponen en la audiencia de juzgamiento; decisión en

³¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho...*, cit., p. 564.

que pone de manifiesto su experiencia y conocimiento jurídico al vincular los antecedentes de hecho con los de derecho, de acuerdo a cada caso concreto.

La Corte Constitucional de Ecuador se ha pronunciado en cuanto a la motivación de las resoluciones en el sentido de "...que se enuncien las normas o principios jurídicos en que se basa la decisión (...) La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y que nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión (...)"³¹⁶. Por lo que la motivación tiene una relación directa con el principio de congruencia, esto es que la sentencia para que sea correctamente motivada y coherente, debe tener una secuencia y relación entre sus partes expositiva, considerativa y resolutive.

De manera que la obligación de motivar los fallos en el sistema procesal penal acusatorio, deviene en garantía de eficacia del pronunciamiento judicial, como respuesta al reclamo social de transparencia de las decisiones definitivas de los juzgadores, lo que redundará en una elevación de la credibilidad de la ciudadanía en el sistema de justicia, como vía idónea para materializar los valores de seguridad jurídica y justicia.

7.1. Aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal

AGUIRRE GUZMÁN afirma que: "Mientras la finalidad del Estado de derecho es sujetar el sistema jurídico a la Constitución, en un mecanismo de validez formal, en el Estado de derecho se va más allá de esa sola validez, porque se busca reivindicar a los derechos, como creaciones anteriores y superiores al Estado. Característica fundamental de la Constitución de 2008, en consecuencia, es la primacía de la parte dogmática sobre la orgánica, incorporándose además en aquellos los mecanismos que sean necesarios para tutelar esos derechos de la manera más eficaz"³¹⁷.

El respeto a los derechos inherentes a la condición humana en las sociedades, a criterio del autor de estas líneas, tiene como consecuencia el mejoramiento de las condiciones de vida de sus integrantes, pues el reclamo de un derecho no es mendigar un favor, sino que está en correspondencia con la responsabilidad judicial de tutelar estos derechos de manera debida y efectiva. Responsabilidad que supone el actuar como creadores de Derecho y ser actores de una nueva estructura y concepción de todo un sistema, como el penal, en tanto constituyen

³¹⁶ Sentencia 069-10-SEP-CC, caso 0005-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 372, de 27 de enero de 2011.

³¹⁷ AGUIRRE GUZMÁN, Vanesa, *Tutela jurisdiccional...*, cit., p. 21.

eslabón fundamental para que el Derecho sirva no solo para resolver conflictos, sino para que trascienda como lección debida y “de vida” en las relaciones jurídico sociales.

En consecuencia, el Derecho Penal no puede ser extremadamente represivo, sino que su aplicación debe ser el resultado de la ponderación entre la gravedad del hecho y la necesidad de su penalización, pues de no sopesar estas –y otras- circunstancias las penas pierden sentido y se convierten en vulneración de los derechos humanos, en tanto la decisión de imponerlas -o no- debe encontrar sustento en los intereses de la sociedad, así como en la correlación entre la conducta sancionada y los valores tutelados y respetados por la sociedad, en ese momento histórico. Los bienes jurídicos protegidos ostentan diferentes valores para el interés público y, en correspondencia con ello, varía también la gradación de las penas, de acuerdo a la gravedad del delito, a las condiciones personales del infractor y a la relevancia del hecho; por tanto, a cada delito debe corresponderle una pena que represente la escala que ese valor tiene en la sociedad³¹⁸. Se trata de que cada caso en particular, esté rodeado de sus propias características y circunstancias, por lo que le corresponde al juzgador imponer la pena en atención al principio de proporcionalidad en razón de la gravedad de la infracción.

La doctrina, al referirse a las teorías relativas de la pena, considera que no debe superar la medida de lo adecuado a la culpabilidad o de lo proporcionado, o se corre el riesgo de la arbitrariedad y de no cumplimiento del fin represivo e “intimidatorio” que toda sanción ha de observar³¹⁹. Así, tanto la pena leve como la máxima que establece la ley pueden resultar arbitrarias o excesivas para el caso, si no son moduladas por el juzgador a partir de los diversos factores que rodean al hecho y las circunstancias jurídicas que benefician o agravan la situación del procesado.

Es decir, que las resoluciones donde se condene a una persona deben ser debidamente motivadas, en aras de lo cual el juzgador ha de enunciar normas y principios jurídicos que sean aplicables a cada caso concreto, considerando su pertinencia a los antecedentes de hecho, para que luego de valorar las pruebas en su conjunto y aplicando el principio de proporcionalidad, imponga la pena que en justicia le corresponda al infractor. Todo ello en el entendido de que las penas privativas de libertad deben ser utilizadas para

³¹⁸ *Apud.* THOMPSON, José, *Justicia Penal...*, cit., pp. 17-18.

³¹⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal...*, cit., p. 28.

delitos mayores, que ocasionan graves daños a la víctima y un sustancial impacto en la sociedad, pues en delitos menores la ley debe sancionar únicamente con penas económicas o de índole no penal y que no afecten a la libertad de las personas, pues sabido resulta que entre más largas sean las penas privativas de libertad, menos posibilidad de rehabilitación tiene el sentenciado.

En lo atinente, sostiene MAQUEDA ABREU: "... la crítica generalizada frente a ésta y otras medidas de exasperación punitiva (...) es la de su ineficiencia. La investigación criminológica ha demostrado que el endurecimiento de las penas no reduce las tasas de criminalidad ni, por tanto, garantiza mejor la seguridad de las personas. Además, hay que contar con el elevadísimo coste que estas políticas de seguridad representan para el sistema de garantías de nuestros Estados de Derecho"³²⁰. Esta afirmación que pudiere parecer obvia, es constantemente olvidada por las leyes penales al asignar penas excesivamente elevadas a delitos que se relacionan con valores secundarios o muy leves y también es olvidada –en ocasiones– por los jueces al imponer sanciones severas cuando –aun dentro del marco sancionador– no resulta necesario. La imposición de la pena legalmente establecida debe responder a su grado de vulneración, al bien jurídico violentado y al daño ocasionado a la víctima, y esta valoración corresponde a los juzgadores en observancia del principio de proporcionalidad.

En este sentido, resulta importante abordar el tema del comportamiento humano como elemento configurador o requisito de delito y para ello se debe constatar *prima facie* si constituye una lesión o pone en peligro un bien jurídico protegido por el Derecho Penal³²¹, pues le corresponde a esta materia la tipificación como ilícito y la consecuente sanción de aquellos comportamientos humanos que ponen en peligro bienes jurídicos protegidos; comisión de delitos que, a un tiempo, lesiona derechos esenciales de la víctima. Válido apuntar que no se trata de cualquier bien jurídico, sino de que el actuar afecte gravemente al ofendido y a la sociedad en general, pues en atención a su elevada significación, será que se aplique la sanción al transgresor de la norma jurídico-penal.

De manera que la aplicación de las penas privativas de la libertad ha de ser exclusivamente en los casos de total necesidad, como respuesta a una ineludible protección de bienes jurídicos tutelados, ya que en otros casos aunque se verifique un acto humano típico, antijurídico y culpable, no existe necesidad de que el juez imponga una pena de cualquier clase que fuere y, peor aún, de las

³²⁰ MAQUEDA ABREU, María, "Crítica a la reforma penal anunciada", en *Jueces para la Democracia*, Núm. 47, Valencia, 2003, p. 10.

³²¹ *Apud.* MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal...*, cit., pp. 177-178.

que afecten al derecho de libertad del sujeto activo de la infracción, como en los delitos de bagatela, en los que resulta de aplicación el principio de oportunidad; en cuya virtud, el fiscal no inicia la investigación o desiste de la ya iniciada, mientras que el juez ordena la extinción de la acción penal y el archivo del proceso, pero en razón de que no existe un modelo jurídico que sirva de patrón o guía de actuación y de que las normas procesales lo regulan de manera inadecuada, se genera la vulneración de los derechos fundamentales de la víctima y el sospechoso o procesado.

Así, la sanción de privación de la libertad puede convertirse en detención arbitraria, si no tiene argumentación suficiente y ello genera responsabilidad no solo para los operadores de la administración de justicia, sino también para los Estados a quienes representan esos operadores en su actuar. Sobre este punto la CIDH, se ha pronunciado y sancionado a los Estados que no han cumplido con la misión de tutelar uno de los bienes más preciados de toda persona, como es la libertad individual, así como en lo atinente a que los juzgadores en el momento de dictar sentencia en un caso concreto, deben investigar y analizar penas alternativas para imponer a los infractores³²².

Hay que tener en cuenta, igualmente, que en las normas jurídico-penales se establecen demasiados supuestos que afectan a la libertad de los individuos y que, consecuentemente, laceran el prestigio, buen nombre y honor de aquellas personas que no son delincuentes reincidentes, sino que por la comisión de un error en momento determinado violan la ley penal. En estos supuestos habría que atender, no solo a las condiciones personales del infractor sino al tipo de ilícito penal, pues algunos casos no deberían ser penalmente sancionados; como pudieren ser los delitos de tránsito con existencia de daños materiales, de hurto, el robo simple y el abuso de confianza de pequeñas cuantías, lesiones culposas, delitos menores que queden en el grado de tentativa y otras infracciones que no

³²² Sobre este tema es preciso mencionar que la CIDH, sancionó al Estado ecuatoriano por malas actuaciones policiales y judiciales, en tanto se detuvo ilegalmente a un extranjero que se presumía vinculado a una red de narcotráfico, por lo que estuvo detenido sin orden judicial por 28 meses y en la cárcel fue víctima de torturas y abusos. El Estado tuvo que pagar la indemnización de 393 120 euros al señor Tibi y a sus familiares, por las violaciones a sus derechos de libertad personal, protección judicial, garantías judiciales y a la propiedad privada. Sentencia CIDH, Caso Tibi vs. Ecuador, de 07 de septiembre de 2014. Se pronuncia en el sentido de que la protección de la libertad salvaguarda "... tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal". Asimismo, sobre la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios se pronuncia en el sentido de que nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal).

afecten de manera significativa a la víctima, al Estado y a la sociedad en general. Casos en que la ley debe facultar al fiscal y al juez para la aplicación automática del principio de oportunidad debidamente reglado (modelo de aplicación), lo cual evitaría que se conculquen derechos y garantías sustanciales de los sujetos activo y pasivo de la infracción penal, que se encuentran regulados en normas jurídicas internacionales de derechos humanos, así como en las legislaciones internas de cada una de las naciones.

Reflexiona HASSEMER al indicar que “Vivimos actualmente una dramatización de la violencia y la amenaza. A esto no es ajena la política criminal, por medio de agravaciones del derecho penal y su conversión en un instrumento de conducción estatal. En las horas de necesidad, los principios que caracterizan a nuestra cultura jurídica ya no deben regir. La ganancia es escasa, los costos son altos: con el tiempo, un derecho penal semejante perderá su fuerza de convicción”³²³. Por su parte, GONZALEZ discurre que el Derecho Penal no tiene el carácter de preventivo y cuestiona su función como instrumento de control social e inhibitorio de desviaciones de conducta, en tanto se dedica a la protección de derechos fundamentales y no a la prevención delincencial³²⁴. Al punto, el Derecho Penal en efecto no tiene el carácter de preventivo, pero constituye un medio protector de los derechos fundamentales de los miembros de la sociedad y, en consecuencia, ante el crecimiento desmedido de la criminalidad se impone la necesidad de cambios legislativos que regulen penas alternativas a la privación de libertad y que permitan efectivamente reeducar al infractor a fin de lograr una feliz reintegración a su medio social.

El endurecimiento de las penas que afectan a la libertad individual ha sido la respuesta estatal y judicial a la ola de crecimiento de la delincuencia organizada y de ciertos delitos que son cometidos con la utilización de medios científicos y tecnológicos por parte de los sujetos activos o que ocasionan daños gravísimos en contra de la víctima, con consecuencias irreparables, tales como: violación sexual con resultado de muerte, genocidio, delitos contra el medio ambiente, agresión internacional, femicidio, asesinatos múltiples y otros que realmente preocupan a la humanidad. Pero, sucede que el Derecho Penal no ha sido suficiente para enfrentar esta clase de delincuencia, por lo que es necesario que se dicten políticas preventivas adecuadas y efectivas y que se trabaje en la

³²³ HASSEMER, Winfield, *Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*, traducido por Patricia S. Ziffer, Ad-hoc, Buenos Aires, 2003, p. 66.

³²⁴ GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, *El Derecho Penal a juicio, diccionario crítico*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2007, p. 87.

concientización de la ciudadanía a través de una educación integral, continua y permanente, en todos los niveles de instrucción, con la finalidad de garantizar el respeto de los derechos de los demás, y se genere una verdadera cultura de paz y armonía en la sociedad.

En consecuencia, es importante abordar el tema del comportamiento humano como elemento del delito y para decidir si un determinado comportamiento constituye o no delito, se debe constatar *prima facie* si constituye una lesión o pone en peligro un bien jurídico protegido por el Derecho Penal, previsto y tipificado como tal. Luego, deviene imprescindible valorar si el acto lesivo es susceptible de penalidad, pues hay que constatar la clase de bien jurídico vulnerado y de ser de aquellos que tienen poca afectación, el fiscal y el juez tienen la facultad y competencia, respectivas, para solucionar el caso mediante la aplicación del principio de oportunidad y de esa forma no distraer la intervención de los operadores de justicia antes indicados, respecto de la investigación y juzgamiento de los infractores responsables de delitos graves y de gran impacto social.

NEUMAN, al referirse al principio de oportunidad expresa: “En general, el principio se aplica buscando el resarcimiento de la víctima formulado en un acuerdo y, luego del análisis con respeto a los ejes de sus cumplimientos, se toma definitivamente la medida de no acusar, y de archivar las actuaciones o de continuarlas, y, a su tiempo, de solicitar una penalidad leve”³²⁵. Posición con la que se coincide, en especial lo referido a la reparación del daño ocasionado a la víctima mediante un acuerdo, en tanto el ejercicio público de la acción en delitos menores carece de razón de ser por lo que se debe declarar la extinción de la acción y, en consecuencia, el archivo de la causa; pero, todo ello –en aras de su efectivización- ha de estar plasmado en arquetipo jurídico que comprenda: premisas, principios, derechos de la víctima y del sospechoso o procesado que no deben ser violados, reglas de las respectivas causales de procedencia y el procedimiento a seguir, en pos de que se generalice su aplicación como expresión de “globalización” del Derecho y la Justicia.

7.2. Criterios jurídicos para aplicar el principio de oportunidad

Sobre el principio de oportunidad se reconocen dos formas de aplicación: discrecional o pura (sin previsiones normativas específicas para su

³²⁵ NEUMAN, Elías, *Mediación Penal*, Segunda Edición reestructurada y ampliada, editorial Universidad, Buenos Aires, 2005, p. 105.

instrumentación) y reglada (basada en ciertas pautas legalmente establecidas y de las cuales no pueden apartarse los operadores de justicia).

En lo atinente, LOPEZ BARJA confirma que puede ser: reglado, cuando la ley expresa previamente los casos en que es aplicable y, por ende, constituye manifestación del principio de legalidad. De manera que considera que "... la oportunidad reglada se torna en legalidad y por ello es constitucional", mientras que la discrecional "permite una mayor elasticidad en la presentación de los presupuestos en los que se va a aplicar este principio al no existir una regulación legal de supuestos abarcables y que no es admisible desde el momento en que exista la falta de determinación previa de los supuestos en los que es válido aplicar el principio". En cualquier caso, no se ejercita la acción pública por la Fiscalía, por lo que concluye que "las dos modalidades son admisibles en el marco constitucional"³²⁶.

En esta misma línea DE LA FUENTE y SALDUNA, reflexionan que existen dos sistemas de instrumentación del principio de oportunidad, el libre y reglado y que este último: "...es propio del Derecho continental europeo, si bien se parte de la consagración del principio de legalidad como regla general, se admiten excepciones basadas en criterios de oportunidad. En este modelo, las facultades discrecionales otorgadas al fiscal se encuentran taxativamente enumeradas en la ley y su ejercicio se encuentra sujeto al control por parte del órgano jurisdiccional"³²⁷. En el mismo sentido, MESTRE se pronuncia a favor del principio de oportunidad, pero con las limitaciones legales respecto de las condiciones para su materialización y que el procedimiento al ser reglado permite que las decisiones sean motivadas, donde se haga constar la referencia, la causal utilizada, la participación de las víctimas y victimarios, la enunciación de los funcionarios respectivo que deciden el caso y realizan el control³²⁸.

De manera que, en el criterio discrecional, el fiscal decide libremente –según considere- no emprender la investigación o desistir de la ya iniciada, sin basarse en ninguna regla que establezca por lo menos los casos en los que resulta procedente, por lo que queda a la discreción de este operador de justicia. Por su parte, el juzgador que conoce de la petición de no ejercicio público de la acción o de desistimiento, acepta o niega lo solicitado, también sin considerar normas

³²⁶ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Instituciones...*, cit., pp. 176 - 177.

³²⁷ DE LA FUENTE, Javier Esteban y Mariana, SALDUNA "Principio de oportunidad y sistema alternativos de solución de conflicto penal. La inconstitucionalidad de su regulación provincial". En *Revista de Derecho Procesal Penal*, DONNA, Edgardo (Director), Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, pp. 94-95.

³²⁸ MESTRE ORDÓÑEZ, José, *La discrecionalidad para acusar. Aspectos generales...*, cit., pp. 97,99.

expresas que lo regulen, sino sobre la base de su experiencia y de principios y reglas de carácter general de orden internacional como las que guardan relación con los derechos humanos.

La Fiscalía tiene la facultad de aplicar el principio de oportunidad únicamente en los casos regulados expresamente en la ley, por lo que se debe basar siempre en el principio de legalidad y no en una simple discreción de carácter político, por cuanto el principio de legalidad debe ser acatado por todas las autoridades públicas en un Estado social de derecho.³²⁹; por lo que no podrá suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos establecidos en la ley, de acuerdo a la política criminal del Estado y bajo el control judicial, por lo tanto no debería considerarse como violación al principio de legalidad, sino como una finalidad de la política criminal estatal.

RODRÍGUEZ PEÑA se pronuncia en el sentido de que: “El principio de oportunidad en su regulación ya es lo suficientemente amplio en la tipificación de las causales como para dar una mayor amplitud al darle la facultad al fiscal de aplicarlo o no, más teniendo en cuenta que no se regula la posibilidad del imputado de solicitar la renuncia a la persecución penal (...)”³³⁰.

En consecuencia, el principio de oportunidad permite que el fiscal se abstenga de la acusación cuando la infracción cometida por el infractor sea leve³³¹. La oportunidad reglada se encuentra en relación directa con el principio de legalidad, pues el apego a la ley significa –también– cumplir con lo que como excepción tiene previsto; en este caso, el manejo de alternativas a la persecución y juzgamiento. Sin embargo, una de las valoraciones negativas la emite CALLEJO, quien centra su atención en la posible vulneración del principio de igualdad, puesto que no se aplica la ley bajo supuestos de equidad para todos los imputados, al dejar que el fiscal determine si es procedente o no abrir un proceso en virtud de oportunidad, lo que atentaría contra el normal desenvolvimiento de la administración de justicia y por ello aprecia que: “...provocaría un efecto de atenuación del rigor sancionatorio en perjuicio de la prevención general, con la implementación de exageradas fórmulas de clemencia hacia el infractor y sin enfocarse en las verdaderas expectativas de la víctima, con la intervención de un fiscal que en muchos

³²⁹ Apud. MESTRE ORDÓÑEZ, José, *La discrecionalidad para acusar. Aspectos generales...*, cit., p. 196.

³³⁰ RODRÍGUEZ PEÑA, María, *El principio de oportunidad y su Introducción al Ordenamiento Penal Colombiano*, Academia Colombiana de la Abogacía, Bogotá, 2004, p. 102.

³³¹ Apud. CONDE-PUMPIDO, Cándido, *El principio de oportunidad reglada ...*, cit., pp. 289-290.

casos no busca que la víctima sea reparada integralmente, ni que el procesado reciba una reeducación social, sino simplemente la descarga laboral, y con un abogado defensor que medie entre el fiscal y el acusado, lo cual puede mermar gravemente las garantías del imputado, por cuanto los acuerdos se realizan de forma prematura respecto de la investigación sin que existan datos, ni que el juez pida informe alguno, con demasiada rutina y reducción de penas en delitos menores”³³².

Criterio que se comparte respecto a que puede que no garantice el derecho sobre la reparación integral a la víctima y lesione gravemente las garantías del procesado, pero del que se disiente en dos aspectos:

Primero: en relación con la posible violación de la igualdad como derecho y principio, por cuanto a lo que convoca la oportunidad es a apreciar las diferencias, en el entendido de que el hecho de ser diferente puede provocar discriminación, si no se visualiza como diversidad dentro de la igualdad. Negar que un infractor primario es disímil a uno reincidente, o que el autor de un delito leve tiene psicología distinta a uno que comete ilícitos de gravedad, es abnegar de la condición de ser humano. Idéntica suerte corre la apreciación de la lesividad como consecuencia del acto, en el sentido de que no pueden ser tasados igual hechos de dispareja connotación. De esta forma, la igualdad debe interpretarse desde el reconocimiento a la diferencia y a ello tributa la oportunidad, a reconocer que existen determinados actos y personas que merecen un tratamiento separado y alternativo al juzgamiento. En apoyo, BOVINO considera “... la posibilidad de implementar políticas públicas de persecución más racionales sino que, además, tiende a tratar casos que deberían salir del sistema por criterios de oportunidad a través de prácticas de dudosa legitimidad y un costo económico mucho mayor”³³³.

Segundo: en lo atinente a que existan una serie de “fórmulas de clemencia” a favor del imputado como responsable de un delito, pues si la infracción ocasiona un daño mínimo a la víctima y no afecta al interés de la sociedad ni del Estado, no amerita punibilidad, ni siquiera iniciar la investigación por parte del fiscal. De manera que no se trata de ser clemente, sino justo; de abogar no por la penalización de conductas, sino por la desjudicialización de los delitos menores y por la disminución de la carga laboral de la FGE y de la judicatura, a fin de que

³³² CALLEJO CARRIÓN, Soraya, *El principio de oportunidad...*, cit., p. 2.

³³³ BOVINO, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 31.

se investiguen y sancionen hechos delictivos que realmente ostenten el carácter de graves.

En este orden de ideas, es preciso pensar en reducir el ejercicio del poder punitivo del Estado, a fin de que se apliquen otras formas de solucionar los conflictos penales, siempre que permita solucionar el problema relacionado con el aumento de la delincuencia y la correcta intervención de los operadores de justicia, "...por lo que es obvio que la disminución de la intervención penal por la vía de la descriminalización, "la divertion" y el principio de oportunidad procesal es uno de los caminos que posibilitan la disminución de la violencia del sistema penal, pero siempre que la renuncia a la intervención del sistema penal no sea un recurso formal para restar materia a la agencia judicial y aumentar el poder de las otra agencias. Debe tratarse de la renuncia a la intervención punitiva en la forma de real renuncia la modelo punitivo ónticamente considerado"³³⁴.

Para dejar mejor cimentado el criterio sobre la relevancia que tiene el principio de oportunidad para el Derecho procesal penal, ARMENTA DEU afirma que resulta imposible cumplir con el principio de legalidad por el aumento de la pequeña criminalidad y la progresiva incriminación, que justificaron una limitación de aquel, a través de diversas manifestaciones del principio de oportunidad, frente al carácter altamente formal del proceso que provocaba una duración excesiva; por lo que, como reacción, "... existe una huida del proceso hacia mecanismos alternativos que abarcan la despenalización de las conductas, la remisión de las mismas hacia otros ordenamientos o al traslado de la resolución del conflicto a vías extrajudiciales, como arbitraje, mediación o la reparación"³³⁵.

Un grupo de autores³³⁶ coinciden en visualizar este principio como facultad que tiene el titular de la acción penal, para disponer -bajo determinadas

³³⁴ Vid. ZAFFARONI, Eugenio, *En busca de las penas perdidas*, Ediar Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1998, pp. 182 - 183.

³³⁵ ARMENTA DEU, Teresa, *Estudios...*, cit., p. 32.

³³⁶ Se refiere este autor a estudiosos reconocidos como MORENO CATENA, GONZALES-CUELLAR, DELGADO BARRIO, CONDE-PUMPIDO, PEDRAZ PENALVA, GIMENO SENDRA y MESTRE. Vid. MORENO CATENA, Víctor, "La justicia penal y su reforma", en "*Justicia*" *Revista de derecho procesal*, Madrid, 1988, p. 316; GONZALES-CUELLAR, Antonio, *Crisis de la justicia y reforma del proceso penal*, I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 290 y 291; DELGADO BARRIO Javier, , "El principio de oportunidad en el proceso penal. (Aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados)", en AA.VV., *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Madrid, 1989, pp. 147-153; CONDE-PUMPIDO, Cándido, *Legalidad vs oportunidad como criterios de actuación de los Ministerios Públicos*, en *Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y libertades públicas*, Poder Judicial, núm. Especial, VI, Madrid, 1989; PEDRAZ

condiciones legales- sobre la perseguibilidad de una conducta determinada, a pesar de que se haya acreditado la existencia de un delito y de que exista afectación a la víctima. Por su parte, otros estudiosos³³⁷ coinciden en que el principio de oportunidad no es susceptible de acogida en el sistema procesal penal, por cuanto está vigente el principio de legalidad, es decir, que quien viola la ley penal debe sufrir el juicio de reproche y por ende responder por la reparación integral a la víctima.

En consideración propia, se trata de un tema muy complejo, porque cuando se crea un tipo penal se convierte esa conducta en un aspecto prohibido para todas las personas que conviven en un país determinado y, por ende, quien infringe la regla debe sufrir el juicio de reproche y es merecedor de la sanción correspondiente; pero no todo se debe llevar al campo de la legalidad, sino únicamente lo verdaderamente significativo para la sociedad y el Estado, pues los demás actos humanos que, aun siendo infracciones penales, provocan mínimo daño a la víctima, o no afectan al interés de la sociedad, o el infractor por su propia voluntad o por orden del juez, procede a la reparación integral a la víctima, han de ser valorados para la aplicación del principio de oportunidad.

El intrínquilis del problema estriba en que ha de encontrarse debidamente regulado en todos sus aspectos y de conformidad con las previsiones relativas a los derechos humanos. Así, la arbitrariedad no forma parte de la oportunidad y por ello resulta necesario que cada decisión se encuentre argumentada por el fiscal y motivada por el juzgador, con clara exposición de los motivos por los que se aplica el principio de oportunidad y de que no implica vulneración de derechos de la víctima y del sospechoso o procesado. En el caso de Ecuador, la legislación vigente establece la oportunidad reglada, pero de forma incompleta e inapropiada por lo que se convierte, no en una arbitrariedad, pero sí en una

PENALVA, Ernesto, "Medidas procesales para la agilización de la justicia española", en AA.VV., *Jornadas de la Fe Pública Judicial*, Santiago de Compostela, 1995, p. 123; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, 1ª edición, Aranzadi S. A., Pamplona, 2015, pp. 78 y 79; y, MESTRE ORDÓÑEZ, José, *La discrecionalidad para acusar. Aspectos generales...*, cit., p. 92.

³³⁷ En posición contraria a los anteriores: DE LA OLIVA SANTOS, MOTERO AROCA, PUENTE SEGURA, FENECH, JIMENEZ ASENJO y FERRAJOLI. *Vid.* DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, Sara, ARAGONESES MARTÍNEZ y Rafael, HINOJOSA SEGOVIA, *Derecho procesal penal*, 7ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 2; MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, Valencia, 1997, p. 79; PUENTE SEGURA, Leopoldo, *La conformidad en el proceso penal español*, S.A. Colex, Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 1994, p. 10; FENECH NAVARRO, Miguel, *Curso elemental del derecho procesal penal*, I, Librería Bosch, España, 1945, p. 27; JIMENEZ ASENJO, Enrique, *Derecho procesal...*, cit., p. 101; y, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho...*, cit., p. 570.

limitación para los operadores de justicia al momento de cristalizar la utilización de este principio.

7.3. Ámbito de aplicación del principio de oportunidad

En relación con el ámbito de aplicación del principio de oportunidad, GONZALEZ le circunscribe a: “(...) los delitos de bagatela y de culpabilidad mínima del autor. Las cuales por su escasa significancia, muchas veces no deben ser perseguidos (...)”³³⁸. Siguiendo la misma línea, VILLAMIL considera que los delitos de bagatela son los más frecuentes y que la población los cataloga como delitos callejeros³³⁹; FIANDACA afirma que los delitos de bagatela, son de insuficiente ofensividad y que son susceptibles de despenalización³⁴⁰ y ARMENTA considera que procede en los delitos con una reprochabilidad escasa y cuando el bien jurídico protegido es de menor relevancia³⁴¹.

Desde el punto de vista político criminal y de los instrumentos normativos encargados de hacer frente al “fenómeno de delitos de bagatelización”, distinguiéndolos en dos tipos: el propio, que nace de la ley donde contiene en abstracto la insignificancia; y, el impropio, que está conformado por un hecho que no es insignificante y por ende es de escasa relevancia. Para hacer frente a los delitos de bagatela propios, están propuestos aspectos orientados a la descriminalización como la despenalización, mientras que para enfrentar los segundos, pueden emplearse mecanismos que supriman la punibilidad por no ser lesivos o por no tener importancia el hecho delictivo³⁴².

El autor de esta investigación comparte los criterios referidos, en cuanto a que los delitos de bagatela -desde el punto de vista doctrinal y dogmático- son aquellos hechos antijurídicos y típicos, que producen afectación mínima a la víctima y resultan de menor trascendencia para la sociedad, por lo que deviene factible la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal para solucionar el hecho controvertido. En atención a ello, se puntualiza

³³⁸ GONZALEZ NAVARRO, Antonio, *Sistema de juzgamiento...*, cit., p. 238.

³³⁹ VILLAMIL VELASCO, Jaime, Geovanna, CAMACHO MONZÓN y Félix, CUELLAR VACA, *El termómetro de la criminalidad en el departamento de Tarija*. Editorial Universitaria, Tarija-Bolivia, 2007, p. 56.

³⁴⁰ FIANDACA, Giovanni, *El Derecho Penal entre la Ley y el Juez*. Traducido por VENTURA SAAVEDRA, Karen, Dykinson, Madrid, 2013, p. 185.

³⁴¹ ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Editorial PPU, Barcelona, 1991, p. 23.

³⁴² PALAZZO, Francesco, “Principio de Ultima Ratio e Hipertrofia del Derecho Penal”, en AA.VV., *Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos: In Memoriam*, NIETO MARTÍN, Adán (Coordinador), Vol I, Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 435.

que si bien el Estado detenta el poder punitivo o *ius puniendi*, en esta clase de delitos no resulta necesario su ejercicio para ahorrar tiempo y recursos humanos y económicos, así como beneficiar de manera directa a la víctima y al sospechoso o procesado. Sin embargo, se discrepa en cuanto a la posible despenalización de los delitos de bagatela, porque el efecto jurídico de la aplicación del principio de oportunidad es la extinción de la acción en cada caso concreto y no la derogación de la ley penal que los tipifica y sanciona; aspecto que es atribución exclusiva del legislador y no de los operadores de justicia.

Válido acotar, a priori, que son considerados como delitos de bagatela aquellos que tienen una sanción de privación de la libertad o de otra índole mínima, así por ejemplo en Ecuador comprende a los delitos sancionados con una pena de hasta cinco años y en delitos culposos en los que el ofensor sufre una enfermedad grave como consecuencia de la comisión de la infracción.

Por su parte, LOPEZ BARJA precisa -que en la normativa alemana- el principio de oportunidad se aplica: “En asuntos de bagatela: cuando el proceso tuviera como objeto un delito castigado con una pena privativa de libertad mínima inferior a un año, si la culpabilidad del infractor fuera considerada insignificante, y no exista interés público en la persecución. En estos casos la Fiscalía podrá, con la aprobación del Tribunal, abstenerse de la persecución del hecho (...)”³⁴³. Luego, el propio autor analiza los casos en que el fiscal puede archivar directamente la causa y otros en los que requiere la aprobación del tribunal; de cuyo análisis se concluye que es factible en: delitos de bagatela cuya pena privativa de libertad es mínima y que tengan poca importancia, cuando existe el presupuesto en que se puede prescindir de la pena al infractor, cuando el hecho delictivo ha sido cometido en el extranjero, por motivos políticos en determinados delitos, por arrepentimiento activo, respecto de hechos penales accesorios no esenciales, en limitaciones en la persecución penal, por extradición y destierro, chantaje con coacción, en cuestiones prejudiciales, en caso de delitos de calumnia o injurias, en delitos de acción privada, en asuntos de drogas cuando la pena privativa de libertad es inferior a un año y el autor colabora con la investigación³⁴⁴.

Las afirmaciones de LÓPEZ BARJA se corresponden con las disposiciones del Código de Procedimiento Penal de Alemania³⁴⁵: en la Sección 153^a, terminación

³⁴³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Instituciones...*, cit., p. 433.

³⁴⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado...*, cit., pp. 472-476.

³⁴⁵ Código de Procedimiento Penal Alemán, publicado en el Boletín Oficial Federal de 15 de mayo de 1981.

provisional de actas, cuando el acusado repare los daños causados por la infracción, siempre que cumpla con las condiciones que establece la ley, en cuyo caso el delito ya no es perseguido; sección 153b, si se dan las condiciones bajo las cuales el tribunal puede prescindir de imponer una sanción; sección 153c, no enjuiciamiento de los delitos cometidos en el extranjero; sección 153d por razones políticas; sección 153e, en casos de seguridad nacional; y, sección 154, sanciones secundarias insignificantes.

De manera que se puede afirmar que se encuentra regulado de manera similar pero diversa, en tanto tiene un elemento común que son los delitos leves, pero no existe verdadera uniformidad con sustento en un modelo jurídico único, en el cual conste regulado de manera integral, a fin de que sus causales y procedimiento no violen los derechos de la víctima y del victimario, sino por el contrario se cumpla con el debido proceso regulado en la legislación interna e internacional, a fin de que constituya evidencia de avance del Derecho Penal sustantivo y adjetivo y que, efectivamente, el principio de oportunidad sea un verdadero mecanismo jurídico de política criminal, que disminuya la criminalidad, descongestione la Administración de Justicia penal, garantice los derechos de las partes y genere una cultura de paz.

Queda claro, entonces, que procede en los delitos de bagatela o que no causan efectos muy gravosos a la víctima y a la sociedad, en cuyo caso el titular del ejercicio público de la acción abandona la investigación o desiste de la ya iniciada, con la finalidad de extinguir la acción por parte del juzgador competente. En este mismo orden de ideas, CUELLAR asevera que la abstención en el ejercicio de la acción penal pública procede respecto de cierto tipo de criminalidad considerada como de menor incidencia social o de “bagatela” e identifica como tales a los hurtos, amenazas y daños, entre otros, lo que debe ser visto “como una forma de compensación social a favor de los desprivilegiados” y no como un quebrantamiento de la igualdad³⁴⁶.

El autor de este trabajo considera que la aplicación del principio de oportunidad debe responder a una selección de tipos penales, como por ejemplo los delitos de hurto y robo simple de menor cuantía, abuso de confianza y estafa de cuantías pequeñas, lesiones culposas o de poca gravedad, delito de receptación, revelación del secreto, acusación o denuncia maliciosa, delitos de

³⁴⁶ CUELLAR CRUZ, Rigoberto, “Los criterios de oportunidad en el proceso penal y la experiencia hondureña en el marco de sus vigencia anticipada al nuevo Código Procesal Penal”, en *Revista Jurídica de la Unidad Técnica de Reforma Penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1, número 1, Tegucigalpa, enero 2002, pp. 4 - 5.

tránsito sancionados con pena privativa de la libertad de hasta cinco años y otros que no sean de interés social o del Estado.

En la legislación colombiana se aplica en los casos siguientes: en delitos con pena privativa de libertad de hasta seis años siempre que se haya reparado integralmente a la víctima; cuando la persona fuera entregada en extradición a causa de la misma causa punible o a la Corte Internacional Penal o en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución; cuando el imputado colabore en la investigación o sirva como testigo principal de cargo; en delitos culposos donde el infractor sufra un daño físico grave; cuando se suspende el procedimiento a prueba en la justicia restaurativa y se cumpla con las condiciones impuestas; cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenazas graves a la seguridad exterior del Estado, en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública, patrimonio económico; cuando la imputación subjetiva sea culposa y la conducta se califique como de mermada significación jurídica y social y que no requiera de la sanción penal, con afectación mínima de bienes colectivos; cuando la persecución penal ocasione problemas sociales más significativos siempre que se solucione los intereses de la víctima o cuando se obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia social o los condicionamientos fácticos o psíquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico social³⁴⁷.

En el Código de Procedimiento Penal colombiano³⁴⁸, el principio de oportunidad se encuentra regulado en los artículos 322 y 324, siendo procedente su aplicación en las causales que expresamente disponen las disposiciones legales antes referidas y que coinciden con lo expresado por GONZALEZ en el párrafo anterior. Además, las normas legales indicadas, regulan que el fiscal en ningún caso podrá hacer uso de este principio en hechos que violen el derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio y en delitos de narcotráfico y terrorismo.

En la legislación venezolana, se encuentra regulado en el art. 37 del Código Orgánico Procesal Penal³⁴⁹ y procede en los siguientes casos: en delitos

³⁴⁷ GONZALEZ NAVARRO, Antonio, *Sistema de juzgamiento...*, cit., pp. 286 - 287.

³⁴⁸ Código de Procedimiento Penal Colombiano, publicado en el Diario Oficial N.º 45.657, de 31 de agosto de 2004.

³⁴⁹ Código Orgánico Procesal Penal Venezolano, publicado en la gaceta oficial N.º 6.078. Extraordinario de 15 de junio de 2012, mediante decreto N.º 9.042.

insignificantes que no afecten gravemente el interés público, excepto cuando el máximo de la pena exceda de tres años de privación de la libertad o el delito sea cometido por un empleado público; cuando el hecho sea de menor relevancia, excepto cuando es cometido por un empleado público; en delitos culposos cuando el infractor sufre un daño físico o moral grave; cuando la pena o medida de seguridad a imponerse al infractor carezca de importancia o a la pena que debe esperar por los restantes hechos o la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

En la legislación chilena este principio se encuentra regulado en el art. 170 del Código Orgánico Procesal Penal³⁵⁰ y procede en los siguientes casos: en delitos que no afecten gravemente el interés público o que la pena no exceda de la reclusión menor, excepto cuando el delito es cometido por funcionarios públicos.

En la legislación ecuatoriana, el COIP -en su art. 412- dispone: “La o el fiscal podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada, en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad de hasta cinco años, con excepción de las infracciones que comprometen gravemente el interés público y no vulneren a los intereses del Estado.

2. En aquellas infracciones culposas en las que el investigado o procesado sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal.

La o el fiscal no podrá abstenerse de iniciar la investigación penal en los casos de delitos por graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, delincuencia organizada, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, trata de personas, tráfico de migrantes, delitos de odio, de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y delitos contra la estructura del Estado constitucional de derechos y justicia”.

De ello se colige que se requiere de ciertas condiciones, específicamente que sea una infracción sancionada hasta con cinco años de pena privativa de libertad, siempre que no comprometa el interés público ni del Estado y con respeto a los derechos humanos de la víctima y del sospechoso o procesado; pero, se trata de reglas que simplemente establecen de alguna manera los

³⁵⁰ Código Procesal Penal Chileno, publicado en el diario oficial el 12 de octubre de 2000, mediante Ley N.º 19.696.

requisitos para su procedencia, las dos causales y un procedimiento legal, que puede asemejarse a un pequeño sistema, por lo que es prioritario establecer un modelo de aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal donde se describa las premisas, los principios generales y componentes, lo cual permitirá tener una visión global y que dará como resultado una figura jurídico-procesal eficaz³⁵¹.

En consecuencia, los delitos de bagatela o denominados también desde el punto de vista de la doctrina y la dogmática jurídica como delitos menores, son los más propicios para la aplicación del principio de oportunidad; figura jurídica que permite descongestionar la Administración de Justicia penal, sin perder de vista el respeto de los derechos de las partes involucradas directamente en la litis y, fundamentalmente, la reparación integral a que tiene derecho la víctima. Sin embargo, aun en estos casos deben existir reglas que de una u otra manera contribuyan a esa descongestión mediante la renuncia del fiscal al ejercicio público de la acción, lo que ha sido adoptado por la mayoría de los países bajo el rótulo de oportunidad reglada. Sin embargo, deviene forzoso puntualizar que el no contar con una legislación apropiada genera una serie de consecuencias negativas respecto de la violación de los derechos de la víctima y del sospechoso o procesado, las cuales pueden ser corregidas a través del desarrollo de un modelo jurídico procesal sobre la base de una investigación científica que contenga sus elementos, premisas y principios y será de allí de donde nazcan las normas jurídicas relacionadas con la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal.

³⁵¹ Un ejemplo resulta ilustrativo: un neurólogo se encuentra realizando una operación y antes de concluir decide utilizar un instrumento que produce luz láser, lo que ocasiona quemadura y destrucción de una parte del cerebro del paciente y la muerte. El médico es responsable del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional (artículo 146 del COIP), primer resultado; el médico, al no usar unas gafas especiales para utilizar el instrumento afecta sus propios ojos -segundo resultado-, daño físico que tiene el carácter de grave y, consecuentemente, le impide que su vida se desarrolle de manera normal. En este caso, si bien es cierto que es un acto humano tipificado y sancionado en la ley penal, se considera que no es factible el juicio de reproche por los daños que el propio infractor sufre como consecuencia de la comisión del hecho. Más bien el fiscal debe pedirle al juez que en una audiencia oral, pública y contradictoria le escuche, donde de manera concreta le solicitará la aplicación del principio de oportunidad, correspondiéndole al juzgador, la aceptación de la propuesta y, como consecuencia de ello, la extinción de la acción y de encontrarse privado de su libertad individual se debe ordenar su inmediata libertad, dejando a salvo el derecho de las víctimas –en el entendido de familiares- para reclamar el pago de la reparación integral.

7.4. Procedimiento legal a seguir para aplicar el principio de oportunidad

MESTRE ORDÓÑEZ afirma que la Policía Judicial no tiene atribuciones para prescindir de la persecución penal frente a conductas delictivas, por lo que todos los funcionarios de este órgano que conozcan sobre una denuncia o en ejercicio de sus funciones conozcan de la comisión de un delito, deben informar al fiscal y será este, después de la debida investigación, el que disponga lo pertinente, en el entendido de si procede el archivo, la aplicación del principio de oportunidad o la persecución penal con los mecanismos procesales correspondientes³⁵².

La actuación policial es resultado de la noticia del delito y, en el momento de proceder a la aprehensión del sospechoso, han de leerle sus derechos constitucionales³⁵³, tales como el de conocer en forma clara las razones de su detención, a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de un abogado o defensor público y a comunicarse con un familiar. Entonces la investigación en asuntos de carácter penal inicia desde el momento en que se inicia la relación jurídico penal entre la víctima y victimario para que de inmediato conozca el caso el fiscal quien deberá llevarlo ante un juez de garantías penales para que resuelva su situación jurídica, que posteriormente dependiendo del caso el fiscal decidirá solicitarle al juez señale día y hora para la audiencia oral, pública y contradictoria en la que aplicará el principio de oportunidad.

De manera que, en Ecuador, le corresponde exclusivamente a la FGE la investigación en delitos del ejercicio público de la acción, pero para ello se requiere de la colaboración de otras instituciones o auxiliares del actuar judicial, entre las cuales tenemos a la Policía Nacional, a través de sus ramas especializadas (Policía Judicial, Antinarcóticos, DINAPEN, UNASE, entre otras), la Dirección Nacional de Aduana (vigilantes de aduana) y los peritos legalmente acreditados al CJ, quienes son conocedores de un arte, oficio, o ciencia específicos, cuya función es realizar experticias (reconocimiento del lugar de los hechos, reconocimiento de evidencias, informe balístico, prueba de ADN, diligencia de necropsia, examen médico legal, toxicológico, análisis químico) previo a ser nombrados y posesionados como peritos por parte del fiscal de la causa.

Con el actuar coherente de estos “terceros” se reúnen los argumentos y elementos de convicción suficientes para establecer la existencia de la

³⁵² MESTRE ORDÓÑEZ, José, *La discrecionalidad para acusar. Aspectos generales...*, cit., p. 273.

³⁵³ Cfr. art. 77.4 de la CRE.

infracción y la participación del procesado del delito que se investiga; elementos que se convierten en pruebas en la etapa de juicio, donde los informes sirven únicamente para recordar a los peritos sobre su experticia aportada a la causa y para que ratifiquen o modifiquen su contenido, pues solo las declaraciones que se realicen cumpliendo los principios de inmediación, contradicción, oralidad y contradicción, se convierten en verdaderas pruebas a ser posteriormente valoradas por el juzgador, sobre la base de las reglas de la sana crítica.

Cuando el fiscal decide aplicar el principio de oportunidad, como titular de la acción penal, le solicitará al juez competente que señale día y hora para que se lleve a cabo una audiencia pública y contradictoria a fin de que se discuta sobre la procedencia del principio de oportunidad. Solicitud que se sustenta en la facultad del fiscal para desistir de la acción o abstenerse de iniciarla, mientras que el juzgador es el que realiza el control jurisdiccional y, por lo tanto, decide si procede o no la aplicación del referido principio; control jurisdiccional que constituye expresión del debido proceso.

En el día y hora señalados para el efecto, el juez tiene la obligación de disponer que el secretario certifique las personas que se han hecho presentes para la diligencia, para luego declarar instalada la audiencia, que se desarrollará así:

a) El juzgador concede la palabra al fiscal, quien de manera argumentada o fundamentada debe demostrar que el caso *sub lite* cumple con los requisitos legales exigidos para la procedencia de la aplicación del principio de oportunidad, es decir, que hará referencia al presupuesto fáctico, que el delito está sancionado con una pena de hasta cinco años, o en delitos culposos en los que el investigado o procesado sufre un daño físico grave que le impide vivir normalmente, para finalmente solicitarle que se extinga el ejercicio de la acción penal, se ordene el archivo del proceso y la libertad inmediata del investigado o procesado en el caso de estar privado de la misma.

b) Luego concederá la palabra a la víctima si estuviere presente, en la persona de su abogado defensor privado o público, quien hará referencia a los requisitos legales que exige la ley para que proceda el principio de oportunidad y, de no cumplirse, solicitará al juzgador que no se acepte y se disponga que siga el trámite ordinario; caso contrario está en la facultad de allanarse a la pretensión planteada por el fiscal, pero siempre dejará a salvo su derecho constitucional y legal respecto de la reparación integral.

c) Con posterioridad concederá la palabra al abogado defensor del investigado o procesado, quien a través de la defensa técnica argumentará si está totalmente de acuerdo respecto de la aplicación del principio de oportunidad, considerando que le significa no estar enjuiciado penalmente y, consecuentemente, no recibir ninguna clase de pena, excepto la reparación integral a la víctima que es un derecho que queda a libre albedrío de la persona que sufrió el agravio como consecuencia de la comisión del delito.

d) Por último, el juzgador luego de analizar el caso concreto respecto del hecho delictivo y sus requisitos legales, adoptará decisión debidamente motivada³⁵⁴ y de proceder la aplicación del principio en estudio, declarará extinguido el ejercicio de la acción penal, ordenará el archivo de la causa y de encontrarse privado de la libertad, el investigado o procesado, ordenará su inmediata libertad³⁵⁵; de encontrar su improcedencia rechazará la petición del fiscal y dispondrá que el caso siga el trámite ordinario o cualquier otro procedimiento especial (abreviado, directo, expedito).

Es válido acotar que si bien es cierto que la administración de justicia debe ser ágil, en observancia del principio de celeridad y que a ello tributa este proceder normativo, los operadores de justicia deben cumplir y hacer cumplir el debido proceso, tomando en cuenta el marco jurídico respectivo, dejando constancia que es de mucha trascendencia, que la normativa jurídica le otorgue al juzgador facultades para dirigir el proceso, para que finalmente decida conforme a Derecho y con la explicación lógico-jurídica de su resolución, lo cual significa que la misma debe ser debidamente motivada. Y si se trata de la aplicación del principio de oportunidad, en un primer momento es el fiscal el que fundamenta su petición en la respectiva audiencia, la cual la dirige el juez, donde incluso pueden intervenir la víctima y el sospechoso-procesado de manera opcional y una vez que concluya la diligencia, la autoridad jurisdiccional al declarar su procedencia, ordena la extinción de la acción; caso contrario la causa continúa con el trámite legal correspondiente.

Lo importante es que en la tramitación del principio de oportunidad se cumpla con el debido proceso, cuyas cauciones se encuentran determinadas, tanto en la DUDH, como en la CADH, como garantías judiciales, mientras que

³⁵⁴ Cfr. Arts. 76.7, l) de la CRE y 130.4 del COFJ. En el caso concreto debe referirse al hecho fáctico, al análisis de las normas de los convenios internacionales sobre derechos humanos, de las normas constitucionales y legales y su pertinencia a los antecedentes de hecho.

³⁵⁵ Cfr. art. 77.1 del COIP.

en la norma constitucional³⁵⁶ se recogen como garantías básicas del proceso. Expresión normativa que busca precautelar el respeto a los derechos humanos de las personas intervinientes en el procedimiento judicial, en consideración de que el fin del debido proceso se basa en lograr una justicia adecuada a la medida de la dignidad humana, tutelando sus derechos fundamentales, en cumplimiento de los principios elementales que exige el Estado constitucional de derechos y justicia, vigente en Ecuador, lo cual realmente no ocurre, por lo que se hace necesario desarrollar un modelo de aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, donde se realice un estudio científico de manera integral y en particular sobre el procedimiento legal que debe seguirse, a fin de que todo lo cual permita la construcción de la nueva normativa jurídica por parte del legislador.

7.5. Efectos jurídicos de la aplicación del principio de oportunidad

NEUMAN expresa que: “Es claro que el incremento de los tipos de criminalidad en todo el mundo requiere mayor número de medios humanos y de servicios destinados al control penal. Cabría preguntarse si no existe un pequeño campo de acción que pueda reservarse a la convivencia de otras concepciones que no requieran sentencia judicial (...) la justicia restaurativa no se presenta para recoger desechos judiciales a fin de dar continuidad al sistema tradicional, sino como una nueva alternativa. Viene a convivir con el sistema y a avanzar hacia el minimalismo penal”³⁵⁷. Se trata de que, si bien la criminalidad ha incrementado a nivel internacional, también los medios para combatirla han ido avanzando, aunque queda mucho por hacer; pero dentro de estos intentos, no puede dejarse de mencionar al principio de oportunidad que, entre sus efectos positivos, evita la estigmatización que produce una condena y con ello favorece la mejor rehabilitación del transgresor y posibilita el derecho de reparación a la víctima.

También se puede hablar de otros fines educativos y preventivos que cumple, pues como enfatiza VÁSQUEZ: “El señalamiento comunitario impide la normal reinserción del victimario. Bien se sabe que la culpa penal no se termina de pagar jamás dentro del sistema penal actual”³⁵⁸. En esta misma línea, SANZ afirma que “...la escasa lesión producida por el delito y la escasa falta de interés público en

³⁵⁶ Cfr. art. 76 de la CRE.

³⁵⁷ NEUMAN, Elías, *Mediación...*, cit., p. 97.

³⁵⁸ VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Magaly, *Derecho Procesal Penal Venezolano*, Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, p.71.

la persecución (...) sirven para introducir otros intereses en juego como la necesidad de estimular la pronta reparación de la víctima, evitar los efectos aflictivos de las penas y favorecer en gran medida la rehabilitación del delincuente, en contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la forma; en procurar favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y en reforzar el único instrumento que permite un trato diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y aquellos otros en los que la pena carece de significación”³⁵⁹.

La no aplicación de penas innecesarias, gracias al principio de oportunidad, permite una mejor reinserción de los infractores en la sociedad, por lo que existe un efecto benéfico doble: por un lado, para el infractor y por otro, para la sociedad en general. De esta manera se forja un proceso de reconciliación entre la criminalidad y la comunidad, mediante un adecuado tratamiento de los infractores, evitando los efectos dañinos de la represión sin medida, al preferirse la restauración del bien jurídico protegido afectado, mediante una adecuada reparación. Es necesario ampliar las concepciones del Derecho y de sus fines y no fijar la atención únicamente en el delito, sino en el restablecimiento de la paz social, es decir, reencaminar la dirección del sistema para que este no centre su atención de manera exclusiva hacia el infractor sino también hacia la víctima, en procura de la reparación del daño causado y en evitación de márgenes de impunidad. A todo ello se llega a través de la reorientación del Derecho Penal, de extremadamente punitivo y sancionador a sancionador, pero educador y preventivo.

Recrea YÉPEZ ANDRADE en el sentido de que con la aplicación del principio de oportunidad se aspira que exista un orden en las oficinas de los fiscales, se descongestione la justicia penal a fin de que sus esfuerzos se orienten a casos de trascendencia; seleccionar los casos por parte del fiscal sobre la base de la gravedad de los delitos, y su daño ocasionado a la víctima y a la sociedad; valerse de medidas alternativas a la prisión preventiva; concluir el proceso penal y evitar una sanción al procesado; atacar los delitos menores; conseguir la eficacia del sistema penal; preparar el daño ocasionado a la víctima; y cumplir con los principio de celeridad y economía procesal³⁶⁰.

Al respecto, es necesario añadir que la selección de casos para la aplicación del principio de oportunidad, debe realizarse bajo criterios definidos y plenamente

³⁵⁹ SANZ HERMIDA, Ágata, *El nuevo proceso penal del menor*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Murcia, 2002, p. 214.

³⁶⁰ YÉPEZ ANDRADE, Mariana, *Principio de oportunidad...*, cit., pp. 70-72.

establecidos en la ley, los cuales comprendan los casos y las circunstancias en los que debe ser puesto en práctica, en atención al interés social; de modo tal que su condición de reglado, no colisione con el principio de legalidad. Esta actividad debe estar regulada por el órgano jurisdiccional, encargado de evaluar los fundamentos y razones para aplicarlo. Entre menos conmoción social resulte después del cometimiento de un delito, por las respuestas efectivas que otorgue el sistema penal, mejor cumplidos estarán los objetivos del proceso penal, reflexionando que no solamente se trata del esclarecimiento de hechos sino de la tutela efectiva de derechos y bienes jurídicos protegidos, con observancia de principios legalmente establecidos.

CONTRERAS ALFARO manifiesta que los efectos del principio de oportunidad exceden el ámbito netamente adjetivo y los fundamentos de su implementación, pues la ley le permite al juzgador atenuar e incluso prescindir de la pena si se aprecia esfuerzo del autor por acordar una compensación con la víctima, “en una situación en la que la reparación de daños le exija notables prestaciones o renunciaciones personales”. En este caso la posibilidad de renunciar a la persecución y sanción penal sobre la base de la reparación al perjudicado constituye fundamento de actuación del Ministerio Público para prescindir de la persecución y archivar el procedimiento³⁶¹.

La reparación a la víctima cumple un papel indispensable en la aplicación del principio de oportunidad, pues se encuentra como parte de sus fines, primando la reparación de la víctima por el bien jurídico lesionado, antes que el castigo por la desobediencia a la ley. Entre todos los aspectos analizados en este punto, es evidente que existe variedad de efectos jurídicos positivos de su aplicación; sobre todo en el llamado humanismo del Derecho Penal, al concebirlo, no como un medio para causar daño, sino como un instrumento para repararlo, a través de mecanismos idóneos para lograrlo, sin restringir ni vulnerar ningún principio, derecho o garantía, a la altura de nuevas corrientes procesales penales imperantes en el contexto internacional que buscan una solución más ágil y efectiva para los conflictos de carácter penal que surgen en la sociedad, evitando dilaciones de tiempo, penas injustificadas, acumulación de causas y colapso en el sistema judicial, entre otros enemigos del sistema; y es allí precisamente donde surge este instrumento procesal, como mecanismo idóneo para combatirlos.

En resumen, además de la descongestión, mejor utilización de los recursos del sistema penal y el tratamiento del infractor, existen otros efectos positivos de la

³⁶¹ CONTRERAS ALFARO, Luis, *Corrupción y principio de oportunidad ...*, cit., pp. 37-39.

aplicación del principio de oportunidad, como resultan que se propende a evitar la estigmatización que produce una condena, lo que favorece una mejor rehabilitación del transgresor y posibilita el derecho de reparación a la víctima. Se trata de lograr una reconciliación –en la medida de lo posible- entre la criminalidad y la comunidad, mediante un adecuado tratamiento de los infractores y evitando los efectos dañinos de la represión sin medida, al preferirse la restauración del bien jurídico protegido afectado y la reparación de la víctima por el bien jurídico lesionado. Con el principio de oportunidad se humaniza el proceso penal, cual garante y expresión de la realización de ese renovado Derecho Penal que atiende a la justicia como valor esencial, que busca “sanar” y no sancionar.

CAPÍTULO III

EL ROL DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Si partimos del concepto de proceso como el conjunto de actuaciones del tribunal y de las partes, y aún de terceros, encaminados a la realización del Derecho, resulta fácil colegir que uno de los sujetos de la relación jurídica procesal es el tribunal o juez, en el entendido de que son sujetos todos aquellos que intervienen en el proceso en condición de titulares de un derecho, obligación o potestad legalmente conferida. Así, resulta que el sujeto director y decisor del proceso es el tribunal o juzgador, como esa autoridad situada en una posición jerárquicamente superior; mientras que los restantes sujetos que intervienen en el proceso son las partes y los terceros.

Las partes, con intereses generalmente contrapuestos cual característica esencial del proceso, se identifican como aquellos sujetos que en la relación jurídica procesal se encuentran en un plano de igualdad y subordinación al órgano jurisdiccional y que le instan mediante sus peticiones, alegaciones, elementos de contradicción y pruebas para que dicte una resolución de fondo. Si se tiene en cuenta que, conforme a la estructura del proceso, solo puede aludirse a una dualidad de posiciones de las partes, siempre habrá acusador e imputado (s) en el proceso penal como contrarios, pues nadie puede litigar consigo mismo³⁶².

³⁶² Se refiere MONTERO AROCA a la “dualidad de posiciones” como principio estructural del proceso, al aclarar que no se trata propiamente de partes, sino de posiciones, pues en cada una de las posiciones puede existir más de una parte que se subordina al juzgador, por ello reconoce que: “Los principios comunes parten de que el proceso es un *actustriumpersonarum*, en el que necesariamente concurren dos partes parciales y un tercero imparcial, y atienden a la intervención de cada uno de esos sujetos en el proceso”. Valedero denotar que el propio autor puntualiza que son principios estructurales aquellos sin los cuales no se puede concebir a un proceso, y por eso les identifica como comunes, entre los cuales señala la referida dualidad de posiciones, la contradicción y la igualdad, con una especial mención al derecho a la defensa como su derivado y, a la vez, expresión natural. Vid. MONTERO AROCA, Juan, “Estructura del proceso”, en AA.VV., *Derecho Jurisdiccional I, Parte General.*, 7.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 321.

Estos son los que pudiéramos calificar como sujetos principales del proceso, pues sin ellos no se configura la relación jurídica procesal y, además, pueden participar, con un carácter secundario o eventual, los terceros que se incorporan siempre que demuestren un interés legítimo en el asunto que se ventila. Válido especificar que existe la consideración de que también fungen como sujetos los auxiliares de las funciones jurisdiccionales (secretarios, alguaciles, etc.)³⁶³, así como los testigos y peritos; en fin, todo el que actúe en el proceso. No obstante, coincide el autor de esta investigación con la postura de que los imprescindibles, con carácter de “protagonistas”, a los efectos del presente estudio son las partes y el juez, y a ellos se constriñe el examen.

Así, cada uno de los sujetos procesales que intervienen en la aplicación del principio de oportunidad, cumple un rol de trascendencia, pues aunque las partes habitualmente asumen posiciones encontradas, no sucede igual en la institución en comento, en tanto se ha de suponer la existencia de coincidencia de criterios entre el fiscal, la víctima, el sospechoso o procesado y el defensor técnico³⁶⁴.

De un lado, el fiscal desiste de la acción ya iniciada o se abstiene de iniciarla, en los casos que le faculta expresamente la ley; en cambio, la víctima tiene el derecho de reclamar la reparación integral y el victimario -con el asesoramiento jurídico de su abogado defensor- tiene interés en que el juez competente decida favorablemente sobre la petición del fiscal.

A su turno, el juez o tribunal -como consecuencia de las actuaciones de las partes- se encuentra ante la disyuntiva de acoger o no la aplicación del principio. Si no acepta la petición de la parte acusadora, sigue el *íter* procedimental habitual y si la acoge, ordena la extinción de la acción penal; mandato que

³⁶³ En cuanto al personal auxiliar, señala MONTERO AROCA que son el resultado de la necesaria complicación del proceso, en tanto en “... un proceso primitivo, simple y oral, la única figura necesaria, además de las partes, era el juez; en él radica todo el poder incipiente del Estado”. Vid. MONTERO AROCA, Juan, “La organización judicial”, en AA.VV., *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 174.

³⁶⁴ Se utiliza el singular como genérico, pues conocido resulta que la concepción de que la víctima no es un ajeno al proceso, sino una parte más con intereses propios que defender, ha llevado a su participación directa y al cumplimiento del requisito de postulación procesal mediante el nombramiento de representante letrado. De manera que, con apego a la técnica más que a la práctica, se debiera utilizar el plural: defensores técnicos respectivos. Como recrea el propio MONTERO AROCA: “La pluralidad de partes es aquí todavía más peculiar. En los países donde el Ministerio Fiscal tiene el monopolio de la acusación no existen problemas en la posición activa, pero en los países en que, como sucede en España, junto al Fiscal pueden acusar otras personas (el ofendido por el delito y aun cualquier ciudadano) ocurre que la posición de acusador puede estar ocupada por más de una persona. En este caso no es necesario que acusen varios, sino que es solo posible, pero si el supuesto se da tendremos una posición activa ocupada por varias partes acusadoras, las cuales podrán actuar con autonomía”. Vid. Ídem, p. 323.

provoca la inmediata libertad del infractor –en el caso de que estuviese privado de ella- o la nulidad de cualquier medida cautelar que se hubiese dispuesto con anterioridad. Todo ello a tenor de las previsiones legales referidas al cumplimiento de presupuestos, derechos de las partes y tipos penales, pues – como ya se ha analizado- procede la aplicación de los criterios de oportunidad en determinados ilícitos –fundamentalmente de bagatela-, respecto de los cuales no amerita la persecución penal por parte de los operadores de justicia y, consecuentemente, no es indispensable iniciar el juicio de reproche en contra del sujeto activo del delito.

En ese mismo orden de ideas, los sujetos procesales que intervienen en la aplicación del principio de oportunidad y, por ende, en los demás procedimientos legales, según lo expresado por la doctrina, la dogmática y el Derecho procesal penal son:

a) La víctima que es la persona que sufre el daño ocasionado como consecuencia de la comisión del delito y que requiere que el juzgador -previo el trámite legal correspondiente- ordene en un plazo razonable la reparación integral, es decir, el resarcimiento por concepto de daño material e inmaterial, a fin de que de alguna manera se pueda recuperar de los efectos negativos del ilícito penal y que producen afectación de corte material y psicológico; modalidad de daño que, en algunos tipos penales, definitivamente se convierte en algo traumático, lo cual no le permite a la víctima superar ese momento de su existencia con facilidad, a tal punto que, en algunos casos, se hace necesaria la intervención de un profesional especializado a fin de que le cure sus alteraciones en su psiquis, mediante la utilización de métodos y técnicas de carácter científico.

Todo ello implica que la reparación integral a la víctima –o a sus familiares, según el tipo de delito- y la víctima en sí constituyan punto de mira en la aplicación del principio de oportunidad, en particular, y en la labor jurisdiccional, en general, pues no puede existir verdadera justicia si no se logran solventar las pretensiones de todos los intervinientes en el proceso.

En lo que respecta a la reparación integral a la víctima, por parte del victimario, GIMENO SENDRA asevera que: “Junto al intento del legislador de procurar una mayor rapidez en la justicia penal, también se ha observado en esta última década otra política legislativa complementaria tendiente a estimular la pronta reparación de la víctima, en primer lugar, por parte del autor del delito y,

en su caso, a través de indemnizaciones con cargo a los Presupuestos del Estado”³⁶⁵.

De manera que resulta importante destacar que la reparación integral a la víctima es de carácter trascendental, razón por la cual los legisladores tienen la obligación de dictar leyes que le permitan una efectiva indemnización de los daños materiales e inmateriales sufridos, como consecuencia de la comisión del delito en agravio suyo, y a tales efectos se han de fijar varias posibilidades, ya sea que los pague el infractor o el Estado a través de una partida presupuestaria establecida en cada ejercicio económico; pero, lo importante es que de una u otra forma se satisfaga el derecho al resarcimiento del perjudicado con el ilícito penal, pues de lo contrario no vería la aplicación de los criterios de oportunidad como algo ventajoso, sino que insistiría en la punición de quien le causó el daño.

Se trata de que el proceso penal tiene un marcado carácter público que se pone de manifiesto a través del interés general en que no sucedan hechos que atenten contra el orden público, pero también ha de prevalecer el interés privado que significa seguridad o confianza de los ciudadanos en que la vulneración de sus derechos no quedará impune y que constituye vocación permanente del Estado, y de la función judicial como su representante, la observancia de sus prerrogativas individuales; quehacer al que coadyuva el empleo de fórmulas ágiles como la utilización de criterios de oportunidad debidamente reglados.

b) El sospechoso o procesado que es el sujeto activo del delito, cuya infracción puede ser cometida de manera dolosa o culposa, ya sea por acción u omisión, y que como corolario de su actuar este sujeto procesal merece sufrir el juicio de reproche. La valoración sobre el “merecimiento” o no del repudio estará en dependencia de la gravedad del delito cometido, pues aunque inicialmente se entiende que cualquier invasión o infracción de ese orden jurídico penal –ora público, ora individual o colectivo- conlleva una sanción en pos de evitar su repetición, lo cierto es que ya se reconoce que solo en aquellos supuestos que ocasionen una lesividad grave en la víctima, corresponde al juzgador imponerle la pena correspondiente. Por el contrario, en los delitos de bagatela, si bien es cierto que se verifica el hecho delictivo, no es necesario hacer efectiva la punibilidad, sino la utilización del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, en cuyo caso resulta beneficiado el infractor con la extinción de la acción penal y sin que le consten antecedentes, lo que facilita su rehabilitación como ser social.

³⁶⁵ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal...*, cit., p. 75.

c) El Ministerio Fiscal es la institución que dirige la investigación preprocesal y procesal penal y, por lo tanto, tiene la obligación de intervenir hasta la conclusión del proceso, en los delitos del ejercicio público de la acción, siendo una de las atribuciones de este operador jurídico en cada caso puesto a su conocimiento, instruir a la víctima sobre los derechos fundamentales de los cuales se encuentra asistida y asumir la representación de sus intereses en aquellos ordenamientos —o procesos— en que solo se permite su intervención como testigo.

El Fiscal, en su calidad de titular del ejercicio público de la acción, es quien ostenta la facultad y el deber³⁶⁶ jurídico de iniciar un proceso y mantener la acusación hasta que finalice, en los casos que ameritan ser puestos a las órdenes de los jueces y tribunales competentes para zanjar el conflicto, pues son quienes están encargados de resolver conforme a Derecho, en cada caso concreto, pero sobre la base de la investigación previa y con sustento en el principio de objetividad que realiza el fiscal, con la finalidad de garantizar los derechos de la víctima y victimario y, de esa forma, materializar la justicia penal a la luz del presupuesto fáctico, las pruebas y la aplicación de las normas jurídicas pertinentes.

Por otra parte -en lo que se refiere a los delitos que no tienen mayor impacto en la sociedad y que no han afectado un bien jurídico protegido importante para la víctima-, es el propio fiscal quien puede adoptar la decisión de no iniciar el proceso penal o desistir del ya iniciado y, por ende, asumir soluciones que de manera justa y en un plazo razonable beneficien tanto a la víctima como al victimario y sin que se afecte el interés público o del Estado, ya sea mediante la aplicación de los procedimientos especiales —como el procedimiento abreviado o mostrarse conteste al acuerdo alcanzado por las partes involucradas en el litigio— o del principio de oportunidad, en cuya virtud, tiene la facultad de solicitarle al juzgador competente su aplicación y para ello es indispensable que no inicie o que abandone la investigación y la someta al control del juez para que surta los efectos jurídicos pertinentes.

d) También está el abogado defensor del sospechoso o procesado, profesional que puede ser un defensor público o privado, el cual tiene la responsabilidad de

³⁶⁶ Por eso, en ocasiones, se alude a la potestad del fiscal y a la jurisdiccional, porque con independencia de que se trate de función dimanante de la ley, en cuya virtud son los únicos facultados para acusar y juzgar, respectivamente, es lo cierto que también están obligados a hacerlo, a tenor de los principios de legalidad e independencia, pues están conminados a cumplir lo dispuesto en ley y a ella le deben obediencia.

asumirla defensa técnica y especializada de su patrocinado, teniendo como misión velar por los derechos de los cuales se encuentra asistido, ya sean estos de carácter constitucional, legal o regulados por los convenios internacionales de derechos humanos de los cuales es signatario el país de que se trate.

En relación con la labor del abogado del imputado y su libertad de defensa, JAUCHEN -de manera acertada- asevera que: “El defensor en su deber de hacer valer la verdad de su representado debe imprescindiblemente desplegar su profesión con autonomía científica, amplitud de investigación, libertad de expresión y respeto en su actividad”³⁶⁷. En este sentido, el defensor técnico debe gozar de una amplia libertad para planificar la defensa en beneficio del sospechoso o procesado a quien representa, para que basado en la ciencia jurídica, en su experiencia y en la investigación continua y permanente del caso puesto a su disposición por parte de su defendido, prospere en su beneficio y más aún para lograr la igualdad de armas, que resulta la expresión procesal del principio constitucional de igualdad, pues conocido resulta que el infractor arriba al proceso en situación de inferioridad en relación con el fiscal quien, como contraparte con “poder”, ha tenido a su cargo la investigación y corresponde al abogado defensor equilibrar esa balanza frente al dedo acusador del fiscal y el *ius puniendi* ejercido por el Estado a través del juzgador.

En consecuencia le asistirá mediante un asesoramiento técnico en cada una de las diligencias judiciales, fundamentalmente en la audiencia oral, pública y contradictoria, en la que se analizará y decidirá el caso mediante la aplicación del principio de oportunidad, donde cuidará que no se violen los derechos fundamentales de su defendido y que se cumpla con el debido proceso, hasta que concluya la diligencia y el juez -de manera verbal- decida declarar extinguida la acción en beneficio del victimario y, si es posible, se ordene la reparación integral a la víctima para que, finalmente, dicte por escrito la resolución respectiva.

e) Por último, es necesario hacer referencia a lo que realmente constituye la figura del juez en la aplicación del principio de oportunidad, pues ciertamente opera la jurisdicción por petición expresa del titular del ejercicio público de la acción, pero le corresponde al juzgador no solo dirigir, sino conocer y decidir sobre la procedencia o no de los criterios de oportunidad. Ello significa que sin la participación del juzgador no se puede ni siquiera instalar la audiencia y, peor

³⁶⁷ JAUCHEN, Eduardo M., *Derechos del imputado*, 1ª edición, primera reimpresión – Santa fe, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 163.

aún, no se puede decidir sobre la petición hecha por el fiscal; razón por la cual el juzgador deviene en parte medular en la aplicación del principio en análisis, por cuanto a más de ser el director de la audiencia, es el competente para tomar la decisión judicial pertinente.

En este contexto, el principio de oportunidad se erige como mecanismo de política criminal y de supervisión social, ya que, si bien es cierto que se verifica un hecho delictivo y, consecuentemente, se determina la culpabilidad, puede que no exista necesidad de iniciar la investigación o desistir de la ya empezada; facultad que corresponde al fiscal, lo que jurídicamente produce los efectos de extinción de la acción penal y archivo de la causa. En estos supuestos constituye deber de justicia, el proteger los derechos fundamentales de los sujetos pasivo y activo del delito; pero sucede que –en Ecuador– no son escuchados en la audiencia, ni se toma en cuenta la presunción de inocencia y no incriminación del sospechoso o procesado, así como tampoco se considera el acceso a la justicia de la víctima en tanto se ha de ordenar su reparación integral y no postergarle la posibilidad de su obtención mediante posterior acción judicial de índole civil. Ante esta realidad jurídica deviene urgente desarrollar un modelo de aplicación del principio de oportunidad que sea protector de todos los derechos de las partes intervinientes y para ello resulta vital puntualizar el rol que corresponde a cada uno de los sujetos en ese modelo a dibujar.

2. LOS SUJETOS PROCESALES EN EL PROCESO PENAL

CABEZUDO RODRÍGUEZ expresa que: “...la imparcialidad sería predicable tanto de los jueces como de los fiscales o incluso de cualquier otro funcionario público, y difícilmente sería comprometida salvo que entendiéramos que la previa intervención en el procedimiento condicionaría *per se* la aparición de un interés subjetivo, y por lo tanto inadmisibles (...). La administración de Justicia ni debe ni puede someterse a un interés parcial, aunque fuera público general, sino tan solo a la ley, siendo su mayor garantía la actuación jurisdiccional”³⁶⁸.

Efectivamente, la administración de justicia debe estar ejercida por jueces y magistrados probos, que actúen en franco cumplimiento de los principios de imparcialidad e independencia, así como por fiscales, defensores públicos, abogados y demás operadores de justicia, que colaboren de manera eficiente, tanto en la investigación de un hecho delictivo, como en la búsqueda de los

³⁶⁸ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio Fiscal*, Revista Jurídica de Castilla y León, N° 14, España, enero 2008, pp. 197 - 198.

elementos de convicción de cargo y de descargo, los cuales en la audiencia de juicio se convertirán en pruebas, teniendo entonces la intención positiva de buscar la verdad procesal y, de ser necesario, llegar a la imposición de la sanción a los infractores responsables, pero siempre sobre la base del respeto al debido proceso y los derechos y garantías de los sujetos activo y pasivo del delito, así como con la convicción de que el actuar de estos operadores jurídicos como piezas del engranaje que es la administración de justicia en general han de estar centrados en que no se origine impunidad a los culpables ni se imponga una sanción injusta a los inocentes o a quienes siendo culpables no merecen una pena severa, pues ello redundaría en una pérdida de credibilidad que ningún sistema puede soportar.

En este orden de ideas, los jueces gozan de carrera judicial, para que actúen con conocimiento de causa, sobre la base de su experiencia y especialidad en una materia determinada, en cuya virtud han de recibir una capacitación continua y permanente –con independencia de la autodidacta preparación que la labor le impone para resolver cada caso en específico-, para que efectivamente se garantice una verdadera administración de justicia; en tanto los fiscales y los defensores públicos, también tienen carrera fiscal y defensorial, respectivamente³⁶⁹. Los jueces deben actuar con independencia y estar libres de todo tipo de condicionamientos, para garantizar agilidad y transparencia en la administración de justicia, materializándola de manera eficiente, en franco cumplimiento de los principios de independencia, imparcialidad, especialidad, responsabilidad, dedicación exclusiva, dispositivo, celeridad, probidad, interculturalidad³⁷⁰, seguridad jurídica, buena fe, lealtad procesal y realidad procesal³⁷¹.

Para una buena marcha del proceso penal, es necesaria la participación óptima de cada uno de sus intervinientes y, en ese sentido, se puede aludir a sujetos procesales según las normas jurídicas del Derecho adjetivo penal, más no en el sentido material, por cuanto no se produce una verdadera relación jurídico material de la que sean titulares dichas partes, pues no existe un derecho

³⁶⁹ Cfr. Artículo 289 del COFJ.

³⁷⁰ Cfr. Artículos 1 y 83.10 de la CRE.

³⁷¹ BENAVIDES, Merck “Los Jueces o Magistrados y su rol en la sociedad”, en AA.VV., *Ética Judicial*, BLUM, Jorge (Coordinador) , Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Imprenta de la Gaceta Judicial, Quito, 2014, pp. 174 - 175. Aunque se trata de principios establecidos para el desempeño de la función judicial en Ecuador en virtud del COFJ, resultan –en general- los propios de esta labor y así se aprecian en instrumentos internacionales como los Principios de Bangalore sobre conducta judicial y el Código Iberoamericano de Ética Judicial, lo que llevará detenimiento mayor en epígrafe dedicado al análisis del papel del juez. Vid. *Infra*.

subjetivo o interés jurídico concreto que proteger, sino que es la vulneración del orden público en general lo que provoca la necesidad de proceso penal. Así, ordinariamente, corresponde al fiscal el derecho de proceder, no así de obtener una resolución que condene al procesado, pues aunque es quien impetra la actuación jurisdiccional es al juzgador a quien corresponde –en representación del Estado- el *ius puniendi*, es decir, la facultad de imponer una sanción. De manera que el fiscal es el titular del ejercicio público de la acción, mientras que el juzgador es quien decide cada una de las causas puestas a su conocimiento y resolución y de haberse probado la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, corresponde imponerle la respectiva pena que se encuentra establecida de manera previa en la ley; caso contrario, se ratificará el estado de inocencia del procesado.

Así, el juez hace uso de su jurisdicción y competencia en cada caso puesto a su conocimiento y resolución, en cuya virtud debe obrar siempre pensando que se va a juzgar a un ser humano y que, consecuentemente, resulta un ejecutor o hacedor de la justicia, por lo que sus actuaciones han de ser prudentes y sabias, para que -luego del cumplimiento de los trámites legales pertinentes- dicte una resolución con apego a Derecho. Sobre este aspecto, NIEVA FENOLL alerta en torno a que el juez es un ser humano, el caso que se juzga ha de estar permeado de su humanismo y que sus protagonistas son los acusados, las víctimas y la comunidad humana, en su conjunto³⁷².

La víctima interviene en la investigación como sujeto procesal, se trate o no de los ilícitos penales cuyo conocimiento está supeditado a la acusación particular, pues se le reconocen sus derechos a ser protegida y el respeto a su condición de ofendida o perjudicada, principalmente a ser reparada integralmente del daño sufrido y, por ende, con el derecho a ser escuchada, lo cual debería ordenarse por parte de los juzgadores correspondientes. También, al ser visualizada como parte, puede solicitar diligencias judiciales y ostenta las restantes prerrogativas de toda parte en el proceso penal, a ser informada durante el proceso, contar siempre con un abogado defensor, impugnar resoluciones, solicitar medidas de protección y las demás atribuciones que las normas jurídicas le garanticen.

Por otro lado, el sospechoso o procesado es investigado por el fiscal y, de encontrar las pruebas suficientes³⁷³ para mantener la acusación, le llevará ante el

³⁷² NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda...*, cit., p. 28.

³⁷³ Cuando se alude a pruebas “suficientes” va asociado el término a la formación de convicción judicial sobre los hechos litigiosos, pues corresponde al fiscal la carga y obligación de probar los hechos y su autoría; de no contar con elementos probatorios que, sin lugar a la duda,

juez o tribunal competentes. Esta es la línea de actuación básica y se cumple de esta forma respecto de delitos graves, en que luego de la audiencia de juicio, de ser del caso se le impone una pena al infractor; pero, en los delitos de bagatela, por petición expresa del fiscal y decisión de juez, puede resolverse el caso a través de la aplicación del principio de oportunidad, en el supuesto de que la normativa lo tenga previsto, con independencia de otros mecanismos que pueden conducir a la conmutación de la pena o culminación del proceso de forma anómala con la subsiguiente atenuación de los efectos punitivos para el infractor.

Al fiscal, por su parte, le corresponde el ejercicio público de la acción penal, por lo cual -durante la instrucción, cumpliendo con el principio de objetividad y considerando que tiene una serie de atribuciones³⁷⁴- investigará de manera integral en la búsqueda de elementos de convicción de cargo y de descargo y en el caso de llegar a establecer tanto la existencia de la infracción, como la participación del procesado, llevará el caso a la segunda etapa del proceso penal, que ya pasa a manos judiciales. En la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, el fiscal sustenta su dictamen de manera oral y le solicita al juez que dicte auto de llamamiento a juicio y si el juzgador decide dictar el referido auto, el caso pasará a un tribunal de garantías penales a fin de que se lleve a cabo la respectiva audiencia de juzgamiento³⁷⁵

indiquen sobre la situación fáctica y su autor, no debe formular acusación, bajo el principio de presunción de inocencia que requiere de prueba en contra que le destruya. De cualquier manera, que el fiscal o parte acusadora considere que tiene elementos de certeza, no quiere decir que ineludiblemente se obtenga sentencia condenatoria sino, simplemente, que se trata de un requisito a cumplir para el ejercicio válido de la acción y para obtener una sentencia de mérito. Aunque aquí se ha utilizado la suficiencia probatoria como atributo de certidumbre y para el contexto penal, es lo cierto que la doctrina sobre la prueba es uno de los aspectos que permite hablar hoy de una teoría general del proceso o de un Derecho Procesal General, con un tronco común que se estructura en torno a principios, conceptos e instituciones; por otra parte, no solo se prueba para afirmar, sino también para destruir lo que sostiene el contrario. Así, COUTURE asevera que: “en ciencia, probar es tanto la operación tendiente a hallar algo incierto, como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma como cierto (...) En sentido jurídico procesal, la prueba es ambas cosas: un método de averiguación y un método de comprobación”. Vid. COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª edición, Aniceto López Editor, Buenos Aires, 1958, p. 215.

³⁷⁴ Cfr. Artículo 444 del COIP. Entre otras, las atribuciones del fiscal son: receptor denuncias, reconocer la escena del crimen, huellas, objetos, instrumentos, identificar a los sospechosos con la asistencia del personal del sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses, asistir a las audiencias, mantener la acusación de haber mérito o abstenerse de acusar, buscar elementos de convicción de cargo y descargo, solicitar al juzgador medidas cautelares y de protección y solicitarle al juez la aplicación del principio de oportunidad.

³⁷⁵ Cfr. Artículo 604, 605 al 608 del COIP. En la legislación ecuatoriana la segunda etapa del proceso penal se realiza con la presencia de los sujetos procesales, correspondiéndole al juzgador dictar el auto de sobreseimiento o el auto de llamamiento a juicio en la misma audiencia, de

De manera que el momento procesal dedicado a la probanza es la audiencia de juicio, donde se solicitarán, ordenarán, practicarán e incorporarán las pruebas que presenten el fiscal, la acusación particular –si hubiere- y el abogado defensor del procesado, cumpliéndose todos los principios del debido proceso. Luego de escuchar los alegatos jurídicos presentados por los intervinientes, el tribunal tiene la obligación de deliberar y, con posterioridad pero en breve plazo, pronunciará la sentencia en audiencia³⁷⁶, la cual -de ser condenatoria- impondrá al procesado la pena señalada por la ley y ordenará la reparación integral de la víctima, en el caso de que procediere. De no ser así, se dictará sentencia ratificando el estado de inocencia y, como consecuencia de ello, se ordenará la cesación de todas las medidas cautelares reales y personales que pesen sobre el procesado y de encontrarse privado de libertad, se dispondrá su inmediata libertad, sin importar los recursos que se propongan, para lo cual se girará la respectiva boleta de excarcelación.

Acorde con lo manifestado anteriormente es necesario precisar que si se inicia instrucción fiscal en contra del procesado, desde la primera actuación realizada en su contra y hasta que se dicte una sentencia –que adquiera firmeza o sea ejecutoriada-, tiene derecho a contar con un abogado, en todas las etapas del proceso penal, a fin de que haga respetar los derechos y las garantías constitucionales y legales existentes a su favor, entre los cuales se puede identificar el derecho a conocer los avances del proceso, a ser debidamente informado, a solicitar práctica de pruebas, a no ser juzgado en ausencia³⁷⁷, a presumir su inocencia mientras no exista sentencia condenatoria y la misma se encuentre ejecutoriada, a no ser sometido a tratos crueles o degradantes, es decir, que deben respetarse indiscutiblemente sus derechos humanos.

En lo atinente al derecho de defensa del sujeto activo del delito, JAUCHEN expresa que está presente durante todo el proceso de manera integral, donde se le debe informar y explicar la real situación legal y procesal en la que se encuentra, se le debe preparar sobre la forma en que debe explicar los hechos a

dictarse el último auto indicado, enviará el acta de la audiencia y los anticipos probatorios al tribunal competente para conocer y resolver la etapa de juicio.

³⁷⁶ En los ordenamientos procesales penales revisados, se puede constatar como elemento común que se dicta la sentencia en forma verbal en el propio acto de la audiencia y luego se fundamenta el fallo por escrito, con la correspondiente notificación a las partes, según lo que dispone el art. 621 del COIP.

³⁷⁷ Mientras en los procesos no penales, la institución del demandado rebelde y la situación de procesos seguidos en rebeldía, suelen ser comunes, no corre igual suerte la materia penal, en que –dada la naturaleza de lo que se litiga- se adoptan todas las providencias que sean necesarias en aras de garantizar la presencia del imputado en el proceso, como dispone el art. 610 del COIP.

los juzgadores, el respeto que ha de prevalecer en sus declaraciones, la conveniencia de rendir o no su declaración y los demás aspectos que se presenten en cada momento procesal y, en especial, se le debe explicar qué actitud debe asumir en el proceso penal para que todo aquello le resulte favorable³⁷⁸. Es decir, que el derecho de defensa del procesado o imputado es imprescindible en una investigación preprocesal o procesal, sin que en ninguna circunstancia pueda colocársele en indefensión.

El abogado defensor puede contribuir u obstaculizar con su actuar la buena marcha de la justicia, pues si bien es cierto que tiene la responsabilidad de lograr que en el proceso se respeten los derechos de su representado, no quiere ello decir que esa defensa se realice a ultranza, sino sobre la base de las reales posibilidades de su defendido, ante quien tiene el deber técnico de advertirle en torno a las circunstancias jurídicas del caso, así como le atañe todo lo referido a la posibilidad de excluir pruebas e incorporar y contradecir otras para desvirtuar la acusación del fiscal y, como consecuencia de ello, obtener una sentencia en la que se ratifique el estado de inocencia o, por lo menos, que la pena sea atenuada y conforme a las características personales del imputado.

Es preciso manifestar que el art. 439 del COIP, en forma expresa, dispone que los sujetos procesales son: el procesado, la víctima, el fiscal y la defensa técnica, los cuales deben actuar según las reglas del debido proceso³⁷⁹ y cada uno asume una función específica en la investigación previa y en las diferentes etapas del proceso penal, así como en la impugnación, donde los intervinientes poseen el derecho de refutar a través de los recursos que franquea la ley y que en el caso de la legislación ecuatoriana se encuentran regulados los recursos de: apelación, de hecho, casación y revisión³⁸⁰.

Según la legislación ecuatoriana, la persona sospechosa o procesada puede ser una persona natural o jurídica, contra la cual el fiscal puede iniciar una investigación preprocesal o un proceso penal. En este último caso, deviene indispensable que el fiscal le solicite al juez el señalamiento de día y hora para

³⁷⁸ JAUCHEN, Eduardo M., *Derechos del imputado...*, cit., pp. 162-163.

³⁷⁹ SUÁREZ SANCHEZ, Alberto, *El debido proceso...*, cit., p. 193. En esta propia página, el autor se pronuncia sobre la importancia de que se cumplan las formalidades establecidas en forma de garantías o derechos, en tanto "... el debido proceso consiste en que nadie puede ser juzgado sino de conformidad con la ritualidad previamente establecida, para que se cumpla aquel axioma de que nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio con la plenitud de las formalidades legales".

³⁸⁰ Cfr. Artículos 652 al 661 del COIP. Como recursos ordinarios la legislación penal ecuatoriana considera: el de apelación y el de hecho; los extraordinarios son: el de casación, que permite corregir los errores de Derecho y el de revisión los errores de hecho.

que se lleve a cabo la audiencia de flagrancia (delitos flagrantes) o la de formulación de cargos (en delitos no flagrantes), donde el procesado desde el momento en que es parte de una investigación de carácter penal, tiene la posibilidad de ejercer todos los derechos y garantías que están consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la CRE y las demás leyes que forman parte del marco jurídico³⁸¹.

En lo que respecta al derecho de defensa del procesado³⁸², PEREZ SARMIENTO expresa que: “La aparición de la figura del imputado en una causa penal determinada no solo el surgimiento de la necesidad de defensa, sino la aparición casi simultánea de sus dos formas subjetivas ineludibles: la defensa material y la defensa técnica, y con esta, la figura del defensor”³⁸³. Por tanto, el derecho de defensa en relación con el procesado es, precisamente, lo que origina la necesidad de contar con un defensor técnico, como ese profesional especializado en materia penal y que es el encargado de asumir la salvaguardia técnica en beneficio directo de su patrocinado y en el caso de que este sujeto procesal tome la decisión de dirigirse al juzgador de manera verbal, podrá hacerlo para que se efectivice la defensa material, pero siempre bajo la dirección y supervisión de su abogado.

Sobre el derecho de defensa material y técnica, el propio PEREZ SARMIENTO puntualiza que: “...la defensa material en el proceso penal abarca tanto la negativa del imputado a pronunciarse sobre los hechos que se le atribuyen, como todo tipo de declaraciones, explicaciones, hipótesis o sugerencias que emita respecto de ellos en cualquier estado o grado del enjuiciamiento”. Más adelante, aquilata que: “La denominación de “técnica” se debe a los conocimientos técnico-jurídicos que se requieren para su ejercicio, por lo cual dicha defensa se le suele confiar solo a los profesionales del derecho”³⁸⁴.

En este contexto, tanto la defensa material como la técnica, son de mucha trascendencia para el procesado, porque de ella depende en gran parte la obtención de un resultado positivo, en tanto ha de estar presente en cada una de las etapas del proceso penal y en la impugnación, por cuanto el propio procesado con la orientación de su defensor técnico, está en capacidad de efectivizar su defensa material, mientras que su abogado es el conecedor de las

³⁸¹ Cfr. Artículo 584 del COIP.

³⁸² A lo largo de la presente investigación se aborda el derecho de defensa técnica desde diferentes aristas, pero siempre en pos de que se visualice la trascendencia de que esté presente tanto en el proceso, como en las actuaciones preprocesales. Vid. Supra. Epígrafe 1.7.3, Vid. Infra.

³⁸³ PEREZ SARMIENTO, Eric, *Los fundamentos...*, cit., p. 30.

³⁸⁴ PEREZ SARMIENTO, Eric, *Ídem*, pp. 30 y 33, respectivamente.

normas jurídicas nacionales e internacionales aplicables al caso concreto, sobre la base de las cuales planificará su defensa y garantizará un buen resultado a su defendido. Así, en dependencia de la personalidad y posibilidades culturales del infractor, puede hacerse uso en el proceso de los dos tipos de defensas y lograr que se complementen entre sí para alcanzar el éxito deseado.

Y si se alude a la defensa de intereses y derechos, no puede hacerse a un lado a la víctima como sujeto procesal, que es aquella que sufre el gravamen como consecuencia de la comisión del delito, ya sea por haber sufrido una agresión física, psicológica, sexual, patrimonial o cualquier otro tipo de daño que genera la comisión de un delito. La legislación ecuatoriana –con acierto- establece un espectro amplio para la consideración como víctimas al cónyuge o pareja en unión de hecho, ascendientes o descendientes comprendidos hasta segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad, las personas que comparten el hogar de la persona agresora o agredida en los delitos sexuales y reproductivos y de violencia contra la mujer o el núcleo familiar; extendiéndose además a los socios o accionistas de una compañía en los delitos cometidos por los administradores de la misma, las personas jurídicas de derecho público que son afectadas por la comisión de un delito; y, lo más relevante es que también le atribuyen esta condición a todas aquellas personas que tengan interés en el caso y que afecten a los derechos colectivos y difusos, así como las comunidades, pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, respecto de los delitos que afectan a todos los miembros de ese conglomerado social³⁸⁵.

Con una concepción amplia o restringida de víctima, pero deviene imprescindible esclarecer que el perjudicado, considerado de manera integral, tiene derecho a participar en el proceso penal de manera directa, es decir, con derecho a presentar peticiones verbales o escritas dirigidas al fiscal o al juzgador, desde el momento en que presenta la correspondiente acusación particular de manera oportuna, esto es desde que se le notifica con el inicio de la instrucción hasta antes de concluir dicha etapa procesal, y de no haber presentado la misma, tiene derecho a ser escuchado en cualquier momento del proceso penal e, incluso, a ser informado del resultado de la investigación fiscal y de la decisión judicial, respectivamente.

Con respecto a los acusadores particulares en un proceso penal, GIMENO SENDRA puntualiza que: “Los acusadores particulares son quienes, por ostentar la titularidad del bien jurídicamente protegido por la norma penal y ser sujetos

³⁸⁵ Cfr. Artículo 441 del COIP.

pasivos del delito, pueden acceder al proceso en su calidad de “ofendidos” por el delito. En ellos, junto al presupuesto de la capacidad, ha de concurrir el de la legitimación activa que viene determinada precisamente por ostentar la titularidad de dicho bien jurídico”³⁸⁶.

En lo que respecta a la FGE en Ecuador, que constituye la institución que por disposición de la CRE y la ley, es la titular del ejercicio público de la acción penal y que actúa a través del Fiscal General del Estado, los fiscales provinciales y los demás fiscales designados legalmente en cada una de las jurisdicciones territoriales, tienen la obligación de dirigir la investigación preprocesal y procesal, sobre la base de los principios de legalidad, objetividad, oportunidad y mínima intervención penal, con la finalidad de llegar a descubrir la verdad material o procesal, evitando que los delitos se queden en la impunidad. Además, se encarga de organizar y dirigir el sistema especializado e integral de investigaciones, de medicina legal y ciencias forenses, el sistema de protección de asistencia de víctimas, testigos y otros participantes en el proceso y, cardinalmente, garantizar la intervención de fiscales especializados en ciertos tipos penales, a fin de que los resultados de la investigación sean más efectivos, completos y oportunos, para que de esta manera se cristalice en la anhelada administración de justicia en materia penal.

GIMENO SENDRA, al referirse a la actuación del fiscal en el proceso penal de la acción pública, expresa que resulta una autoridad imparcial, pero al mismo tiempo es quien activa el *ius puniendi* del Estado, pero que en ningún caso tiene competencia jurisdiccional, por lo que es este sujeto procesal -en su carácter de defensor de la sociedad- quien busca siempre restaurar el orden jurídico alterado como consecuencia de la comisión de un delito³⁸⁷. En este sentido, es el fiscal quien investiga, con la exclusiva finalidad de llegar a determinar la existencia de la infracción y sus partícipes, mediante una actuación diligente y objetiva; de ahí su imparcialidad, pues, aunque como acusador representa los intereses de la víctima, también representa al Estado y a la sociedad en el proceso, en cuya representación ha de procurar el establecimiento de la verdad y no la festinada defensa de un derecho o interés en particular.

Por otra parte, en lo que respecta al defensor técnico del imputado o procesado, JAUCHEN argumenta que: “El abogado no asume nunca la defensa de un “delincuente”, sino de una persona imputada de haber cometido un delito

³⁸⁶ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal...*, cit., p. 221.

³⁸⁷ Ídem, p. 233.

que goza de *estado de inocencia*, y que, por lo tanto, es necesario el *juicio previo* para verificar aquella hipótesis, en el que solo mediante pruebas eficaces que edifiquen con grado de *certeza* su culpabilidad puede ser condenada”³⁸⁸. En consecuencia, el defensor técnico del procesado es un letrado en ciencias jurídicas, es decir, conocedor del Derecho Penal desde el punto de vista científico, por lo que el estatus de presunción de inocencia de que goza su patrocinado se convierte en el estandarte de su postura procesal, salvo que –a modo de estrategia- resulte conveniente la asunción de los hechos, en cuyo caso deberá asesorarle al respecto y valorar, de conjunto, las consecuencias de cada actitud.

Por último, es necesario hacer referencia al sujeto procesal denominado defensor técnico. Requisito de postulación procesal en cuya virtud el sospechoso o procesado -desde el momento en que se inicia la investigación preprocesal y procesal de un hecho delictivo que llega a conocimiento del fiscal- tiene la facultad de elegir a un abogado de su confianza, para que asuma la defensa técnica y de no ser posible la referida contratación -por tener una limitación en el aspecto económico- el Estado por medio del juez le proporciona un defensor público. Se trata de un riesgo, pues suele suceder que si bien asume la defensa del procesado, en muchos casos no se encuentra suficientemente preparado ni especializado en las diferentes áreas del Derecho Penal o no le presta al caso la debida atención, por lo que este particular genera indefensión en algunos de los procesados; máxime si se trata de bisoños abogados, cuya labor fundamental es de abogados de “oficio”, como se les llama en razón del origen de su designación. Sin embargo, esta salida que confiere la norma posibilita que nadie acuda a un acto judicial sin algún tipo de representación y corresponde, también, al juzgador ser una especie de supervisor de la actuación de estos letrados.

De manera que la presencia de un abogado en una diligencia preprocesal o procesal o en una audiencia pública y contradictoria, no significa que el procesado no pueda quedarse en indefensión, por lo que el juzgador como garantista de los derechos de los sujetos procesales, debe velar porque el defensor técnico del imputado conozca a ciencia cierta el caso concreto y la normativa jurídica pertinente y aplicable al mismo; de no ser así, el juez o tribunal tiene la obligación de suspender la diligencia judicial, para que en lo posterior o en un futuro próximo, se cuente con un profesional que asuma la defensa técnica y de manera eficiente y adecuada haga respetar los derechos del

³⁸⁸ JAUCHEN, Eduardo M., *Derechos del imputado...*, cit., p. 156.

procesado, sin que en ningún caso se le deje en indefensión, ya que de suceder aquello, puede traer como consecuencia jurídica la nulidad del proceso.

Por lo analizado anteriormente, los sujetos procesales que intervienen en la investigación preprocesal o procesal, son los encargados de desarrollar el procedimiento legal en estricto cumplimiento del debido proceso y, por ende, respetando los derechos y garantías de los intervinientes en cada caso concreto, cumpliendo de esta manera cada uno sus respectivos roles, para alcanzar una tutela judicial efectiva y una adecuada materialización de la justicia penal.

En este orden de ideas, le corresponde al juzgador, en calidad de director del proceso penal, llevar adelante -de manera ágil y conforme a Derecho- las audiencias y demás diligencias judiciales, con la única intención de garantizar el efectivo goce y protección de los derechos fundamentales de la víctima y del sospechoso o procesado. En razón de la inviolabilidad de estos derechos, ante su vulneración se genera obligación judicial de participar de manera activa y solucionar ese aspecto que pudiere parecer de forma, pero que deviene en cuestión de fondo en atención a su trascendencia y para ello resulta imprescindible la aplicación directa e inmediata de las normas jurídicas de derechos humanos y constitucionales que tienen pertinencia en cada caso *sub lite*, fundamentalmente las consideraciones referidas a que todos los sujetos procesales son iguales y, en consecuencia, gozan de los mismos derechos y obligaciones frente al ordenamiento jurídico vigente.

En este contexto, los sujetos que intervienen en la aplicación del principio de oportunidad son: la víctima que es la persona que sufre la lesión de un bien jurídico protegido; el sospechoso o procesado como el sujeto activo de la infracción, la cual puede ser por acción u omisión; el fiscal, en tanto es el titular del ejercicio público de la acción y, por ende, a quien le corresponde solicitar al juzgador la aplicación de este principio; y, el defensor técnico que puede ser un abogado en libre ejercicio de su profesión o un defensor público, el cual tiene como función esencial asumir la defensa técnica del infractor, a fin de garantizar el cumplimiento del debido proceso. El juez que interviene con jurisdicción y competencia, en el trámite y resolución, respecto de la aplicación del principio de oportunidad, juega un papel preponderante, porque es el director de la audiencia, quien hace cumplir los derechos y garantías de los justiciables y pone fin al litigio de carácter penal.

En relación con el juez, NIEVA FENOLL considera que debe estar alejado de las partes y del objeto que está en debate en el proceso, sin que sienta afecto ni

desafecto respecto a los litigantes y sin adelantar su criterio, para no afectar la imparcialidad³⁸⁹. En consecuencia, el juzgador si bien es parte de la sociedad, en el momento de juzgar un hecho delictivo, debe actuar con independencia e imparcialidad, teniendo paciencia para escuchar a los sujetos procesales en las audiencias públicas y contradictorias, pero actuando con probidad y firmeza, irradiando confianza a los justiciables y transparencia en la administración de justicia.

URBANO MARTÍNEZ afirma que en la investigación y en el juzgamiento de una conducta punible deben respetarse los derechos del imputado y la víctima, por lo que el proceso penal es legítimo cuando se respetan las garantías constitucionales de trascendencia procesal que amparan al imputado y a la víctima, por lo que la verdad y la justicia se logran a través del respeto a las reglas de juego inherentes a una sociedad donde la dignidad del ser humano y la democracia pluralista, se asumen como cimientos de la organización política y jurídica, por lo cual si en un proceso penal se aplica el principio de oportunidad, debe cumplirse con ese fin constitucional para que no se vulneren las garantías del procesado y de la víctima³⁹⁰.

Es indispensable expresar que en la aplicación del principio de oportunidad, no se deben vulnerar los derechos y garantías fundamentales de ninguna de las partes intervinientes en la investigación preprocesal, en las diferentes etapas del proceso penal ni en la impugnación, ante situaciones de esta índole, resulta forzoso que los juzgadores ejerzan su función de garantes del debido proceso, abonando de esta manera también a la buena marcha del proceso, con observancia de los mandatos regulados de manera expresa en la legislación nacional e internacional contenidos en los diferentes cuerpos legales, con lo cual

³⁸⁹ NIEVA FENOLL, Jordi, "Proceso Judicial y Neurociencia: una Revisión Conceptual del Derecho Procesal", en AA.VV., *Neurociencia y proceso judicial*, TARUFFO, Michelle, Jordi NIEVA FENOLL, Eduardo, OTEIZA y Daniel, MITIDIÉRO (Directores), Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Elecé Industria Gráfica S.L., Madrid, 2013, pp. 171- 172.

³⁹⁰ URBANO MARTÍNEZ, José, *Derecho Penal...*, cit., p. 123. Dentro de esta misma línea manifiesta que: "En este orden de ideas, el cumplimiento de la función de control de garantías sobre la aplicación del principio de oportunidad, lejos de remitir a un examen formal de simple verificación de las causales legales de aplicación, implica, a más de ello, un proceso de verificación de la legitimidad del ejercicio de una atribución reglada a los fines constitucionales del proceso penal. De este modo, si con esa decisión de la Fiscalía no se está logrando una aproximación razonable a la verdad sino encubriéndola; si se están vulnerando los derechos del beneficiado con la decisión o de otro imputado en el mismo o en otro proceso; si se están desconociendo los derechos de la víctima; en fin, si no se está realizando la justicia penal sino renegando de ella, la aplicación del principio es ilegítima y el juez debe oponerse a ella hasta tanto no se procure una relación de equilibrio entre los niveles de realización de esos varios fines constitucionales del proceso penal", p. 126.

se alcanza que el principio de oportunidad cumpla su verdadero propósito que es extinguir la acción penal y darle una lección de rectificación de su conducta al sospechoso o procesado que se beneficia con esta figura jurídica.

Además, cuando se acepta el uso del principio de oportunidad, la víctima y el sospechoso o procesado se encuentran facultados para acordar la reparación integral, lo que constituye uno de los aspectos más relevantes de la aplicación del principio en estudio, pues, claras resultan sus ventajas de celeridad y factibilidad de cumplimiento; elementos procesales de trascendental importancia cuando de debido proceso se trata y, a un tiempo, deviene mucho más beneficioso que la imposición de una pena al infractor, a partir del criterio de que solo procede en delitos menores y que no afectan el interés social ni del Estado.

En la legislación ecuatoriana, no se obliga al infractor beneficiario del principio de oportunidad, a reconocer o aceptar la reparación integral a la víctima en el momento de la audiencia en que se resuelve el caso a través de este procedimiento legal, quedándole el derecho a la víctima para que en un futuro próximo haga valer sus derechos mediante una acción civil, si esa fuere su voluntad, lo cual matiza de forma negativa al procedimiento vigente ya sea por razones de economía procesal y, fundamentalmente, por ser inoportuno el reconocimiento de este derecho por parte del infractor. Válido puntualizar que en muchos casos este último sujeto procesal no cuenta con los medios económicos suficientes como para cumplir con esta obligación, por lo que en estos supuestos la ley debe regular que sea el Estado el que resarza esta indemnización y el modo de hacerlo efectivo, pues de lo contrario se produce un quebrantamiento del principio de igualdad y, consecuentemente, de la justicia, al traducirse en provecho exclusivo de una de las partes.

De manera que respecto de la reparación integral a la víctima, la previsión normativa patria es violatoria de los derechos de esta parte procesal, por lo que el legislador debería en el futuro, ordenar el cumplimiento de la referida reparación en el momento mismo de decidir de manera oral la procedencia de la aplicación del principio de oportunidad, ya que de no cumplirse este aspecto, que sería un requisito de procedibilidad, se volvería inaplicable dicho principio y la causa seguiría el trámite ordinario o cualquier otro procedimiento especial que se encuentre regulado por la ley, a fin de garantizarle a la víctima este derecho fundamental.

RODRIGUEZ GARCIA alude a que el principio de oportunidad se basa en un acuerdo entre la acusación y la defensa, lo cual permite ahorrar recursos

humanos y económicos y que los sujetos procesales obtienen ventajas tales como: el imputado al lograr un acuerdo con la víctima, evita el juicio por el delito cometido y, por ende, la sanción; el fiscal al tener un volumen de trabajo elevado, alivianará el mismo sobre la base de esta negociación del infractor y la víctima; a la defensa técnica también le beneficia ya que el infractor al no tener recursos económicos, esa defensa es asumida por un abogado otorgado por el Estado; la víctima logra la reparación integral de manera rápida; se evita los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad y se obtiene la rehabilitación del infractor al someterse voluntariamente a un procedimiento de readaptación y rehabilitación social³⁹¹.

La negociación pacífica del infractor con la víctima está encaminada a lograr que, de una parte, no se aplique una pena privativa de la libertad al sospechoso o procesado y, de la otra, a lograr un resarcimiento satisfactorio; por lo que la reparación integral de la víctima ha de disponerse de forma tal que quede conforme con la reparación de los daños ocasionados, sea a través de restitución, rehabilitación, indemnizaciones de daños materiales e inmateriales, medidas de satisfacción o simbólicas, o a través de las garantías de no repetición³⁹².

Así, también la libertad del infractor es relevante para evitar las consecuencias de una pena en todos los aspectos de su vida, es decir, se logra menos impacto de los efectos criminógenos de la pena privativa de la libertad, que si bien puede ser de corta duración, siempre genera efectos nocivos para el infractor, siendo la reparación integral la única sanción que debe satisfacer el sospechoso o procesado en beneficio de la víctima; en este contexto, existen también otros beneficios, como el descongestionamiento de la justicia penal, tanto en las fiscalías como en las judicaturas, pudiendo los fiscales y jueces fijar su atención en casos de mayor trascendencia social, resolviendo en forma más rápida y oportuna los que son atinentes al principio de oportunidad.

En cuanto a la específica labor de la FGE, se ve reflejado en menos gasto de tiempo y otros recursos en delitos de bagatela; recursos que pueden entonces ser empleados eficaz y eficientemente en la persecución de aquellos delitos que causan mayor conmoción en la sociedad. En lo que respecta a los abogados defensores, también resulta este ahorro de tiempo y recursos pudiendo evacuar mayor número de diligencias en beneficio de sus defendidos, pues cuando una

³⁹¹ RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolás, "Justicia Negociada y nueva reforma procesal penal", en *Diario la Ley*, Año XXVI, Números 5815 5816, España, miércoles y jueves, 02 y 03 de julio del 2003, pp. 1 - 2.

³⁹²Cfr. Artículo 78 del COIP.

persona se encuentra involucrada en un litigio penal o privada de su libertad, lo que requiere es que su abogado patrocinador utilice los mecanismos jurídicos más apropiados y con prontitud, para estar libre de toda investigación de carácter penal y ello de manera prioritaria cuando está afectada la libertad, que es uno de los derechos más significativos del ser humano, sin olvidar que la vida tiene más trascendencia en las personas, que la propia libertad individual.

Al respecto, RODRÍGUEZ GARCIA apunta que: “A diferencia de lo que ocurre en otros países, estamos ante una expresión del principio de oportunidad contemplada no desde el punto de vista de la acusación, sino desde el de la defensa, cuya decisión de conformarse no necesita la participación de otros sujetos en pie de igualdad, como, por ejemplo, la víctima. A este respecto hay que señalar como en Portugal la principal manifestación consensual en el proceso penal, la *suspensão provisória do processo*, requiere una mayor concurrencia de voluntades, puesto que si bien la decisión inicial de suspender provisionalmente el proceso parte del Ministerio Público, al ser ésta expresión de una regulación estricta y reductiva del principio de oportunidad en el proceso penal se va a exigir al Ministerio Público que recaerá necesariamente la conformidad del acusado y del asistente, sino también la homologación por parte del juez de instrucción, que no se limita a verificar el cumplimiento de los respectivos presupuestos, sino que tiene que realizar un juicio de valor sobre las obligaciones o reglas de conducta que el Ministerio Público entiende que deben ser aplicadas al acusado³⁹³.”

En tal virtud, los roles que juegan el fiscal, la víctima, el sospechoso o procesado y el defensor técnico, son de suma importancia cuando se aplica el principio de oportunidad, ya que son todos ellos los que deben concurrir ante el juzgador, ante quien el fiscal -en primer término- es el que solicita que se aplique el principio de oportunidad, mientras que los otros protagonistas de la relación jurídica procesal tienen derecho a expresar lo que crean conveniente en defensa de sus intereses y solo esta conjugación de participaciones hace posible que el juez, luego de analizar el caso -a partir del presupuesto fáctico- y de interpretar las normas jurídicas nacionales e internacionales concernidas al asunto concreto, tome la decisión de manera verbal frente a los intervinientes antes indicados, que de aceptarse el pedido del fiscal, declarará extinguida la acción penal, dejando a salvo para que la víctima reclame la reparación integral en cuerda separada, lo

³⁹³ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El consenso en el proceso penal español*, José María Bosch Editor, S.L., Barcelona, 1997, pp. 93-94.

cual –se insiste- lesiona sus derechos y de no escucharse al sospechoso o procesado en la respectiva audiencia, también se vulnera una serie de derechos y principios que forman parte del debido proceso porque el juzgador en ningún momento conoce –de viva voz- las pretensiones de las partes.

Si lo expresado en el párrafo anterior, sigue ocurriendo en el procedimiento legal respectivo, todas las actuaciones serán nulas; razón por la cual resulta imperiosa la transformación radical de la legislación procesal penal, sobre la base de la creación de un verdadero modelo en el cual se desarrollen los elementos constitutivos de este principio, porque solo así se garantizarán los derechos de la víctima y del ofensor, la seguridad integral y la generación de una cultura de paz, los cuales son los verdaderos pilares fundamentales de una sociedad que confía en la administración de justicia.

De manera general, los sujetos procesales que intervienen en la aplicación del principio de oportunidad, que para fines de este análisis se los clasifica desde el punto de vista pedagógico y de la dogmática jurídica en dos grupos, a saber: en el primer grupo se ubican la víctima y el victimario, que son los participantes directos en litigio jurídico-penal, donde la primera es afectada y lesionada en un derecho o bien jurídico protegido y ostenta prerrogativa legalmente concedida de que se le informe cómo se va a solucionar el problema principal y si se aplica el principio de oportunidad, en qué momento se ordenará el pago de la reparación integral, mientras que el segundo -el ofensor- es el favorecido directo del principio en referencia, tiene derecho a que el juez le escuche, para luego declarar extinguida la acción penal, sin que se le instaure el juicio de reproche ni se le imponga una pena privativa de la libertad; y, el segundo “grupo”, atañe al fiscal como titular del ejercicio público de la acción y, por ende, el único que puede solicitarle al juez para que resuelva el caso mediante los criterios de oportunidad, teniendo en consecuencia un rol de mayor significación jurídica en este procedimiento judicial.

2.1. Rol del Fiscal con relación a la aplicación del principio de oportunidad

La aplicación del principio de oportunidad le corresponde a la Fiscalía y en Ecuador, a la FGE³⁹⁴, de ningún modo a la Policía Judicial, pues la ley otorga el ejercicio de la acción penal al fiscal; razón por la cual este operador de justicia

³⁹⁴ Cfr. Artículo 444 del COIP. Donde una de las atribuciones del fiscal, efectivamente es la aplicación del principio de oportunidad en la solución de conflictos de carácter penal.

debe asegurar el correcto ejercicio del derecho a perseguir, evitando actuaciones arbitrarias como corresponde a uno de los representantes del *ius puniendi*³⁹⁵. En este sentido, CREUS considera la posibilidad que tiene el fiscal para ejercitar la acción penal o abstenerse de hacerlo³⁹⁶; mientras que ORÉ GUARDIA manifiesta que este principio constituye un mecanismo procesal que faculta al fiscal a iniciar la acción judicial o solicitar sobreseimiento, de acuerdo a los requisitos legales previamente establecidos³⁹⁷.

Los referidos estudiosos ofrecen sus criterios sobre el rol que desempeña el fiscal en la aplicación del principio de oportunidad en la solución de conflictos penales menores, pero todos coinciden en que al ser este sujeto procesal el titular del ejercicio público de la acción, es quien tiene la “última palabra” –en el entendido de posibilidad de decidir- para ejercitar la acción penal en un caso concreto y si toma la iniciativa de usar el principio de oportunidad, al existir un control por parte de la función judicial, le corresponde al juez determinar de manera definitiva si procede o no lo solicitado por el fiscal.

En el mismo sentido, URBANO argumenta que la Fiscalía General tiene la potestad de irrumpir, suspender o renunciar a la persecución penal por razones político-criminales, actuando como excepción al principio de legalidad, con una relación concreta de las causales en las que resulta procedente su aplicación y realizándose un control judicial por parte del juez, quien vigila las garantías respecto de la aplicación del citado principio, verifica que reúna los requisitos fijados en la causal respectiva, comprueba la flexibilización de las normas sustanciales y observa si se han ejecutado razonablemente los demás fines constitucionales del proceso penal³⁹⁸.

Entonces, al fiscal corresponde la facultad de pedirle al juzgador la aplicación del principio de oportunidad y ello únicamente en los casos que se encuentren establecidos en la ley, no pudiendo usarse de manera arbitraria o a su libre discreción, pues deberá observarse principalmente que cumpla con los fines constitucionales y legales del proceso penal, en el que se respeten los derechos y garantías de todas y cada una de las partes intervinientes en el mencionado procedimiento judicial.

³⁹⁵ Vid. ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela...*, cit., p. 186.

³⁹⁶ CREUS, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 36.

³⁹⁷ ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2.^a edición, Alternativas, Lima, 1999, p. 129.

³⁹⁸ URBANO MARTÍNEZ, José, *Derecho Penal...*, cit., p. 126.

Para que se materialice lo planteado en el párrafo anterior, es prioritario la elaboración de un protocolo para lograr una aplicación uniforme del principio de oportunidad, por el que puedan guiarse los fiscales, con el fin de que todas sus actuaciones se realicen conforme a Derecho, sin vulnerar los principios de igualdad y legalidad, dotando al sospechoso o procesado de una tutela judicial efectiva e integral, con la mira puesta siempre en una justicia restaurativa que tenga como propósito alcanzar -en beneficio de la víctima- el reconocimiento del daño material e inmaterial, sufrido como consecuencia de la comisión del delito.

En Alemania, el rol del fiscal -según ORTIZ- se sintetiza en: la facultad de desistir de la acción en cualquier fase del proceso y archivarlo. De manera que cuando el acusado se arrepiente para permitir el esclarecimiento del hecho delictivo o para evitar sus consecuencias, el fiscal puede archivar u ofrecer penas más benignas; igualmente, cuando la víctima sea objeto del delito por una persona que tenga proximidad efectiva, el fiscal puede decretar el archivo, ponderando los fines de carácter general y especial, o en los supuestos en que la participación del coaccionado en el descubrimiento del hecho resulta vital o la inexistencia de un interés público en la persecución. Por su parte, en delitos de escasa relevancia se plantea una cuestión prejudicial ante una jurisdicción civil o administrativa, que se resuelva en el plazo señalado por el fiscal, en cuyo caso se archiva el proceso penal; y, en los delitos de pequeña criminalidad está facultado para decretar el archivo, siempre que exista escasa culpabilidad y falta de interés público en la persecución; archivo que será confirmado por el juez, excepto los casos que determina la ley³⁹⁹.

El autor de esta investigación no comparte el criterio de ORTIZ, en lo que tiene que ver con el hecho de que el procesado para que se beneficie del principio de oportunidad, debe colaborar con el descubrimiento del delito cometido, lo cual efectivamente es violatorio de derechos tales como a guardar silencio y a no ser coaccionado por ningún operador de justicia, puesto que la investigación completa debe realizarla el fiscal, sin buscar mecanismos coercitivos de la víctima y victimario ni de testigos o peritos, porque ello es violatorio al debido proceso, en razón de que todas las pruebas obtenidas al margen de las normas jurídicas carecen de eficacia probatoria. Por lo expresado, ningún juez o tribunal competente en materia penal, debe permitir que el fiscal tenga actuaciones de

³⁹⁹ ORTIZ URCULO, Juan, "El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito, aplicación y límites", en *Revista Estudios Jurídicos*, ISSN-e 188-7740, Madrid, 2004, pp. 3339-3340.

esta naturaleza, por ser atentatorias a los derechos humanos del sospechoso o procesado.

Según lo referido, en Alemania el fiscal puede ponderar respecto de la aplicación de medidas alternativas de solución de conflictos penales, tomando en cuenta si el infractor se arrepiente, analizando el interés público y los casos de pequeña criminalidad; en cambio en la legislación ecuatoriana, el uso del principio de oportunidad está delimitado dentro de las causales u opciones que para tal efecto regula la ley, por lo cual la atribución del fiscal para solicitarle al juzgador, se reduce a las causas taxativas y se establecen nítidos límites a su discrecionalidad, pues debe ceñirse a la ley, sin opción a ponderar como en el caso alemán, al ser la disposición legal clara, no da lugar a interpretaciones por parte del fiscal, quien debe someterse a lo previamente establecido en la legislación, lo cual significa dar cumplimiento al principio de legalidad, porque a pesar de estar normado de manera inadecuada, forma parte de la normativa jurídica penal.

Pero es posible que luego de un estudio científico de este principio, se regule respecto del rol del fiscal a fin de que pueda tener un tanto de flexibilidad en la interpretación e invocación de las normas jurídicas de derechos humanos, constitucionales y legales, en lo que respecta a la aplicación de este principio, siempre y cuando se respeten los derechos de la víctima y del victimario, y el debido proceso.

En relación a este punto cabe señalar lo que menciona CABEZUDO RODRIGUEZ, al referirse al ejercicio de la acción penal, donde afirma que un movimiento reformista comporta un replanteamiento general del papel del fiscal en la justicia penal, lo que se conecta –básicamente- con el eventual reconocimiento de la exclusividad en el ejercicio de la acción penal y con la ruptura del principio de legalidad, en pro del principio de oportunidad en la formulación de la acusación⁴⁰⁰.

Si bien es cierto que el fiscal es el único titular del ejercicio público de la acción penal, el hecho de no investigar o abandonar la misma, por tomar la decisión de llevar el caso ante un juez para que sea resuelto utilizando el principio de oportunidad reglado no violenta el principio de legalidad; caso contrario estaría en franca contraposición con el indicado principio y, consecuentemente, todo quedaría al arbitrio del fiscal y del juez, lo cual rompe con el esquema del sistema acusatorio oral y el debido proceso.

⁴⁰⁰ CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás, *Sobre la Conveniencia...*, cit., p. 188.

Si el fiscal no decide abandonar la acción penal o desistir de la ya iniciada, no existe la posibilidad jurídica de que se cristalice el principio de oportunidad como mecanismo de política criminal y, por ende, no sería factible lograr la agilidad o celeridad en la resolución del conflicto penal, en el que se encuentran inmersos la víctima, el sospechoso o procesado, el fiscal, los abogados defensores de las partes y el juez como director del procedimiento legal respectivo, quienes tienen la responsabilidad de aplicar dicho principio, sobre la base de las causales regladas y en cumplimiento del procedimiento legal respectivo.

GIMENO SENDRA señala que: “Aunque la misión esencial del MF consista en erigirse como el más acérrimo defensor del principio de legalidad, no puede descuidar las otras dos funciones que también consagra la norma constitucional, cuales son la tutela de los derechos de los ciudadanos y del interés público, las cuales autorizan, en ocasiones, a determinadas restricciones del principio de legalidad en beneficio de su principio antitético, cual es, el de oportunidad, que legitima al MF, bajo el cumplimiento de determinadas circunstancias previstas en la Ley, a no ejercitar la acción penal, no obstante la comisión de un delito, o a solicitar su archivo, aunque la instrucción haya determinado dicha existencia y la responsabilidad de un determinado auto”⁴⁰¹.

El autor concuerda con el tratadista referido, en lo relativo a que el titular del ejercicio público de la acción tiene que velar por los derechos de los intervinientes en el proceso penal, así como por el interés público y que, efectivamente, en los casos en los que procede el principio de oportunidad reglado, se le debe aplicar a pesar de existir elementos de convicción para establecer la existencia de la infracción y la participación del procesado, más no de la responsabilidad del infractor como afirma pues deviene necesario tomar en cuenta que el principio de oportunidad solo procede hasta la instrucción, donde el fiscal en su investigación encuentra únicamente elementos de convicción y no pruebas, porque estas últimas son posibles únicamente en la etapa de juicio y solo cuando se dicta sentencia se puede hablar de responsabilidad del procesado; razón por la cual se aparta la presente investigación del expresado criterio, en franca postura de que en el momento procesal donde se aplica el principio de oportunidad, existen elementos de convicción y, por ende, puede estar establecida la existencia de la infracción y la participación del procesado, más no su responsabilidad.

⁴⁰¹ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal...*, cit., p. 273.

En lo que respecta a las funciones del fiscal, la CRE dispone que sea quien dirige de oficio o a petición de parte la investigación preprocesal y procesal de los delitos del ejercicio público de la acción, siempre tomando en cuenta el interés público y los derechos de la víctima y, de encontrar méritos, impulsa la acusación. Para cumplir con dichas funciones organizará y dirigirá el sistema especializado integral de investigación de medicina legal y ciencias forenses, así como bajo la dirección de la FGE se encuentra el sistema de protección y asistencia testigos y otros participantes en el proceso penal⁴⁰² y en aras de lograr el correcto funcionamiento de este último sistema, la indicada institución coordinará con las instituciones públicas pertinentes y propiciará la participación de la sociedad civil⁴⁰³.

Por lo tanto las funciones del fiscal nacen de las normas jurídicas, de los convenios internacionales de derechos humanos, las constitucionales y legales vigentes, a fin de que sus actuaciones tengan plena validez jurídica, esto significa que se respetarán los derechos y garantías de los justiciables en cada uno de los casos puestos a su conocimiento e investigación, tomando en cuenta que interviene en la acción penal, en representación del Estado.

En consecuencia, el fiscal asignado para que investigue un hecho delictivo determinado, siempre debe tener presente los principios de objetividad y mínima intervención penal, en atención a que está facultado para que decida aplicar cualquier procedimiento que se encuentra previamente regulado en la ley procesal penal y que sea de utilidad para la víctima y el sospechoso o procesado, así como en virtud del interés social o público.

La CRE y la ley especial determinan de manera clara las funciones y atribuciones del fiscal, correspondiéndole investigar los delitos del ejercicio público de la acción con la colaboración directa de la Policía Judicial; institución policial que interviene bajo su dirección en cada uno de los casos que llegan a su conocimiento. Por lo que cada uno de estos operadores de justicia cumple con su rol específico, el policía haciendo llegar las noticias del delito al fiscal de manera oportuna y este último solicitándole a los jueces competentes que señalen día y hora para que se lleven a cabo las audiencias de flagrancia o de formulación de cargos o para aplicar el principio de oportunidad en delitos de bagatela; diligencias judiciales donde efectivamente se decide sobre la situación jurídica de los infractores.

⁴⁰²Cfr. Artículo 195 de la CRE.

⁴⁰³Cfr. Artículo 198 de la CRE.

MESTRE ORDÓÑEZ, al referirse a la actuación del fiscal, expresa que: “Todos los funcionarios de policía que tengan conocimiento de un eventual delito por denuncia, querrela o en ejercicio de su función, deben poner la información a disposición de la Fiscalía General de la Nación para que esta institución disponga, después de la verificación y/o la investigación respectiva, si procede el archivo, la aplicación del principio de oportunidad o la persecución penal con los mecanismos procesales correspondientes. La práctica común de archivar *de facto* denuncias por considerar que son insignificantes o porque no se tiene posibilidad de identificar al autor de la conducta, no solo pone en tela de juicio la disposición y efectividad de los mecanismos y agentes de política criminal del Estado, sino que constituye un delito”⁴⁰⁴.

El autor comparte el criterio de MESTRE ORDÓÑEZ en lo referente a que todas las noticias del delito que nacen de la Policía Nacional, deben ser puestos en conocimiento del fiscal, quien tiene la facultad de previamente establecer si efectivamente se verifica un hecho delictivo, si el delito es leve o grave, para según el resultado de este análisis jurídico decidir cuál es el procedimiento legal que debe aplicarse en cada caso concreto, lo cual significa que lo afirmado por el experto anteriormente referido, respecto del archivo de ciertas denuncias insignificantes no es una autoridad conferida al fiscal, por cuanto se debe seguir el respectivo trámite con el control del juez, para asumir cualquier alternativa jurídico-procesal que puede ser el archivo de la investigación, el inicio de una investigación previa o del proceso penal, la aplicación de procedimientos especiales (directo, expedito, abreviado, conciliación) y -de ser pertinente- la utilización del principio de oportunidad. Todo lo expuesto constituyen criterios procesales penales de raigambre constitucional y entrañan el respeto al debido proceso en general y a los derechos de los litigantes, en particular.

Así, el rol del fiscal en la aplicación del principio de oportunidad es determinante, por lo que en un sistema reglado donde se determinan de manera expresa las causales en las que procede el principio referido, está en la obligación de examinar el caso concreto desde el punto de vista de los convenios de los derechos humanos, constitucional y legal, para luego tener la clara convicción de que es necesario y procedente la utilización de este mecanismo procesal, enviar una comunicación escrita al juez competente, a fin de que señale día y hora, para que se lleve a cabo la respectiva audiencia pública y contradictoria, donde dicho sujeto procesal debe exponer de manera clara y convincente el presupuesto

⁴⁰⁴ MESTRE ORDÓÑEZ, José, *La discrecionalidad. Aspectos generales...*, cit., p. 273.

fáctico, las normas jurídicas pertinentes en relación con la utilización del principio de oportunidad y argumentar, además, la forma en que se benefician la víctima y el sospechoso o procesado, todo lo que conduce a que proceda se declare extinguida la acción penal.

En consecuencia, en la fundamentación del modelo de aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, debe observarse jurídicamente el rol de este sujeto procesal y regularse las atribuciones y facultades que le corresponden en cada una de sus actuaciones, siendo necesario que se elabore un protocolo que contenga las directrices que permitan la unificación de los criterios de todos los fiscales respecto de la utilización del principio en estudio, que deben formar parte de las políticas públicas y de la legislación penal de cada Estado a fin de garantizar el cumplimiento de los principios del debido proceso, los derechos humanos y las garantías de la víctima y del victimario.

GÓMEZ expresa que el fiscal, en el ejercicio de sus funciones, debe realizar una serie de actos procesales tales como: receptar denuncias, acordar la práctica de diligencias para el esclarecimiento de los hechos que han sido denunciados por parte del ofendido y en atención a los resultados alcanzados decidir su archivo o remisión a la autoridad judicial competente; diligencias que gozan de la presunción de autenticidad y que han de ser ejecutadas sobre la base de los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa, siendo un procedimiento preprocesal, de modo que por su propia naturaleza no pueden afectar derechos fundamentales de las partes intervinientes en el proceso⁴⁰⁵.

En esencia, el fiscal tiene una serie de atribuciones que nacen de las normas jurídicas vigentes en un país determinado, pero que en lo medular se refieren a que le corresponde intervenir en la etapa preprocesal, en las diferentes etapas del proceso penal y en la impugnación, en aras de obtener los necesarios elementos de convicción y, en la etapa de juicio, las pruebas que permitan el esclarecimiento de un hecho delictivo que sea de aquellos del ejercicio público de la acción, teniendo presente siempre los principios de objetividad y mínima intervención penal, pero todas sus intervenciones deben darse en estricto cumplimiento del debido proceso para que tengan validez y eficacia jurídica.

Dentro de la legislación española, al decir de GIL CREMADES, "...los constituyentes atribuyeron la regulación del estatuto orgánico del Ministerio

⁴⁰⁵ GÓMEZ COLOMER, Juan, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei, Castellón- España, 2007, p. 316.

Fiscal, la ardua tarea de concretar un modelo constitucional complejo en el que, en cualquier caso, deben coexistir la dependencia jerárquica, la unidad de actuación y la imparcialidad de cada fiscal para la defensa objetiva de la legalidad”⁴⁰⁶. En realidad, el fiscal es parte de una institución pública y la investigación en materia penal es única, razón más que suficiente para que coexista la dependencia jerárquica como afirma GIL, ya que solo esta unidad de actuación y de imparcialidad, le permite al fiscal actuar apegado a Derecho en cada una de las causas en las que interviene.

Por su parte, ARROYO expresa que la configuración del principio de objetividad puede y debe tener un efecto en el ámbito de la función pública, así como en aquellos sectores donde están en juego intereses generales, ya sea de forma directa o indirecta⁴⁰⁷. Dentro de esta misma línea, MAGIDE indica que: “La virtualidad del mandato de objetividad va más allá, e impone a la Administración una determinada manera de obrar en la propia fijación (en el margen que le atribuyan la Constitución y las leyes) del interés general, caracterizada por la ausencia de arbitrariedad, por la justificación de su actuación en razones objetivas y públicas (...). La idea del principio de objetividad que se ha defendido permite que un determinado interés social se imponga a otro mediante razones objetivables, mediante argumentos públicamente justificables, en el proceso de definición del interés general, pero excluye claramente el favorecimiento meramente voluntarista de una determinada facción o de determinados individuos”⁴⁰⁸.

En ese mismo orden de ideas y a criterio del autor de esta investigación, el principio de objetividad consiste en que el fiscal debe actuar en la investigación preprocesal, procesal penal y en la impugnación, de manera transparente, orientando su intervención a la búsqueda de la verdad material o procesal, sobre la base de los elementos de convicción de cargo y de descargo, respecto del sospechoso o procesado, es decir que solo la integralidad de su investigación, le garantiza el fiel cumplimiento de su función que nace de la normativa jurídico penal.

En tal virtud, la actuación del fiscal en la investigación –en cualquier fase- se basa exclusivamente en el interés social y general, porque efectivamente

⁴⁰⁶ GIL CREMADES, Rafael, *La imparcialidad en la función pública*, Colección ScientiaIuridica, 1ª edición, Reus S.A., Madrid, 2008, p. 48.

⁴⁰⁷ ARROYO YANES, Luis, *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 148-149.

⁴⁰⁸ MAGIDE HERRERO, Mariano, *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, Ministerio de Administraciones Públicas, Colección Estudios, Madrid, 2000, pp. 124-125.

representa a la sociedad; interés social que le obliga a apartarse de posibles arbitrariedades que pudiera cometer cuando la investigación es inapropiada o sesgada, ya que podría generar la imposición de una pena a un inocente o la impunidad de personas que efectivamente cometieron una infracción. Arbitrariedades que demeritan la actuación de este funcionario y generaran injusticia, todo ello en desmedro de la paz y el orden social.

En la legislación española, el Ministerio Fiscal se configura como un órgano constitucional del Estado, instaurado para el fiel cumplimiento de la justicia, investido de autonomía funcional en el ámbito del poder judicial, cuya misión es defender la integridad democrática y promover los intereses públicos y sociales, así como la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos y velar por la independencia de los tribunales, con apego a los principios de legalidad e imparcialidad, para ello requiere de una interpretación adecuada de la ley, en aras de que sus actuaciones sean congruentes en todos los casos, con la finalidad de que la ciudadanía observe un trabajo equitativo en los procesos judiciales y, de esta forma, se les proporcione seguridad, justicia e informando a la máxima autoridad sobre sus actuaciones y de los hechos que por su importancia y trascendencia deban ser puestos a su conocimiento⁴⁰⁹.

En este contexto, la FGE es una institución que interviene a través de sus fiscales en la investigación preprocesal y procesal, de los delitos del ejercicio público de la acción, que goza de autonomía de los otros operadores de justicia, particularmente de los jueces que tienen jurisdicción y competencia en materia penal, por lo que sus facultades o atribuciones las debe ejercer con probidad en el ejercicio de su función, con total apego a las normas jurídicas vigentes y en la búsqueda siempre de que sus actuaciones sean coherentes y, fundamentalmente, uniformes a fin de dar cumplimiento al principio de igualdad, es decir, un tratamiento con igualdad de condiciones para todos los justiciables y que cuando los casos sean llevados ante los jueces, mantengan la acusación en contra de los procesados, pero de no existir mérito para ello se abstengan de acusarles o en los casos de delitos menores tengan presente la figura jurídico-procesal del principio de oportunidad, promoviendo su materialización cuando la ley les faculte.

La FGE tiene la misión del esclarecimiento de los hechos punibles y encontrar la verdad material o la verdad procesal, de aquí la importancia de su actuación y de su función investigativa, en la cual debe encargarse no solamente de recabar

⁴⁰⁹ Vid. GRANADOS PÉREZ, Carlos, *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Interior, Imprenta Oficial del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, pp. 28, 30 y 38.

los elementos de convicción para establecer la existencia de la infracción y la participación del procesado, sino aquellos relacionados con las circunstancias eximentes de responsabilidad, atenuantes, agravantes, no constitutivas ni modificatorias de la infracción, sobre la base del principio de objetividad⁴¹⁰, es decir, que sus actuaciones deben ser imparciales en relación con la víctima y el sospechoso o procesado, en cada una de las investigaciones.

Es menester hacer referencia de manera concreta a lo que significa la investigación realizada por el fiscal sobre la base del principio de objetividad, donde se ponen de manifiesto el hecho delictivo y los elementos de convicción de cargo y de descargo respecto del procesado, a fin de que se descubra la verdad de lo ocurrido, llevando ante los jueces los casos que realmente tienen visos de prosperar y obtener una sentencia condenatoria, sin forzar a la convicción de los juzgadores, para no caer en el error judicial, que se puede verificar cuando existe una sentencia condenatoria ejecutoriada, pero que haciendo uso del recurso de revisión, se revoque la sentencia y se ratifique el estado de inocencia del procesado, lo cual trae como consecuencia el pago de los daños y perjuicios ocasionados al revisionista, que les corresponde cumplirlos a todos los jueces que intervinieron en las diferentes instancias, incluidos los jueces que conocieron y resolvieron el recurso de casación, de ser el caso.

En este punto es necesario hacer hincapié en lo que constituye la extinción de la responsabilidad penal, que presupone la comisión de un hecho típico, antijurídico y culpable, en el que no concurre ninguna causa de exclusión de la punibilidad⁴¹¹. Por tanto, deviene imprescindible que se tomen en cuenta varias posibilidades jurídicas respecto del sentenciado, siendo la principal el cumplimiento de la pena, o su extinción por causas legales, sin que en ningún caso se pueda extinguir la culpabilidad de un infractor; razón por la cual, una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, lo que procede es el cumplimiento de la pena impuesta por parte del juzgador competente.

Al no existir causa de exclusión de la responsabilidad, el sentenciado deberá cumplir la pena en cualquiera de sus formas, sin embargo, podrían presentarse otras circunstancias a las cuales podría acceder para que proceda al menos la extinción de la pena, por ejemplo si posteriormente queda extinguido el delito o la pena, ya sea mediante el indulto, la amnistía, la prescripción de la acción o de la pena, o una vez sentenciado y ejecutoriada el fallo podrá interponer recurso

⁴¹⁰Cfr. Artículo 5. 21 del COIP.

⁴¹¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal...*, cit., p. 754.

de revisión, para que presentando pruebas nuevas, un tribunal de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la CNJE, de haberse probado los errores de hecho en la sentencia impugnada, se ratifique el estado de inocencia del sentenciado, lo cual realmente constituye un error judicial como dispone el art. 11.9 de la CRE.

Es indispensable que el fiscal, al tener un alto grado de pertinencia a la FGE, cumpla con su función en el esclarecimiento de los hechos criminales, para evitar la impunidad de los ilícitos, en cuya virtud debe coordinar sus actuaciones con la Policía Nacional, a través de las diferentes ramas especializadas; institución del orden público que debe estar presta y al auxilio del proceso investigativo, dotando de todos los mecanismos y técnicas para lograr los objetivos propuestos por el titular del ejercicio público de la acción penal.

En esta labor de investigación y esclarecimiento de los hechos delictivos, el fiscal está en la obligación de utilizar los mejores esfuerzos y métodos aplicables a cada caso concreto, priorizando respecto de las infracciones más graves, las cuales deben ponerse en conocimiento y resolución de los jueces y tribunales competentes, mientras que los delitos de bagatela y que no tienen trascendencia social ni pública, se resuelvan a través del principio de oportunidad en pos de evitar que ciertos hechos delictivos se queden en la impunidad, pero para ello es indispensable que el fiscal actúe con responsabilidad y con observancia del principio de objetividad, por cuanto su función no es únicamente acusar al procesado, sino velar por el descubrimiento de la verdad procesal, valiéndose de las herramientas jurídicas que le confieren los convenios internacionales de derechos humanos, la CRE y las demás leyes.

2.2 Rol del sospechoso o procesado en la aplicación del principio de oportunidad

El principio de oportunidad puede ser aplicado al imputado en aquellos casos en que hubiese delinquirido por primera vez, con la ejecución de ciertos requisitos individuales, cuando no tenga antecedentes penales, para que de este modo no pueda proseguirse con el ejercicio de la acción penal. Se trata de una construcción teórica que ha de encontrar apoyatura en la legislación, principalmente porque busca contrarrestar los efectos criminógenos del proceso y de las penas, comprendidos dentro de los mismos procedimientos y requisitos establecidos en la ley penal, para acordar la suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad, y que sirve de base para autorizar el no ejercicio de

la acción penal y, por otro lado, sancionar la reincidencia en el cometimiento de un hecho ilícito, puesto que solo los delincuentes primarios podrían haberse beneficiado de la aplicación de este principio⁴¹². Siguiendo este criterio, DE LA ROSA ratifica que: “También debiera evitarse utilizar el principio de oportunidad respecto de personas que hubieran incurrido con anterioridad en comportamientos delictivos”⁴¹³.

El autor de esta investigación comparte estas posturas respecto de la utilización del principio de oportunidad, siempre que el procesado haya delinquirido por primera vez, es decir, que no sea reincidente, pero disiente en cuanto a que el sospechoso o procesado no debe tener antecedentes penales para que proceda la aplicación del principio de oportunidad, pues dicha afirmación es violatoria a sus derechos fundamentales, ya que los antecedentes penales pueden existir en un archivo físico o digital de la Fiscalía o de la Policía Nacional, pero eso no significa que las denuncias presentadas en su contra sean efectivamente sobre hechos que fueron cometidos o únicamente que constituyen noticias del delito forjadas o presentadas de manera dolosa y que la intención era solo ocasionarle daño, por lo que desde el punto de vista jurídico, es necesario que esos antecedentes penales se encuentren probados, para que sean considerados en contra del sospechoso o procesado que se pretende beneficiar del principio de oportunidad.

Lo expresado anteriormente lleva a la conclusión de que, efectivamente, se viola el derecho del sospechoso o procesado en lo relativo a la presunción de inocencia, garantizada por los convenios internacionales de derechos humanos y las normas constitucionales y legales vigentes en un país determinado, ya que de no existir una sentencia condenatoria ejecutoriada con la cual se demuestre su responsabilidad, los referidos antecedentes penales no surten ningún efecto jurídico y, en consecuencia, el juzgador en aplicación estricta del principio de igualdad, deberá hacer uso del principio de oportunidad en la solución de un caso específico, siempre que esté enmarcado en una causal determinada en la ley y se cumpla con el control judicial.

Por otra parte, GONZALEZ menciona -como ejemplo a imitar- que: “El sistema jurídico anglosajón, por el contrario, implantó el principio de

⁴¹² Vid. ALMEIDA SILVA, Kédyma, *La incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal: un análisis de la política criminal*, Tesis Doctoral, Getafe, 2008, p. 393.

⁴¹³ DE LA ROSA CORTINA, José, “Oralidad, justicia alternativa y el Ministerio Público español”, en AA.VV., *Jornadas Iberoamericanas. Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*, segunda edición, México D. F, 2008, p. 295.

oportunidad, que consiste en la disposición de la acción penal al criterio del ente estatal al que se encomienda la persecución penal, teniendo en cuenta el mejor interés de la justicia y la utilidad o conveniencia del ejercicio de la acción. Puede citarse como ejemplo el sistema procesal penal estadounidense, donde el fiscal puede elevar la acción o abstenerse de hacerlo, cuando hay gran probabilidad de que el acusado ha cometido un delito, e incluso puede negociar con él su pena, sin sujeción a limitaciones (*plea bargaining*), y el juez solo decide sobre los términos de la negociación. Adicionalmente, el imputado puede declararse culpable (*guilty plea*) para evitar ser juzgado por un jurado y ser condenado por un hecho más grave o por una pena mayor⁴¹⁴.

En la Administración de Justicia penal, deviene imprescindible que el fiscal luego de hacer su investigación inicial, lleve el caso ante los jueces competentes, donde de tener las pruebas relacionadas con la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, toma la decisión de mantener la acusación a fin de que los juzgadores dicten la sentencia que amerite cada caso, en cuyo accionar del fiscal y del juzgador nadie puede interferir, considerando que gozan de total independencia.

Por lo expuesto, si el fiscal no está en condiciones procesales y probatorias de mantener la acusación, puede negociar la pena a fin de que el juez decida sobre lo acordado de manera libre y voluntaria, respetando la voluntad del procesado quien puede aceptar la responsabilidad y solicitar que mediante la utilización de un mecanismo procesal adecuado se le rebaje la pena y, de esa forma, recibir un beneficio que se limita a la atenuación de la sanción que se le imponga, pero que esta realidad procesal corresponde al procedimiento abreviado.

En el caso de aplicarse el principio de oportunidad, el sospechoso o procesado quedará libre de un proceso penal y, por ende, de la pena; en cuyo caso no resulta necesario que admita su culpabilidad, sino que el juez -a petición del fiscal- actúe sobre la base de la ley procesal penal, donde constan las causales de su procedencia y el procedimiento legal que debe seguirse, siendo su consecuencia la extinción de la acción.

Cuando el fiscal decide pedirle al juez que aplique el principio de oportunidad, a fin de que se declare extinguida la acción, por encontrarse el caso *sub lite* comprendido dentro de las causales que se encuentran señaladas en la ley procesal penal, el sospechoso o procesado tiene un rol muy significativo, así -por ejemplo- de estar afectado en su integridad física como consecuencia de la

⁴¹⁴ GONZALEZ NAVARRO, Antonio, *Sistema de juzgamiento...*, cit., p. 233.

comisión de un delito culposo, debe darle las facilidades al perito médico legista a fin de que le practique una valoración médica y, de manera científica, informe sobre su estado de salud, que de determinarse un daño físico grave en su humanidad, cumpliría el primer requisito para la procedencia del principio de oportunidad, pero si se niega a practicarse el examen médico legal o rehúye a lo ordenado por el fiscal, la consecuencia será negativa para el sujeto activo de la infracción, porque el caso seguiría su curso normal a través de un procedimiento ordinario o cualquier otro especial, que tendrá como consecuencia una sentencia y, de ser condenatoria, afectaría al derecho de libertad del procesado.

Por lo tanto, el rol del sospechoso o procesado en el uso del principio de oportunidad en el caso anteriormente, planteado es contrario a sus intereses, por lo que siempre debe tener la voluntad de colaborar para que sea beneficiario de su aplicación, lo cual tiene un significado jurídico que se cristaliza en la extinción de la acción penal y la no imposición de una pena al infractor.

Además, el rol que tiene el sospechoso o procesado está asociado al cumplimiento de los principios de buena fe y lealtad procesal, por lo que en el caso de aplicarse el principio de oportunidad para solucionar su litigio de carácter penal debe colaborar con el fiscal para justificar el ajuste a la causal respectiva que se encuentra regulada en la ley procesal, a fin de alcanzar su anuencia a través de dicho operador de justicia, como encargado de solicitarle al juez que aplique esta herramienta jurídica para solucionar el problema en el cual está implicado el sujeto activo de la infracción. Todo ello con la intervención directa del titular del ejercicio público de la acción, pues el fiscal también se encuentra interesado en solucionar el conflicto mediante el uso de este principio, en tanto le permite descargarse de un proceso de manera rápida; y respecto del procesado, porque de estar privado de su libertad la recupera de manera inmediata, con el añadido a su favor de que en su contra no se dictará una sentencia, ya que el juez al aceptar la aplicación del referido principio, ordena la extinción de la acción, aunque subsiste el deber moral de enmendar en su conciencia sobre la conducta respetuosa que guardará en el futuro frente a los demás ciudadanos y la obligación jurídica de proporcionar una reparación integral a la víctima.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la Recomendación N° R (87) 18, ofrece ciertas pautas para ejercer el principio de oportunidad, expresando que la autoridad competente debe acogerse a la normativa del Derecho nacional, con observancia de los principios de igualdad de todos ante la ley y el de

individualización de la justicia penal, principalmente tomando en cuenta: la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción; la personalidad del denunciado; la condena que pudiera imponerse; los efectos de la sanción en el procesado; y, la situación de la víctima. Además, agrega que el archivo de las actuaciones por oportunidad podrá darse acompañado de una advertencia, represión o amonestación, pudiendo ser el infractor sometido a determinadas condiciones que deben ser cumplidas, como reglas de conducta, el pago de una cantidad de dinero, la indemnización a la víctima y su puesta a prueba. Procedimiento que será eminentemente voluntario con el consentimiento del procesado, cuando se prevea el archivo bajo condición y, por lo tanto, es ineludible establecer normas que aseguren que el infractor se acogió a este principio de manera libre, voluntaria y sin ningún tipo de coacción.

Las pautas a que hace referencia el Comité de Ministros del Consejo de Europa tienen un significado muy profundo respecto de lo que realmente se debe tomar en cuenta para que proceda el principio de oportunidad. Se trata de elementos que engloban el delito, la personalidad del sujeto activo y la pena que cabría y lo que implica la misma para el procesado, así como la situación personal de la víctima, siendo digno de destacar que cabe una advertencia o el cumplimiento de ciertas condiciones que van orientadas específicamente al infractor, pero que ninguna autoridad le puede imponer, sino será por simple decisión y voluntad de este sujeto procesal, siendo el objetivo primordial su concientización frente al hecho delictivo y el daño que ocasiona a la víctima y a la sociedad.

Sin embargo, algunos expertos en el tema, como VÁSQUEZ, aluden a que: “La suspensión del ejercicio de la acción penal, cuando se trate de hechos producto de la delincuencia organizada o de la criminalidad violenta y el imputado colabore eficazmente con la investigación, aporte información esencial para evitar que continúe el delito o se realicen otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos, o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la pena que corresponda al hecho punible, cuya persecución se suspende, sea menor que la de aquellos cuya persecución facilita o cuya continuación evita”⁴¹⁵.

Criterio que se comparte en cuanto a que el principio de oportunidad es factible cuando el infractor colabora en el esclarecimiento del hecho, pero no se puede aceptar que con el pretexto de aplicar esta figura jurídica, el procesado

⁴¹⁵ VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Magaly, *Derecho Procesal Penal...*, cit., p. 60.

tenga que colaborar para descubrir otros delitos e imputar a otras personas, pues ello afecta el debido proceso y, por ende, los derechos y garantías fundamentales del procesado, pues se considera que la procedencia de este principio parte de la aceptación por el juzgador a petición del fiscal, sin ninguna condición y de existir alguna, ésta tiene que dimanar de la voluntad intrínseca del infractor; en caso contrario carecería de valor jurídico.

La indemnización que realiza el infractor como mecanismo de compensación a la víctima por haber cometido un hecho ilícito en contra de ella, según FERREIRO lo convierte en responsable civil, expresando que dentro de la normativa penal española, es aquella persona contra la cual se dirige la acción civil dentro del proceso penal, de modo que es quien debe restituir la cosa, la reparación del daño y el pago de perjuicios⁴¹⁶.

Es decir, si el fiscal y el juez deciden aplicar el principio de oportunidad, a pesar de archivarse el proceso porque se declara extinguida la acción penal, el sospechoso o procesado tiene una obligación de trascendencia, como es la reparación integral a la víctima, que a criterio del autor de esta investigación no debe dejarse únicamente la posibilidad para que se haga valer ese derecho en cuerda separada o momento posterior mediante el uso de una acción de carácter civil, sino que en el mismo instante en que se resuelve aplicar el principio de oportunidad, el juzgador debe cuantificar el daño material e inmaterial ocasionado a la víctima, como consecuencia de la comisión del delito y el sujeto activo de la infracción pague en ese mismo instante o en un plazo determinado judicialmente. De manera que se erige en obligación del juzgador dicho pronunciamiento y en condición determinante para el infractor, pagar o comprometerse a cumplir con la obligación de la reparación integral a quien sufre el gravamen como consecuencia del delito o a pedir disculpas públicas, según sea la clase de la infracción.

Por lo anteriormente analizado, se llega a concluir que el sospechoso o procesado, beneficiario del principio de oportunidad, goza de todos los derechos y garantías que se encuentran consagrados en la legislación nacional e internacional, así como del cumplimiento del debido proceso por parte de los operadores de justicia que intervienen en el procedimiento que cristaliza esta herramienta jurídica de carácter procesal. Pero no se puede olvidar, que así como tiene una serie de derechos, también el infractor tiene obligaciones para con la

⁴¹⁶ FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé, "Las partes en el proceso penal, II", en AA.VV., *Derecho Procesal Penal*, Tercera edición, Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, p. 171.

víctima y la sociedad, tales como la reparación integral y el hecho de mejorar su comportamiento, en vista de lo cual ha de abstenerse en el futuro de la comisión de otros delitos y convertirse en un ser humano ejemplar para los demás.

URBANO, al referirse a los derechos del imputado, considera que es algo contradictorio que se verifique ese fin superior del proceso penal, en una actuación en la que se renuncia al ejercicio de una acción penal, en la que al inicio no se van a producir consecuencias punitivas en su contra. En tal sentido, la situación más sensible se presenta cuando se aplica el principio de oportunidad ante la colaboración del imputado con la justicia para delatar a terceros o cuando en el curso de una negociación con el fiscal, acepta la imputación de unas conductas punibles bajo la oferta de aplicar dicho principio respecto de otras conductas diferentes⁴¹⁷.

El autor no comparte lo expresado por este tratadista, respecto de que el imputado debe delatar a terceros o aceptar otros hechos imputables que se le atribuyan, para que sea factible la aplicación del principio de oportunidad en beneficio del procesado, ya que al regularlo de manera global se incluyen dos factores o elementos relacionados con el hecho de delatar a otros participantes en la comisión del delito y la aceptación de haber actuado en la comisión de otros delitos por parte del sujeto activo; ambos aspectos son violatorios de sus derechos fundamentales y, consecuentemente, carecerían de valor jurídico, si esa fuese la actuación de los operadores de justicia que buscan la materialización del principio de oportunidad, ya que se estaría ante una situación de vulneración flagrante del principio de no autoincriminación del sospechoso o procesado, lo cual no es aceptable en ningún procedimiento judicial.

Se trata de que el procesado al ser partícipe de la aplicación del principio de oportunidad, tiene varios beneficios, iniciando por su libertad, la cual constituye uno de los bienes más preciados de todo ser humano y que no tiene comparación con ningún monto económico, que de ser el caso tenga que satisfacer como reparación integral. El ingreso a una cárcel deja siempre secuelas, muchas veces insuperables en los presos y esa realidad no puede ser ignorada, pues en vez de ayudar a su rehabilitación y reinserción en la sociedad, generan resentimientos sociales, revanchas y hasta empeoramiento de la conducta, lo que agrava la criminalidad en lugar de superarla.

No es una novedad que el sistema penitenciario en el mundo y, sobre todo, en América Latina, se ve materialmente imposibilitado de cumplir con los fines y

⁴¹⁷ URBANO MARTÍNEZ, José, *Derecho Penal...*, cit., pp. 123-124.

anhelos de la sociedad, los cuales pueden ser sintetizados en que los operadores de justicia utilicen el Derecho Penal como de *última ratio*, que se evite poner penas privativas de libertad en delitos menores y que cuando sea necesaria la imposición de esta clase de sanciones, el sentenciado tenga la posibilidad de lograr una rehabilitación integral, para que su reinserción a la sociedad sea positiva.

Por su parte, RODRIGUEZ GARCIA -refiriéndose a los derechos fundamentales que tiene el procesado- señala el derecho a guardar silencio, a no confesarse culpable, a la presunción de inocencia y a utilizar los medios de prueba pertinentes, todos los cuales constituyen elementos esenciales del debido proceso. Sin perjuicio de la puntual dimensión subjetiva de los derechos indicados anteriormente, en ellos reside también un interés público, a través del cual se abandona parcialmente el riguroso cumplimiento de la legalidad y se propugna la rebaja de la gravedad de la pretensión punitiva⁴¹⁸.

Ante estas afirmaciones, deviene importante analizar si es trascendental o no la aceptación de culpabilidad por parte del procesado; pues, cuando el fiscal decide llevarle el caso concreto al juez para que se aplique el principio de oportunidad, no constituye un requisito de orden legal, la aceptación de la culpabilidad, por cuanto lo único que se requiere es que el presupuesto fáctico sea de aquellos que se encuentre regulado por la ley procesal penal, ya que de exigirse el referido requisito, se violaría el principio de no incriminación del procesado, ya que resulta un principio constitucional que nadie está obligado a declarar en su contra⁴¹⁹, lo cual, también, encuentra reflejo expreso en el COIP bajo el rubro del principio de prohibición de autoincriminación⁴²⁰, conceptualizado en el marco internacional como una garantía judicial⁴²¹.

A dicho tenor, conviene precisar que los criterios de oportunidad no implican la autoincriminación por parte del procesado, ni la renuncia a su derecho de defensa, enfatizando que no exista coacción en su contra y que ha de primar la funcionalidad en la aplicación del principio de oportunidad, lo que elimina la concepción errónea de autoincriminación como presupuesto y garantiza sus derechos en el proceso, visualizándose al proceso penal como un conjunto de actuaciones articuladas entre sí que procuran la mejor solución a la variedad de

⁴¹⁸ RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolás, *Justicia Negociada...*, cit., p. 3.

⁴¹⁹ Cfr. Artículo 77 de la CRE.

⁴²⁰ Cfr. Artículo 5. 8 del COIP.

⁴²¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, art. 8. 2. g.

conflictos penales que puedan presentarse en la esfera social. Válida la aclaración de que todo el procedimiento legal que se sigue para aplicar este principio, cuenta con la actuación directora del juez, quien controla las actuaciones de las partes y, fundamentalmente, el cumplimiento del debido proceso.

MAIER, dentro de la doctrina argentina, respecto al derecho de defensa señala que: “En nuestro derecho procesal penal es clásico referirse al *imputado* para dar a conocer su derecho a designar defensor (*defensa técnica*) desde el primer momento de la persecución penal seguida en su contra, el comienzo de su derecho a ser oído (presentación espontánea) y la posibilidad de inhibir la persecución penal desde su iniciación mediante excepciones; también resulta clásico referirse al procesado para indicar el comienzo de su derecho a controvertir el fundamento de la sospecha que lo señaló como autor de un hecho punible (...), se nombra al *acusado* cuando se desea indicar el perfeccionamiento del derecho a defenderse, esto es, el que, como la palabra resaltada lo indica, transcurre en forma oral, ante los jueces que habrán de decidir y frente a su acusador”⁴²².

De este modo, la obligación del defensor -ya sea elegido por el procesado o de oficio por parte del juzgador- está ligada al infractor por un deber de lealtad, al evitar que se perjudique a quien le ha confiado su defensa. El derecho de defensa del sujeto activo del delito, nace desde el momento en que se le atribuye la comisión de una infracción penal; razón por la cual tiene la atribución de elegir a un abogado de su confianza para que asuma la defensa de manera técnica, responsable y con un alto grado de lealtad por cuanto pone en su conocimiento todos los aspectos y hechos a fin de que el defensor técnico tenga la certeza de lo sucedido⁴²³, sobre la base de lo cual tiene la obligación de planificar la defensa en beneficio de su cliente.

Conforme lo analizado es preciso manifestar que, no siendo posible jurídicamente que el procesado se quede en indefensión, resulta entonces que de esta situación personal especial, germina la necesidad imperiosa y obligatoria de otorgarle un abogado de oficio por parte del juzgador, al cual según la legislación ecuatoriana se le denomina como defensor público, quien tiene la

⁴²² MAIER, Julio J.B., *Derecho procesal penal, Tomo II*, 1º edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 196.

⁴²³ Mucho se comenta en torno a que el vínculo entre el imputado y su abogado se parece al que se establece entre un sacerdote y sus fieles, en el sentido de la confianza y discreción que han de prevalecer en esa relación, lo que ha traído no pocos cuestionamientos cuando se trata de bienes jurídicos de marcada importancia social y cuando se alude a los principios de lealtad y probidad a observar en el proceso.

misma función que el abogado particular que es, en resumen, la de velar por la plena vigencia de los derechos y garantías que le asisten a su protegido y no podrá excusarse de su labor de salvaguarda de dicha persona –salvo acusadas razones de índole subjetiva-; siempre en el entendido de que para asumir su defensa debe ser legalmente notificado y que puede, además, ser reemplazado cuando demuestre falta de probidad, tal y como disponen los artículos 451 y 452 del COIP.

Por otra parte, FERREIRO, al ofrecer un concepto de acusado, afirma que: “El acusado o parte acusada es aquélla contra la cual se deduce la pretensión penal en el juicio. Se le puede considerar la parte principal del proceso penal, en el sentido de que éste se dirige a enjuiciar su conducta, y a discernir si procede su condena o absolución”⁴²⁴. En verdad, el procesado constituye parte esencial o protagonista en el proceso penal, porque efectivamente se investiga su conducta y, de encontrarle responsable, el juzgador dicta sentencia condenatoria, mientras que en caso contrario se le ratifica el estado de inocencia; pero, en todo el trámite –tanto en la investigación previa, como en las etapas procesales y la impugnación- se deben respetar sus derechos fundamentales que nacen del marco jurídico vigente en un país determinado.

En la misma línea de pensamiento, PEREZ-CRUZ asevera que en la legislación española se prevén los siguientes derechos respecto del imputado: acceso a un tribunal; a la asistencia de un abogado; a conocer los cargos; a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial; a la presunción de inocencia; a la presencia física en el juicio; a un juicio público; a la igualdad de armas; a la prueba; a la asistencia gratuita de un intérprete; a los recursos; y, a un proceso sin dilaciones indebidas⁴²⁵.

El autor de esta investigación comparte la sabiduría y concreción anterior, por cuanto efectivamente el sospechoso o procesado goza de los derechos a los que hace referencia, pero es necesario puntualizar que no son todos los que le asisten al victimario, pues –en criterio propio- existen otros de idéntica o mayor relevancia como el derecho a transitar libremente, a que se le lean los derechos fundamentales en el momento en que se le ha privado de su libertad, a no permanecer incomunicado, a acogerse al derecho a guardar silencio, a no ser forzado a declarar en contra de sí mismo, a que no se le empeore su situación

⁴²⁴ FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé, “*Las partes en el proceso penal, II*” ..., cit., p. 156.

⁴²⁵ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín, “El tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en AA.VV., *Derecho Procesal Penal*, Tercera edición, Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, pp. 1175-1183.

jurídica cuando es el único recurrente⁴²⁶ y, como algo de gran trascendencia en la investigación o en el proceso, penal, el derecho a la última palabra, por ser considerado la parte más vulnerable del conflicto jurídico penal.

Asimismo, FERREIRO -al hacer referencia a los derechos y obligaciones del imputado en la legislación española- señala: que tiene derecho a una tutela judicial efectiva en el proceso penal, ejerciéndose principalmente el derecho a la presunción de inocencia, derivándose de aquí directamente los principios *favor libertatis e in dubio pro reo*; a la defensa, que tiene como finalidad servir de guía para explicar la actuación del imputado y las facultades que se le conceden dentro del proceso; a ser informado de la acusación propuesta en su contra, posibilitando de este modo su eficaz defensa; a guardar silencio y a declarar únicamente ante el juez, a no deponer contra sí mismo, a no confesarse culpable; derecho a un juez ordinario y predeterminado por la ley⁴²⁷, a un proceso público, sin dilaciones y con todas las garantías o dentro de la legislación ordinaria y el derecho a no ser privado de la libertad sin haber intervenido en un procedimiento legal⁴²⁸, a ser informado de sus derechos y de las causas de su

⁴²⁶ La *non reformatio in peius*, conocida también como prohibición de la *reforma peyorativa*, es aquel principio en virtud del cual resulta imposible que el órgano encargado de conocer el asunto en vía de recurso pueda alterar los límites objetivos y subjetivos que han sido trazados por el recurrente y con ello agravar la situación procesal que quedó fijada por la sentencia de instancia, salvo en aquellos casos en que ambas partes hayan recurrido, en cuyo caso el tribunal *ad quem* tendría plena libertad para moverse. Está encaminado a lograr que las partes se sientan seguras al momento de interponer el recurso, sabiendo que dicha actuación no implicará en ningún caso un empeoramiento de su situación en el proceso, pues el tribunal *ad quem* no podría sobrepasar el límite que ha sido fijado por la resolución combatida, proporcionando lo que gráficamente se ha denominado como *tranquilidad para recurrir*. Este principio posee una extraordinaria fuerza persuasiva en los ordenamientos, toda vez que su inclusión hace que prevalezca por sobre otros igualmente preponderantes, lo que justifica que un tribunal superior que detecte determinadas violaciones en la aplicación de la ley, tanto sustantiva como procesal, no podría corregirlas si al hacerlo perjudica los intereses de quien interpuso el recurso, en lo que se podría visualizar una vulneración del principio general de legalidad.

⁴²⁷ El principio de Derecho Judicial Orgánico conocido como juez natural y predeterminado presupone el cumplimiento de requisitos tales como: que el órgano jurisdiccional que ha de conocer de un asunto determinado ha de preexistir al mismo, su competencia ha de estar previamente delimitada y que haya sido elegido o designado según procedimiento legalmente establecido.

⁴²⁸ CADH, art. 7: "Derecho a la Libertad Personal: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de

detención, a dar a conocer de su privación de libertad a un familiar y a la asistencia gratuita de un intérprete en caso de que el infractor sea extranjero⁴²⁹.

Efectivamente, el procesado goza de los derechos y garantías que emergen de los convenios internacionales de derechos humanos, de las normas constitucionales y legales especiales, de la jurisprudencia que emana del máximo organismo de la administración de justicia ordinaria, de las Cortes o Tribunales Constitucionales, de la CIDH y de la Corte Penal Internacional de la Haya, así como de las recomendaciones de los organismos internacionales, que si bien es cierto que no tienen fuerza vinculante, constituyen parámetros que deben ser tomados en cuenta por los operadores de justicia en el momento de investigar y decidir sobre cada caso *sub lite* puesto a su consideración.

Pues, en cada uno de los procedimientos judiciales, entre los que se puede mencionar al principio de oportunidad, se deben proteger los derechos del procesado, no solo porque es la parte vulnerable del proceso penal, sino porque son propios del ser humano, en especial cuando los operadores de justicia van a decidir sobre su conducta y, en consecuencia, respecto de su libertad individual.

Entre los derechos fundamentales que tiene el sospechoso o procesado, es preciso hacer referencia a que goza del derecho a la igualdad procesal, a una tutela judicial efectiva, a una información oportuna, a que se respete su integridad física y psíquica, a ser procesado por un juez o tribunal imparcial e independiente, derecho a guardar silencio, derecho de defensa en el desarrollo de todo el proceso, a ser asistido por un abogado de su elección o un defensor público, a presentar en forma verbal o escrita los argumentos de los cuales se crea asistido y replicar los de las otras partes procesales, a presumir de su inocencia mientras no se demuestre lo contrario, a que se garantice su libertad individual, ya que la prisión preventiva como medida cautelar de carácter personal, es excepcional, a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, derecho a no ser incomunicado, a rendir su declaración o su versión en presencia de un abogado y, de manera general, al derecho a la seguridad jurídica, es decir, que el juzgador y los demás intervinientes, tienen la obligación de respetar la

que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”.

⁴²⁹ FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé, “Las partes en el proceso penal, II” ..., cit., pp. 161-163.

Constitución y las demás normas jurídicas que se encuentran en vigor, las cuales deben ser previas, claras y públicas.

Entonces, todos los derechos y garantías indicados anteriormente deben estar presentes al momento de utilizar el principio de oportunidad o cualquier otro procedimiento judicial vigente en materia penal, para de esa forma asegurarle al sospechoso o procesado su plena vigencia; obligación que la tiene fundamentalmente el juzgador como garante y como activista del sistema procesal. De esta forma sucede en Ecuador, donde rige un sistema mixto que se articula -en mayor grado- sobre la base del garantismo y en menor proporción del activismo procesal, lo cual es atribuido al juzgador en materia penal, para alcanzar el respeto del debido proceso y una justicia transparente y al alcance de todos los miembros de la sociedad.

2.3. Rol de la defensa en relación con la aplicación del principio de oportunidad

MIRA ROS, en referencia a la defensa técnica, señala que deviene necesario que: "...toda persona tenga asegurado su derecho a ser asistido por un Letrado. Alcanza, además, la obligación del Estado de velar por el cumplimiento efectivo de esta garantía a través de procurar la intervención de un abogado defensor en determinados y significativos momentos, en los cuales la observación de los principios constitucionales en la realización de actos procesales tornan la defensa técnica en preceptiva"⁴³⁰.

Indudablemente, toda persona que es investigada o procesada tiene derecho a una defensa técnica, sin la cual no se puede practicar ninguna diligencia que le perturbe o pueda afectar sus derechos fundamentales, por lo que se disiente con el citado tratadista, ya que no es únicamente en determinados y significativos momentos, sino desde el instante en que es privado de su libertad y durante todo el íter procedimental que tiene derecho a comunicarse con un abogado de su confianza, por lo que se trata de una garantía ineludible que le asiste a este sujeto procesal.

En este contexto, la conceptualización de defensa no es distinta para el perjudicado y el imputado, pues -en ambos casos- les corresponde la idea de asistencia, asesoramiento y tutela judicial efectiva; sin embargo, ostentan diferencias en cuanto al procedimiento a seguir e inclusive en el nombre, pues algunos estudiosos señalan como derecho de defensa si de imputados se trata y

⁴³⁰ MIRA ROS, Corazón, *Régimen actual de la conformidad*, COLEX, Madrid, 1998, p. 137.

aluden a tutela judicial en el caso de las víctimas. Así, la legislación constitucional española establece que el derecho a la defensa se aplicará a todas las personas, recibiendo asesoramiento jurídico y profesional, sin que en ningún caso se ocasione indefensión⁴³¹.

La defensa técnica, ya sea particular o pública, respecto del sospechoso o procesado debe otorgarle asesoramiento jurídico y propiciar una tutela judicial efectiva, en cualquiera de los procedimientos judiciales que permite la legislación, en los que se incluye la aplicación del principio de oportunidad en delitos menores, desde que es privado de su libertad y hasta la resolución que dicta el de juzgador.

Los demás hechos que no son susceptibles de resolver a través del principio de oportunidad, una vez que se procede a la aprehensión en delito flagrante del sospechoso, siguiéndose el trámite legal correspondiente, queda bajo el conocimiento y responsabilidad de la Policía Nacional, a través de sus ramas especializadas, quienes elaboran los respectivos partes policiales, en los cuales se recogen las noticias de los delitos, donde se informa de manera detallada el ilícito acontecido en contra de la víctima, para concluir la intervención del policía con el hecho de poner a dicho infractor a las órdenes del fiscal y juez competente, a fin de que mediante una audiencia pública y contradictoria, la cual –en el caso de Ecuador- se llevará a cabo dentro de las veinte y cuatro horas siguientes contadas desde el momento de la privación de su libertad⁴³², para que -de manera inmediata- se decida sobre su situación jurídica

En este orden de ideas, es necesario tomar en cuenta que además del parte policial, existen otras noticias del delito, siendo las principales: la denuncia que puede presentar la víctima o cualquier persona que conozca sobre la comisión de un delito del ejercicio público de la acción; el parte informativo que puede ser elaborado por un vigilante de aduana en delitos aduaneros; la orden de una autoridad superior competente; una sentencia ejecutoriada en materia civil o en cualquier otra materia jurídica no penal en los casos de prejudicialidad; y, cualquier noticia de un delito que llegue a conocimiento del fiscal a través de un medio de comunicación social. En estos casos una vez que el fiscal conozca estas noticias del delito, bien puede decidir que en determinados casos, en especial cuando se refieren a delitos de bagatela, se interese la aplicación del principio de

⁴³¹ GOMEZ DE LIAÑO, Fernando, *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal, de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 424.

⁴³² Cfr. Artículo 529 del COIP.

oportunidad, en cuyo trámite el sospechoso tiene el derecho a ser asistido por un abogado de su confianza o un defensor público.

MAIER, con respecto a la defensa técnica, afirma que es básicamente la función que cumple un asesor jurídico dentro del procedimiento, las facultades que la ley le concede y los deberes de quien ejerce esa función, pues bajo esta concepción se trata de explicar la actividad que desempeña el defensor, que es quien asesora al imputado o, en ocasiones, obra por él en sentido defensivo, pero la defensa técnica abarca más allá del mero asesoramiento jurídico, sino es más complejo, pues abarca conocimientos de otras ciencias, artes o técnicas, que a más de las jurídicas, pueden resultar necesarias en el caso concreto⁴³³.

El autor de esta investigación, siguiendo la misma línea, considera que la defensa técnica sea privada o pública, en el procedimiento legal de aplicación del principio de oportunidad, a más de ser ejercida por un especialista en Derecho Penal, dicho profesional tiene la obligación de conocer sobre derechos humanos, el debido proceso y sus principios, las garantías fundamentales que tienen las personas en la legislación interna e internacional, así como también respecto de ciertas ramas científicas que tienen relación con el Derecho, como medicina legal, psicología jurídica, antropología, oratoria forense y otras que son fundamentales

⁴³³ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, Tomo II...*, cit., p.257. "El defensor es imprescindible durante todo el procedimiento y, durante el debate, debe acompañar al imputado con su presencia en todos sus momentos y cualquiera que fuere la situación en la cual aquel enfrenta el debate (en libertad o privado de ella): la persona física que ejerce la defensa técnica puede variar, pero siempre es necesaria la presencia en el procedimiento de, al menos, un defensor". p. 258. "Facultades del defensor (...) a) *Comunicación entre defensor e imputado*. Aunque en la ley no exista una afirmación positiva del derecho –esencial para la defensa– de comunicación entre el imputado y su defensor, este derecho de ambos se desprende, precisamente, de su interdicción excepcional, esto es, de los escasos momentos en los cuales, según la ley, se puede impedir esta comunicación. Nosotros conocemos como incomunicación a la descripción de la facultad de los órganos del Estado que ejercen la persecución penal (policía, fiscal, juez de instrucción) para impedir el contacto y comunicación de un detenido con otra persona, incluido su defensor. (...) Frente a la ausencia de regulación legal y en presencia del principio que garantiza la defensa, se debe entender que la única excepción a la comunicación libre entre el imputado y su defensor reside en las reglas que, excepcionalmente, permiten la *incomunicación*. Por lo demás, es posible fundar la existencia de una *prohibición probatoria* si se pretende incorporar al procedimiento comunicaciones entre el defensor y el imputado, orales o escritas, obtenidas por algún medio (...) b) *Asistencia a actos*. Como un debate sin la presencia continua del defensor durante todos los actos que lo integran no habilita una sentencia válida, invalidez "absoluta" porque interesa a la "asistencia del imputado" prevista en la ley, de modo tal que no es preciso denunciarla previamente (protesta o reposición de alguna decisión), todos los problemas que genera el problema de asistir a actos particulares queda centrado en los actos previos que conforman la investigación preliminar para decidir la realización de un juicio penal o su exclusión (archivo o sobreseimiento). (...) c) *Lectura de actas*. Tan importante como el derecho de asistencia a los actos de la investigación es el derecho del defensor a "examinar el sumario", que no significa otra cosa que su derecho a leer las actas que contienen la descripción de elementos de prueba o a reproducir los registros de otra índole en los que esos actos han quedado registrados. (...)". pp. 268-273.

y complementarias cuando un abogado asume la salvaguardia respecto del sospechoso o procesado. Todo esto apoyado de su experiencia y de los principios y valores éticos, para conseguir una defensa técnica integral eficiente, como exige el sistema acusatorio oral vigente en Ecuador y en varios países del mundo.

Resulta preciso mencionar que desde el momento en que la víctima y el sospechoso son partes pasiva y activa de la infracción, tienen derecho a la asistencia de un abogado de su elección o un defensor público, es decir, desde la verificación del delito en contra del ofendido y respecto del sospechoso desde el instante en que es detenido, privado de su libertad o sujeto de imposición de una medida cautelar, tienen el derecho de defensa, garantizado por los convenios internacionales de derechos humanos y las normas constitucionales y legales que son aplicables en materia penal, a fin de que precautelen sus derechos, pretensiones y alegaciones con sustento jurídico en pro del amparo de sus garantías, de las cuales gozan las partes intervinientes en el procedimiento penal, en el que se materializa el principio de oportunidad.

En consecuencia, si el fiscal solicita al juez que el caso sea resuelto mediante la aplicación del principio de oportunidad -el cual se tratará en una audiencia pública y contradictoria, excepto en los casos en los que la audiencia es reservada-, tanto la víctima como el sospechoso o procesado tienen derecho de recibir el asesoramiento de sus abogados patrocinadores, donde el defensor del sujeto activo del delito, podrá mostrar su asentimiento al juez en el sentido de que considera pertinente lo solicitado por el fiscal y de encontrarse privado de su libertad le pedirá al juez que ordene su inmediata liberación; por su parte, la defensa técnica del sujeto pasivo del delito, también habrá de pronunciarse en forma correlativa y sustentará sus alegaciones en que -de aceptarse la petición del fiscal- se debe ordenar que se le pague la reparación integral. Según la legislación penal ecuatoriana, dicha reparación queda sujeta a la voluntad del sospechoso o procesado, por cuanto el art. 413 del COIP dispone que si se aplica el principio de oportunidad, la víctima tiene derecho a reclamar la reparación integral mediante una acción civil, lo cual significa que su petitorio queda postergado para decidirse en el futuro por otro juez que tenga la competencia para conocer y resolver esta clase de acciones.

En ese sentido, CID concibe el derecho a la defensa expresando que: “Pues bien, esto significa, a mi juicio, facilitar, en la práctica, el principio del acceso a todos los ciudadanos a la justicia, al margen de su situación económica. Bien entendido, que tanto el derecho a la justicia como a la defensa legal son, por sí

mismos, un derecho de toda persona aunque solo las que carecen de recursos gocen de su gratuidad”⁴³⁴.

El autor de esta investigación se muestra conteste con el criterio de CID, porque ciertamente todas las personas tienen derecho a una tutela judicial efectiva y al hacer referencia a las partes que intervienen en un hecho delictivo, que son la víctima y el sospechoso o procesado, les asiste el derecho a una defensa técnica y, en consecuencia, cuando el caso se va a resolver mediante la aplicación del principio de oportunidad –aunque con el matiz de que es un procedimiento simplificado- las partes litigantes tienen la prerrogativa de expresar sus criterios jurídicos a través de sus abogados y los generales sin sustento jurídico, como derecho a ser escuchados por un juez imparcial e independiente, quien posee la responsabilidad de velar por el cumplimiento del debido proceso y, finalmente, resolver el caso con estricto apego a Derecho.

Por lo expresado anteriormente, en los casos en que se adopta la decisión de aplicar el principio de oportunidad, tanto la víctima como el victimario deben comparecer a la audiencia respectiva convocada por el juzgador, acompañados por sus defensores técnicos, quienes harán valer sus derechos ante la autoridad judicial, donde si bien es verdad que el efecto de esta figura jurídica es la extinción de la acción y, por consiguiente, al no instaurarse el proceso penal, se liberará del juicio de reproche al sujeto activo, también en esa misma resolución se debería ordenar la reparación integral a la que tiene derecho el sujeto pasivo de la infracción. Posibilidad que como no se encuentra regulada por la ley procesal penal vigente en Ecuador, deviene prioridad que se fundamente un modelo de aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, para que sobre ese estudio científico el legislador construya una nueva ley que garantice los derechos de la víctima y del sospechoso o procesado, para que las dos partes se sientan amparadas por las nuevas normas jurídicas y con la decisión de los jueces, lo cual irradiará seguridad jurídica para toda la sociedad.

El derecho a la defensa, según GIMENO SENDRA, es un derecho fundamental de todo imputado mientras dure un proceso penal, desde el momento en que se le atribuya la comisión de un hecho punible, designándole un abogado de su confianza o solicitar la intervención de uno de oficio proporcionado por el Estado, actuando en esa relación como defensor y patrocinado en los actos de alegación, prueba e impugnación, con la finalidad de

⁴³⁴ CID MOLINÉ, Miguel, *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal, de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 412.

hacer valer con eficacia su derecho a la libertad que le asiste, puesto que al no haber sido condenado mediante sentencia ejecutoriada, se presume inocente. La legislación española dispone que la defensa constituye un derecho fundamental, conformado por un conjunto de derechos y garantías, el cual nace desde el momento en que el infractor es imputado por un hecho delictivo, pudiendo ser el defensor privado o uno de oficio, quienes tienen la obligación de oponerse a dicha acusación a través de la práctica de actos de investigación y de alegación, pruebas e impugnación que permitan desvirtuar la existencia o tipicidad del hecho delictivo, ya sea por la falta de participación del infractor, ausencia de responsabilidad o la concurrencia de circunstancias atenuantes⁴³⁵.

La defensa técnica del sospechoso o procesado, constituye una garantía que proviene de los convenios internacionales de derechos humanos y de las normas constitucionales y legales vigentes en cada contexto jurídico nacional, por lo que tiene derecho a elegir un abogado de su confianza, el cual asuma la defensa de manera responsable, es decir, que su misión es velar por los intereses, derechos y garantías de los cuales se encuentra investido, en su calidad de sujeto activo del delito que se investiga y se le atribuye un grado de participación criminal, considerando que sigue gozando del estatus de inocencia, mientras no exista una sentencia condenatoria en su contra.

La proyección del derecho a la defensa hacia el resto de los principios lo convierte en una institución de difícil asiento doctrinal, pero, salvo mejor criterio, se le ubica como parte del principio de contradicción, a partir de la premisa de que “nadie puede ser sancionado sin ser vencido”, por lo que se visualiza este vencimiento o derrota como el proceso de enfrentamiento al poder punitivo del Estado, para lo cual se necesita del arsenal de armas en manos del acusado para hacer valer sus derechos; armas que en el ordenamiento procesal adquieren la categoría de garantías del acusado.

El derecho a la defensa goza de una plural conceptualización teórica, con la matización de cada autor, pero las claves esenciales de su contenido pueden reducirse en tres elementos básicos, a saber: el derecho a la defensa material, el derecho a la defensa técnica y el diseño de un adecuado catálogo de medios de impugnación.

El derecho a la defensa material comprende todos los medios encaminados a la autoprotección de los derechos, caracterizado por ser las herramientas de las que hace uso el propio imputado de forma directa y que tienen su punto

⁴³⁵ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal...*, cit., pp. 277 - 278.

iniciático en el mismo comienzo de la investigación criminal y su cierre, aunque pudiere ser formal, con el derecho a la última palabra. Por su parte, el derecho a la defensa técnica, que se materializa a través de la asistencia jurídica profesional, ya sea mediante la elección por el imputado de un profesional liberal con dedicación a la postulación, o mediante los mecanismos diseñados en cada país para garantizar la defensoría pública a cargo del Estado. Precisamente, esta representación procesal tiene varias claves de conflicto, que van desde el logro de una presencia temprana del abogado defensor en la fase investigativa; los mecanismos de designación del abogado, ya sea de forma preceptiva o potestativa, así como el establecimiento por el Estado, como responsabilidad que le viene atribuida, de un servicio de defensoría pública de calidad.

De manera que el abogado defensor del infractor, tomando en cuenta esa premisa, es quien le debe asistir en cada una de las diligencias dispuestas por el fiscal o el juzgador, donde se discute sobre aspectos que le atañen, ya sea en peticiones escritas o en audiencias orales, públicas y contradictorias, evitando que se vulnere el debido proceso, entendido como el respeto de los derechos fundamentales que tiene el procesado y los demás intervinientes en un proceso penal, así como que se respeten sus garantías mínimas tendientes a asegurar un resultado adecuado y justo dentro de la investigación, en especial a ser escuchado por un juez independiente e imparcial, donde exprese sus pretensiones argumentadas jurídicamente por su defensor técnico o mediante la defensa material que ejerce el propio sospechoso o procesado.

Por ello, en el mismo sentido de la defensa técnica a que tiene derecho el sospechoso o procesado, de no tener la posibilidad para contratar un abogado particular, le corresponde al juez designarle un defensor público, el cual forma parte de una institución pública autónoma, siendo su función garantizar el pleno e igual acceso a la justicia, evitando se le deje en indefensión por situaciones de carácter económico, social, cultural o cualquier otra circunstancia que sea discriminatoria o privativa de esta garantía fundamental.

El defensor que otorga el Estado debe estar debidamente capacitado a fin de que le proporcione al sujeto activo de la infracción una defensa técnica, oportuna, eficiente y fundamentalmente gratuita, considerando que es el Estado el que paga una remuneración por el cumplimiento de su trabajo profesional, porque según la legislación ecuatoriana le corresponde a la Defensoría Pública, como institución autónoma, garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las

personas que no tienen la posibilidad económica de contratar un abogado de su confianza (art. 451 COIP).

Al considerarse el desempeño del abogado defensor como cuestión trascendental, en el año 1990 se celebró en La Habana el Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención de Delito y Tratamiento del Delincuente, donde se aprobaron los Principios Básicos de Naciones Unidas sobre la función de los abogados. Este instrumento internacional, que por su naturaleza no tiene carácter vinculante para los Estados, constituye el más importante cuerpo normativo referencial sobre el papel del abogado en el proceso penal y sirve de guía en la actualidad a los procesos de reformas legislativas que realizan los diferentes países en este campo.

Los Principios Básicos recogen tres postulados esenciales en esta materia, a saber:

— Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal (Principio N.º 1).

— Todas las personas arrestadas, detenidas o acusadas de haber cometido un delito deben ser informadas inmediatamente de su derecho a estar asistidas por un abogado de su elección (Principio N.º 5).

— Todas las personas arrestadas o detenidas deben tener acceso a un abogado inmediatamente, y en cualquier otro caso dentro de las 48 horas siguientes al arresto o a la detención (Principio N.º 7)⁴³⁶.

En este contexto, la defensa técnica a que tiene derecho el sospechoso o procesado, que se encuentra involucrado en la comisión de un delito, debe ser asumida por un abogado particular o un defensor público o de oficio, desde que es imputado o privado de su libertad⁴³⁷ y en el caso de que el fiscal en uso de sus

⁴³⁶ Principios Básicos sobre la Función de los Abogados. Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 p. 118 (1990). Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO.

<https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Compendium_UN_Standards_and_Norms_CP_and_CJ_Spanish.pdf>, (2 de septiembre de 2016).

⁴³⁷ En la generalidad de los códigos americanos el derecho a la defensa técnica comienza a partir de que se formula la imputación formal o de que se produzca la detención. Un espectro más amplio brinda el Código Procesal Penal de Costa Rica, que coloca el derecho a la representación “desde el primer momento de la persecución penal”. La clarificación normativa del momento de inicio del derecho a la defensa técnica reviste extraordinaria trascendencia en el tratamiento que las autoridades puedan darle a este tema, pues en ocasiones se vincula con el momento en que se formula la imputación formal, lo que provoca casos de investigaciones que

facultades decide solicitar al juzgador que el caso se resuelva mediante la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, el defensor técnico planificará con anticipación lo que se va a manifestar en la audiencia respectiva por parte del abogado y su defendido, para evitar contradicciones o situaciones que le perjudiquen o puedan ser contraproducentes. Por ello únicamente la probidad, experiencia, conocimiento exacto del caso y la planificación estratégica previa del abogado defensor, alcanzará la protección de los derechos de su patrocinado.

JARAMILLO, en ese mismo sentido, propone la siguiente conceptualización: “El derecho a la defensa implica el derecho a que el ciudadano tenga conocimiento de todos los actos procesales, y que pueda ser escuchado, replicar, aportar pruebas, interponer recursos⁴³⁸ y hacer uso de todos los mecanismos previstos en la Constitución, Tratados Internacionales y la Ley, para desvanecer los hechos que le son imputados; este principio es aplicable en todo tipo de procedimiento cuyo desenlace pueda significar la imposición de una sanción”⁴³⁹.

El autor de esta investigación concuerda con lo expresado en lo que tiene que ver con todo lo que implica el derecho de defensa que tiene el sospechoso o procesado y que en ningún procedimiento puede ser privado de la defensa técnica y en el caso de tomar la decisión de aplicar el principio de oportunidad por parte del fiscal y juez respectivo, a pesar de ser un trámite sencillo debe ser

están en curso y no se realiza la imputación, para evitar con ello la intervención del abogado en el sumario, reservando este trámite para un momento posterior, con el consecuente detrimento de los derechos del acusado. La propia España modificó su normativa en el año 1978, mediante Ley N.º 53, de 4 de diciembre, la cual le cambió el nombre al Título V de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que comenzó a nombrarse “Del derecho de defensa y de la asistencia jurídica gratuita en los juicios criminales”, donde se dispuso que toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, “desde que se le comunique su existencia”, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho; regulación que puso fin a la vigencia del espíritu de revancha del Estado contra el acusado, aún contenido por razones históricas en la Exposición de Motivos de la Ley. Cfr. Ley 53/1978, de 4 de diciembre, por la que se modifican los artículos 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativos a la designación de abogado y el aseguramiento mediante medida cautelar. <<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/08/pdfs/A27780-27781.pdf>>, (2 de septiembre de 2016).

⁴³⁸ Como elemento del derecho a la defensa, el diseño de un adecuado catálogo de medios de impugnación pasa por la consabida dicotomía que se presenta por garantizar que todas aquellas decisiones que afecten los derechos del imputado puedan ser recurridas, por una parte, y por la otra evitar que este derecho se convierta en un mecanismo de dilación del proceso en manos de imputados y abogados. La regla más consecuente es que todo lo decidido por los funcionarios encargados de la investigación previa, así como por los jueces del juicio oral, pueda ser recurrido por el imputado, mediante medios de impugnación de naturaleza no devolutiva, que por ello no paralizan la marcha del procedimiento, pero dejan sentado el camino para posibles recursos que posteriormente se puedan establecer contra la resolución que ponga fin a la instancia.

⁴³⁹ JARAMILLO HUILCAPI, Verónica, *Las Garantías...*, cit., p. 366.

asistido por un abogado particular o un defensor público, que es quien protege sus derechos e incluso si desea hacer uso del derecho a la última palabra, lo hará previo a la consulta con su abogado patrocinador.

FERREIRO, dentro de esta línea, menciona: “Como correlativo a la acción ejercitada por los acusadores públicos o particulares, al imputado le corresponde el derecho a defenderse de las acusaciones que le son formuladas”⁴⁴⁰. Por tanto, el derecho de defensa es inviolable y si el fiscal y la víctima le formulan acusaciones en su contra, a través de su defensor técnico las contradice de manera argumentada, porque no basta una afirmación por parte de la acusación, para que el juzgador llegue a la certeza que efectivamente participó en el hecho delictivo el sospechoso o procesado y, en tal sentido, se debe desarrollar una investigación integral, sobre la base de obtener y presentar los elementos de convicción de cargo y de descargo como responsabilidad ineludible del fiscal. Se trata de que la administración de justicia -a través de sus operadores- busca la verdad material o procesal, para determinar si existe o no la infracción y la participación del ciudadano a quien se le atribuye la comisión del delito e incluso si se aplica el principio de oportunidad, el juzgador debe tener la certeza de que se cumple con los dos presupuestos referidos, para resolver de manera motivada extinguiendo la acción penal, de lo contrario no sería viable el uso del mencionado principio.

La asistencia jurídica gratuita se ha establecido dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, con el objeto de eliminar la indefensión de los ciudadanos y, de este modo, garantizar el equitativo acceso a la justicia, haciendo efectivos los derechos de protección refrendados por la CRE⁴⁴¹ y la DUDH⁴⁴². Asistencia que es provocada principalmente por la preocupación del Estado de que todas las personas le disfruten, no únicamente en los procesos en materia penal, sino también en los de garantías constitucionales. Los jueces tienen la obligación de designar un defensor público a la persona a quien se le hayan trasgredido los derechos amparados constitucionalmente y que por su condición no pueda acceder a una defensa judicial; además, existe la institución de la Defensoría Pública, que resulta su materialización gubernamental, con el

⁴⁴⁰ FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé, *“Las partes en el proceso penal, II...”, cit., p. 177.*

⁴⁴¹ Cfr. Artículo 191 de la CRE.

⁴⁴² DUDH, art. 11.1 expresa que: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

fin de que todos los ciudadanos, pese a sus condiciones económicas, puedan hacer efectivo su derecho a la defensa⁴⁴³.

En efecto, el sospechoso o procesado tiene la facultad de contratar un abogado que le asesore en su litigio y que participe en cada una de las diligencias preprocesales, procesales o en los recursos que se encuentran regulados en la ley, pero no por el simple hecho de no tener los recursos económicos para contratar un abogado experto en materia penal, se le puede dejar en indefensión, ya que las normas jurídicas nacionales e internacionales garantizan el derecho de defensa de toda persona y más aún si se trata de un asunto de carácter penal, donde la consecuencia puede ser en un primer momento la privación de su libertad a través de la prisión preventiva y, al finalizar el proceso, la imposición de una pena privativa de su libertad.

En este orden de ideas, GIMENO SENDRA afirma que: "... o autodefensa consiste en la intervención directa y personal del imputado en el proceso, realizando actividades encaminadas a preservar o restablecer su libertad: impedir la condena u obtener la mínima sanción penal posible"⁴⁴⁴. Criterio que se comparte parcialmente, en el sentido de que el sospechoso o procesado puede realizar su autodefensa, que, desde el punto de vista de la doctrina, significa el derecho de defensa material, pero si no existe un abogado privado o un defensor público junto a él, jurídicamente hablando estaría en total indefensión, por lo que ningún fiscal o juez, dejaría que eso suceda en la realidad procesal. Así -por ejemplo- si desea hacer uso del derecho de última palabra en el procedimiento en el que se está aplicando el principio de oportunidad, no podría intervenir si no está asistido por un letrado en el campo penal, ya que caso contrario todo lo actuado carecería de eficacia jurídica, porque su intervención se realiza en franca violación de normas jurídicas nacionales e internacionales, razón por la cual la defensa técnica estará presente siempre a fin de evitar nulidades procesales o violación al debido proceso con las consecuencias jurídicas que establece el marco jurídico vigente en un país determinado.

En correspondencia, la legislación nacional vigente regula que a quien no tenga un abogado particular, el Estado le otorgue por decisión del juzgador un defensor público y con ello cristalizar el derecho de defensa, en franco cumplimiento de las normas jurídicas nacionales e internacionales, las cuales

⁴⁴³ JARAMILLO HUILCAPI, Verónica, *Las Garantías...*, cit., p. 160.

⁴⁴⁴ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal...*, cit., p. 285.

siempre velan por que se respete el debido proceso y, por ende, los derechos fundamentales y garantías del sujeto activo de la infracción penal.

La CRE y el COFJ establecen que toda persona tiene derecho a la defensa⁴⁴⁵, la cual puede ser: privada⁴⁴⁶, con la intervención de un abogado en libre ejercicio profesional, que haya sido elegido por el infractor, para intervenir en la defensa de sus intereses; y, pública⁴⁴⁷, a través de un defensor público que le proporcione el Estado, a quienes no poseen los recursos económicos suficientes para costear un defensor privado. Además de la normativa patria referida, los convenios internacionales de derechos humanos -de manera expresa- también garantizan el derecho de defensa respecto del procesado; razón por la cual -en ningún caso- se le puede dejar en indefensión, es decir, que si el sujeto activo del delito no contrata un abogado de su confianza, el juzgador tiene la obligación de nombrar a un defensor público a fin de que tenga pleno acceso a la justicia e, inclusive, a petición del procesado, tiene la facultad de relevar en la defensa técnica, cuando sea manifiestamente deficiente.

De manera que el defensor del sospechoso o procesado, a más de ser un erudito en materia penal -en el entendido de técnicamente bien preparado-, debe gozar de una conducta intachable y su comportamiento profesional y personal debe basarse en valores tales como honradez, honorabilidad, solidaridad y respetuoso de los derechos de los demás intervinientes en la contienda legal, ya que su misión es defender los derechos de la parte débil en la relación jurídico penal.

Por ello, es preciso que las autoridades administrativas y demás instituciones que participan en la investigación de las infracciones, ofrezcan una capacitación integral y permanente a los defensores públicos que en ciertos casos son designados para cada caso concreto por el juzgador, cuando el sospechoso o procesado no está en la posibilidad de contratar un abogado de su confianza con lo que se garantiza el derecho de defensa de manera eficiente, así como el pleno acceso a la justicia en igualdad de condiciones de todos los operadores de justicia que intervienen en la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal.

⁴⁴⁵Cfr. Artículo 76.7 literal a) y e) de la CRE.

⁴⁴⁶Cfr. Artículo 330 del COFJ.

⁴⁴⁷Cfr. Artículo 286 de la CRE.

2.4. Presencia de la víctima

En lo que respecta a este tema, MAIER señala que no se trata de reconocerle a la víctima derechos relativos a la persecución penal autónoma o sobre la persecución penal oficial, sino de ayudarla para que logre una reparación por el daño causado o la disculpa del agresor cuando solo se requiera de ella en el caso, siendo imprescindible que se solucione: la reparación del injusto, la restitución del *status quo ante* o al estado que debería tener si el ilícito punible no se hubiera cometido, la solución del conflicto a través de mecanismos no penales, lo que produce un ahorro laboral en el ámbito del proceso penal, siendo indispensable la autonomía de la voluntad, tomando en cuenta que este principio no concede una persecución coactiva, sino una solución racional y voluntaria⁴⁴⁸.

Conformes con esta postura en lo que a derechos de la víctima se trata, con la acotación de que es indispensable que los operadores de justicia, en concreto el fiscal y el juzgador, utilicen las herramientas procesales que la ley les concede y permitan una pronta solución del litigio existente entre la víctima y el sospechoso o procesado. Y uno de esos procedimientos resulta el principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, donde la víctima es la pieza procesal fundamental porque a más de informar la noticia del delito, debe asumir una actitud conciliadora⁴⁴⁹ a fin de evitar un juicio penal que termine en

⁴⁴⁸ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, Tomo II...*, cit., p. 620. "...El papel principal de la víctima es casi imposible de ignorar por la escena de reconstrucción del conflicto que representa el procedimiento penal: el ofendido es un testigo irrenunciable, la mayoría de las veces, razón por la cual, aunque se le niegue derechos, se le impone la obligación de informar en el procedimiento. Reconocer esta realidad en la regulación del procedimiento penal, y permitir la participación de la víctima, tiene, así, carácter imperativo, no sólo desde el punto de vista político, sino, antes bien, desde el punto de vista empírico y práctico. Incluso la parte de venganza (como represalia) que pudiera incorporar la supuesta víctima al caso, si de ello se tratara, sería necio ignorarla en la búsqueda de la solución del conflicto, porque ella existe en el mundo real y también requiere solución o, mejor dicho, forma parte de la solución que pretende alcanzar, como meta, nuevamente la paz jurídica". pp. 611-612.

⁴⁴⁹ La posibilidad de conciliación en el proceso penal no encuentra asidero pacífico en la doctrina y, con independencia de su estudio particularizado en el Capítulo IV, al respecto resulta atinado señalar que no se trata de la incorporación –sin análisis y por “moda”- de un universo de nuevas figuras que han matizado la reforma procesal del Continente, bajo la influencia del sistema anglo-estadounidense, como parte de ese fenómeno que SCHÜNEMANN denominó la “marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo”, y que incluye vías como la negociación entre la fiscalía y el imputado, la conciliación víctima e imputado o la mediación, que constituyen posibilidades para el acusado de evadir un juzgamiento penal; figuras todas ellas que aparecieron en el panorama procesal americano de la mano del proyecto de Julio MAIER de 1986, y que él mismo reconoció que se trataba de instituciones en principio extrañas a la cultura jurídica latinoamericana, que se expanden y amenazan con derribar pilares de la pena y del procedimiento necesario para imponerla. Vid. SCHÜNEMANN, Bernard, “¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?”, en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, España, 1991, España; y, MAIER, J., “Prólogo” de

sentencia, pues este principio lo que permite es extinguir la acción y reparar a la víctima el daño sufrido como consecuencia de la comisión del delito.

En lo que respecta a la reparación integral a la víctima, no necesariamente debe ser de tipo económico únicamente, sino que también han de entenderse como vitales –en virtud de su efecto subjetivo- la petición de disculpas por parte del victimario y la restitución del *status quo ante*, que le permita olvidar la alteración psicológica que le produjo la violación de su bien jurídico protegido, así como la voluntad de tratar de olvidar el hecho y una adecuada reintegración a su medio social. A su punto, BOVINO señala que: “El valor simbólico de la víctima la ha convertido en un elemento especialmente útil para la reforma de la justicia penal. Mientras que los partidarios del modelo punitivo necesitan a la víctima para ofrecer alguna respuesta a la crisis actual de la justicia penal, los partidarios de la justicia reparatoria necesitan a la víctima para provocar cambios sustanciales, orientados al establecimiento de un sistema de justicia penal no punitivo. Si bien existe una gran posibilidad de que la justicia penal incorpore a la víctima para sortear su crisis y preservar el modelo punitivo, se debe admitir que la sola exposición pública de la preocupación por la víctima ha aumentado la posibilidad de lograr cambios orientados al modelo reparatorio”⁴⁵⁰.

En realidad, la víctima tiene un rol importante en los procedimientos judiciales regulados en la ley procesal, tanto en los que concluyen con una sentencia como en los que no son totalmente jurisdiccionales, como es el principio de oportunidad, que a criterio del autor de esta investigación tiene esa característica, porque a más de la intervención del fiscal es necesaria la actuación del juez, lo cual hace que la aplicación del referido principio forme parte de los procedimientos judiciales, donde si bien es cierto que no se impone una sanción al infractor, permite dar una solución al conflicto extinguiendo la acción penal, lo cual le beneficia al sospechoso procesado, pero de no aceptarse su aplicación, el juzgador enviará el caso al fiscal superior para que prosiga con el trámite que determina la ley⁴⁵¹.

El procedimiento abreviado, Coordinado por MAIER, Julio y Alberto, BOVINO, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. III.

⁴⁵⁰ BOVINO, Alberto, *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*, 1º edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 111. Luego, recrea el autor la idea, en el sentido de que “... los cambios recientes en el procedimiento penal continental han permitido otorgar más derechos a la víctima sin alterar significativamente las principales características de la justicia penal. Muchos de estos cambios, por otra parte, se han fundado en la necesidad de aumentar la eficiencia del sistema de justicia penal”, pp. 111 – 112.

⁴⁵¹ Cfr. Artículo 413, inciso tercero del COIP.

Por otra parte, cuando el caso se resuelve mediante el principio de oportunidad, en la decisión judicial emanada del juzgador, se deberá ordenar la reparación material e inmaterial correspondiente, pero para reclamarle es indispensable que el sujeto pasivo de la infracción intervenga de manera directa en la audiencia respectiva -lo cual no ocurre en la realidad procesal ecuatoriana-, puesto que con su intervención personal y la de su abogado defensor, aclararán el panorama para el accionar adecuado del fiscal y del juez, los cuales tienen la responsabilidad de resolver el caso mediante la utilización de esta figura jurídico-procesal, sin violentar los derechos fundamentales y garantías de los litigantes.

MAIER argumenta que: “El derecho procesal penal, es conocido a través de la participación acordada al ofendido en el procedimiento penal, o de su posición en él. Se trata, como mínimo, de mejorar su posición cuando informa como testigo del hecho punible, que presuntamente, lo tiene a él como protagonista (víctima), para crearle cierta coraza de protección frente al abuso de los derechos defensivos por parte del imputado y su defensa, más allá, de reconocerle la posibilidad de perseguir en el procedimiento penal oficial (por delito de acción pública), juntamente con el ministerio público o adhiriéndose a su persecución, de admitir su necesidad de conocer y controlar la clausura del procedimiento(...)”⁴⁵².

De manera general, a la víctima incumbe un rol preponderante, porque de ella nace la noticia del delito, ya sea a través de un parte policial o mediante la denuncia que presenta en la FGE o en la Policía Nacional, ante el personal del sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses o ante el organismo competente en materia de tránsito. Noticia que tiene el carácter de pública, sin perjuicio de mantener en reserva los datos de identificación personal del denunciante, como dispone el art. 421 del COIP, en atención a que necesita una protección adecuada, por lo que incluso puede ser acogida en el sistema nacional de protección y asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal, como regula el art. 198 de la CRE.

Además de la denuncia que presenta la víctima u ofendido, tiene la facultad de rendir su testimonio anticipado (para evitar la vulneración del principio de no revictimización) en aras de hacerle conocer al fiscal y al juzgador el presupuesto fáctico, sobre cuya base se inicia la investigación o el proceso penal ordinario o

⁴⁵² MAIER, Julio J. B., *La víctima y el sistema penal*, Revista Argentina de Derecho Penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires 1992, p. 33.

cualquiera de los procedimientos especiales o el principio de oportunidad. En este último caso es necesario precisar que del hecho delictivo y de las circunstancias en las que se cometió, surge la posibilidad jurídica de aplicar este principio en la solución del litigio jurídico penal, de allí la importancia de la participación de la víctima en una investigación penal y en la identificación del camino que debe seguir el fiscal y el juez.

Asimismo, tiene la facultad de proponer o presentar acusación particular, a lo que FERREIRO BAAMONDE hace alusión cuando indica que: “El acusador particular sería, por lo tanto, todo ciudadano que comparece en un proceso penal por delitos públicos, al margen de la actividad oficial, para mantener la acción penal, diferenciándose entre acusador particular en sentido estricto y acusador popular, según sea o no ofendido por el delito, respectivamente”⁴⁵³.

Si bien es cierto que la víctima -o el ofendido en su caso-, tiene el derecho de presentar la respectiva acusación particular, desde el momento en que es notificada con el inicio de la instrucción fiscal, hasta antes de concluir la primera etapa del proceso penal, resulta forzoso elucidar que la intervención personalizada del sujeto pasivo de la infracción penal –en lo que a impetrar la actuación de la maquinaria judicial se refiere- no surte ningún efecto jurídico en los delitos del ejercicio público de la acción, por cuanto el poder punitivo en esta clase de delitos le corresponde al Estado, a través de la FGE en su calidad de titular de la investigación, excepto en los delitos del ejercicio privado de la acción, donde el ofendido –por vía de querrela- es el único que puede poner en movimiento el aparato jurisdiccional, porque en esta clase de infracciones no interviene el fiscal.

De manera que la presentación de la querrela en los delitos del ejercicio privado de la acción, permite iniciar el proceso penal ante un juez de garantías penales competente, donde luego de la citación al querrellado, se lleva a cabo una audiencia de conciliación y juzgamiento, en la cual si las partes llegan a un acuerdo se termina el litigio e incluso existe la posibilidad de desistir de la querrela o no concurrir la víctima a la referida diligencia, con el efecto procesal de que se cierra o da por terminado el pleito y si no se presenta ninguna de las posibilidades indicadas, se prosigue con la audiencia, con la práctica de las pruebas que presentan las partes y, finalmente, el juez dicta la sentencia respectiva. Por lo tanto, es posible que en esta clase de delitos se aplique la

⁴⁵³ FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé, “Las partes en el proceso penal, I”, en AA.VV., *Derecho Procesal Penal*, Tercera edición, Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, p. 139.

conciliación o acuerdo reparatorio y el desistimiento por parte del querellante, cuando se cumpla con los requisitos determinados en la ley.

Por lo analizado, la víctima u ofendido tiene un papel secundario en la legislación procesal vigente, ya que en los delitos del ejercicio público de la acción le corresponde al fiscal iniciar la investigación o el proceso penal y al tratarse del principio de oportunidad, de igual forma es el único que tiene la facultad de pedirle al juez, que luego de ser escuchado en una audiencia oral, pública y contradictoria, acepte su petición y considere pertinente el uso de esta alternativa, con los efectos legales subsiguientes, pero para ello es necesario que la normativa jurídica regule sobre este particular, considerando que el principio materia del presente estudio debe ser reglado, donde la víctima y el sospechoso o procesado tengan una participación directa y preponderante en el procedimiento legal correspondiente.

LLERENA señala posibles ventajas y desventajas de que el perjudicado participe en la aplicación del principio de oportunidad, tales como: “Con relación a la víctima (...) aporta también una serie de inconvenientes, como son la desviación en ocasiones de la condena respecto del delito realmente cometido y la desnaturalización del carácter retributivo de la pena legalmente prevista. No obstante, aporta también importantes ventajas, las cuales puede ser la aceleración de la respuesta punitiva, la evitación del proceso y su victimización secundaria y, cuando la solución del conflicto tiene en consideración la opinión de la víctima, la satisfacción de sus aspiraciones de represión y el aseguramiento del resarcimiento de los daños sufridos cuando éstos son impuestos como condición a la aplicación de la solución negociada”⁴⁵⁴.

⁴⁵⁴ LLERENA, Pablo, “Los Derechos de la Protección a la Víctima”, en *Derecho Procesal Penal*, MEDRANO, Claudio, et. al., (Coordinadores), Escuela Nacional de la Judicatura, editora Amiga del Hogar, Santo Domingo, 2006, p. 342. Además, expresa que dentro de la normativa de República Dominicana, el principio de oportunidad para la víctima se desarrolla de la forma siguiente: “No obstante la soberanía fiscal a la hora de ejercer este principio de oportunidad, lo cierto es que el Código Procesal Penal tiene muy en consideración la posición de la víctima y que lo hace en varios momentos procesales: a. *Con carácter previo a la adopción de la decisión de abandono de la acción penal*. Si bien corresponde al ministerio fiscal la adopción de la decisión, es lo cierto que el art. 34 destaca que cuando los hechos hubieran generado un daño, el ministerio público deberá velar para que sea razonablemente reparado. La previsión –sin excluirlo tampoco- no impone la audiencia previa de la víctima, pero obliga a una suficiente indagación de los perjuicios y a introducir en la negociación o consideración la forma en que serán subsanados. Resulta así la reparación de la víctima una exigencia legal que no puede ser soslayada y que si lo fuera sería susceptible de asentar la estimación de la impugnación que a continuación veremos. b. *De forma posterior a la decisión, en facultades de control de la actuación del ministerio público*. Cuando la víctima entienda que el principio de oportunidad ha sido ejercido de manera ilegal (falta de presupuestos necesarios, insuficiente o inexistente motivación, ausencia de reparación de perjuicios, ausencia de razones objetivas o discriminación) tiene la facultad de objetar su aplicación ante el juez de la instrucción, quien podrá revocarla tras la realización de la pertinente

Verdaderamente, la oportunidad consiste en la decisión del fiscal de llevar el caso ante el juez respectivo, para que este resuelva el problema jurídico penal mediante la aplicación de dicho principio, dando como resultado la extinción de la acción, lo cual significa la desviación de la investigación penal propiamente dicha y la desnaturalización de la pena, porque a pesar de haberse cometido el delito, no habrá una condena para el victimario, pero sí la posibilidad de la reparación del agravio ocasionado a la víctima como consecuencia de la infracción.

Pero también es importante destacar que existen una serie de beneficios respecto del perjudicado con la infracción, ya que por una parte el conflicto se soluciona de manera rápida, es decir, sin dilaciones, por cuanto se evitan los trámites ordinario o especiales, que generalmente terminan en sentencia, previo a la práctica e incorporación de pruebas o de otras diligencias judiciales; por otra parte se evita la revictimización del ofendido, porque no recordará del hecho delictivo una vez que el juez ordene la extinción de la acción y la reparación integral a que tiene derecho, es decir, que su rol frente a la aplicación del principio de oportunidad, debe ser teniendo una actuación directa en la audiencia correspondiente, en la cual hará valer sus derechos consagrados en las normas jurídicas vigentes.

SEOANE considera que con la utilización del principio de oportunidad se obtiene un fundamental provecho, en el entendido de que "...La satisfacción de las víctimas con el proceso penal como un todo influirá, ya se ha señalado, tanto en el nivel de valoración que la ciudadanía otorgue al sistema penal, como en la propia eficacia de éste, en cuanto que ciudadanos más satisfechos con su Administración de Justicia tendrán más posibilidades de prestar colaboración a

audiencia. La facultad de oposición impone una obligación de comunicación de la decisión del ministerio público, pues si bien no viene recogido en los artículos 34 al 36, es inherente al derecho y viene expresamente impuesto en el art. 84.6, debiéndose entender en el plazo de tres días que para la oposición da el art. 35, es un plazo que se computará desde la fecha de la notificación y no desde la de la resolución como literalmente recoge el precepto. c) *De manera posterior, en defensa de la legalidad en la punición de la conducta.* Pese a la legalidad de la extinción de la acción pública, es lo cierto que la víctima está autorizada para continuar la persecución del hecho mediante el ejercicio de la acción privada, siempre que se haga dentro del plazo de diez días contados desde la fecha de la notificación de la medida. No resulta difícil pronosticar que, normalmente, siempre que la víctima ejercite la acción privada, se habrá opuesto anteriormente a la decisión del ministerio fiscal de dar por extinguida la acción pública. En tal consideración deberá de entenderse que el plazo de los diez días es computable desde que la medida de extinción es definitiva, esto es, desde la notificación de la decisión del juez de la instrucción de desestimar la oposición".

ésta, lo que, evidentemente, mejorará los resultados –en parámetros utilitarios- de la misma”⁴⁵⁵.

Se comparte el criterio del tratadista referido en el párrafo anterior, en relación con que la víctima alcanza una satisfacción personal⁴⁵⁶ y que, por ende, abarca a toda la colectividad, pues, si la administración de justicia es efectiva y utilitaria para los intervinientes, la ciudadanía tendrá una actitud positiva de colaboración; aspecto que produce como consecuencia el mejoramiento de los resultados que obtienen los operadores de justicia, con el objetivo de afianzar el sistema penal vigente en los diferentes países de la comunidad mundial.

Por lo analizado se puede afirmar que el rol de la víctima en la aplicación del principio de oportunidad, es de mucha utilidad, por lo que en el procedimiento que debe seguirse desde la petición del fiscal, hasta la resolución verbal y escrita del juzgador, es prioritario que sea escuchada tomando en cuenta no solo que constituye un derecho infranqueable de esta parte procesal y que ello implica respetar las normas jurídicas nacionales e internacionales, sino que también aporta la mirada de lo individual como interés a tener en cuenta. Se trata de que una vez consagrados sus derechos, han de ser tutelados por los jueces en todos los procedimientos judiciales, desde el más simple al más complejo, ya que solo ello garantiza una administración de justicia que cumple el debido proceso y, en consecuencia, evita reclamos de los justiciables y de la ciudadanía en general.

A nivel internacional se encuentran algunas definiciones de víctimas, entre estas podemos citar la de las Naciones Unidas, que las delimita así: “(...)las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños, inclusive

⁴⁵⁵ SEOANE, José Luis, “El Sumario, III”, en AA.VV., *Derecho Procesal Penal*, tercera edición, Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, p. 387.

⁴⁵⁶ Resulta necesario colocar en una balanza la satisfacción y el repudio o reproche ante el ilícito penal, por eso los escenarios sociales y culturales de cada país condicionan el alcance al que puede aspirar la ley y, en tal sentido, la eliminación del nivel de alarma que el delito produce en el seno de una comunidad, por la magnitud del daño causado a las víctimas o a una colectividad, debe ser tenido en cuenta con mucho peso al momento de solicitar la aplicación del principio de oportunidad, lo que debe ser un elemento de integración del juicio de ponderación del juez y de su reconocimiento normativo que ha de prever –con especificidad- los casos en que puede implementarse. Desconocer la realidad social en el campo de la reprobación ciudadana hacia determinadas conductas, asociado a niveles de castigos como parte de una violencia punitiva por determinados actores de la sociedad civil, sería cerrar los ojos a una realidad que no es ajena al escenario americano. Si alguna duda existe al respecto se pueden revisar las cifras de linchamientos que reportan algunos de los países del área, para comprender que existen fenómenos en esta parte del mundo que no se pueden desconocer al momento de introducir posturas de avanzada en el campo doctrinal, absolutamente válidas para otros contextos. Vid. VILAS, Carlos M., *Linchamientos en América Latina: Causas, Escenarios, Efectos*, Universidad Nacional de Lanús, Argentina. <<http://cmvilas.com.ar/index.php/articulos/13-linchamientos-y-violencia-popular/70-linchamientos-en-america-latina-causas-escenarios-efectos>>, (1 de septiembre de 2016).

lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos. Los Estdos consideraran la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. (...) ”⁴⁵⁷.

En lo atinente, POLAINO NAVARRETE considera preciso ampliar el concepto no solo en cuanto al directamente afectado, sino también en relación a todo el que recibe algún perjuicio como resultado del ilícito pena, y así – acertadamente- puntualiza que: “(...) si bien desde el punto de vista puramente técnico parece inobjetable identificar -conforme a criterios doctrinales tradicionalmente aceptados- a la “víctima” con el “ofendido”, entendidos como la noción genuina y propia del sujeto pasivo del delito en sentido estricto, se muestra asimismo no obstante conveniente reconocer la entidad de otros sujetos que son, directa o indirectamente, “perjudicados” por el comportamiento delictivo (...) todos los sujetos que resultan directa o mediatamente afectados de modo inequívoco por la nocividad inherente a un comportamiento delictivo, pueden ser en cierto modo comprendidos en la noción victimológica conceptualmente más amplia de víctima”⁴⁵⁸.

La víctima sufre un gravamen, considerando cada tipo penal, porque al cometerse cada uno de ellos por parte del infractor, se violenta un bien jurídico protegido, así en los delitos contra la vida, se afecta esta última; en los delitos de lesiones, la integridad física; en los delitos contra la propiedad, la propiedad privada; en los delitos sexuales, la libertad sexual y así en cada uno de los hechos delictivos cometidos en contra de la víctima, que no solo es afectada en la parte material, sino en lo referente a su aspecto emocional.

De este análisis se colige la existencia de una serie de derechos que le asisten a la víctima, siendo los más relevantes el derecho de defensa, a tener una información oportuna, a que no se le revictimice, a que los operadores de justicia le ofrezcan un trato igualitario, a ser escuchado y, fundamentalmente, a que los jueces competentes, en cada una de sus decisiones, le garanticen –por vía de

⁴⁵⁷ Cfr. Artículos 18 y 19 de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia y Asistencia a las Víctimas del Delito y del Abuso del Poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, Milán.

⁴⁵⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Victimología y criminalidad violenta en España”, en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, p. 575.

pronunciamiento expreso con fórmulas de ejecución- la reparación integral, parte relevante del dictado judicial que atañe a la víctima.

Respecto a los derechos que le asisten, si en la actuación procesal resulta evidente la violación de las garantías procesales por desconocimiento de los derechos de las víctimas, no se aplicará el principio de oportunidad, y si el fiscal procede en ese sentido, el juez en cumplimiento de su rol funcional debe oponerse a ello, ya que dicho principio no constituye un mecanismo idóneo para archivar procesos penales, si para hacerlo ha de tener como contrapartida o sustento el menoscabo de los derechos de los sujetos activos y pasivos del ilícito, así como no reconocer las legítimas expectativas de la víctima. Se trata de un mecanismo de política criminal orientado a la racionalización del sistema penal, basado en la observancia de principios y del bienestar individual y social, y, por consiguiente, puesto al servicio de la justicia⁴⁵⁹.

En definitiva, en lo atinente a la no aplicación del principio de oportunidad, cuando se comprometen las garantías procesales de la víctima, como el caso de no otorgarle el derecho para que se defienda, contradiga o impugne, o no se le escuche por parte de un juez competente o cuando se le discrimine en razón de su etnia, género, condición social o económica, por razones religiosas o políticas, cuando cualquiera de las circunstancias narradas –u otras posibles- está presente, se origina indefensión y ello es contrario –por naturaleza y esencia- a la instrumentación de mecanismos cuyo fines primordiales son la agilización de la labor de administración de justicia y la búsqueda de alternativas al juzgamiento y la pena; pero ello siempre sobre la base de esos grandes valores que devienen pilares del proceso: la igualdad, la justicia y la seguridad. De manera que los casos en que sea procedente la aplicación del principio en análisis deben ser regulados en la ley, previo a un estudio científico donde de manera integral se tutelen los derechos y garantías de la víctima.

La Asamblea Nacional de Ecuador, al referirse a los derechos fundamentales de la víctima, aprobó que: “Artículo siete.- Exhortar a la Función Judicial a adoptar medidas necesarias para garantizar a favor de las víctimas el acceso a la justicia, a la información, a la protección efectiva de sus derechos, y a la reparación justa y adecuada por los daños sufridos como consecuencia del racismo, la discriminación racial, xenofobia, y otras formas de intolerancia”⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ *Apud.* URBANO MARTÍNEZ, José, *Derecho Penal...*, cit., p. 123.

⁴⁶⁰ Resolución del Pleno de la Asamblea Nacional del Ecuador, de fecha 07 de abril de 2015, Quito, p. 4.

De manera acertada, el órgano que desempeña la función legislativa de Ecuador dicta la resolución *ut supra* referida, donde se exhorta a la judicatura a fin de que todos los operadores de justicia -y por ende abarca a la justicia penal- a que atiendan a la parte vulnerable de esta relación jurídica, la víctima, quien es la que sufre las consecuencias negativas que producen la comisión de delitos y que con anterioridad no ha sido protegida desde el punto de vista constitucional ni legal. En consecuencia, resulta prioritario que todos los organismos estatales e incluso los privados, que tienen la obligación de dictar normas jurídicas lo hagan en el específico ámbito relativo al reconocimiento del derecho de acceso a la justicia para que los delitos no se queden en la impunidad, a garantizar sus derechos fundamentales y a la reparación integral justa que debe pagar el sujeto activo del delito, con independencia de la pena o sanción que le corresponde, según lo que regula la ley penal.

La referida protección le corresponde a la víctima en todos los delitos que se cometan en su contra, en especial en aquellos que conciernen a la discriminación racial y xenofobia, por ser los delitos más visibles por la sociedad y, sobre todo, porque durante toda la historia no se le ha dado importancia a este derecho que es connatural a la víctima y que, consecuentemente, le corresponde al juzgador hacer efectivo este derecho sin excepción alguna.

Razonamiento que encuentra apoyatura en el magno texto normativo ecuatoriano cuando dispone que: “Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales” (CRE art. 78).

Esto significa que recién desde el 20 de octubre de 2008, en que entra en vigencia la Carta Fundamental, se reconoce desde el ámbito constitucional el derecho de la víctima a la reparación integral y la garantía de no revictimización en el momento de obtener y valorar las pruebas, pues, en ningún caso, se le puede preguntar o hacerle recordar el hecho delictivo so pretexto de buscar pruebas, es decir, que no se le puede tomar la versión en la instrucción fiscal y en la etapa de juicio recibirle su declaración. Esta doble deposición significa

revictimizarle, por lo que lo constitucional y legal es que se le tome el testimonio anticipado en la primera etapa del proceso penal -como preceptúa el COIP- y de esa manera proteger la garantía referida y, lógicamente, el debido proceso, que constituye la parte medular de un proceso penal y que le corresponde al juzgador velar por su cumplimiento.

El COIP determina de manera detallada los derechos de la víctima en el proceso penal⁴⁶¹, donde se desarrollan cada uno de los derechos y garantías del sujeto pasivo del delito, siendo los más relevantes la defensa técnica ejercida por un abogado particular o un defensor público, a presentar acusación particular si esa es su decisión, a que el juzgador ordene su reparación integral, a no ser revictimizada, a ser informada del resultado del juicio si no participa directamente en el mismo y, de ser el caso, a ser protegida como víctima por parte de la FGE.

De todo lo manifestado, resulta evidente la preocupación del legislador no solo por los derechos del sospechoso o procesado, sino también de la víctima e inclusive en torno a que se apliquen medidas de acción afirmativa y, primordialmente, a que en el proceso penal se le trate en igualdad de condiciones, pues en ciertos delitos como los sexuales su testimonio tiene una gran valía para el juzgador; aspecto en el que se detienen pronunciamientos judiciales de la CNJE, la CCE y la CIDH de San José de Costa Rica.

En este orden de ideas, la víctima es protagonista del conflicto social, junto con el infractor y, en este contexto, el problema solamente halla solución integral, al ser atendido el interés de las partes. Desde este punto, coincidiendo con MAIER, se podría decir que gobierna la autonomía de la voluntad privada, en busca de la solución del conflicto, de la mejor manera posible⁴⁶².

A las partes intervinientes en el proceso penal les interesa la solución más acertada al conflicto penal, por parte de los operadores de justicia, siempre que para tomar la decisión se llegue a la certeza en el caso de dictarse una sentencia condenatoria y si el caso lo amerita el fiscal le solicitará al juez que aplique el principio de oportunidad, lo cual es importante para la víctima y el sospechoso o procesado, siendo relevante destacar que es posible se le reconozca el derecho a la reparación integral de la víctima o por lo menos se le deje la posibilidad abierta, para que la víctima -ejerciendo una nueva acción judicial de carácter

⁴⁶¹Cfr. Artículo 11 del COIP.

⁴⁶² MAIER, Julio J. B., *La víctima y el sistema penal*, en *Jueces para la democracia*, N° 12, Buenos Aires, 1991, pp. 42-43.

civil- conmine al infractor a pagar el valor correspondiente por reparación integral en la forma que dispone la legislación penal ecuatoriana.

Por lo expresado, se llega a determinar que existe una carencia o, más bien, una insuficiencia legal respecto del reconocimiento de la reparación integral a la víctima, al no ordenarse –con carácter inmediato- que el sospechoso o procesado cumpla con la respectiva indemnización material e inmaterial a que tiene derecho el sujeto pasivo del delito mediante la aplicación del principio de oportunidad. La postergación de un derecho resulta indicador de su desprotección y por ello deviene imperativa la necesidad de desarrollar un modelo para su aplicación como mecanismo de política criminal, a fin de que constituya el sustento científico para que se proceda a su regulación de manera integral, donde -entre otros aspectos- se privilegien los derechos fundamentales de la víctima.

En consecuencia, la posibilidad de enfrentar a quien ocasiona daño proporciona satisfacción personal para quien ha sido su destinatario, pues le sirve como cauce para expresar sus sentimientos. En tal sentido, PÉREZ se inclina a favor de la confrontación y encuentro entre la víctima y el procesado pues: “Este diálogo se defiende en primer lugar porque se cree que es beneficioso para la víctima ya que ésta puede expresar directamente al infractor sus sentimientos de ira, miedo o angustia y contribuir de este modo a superar el impacto del delito”⁴⁶³. Criterio que se comparte respecto de que el encuentro víctima-procesado es de mucha importancia para el sujeto pasivo de la infracción, porque efectivamente se desinhibe expresando ira y, al mismo tiempo, miedo o angustia, es decir, que baja las tensiones corporales y eso le permite enfrentar la investigación con un estado de ánimo propicio para que el fiscal y el juez decidan el caso apegados a derecho y utilizando los procedimientos legales que se encuentran establecidos en la ley procesal penal. Por ello, MOLINA indica que “El objetivo de los círculos restaurativos es la sanación de las partes involucradas, implícitamente la idea de la reparación de los daños causados por la conducta criminal y; la reinserción de ambos en forma integral a la comunidad. Estos círculos pueden ser del tipo conciliatorio, de sentencia o de apoyo, esta clasificación en atención a la función que le corresponda ofrecer al encuentro víctima-victimario dentro del proceso restaurador”⁴⁶⁴.

⁴⁶³ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando, *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 444.

⁴⁶⁴ MOLINA GONZÁLEZ, María, *Justicia restaurativa...*, cit., pp. 11-12.

Se trata de que, en un primer momento, la víctima y el sospechoso o procesado se enfrentan de manera un tanto rigurosa y tensa. La primera, reclamando al fiscal y a los jueces competentes que se le haga justicia y se le repare el daño ocasionado como consecuencia de la comisión del delito, mientras que el segundo, por un lado se arrepiente del delito cometido y por otro observa a la víctima como la que le ocasiona una molestia, que le genera un problema y espera que tenga una actitud positiva basada en un acuerdo que beneficie a las dos partes; acuerdo que, de alguna manera, le ayudaría a solucionar el litigio penal que debe enfrentar el infractor, en especial cuando se encuentra privado de su libertad, en cuyo caso está en su derecho de hacer uso de todos los mecanismos jurídicos posibles para alcanzar su libertad.

Pues, la víctima y el infractor son los involucrados en la investigación o en el proceso penal, bajo la dirección del fiscal y el control de legalidad y del debido proceso a cargo del juzgador y de llegarse a concretar un conversatorio –que es lo que se pretende y no el enfrentamiento- entre dichas partes, según el tipo penal cometido y si este no es de mucha gravedad, resulta posible que se concrete y acepte una conciliación. Por ejemplo, en un delito de tránsito donde solo existen daños materiales o cuando es posible el uso de uno de los procedimientos especiales, ya sea el abreviado, el directo o el expedito, si el caso concreto se ajusta a los requisitos que determina la ley, o si en el caso concreto existe la factibilidad de la aplicación del principio de oportunidad, siempre que cumpla con los presupuesto jurídicos pertinentes y se demuestre la causal de su procedencia, lo cual es totalmente positivo para las dos partes, porque la víctima conseguirá la reparación integral y el sospechoso o procesado, al extinguirse la acción penal y, de estar privado de su libertad, la recuperación inmediata de la misma.

El debate entre la víctima y el involucrado en la comisión del delito habitualmente se presenta a partir de ideas contrapuestas, porque por un lado se pedirá a los operadores de justicia que se le imponga la máxima pena entre las previstas al infractor, mientras que este último creará su propia teoría del caso, que puede ser negar su participación en la infracción, que existen causas eximentes de responsabilidad, porque actuó en legítima defensa o por estado de necesidad, que se le aplique una pena atenuada y se le deje en suspenso la misma o que en verdad cometió el delito y que se arrepiente de haberlo hecho.

Todas las relaciones entre los sujetos activo y pasivo del delito, producen como consecuencia la alteración de su estado emocional, por lo que durante la

investigación preprocesal, procesal penal y en la impugnación, es decir, hasta que el juzgador dicte sentencia e incluso en el tiempo que el sentenciado cumple la pena impuesta, las dos partes requieren de un tratamiento integral, en el aspecto físico, psíquico y laboral, siendo la finalidad primordial la reintegración a la sociedad como personas positivas y de utilizarse el principio de oportunidad como mecanismo de política criminal y de solución efectiva y rápida del conflicto penal, ambos necesitan de un tratamiento psicológico efectivo, asistido por profesionales especializados en la materia, que les permita superar los problemas que produce la comisión de un delito y así reintegrarse a la sociedad.

Por otra parte, surge la cuestión de que la pluralidad de sujetos en cualquiera de las posiciones dificulte el entendimiento y por eso resultan vitales una correcta asesoría letrada y una dirección atinada del juzgador. Al respecto, MAIER apunta que: "...aquello que rompe el equilibrio no es precisamente la intervención privada, sino, antes bien, la persecución penal privada, donde se enfrentan víctima y autor, o, si se presenta, no aparece en forma abstracta, tal como lo venimos estudiando, sino en concreto, por el hecho de que el imputado tiene ante sí a varios acusadores o carece de medios para lograr una asistencia técnica similar a la del acusador; este planteo de la cuestión depende tanto del caso concreto que, con facilidad, se puede pensar en sentido contrario (varios participes frente a una sola víctima, y con mejor asistencia técnica que ella), y es claro que aquí la solución depende de otras variables jurídicas (asistencia oficial al imputado y a la víctima, unificación de la personería para perseguir, en caso de varios acusadores)"⁴⁶⁵.

En los delitos del ejercicio público de la acción, corresponde la iniciación del proceso al fiscal que interviene en la causa, mientras que la víctima interviene de manera indirecta cuando no presenta acusación particular, pero cuando hace uso del indicado derecho, interviene de talante directo en el proceso penal, para lo cual es prioritario que contrate un abogado de su confianza o el juzgador le

⁴⁶⁵ MAIER, Julio B. J., *La víctima y el sistema penal*, *Revista Argentina...*, cit., p. 42. Además agrega que: "(...) el papel de la víctima no es un problema específico del Derecho procesal penal, tampoco del Derecho Penal material, únicamente. Se trata, antes bien, de un problema del sistema penal en su conjunto, de los fines que persigue y de las tareas que abarca el derecho penal, y, por fin, de los medios de realización que para alcanzar esos fines y cumplir esas tareas pone a su disposición el Derecho procesal penal (...) La intervención del supuesto ofendido en el procedimiento permite corregir el defecto, sacar al caso de la rutina impuesta, en general, y volverlo a las necesidades que presenta su individualidad (...) Si admitimos la participación del ofendido en el procedimiento penal oficial y, además, tenemos en cuenta que la desigualdad teórica del imputado en ese procedimiento no proviene de la intervención de la víctima, sino de la persecución penal oficial, concordaremos en afirmar que, para evitar otras fuentes de desigualdad, sólo necesitamos evitar los excesos". p. 33,43.

proporcione un defensor público, como le faculta la legislación penal vigente en Ecuador; por su parte el victimario tiene la facultad de elegir un abogado de su interés y confianza o, de igual forma, el juez le asigna un defensor público, para que asuma su defensa técnica.

Todo lo expuesto permite razonar que las dos partes tienen derecho a la defensa técnica, es decir, que se cumple con el principio de igualdad de armas contando con idénticas oportunidades al momento de exponer y defender sus teorías del caso y demás pretensiones, correspondiéndole al juez como director del proceso garantizar el desarrollo de la investigación preprocesal o el proceso penal, a través de sus procedimientos legales, tales como el ordinario, especiales o el principio de oportunidad, en estricto apego a la normativa jurídica vigente y con respeto a los derechos fundamentales de las partes litigantes, así como el debido proceso.

Sin embargo, contar con estos medios no garantiza la posibilidad de que se concrete un diálogo, pues -a veces- el encuentro entre la víctima y el infractor no es fructífero, por cuanto el ofendido no quiere participar directamente en el proceso penal, por lo que prefiere hacerlo a través de un tercero y en especial cuando la reparación alcanza distintas formas en las cuales el infractor puede pedir disculpas, devolver lo sustraído, comprometerse a no volver a hacer algo, enfrentando así el daño ocasionado a la víctima y aceptando su participación en el hecho delictivo. Para que prospere el encuentro entre la víctima y el victimario, es preciso que las dos partes busquen una verdadera reintegración, a fin de que puedan superar lo acontecido, despojándose de sus calidades, de sujeto pasivo y activo de la infracción, con lo cual se recupera su bienestar y la paz social.⁴⁶⁶.

Por ello, se debe propiciar el encuentro entre víctima y victimario bajo dirección especializada que favorezca la comunicación, pues su falta es perjudicial considerando que se pierde la posibilidad de bajar las tensiones y miedo de la primera, para tener una intervención productiva y acertada durante toda la investigación, en cambio para el segundo se desvanece la coyuntura de encontrar mecanismos legales de arreglo, como el uso de la conciliación o acuerdo y reparar el daño ocasionado como consecuencia de la comisión del delito. Si el ilícito penal no es grave, sino de aquellos considerados como de bagatela, la ausencia de una interlocución entre las partes puede entorpecer la

⁴⁶⁶ *Apud.* GALLIZO LLAMAS, Mercedes, *Penas y personas: 2810 días en las prisiones españolas*, Debate, Barcelona, 2013, pp. 1-3.

aplicación del principio de oportunidad, por lo que le corresponde al fiscal, en un primer momento, y al juez, en posterior instante, favorecer esta posibilidad.

De lo analizado se colige que resulta de gran importancia el encuentro entre la víctima y el victimario, porque al observarse directamente luego de la comisión del delito, se canalizan sus mutuas inquietudes, se concreta la descarga emocional negativa y, el liberarla, permite conseguir una paz interna de los dos intervinientes en la infracción penal. Por otra parte, de existir un acercamiento entre estos dos sujetos, nace la posibilidad de llegar a una conciliación si se trata de un delito de menor impacto social y el agravio a la víctima es ínfimo.

Todo ello conduce a que los dos sujetos procesales se rehabiliten con mayor rapidez y de manera positiva, en beneficio de ellos, sus familias y la sociedad, lo que contribuye a generar una cultura de paz, incluso en los casos en los que se aplique el principio de oportunidad donde a la víctima le debe ser reconocida su reparación integral y el sospechoso o procesado queda libre de la acción penal, ante la actitud del fiscal de renunciar a ejercerla o desistir de la ya iniciada.

3. PAPEL DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

En el enfrentamiento al delito, los jueces encaran problemas éticos y de repercusión social que, al solucionarlos, refuerzan el valor de la herramienta judicial como indispensable para el desarrollo de la sociedad. Problemas éticos que pueden ser propios o de los intervinientes; pero, que, en cualquier caso, le corresponde su control al juzgador. Se trata de que el sujeto director debe velar porque prevalezcan en el proceso –en todas sus modalidades- valores esenciales como la verdad, la justicia y la ética. Ha de estar convencido de que cuando el fiscal solicita la aplicación de fórmulas como el principio de oportunidad o la conmutación de la pena, lo hace sobre la base de sus investigaciones y con apego a la ley; idéntico análisis conllevan los acuerdos alcanzados por las partes o el reconocimiento de los hechos por el infractor o la calidad de la defensa técnica.

Así, corresponde al Derecho, a las normas jurídicas y a los operadores de justicia, la búsqueda de la verdad en aquellas relaciones humanas que alcanzan el grado de jurídicas y ello ha de hacerse con absoluto apego a la ética. Particular desempeño corresponde, precisamente, a los órganos judiciales, quienes rigen en la realización del Derecho, y, más que de su sabiduría, depende de su “interés” el que en cada caso sometido a su juicio se aplique o no la norma adecuada conforme a las peculiaridades del asunto; empero, valdría la pena preguntarse si es a los jueces a quienes corresponde desentrañar la verdad o si precisamente

una conducta ética adecuada implica el no inmiscuirse, el no tomar partido, cual árbitro que ha de conservar la imparcialidad.

Por ello, en el mundo de las ciencias jurídicas se habla cada día con mayor fuerza del derecho a una tutela judicial efectiva como prerrogativa humana fundamental, para lo cual se requiere, en primer lugar, de jueces capaces de desarrollar su función tuitiva y de con su conducta transmitir valores a quienes intervienen en el proceso; máxime cuando el proceso penal no está dominado por el interés individual de cada persona que litiga, sino por el interés público que representan los jueces.

De manera que existen situaciones en que el sistema judicial tiene que tolerar una ruptura de la regla que sujeta a lo solicitado por el fiscal y permitir que, bajo determinadas condiciones, el órgano jurisdiccional asuma la función, por ejemplo, de aportar pruebas (facultad concedida a los particulares) en aras de buscar la verdad y de propiciar un debate que indague no solo en las “razones” de cada uno, sino en lo que resulta de valía para la sociedad. Se trata no solo de hacer justicia, sino de hacer ciencia en la administración de justicia.

3.1. Principios y valores de Jueces y Magistrados

La relación entre la ética, cual pensamiento científico sobre la moral, y el Derecho está dada porque ambos establecen normas de conducta, asentadas en lo que la sociedad ha considerado como válido y que, en innumerables veces, eleva al rango de norma jurídica. Sin embargo, el Derecho por sí solo no opera, necesita ser reclamado y aplicado mediante la realización de un proceso en sede judicial; pero, cuando lo que se interesa es precisamente la utilización de una alternativa al trámite procedimental habitual, se maximiza la importancia de la ética y de los principios que informan el desempeño judicial, en su función de garantes de los derechos de las partes y del interés público.

Puede afirmarse que el proceso penal asiste hoy al renacimiento de los principios de lealtad, probidad y buena fe, cual expresión de humanismo que realza la función de la pena como recurso de última ratio. El avance de la idea moral como rectora del proceso está produciendo, en muchos casos, un importante empuje legislativo tendente a asegurar la ética del debate en lo judicial.

¿Cuáles son esas prescripciones morales que rigen el proceso? En primer lugar, la norma no escrita transmitida de generación en generación que ha

conformado un Decálogo del abogado⁴⁶⁷ que inspira a los operadores de justicia. En segundo lugar, la propia norma jurídica, en el contexto ecuatoriano, el COFJ regula que se debe contar con una trayectoria personal éticamente irreprochable⁴⁶⁸, constituye un requisito ineludible para tener carrera judicial.

Al decir de PEREIRA CAMPOS "...no se busca volver a la primitiva indiferenciación entre reglas morales, jurídicas, religiosas y de costumbre, sino, simplemente, realizar la tarea de moralización del Derecho -y por ende del proceso- y aplicar las reglas de la moral a través de los preceptos jurídicos (...) No se trata de la aplicación directa de la regla moral, lo cual tiende a inseguridades y falta de garantías, sino de la aplicación de normas jurídicas claras que consagren reglas éticas"⁴⁶⁹.

Contestes con la posición señalada, valga solo acotar que constituye aspiración del actuar judicial ofrecer una solución a los problemas de los justiciables y elevarles en su condición humana, al contribuir con la educación en valores, por ello cobran singular importancia las "amonestaciones" que realice el juez tanto a la víctima como al sospechoso o procesado. Se trata de que no puede dejar de advertirles sobre las consecuencias de que se acceda al principio de oportunidad, en el sentido de que queda vedada cualquier posibilidad posterior de punición, pero se gana en lo referido a la pronta satisfacción de resarcimiento que requiere la víctima y que entraña obligación de cumplimiento para el sospechoso o procesado. También, en cuanto a este último, resulta loable la actuación de un juzgador que no se limite al pronunciamiento que por norma le corresponde, sino que remueva la conciencia del infractor en pos de que enmiende su conducta y se rehabilite como ser socialmente útil.

Por lo expresado es preciso mencionar, que la administración de justicia implica una labor de raciocinio, de práctica filosófica, cuya misión consiste en la búsqueda de la verdad, sin hacer suya a priori la versión de los hechos presentados por una de las partes en el proceso. Sucede con cierto grado de habitualidad que las partes pretenden saturar de argumentos y pruebas el proceso en su afán por convencer a la curia de "su verdad".

⁴⁶⁷ Existen varios decálogos, pero el más conocido es el de Eduardo COUTURE que enfatiza en valores tales como la lealtad, la tolerancia y la justicia, al punto de que marca que constituye nuestro deber la lucha por el Derecho, "pero el día que encuentres en conflicto el Derecho con la Justicia, lucha por la Justicia".

⁴⁶⁸ Cfr. Artículo 37 del COFJ.

⁴⁶⁹ PEREIRA CAMPOS, Santiago, "Moralidad, veracidad y colaboración: su incidencia en el proceso civil contemporáneo", en AA.VV., *Modernización de la justicia civil*, PEREIRA CAMPOS, Santiago. (Coordinador), primera edición, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2011 pp. 405-406.

Del adecuado manejo del instrumental del proceso por el órgano judicial, depende generalmente el correcto desarrollo de la causa y el esclarecimiento de la verdad de los hechos que se controvierten; y ello resulta esencial para el acierto y la justicia propia de la decisión. Solo un juez que asuma activamente el rol de conductor y autoridad, puede garantizar la satisfacción de los fines del proceso y de cualquier mecanismo que favorezca su expedita solución, por ello no basta con lo que las partes le dicen, lo que demuestran, sino que deviene imperativo “buscar”.

En términos técnicos, se utiliza la frase *ex officio* para expresar lo que realiza el juzgador en virtud de facultad que le otorga la norma, sin que para ello sea necesaria la solicitud de quienes se han sometido al fuero. Descansan los fundamentos de la prueba de oficio en el carácter público del proceso, matizado por el fenómeno de socialización del Derecho. La doctrina ha reconocido que el juez o tribunal ha de completar la actividad probatoria cuando los interesados no aportan todos los elementos necesarios para que el asunto sea resuelto o cuando lo presentado le ofrezca dudas, pues la prueba de oficio está llamada a perfeccionar, en la medida de lo posible, el conocimiento que el juzgador se forma de los hechos para que el fallo a que arribe tenga más posibilidades de ser equitativo.

En el proceso penal corresponde la carga de la prueba al fiscal –o en general a quien ocupe la posición de acusador- que debe ir dirigida a destruir la presunción de inocencia, por ello deviene forzoso que el juez esté convencido sobre la responsabilidad o no del imputado.

NIEVA FENOLL, al referirse a la presunción de inocencia del procesado, considera que: “El juez puede intentar arrinconar esas dudas en favor de una mayor aproximación de los hechos, utilizando posibilidades técnico-científicas que no tuvo en su día, pero sobre todo acudiendo a un razonamiento que históricamente le estuvo vedado, con la legítima finalidad de intentar impedir que los simples rumores, o la presión social, acabaran condenando a un inocente”⁴⁷⁰. En consecuencia, el juzgador no debe destruir la presunción de inocencia del procesado, basado en simples conjeturas o en presiones económicas, sociales, políticas o de cualquiera otra índole, considerando que esa presunción perdura mientras el juzgador tenga la certeza de que el infractor es el autor del delito y dicte sentencia condenatoria y la misma se encuentre ejecutoriada.

⁴⁷⁰ NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda...*, cit., p. 72.

El tribunal -ante una duda razonable- cuando no esté seguro ni del sí ni del no, puede disponer la práctica de las diligencias de prueba que considere indispensables para complementar su convicción. Entonces, ¿implicaría el ejercicio de las iniciativas probatorias del juzgador la desnaturalización de la institución de la carga de la prueba? Por supuesto que no, y ello defiende FAIRÉN GUILLÉN cuando afirma que: "...si el juez está autorizado por una ley a "ordenar prueba por sí mismo, con independencia de que las partes la pidan y practiquen o no", el problema de la "carga de la prueba" desaparece prácticamente, ya que la hace recaer sobre él mismo. Y para él no se trata de una carga, imperativo de su propio interés, sino del interés en el desarrollo de una función pública, como lo es la administración de justicia..."⁴⁷¹.

El tribunal cuando ejercita los poderes probatorios *ex officio* no rompe con el equilibrio procesal ni se parcializa a favor de alguno de los contendientes, en tanto desconoce cuál será el resultado de la práctica de estas pruebas, y si al final del proceso algún hecho continuase impreciso, podrá acudir a la aplicación de las reglas de la carga de la prueba, aunque previamente en la gestión probatoria hayan intervenido las partes y el propio órgano jurisdiccional.

No se trata de que el juez supla la inactividad o negligencia de una de las partes pues ello implicaría romper con el ideal de imparcialidad, que no neutralidad, que preside la función jurisdiccional. Precisamente sobre la neutralidad se han pronunciado distintos autores, entre ellos RUBINSTEIN, quien le señala como uno de los ocho problemas éticos vinculados con el desarrollo de la ciencia y la responsabilidad social y moral⁴⁷².

En cuanto al juzgador, la diferenciación entre imparcial y neutral resulta fácilmente distinguible, en tanto la primera se refiere a quien dirime el conflicto sin favorecer a nadie en particular, y la segunda, a quien obra con indiferencia. Los jueces en modo alguno pueden ser indiferentes, en tanto tienen la misión de conducir el proceso y hacer que prevalezca la justicia.

De este modo, deviene en objetivo primordial conquistar el valor superior del ordenamiento jurídico: la justicia, que representa un ideal de la sociedad en cuya virtud el Estado debe poner al servicio de quienes dirigen el proceso las facultades necesarias para la consecución de tal fin. Razona PICÓ i JUNOY que

⁴⁷¹ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Teoría General del Derecho Procesal*, 1ª edición, Porrúa, México, 1992, p. 123.

⁴⁷² *Vid.* RUBINSTEIN. *Cit. pos.* LÓPEZ BOMBINO, Luis, "Ética, ciencia y responsabilidad", en LÓPEZ BOMBINO, Luis R. (Compilador y coordinador académico), *El saber ético de ayer a hoy – tomo I*, 1ª edición, Félix Varela, La Habana, 2004, p. 108.

“...evidentemente, el problema radica en dotar de contenido o significado al valor “justicia”, pues su ambigüedad y falta de concreción pueden propiciar cierto decisionismo judicial”. Continúa este tratadista con la paráfrasis del ensayo de KELSEN, *¿Qué es Justicia?*, en el cual se precisa que “... la Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad”⁴⁷³.

En definitiva, el juez está comprometido a que su obrar sea axiológicamente valioso en orden a la justicia⁴⁷⁴ y es –precisamente- en esta búsqueda de la verdad, la seguridad y la justicia dentro del proceso que encuentra justificación la iniciativa probatoria del juez y su actuar sin solicitud de particular; máxime si se trata de procedimientos de sumaria cognición –como la aplicación del principio de oportunidad- en que la celeridad de los trámites no puede convertirse en obstáculo para que el juez verifique, por ejemplo, la observancia de los presupuestos de ley, el ajuste del monto reclamado como reparación a la víctima y la factibilidad de su cumplimiento por el infractor.

De manera que el jugador actuará en cumplimiento de la normativa legal, constitucional e internacional vigente, con el fin de garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica y para ello debe primero escuchar a las partes una vez instalada la audiencia. Así, el fiscal debe enunciar la causal concreta en que fundamenta su petición y exponer los elementos normativos y personales que fundamentan su solicitud; el sospechoso o procesado manifestará –generalmente- su conformidad con el proceder interesado; y, la víctima aporta los términos referidos a la noticia de delito que permitirá al juzgador comprobar que está dentro de los casos reglados por la ley, así como interesará la reparación integral de los daños sufridos como consecuencia del ilícito penal, en cuyo caso ostenta la carga de presentar los medios probatorios que sustenten la cuantificación de la reparación exigida. En este último aspecto, cobra relevancia la iniciativa probatoria del juez, pues si se logra un acuerdo reparatorio entre los sujetos activo y pasivo de la infracción no resulta necesaria su intervención, pero si existen discrepancias o aprecia exceso –o defecto- en el pedimento le corresponde decidir y para ello puede disponer la práctica de pruebas. Cuestión

⁴⁷³ PICÓ I JUNOY, Joan, *El juez y la prueba*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 119.

⁴⁷⁴ *Apud.* MORELLO, Augusto M., *El proceso civil moderno*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2001, p. 370. Aunque el autor lo circunscribe al proceso civil, se trata de una nota distintiva del proceso en general en los momentos actuales.

que no encuentra arraigo en el COIP⁴⁷⁵ y que constituye pauta en el modelo que se propone en la presente investigación y que habrá de ser tenido en cuenta en futuras reformas procesales en el contexto ecuatoriano.

Al respecto, AGUIRRE asevera que el juez es el encargado de dirigir el proceso, pero esta potestad, nunca debería ir en detrimento del derecho de defensa de las partes. El aumento de los poderes del juez es indispensable para controlar aspectos del proceso tales como la verificación de los obstáculos para llevar a cabo las resoluciones judiciales. A medida que transcurre el proceso, el juzgador tomará conciencia de las razones de las partes, lo que finalmente se verá reflejado en su decisión, la cual debe ser dictada en un tiempo prudencial⁴⁷⁶.

Es importante destacar que, desde hace mucho tiempo, la ciencia jurídica ha procurado determinar si en el proceso existe o no un deber de las partes de decir verdad; o sea, si el precepto moral es también precepto de derecho. Las opiniones han coincidido en cuanto a que se trata de un precepto moral que sujeta sin obligar; pero han estado divididas en torno a si se trata de una verdad o de una aproximación a la verdad.

Se trata de un deber moral de decir la verdad⁴⁷⁷ de todos los que intervienen, pero no se trata de una verdad única, absoluta, sino de una verosimilitud, de una “cierta inherencia de verdad”; lo que en Derecho se reconoce como deber de veracidad, como certeza sobre lo resuelto. Indica MORELLO que “... no se trata de llegar a la verdad ni tampoco de alcanzar la justicia objetiva (el juez busca y se conforma con la certeza) ya que estos son conceptos cuyos logros, a veces, exceden la capacidad humana. Pero el juez debe estar convencido de que los hechos sucedieron de determinada manera y resolver el litigio sin que le queden dudas del sentido y de la justicia de su decisión”⁴⁷⁸. De manera que no debe nunca el juez conformarse con las razones que le ofrezcan, en el entendido de que las asume como válidas, sino que ha de llegar a su propia convicción.

Para arribar a esa convicción, sin desatender a lo manifestado por los restantes sujetos procesales, el juez no puede deshacerse de su función pública de “administrador” de la justicia. Cuestión que pondera PEREIRA CAMPOS cuando sostiene que: “...como consecuencia (...) del surgimiento de una nueva

⁴⁷⁵ Cfr. Artículo 604.4.b del COIP. En la legislación penal ecuatoriana de manera expresa se prohíbe que los jueces puedan practicar pruebas de oficio, porque esta facultad es atribuida únicamente a los sujetos procesales.

⁴⁷⁶ AGUIRRE GUZMÁN, Vanesa, *Tutela jurisdiccional...*, cit., p. 48.

⁴⁷⁷ Cfr. Artículo 270 del COIP. Los testigos o peritos que rinden sus declaraciones en un proceso penal, tienen la obligación de decir la verdad de lo que conocen o de las experticias realizadas, caso contrario cometen el delito de perjurio.

⁴⁷⁸ MORELLO, Augusto M., *El proceso...*, cit., p. 356.

sensibilidad social que se resiste a que lo intrínsecamente injusto se resguarde en lo formalmente lícito, se han llevado las cosas a su justo lugar. En efecto, la libertad de la conducta reservada a las partes no puede ir tan lejos como para permitirse la violación de la buena fe y la ética y el empleo deliberado del dolo y del fraude en el proceso (...) El proceso no es una tierra de nadie o un sector privilegiado, o un mundo separado, al margen de la ética⁴⁷⁹.

En los momentos actuales, se aprecia un quehacer que evidencia que los juzgadores realizan ciencia “profesada con emoción”, en esa búsqueda incesante del conocimiento y de la verdad, con apego a la ética y a las normas sociales, porque formalmente solo deben obediencia a la ley; pero, también le deben obediencia a su conciencia y a la sociedad. Por ello, las escuelas judiciales insisten en hacer una justicia popular, con un lenguaje claro y despojado de excesivas formalidades, que permita la comunicación entre el juez y quienes ante él concurren a fin de lograr una mayor influencia en la vida de esas personas y del propio juez⁴⁸⁰; en atención a lo cual se precisa de una constante preparación en los nuevos enfoques que prevalecen en el Derecho Procesal Penal moderno que le visualizan como de última ratio y que propenden a la aplicación de mecanismos alternativos al juzgamiento, como son los criterios de oportunidad.

Por otra parte, resultan concluyentes las palabras de LÓPEZ BOMBINO cuando afirma “...los tribunales, las leyes y la moralidad vigentes, con sus juicios críticos y apreciaciones (...) tienen mucho que hacer en nuestro medio social”⁴⁸¹. Y por ello se distingue esa posibilidad de cercanía del juzgador con los involucrados en el proceso o como apunta MORELLO que “Los problemas, los conflictos, los reclamos y las respuestas demandan inmediatez directa; algo más auténtico, sin intermediación, en relación flexible, *dialogal*, palpable, un nexo que posibilite mirar a los ojos”⁴⁸². Precisamente las palabras del profesor argentino

⁴⁷⁹ Vid. PEREIRA CAMPOS, Santiago, *Moralidad... cit.*, p. 407.

⁴⁸⁰ *Apud.* HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, S.A., Madrid, 1998, pp. 105,145.

⁴⁸¹ LÓPEZ BOMBINO, Luis R., “La formación de valores ante los desafíos de los nuevos tiempos”, en *Por una nueva ética*, LÓPEZ BOMBINO, Luis R. (Compilador principal), Félix Varela, La Habana, 2009, p. 455.

⁴⁸² MORELLO, Augusto M., “Tendencia moderna hacia el proceso por audiencias”, en *El proceso civil moderno*, Librería Editora Platense, La Plata, 2001, p. 192. Frase que emplea el autor en sede de proceso civil, pero que se aviene a cualquier proceso que se sustancie a través de audiencias, con independencia de la materia de que se trate. El subrayado de *dialogal* es del autor citado y, en consideración propia, precisamente marca el carácter *dialogal* porque deviene en ineludiblemente cierto que la posibilidad de que las partes, los peritos y los jueces intercambien criterios o se pregunten directamente viabiliza la obtención de un fruto cercano a la verdad de los hechos y, mejor aún, resulta materialmente imposible que por medio de la escritura se pueda constatar la amplitud del lenguaje corporal que, en no pocas ocasiones, dice más de lo que

ofrecen soporte para la justificación de una posibilidad no adversarial de solución de conflictos y que, en clave penal, puede traducirse en la previsión de que se utilicen medios alternativos como la conciliación y el principio de oportunidad.

De manera que hoy no se concibe un proceso que no esté signado por un rol activo del juzgador, cuya labor esté impregnada de valores y asunción ética de la norma. En definitiva, la aplicación del principio de oportunidad requiere de un juez que, como titular del *ius puniendi*, ejerza control sobre la actuación del fiscal y de los restantes sujetos procesales, así como que se encuentre comprometido a que su obrar sea axiológicamente valioso en orden a la justicia, puesto que es precisamente en la búsqueda de la verdad, la seguridad y la justicia dentro del proceso que encuentran justificación la iniciativa probatoria de oficio y la dirección, a tenor de los principios que rigen el trabajo jurisdiccional.

3.2. Principios que informan la actividad jurisdiccional

Sin dejar de lado el matiz político que les caracteriza, aparecen concretamente relacionados con el diseño, organización y actividad de la administración de justicia y por ello se les reconoce como “principios de derecho judicial orgánico”. Entre ellos destaca el de independencia⁴⁸³, en tanto principio cardinal que informa la actividad jurisdiccional y que ha de verse —necesariamente— desde dos aristas que, aunque diferentes, guardan estrecha relación entre sí. De un lado, desde el prisma institucional o estructural y de otro, desde una perspectiva funcional; dimensiones que, de ninguna manera, pueden observarse aisladamente.

Con la mira puesta en la estructura, se refiere a la autonomía de cualquier otro órgano respecto a la actividad jurisdiccional, mientras que, desde su configuración funcional, ha de ser vista como la resistencia del juez a las influencias provenientes del exterior que pretenden condicionar su actuar en el proceso. Ilustrativas resultan las palabras de PÉREZ ROYO cuando asevera: “El juez es independiente porque está sometido únicamente a la ley. Si no fuera por esta dependencia de una voluntad ajena objetivada en una norma jurídica, la

quisiera y expresa mucho más de lo que realmente narran las partes en sus escritos. También, desde un contexto regional y temporal diferente, llega la sabiduría de los grandes maestros de la escuela italiana que recalcan la importancia de esta intermediación y en la voz de CALAMANDREI se puntualiza: “Me agrada el juez que, mientras hablo, me mira a los ojos; me hace el honor de buscar así, en mi mirada, más allá de las palabras, que pueden ser solo un hábil juego dialéctico, la luz de una conciencia convencida”. CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Ediciones ONBC a partir de Ediciones Jurídicas Europa-América, La Habana, 1956, p. 67.

⁴⁸³ Vid. Supra. 1.7.3.2 El derecho a un juez independiente.

independencia del juez sería lo contrario de la seguridad jurídica, además de ser puramente ilusoria. Es la fuerza de la ley y el hecho de estar sometido únicamente a ella lo que posibilita que pueda afirmar su independencia frente a los demás poderes políticos o las fuerzas sociales que quieran influir en su actividad. Dependencia de la ley e independencia del juez son las dos caras de la misma moneda”⁴⁸⁴.

En correspondencia, el art. 8 del COFJ establece que los jueces, en su función de impartir justicia, son independientes y no deben obediencia más que a la ley. De lo que se trata es de que, en el desempeño de la función jurisdiccional, el juzgador no vea condicionada su actuación por presiones políticas, económicas, religiosas, ideológicas, u otras de mayor envergadura, como pueden ser la propia vida y seguridad personal del juez.

De esta forma, la manifestación del principio de independencia judicial en Ecuador no queda reducida al plano formal ni al puramente teórico, sino que se resume –de manera irrefutable- práctica y objetivamente, encontrando respaldo no solo en la Constitución sino también en la norma orgánica, con lo que se asegura que cada nivel jurisdiccional goce de libertad en la solución de los conflictos, sin que puedan producirse interferencias externas, ni de sus propios superiores.

Por ello se alude a que en lugar de ordenación jerárquica habría que referirse a sucesión temporal en el conocimiento de los mismos asuntos, con la consiguiente posibilidad para el órgano que entiende en un momento posterior de corregir la decisión adoptada por el que se pronunció antes. Dicho en otros términos, la superioridad en el sistema judicial encuentra asidero solo a través del sistema de recursos previsto en el ordenamiento, en cuya virtud pueden revocar, modificar o confirmar las decisiones adoptadas por los órganos inferiores.

En estrecha vinculación se propugna la imparcialidad⁴⁸⁵, en el sentido de que el titular de la potestad jurisdiccional no puede ser -al mismo tiempo- juzgador y parte en el asunto sometido a su conocimiento y su decisión estará regida solo por el objetivo de cumplir con la función de administrar justicia, sin que pueda ser influenciado por circunstancias ajenas ni por sus sentimientos o preferencias. Conjunción que se evidencia en que cuando se vulnera la independencia, el actuar del juez se transparenta –necesariamente- en la pérdida de imparcialidad, favoreciendo a aquella parte beneficiaria de la presión exterior o de lazos que le

⁴⁸⁴ PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho ...cit.*, p. 618.

⁴⁸⁵ Vid. Supra. 1.7.3.1 El derecho a un juez imparcial. Doble mirada: como derecho de parte y como deber ético del juzgador.

unen al juzgador. De manera que si bien la independencia se asocia a influjos externos, la imparcialidad atañe a la subjetividad del juzgador⁴⁸⁶.

Siguiendo esta línea de razonamiento, se coincide con MENDOZA DÍAZ quien -de forma gráfica- sintetiza su importancia en el sentido de que “La vigencia de los principios de independencia e imparcialidad nos presentan al juez como un Robinson Crusoe del Derecho, que en su isla, que es el proceso, solo tiene como medio de sustento a la ley”⁴⁸⁷.

Válido acotar que para reforzar la presencia de estos principios en el actuar del juez se establecen controles, se acentúan las reglas de publicidad de los procesos y se insiste en la obligación de fundamentar las decisiones. Así, la disposición judicial definitiva -también a tenor del principio de tutela judicial efectiva⁴⁸⁸- ha de dictarse en cumplimiento de un deber esencial: la motivación de cada una de las sentencias dictadas -en un primer momento de manera verbal y luego por escrito-, para que tengan conocimiento los sujetos procesales y, de ser necesario, hagan uso del derecho a la impugnación, como dispone el art. 621 del COIP. Si de principio de oportunidad se trata aunque generalmente se “negocia” entre el fiscal y el sospechoso o media un acuerdo con la víctima, corresponde al juzgador la ponderación motivada de los presupuestos que se ajustan a la causal legalmente prevista.

Como asegura KLETT: “En definitiva, la necesidad de motivar con precisión los fallos obliga al juez a exponer las razones de su opinión, luego de haber comprobado su solidez en contacto con la perspectiva ofrecida por las partes, habiendo recibido directamente los medios probatorios y habiendo participado

⁴⁸⁶ Sobre la subjetividad, expone ALARCÓN que “La imparcialidad se manifiesta en un estado, a veces ideal, de conciencia e introspección, en que el Juez no se siente parcializado, esto es que no se identifica con ninguna de las partes en causa ni en lo personal ni en lo profesional, y al recibir el expediente sobre el que tendrá que decidir, se encuentra libre de prejuicios y compromisos”. Vid. ALARCÓN POLANCO, E., *La Constitución como fuente...*, cit., pp. 47 y 48.

⁴⁸⁷ MENDOZA DÍAZ, Juan, *Derecho Procesal Parte General*, Félix Varela, La Habana, 2016, p. 155.

⁴⁸⁸ El concepto de tutela judicial efectiva encuentra su primera manifestación en el acceso a la justicia, o sea, acceso a los órganos jurisdiccionales para la defensa de los derechos e intereses legítimos de las partes, que se perfila como la posibilidad real, no formal, de garantizar que los justiciables puedan ser oídos durante todas las fases del proceso, lo cual tiene una proyección eminentemente procesal, a través del diseño de un conjunto de prerrogativas, reguladas como garantías y derechos que así lo permitan, pero tiene también una proyección social y es la relacionada con la posición económica que el individuo tenga en la sociedad, pues conocido resulta que a pesar de la existencia del derecho formal de representación procesal que la ley consagra, el real acceso a un asesoramiento calificado y con ello a participar de manera adecuada en el proceso penal está en estrecha correlación con la posición que el individuo tenga en cuanto a la renta.

del curso de la deliberación, lo que implica el conocimiento y discusión de las condiciones de validez y eficacia de la prueba”⁴⁸⁹.

Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador – mediante la Sentencia N.º 048-11-SEP-CC, del caso N.º 1252-10-EP, de 8 de diciembre de 2011- ha dejado sentado que: “Este derecho de motivación se articula plenamente con el derecho a una tutela judicial efectiva, y obviamente aquello contribuirá a garantizar la seguridad jurídica dentro de un Estado constitucional, con el objeto de que quienes acuden a los diversos órganos jurisdiccionales en el país no queden en la indefensión, y de generar la confianza debida en el sistema jurídico ecuatoriano; empero, este derecho no significa exclusivamente acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho, los jueces deben guiar sus actuaciones diligentemente en aras de alcanzar la tan anhelada justicia, y es precisamente a través de la motivación de las resoluciones judiciales cuando los jueces determinan que sus actuaciones se han producido con apego a la Constitución y a las leyes que rigen un caso en concreto. En la práctica resulta imposible separar estos derechos, puesto que el no acatamiento del principio de motivación generará la indefensión del encausado”.

El reconocimiento de la importancia de estos principios en unión a la ética – unas veces visualizada como principio y otras como paradigma de actuación- se ha enraizado tanto en la mente de juzgadores y legisladores que se encuentran reflejados en los principios de Bangalore y en el Código Iberoamericano de la Ética Judicial.

Los principios de Bangalore⁴⁹⁰ sobre la conducta judicial constituyen expresión concreta, en el marco de la administración de justicia, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Destacan estos principios que en un Estado de Derecho la confianza en el sistema de justicia y en la autoridad moral e integridad de los jueces constituye una máxima indiscutible para el desarrollo de una sociedad democrática. La protección de los derechos de los justiciables requiere una judicatura independiente e imparcial, pues el derecho al acceso a la administración de justicia debe complementarse, inexorablemente, con la garantía del adecuado desempeño de esta función por los juzgados.

⁴⁸⁹ KLETT FERNÁNDEZ, Selva, *Proceso Ordinario en el Código General del Proceso*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2014, p. 50.

⁴⁹⁰ Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC), *Comentarios relativos a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*, Naciones Unidas, Nueva York, 2013, <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2012/V1380121-SPAN_eBook.pdf>, (2 de septiembre de 2016).

En esta línea, no solo se destacan los principios⁴⁹¹ de independencia, imparcialidad, motivación y competencia -propios de la actividad jurisdiccional-, sino también los de integridad, corrección y diligencia –relativos a la ética judicial-, aunado al de igualdad como principio referente a la estructura del proceso, pero de raigambre constitucional. Nótese que no se trata de principios autónomos, sino que se encuentran estrechamente relacionados pues todos tributan al ejercicio adecuado de la administración de justicia.

Llama la atención que desglosa la motivación⁴⁹² de la imparcialidad, cuando suele estudiarse como un subprincipio y ello se debe a la trascendencia que le reconocen. Así, postula que la obligación de motivar las decisiones “se orienta a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales” y establece la condición de arbitraria de toda decisión carente de motivación, entre otros aspectos que pudieran mencionarse.

También, a partir de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana se consideró necesaria la elaboración de un grupo de pautas básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad. Es así que surgen las Reglas de Brasilia, como un conjunto de normas destinadas a mejorar el acceso a la justicia, las cuales exigen el desarrollo de una serie de medidas dentro de la competencia del poder judicial.

La aplicación de estas reglas en el ámbito ecuatoriano es perfectamente apreciable, toda vez que rige el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, ello aunado a la cultura jurídica existente entre los sujetos que intervienen en la dinámica del sistema judicial. El Estado protege, mediante diferentes mecanismos tutelares en que participan órganos especializados a cargo de la asistencia social, a las personas en situación de desventaja social. También se garantiza el derecho a intérprete para los extranjeros que no hablen el idioma español y para las personas con pérdidas auditivas, como dispone el art. 76.7.f. de la CRE. Igualmente, se toman las medidas necesarias para facilitar la accesibilidad de las personas con discapacidad a los actos procesales y a las instalaciones judiciales, tomando en consideración las normas de acceso universal.

⁴⁹¹ Los principios que concretamente recoge son: independencia, imparcialidad, motivación, conocimiento y capacitación, Justicia y Equidad, Responsabilidad Institucional, cortesía, integridad, transparencia, secreto profesional, prudencia, diligencia y honestidad profesional.

⁴⁹² Cfr. Artículos del 18 al 27.

Con posterioridad, en la XVII Cumbre⁴⁹³ se reformó el Código Iberoamericano de la Ética Judicial que en cuanto a la ética judicial y la necesidad de armonizar los valores presentes en la función judicial puntualiza: “Cabe recordar que en el Estado de Derecho al juez se le exige que se esfuerce por encontrar la solución justa y conforme al Derecho para el caso jurídico que está bajo su competencia, y que ese poder e *imperium* que ejerce procede de la misma sociedad que, a través de los mecanismos constitucionales establecidos, lo escoge para tan trascendente y necesaria función social, con base en haber acreditado ciertas idoneidades específicas”⁴⁹⁴.

3.3. Formas de control del principio de oportunidad por parte de los órganos jurisdiccionales

NIETO GARCÍA concibe que: “La Administración de Justicia está a cargo de los jueces: unos funcionarios públicos a quienes corresponde su gestión y que al tiempo son titulares de las facultades, soberanas, aunque un tanto imprecisas, propias del Poder Judicial. Su relevancia social es tan enorme que la Constitución les ha hecho un hueco expreso en su texto para garantizar su nota más característica: la independencia (...)”⁴⁹⁵. En ese mismo orden de ideas, MORÁN SARMIENTO menciona que la principal finalidad del juez es: “Velar por el cumplimiento cabal e irrestricto del debido proceso garantizando el derecho de defensa: La Igualdad de las partes frente a la contienda procesal, el derecho de contradicción, el derecho a presentar pruebas, conciliación, recursos, etc.”⁴⁹⁶.

En la misma línea de los tratadistas referidos, el autor de esta investigación considera que los jueces tienen jurisdicción y competencia en materia penal, por disposición de los convenios internacionales de derechos humanos, la CRE y la ley, siendo su misión principal la de administrar justicia, pero que cada una de sus actuaciones debe estar validada por el estricto cumplimiento de los principios de independencia, imparcialidad e igualdad, a fin de que las partes involucradas en calidad de víctima y victimario y los demás sujetos procesales,

⁴⁹³ Cumbre Judicial Iberoamericana, *Código Iberoamericano de Ética Judicial*, reformado el 2 de abril de 2014 en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, Santiago, Chile, <http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=8c73bef9-ea33-4a72-912c-18a482bc1639&groupId=10124/>, (2 de septiembre de 2016).

⁴⁹⁴ Cfr. Código reformado, p. 3.

⁴⁹⁵ NIETO GARCÍA, Alejandro, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Trotta, S.A, Madrid, 2010, p. 17.

⁴⁹⁶ MORAN SARMIENTO, Rubén, *El Código Orgánico de la Función Judicial y su incidencia en el procesalismo civil*, Editores EDILEX S.A., Guayaquil, 2012, p. 169.

desarrollen sus pretensiones de manera verbal en presencia del juez, con un alto grado de confianza hacia él y, fundamentalmente, dando un tratamiento a cada interviniente en igualdad de condiciones, sin reconocer ningún privilegio ni menosprecio por considerarlo inferior, porque la igualdad procesal es parte esencial de una justicia penal que cambia y se revoluciona constantemente, siempre pensando en el respeto de los derechos humanos de los litigantes.

Se evidencia entonces que, una justicia eficiente no es posible si no se garantiza la vigencia de los derechos humanos, por lo que el juzgador debe tener probidad, para cumplir la función de administrar justicia acorde a la ley y el ordenamiento jurídico debe contar con mecanismos procedimentales para garantizar la universalidad de la justicia de manera objetiva, independiente e imparcial; garantizar a los jueces su seguridad para cumplir su función con eficacia; y, aplicar las normas internacionales dentro del orden interno, en el ejercicio de su labor de administrar justicia⁴⁹⁷.

El fiscal, la víctima, el procesado y la defensa técnica son los operadores de justicia que cumplen -cada uno de ellos- un rol específico en la Administración de Justicia penal como se ha analizado con anterioridad. Si el fiscal opta por la aplicación del principio de oportunidad como medio procesal para resolver un caso concreto, le corresponde al juzgador hacer un control jurisdiccional sobre la vigencia de los derechos humanos y las garantías constitucionales de las cuales están asistidos los sujetos activo y pasivo del delito, por lo que para el desempeño de sus cargos, deben gozar de probidad y experiencia, con el fin de cumplir su función de manera imparcial e independiente y con apego a Derecho.

El cumplimiento del principio de imparcialidad por parte del juez, significa respetar la igualdad procesal de los que intervienen en el litigio. El juzgador es un ser humano, sumido en los problemas de la sociedad, consciente de que tiene una vocación especial que es más que un medio de vida o una profesión, es el llamado a defender la ley, la Constitución, los tratados y acuerdos internacionales en especial de los más necesitados del amparo jurídico, como los ausentes, los desaparecidos, los incapaces, las personas marginadas y aquellos a quienes, a pesar de haber cometido un delito, se les debe encaminar hacia un futuro de convivencia en una sociedad de paz y justicia⁴⁹⁸.

En efecto, el juzgador cumple un rol determinante en la Administración de Justicia penal y de ella forma parte el principio de oportunidad, que es una

⁴⁹⁷ GALVIS ORTÍZ, Ligia, *Comprensión de los derechos humanos*, Cuarta edición, Ediciones Aurora, Bogotá, 2008, pp. 80-81.

⁴⁹⁸ BENAVIDES, Merck, "*Los Jueces o Magistrados...*", cit., pp. 179-180.

figura jurídica de carácter procesal aplicable en la solución de conflictos, en delitos de bagatela; razón por la cual el juez debe conocer toda la normativa jurídica –conforme al axioma *iura novit curia-*, a fin de que en cada caso *sub lite* puesto a su conocimiento y resolución actúe con transparencia y haciendo cumplir los principios del debido proceso, las garantías y derechos de las partes intervinientes, para obtener como resultado una decisión judicial acertada que, al tratarse de la aplicación del principio de oportunidad, su materialización beneficie tanto a la víctima como al sospechoso o procesado.

En ese sentido, los jueces tienen obligación de establecer la *ratio decidendi* para orientar la correcta administración de justicia, es decir, la razón de su decisión, lo cual impide que se genere el caos en las resoluciones judiciales, exigiéndose que se fundamenten en las normas constitucionales y legales, que es lo que garantiza la seguridad jurídica y permite reconocer su labor en el afán de buscar la unificación jurisprudencial. En esencia, el juzgador debe conocer a ciencia cierta las dos figuras jurídicas denominadas *ratio decidendi* y *obiter dictum*, instituciones jurídicas muy importantes en el desempeño de su función, para alcanzar una justicia transparente⁴⁹⁹.

Por lo tanto, es preciso hacer hincapié en lo que constituyen estas figuras jurídicas, las cuales son desarrolladas por el juzgador en cada una de sus resoluciones judiciales, considerando que deben ser debidamente motivadas, es decir, con la explicación y análisis respectivo del presupuesto fáctico y las normas nacionales e internacionales aplicables a cada caso concreto y en ello debe ir inmersa la razón por la cual se resuelve de una u otra manera, a fin de que las partes sepan a ciencia cierta, sobre la base de qué razonamiento lógico jurídico el juzgador desprende su decisión. En consecuencia: “La *ratio decidendi* y *obiter dictum*, permiten al juzgador actuar con claridad y conocimiento de causa, garantizando siempre la igualdad, como un principio esencial en un Estado constitucional de derechos y justicia”⁵⁰⁰.

Cuando se trata de la aplicación del principio de oportunidad, se prescinde total o parcialmente del ejercicio de la acción penal y la falta de persecución penal, que no es más que la abstención del fiscal de ejercer la acción, provoca la solicitud al juez de la autorización correspondiente, en los casos que le faculta la

⁴⁹⁹ BENAVIDES, Merck, “La *ratio decidendi* y *obiter dictum* en el actual sistema de justicia penal”, en AA.VV., *Ratio Decidendi Obiter Dicta*, BLUM, Jorge (Coordinador.), Corte Nacional de Justicia, Fallos de la Sala Penal, Penal Militar, Policial y Tránsito 2012-2013, 1ª edición, Gaceta Judicial, Quito, 2014, pp. 41-43.

⁵⁰⁰ Ídem, p. 43.

ley⁵⁰¹. Ciertamente, el fiscal requiere de la autorización del juzgador para prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción, así cuando se abstiene de acusar, el juez debe hacer un control de legalidad, es decir, observar si se trata de un delito de bagatela, de escasa persecución penal, si la responsabilidad del imputado es de menor importancia o si se trata de un delito culposos.

El juez es el llamado a analizar la fundamentación realizada por el fiscal, cuando el imputado proporcione información adecuada para probar la participación de otros infractores en la comisión del hecho delictivo, cuando la pena corresponda al hecho punible, cuya persecución se suspende, sea menor que la de aquellos cuya persecución facilita o continuación evita, cuando se deberá proclamar la extinción o no de la acción penal, pues si el fiscal solicita la aplicación del principio de oportunidad, el juez no puede negar tal autorización, de lo contrario habría discrecionalidad⁵⁰².

En consecuencia, el juzgador tiene una función preponderante en el momento en que el fiscal decide se utilicen criterios de oportunidad, porque en la audiencia oral, pública y contradictoria, es el director de ese procedimiento legal, correspondiéndole velar por la plena vigencia de los derechos y garantías fundamentales de la víctima y el sospechoso o procesado, los cuales están facultados legalmente para intervenir expresando sus pretensiones, sin perjuicio de que lo hagan sus abogados defensores particulares o los defensores públicos; pero su actuación es relevante respecto de la fundamentación de la petición del fiscal, ya que es quien -de ser procedente- resuelve positivamente la solicitud del fiscal y declara extinguida la acción penal, así como también debería ordenarse la reparación integral a la víctima.

Para el contexto ecuatoriano, en el caso de no estar de acuerdo con la apreciación del fiscal - según dispone el art. 413 del COIP- enviará al fiscal superior para que ratifique o revoque dicha decisión, si se revoca no se puede solicitar nuevamente la aplicación de este principio y si se ratifica la decisión, el juzgador declara extinguida la acción penal. Este control jurisdiccional evita que el fiscal tenga actuaciones ilegales, ilegítimas o arbitrarias, lo cual es perjudicial para las partes involucradas en el hecho delictivo. Sobre el tema, SINTURA

⁵⁰¹ PÉREZ-ESPAÑA, José Erasmo, "Apuntes acerca del sobreseimiento", en AA.VV., *Ciencias Penales temas actuales, Homenaje al R.P. Fernando Pérez Llantada*, VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Magaly y Nelson, CHACÓN QUINTANA (Coordinadores), S.J., Texto Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, p. 365.

⁵⁰² VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Magaly, et. al., "Ministerio Público y la disponibilidad de la acción penal", en: *Algunos aspectos en la evaluación de la aplicación del COPP, Cuartas Jornadas de Derecho Procesal*, 1ª edición, Texto, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001, p. 92.

asevera que: “Es por esto que se debe exigir una clara política criminal del Estado, donde se disminuya el margen de libertad del funcionario y se le entreguen verdaderas herramientas de control al juez de garantías para poder albergar con idoneidad el control sobre el principio de oportunidad aunado a un criterio informado por el principio de taxatividad al exigir la formulación unívoca y rigurosa de los hechos empíricos que sustentan la pretensión de suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal, siendo un requisito necesario de un modelo cognoscitivo del proceso penal, entendido como verificación o refutación empírica de las hipótesis tanto acusatorias como las que aplican el principio de oportunidad”⁵⁰³.

Postura que se comparte en cuanto a que –efectivamente- el principio de oportunidad debe ser reglado de manera integral, donde el juez tenga la competencia de realizar un control de las actuaciones del fiscal, cuando este último operador de justicia decide solicitar la aplicación de este principio procesal, lo cual garantiza que se respeten los derechos de la víctima y victimario.

Por su parte, GONZALEZ NAVARRO hace un estudio sobre el control judicial en la aplicación del principio de oportunidad en la legislación colombiana, expresando que: “El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad, dentro de los cinco días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, siempre que con esta se extinga la acción penal (...) Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano y contra esta determinación no procede recurso alguno. La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”⁵⁰⁴.

Como puede apreciarse, la legislación colombiana es más completa que la ecuatoriana, respecto a la aplicación del principio de oportunidad y el control que realiza el juez para evitar arbitrariedades del fiscal que interviene en la investigación o en el proceso, en tanto que en la normativa jurídica de Ecuador

⁵⁰³ SINTURA VARELA, Francisco, “Evolución del Sistema Acusatorio en Colombia”, en AA.VV., *Sistema penal acusatorio*, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, pp. 52-53.

⁵⁰⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio, *Sistema de juzgamiento...*, cit., p. 291.

no se hace referencia a ninguna clase de pruebas, ni tampoco se pronuncia en lo referido a que deben ser controvertidas entre las partes, sino más bien el juzgador se basa en la fundamentación verbal que realiza el fiscal para tomar la decisión de aceptación o rechazo, lo cual significa efectivizar el control jurisdiccional de manera directa y efectiva por parte del juez en el desarrollo de todo el procedimiento legal que requiere esta figura jurídico procesal.

En cuanto a las formas de control del principio de oportunidad por parte del juez, en la normativa ecuatoriana, existen una serie de aspectos que deben ser analizados, entre los cuales es preciso mencionar que en la audiencia el juzgador escuchará al fiscal, a la víctima y al procesado, para que sobre la base de toda esa fundamentación el juzgador decida si procede o no y, en caso de ser aceptada, el juez ordena la extinción de la acción penal; caso contrario la investigación o el proceso continúan su curso legal, por cualquiera de los procedimientos establecidos en la ley penal.

4. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD RESPECTO DE LOS SUJETOS PROCESALES

A partir del análisis del papel que a cada sujeto procesal corresponde en la relación jurídica penal y en el específico contexto de la aplicación del principio de oportunidad, deviene imprescindible la determinación de los efectos o consecuencias que se derivan de su instrumentación, en lo que resulta significativa la intervención del fiscal. Al respecto, HOUED, expresa que: “Cuando el Ministerio Público se encuentre con alguna de las causales para la aplicación del principio de oportunidad, según quedó detallado supra, mediante un dictamen motivado prescindirá de la persecución penal respecto a uno o varios de los hechos, en relación con uno o varios de los imputados, o bien limitará sus pretensiones a alguna o algunas de las calificaciones jurídicas posibles. En su dictamen el ministerio deberá ponderar razones objetivas, sin discriminación y, si verifica la existencia de un daño, deberá asegurarse previamente que éste sea reparado o, al menos, que exista un acuerdo de reparación plausible. La solicitud será procedente siempre y cuando se plantee antes de la apertura a juicio”⁵⁰⁵.

Llevado de este razonamiento, no subsisten dudas en cuanto a que el informe fundado del fiscal ha de expresar solicitudes y propuestas al juzgador en relación con cada uno de los sujetos procesales y de sus intereses, en la búsqueda

⁵⁰⁵ HOUED, Mario, “Los Procesos Alternativos”..., cit., pp. 86-87.

de que se reconozca como valiosa y factible la solución del conflicto penal por cauce de oportunidad.

Así, el principio de oportunidad emerge como instrumento exclusivo del ámbito puramente penal, por cuanto es una manera especial de ofrecer alternativas al ejercicio del *ius puniendi* del Estado y se aplica con carácter facultativo, ya sea de manera discrecional o reglado por la ley, es decir, que se deja de perseguir o de condenar a los responsables de determinados delitos sancionados con penas leves, o con medidas distintas, cuando concurren circunstancias establecidas en la ley o libremente apreciadas por el fiscal con la participación del juez, por lo que se trata de llegar a una decisión procesal, cuando existen indicios de delito sin necesidad de un proceso o juicio⁵⁰⁶.

Ciertamente, se trata de un mecanismo procesal que ofrece variantes al ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, pero sobre la base de que este principio debe preverse y utilizarse de manera reglada, pues –en criterio del autor de la presente investigación– implementarle de forma discrecional, equivaldría a propiciar abusos y arbitrariedades por parte de los operadores de justicia que efectivizan este principio mediante el procedimiento legal correspondiente. En definitiva, una vez que así se procede, el efecto es que se extingue la acción, sin perjuicio de ordenar el pago de la reparación integral a la víctima y la exclusión de cualquier posibilidad de imponer sanciones a sus responsables.

En esta línea, AGUILERA plantea que cualquier concepción sobre este principio, debe ser utilizado tomando como punto de referencia al principio de legalidad, aunque el criterio de oportunidad se considere como antagónico o contrario, funcionando como elemento corrector o de flexibilización, pues el ámbito de utilización es el mismo, ejecutado dentro de las facultades y límites de los poderes públicos, siempre referido a lo que concierne al fiscal y al juzgador y a las funciones que desempeñan en el proceso penal. De este modo, el fiscal puede libremente, aunque sometido a ciertas condiciones y requisitos legales: solicitar el sobreseimiento, pese a que se demuestre que el hecho es un acto delictivo; abandonar la acusación, a sabiendas que existen sospechas de que el responsable tiene vínculo con el cometimiento del hecho y su responsabilidad; interesarse una pena inferior a la legalmente prevista; sustituir esta por una medida de seguridad o no imponer ninguna al infractor⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ ORTIZ URCULO, Juan, *El principio...cit.*, pp. 3403-3406.

⁵⁰⁷ AGUILERA MORALES, Marien, *El Principio de Consenso...*, cit., pp. 135 - 136.

De manera que genera consecuencias positivas respecto de los sujetos procesales, siendo las más relevantes las siguientes: en relación con el fiscal le permite aumentar el número de causas resueltas, el ahorro de recursos económicos y humanos y obtener resoluciones judiciales de manera rápida, con el consiguiente recibo de atención profunda hacia hechos que socialmente ameriten tratamiento usual; la víctima es beneficiaria de la reparación material e inmaterial frente a los daños sufridos como consecuencia de la comisión de la infracción, lo que coadyuva a la superación de los conflictos psicológicos ocasionados por el sujeto activo del delito; el sospechoso o procesado y su abogado defensor, al declararse extinguida la acción penal, se sienten protegidos por esta figura jurídica, que surte también efectos de índole preventiva y educativa en cuanto a la psiquis del infractor en quien ha de calar el mensaje de probidad transmitido con el procedimiento seguido que se traduce en la intención positiva de enmendar su conducta, evitando que en el futuro cometa delitos de igual o mayor magnitud, es decir, logrando una verdadera reintegración a la sociedad, dejando constancia que este principio solo procede cuando el sospechoso o procesado quebranta la ley penal por primera vez y el hecho se enmarca en una de las causales que señala la norma jurídica; y, por último, el juzgador aprecia la posibilidad que se le presenta de culminar con prontitud un potencial proceso y no tener que hacer uso del *imperium* de que está investido, con todas las consecuencias negativas que ello genera, sino de aceptar la connivencia de las partes como elemento que garantiza el cumplimiento del fin supremo de la administración de justicia.

Válido acotar que diversos estudiosos ya referidos en esta investigación, coinciden en que el principio de oportunidad debe ser reglado y que su finalidad es poner fin a un caso concreto de manera justa y ágil, siempre con la mira puesta en recobrar la normalidad jurídica alterada por la comisión del delito y el bienestar de la víctima, del sospechoso o procesado y de la sociedad en general. Entre otros, pudiera mencionarse a MARTIN, quien considera que la innegable sobrecarga de trabajo que colapsa a la justicia penal, ha impulsado a desarrollar técnicas de descongestión, como el principio de oportunidad, aunque el sistema se encuentra regido por el de legalidad, puesto que se han venido adoptando decisiones de política legislativa que recuerdan al sistema anglosajón, a través de la promoción de soluciones consensuadas entre víctima y ofensor, siendo el máximo exponente de este sistema, ejecutado dentro del propio proceso, de modo que no es una alternativa informal, con la finalidad de ponerle fin a éste,

sino una manifestación de consenso y de búsqueda de una solución justa y expedita⁵⁰⁸.

En la misma línea, PEÑARANDA LÓPEZ expresa que: "...es también necesario que se haga prontamente justicia, no solo porque el paso del tiempo borra las memorias y las pruebas, sino también porque el interés de la víctima y de la propia sociedad exigen el restablecimiento sin tardanza de la normalidad jurídica perturbada por el delito..."⁵⁰⁹. Se trata de que hacer justicia requiere de cierta urgencia en la respuesta que equivale a eficiencia en la labor judicial, por lo que instrumentar procedimientos de sumaria tramitación contribuye a la realización del Derecho y, en sede penal, cobra virtualidad jurídica la implementación del principio de oportunidad como mecanismo que constituye expresión de ese interés del Derecho Procesal Penal actual en su preocupación por colocar a la pena como última forma de recuperar el orden social.

Precisamente, para que se solucione un caso mediante el uso de este mecanismo, es necesario que el fiscal renuncie a la persecución penal y lo hace sobre la base de que con ello no se afecta el interés del Estado, ni de la sociedad, ni de la víctima y que conlleva a la extinción de la acción. Al decir de SINTURA VARELA, la Fiscalía puede suspender, interrumpir, o renunciar a la persecución penal, así cuando toma la decisión de prescindir de la acción se extingue la misma, respecto del infractor, en aquellos casos en que se fundamente que existe falta de interés del Estado por la persecución a ese hecho delictivo, así las consecuencias de Este principio recaerán en los demás partícipes, a menos que la ley exija que se realice una indemnización reparatoria a la víctima; por consiguiente el principio de oportunidad extingue la acción penal y genera la libertad del procesado⁵¹⁰.

Criterio que se comparte con relación a la consecuencia del empleo del principio de oportunidad, que es renunciar a la persecución penal y declarar extinguida la acción penal; pero, se discrepa en cuanto a que una de las secuelas de su utilización sea la suspensión o interrupción de la persecución penal, dado que una vez que el fiscal solicite al juez su aplicación, los efectos son – definitivamente- la extinción de la acción y la reparación integral a la víctima en ese instante o dejándole a salvo el derecho para hacer valer ante un juez

⁵⁰⁸ MARTIN RÍOS, María del Pilar, *Víctima y justicia...*, cit., pp. 399 - 400.

⁵⁰⁹ PEÑARANDA LÓPEZ, Antonio, *Proceso Penal Comparado (España, Francia, Inglaterra, Estados Unidos, Rusia) Descripción y terminología*, Editorial Comares, 2.ª edición, Granada, 2015, p. 4.

⁵¹⁰ SINTURA VARELA, Francisco, *Evolución del Sistema Acusatorio...*, cit., pp. 156-157.

competente en una acción civil. La resolución judicial que acepta el principio de oportunidad impide la reapertura del proceso, porque -una vez ejecutoriada- disfruta de la máxima expresión procesal de seguridad jurídica que es la cosa juzgada y, por ende, deviene en inalterable e inamovible.

Por otra parte, CONDE-PUMPIDO asevera que, en la aplicación del principio de oportunidad, el fiscal debe estar sometido a un control, que puede ser de tres clases: interno, mediante una queja ante su superior, quien revisará con qué criterio actuó el fiscal al aplicar este principio; judicial, por parte del juez con respecto a la actuación del fiscal, o también bajo un recurso que interponga quien esté disconforme, solicitándole que compruebe que se utilizó adecuadamente este principio, ya sea ratificando la decisión del fiscal u ordenándole proseguir con la acción penal; y, social, donde la víctima puede solicitar la iniciación de la acción penal en contra del infractor⁵¹¹. En efecto, el fiscal es quien tiene la potestad de pedirle al juez que solucione el caso mediante el uso del principio de oportunidad y su actuación ha de estar sometida a control, en atención a su carácter de servidor público. Ante la configuración de supuestos que quebranten los postulados normativos se genera responsabilidad, que según la legislación vigente en Ecuador, puede ser de tres clases: administrativa, por cometer faltas en el ejercicio de su función, cuya competencia para imponer sanciones la tiene el CJ; la civil, para responder por daños y perjuicios que ocasione como consecuencia de sus indebidas actuaciones; y, responsabilidad penal si, como consecuencia del ejercicio de su cargo, comete alguna infracción tipificada y sancionada en la ley penal.

Pero desde otro punto de vista, es necesario precisar que el fiscal cuando adopta la decisión de aplicar el principio de oportunidad en un caso determinado, sustenta su petición de manera verbal ante un juez de garantías penales, quien es el que tiene la competencia para ejercer la debida vigilancia respecto de la solicitud del titular del ejercicio público de la acción y, en consecuencia, es este funcionario judicial quien resuelve si procede o no el principio de oportunidad.

De manera que resulta coincidente el autor de este trabajo con la esencia del pensamiento de CONDE-PUMPIDO, pero se disiente en cuanto a que la víctima pueda realizar algún tipo de control, pues al no ser la titular del ejercicio público de la acción, no tiene ninguna posibilidad material de hacerlo respecto de la aplicación del principio de oportunidad, pudiendo únicamente reclamar el pago

⁵¹¹ CONDE-PUMPIDO, Cándido, *El principio de oportunidad reglada ...*, cit., p. 308.

del daño ocasionado por la infracción penal y que le corresponde satisfacer al victimario.

A guisa de cierre, se llega a establecer que cuando el juez acepta la aplicación del principio de oportunidad a petición del fiscal, genera consecuencias jurídicas importantes para cada uno de los sujetos procesales, así respecto del fiscal aumenta su despacho laboral y, por ende, descongestiona la carga laboral que está bajo su responsabilidad, en tanto que la víctima se libera del hecho de estar pendiente de un juicio penal y, en consecuencia, puede recuperarse del daño sufrido como consecuencia del delito, así como recabar el perjuicio ocasionado por el infractor, mientras que el sospechoso o procesado recupera su libertad en el caso de estar privado de ella y en especial al extinguirse la acción penal, le permite analizar su conducta y enmendar su comportamiento. Subsiguientemente, al no continuar la investigación por parte del fiscal y abolirse la acción penal de manera pacífica, es decir, sin imponerle una sanción privativa de libertad al infractor, se logra restablecer el orden jurídico conmovido por la comisión del delito.

CAPÍTULO IV

HACIA UNA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EFICIENTE. MODELO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1. INTRODUCCIÓN

En este capítulo se hace un estudio detallado de diferentes vías que contribuyen al logro de una mayor eficiencia en la administración de la justicia y, en particular, a través de la aplicación del principio de oportunidad, lo que se traduce en celeridad de actuaciones, satisfacción de intereses de todos los intervinientes y preservación de los fines sociales y humanistas del proceso penal actual. Por ello, se realiza un análisis de disímiles figuras jurídicas que son afines o se relacionan con el principio de oportunidad y se presenta el Modelo para la Aplicación del Principio de Oportunidad (MAPO), que posibilitará incrementar la eficiencia de su utilización en cualquier ámbito o contexto.

Se trata de que, desde la doctrina y desde la norma, se busca que aquellos conflictos con escasa lesividad o con circunstancias personales específicas, transcurran por un procedimiento expedito en el que tanto la víctima como el procesado reciben un beneficio, por cuanto lo que les interesa a estos dos sujetos procesales, es que su problema jurídico-penal, al no ser relevante ni muy gravoso, se solucione en un plazo razonable y con la observancia de los derechos humanos convertidos en necesarias garantías, para que de esta forma se tribute a una tutela judicial efectiva de los justiciables. En tal sentido, es preciso enunciar que el principio de oportunidad como mecanismo de política criminal y las restantes figuras procesales que se presentan, están orientados –esencialmente- a indemnizar a la víctima del daño sufrido, a buscar alternativas al juzgamiento-sanción y a descongestionar la justicia penal.

GONZÁLEZ NAVARRO considera que el criterio de oportunidad: “Constituye un intento de conducir la selección en forma racional, con criterios de política criminal (...) tendría como objetivos básicos, en primer término, descriminalizar cuando haya otros mecanismos de reacción social más eficaces o parezca innecesario el proceso y la pena. En segundo lugar, pretende volver los

ojos hacia la víctima en la medida en que muchos casos exigirían la indemnización previa. Y, en tercer lugar, buscaría la eficiencia del sistema frente a hechos más relevantes y de mayor gravedad social, al permitir descongestionar los atascados tribunales de manera tal que les permita intervenir en los hechos más lesivos y esenciales para la comunidad y los ciudadanos”⁵¹².

El principio de oportunidad y otras instituciones propias del proceso penal o generales –como la conciliación– propician que la situación jurídica de la víctima y del sospechoso o procesado, sean resueltas de manera pronta, pero sin dejar en la impunidad infracciones penales, que pueden ser negativas al interés público y que colocarían en tela de juicio el *ius puniendi* del Estado. Se trata de que una conducta humana que se encuentre tipificada y sancionada por el Derecho Penal, el responsable debe sufrir el juicio de reproche de conformidad con los lineamientos generales del principio de legalidad. El infractor debe sufrir el juicio de reproche y, por ende, la sanción punitiva que le corresponde, mientras la víctima, por su parte, debe ser resarcida con la reparación integral, lo cual garantiza los derechos del sujeto activo y pasivo de la infracción, así como alimenta la credibilidad de la Administración de Justicia penal por parte de la ciudadanía; pero, frente a la existencia de una cantidad inmensa de carga laboral que tienen los fiscales y jueces en materia penal, se torna imposible que todos los casos puedan ser sometidos a las autoridades competentes y obtengan una sentencia que ponga fin a la instancia.

Por lo tanto, deviene prioridad que se analicen los procedimientos especiales que guardan relación o resultan propicios para la aplicación del principio de oportunidad en el entendido de su visualización como manifestaciones, entre los cuales se pueden mencionar: el abreviado, el procedimiento de menores infractores, el directo, el expedito, la conciliación y la suspensión condicional de la pena. Todos estos procedimientos judiciales son muy valiosos en la justicia penal, ya que, con su regulación y diligenciamiento adecuados, se logra un saneamiento de la justicia en beneficio de los justiciables y la colectividad.

Resulta de gran relevancia dentro del Derecho procesal penal, la existencia de distintos procedimientos especiales que se manifiestan de forma similar o vinculada al principio de oportunidad, por cuanto introducen fórmulas alternativas al juzgamiento o a la pena en sí, con estricto apego y respeto de los derechos de la víctima y del sospechoso o procesado, así como la observancia del principio de celeridad, en tanto se resuelve el litigio en el menor tiempo posible

⁵¹² GONZALEZ NAVARRO, Antonio, *Sistema de juzgamiento...*, cit., p.237.

y, como consecuencia, los operadores de justicia “oxigenan” su labor al reducirse el número de causas a atender, lo que les permite orientar sus esfuerzos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos más graves, en aras de que cristalice una administración de justicia eficiente, oportuna y, fundamentalmente, a la altura de una sociedad que avanza al mismo ritmo de la ciencia y la tecnología.

En definitiva, estos procedimientos especiales guardan relación con el principio de oportunidad, pues permiten resolver de manera rápida la situación jurídica de la víctima y el procesado; procedimientos que concluyen con sentencia y que “liberan” al infractor del cumplimiento de sanción penal. Así, se presentan problemas hoy en la administración de justicia que obligan al legislador a la búsqueda de fórmulas para ser más eficiente y a ello contribuyen - en general- los procedimientos especiales y –en particular- la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, según modelo que constituye la propuesta de solución del problema planteado en la presente investigación y que se estructura por premisas, principios, componentes, la mejora continua y permanente y la validación sobre la base de los criterios de expertos en materia penal.

2. MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El principio de oportunidad tiene como finalidad beneficiar a los sujetos activo y pasivo de la infracción penal, con un proceder más rápido que el habitual y que ofrezca solución concreta que satisfaga a todos los intervinientes en el conflicto y ello sobre la base de las normas jurídicas que regulan tanto sus causales como su procedimiento, donde se debe privilegiar el cumplimiento del debido proceso, con el propósito de garantizar una administración de justicia acorde a las normas jurídicas nacionales e internacionales aplicables a cada uno de los casos puestos a su conocimiento y resolución. Idénticos o similares fines cumplen algunos procedimientos especiales y ello les coloca en situación de afinidad, por lo que resulta necesario analizarlos desde la doctrina y la legislación. Se trata de la conciliación, la suspensión condicional de la pena, el proceso a seguir con los menores infractores, los procedimientos abreviado, directo y expedito.

2.1. La conciliación o acuerdo reparatorio

Desde el punto de vista del Derecho procesal penal, la doctrina y la dogmática penal, la conciliación o acuerdo reparatorio, es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que se basa en los principios de voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad, donde la víctima y el procesado llegan a un acuerdo comprometiéndose a ciertas obligaciones, tomando en cuenta los daños ocasionados como consecuencia de la comisión del delito.

Para que se aplique esta figura jurídico procesal tanto la víctima como el ofensor, tienen el derecho a buscar el asesoramiento de un abogado de su elección y confianza o un defensor público, a fin de que comprendan cuál es el alcance y los efectos jurídicos de la conciliación y de las obligaciones a las que se comprometen las partes; así, el procesado es quien debe pagar la reparación integral por el daño ocasionado a la parte que recibió el agravio de la infracción y la víctima perdona la ofensa siendo su efecto inmediato la extinción de la acción penal.

En lo atinente, MARTIN RÍOS asevera que: "...La conciliación es entendida como el acto procesal a través del cual se hace valer el perdón del ofendido como acto material de extinción de la penalidad"⁵¹³. En ese sentido, BLANCO CARRASCO afirma que: "La conciliación extrajudicial es entendida como el acto en el cual participa un tercero ajeno al procedimiento judicial con el fin de que las partes en conflicto alcancen un acuerdo. A ella se recurre generalmente antes de iniciar la vía judicial, siendo en ocasiones un requisito necesario de la misma"⁵¹⁴. En la misma línea y en esencia coincidente, NEUMAN señala: "Lo que se propone con la mediación, que se define como un instrumento formal y rápido de solución de conflictos en el que se intenta salvaguardar los derechos de los actores del drama penal, es llegar a un proceso restaurativo que conduzca la conciliación y que restañe, por extensión, las desgarraduras sociales que sin duda produce el delito (...)"⁵¹⁵.

En criterio propio queda establecido que se trata de alcanzar un acuerdo entre víctima y victimario, sobre la base de un entendimiento común, que genera un beneficio a las dos partes, pero que nace del principio de legalidad, es decir, que las reglas que rigen a esta figura jurídica deben constar en un cuerpo legal

⁵¹³ MARTIN RÍOS, María del Pilar, *Víctima y justicia...*, cit., p. 424.

⁵¹⁴ BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y sistemas alternativos de solución de conflictos*, Reus S.A., Madrid, 2009, p. 42.

⁵¹⁵ NEUMAN, Elías, *Mediación ...*, cit., p. 83.

vigente, donde se especifique los derechos, garantías y principios del debido proceso, los tipos penales en los que resulta procedente, los requisitos de forma y fondo, así como el procedimiento legal y los efectos jurídicos que produce después de alcanzado el acuerdo. La conciliación procede en delitos menores sancionados hasta con cinco años de pena privativa de la libertad, con poca afectación a la víctima y al interés social o público.

Del mismo modo MARTÍN RÍOS, al referirse a la conciliación argumenta que: "...Si se estableciera como presupuesto procesal, como se hace para los delitos "privados", el requisito de haber celebrado anteriormente un acto de conciliación, posiblemente se evitará la incoación de procesos destinados únicamente a obtener una satisfacción económica. Ésta podría obtenerse, con mayor prontitud y con muchos menos trámites, a resultas de la conciliación celebrada. Creemos que esta opción no solo contribuiría a descongestionar la Administración de Justicia de procesos que solo persiguen un fin reparatorio sino que también facilitaría la satisfacción tempestiva y adecuada de la víctima..."⁵¹⁶. En este contexto, la conciliación a más de solucionar el problema jurídico penal entre la víctima y el victimario, efectivamente permite descongestionar la administración de justicia y por tal razón se vincula al principio de oportunidad, porque lo que se busca es evitar un juicio, sin que por ello se deje de reprimir la conducta del infractor y desprotegida a la víctima.

De acuerdo con la dogmática y la ciencia jurídica, la conciliación es considerada como un procedimiento eficaz en la solución de conflictos penales y resulta procedente desde la investigación previa, hasta la primera etapa del proceso penal, pero sin perder de vista que se debe cuidar que no se altere el orden público, se genere una cultura de paz entre los litigantes y en la sociedad y, fundamentalmente, la reparación integral a la víctima.

En otro orden de ideas, se hace referencia al auto de sobreseimiento por conciliación en la legislación española, señalando que en este supuesto se pone de manifiesto el principio de oportunidad cuando se hayan dado los siguientes presupuestos: que el delito sea menos grave o constitutivo de una falta, que no haya sido cometido con violencia, que no altere el orden público o revele peligrosidad el autor, la voluntad de reinserción del imputado manifestada en la reparación integral a la víctima y el cumplimiento efectivo de las medidas rehabilitadoras. En dichos supuestos, el titular del ejercicio de la acción penal

⁵¹⁶ MARTÍN RÍOS, María del Pilar, *Víctima y...*, cit., p. 214.

solicita el sobreseimiento al juez⁵¹⁷, quien tiene la facultad de acoger el acuerdo al que han llegado el ofendido y ofensor, y resolver el caso dictando el respectivo auto, sin olvidar que la reparación integral al ofendido es un derecho que debe ser satisfecho por el infractor, de manera prioritaria.

En lo atinente, MAIER asevera que: "...El procedimiento debe dar oportunidad para que el imputado y el ofendido compongan el conflicto voluntariamente. Cualquiera de ambos puede, libremente, negarse a colaborar o a tomar parte en este procedimiento. Como meta del procedimiento se postula por cierto, en principio, la conciliación entre el imputado y ofendido y la reparación del daño eventualmente provocado, solución que, o bien evita la pena, con o sin condena, o disminuye considerablemente"⁵¹⁸. Criterio que se comparte, pues el procedimiento debe ofrecer coyuntura a la víctima y al imputado para que compongan por sí el conflicto, en la búsqueda de una solución reparatoria en aquellos delitos no graves y en los que se espera la condena condicional o la suspensión condicional de la pena. De manera que se alcanzan soluciones que matizan el efecto coactivo de las decisiones judiciales, pues -aunque se requiere de aprobación del juzgador- nace de la voluntad de las partes y ello trae como consecuencia el cumplimiento voluntario de lo que se dispone sobre la base de lo acordado⁵¹⁹.

Para la efectiva materialización de este cauce procedimental, la legislación nacional debe regular los parámetros mínimos para su procedencia y como algo relevante debe permitir la creación de centros debidamente autorizados, con el personal especializado en la materia a fin de que tenga feliz término el acuerdo al que llegan las partes.

Por ello, y en alusión a la legislación española, PARRA QUIJANO menciona que se han creado centros autorizados de conciliación que cuentan con personal especializado en la materia y que forma parte de este procedimiento, la realización de una audiencia de conciliación antes -generalmente- de que se inicie la judicialización formal del conflicto, pues este procedimiento contribuye a la descongestión de los despachos judiciales al resolver el conflicto de manera ágil y efectiva lo que garantiza la observancia de la economía procesal; mientras

⁵¹⁷ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal ...*, cit., p. 1008.

⁵¹⁸ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal penal, Tomo II...*, cit., p. 622.

⁵¹⁹ *Apud.* MAIER, Julio B. J., *La víctima y el sistema penal, Jueces...*, cit., pp. 47,51.

que si no se logra un acuerdo, continúa el proceso hasta que se dicte la decisión judicial, dando así por concluido el proceso⁵²⁰.

En correspondencia, el autor de la presente investigación considera que la conciliación o acuerdo reparatorio, es un procedimiento legal aplicable en materia penal que, por sus características y su finalidad, constituye una figura jurídica de matices similares al principio de oportunidad, que nace desde el momento en que la víctima y el victimario, de manera libre y voluntaria acuerdan ciertos puntos, sin apartarse de lo que se encuentra regulado en la ley y la observancia del debido proceso, en especial el cumplimiento de sus principios; pero que se diferencia en que en el presente caso, la solución no se alcanza por petición fiscal, sino de las partes. Además, si el infractor incumple con lo pactado, el fiscal tiene la facultad de pedirle al juez que señale día y hora para que se realice una audiencia oral, pública y contradictoria en la que se deje sin efecto el acuerdo y se prosiga con el trámite legal ordinario hasta llegar a obtener la respectiva sentencia.

En la legislación procesal penal ecuatoriana, la conciliación se encuentra regulada en los artículos 663 al 665 del COIP y procede en la etapa de instrucción en delitos sancionados con una pena privativa de la libertad de hasta cinco años y en delitos de tránsito sin consecuencias de muertes ni lesiones graves o pérdida de órganos principales, con expresa exclusión de los delitos contra el Estado, contra la vida, la libertad personal con resultado de muerte, sexuales y de reproducción, y delitos intrafamiliares. En aras de lograr el acuerdo, se debe llevar a cabo una audiencia en la que se escuchará a las partes y luego el juzgador dictará la resolución aceptando el acuerdo y declarando la extinción de la acción y en el caso de incumplir el acuerdo al que llegan las partes, el juez dispondrá que la causa sea resuelta mediante el trámite ordinario.

En la legislación venezolana, el acuerdo reparatorio se encuentra regulado por los artículos 40 y 41 del Código Orgánico Procesal Penal y procede respecto de delitos que afecten al patrimonio o culposos contra las personas, que no afecten la vida ni la integridad física de las personas. Para la materialización de los acuerdos, resulta necesario que las partes presten su consentimiento libre y el fiscal emita una opinión de aprobación y si el imputado no cumple lo pactado dentro del plazo de tres meses, continuará el procedimiento judicial.

⁵²⁰ PARRA QUIJANO, Jairo, "Mecanismos alternativos de resolución de conflictos", en AA.VV., *Estudios sobre evaluación de procesos de reforma de la Justicia en Iberoamérica*, MORÁN, Manuel (Coordinador), Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Imprenta Nacional del Boletín Oficial de Estado, Madrid, 2007, p. 164.

2.2. La suspensión condicional de la pena

GIMENO SENDRA expresa que, en la normativa española, el juez de guardia está facultado para suspender la pena privativa de libertad, cuando la sanción no exceda de dos años, siempre y cuando el infractor manifieste su compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles al ofendido, mediante un previo acuerdo entre las partes, y que el juez haya fijado un plazo prudencial para la ejecución. En estos supuestos, no puede el juzgador disminuir la indemnización pactada y lo que se propicia es que el procesado —si fuere solvente— indemnice de manera ágil a la víctima o —si no posee recursos económicos— se fijará judicialmente un plazo prudencial para reparar el daño al perjudicado, lo cual genera una pronta reparación de la víctima y como no se le impone sanción al infractor, se facilita su reinserción⁵²¹.

De esta manera, el juzgador que dirige la audiencia pública y contradictoria, en la que los sujetos procesales tienen derecho a solicitar las diligencias probatorias pertinentes al caso, así como a presentar sus alegatos en Derecho, tiene la obligación de dictar la correspondiente sentencia condenatoria cuando llega a la certeza de que se ha probado tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado, la cual debe ser de manera verbal en la misma audiencia y luego por escrito a fin de que sea notificada a los intervinientes en el proceso penal. Si en la sentencia se impone una pena privativa de libertad al procesado, es posible que se deje en suspenso, pero de manera condicional, en tanto el sentenciado tiene la obligación de cumplir con una condición que le impone el juzgador, siendo la más importante la que tiene que ver con el reconocimiento de la reparación a la víctima en ese momento o en un plazo prudencial, lo que tiene como efecto jurídico inmediato la orden de libertad del sentenciado.

En ese mismo orden de ideas, se expresa que el beneficio de la condena condicional en la legislación española, es evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad para aquellos infractores que expresen su intención de no volver a cometer delitos en un futuro, pues toda ejecución de una pena —por corta que sea— impide o dificulta que se alcancen los efectos positivos de la reinserción social del penado. Así, la única justificación admisible para ejecutar las penas privativas de libertad sería que el infractor necesite rehabilitación y que

⁵²¹ GIMENO SENDRA, Vicente, *La conformidad "premiada" de los juicios rápidos*, Madrid, La Ley Penal – Número 05 – Año 1 – Mayo 2004, pp. 5-6.

no resulte posible conseguirla mediante otras instituciones extra carcelarias⁵²², de lo cual se evidencia que la suspensión condicional procede en delitos menores cuyas penas privativas de la libertad sean mínimas, con lo cual se consigue que el sentenciado no se convierta en un reincidente, porque se le previene que en caso de cometer otro delito, ya no será beneficiario de esta figura jurídica de carácter procesal.

Al respecto, BUCHELI MERA indica que: “También en este mismo lineamiento se sugirió en el proyecto inicial la suspensión condicional, en los casos en que es posible la suspensión de la pena. El pedido del fiscal en este sentido se somete a condición de que el imputado repare los daños causados por el delito; asegure suficientemente la reparación, incluso dentro de la alternativa está un acuerdo con el ofendido, que asuma formalmente la obligación de reparar el daño a la medida de sus posibilidades”⁵²³. En consecuencia, le corresponde al juzgador -a petición expresa del fiscal- decidir sobre la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta al sentenciado, siempre que se cumpla con los requisitos que establece la ley y la condición impuesta al infractor, ya que, de incumplir con este último aspecto, le corresponde al juez ordenar el cumplimiento de la pena, sin que pueda ser beneficiario nuevamente de este aspecto de orden legal.

Por su parte, MARÍN DE ESPINOSA afirma que la nueva regulación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, es positiva porque facilita la resocialización del delincuente, donde el legislador otorga mayor facultad discrecional al juez en la concesión de este beneficio, siendo su objetivo el de resocializar al condenado, siempre que cumpla con ciertas reglas de conducta que deben ser menos gravosas que la privación de la libertad. En su criterio -y contestes con él- para los drogadictos y alcohólicos se convierte en algo imposible, porque un sujeto que ha cometido un delito bajo los efectos de sustancias tóxicas o de alcohol, en la mayoría de los casos, no podrá acceder a la suspensión de la pena privativa de libertad⁵²⁴.

En este contexto, se afirma que la suspensión condicional de la pena debe ser debidamente reglada por la ley procesal penal, donde consten cada una de las

⁵²² CACHÓN CÁRDENAS, Manuel, *Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos (1)*, Diario La Ley, Año XXIV, Números 5819 y 5820, Valladolid, Martes 8 y 9 de julio de 2003, pp. 16-17. Experiencia de aplicación de penas alternativas en los Juzgados de lo penal: problemas.

⁵²³ BUCHELI MERA, Rodrigo, *Derecho procesal penal en el sistema acusatorio*, Justicia Crítica, Editorial Universitaria, Quito, 2009, p. 225.

⁵²⁴ MARÍN DE ESPINOSA, Elena, *Las novedades de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código Penal de 1995*, Granda, Actualidad Penal, Núm. 35, 2000, pp. 8-9.

condiciones que debe cumplir el sentenciado, así como el procedimiento legal para su real aplicación y en el caso de incumplir lo ordenado por el juzgador cuál sería su efecto jurídico inmediato; todo esto con el fin de precautelar los derechos de la víctima y del sentenciado, consagrados en los convenios internacionales de derechos humanos y en la legislación interna de cada país. Con independencia de otras particularidades, solo procede cuando se trate de infractor primario y, como se puede constatar, se diferencia del principio de oportunidad en que se ejercita la acción penal y se sanciona a privación de libertad, pero luego se “condiciona” el cumplimiento de dicha pena, al acatamiento de otras que no entrañen una limitación o privación de la libertad. En esta categoría jurídica, el proceso penal se realiza en todas sus etapas y el juzgador dicta una sentencia condenatoria en contra del procesado, en la cual se le impone una pena privativa de su libertad, sin embargo, luego no se ejecuta y ello en atención a que el encarcelamiento sin una rehabilitación social integral del infractor, ocasiona una total deformación de su conducta.

En la legislación ecuatoriana, se encuentra regulada desde el art. 630 al 633 del COIP, y procede cuando un juez o tribunal de garantías penales dicta sentencia condenatoria en contra del procesado y de manera expresa se solicita que se aplique esta figura jurídica de carácter procesal; petición que se puede realizar en la propia audiencia de juicio o después de las veinte y cuatro horas siguientes a la notificación de la sentencia escrita. Se establecen como requisitos: que la pena privativa de libertad para el tipo penal no exceda de cinco años; el sentenciado no tenga otra sentencia o proceso en curso ni haya sido beneficiado por una salida alternativa en la otra causa; y, que los antecedentes penales del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta constituyan aspectos indicativos de que no resulta necesaria la ejecución de la pena.

Todos estos requisitos son de estricto cumplimiento para que el sentenciado se beneficie de la suspensión condicional de la pena y de esa forma pueda gozar de su libertad individual, dedicándose a una actividad económica productiva, ya sea de manera liberal o en relación de dependencia, con la única intención de que el sujeto activo del delito se rehabilite y se reinserte a la sociedad como un ciudadano ejemplar. Para su aplicación se debe seguir un procedimiento que se inicia con la petición respectiva, correspondiéndole al juzgador señalar día y hora para que se lleve a cabo la respectiva audiencia, donde intervendrán los sujetos procesales, iniciando por el fiscal, el sentenciado, el defensor público o privado y la víctima, quienes discutirán sobre las condiciones y formas de

cumplimiento que dure el período de la suspensión condicional de la pena. Es decir, que el sentenciado si bien es cierto que no cumple una pena privativa de libertad impuesta en la sentencia, tiene la obligación de dar estricto cumplimiento a las condiciones dispuestas por el juzgador, ya que -caso contrario- le corresponde al juez de garantías penitenciarias ordenar que el sentenciado cumpla con la pena inicialmente dispuesta.

Las condiciones que están reguladas en la ley y que debe cumplir el sentenciado durante todo el período que dure la suspensión condicional de la pena son: residir en un lugar determinado; abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas; no salir del país sin previa autorización; someterse a un tratamiento médico, psicológico o de cualquier otra naturaleza, ejercer un trabajo, oficio, profesión o empleo, o realizar trabajos comunitarios; asistir a programas educativos o de capacitación; pagar la reparación integral a la víctima; presentarse periódicamente ante la autoridad respectiva; no ser reincidente; y, no tener instrucción fiscal por un nuevo delito.

Estas dos condiciones finales realmente no son tales, pues tienen el carácter de previas, en el sentido de que debe tomarlas en cuenta el juzgador antes de aplicar la suspensión condicional de la pena, ya que se refieren a que el sentenciado no sea reincidente y que no tenga vigente una instrucción fiscal por nuevo delito; si uno de estos aspectos es positivo no será susceptible la aplicación de esta institución, lo cual de alguna manera viola el principio de igualdad, ya que todas las personas que han cometido un delito y han sido sentenciadas, pueden ser acreedoras a la suspensión condicional de la pena privativa de libertad, basta que se cumplan los presupuestos jurídicos que expresamente señala la ley.

Por otra parte, solo procede en delitos menores donde no existe un comprometido agravio a la víctima ni a la sociedad y el art. 630.4 del COIP- de manera expresa- excluye a ciertos delitos en los que no resulta aplicable como son aquellos que se configuran contra la integridad sexual y reproductiva, y violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

En los artículos 482 al 487 del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela se encuentra regulada la suspensión condicional de la ejecución de la pena, para lo cual se requiere que el penado se encuentre clasificado con pronóstico de mínima seguridad, que la pena impuesta en la sentencia no exceda de cinco años, que cumpla con las condiciones expuestas por el juzgador, que tenga una oferta de trabajo y que no haya sido admitida en su contra una acusación particular por

el cometimiento de un nuevo delito o que no se le haya revocado cualquier fórmula alternativa del cumplimiento de la pena otorgada con anterioridad; cumplidos estos presupuestos se le fijará al sancionado un plazo de régimen de prueba que no será inferior a un año ni superior a tres años y, además, se le impondrá el cumplimiento de una o más condiciones que se encuentran expresamente determinadas en la ley y una vez que el juez de ejecución compruebe el cumplimiento de las referidas condiciones, dictará auto en beneficio del infractor, previo a la opinión del fiscal.

En la legislación procesal penal chilena se regula en el art. 398 del Código Procesal Penal, siendo apropiada cuando existe mérito para imponer una pena, en cuyo caso el juzgador dictará la respectiva sentencia en contra del imputado pero si existen antecedentes favorables al infractor dispondrá la suspensión de la sanción por un plazo de seis meses y de no haber cometido otro delito en dicho periodo, los jueces dejarán sin efecto la sentencia, la cual será remplazada por un sobreseimiento definitivo de la causa, sin que esto afecte lo relacionado con la responsabilidad civil a que tiene derecho la víctima del delito.

En la normativa uruguaya se prevé en los artículos 302 al 312 del Código del Proceso Penal⁵²⁵ y opera cuando se trate de un primario absoluto o legal y que la pena impuesta sea de hasta tres años; de cumplirse estos requisitos, el sentenciado permanecerá bajo vigilancia de una autoridad por el plazo de dos años y de no haber sido condenado por un nuevo delito durante el plazo anteriormente indicado, previo a la opinión del fiscal, se declarará extinguido el delito y se tendrá como no pronunciada la sentencia y de cometer un nuevo delito por el que resulte condenado y quebrante las obligaciones impuestas por la autoridad, el juzgador revocará dicha decisión judicial y dispondrá su reingreso a la cárcel para que siga cumpliendo la pena impuesta.

De manera general, se puede apreciar su reconocimiento normativo y el establecimiento de ciertos requisitos para su procedencia, pero que siempre se toma en cuenta la pena que regula la ley o la pena impuesta al infractor en la sentencia, que en ningún caso sobrepasa los cinco años, lo cual significa que solo tiene pertinencia en delitos menores y que dicha suspensión estará sujeta al cumplimiento de determinadas conductas impuestas por el juzgador.

⁵²⁵ Código del Proceso Penal Uruguayo, Ley N.º 19.293 de 9 de enero de 2015.

2.3. El proceso de menores

En lo que respecta al proceso de menores, DE LA ROSA CORTINA señala que: "...La filosofía socializadora que inspira el Derecho Penal de menores impone la necesidad de celeridad. El transcurso del tiempo es vivido en la *psique* del menor de forma radicalmente distinta. Las dilaciones en este proceso especial son mucho más perturbadoras que en el proceso de adultos"⁵²⁶. Sobre el mismo tema, FERNANDEZ asevera que: "La celeridad es vital en la Justicia de Menores, hasta el punto de que ha sido especialmente incorporada a los principales instrumentos internacionales sobre la materia (...) La psicología pone de manifiesto cómo el menor vive el transcurso del tiempo de forma radicalmente distinta al adulto. Las dilaciones en este proceso especial son mucho más perturbadoras que en el proceso de adultos"⁵²⁷.

De manera que, en este tipo de procesos -con independencia del tipo de ilícito penal de que se trate- la prontitud en la respuesta deviene en necesidad de primer orden y por ello el proceso que permite juzgar la conducta irregular de los menores de edad ha de ser rápido en atención a que no se trata de un delincuente y atraviesa una delicada situación psíquica desde el momento de la comisión de la infracción, hasta cuando el juez competente decide su caso en audiencia. Audiencia que se celebra bajo el principio de reserva de actuaciones, pero que cumple con el debido proceso y, fundamentalmente, con la inmediación, contradicción, concentración, celeridad, mínima intervención penal, eficacia y seguridad jurídica. Así, no se debe alargar innecesariamente el decurso del proceso por los intervinientes con mecanismos que lo conviertan en un procedimiento tortuoso y violatorio a los derechos de la víctima y del menor infractor, sino por el contrario, debe ser simple y eficaz, para que la situación jurídica se solucione en un tiempo razonable.

Dentro de lo que se prevé en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), se menciona que tiene el objetivo de hacer hincapié en su bienestar y garantizará que se les proporcione una respuesta a los menores delincuentes en todo momento,

⁵²⁶ DE LA ROSA CORTINA, José, *El tiempo y el proceso penal de menores: el principio de celeridad*, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 7567, Valladolid, 11 de febrero de 2011, p. 6. Recrea el autor que: "La dimensión de este principio en la justicia de menores es clara: si ésta tiene por objeto educar, la necesidad de conectar temporalmente la consecuencia jurídica (medida sancionadora-educativa) con el hecho cometido (delito o falta) es esencial. No puede dilatarse el proceso en el tiempo so pena de incumplir los objetivos perseguidos e incluso incurrir en intervenciones inútiles o lo que es peor, contraproducentes..."

⁵²⁷ FERNÁNDEZ OLMO, Isabel, *El principio de celeridad en el procedimiento de menores*, Málaga-España, Estudios Jurídicos ISSN-e 1888-7740, n.º 2008, pp. 3 - 4.

conforme a las circunstancias y al hecho delictivo; indicando que en todas las etapas se deben respetar las garantías del debido proceso, como: "...la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior". Además, se señala que para facilitar la tramitación en los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas del hecho delictivo⁵²⁸.

En consecuencia, a los menores de edad no se les puede considerar como delincuentes, simplemente son transgresores de la ley penal, pero que por su corta edad e inmadurez psicológica, desde el punto de vista de la doctrina y las normas jurídicas, gozan de la condición de ser parcialmente inimputables, por lo que aunque su conducta se adecue a los tipos penales que se encuentran tipificados en la ley penal, la sanción que corresponde no es una pena, sino la imposición de medidas socioeducativas, siendo la más grave el internamiento del menor infractor en un lugar apropiado, no en una cárcel pública. Desde el inicio de la investigación el menor infractor goza de los derechos de presunción de inocencia, a ser escuchados por el juez en presencia de sus representantes legales, a guardar silencio, a ser asesorados por un abogado particular o defensor público y, de manera general, a ser protegidos por parte del Estado.

Si el menor goza de iguales o superiores derechos que el transgresor adulto, también resulta lógico que se le beneficie con otros mecanismos procesales, como el de oportunidad, pues en ellos existe siempre una mayor posibilidad de rehabilitación de su conducta y de reinserción social, así como existe un incremento de la responsabilidad del Estado en su recuperación y educación como ser humano. Al respecto, SUANZES PÉREZ precisa que: "Estamos pues ante la primera manifestación en el procedimiento de menores del ejercicio del principio de oportunidad reglada, vinculada al logro de los objetivos de educación e inserción social del menor. Los requisitos para su aplicación son: a) que la infracción sea considerada como delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas o falta y, b) que el menor no haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza"⁵²⁹. Por lo indicado, en la legislación española resulta factible la aplicación del principio de oportunidad reglado a

⁵²⁸ Vid. Numerales 5, 7 y 11.4 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, Beijing, 29 de noviembre de 1985.

⁵²⁹ SUANZES PÉREZ, Fernando, *La justicia restaurativa: Normativa actual...*, cit., p. 3319.

favor del menor infractor, siempre que el delito no sea grave y no se pruebe reincidencia y además se considera que al no ser un delincuente común, debe tener mayor apertura para que una vez que repare el daño causado a la víctima, se aplique este principio y se lo libere de culpa, sin olvidar que en el futuro requiere de una ayuda psicológica para salvarle su situación personal y la reinserción adecuada a su medio social.

En el contexto internacional se establecen estrategias de “diversión”, direccionadas a que las autoridades promuevan la utilización de otros mecanismos, tendientes a que no se aplique un procesamiento formal de justicia penal, como la aplicación del principio de oportunidad en los procesos de menores, donde el titular del ejercicio de la acción penal, una vez que se hayan cumplido los requisitos legales, podrán solicitar el sobreseimiento o la terminación anormal del proceso mediante una negociación. Las razones de utilización de este principio radica en la utilidad pública o interés social, de modo que al existir escasa lesión social y falta de interés en la persecución penal, permite una pronta reparación por el hecho delictivo a la víctima, evitando que se den los efectos negativos de las sanciones con penas privativas de libertad de corta duración, y lograr la rehabilitación del infractor mediante un sometimiento voluntario a un programa de readaptación, aspecto positivo para la sociedad⁵³⁰.

De manera que el menor infractor no necesariamente debe ser sometido a un procedimiento en el que el juzgador le sancione con medidas socioeducativas, que pueden ser incluso de privación de la libertad a través de un internamiento, cuya duración depende del delito cometido, sino que el fiscal como titular del ejercicio de la acción, cumpliendo el principio de mínima intervención penal, puede interesarle al juez que aplique el principio de oportunidad, siempre que se cumpla con los requisitos legalmente establecidos al efecto y siempre con la mira puesta en que para el caso de los menores, ya el hecho de verse insertos en un proceso penal —por desformalizado que pueda ser— provoca efectos negativos, los que se refuerzan ante la imposición de un internamiento que produce alteraciones significativas en su conducta y que en el futuro pueden llevarle a ser reincidente.

El criterio esgrimido en la presente investigación, lo refuerza SANZ HERMIDA cuando afirma que: “...la vigencia del principio de oportunidad en los procesos de menores no solo constituye un reflejo de lo que sucede en el

⁵³⁰ FERREIRÓS MARCOS, Carlos, et. al. *La mediación en el Derecho Penal*, Dykinson S.L., Madrid, 2011, pp. 52 - 53.

ámbito de los mayores, sino que se dibuja como un importante mecanismo de consecución de los fines propios de este ámbito como ha sido puesto de manifiesto en diversos textos internacionales en la materia⁵³¹. En tal sentido, si el principio de oportunidad es aplicable a los mayores de edad que cometen delitos de bagatela o de poco impacto social, los cuales son imputables y, por ende, responsables de dichos actos, ¿por qué no lo sería en el caso de los menores? El pensamiento lógico indica que si procede en un caso también en el otro; pero, un pensamiento sociológico y humanista –a lo cual está convocado el proceso penal- emplaza a una mayor generalización e instrumentación en el caso de los menores infractores, pues no han de estar sometidos al Derecho Penal común, sino a la legislación especializada y a intérpretes –en el sentido de operadores jurídicos- también especializados.

En la misma línea se afirma que el principio de oportunidad es aquel que permite a los órganos estatales, dejar de perseguir o de condenar al responsable de determinadas conductas tipificadas como delito, o sancionar con penas más leves o medidas distintas, sin la necesidad de recurrir a un proceso judicial, en el marco de la justicia juvenil; este principio tiene como asidero la mínima intervención, con la finalidad de dar relevancia a otras medidas alternativas extrapenales, está constituido por dos vertientes de carácter subsidiario y fragmentario, según los cuales el Derecho Penal debe ser el último recurso a aplicarse frente a delitos menores y que no se ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino los ataques más peligrosos para ellos. También, en el art. 19 de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de España, se encuentra una manifestación del principio de oportunidad que introduce la justicia restaurativa y permite el sobreseimiento del proceso al haberse producido la reparación entre el menor y la víctima, lo que produce el desistimiento del fiscal en aquellos casos en los que se ejecutan sin violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos delictivos, y que el menor infractor reparare el daño causado a la víctima y cumpla una actividad educativa que se podrá articular por medios de naturaleza extraprocesal⁵³².

La ley que regula el juzgamiento de los menores infractores, no necesariamente busca que se siga el trámite general que comienza con la

⁵³¹SANZ HERMIDA, Ágata, *El nuevo proceso penal ...cit.*, p. 214.

⁵³² MONTERO HERNANZ, Tomás, *La justicia restaurativa en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, en Revista La Ley, Año XXXII, N° 7655, Sección Doctrina, Diario la Ley, Madrid, 20 junio 2011 p. 2.

investigación del fiscal, hasta llegar a la audiencia de juzgamiento que concluye con una sentencia, que puede ser condenatoria o ratificando el estado de inocencia, sino que por iniciativa de los operadores de justicia basados en las normas jurídicas, la doctrina y la jurisprudencia, están facultados para aplicar una justicia restaurativa, donde primen la reparación del agravio ocasionado a la víctima y el abandono o desistimiento de la investigación fiscal, con el consiguiente archivo de la causa. Todo ello en atención al tratamiento que la ley otorga al menor de edad que participa en la comisión de un delito, que no es igual al del adulto, sino que más bien busca “enderezar” su conducta hacia un comportamiento de respeto de las normas jurídicas vigentes y de los derechos de las demás personas. En este entorno, el principio de oportunidad constituye un mecanismo procesal aplicable al menor infractor y debe regularse con mayor amplitud en cuanto a los tipos penales en que procede o en todos los delitos sancionados con penas que podrían ser de hasta ocho años de internamiento, siempre que no afecten al interés social ni al Estado y se tenga en cuenta el interés superior del menor, como principio y paradigma de todo proceso en el que interviene.

Al hacer un estudio sobre el proceso aplicable a los menores infractores, ARMENTA DEU considera que: “El principio básico que inspira la Ley es la salvaguarda y defensa del *superior interés del menor*. Guiada por dicho principio, la naturaleza de este procedimiento es calificada por la propia Exposición de Motivos de “formalmente penal pero materialmente sancionadora- educativa”. Quiere con esto decirse que a través de este proceso se busca no tanto la represión de las conductas constitutivas de delito o falta realizadas por menores de edad penal, cuanto la reeducación y reinserción de los infractores. Esta finalidad justifica muchas de las especialidades que este proceso presenta respecto del proceso penal para adultos”⁵³³.

De manera que ha de entenderse que, el interés superior del menor⁵³⁴, prevalece sobre otros principios atinentes por lo que los operadores de justicia

⁵³³ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones...cit.*, p. 327.

⁵³⁴ Con la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, los niños pasan a ser comprendidos como sujetos de derechos y se produce un cambio de paradigmas que permite aludir a la exigibilidad de sus derechos y a la visualización del interés superior no solo como principio, sino también como derecho subjetivo y norma de procedimiento, en tanto los operadores jurídicos están obligados a actuar bajo su égida y a reflejar su construcción en el caso concreto, a partir de distintos elementos como la situación de vulnerabilidad en que pueda encontrarse y su opinión, entre otros. Ecuador es signatario de la Convención desde 1990 y ese propio año entró en vigor en el país como norma de Derecho interno.

que intervienen en la investigación y juzgamiento de un individuo mayor de catorce y menor de dieciocho años que, por falta de una educación integral adecuada, cae en la comisión de un delito, tiene que ser tratado como tal, reconociéndole la universalidad de derechos fundamentales que tiene a su favor, cumpliéndose el debido proceso y de encontrarle culpable, lo que tiene que primar en la mente del juzgador, no es la sanción o el internamiento que le prive de su libertad, sino algo diferente: cómo arbitrar medidas socioeducativas que le permitan una reeducación y reinserción social, porque en el campo jurídico y humano, nunca será considerado como un delincuente, más bien como una persona que necesita de la ayuda de la familia, la sociedad y el Estado, para hacer realidad el ejercicio pleno de sus derechos.

En relación con las medidas socioeducativas que se le pueden aplicar al menor infractor, DE LA ROSA CORTINA expresa que: “Los trabajos que pueden realizarse como reparación extrajudicial son muy variados y van desde mantenimiento de locales hasta seguridad vial, pasando por pintura de centros, acompañamiento de ancianos, animación lúdica a niños, ayudas a domicilio, guardería en centros penitenciarios, distribución de alimentos, etcétera. Para que pueda optarse por este cauce desjudicializador debe concurrir una *conditio sine qua non*: que se trate de hechos subsumibles en delitos menos graves o faltas. Además deberá valorarse “la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos”⁵³⁵.

Así, el procedimiento de menores constituye crisol procesal de materialización del principio de oportunidad, porque no se imponen penas, solo medidas socioeducativas, siempre en pos de garantizar sus derechos, porque desde el punto de vista criminológico no resulta posible que se le someta a un procedimiento judicial violatorio de sus derechos esenciales y le genere conflictos internos en su psiquis e incluso más graves que aquellos que son consecuencia de la violación de la ley penal. Los tratamientos aplicados deben favorecer su interacción con la comunidad, intervenir en su situación personal y entorno socio familiar, controlar su evolución personal y social, incidiendo en las causas de su conducta desadaptativa, a través de medidas de tratamiento ambulatorio, de permanencia en su domicilio el fin de semana, libertad vigilada, convivencia con otro tipo de personas, trabajos comunitarios, tareas

⁵³⁵ DE LA ROSA CORTINA, José, “Oralidad, justicia alternativa...”, cit., pp. 304-305.

socioeducativas, prohibición de acercarse a la víctima y cancelación del permiso de conducción, entre otras medidas⁵³⁶.

El autor comparte el criterio anteriormente referido porque, efectivamente, el menor infractor, al ser parcialmente inimputable, es acreedor de un tratamiento adecuado por su grado de vulnerabilidad, en general por parte de los operadores de justicia durante la tramitación del proceso de menores y en particular de su familia y de la sociedad durante y después de cumplidas las medidas socioeducativas, porque al no ser considerado delincuente, se debe cuidar que su personalidad evolucione positivamente, a fin de permitirle alcanzar una reeducación y reintegración social adecuadas.

En el sistema español, FERREIRO BAAMONDE revela la importancia de la víctima en este tipo procesal y la aplicación del principio de oportunidad, puesto que cuando existe responsabilidad del menor, existe la posibilidad de sobreseerle cuando haya existido conciliación entre la víctima y el infractor, al cumplirse ciertos requisitos como: que el hecho ilícito no se haya cometido con violencia y que dentro de la conciliación se haya considerado el interés del ofendido y la resocialización del menor⁵³⁷. A ello agrega que el interés del menor obliga a desarrollar determinadas “modulaciones” en las medidas a disponer, pues ha de superar el carácter únicamente restrictivo que prevalece en el Derecho Penal de adultos, ya que la medida socio-educativa está orientada a la reeducación y reinserción social, por lo que se establece un amplio catálogo de providencias, con la finalidad de adaptarlas a las circunstancias personales de cada menor, dándole facultades al juzgador para que ordene su ejecución y, de este modo, resulte más beneficioso a su reeducación; pero –comenta con acierto el autor- no basta con la flexibilización de la dirección y sanción otorgada al juez, sino que también se le aumentan las facultades al fiscal, para que pueda aplicar el principio de oportunidad o “remitir la resolución a medidas extra-penales, como la conciliación entre la víctima y el menor, el resarcimiento anticipado, suspensión condicional de la medida o sustitución de la misma en su ejecución, haciendo uso de la mínima intervención, mediante la no iniciación o renuncia del proceso penal”⁵³⁸.

⁵³⁶ ROSSER LIMIÑANA, Ana y Raquel SURIÁ MARTÍNEZ, *Prevención y tratamiento...*, cit., pp. 33 - 34.

⁵³⁷ FERREIRO BAAMONDE, Xulio, *La víctima en el procesal penal*, 1.ª Edición, La Ley-Actualidad, S.A, Madrid, 2005, p. 383.

⁵³⁸ FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé, “El procedimiento en la LO 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor”, en AA.VV., *Derecho Procesal Penal*, Tercera edición, Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, pp. 967-968.

Una vez que se verifica la infracción que comete el menor, le corresponde al fiscal especializado en legislación penal de menores, estudiar cada caso concreto y seleccionar la mejor alternativa procedimental que permita una eficaz solución del conflicto, pues el marco jurídico le concede mayor número de atribuciones y facultades, para que adopten mecanismos investigativos basados en el conocimiento tecnológico y científico, con respeto de los derechos de la víctima y del menor infractor. Cuando se escoge la aplicación del principio de oportunidad como procedimiento legal, deviene imprescindible también la regulación de alguna manera en cuanto al derecho que tiene la víctima respecto de la reparación integral, por lo que la ley debe establecer que, previo a utilizar el referido principio, se repare el perjuicio ocasionado al sujeto pasivo de la infracción, caso contrario no procedería dicho procedimiento judicial.

En ese mismo orden de ideas, MARTIN RÍOS asevera que: "...el menor deberá cumplir el compromiso de reparación del daño causado contraído con la víctima. Ese cumplimiento podrá llevarse a cabo a través de trabajos en beneficio de la comunidad o que redunden directamente en beneficio de la víctima"⁵³⁹. El autor de esta investigación comparte el criterio de la experta citada, ya que la reparación integral, que comprende constituye un derecho de la víctima de ineludible observancia, expresado como los daños y perjuicios y el daño moral, que pueden ser satisfechos sobre la base de una cantidad de dinero cuantificada por el juzgador en cada caso concreto o la prestación personal de un trabajo que le beneficie directamente o a la sociedad en general, pero ello no es suficiente, porque lo más significativo en ciertos delitos como en el de violación es el perjuicio de carácter inmaterial, que tiene que ver con la afectación psicológica y que puede implicar tratamiento permanente por parte de un profesional especialista en la materia, puede ser por toda la vida y que en consecuencia es difícil su cuantificación.

En consecuencia, la investigación y juzgamiento de un menor infractor, no puede ser realizado por cualquier fiscal o juez, sino por operadores de justicia especializados, que velen por su total readaptación e, incluso, entre más grave sea el delito cometido, mayor debe ser la atención y si la ley ordena que se le imponga una medida socioeducativa privativa de la libertad, se evitará su permanencia y se propiciará la utilización de medidas complementarias que le permitan estar en contacto con sus familiares más allegados, sus amigos y el medio social en el que vive, donde se le reeduce y -al mismo tiempo- se le

⁵³⁹MARTIN RÍOS, María del Pilar, *Víctima y justicia...*, cit., p. 424.

otorguen responsabilidades de carácter personal, familiar y social. El adolescente que infringe la ley penal necesita de un constante apoyo psicológico, basado en el amor familiar y en la confianza de los demás miembros de la sociedad. Frente a un comisor infantil o juvenil, se acrecienta la responsabilidad de los adultos que le rodean y del Estado, pues del trabajo de reeducación que se realice dependerá –en gran medida- el futuro de ese ser humano.

2.4. El procedimiento directo

DIETRICH y ESQUITINI, al referirse al procedimiento directo, expresan que resulta factible a partir de la audiencia de calificación de flagrancia, pero que contiene un defecto procesal grave, porque se estaría desarrollando una acusación y posterior juicio sin que el procesado tenga claridad sobre la imputación formal que se le está haciendo; es por eso que para aplicar cualquier figura jurídica que permita poner un término anticipado al juicio penal, se requiere previamente de la realización de una audiencia de formulación de imputación, para establecer con certeza cuáles son los hechos por los cuales se va a investigar al infractor, los antecedentes en los que se sustenta la persecución penal y la calificación jurídica del hecho por el cual se le investiga; de no existir este trámite previo no puede someterse al procesado a juicio porque no tiene la posibilidad de conocer los cargos que se le imputan y, por tanto, no se encuentra en posibilidades de preparar su defensa, no puede ejercitar de forma adecuada su derecho a la defensa. Ello no implica que el procesado pueda oponerse a la decisión del fiscal de someter la causa al procedimiento directo, pero, al menos, que sea tenido en cuenta su parecer antes de ser llevado a juicio⁵⁴⁰.

El procedimiento directo se encuentra regulado por el art. 640 del COIP y se estructura en una sola audiencia oral, pública y contradictoria, lo cual significa que las tres etapas del proceso penal ordinario se concentran en ese momento procesal, pero al suprimirse las fases del proceso, se violan varios derechos fundamentales de la víctima y el procesado, por cuanto no tienen el tiempo necesario para preparar su defensa. Este procedimiento solo procede en delitos flagrantes, es decir, que una vez aprehendido el sospechoso de manera constitucional y legal y cumpliéndose el debido proceso, se le deben leer sus derechos constitucionales, entre los cuales se pueden mencionar el de guardar silencio, comunicarse con un abogado o un familiar, a través de cualquier medio,

⁵⁴⁰ DIETRICH, Mark y Patricia, ESQUITINI CÁCERES (Directores), *Manual de procedimientos especiales y litigación oral*. Programa de Fortalecimiento de la Justicia en el Ecuador, (EWMI-USAID), Diseño Gráfico Impresión Nuevo Arte, Quito, 2013, p. 83.

luego es llevado a una audiencia a la que asisten el fiscal, la acusación particular de existir y el procesado conjuntamente con su abogado defensor particular o público.

La aplicación del procedimiento directo procede únicamente en delitos flagrantes cuya sanción sea de hasta cinco años de privación de la libertad individual y en los delitos contra la propiedad que sean flagrantes, pero que no superen los treinta salarios básicos unificados. La flagrancia tiene que ser calificada por el juez de garantías penales y se considera como tal cuando el sospechoso comete la infracción en presencia de una o más personas, o cuando se realiza la persecución por parte de la Policía Nacional por un periodo de tiempo de hasta veinte y cuatro horas, siempre que dicha persecución sea ininterrumpida, con la condición de encontrarle al infractor con el producto del delito o los instrumentos con que lo cometió.

De manera que el procedimiento directo deriva—en esencia— su instrumentación de que el infractor sea aprehendido en el mismo momento de la comisión de la infracción —de ahí su denominación de flagrante—, por lo que una vez privado de la libertad los agentes de policía elaboran un parte y le ponen a las órdenes del fiscal y del juez competente de manera inmediata, a fin de que en las siguientes veinte y cuatro horas, se lleve a cabo la audiencia de flagrancia correspondiente, donde el fiscal decide iniciar instrucción y el juez a petición del titular del ejercicio público de la acción, ordena las medidas cautelares reales o personales que fueren procedentes.

Con respecto a lo que jurídicamente constituye el delito flagrante, GONZÁLEZ MONGUI asevera que: “*La flagrancia en sentido estricto*, que se presenta cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer la conducta punible, bien en la fase ejecutiva o consumativa del mismo, en el lugar de los hechos”⁵⁴¹. En la misma línea, PÉREZ señala que: “Se entiende por delito flagrante el que se está cometiendo o se acaba de cometer cuando el delincuente o delincuentes son sorprendidos. Es el que se presencia”⁵⁴². Del mismo modo, ARTEAGA menciona que: “...se trata de la situación de flagrancia, la cual faculta para que una persona, sin orden judicial, pueda ser detenida, colocada así, en otras manos, fundamentalmente en las de funcionarios policiales, la posibilidad

⁵⁴¹ GONZÁLEZ MONGUI, Pablo, *La Policía Judicial en el sistema penal acusatorio*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2007, p. 17.

⁵⁴² ALONSO PÉREZ, Francisco (Coordinador), *Manual del Policía*, 4ª edición, La Ley, Madrid, 2004, p. 426.

de que sea privada de su libertad de movimiento”⁵⁴³. Es decir, que cuando el que participa en la comisión del delito es privado de su libertad inmediatamente o en el mismo acto delictivo, cualquier persona o miembros policiales están facultados por la ley para proceder a su aprehensión sin necesidad de una orden judicial, para que en las próximas veinte y cuatro horas se realice la audiencia de flagrancia respectiva donde el fiscal decide iniciar el proceso penal.

La competencia se radica ante el juez de garantías penales respectivo, la cual se determina en la forma que estipulan la CRE y la ley especial, para lo cual se toma en cuenta la materia, el territorio, los grados y las personas, siendo necesario además analizar las reglas de la competencia determinadas en el art. 404 del COIP.

Respecto del empleo de este procedimiento, es necesario hacer referencia a los delitos en los que no procede, entre los cuales se puede mencionar a los que afecten a los intereses del Estado, violación contra la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y los delitos contra la mujer y la familia. En razón de que las sanciones para estos tipos penales son más drásticas, así como también porque afectan gravemente a los bienes jurídicos protegidos, lo que trae como resultado una lesión muy grave en la persona de la víctima y, por ende, también afecta a la sociedad en general. Consecuentemente, obró con tino el legislador al excluir este tipo de delitos, aunque -en consideración propia- también otros deben ser exceptuados del catálogo, tales como contaminación del medio ambiente que implique su destrucción y afecte a la vida humana y delitos internacionales que afectan no solo a un país, sino a toda la humanidad, por lo que en futuras reformas habrá de ser tenido en cuenta, así como respecto del procedimiento legal que se sigue para efectivizar esta herramienta jurídico procesal que, de alguna manera, afecta a los derechos fundamentales de la víctima y del procesado.

De retorno al procedimiento, deviene justo mencionar que una vez calificada la flagrancia, el juez competente señala día y hora para que se lleve a cabo la respectiva audiencia de juicio, que se debe realizar en el plazo de diez días posteriores; tiempo en el cual -y hasta tres días antes de la fecha señalada-, las partes deben anunciar las pruebas que entendieren pertinentes, que son las

⁵⁴³ ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto, *Debido proceso y medidas de coerción personal*, X Jornadas de Derecho Procesal Penal, Universidad Andrés Bello, Caracas, 2007, p. 45.

únicas que se pueden practicar e incorporar en la audiencia de juzgamiento, la cual se desarrollará en la forma prevista en la ley y según el trámite ordinario.

Por lo analizado, se constata que las partes comparecen a una audiencia de juicio, donde exponen sus teorías del caso, se practican las pruebas solicitadas y hacen sus alegatos conforme a Derecho, luego, el juez valora todo lo actuado y dicta la respectiva sentencia, que puede ser condenatoria o ratificatoria del estado de inocencia del procesado; pero, todo este *íter* procedimental no permite garantizar el cumplimiento del debido proceso, pues las partes -y primordialmente el procesado- son afectados en el derecho de defensa, ya que tienen solo diez días para buscar las pruebas y que el abogado prepare su defensa técnica, lo cual resulta contrario a lo dispuesto por la norma constitucional, en tanto no se le otorgan los medios ni el tiempo necesarios en pos de preparar su defensa. Así, configura cuestión prioritaria de *lege ferenda* que se amplíe el plazo para que se lleve a cabo la audiencia de juicio en la aplicación del procedimiento directo, a fin de que su regulación esté acorde con las normas jurídicas internacionales y nacionales, lo cual traería como consecuencia un juzgamiento legítimo y una garantía para los derechos de la víctima y del procesado, así como lograr que la justicia sea el fiel reflejo de la observancia del debido proceso por parte de los operadores de justicia en materia penal.

En este contexto, el procedimiento directo si bien permite una justicia ágil y oportuna, así como también logra descongestionar la carga laboral de los fiscales y jueces, no constituye una verdadera manifestación del principio de oportunidad, por cuanto el procesado no recibe ningún beneficio respecto de la sanción que el juzgador le impone en el juzgamiento de los delitos del ejercicio de la acción penal pública, que tienen el carácter de flagrantes.

2.5. El procedimiento abreviado

AGUILERA MORALES señala —a modo de conceptualización acerca de la intervención del infractor en el procedimiento abreviado— que resulta que un: “Presupuesto necesario para instar el pase a enjuiciamiento inmediato es que el imputado reconozca los hechos que se le imputan. El reconocimiento de hechos es una declaración de conocimiento (y también de voluntad), un acto propio y personalísimo del imputado, para cuya validez se requiere, como en cualquier otro acto procesal, capacidad volitiva y cognoscitiva por parte de quien lo realiza”⁵⁴⁴.

⁵⁴⁴ AGUILERA MORALES, Marien, *El Principio de Consenso...*, cit., p. 176.

En tal sentido, el procedimiento abreviado tiene su sustento en el reconocimiento que hace el procesado respecto del hecho que se le atribuye; actitud que se verifica frente a los demás sujetos procesales y, en especial, ante el juez, pero para que esa afirmación tenga plena validez jurídica es necesario que no exista coerción, sino que de manera libre lo afirme y ratifique con el asesoramiento de su abogado defensor, tomando en cuenta que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo en aspectos que le generen responsabilidad penal, pues la no autoincriminación constituye un derecho del procesado, como expresión del debido proceso penal. De manera que la esencia del procedimiento abreviado es, sin audiencia de juicio, obtener una sentencia condenatoria, lo que deviene en franca violación de los derechos del procesado y de los principios y garantías fundamentales que, según los convenios internacionales de derechos humanos y las normas constitucionales, no pueden ser vulnerados por ningún operador de justicia.

El derecho de no auto incriminación del procesado se encuentra regulado en la legislación internacional: en el art. 8.2.g de la CADH, en el art. 14.g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 55.1.a; y 2.b del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el art. 21.4.g del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y el art. 20.4.g del Estatuto del Tribunal Internacional de Ruanda. Además, es necesario precisar que este derecho también se encuentra garantizado en la legislación interna del Ecuador: en el art. 77.7.c de la CRE y en el art. 5.8 del COIP. En consecuencia, el referido derecho debe ser respetado y garantizado por todos los operadores de la justicia penal y con mayor razón en el trámite legal que permite aplicar el procedimiento abreviado, donde las limitaciones de cognición y probanza conducen a que la afirmación del procesado resulte su basamento esencial.

Con respecto al procedimiento abreviado, DIETRICH y ESQUITINI, afirman que: “El procedimiento abreviado es un procedimiento especial que constituye una alternativa al juicio oral, a partir de un hecho fáctico, que atribuye el fiscal y que acepta el procesado. El juez de garantías penales admite y resuelve el caso, aplicando o no una pena, no superior a la sugerida por el fiscal y que no exceda de cinco años. Si la petición se la realiza al tribunal de garantías penales, será esta autoridad quien sustancie y sentencie el caso”⁵⁴⁵.Entonces este procedimiento

⁵⁴⁵ DIETRICH, Mark y Patricia, ESQUITINI CÁCERES (Directores), *Soluciones rápidas y efectivas al conflicto penal*. Programa de Fortalecimiento de la Justicia en el Ecuador, East West Management Institute (EWMI), Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), Diseño Gráfico Comunicación Audiovisual Quito, 2012, p. 64.

judicial se basa en el presupuesto fáctico, donde el fiscal como titular del ejercicio público de la acción penal, es quien se pone en contacto con el abogado defensor del procesado, para negociar la pena y sin que se lleve a cabo la respectiva audiencia de juzgamiento, el juzgador dicta la respectiva sentencia, a partir de los exclusivos elementos de convicción presentados por el fiscal.

Por supuesto que la asunción de responsabilidad del infractor y la renuncia a su derecho de no autoincriminación ha de encontrar contrapartida procesal que se interpreta como determinadas ventajas consistentes en: referidas a la actuación del fiscal, que renuncie a la posibilidad de la pena máxima y proponga una pena mínima o inferior para el infractor, así como verse liberado de la obligación de presentar pruebas en el juicio oral, al aceptarse su investigación; y, en cuanto al procesado conoce la eventual rebaja de la pena que puede obtener a cambio de la renuncia a su derecho a que se pruebe su culpabilidad y aceptando ser juzgado sobre la base de los elementos de convicción obtenidos por el fiscal. Las utilidades que reporta este procedimiento son: asegurar que los culpables sean castigados en un lapso breve, que se reafirme el principio de autonomía de la voluntad en la solución del conflicto, constituye una herramienta para resolver el colapso de la justicia penal porque no se pueden resolver todos los casos en el procedimiento ordinario y esta resulta una vía rápida y económica, que acorta plazos procesales y ahorra demoras en aquellos casos que pueden resolverse *in limine litis*, todo ello con un consiguiente ahorro de recursos que tributa a la realización del principio de economía procesal⁵⁴⁶.

De manera que el abreviado es un procedimiento especial porque, además de la negociación de la pena entre el fiscal y el procesado, no se practican las pruebas y existe una estricta posibilidad de que se dicte sentencia condenatoria, en relación con la cual solo se pueden interponer los recursos horizontales -como aclaración y ampliación- pues los verticales o verdaderos recursos llevan implícita la impugnación de lo actuado y no puede quien puso la causa -su admisión de los hechos- combatirle por vía de recurso; pues el derecho a recurrir, como posición de defensa, encuentra sustento en el agravio que ocasiona la decisión judicial y no en sus propios actos, según lo previsto en los convenios y tratados internacionales de derechos humanos y en la CRE.

Sobre el mismo tema, RÍOS MOLINA afirma que en la legislación española existen dos tipos de conformidad, la prestada a penas de hasta seis años de

⁵⁴⁶Apud. DIETRICH, Mark y Patricia, ESQUITINI (Directores), *Soluciones rápidas...*, cit., pp. 65, 73.

duración, que daría como resultado una sentencia de estricta conformidad con la pena aceptada por las partes o vinculante para el juez y aquella con penas de seis años hasta doce años, en las que el órgano jurisdiccional no queda vinculado por la pena conformada, pudiendo imponer la que a su juicio fuera procedente. Además, expresa que para el proceso abreviado la norma legal no determina el límite máximo de la pena a la que el acusado puede presentar su conformidad, pero que la tendencia es reducir el ámbito de actuación de la mencionada institución jurídica, pues el legislador ha ratificado su voluntad de que las conformidades alcancen a penas menores de hasta seis años. Agrega que el efecto jurídico de la conformidad es la eliminación del juicio oral -con fase probatoria incluida- puesto que el juez o tribunal competente dicta sentencia sobre la base de la conformidad alcanzada por las partes procesales, excepto determinados supuestos en que el órgano jurisdiccional decida continuar con el juicio oral⁵⁴⁷.

Posición con la que coincide el autor de esta investigación, en lo referente a que se elimina la audiencia de juicio y la práctica de la prueba, ya que efectivamente se basa en la negociación de la pena entre el fiscal y el procesado, con el fin de que después de la aceptación del hecho que se le atribuye y que conoce cuales son los efectos jurídicos de la aplicación de este procedimiento, el juzgador simplemente se limita a dictar la sentencia que, según la legislación ecuatoriana, es condenatoria, sin que exista la posibilidad de que se ratifique el estado de inocencia, lo que conculca lo consagrado en la legislación nacional e internacional, respecto de la presunción de inocencia del procesado y del derecho a ser declarado responsable sobre la base de pruebas válidas jurídicamente.

Como puede apreciarse, la resolución que dicta el juzgador no se fundamenta en pruebas, que establezcan claramente tanto la existencia de la infracción, como la responsabilidad del procesado, sino que lo único que existen son elementos de convicción investigados por el fiscal, como indicios que cimentan el camino hacia la probanza, pero que no constituyen pruebas en sí mismas y, consecuentemente, no pueden ser valorados por el juez para dictar una sentencia, pues las normas jurídicas preceptúan con nitidez que solo las pruebas solicitadas, ordenadas, practicadas e incorporadas en la etapa de juicio tienen plena validez jurídica y de no ser así, todas ellas carecen de eficacia probatoria. En correspondencia, no

⁵⁴⁷ RÍOS CABRERA, Ana, "La conformidad conjunta con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal", en *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, La Ley, N° 4, 1998 Año XIX. Número 4582, Sevilla, 1998, pp. 11-16.

existe ninguna prueba con validez jurídica y ello coloca al procesado en total indefensión, por lo que se debe reformar la ley procesal penal, en el sentido de que para aplicar este procedimiento se celebre una audiencia de juicio en la que se cumpla con las reglas relativas a la práctica de pruebas, con el fin de garantizar el cumplimiento del debido proceso, pues alcanzar sentencia de condena sin pruebas equivale a sancionar sin convicción y ello deviene en contrasentido del proceso penal.

RODRIGUEZ GARCIA, al hacer referencia a su expresión en la legislación española, agrega que: “A pesar de todas las dificultades que hayan podido surgir a raíz de la instauración del procedimiento abreviado, hay que reconocer que con él se ha intentado potenciar la institución de la conformidad, ya que todas las modificaciones que se han introducido en relación al régimen jurídico que tenía en el procedimiento ordinario tienen el inequívoco fin de facilitar su aplicación en un mayor número de causas: se ha hecho admisible con mayor amplitud y en nuevos mementos procesales, para que les acusados se vean seducidos a aceptar la pena que se les solicita y así evitar la celebración del juicio oral. Y todo ello dirigido a un objetivo último de alcanzar una más pronta y económica terminación de un mayor número de causas penales”⁵⁴⁸.

En consecuencia, la finalidad de este procedimiento es que constituye una herramienta procesal que en virtud de asunción de culpabilidad o reconocimiento de los hechos imputados, se agiliza el procedimiento y ello permite descongestionar la justicia penal; circunstancias que asemejan su *modus operandi* al principio de oportunidad y que, consecuentemente, favorecen su aplicación inserto en este procedimiento, por lo que varios tratadistas y estudiosos del Derecho Penal le discurren como una de sus manifestaciones.

Coincidencia que apunta RODRÍGUEZ GARCÍA cuando sostiene que: “Analizadas las notas esenciales de la conformidad, podemos intentar una aproximación a su concepto definiéndola como el acto procesal, manifestación del principio de oportunidad, consistente en la declaración de voluntad que emite el imputado, asistido de su abogado, por el que se conforma con la calificación más grave formulada por las partes acusadoras y con la pena solicitada siempre y cuando ésta no exceda de seis años de la privación de libertad, lo que provoca la finalización del procedimiento, sin la celebración del juicio oral, a través de una sentencia con todos los efectos de la cosa juzgada”⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El consenso...*, cit., p. 84.

⁵⁴⁹ *Idem*, p. 97.

En la misma línea, MIRA considera que es: “El acto consistente en la confesión que se caracteriza por ser una declaración de ciencia que habrá de presentarse personalmente por el imputado con la intervención del abogado defensor”⁵⁵⁰.

CÓRDOVA RODA, al referirse a la legislación española, asevera: “En primer lugar, que la confesión del procesado aparece prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal como trámite al inicio del juicio oral. Ello, sin embargo, nada impide que defensa y acusación antes de dicho trámite negocien sobre la posibilidad de acercar posiciones al objeto de que el procesado se confiese en términos similares a los que más adelante expondremos al tratar la conformidad en el procedimiento abreviado”⁵⁵¹. En verdad, pudiera decirse que de alguna manera se le “inflige” la obligación al procesado de que acepte el hecho que se le atribuye que, dicho de otra forma, significa aceptar la comisión de la infracción, pero el autor de esta investigación considera que no se viola el principio de no incriminación, por cuanto la aceptación la hace libre y voluntariamente, sin ningún tipo de presión, con la asesoría de su abogado defensor y si luego de entender completamente el efecto que ocasiona la aplicación del procedimiento abreviado, considera que le resulta beneficioso, pues se acoge a esta posibilidad procesal y se le impone una pena atenuada como dispone la ley.

En la legislación española es aplicable al enjuiciamiento de los delitos con penas de hasta nueve años de prisión, con la pretensión de brindar dinamismo al procedimiento, pues efectivamente permite resolver la situación jurídica del procesado y de la víctima, de manera ágil y oportuna; mientras que en la legislación ecuatoriana procede el referido procedimiento en los delitos sancionados hasta con diez años de privación de libertad individual del procesado, sin que exista la posibilidad de que el juzgador dicte una sentencia ratificando el estado de inocencia, ya que de manera expresa la ley dispone que la sentencia será condenatoria.

En la tramitación del procedimiento abreviado prima la voluntad del imputado en la aceptación del delito, lo que evita la celebración del juicio oral y la existencia de negociación entre el titular del ejercicio público de la acción y el procesado -en relación principalmente con la pena-favorece a algunos detractores de este instrumento procesal, quienes consideran que la aceptación del hecho implica la renuncia a las garantías del juicio común, en tanto se

⁵⁵⁰ MIRA ROS, Corazón, *Régimen actual...*, cit., p. 278.

⁵⁵¹ CÓRDOVA RODA, Juan, *Las conformidades entre acusación y defensa en los procedimientos penales y el problema de la renuncia al derecho*, Diario La Ley, Año XXXIII, Número 7898, Valladolid, Martes 10 de julio de 2012, p. 1.

produce la condena sin ser escuchado, ni hacer uso del derecho de defensa en juicio oral, público y contradictorio por lo que se viola el debido proceso; en cambio, otros procesalistas entienden que la confesión puede constituir una estrategia de defensa conveniente cuando existen suficientes elementos incriminatorios que permiten pronosticar una sentencia condenatoria. Puntualiza INOA que, en igual sentido, se debe cumplir con los presupuestos legales y que en la audiencia el juez debe cerciorarse de que el imputado conoce acerca del derecho a no auto incriminarse y si lo desea puede retractarse al comprender la naturaleza de la acusación que acepta y las consecuencias punitivas que le acarrea, así como ha de quedar constancia de que ha rendido su conformidad sin haber sido inducido a sometimientos o presiones indebidas, y si no se cumplen todas esas exigencias, el juzgador dispondrá que se continúe con el procedimiento común⁵⁵².

El autor comparte este criterio en lo atinente a la confesión del procesado como una forma de ejercer el derecho de defensa, pues ante lo evidente puede resultar mucho más beneficioso asumir la autoría y responsabilidad; máxime si ello predispone favorablemente al juzgador en relación con el imputado, pues valora su aceptación como una actitud positiva de reconocimiento, arrepentimiento de los hechos y colaboración con la administración de justicia. Además, tendrá la posibilidad de retractarse en la audiencia, pero ejerce este derecho de manera limitada, por cuanto no tiene la posibilidad de presentar pruebas tendientes a desvirtuar la acusación del fiscal. También se coincide con el elemento “negociador” en el proceso, que deviene común denominador con el principio de oportunidad, pues la prevalencia de acuerdo torna expedita la tramitación y más efectivo el resultado procesal alcanzado, pero, mientras en la oportunidad no existe punición judicial, aquí sí se sanciona penalmente, lo que la pena estará “mitigada” o “matizada” por el acuerdo.

Por otra parte, revela GÓMEZ COLOMER que para hacer frente a la delincuencia que cada vez es más técnica y especializada, es necesario que la ley regule dos tipos de procesos y un procedimiento de decisión sin un juicio previo en el que tuvieran lugar las alternativas, a saber: un proceso penal, diseñado para delitos más graves, donde se regulen con detalle las fases de investigación, intermedia y de enjuiciamiento en delitos de gran complejidad, alarma social o con gran trascendencia pública, donde la clasificación no sería por la pena, sino en función más bien de un listado específico de delitos graves; un proceso rápido

⁵⁵² INOA, Orlydy, *El Principio de Oportunidad...*, cit., pp. 55-58.

como el abreviado, para los demás hechos punibles no gravosos. Luego aclara que los juicios que son rápidos en principio, a costa de suprimir trámites y de acortar plazos, afectan garantías esenciales del inculpado como el derecho de defensa y le considera apropiado para los casos de flagrancia en la comisión del delito y posibilidades de sanción con penas privativas de libertad bajas, máximo de cinco años. Concluye su idea con la afirmación de que la ley debería regular sobre un procedimiento de decisión sin un juicio previo, donde se recojan los supuestos de alternativa a juicio, como es el principio de oportunidad, medidas alternativas a la persecución, negociación de impunidad o de atenuación de la pena y conformidad del acusado⁵⁵³.

Siguiendo la misma línea, CONTRERAS ALFARO —al referirse al procedimiento abreviado— expresa que su objetivo es simplificar y acelerar los trámites procesales, sobre la base del acuerdo entre la acusación y la defensa, y a fórmulas abiertamente negociadoras. Agrega que la ley ha sido modificada y que en la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002, el intento parcial de reforma del proceso penal tiene como objetivos que la ley consiga la agilización de los procedimientos, la mejora del procedimiento abreviado, el enjuiciamiento inmediato de los delitos menores y flagrantes y la simplificación de trámites en las grandes causas, pues -a partir de la reforma de la ley- el procedimiento abreviado contempla fórmulas de consenso y de oportunidad tales como: el reconocimiento de hechos por el imputado, la conformidad del acusado en el trámite de calificaciones, ya sea en el escrito de defensa que debe ser firmado por el acusado o en un nuevo escrito donde firmen las partes acusadoras y el acusado con su abogado y la conformidad del acusado durante las sesiones del juicio oral antes de la práctica de la prueba. Agrega que el imputado podría aceptar los hechos ocurridos tal como señala la acusación fiscal y, al mismo tiempo, sostener que no son constitutivos de delito, por lo que el legislador ha utilizado erróneamente el concepto “conformidad” cuando en realidad el término es “reconocimiento” o un similar que tenga relación con la aceptación de los hechos por parte del imputado⁵⁵⁴.

En la legislación ecuatoriana, el procedimiento abreviado se encuentra regulado en los artículos 645 al 649 del COIP y requiere de tres presupuestos, a saber: que el tipo penal tenga una sanción máxima de hasta diez años de pena

⁵⁵³ GÓMEZ COLOMER, Juan, *Soluciones alternativas al proceso penal: reforma ante el fracaso de la justicia*, Estudios jurídicos, Ministerio Fiscal, N° 1, Castellón- España- 2002, pp. 122-123.

⁵⁵⁴ CONTRERAS ALFARO, Luis, *El principio de oportunidad y los delitos económicos...*, cit., pp. 292-296.

privativa de la libertad, que el procesado admita el presupuesto fáctico y que asegure que conoce sobre los efectos jurídicos que surte el mencionado procedimiento, por explicación de su abogado patrocinador. Su pertinencia procesal va desde el inicio de la instrucción fiscal, hasta la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, lo cual significa que no habrá la audiencia de juicio y, por ende, la solicitud, orden, práctica e incorporación de pruebas, por cuanto todo se decide sobre la base de elementos de convicción y de negociación de la pena, entre fiscal y procesado, la cual en ningún caso podrá ser superior a la pedida por el titular del ejercicio público de la acción.

En la audiencia respectiva, el juez escucha a los sujetos procesales, en un primer momento al fiscal que tiene que referirse al presupuesto fáctico, con la respectiva fundamentación jurídica, para concluir con la particularización de la pena que se le debe imponer al procesado, en el caso de acogerse la aplicación de este procedimiento; luego se escucha al procesado para que de manera expresa acepte el hecho que se le atribuye, que se pronuncie sobre la aceptación de que se aplique dicho procedimiento y que conoce sus efectos jurídicos, y de estar presente la acusación particular, también será escuchada, aunque no tiene ninguna relevancia procesal, ya que lo esencial es el acuerdo existente entre el fiscal y el procesado sobre la pena y su sometimiento a este trámite judicial. Por otra parte, el juez de garantías penales es el único competente para conocer y resolver sobre el procedimiento abreviado, donde además de imponer la pena en la sentencia condenatoria, que no podrá ser superior a la solicitada por el fiscal, ordenará el pago de la reparación integral a la víctima como dispone el art. 78 de la CRE.

Así, deviene pertinente resaltar que el procedimiento abreviado es de mucha utilidad en la Administración de Justicia penal, por cuanto permite ofrecer solución adecuada y pronta al litigio, cumpliéndose con los principios de tutela judicial efectiva, celeridad, mínima intervención penal y, por ende, constituye una clara manifestación del principio de oportunidad, aunque con otra concepción, ya que en el procedimiento abreviado el fin será siempre obtener una sentencia, en cambio en el principio de oportunidad, lo que se busca es no tener que llegar a la condena penal; también, en el abreviado se inicia la investigación y ante la evidencia palpable, el infractor asume la responsabilidad, mientras que con la oportunidad ni siquiera se inicia la investigación y de haberse ya iniciado el proceso, el fiscal desiste del mismo y le solicita al juzgador que declare extinguida la acción penal.

En consideración del autor de la presente investigación, el procedimiento abreviado si bien es cierto que permite el juzgamiento del procesado, sin que exista la posibilidad de llevarse a cabo la audiencia de juicio, ni la práctica de la prueba -aspectos que constituyen insuficiencias procedimentales a corregir- no es violatorio del principio de legalidad, porque se aplica un procedimiento que se encuentra regulado en la ley y, por otra parte, no existe una actuación que conculque el principio de no incriminación, que es atribuido al procesado, ya que éste de manera libre y voluntaria acepta únicamente el hecho que se le atribuye, así como el sometimiento a este procedimiento, por cuanto será beneficiario de la celeridad con la que se resuelve su situación jurídica y, de manera especial, recibirá una pena cuyo tope máximo será la solicitada por el fiscal –pero puede ser menor- y que la misma es el resultado del análisis de los hechos imputados y aceptados, así como de las circunstancias atenuantes para modificar la pena, sin que la rebaja sea menor al tercio de la pena mínima prevista en cada tipo penal, como dispone el art. 636, inciso tercero del COIP.

En la legislación española, el procedimiento se encuentra regulado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el Título II, Capítulo Primero, desde el art. 757 al 790, siendo procedente en los delitos sancionados con penas privativas de libertad no superior a nueve años o con otras penas de distinta naturaleza y corresponde la competencia a los juzgados y tribunales de la jurisdicción ordinaria, por lo que luego del trámite legal correspondiente –con celebración de juicio oral- se dictará la sentencia de manera verbal donde el juzgador en la propia audiencia declarará su firmeza y, de ser procedente, se pronunciará sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta. De ello resulta la obligación del juzgador de fundamentar la sentencia por escrito dentro de los cinco días siguientes a la finalización del juicio oral.

En la normativa venezolana se encuentra regulado en los artículos 372 al 374 del Código Orgánico Procesal Penal y es aplicable en delitos flagrantes sin que se tome en cuenta el marco sancionador legalmente previsto, por lo que, una vez aprehendido el infractor, en las 36 horas siguientes se le pondrá a las órdenes del juez competente y se solicitará la aplicación de dicho procedimiento a petición del ministerio público. De aceptarse la solicitud, se convocará a juicio oral que se llevará a cabo dentro de los diez a quince días siguientes, para luego del trámite correspondiente dictar la sentencia respectiva; decisión judicial que puede ser impugnada a través del recurso de apelación.

La legislación boliviana le prevé en los artículos 373 y 374 del Código de Procedimiento Penal⁵⁵⁵ y requiere de acuerdo entre el imputado y su defensor, donde deberá admitir el hecho y su participación en el mismo; trámite judicial que se llevará a cabo de manera oral ante el juez competente para escuchar al fiscal, al imputado y a la víctima, lo que trae aparejada la comprobación del hecho delictivo, la participación del imputado, la renuncia voluntaria del imputado al juicio oral ordinario y que reconozca la culpabilidad de manera libre. También la sentencia que se dicte no podrá imponer una pena superior a la solicitada por el fiscal.

En Costa Rica, aparece estipulado en los artículos 373 al 375 del Código Procesal de Penal⁵⁵⁶, y procede en cualquier momento procesal antes de la apertura del juicio, cuando el imputado admite el hecho que se le atribuye y consiente en su aplicación y el ministerio público y la víctima exprese su conformidad, siendo necesario para su resolución que el ministerio formule a la acusación y solicite la pena que se le debe imponer al infractor, debiendo ser disminuida hasta por un tercio de la prevista en cada tipo penal; de aceptar la aplicación de este procedimiento el juez enviara al tribunal de sentencia para que emita la respectiva resolución, en la cual no se le puede imponer una pena superior a la requerida por la acusación y de rechazarse el procedimiento abreviado se renviara el proceso para que siga el trámite ordinario, aclarando que la sentencia puede ser impugnada con los recursos que franquea la ley.

En la legislación argentina los procedimientos abreviados se encuentran regulados en los artículos 288 al 291 del Código Procesal Penal de la Nación⁵⁵⁷ y procede cuando el fiscal estime una pena privativa de la libertad inferior a seis años y siempre que el imputado acepte el hecho y manifieste su conformidad, lo cual no será considerado como reconocimiento de culpabilidad con este procedimiento, por lo que el juzgador en la audiencia respectiva escuchara a las partes en incluso puede interrogarlas cuando existen extremos en el acuerdo, para finalmente dictar la sentencia en la misma audiencia que puede ser condenatoria o absolutoria. También existe la posibilidad jurídica de hacer un acuerdo parcial entre las partes, así como el acuerdo del juicio directo, en cuyos

⁵⁵⁵ Código de Procedimiento Penal Boliviano, aprobado, por Ley 1970 de 25 de marzo de 1.999.

⁵⁵⁶ Código Procesal Penal Costarricense, publicado en la gaceta N.º 106, de 04 de junio de 1996, vigente desde el 01 de enero de 1998.

⁵⁵⁷ Código Procesal Penal de la Nación Argentina, publicado en el boletín oficial N.º 33153, de 18 de junio de 2015, vigencia desde 01 de marzo de 2016, mediante Ley 27.150.

casos se seguirá el trámite legal correspondiente, hasta que se dicte la sentencia por parte de los juzgadores.

Por lo anteriormente analizado, en los países latinoamericanos mencionados en los párrafos anteriores, se encuentra regulado el procedimiento abreviado basado en el reconocimiento del hecho por parte del procesado, en la aceptación expresa de este trámite, teniendo siempre presente que la pena a imponerse no debe ser superior a la solicitada por el fiscal, procedimiento judicial que siempre termina en una sentencia, dictada por el juzgador competente.

2.6. El procedimiento expedito

Con respecto al procedimiento expedito, HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE expresan que: “La contemplación de procedimientos expeditos para juzgar delitos poco complejos y graves ha encontrado su fundamento de legitimidad en el derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas. Si los hechos no son complejos, pareciera excesiva la realización del procedimiento ordinario...”⁵⁵⁸. Contestes con esta línea de pensamiento, resulta válido aclarar que se trata de un cauce que tiene como fundamento la simplificación del trámite para el juzgamiento de infracciones menores, donde los operadores de justicia deben dar una respuesta a los justiciables en un tiempo prudencial o razonable, considerando que en muchos casos están en juego sus derechos fundamentales, entre los cuales está el derecho a la libertad individual del procesado y, por ende, debe resolverse su situación jurídica por parte del juez competente.

Es preciso recordar que las infracciones penales se clasifican en delitos y contravenciones⁵⁵⁹ y que el legislador regula los diferentes procedimientos especiales, entre los cuales está el expedito, que permiten dar una respuesta pertinente con relación al juzgamiento del contraventor, en franco cumplimiento del debido proceso y el respeto de los derechos de las partes; trámite en el cual el fiscal no tiene participación procesal.

⁵⁵⁸ HORVITZ LENNON, María y Julián LÓPEZ MASLE, *El Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II, Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 460.

⁵⁵⁹ Son delitos aquellos actos ilícitos en los que la lesión del bien jurídico protegido es de mayor gravedad, mientras que las contravenciones son las que si bien forman parte del Derecho Penal, el daño que el contraventor ocasiona a la víctima, es mínimo y con un impacto menor, es decir, de poca gravedad en cuanto a la afectación del bien jurídico protegido en general y las penas que el juzgador impone en estos casos son menores que en los delitos. Las contravenciones, generalmente, no son sancionadas con penas privativas de la libertad, sino con penas tales como multas o cualquier pena económica o la privación de ciertos derechos de carácter personal.

A su turno, CORTÁZAR señala que "...una persona solo será contravencionalmente responsable si se hallaba en condiciones de hacer algo distinto a lo que hizo y que le era exigido por el derecho. Un sujeto habrá de ser autor de una conducta típica, antijurídica y culpable si, y solo si, no ha sido capaz de *motivarse* en la norma que impone el deber que se subsume en el tipo penal; el sujeto muestra una predisposición interna contraria al derecho. Este es el centro del *reproche* penal" El mismo tratadista, agrega que: "...se pretende tutelar por vía de la creación de tipos contravencionales (*es garantizar la armónica convivencia social, la prosperidad general e impedir toda posible obstaculización de la actividad estatal encaminada al logro de sus fines*)"⁵⁶⁰.

Por lo analizado anteriormente, queda demostrado que las contravenciones son hechos antijurídicos, típicos y culpables, frente al mínimo impacto que ocasionan a la víctima y a la sociedad en general, son punibles, pero tomando en cuenta el principio de proporcionalidad de la pena, es decir, que la mayoría de ellas son sancionadas con multas y solo por excepción con una pena privativa de la libertad del contraventor, por cuanto lo que se pretende como bien lo afirman los dos tratadistas anteriormente referidos, es garantizar la armónica convivencia social. Pero además de la sanción que establece la ley para las contravenciones, es de mucha importancia que el procedimiento para su juzgamiento sea el apropiado y en este caso es procedente el procedimiento expedito, el cual se basa en una audiencia oral, pública y contradictoria, donde las partes tienen el derecho a la defensa, a fin de que luego de aportar las pruebas que el caso lo requiere y ser escuchados por un juez imparcial e independiente, se resuelva su situación jurídica, pensando siempre en la convivencia pacífica de los miembros de la sociedad.

Por ello, DURANTE asevera que: "El derecho contravencional quiso y quiere ser la herramienta técnica idónea para superar los problemas de la convivencia, y los casos judiciales son un laboratorio elocuente que permitirá observar todas las manifestaciones patológicas de aquella"⁵⁶¹. En este contexto, las normas jurídicas que tipifican y sancionan las contravenciones son codificadas por el legislador de manera gradual respecto de las penas, sin que por esta clase de infracciones se busque afectar gravemente los derechos del contraventor; por el contrario, lo que

⁵⁶⁰ CORTÁZAR, María Graciela, *Los delitos veniales. Estudio sobre Derecho Contravencional Análisis de la Normativa Vigente en la Provincia de Buenos Aires* (Decreto-Ley 8.031/73 y modificatorias), Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca-Argentina, 2002, pp. 64, 69.

⁵⁶¹ DURANTE, Alfredo, *Contravenciones y Anomia ¿Reforma Jurídica o Revolución Cultural?*, Dunken, Buenos Aires, 2013, p. 18.

se pretende es prevenirle para que actúe con responsabilidad social y, fundamentalmente, que cambie su conducta en pos de un respeto mutuo con los demás ciudadanos y con los derechos que tiene la naturaleza.

De manera que el procedimiento expedito es de carácter especial y aplicable únicamente para el juzgamiento de contravenciones, sobre la base de las reglas que se establecen en el Derecho procesal penal, sin olvidar el cumplimiento del debido proceso, el cual abarca derechos, garantías y principios, que el juzgador debe tener presentes durante el *íter* procedimental, pues esta clase de infracciones son juzgadas únicamente a petición de parte. Procedimiento que se puede resumir en que luego de ser escuchadas las partes y de presentadas las pruebas de cargo y de descargo, el juzgador debe decidir de manera oral en la propia audiencia, para finalmente redactar la sentencia por escrito, la cual debe ser notificada de manera legal a las partes litigantes; resolución contra la que se puede proponer el recurso de apelación, siempre que la sanción sea privativa de la libertad del contraventor.

En la legislación penal contravencional ecuatoriana, la ley de manera imperativa dispone que esta clase de conflictos, deben ser juzgados a petición de parte, mediante el procedimiento expedito, cuyo trámite se sintetiza en los siguientes puntos:

a) Una vez que el juzgador conozca del hecho contravencional, notificará en forma legal al contraventor a fin de que comparezca a la respectiva audiencia que se llevará a cabo en un plazo máximo de diez días, en cuya diligencia judicial las partes tienen el derecho de ejercer su defensa técnica, es decir, que deben ser asistidas por un abogado en libre ejercicio de su profesión o un defensor público.

b) La ley prevé que una vez señalados el día y la hora para la audiencia de juzgamiento, las partes tienen el derecho de anunciar las pruebas por escrito, las cuales serán ordenadas, practicadas e incorporadas en la referida audiencia.

c) En el caso que el contraventor no comparezca a la audiencia, el juez ordenará su privación de libertad hasta por veinte y cuatro horas, siendo el fin primordial el que comparezca a dicha diligencia judicial para evitar que el hecho se quede en la impunidad, aclarando que, de no lograr su comparecencia, en ningún caso puede ser juzgado en ausencia en asuntos contravencionales, por ser violatorio a las normas jurídicas nacionales e internacionales;

d) Si la contravención es de carácter intrafamiliar, la no comparecencia de la víctima, no impide que se lleve a cabo la audiencia, pero siempre que concurra

su abogado defensor o un defensor público, para que le garantice el derecho a la defensa.

e) En la audiencia oral, pública y contradictoria, se practicarán e incorporarán las pruebas solicitadas por las partes, donde además realizarán sus alegatos en Derecho, pero antes de concluir los debates el juzgador le preguntará al contraventor si desea hacer uso del derecho a la última palabra y de ser afirmativa la respuesta, será escuchado con lo cual se hace efectiva la defensa material.

f) Una vez terminados los debates, el juez dictará la sentencia de manera verbal y motivada, pudiendo ser la misma condenatoria o ratificatoria del estado de inocencia; resolución que debe ser notificada a las partes por escrito en sus casilleros judiciales o correos electrónicos señalados para el efecto y en el caso de que se incumpla con este último acto procesal respecto a las dos partes o a una de ellas, se declara la nulidad de todo lo actuado en la referida audiencia de juzgamiento, porque se ocasiona indefensión al verse imposibilitado de ejercer el derecho a recurrir a través del recurso de apelación ante un tribunal de una corte provincial de justicia, como dispone el art. 76.7.m de la CRE.

g) Una vez ejecutoriada la sentencia, se debe proceder a su ejecución, es decir, que el juez *a quo* debe dar cumplimiento a lo ordenado en la misma.

En este contexto, es necesario precisar que el procedimiento expedito si bien permite resolver el litigio contravencional en un tiempo razonable sobre la base de una audiencia oral, pública y contradictoria, una vez que el juez de primera instancia dicta la sentencia y si el contraventor fue aprehendido de manera flagrante al encontrarse privado de su libertad, dicha audiencia debe llevarse a cabo dentro de las veinte y cuatro horas posteriores, porque ningún ciudadano puede estar privado de este derecho por más del tiempo indicado sin fórmula de juicio, por lo que en la práctica procesal se presentan una serie de situaciones que deben ser resueltas por el juzgador en el momento adecuado.

En primer término, si el juez de primera instancia dicta sentencia ratificando el estado de inocencia, ordenará la inmediata libertad del contraventor, pero si la sentencia es condenatoria, la pregunta es si no hay sentencia ejecutoriada, es posible que el contraventor siga privado de su libertad o se debe ordenar su libertad, hasta cuando el juzgador de segunda instancia ratifique la sentencia, considerando que existe el recurso de apelación; frente a esta realidad procesal, los criterios son diversos y contradictorios, unos tratadistas consideran que el contraventor debe seguir detenido, a fin de evitar la impunidad, porque de salir

libre nunca se presentaría a cumplir la pena impuesta cuando esta es privativa de la libertad; otros, en cambio consideran que mientras no exista una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, no hay la posibilidad jurídica de que siga privado de su libertad, porque ello significa que la pena es cumplida de manera anticipada. Cuestión que se refuerza con la letra del art. 76.2 de la CRE que dispone que toda persona goza de la presunción de inocencia mientras no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada; criterio que se comparte, no solo por lo argumentado anteriormente, sino además porque el derecho de presunción de inocencia está garantizado por la CIDH y por la DUDH, así como por las decisiones tomadas en varios casos por la CIDH de San José de Costa Rica⁵⁶².

De lo anteriormente estudiado se evidencia, que el procedimiento expedito, desde el punto de vista del Derecho procesal penal, tiene una relación directa con el principio de oportunidad, ya que del mismo modo que el procedimiento legal que se sigue para aplicar el referido principio, se lo hace con el expedito, considerando que las dos figuras jurídicas de carácter procesal son procedentes en infracciones menores, con poco agravio a la víctima, a la sociedad o al interés público y lo que jurídicamente se pretende es lograr que el infractor enmiende su conducta, evitando ser sancionado con penas privativas de la libertad, descongestionar la carga laboral de los fiscales y jueces que están facultados y con competencia para resolver estos problemas suscitados entre la víctima y el ofensor, los cuales nacen de delitos de bagatela o de contravenciones, debidamente tipificados y sancionados por la ley penal.

3. EFECTOS DE OTRAS FIGURAS JURÍDICAS DEL SISTEMA PENAL Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

En primer término es prioritario hacer referencia a lo que jurídicamente abarcan las soluciones procesales rápidas, que de manera general tienen que ver con todos los procedimientos que permiten ofrecer una respuesta oportuna y dentro de un plazo razonable a los sujetos procesales que intervienen en los conflictos penales, en particular a la víctima y al victimario, porque la justicia penal debe estar regulada por normas procesales eficaces a fin de que sus

⁵⁶² CIDH, Caso Suárez Rosero *vs.* Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párrafo 77: “Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada”.

operadores, cumpliendo el principio de celeridad, investiguen y resuelvan las causas conforme a Derecho.

Por tanto, la situación jurídica de los enfrentados en calidad de agredido y ofensor, en unos casos declarando la extinción de la acción, en otros dictando las sentencias condenatorias cuando se llega a la certeza sobre la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, imponiéndole la correspondiente pena que en la mayoría de los tipos penales se imponen sanciones privativas de la libertad, pero que en los casos que permite la ley, el juzgador tiene la competencia para en atención a la petición del fiscal, dejar en suspenso la pena impuesta, a cambio de que el sentenciado cumpla una condición debidamente reglada en la legislación procesal penal.

Las soluciones procesales rápidas permiten la simplificación del sistema procesal penal y cuentan con diferentes formas de concluir, así en los procedimientos especiales el juzgador dicta sentencia, mientras que en la conciliación -como mecanismo alternativo de solución de conflictos- se homologa la propuesta de las partes por vía de autos interlocutorios con los efectos legales correspondientes. En este orden de ideas, DIETRICH y ESQUITINI argumentan que los procedimientos especiales o juicios rápidos tienen una similitud o elemento común, en el sentido de que se enfocan en brindar una simplificación al sistema penal, y se diferencian en cuanto al tipo de resolución por el que ponen fin a la instancia o procedimiento. Luego, se pronuncian sobre cómo este tipo de juicios tienen como principal objetivo, el proveer a las partes intervinientes –en el entendido de sujetos pues alude a la víctima, el procesado y a la administración de justicia- de un ahorro de tiempo y de recursos materiales y humanos en comparación con lo que requiere un procedimiento de corte ordinario, pues, a través de una negociación realizada por el fiscal y la defensa, es factible terminar el juicio en casos de baja penalidad y poca relevancia social, finalizándolo en un tiempo razonable⁵⁶³.

En consecuencia, los procedimientos especiales tales como el directo, el expedito y el abreviado permiten solucionar el litigio penal en un tiempo razonable; pero también tributan a este fin otras figuras o instituciones procesales como la conciliación, la pena natural y el principio de oportunidad, en los que sus efectos jurídicos se concentran –de manera genérica- en la resolución por cauces eficaces, simplificados y ágiles, porque entre más rápido sea

⁵⁶³DIETRICH, Mark y Patricia, ESQUITINI (Directores), *Manual de procedimientos...*, cit., p. 29.

solucionado el litigio penal, mayor será la credibilidad en la justicia por parte de los justiciables.

A su turno, MELERO —al hacer referencia a los juicios rápidos— afirma que: “La necesidad de dotar de mayor rapidez y agilidad a nuestra justicia penal, se ha puesto de manifiesto desde hace tiempo atrás, vinculándolo con la necesaria eficacia de la administración de justicia (...). Así entendida, la eficacia del proceso penal se reconduce a un problema de tiempo: cuanto más rápido sea el proceso más eficaz será”⁵⁶⁴. De manera que los trámites judiciales deben estar regulados de tal forma que permitan ser eficaces y simples⁵⁶⁵, siempre tomando en cuenta los bienes jurídicos protegidos y los daños ocasionados a la víctima, así por ejemplo si se trata de un delito que atenta contra la vida debe seguirse el trámite ordinario y en los delitos de hurto de un objeto cuyo valor es de menor cuantía y si el infractor devuelve lo sustraído, el mecanismo de solución apropiado es el principio de oportunidad o la conciliación. En este mismo orden de ideas se pronuncia PEÑARANDA, quien afirma que: “...idéntica consideración lleva a simplificar al máximo, siempre que es posible, los procesos y los trámites y actuaciones que en cada uno de ellos se siguen (...) en función de la gravedad de la infracción enjuiciada y, al propio tiempo, han arbitrado mecanismos que aceleran o simplifican la tramitación del proceso o han creado procesos simplificados o acelerados”⁵⁶⁶.

PIÑOL, al hacer referencia a los juicios rápidos, considera que se debe cumplir con el principio de celeridad en la resolución de los conflictos jurídico-penales y expresamente sobre este tema, asevera que: “En los rápidos la concentración de actuaciones ante el Juzgado de Guardia, donde se pretende acelerar el procedimiento y resolver en el tiempo más breve posible, la imputación aparece afectada de modo claro en la relación con lo que ocurre en el abreviado”.⁵⁶⁷ Por lo tanto, en los juicios rápidos se da cumplimiento al principio constitucional de celeridad, porque permiten resolver cada caso concreto de manera ágil, ya que algunos procedimientos —como el expedito y el directo— se conciben mediante la

⁵⁶⁴ MELERO BOSCH, Lourdes, *La defensa del imputado en los juicios penales rápidos*, Editorial Comares, Granada 2008, p. 1.

⁵⁶⁵ Cuando se alude a simples o simplificados en clave procesal, se refiere a despojado de formalidades y ello constituye tendencia actual, pues si se quiere una administración de justicia cercana a los justiciables y confiable hay que hacerla menos solemne y más “popular”, de forma tal que quien impetra la actuación judicial le sienta como accesible, no como algo inalcanzable. En algunos ordenamientos, como el ecuatoriano, no se utiliza toga en los actos judiciales a manera de que el ciudadano sienta más suya la justicia.

⁵⁶⁶ PEÑARANDA LÓPEZ, Antonio, *Proceso Penal Comparado...*, cit., p. 4.

⁵⁶⁷ PIÑOL RODRÍGUEZ, José, *Derecho Procesal Penal*, 3^o edición, Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, p. 514.

celebración de audiencia única, es decir, suprimiéndose algunas etapas del proceso penal, pero, en otros casos -como en el procedimiento abreviado- se dicta sentencia sobre la base de la aceptación del presupuesto fáctico por parte del procesado y de los elementos de convicción investigados por el fiscal, sin que exista ninguna clase de pruebas, por no desarrollarse la audiencia de juzgamiento, que es en el único momento procesal donde se pueden practicar e incorporar dichos recaudos probatorios.

Pero, las mejores concepciones teóricas y los mecanismos procesales de avanzada, requieren de una conjunción normativa que les ampare; ha de existir coherencia entre los postulados materiales y el proceso que le sirve de apoyatura de forma tal que se reencuentren y permitan responder a esa necesidad del Estado y de la sociedad que es la convivencia humana. En ello desempeña un trascendental papel, el Derecho Penal -tanto material como procesal- y, en lo atinente, SINTURA expresa que: "...debe darse una correcta armonización entre los preceptos sustantivos y adjetivos que permitan en la praxis la solución de los vacíos y carencias del sistema penal que poseemos, pretendiendo, en definitiva la consecución de objetivos político criminales como la proporcionalidad entre la gravedad del hecho, la culpabilidad del autor y la correcta respuesta del ordenamiento punitivo, la desincriminación de conductas que no afectan o lesionen bienes jurídicos protegidos penales (delitos de bagatela), la correcta respuesta a las necesidades de la víctima y, en síntesis, la utilización del derecho penal como instrumento formalizado de control de *ultima ratio* y no de *prima ratio* como se ha venido utilizando, respetando siempre como límite normativo los derechos fundamentales inherentes al asociado como base fundamental de nuestro sistema de organización social"⁵⁶⁸.

Se trata de que los operadores de justicia cuenten con instrumentos jurídicos apropiados para la solución rápida de las controversias surgidas entre la víctima y el victimario, tomando en cuenta que el Derecho Penal es de última ratio y que, consecuentemente, solo debe ser utilizado en los delitos graves que afectan a bienes jurídicos significativos y que por ende afectan no solo al ofendido, sino a la sociedad y al interés público; pero que respecto de infracciones menores deben ser despenalizadas o, en su defecto, se deben dictar reglas que permitan solucionarlas mediante la aplicación del principio de oportunidad, con un estricto respeto de los derechos fundamentales de los litigantes.

En ese mismo orden de ideas, el Derecho sustantivo y adjetivo penal

⁵⁶⁸ SINTURA VARELA, Francisco, *Evolución del Sistema Acusatorio...*, cit., p. 53.

constituyen el conjunto de normas jurídicas que tipifican y sancionan conductas humanas por un lado y regulan los procedimientos que permiten la realización de la justicia penal por otro. De esta fusión mana el Derecho Penal, en un sentido macro, donde existen objetivos político criminales como el presupuesto fáctico, el bien jurídico protegido, el daño ocasionado a la víctima y, fundamentalmente, la sanción que merece el procesado, la cual debe ser impuesta por el juzgador después de analizar todos los elementos expresados anteriormente y si existe certeza sobre el delito y la responsabilidad del infractor, tiene la obligación de dictar sentencia condenatoria. Sentencia que contiene el elemento punitivo o sancionador que debe ser regulado sobre la base del principio de legalidad y de proporcionalidad y se hará efectivo siempre que exista la necesidad de “penalizar” al sentenciado para que enmiende su conducta en el futuro.

En ese sentido, CARUSO y PEDREIRA mencionan que: “...la imposición de la pena solo estará justificada si se consigue compaginar su necesidad para la comunidad jurídica con la dignidad y la autonomía de la personalidad del delincuente”⁵⁶⁹, es decir que la imposición de una pena por parte del juzgador se justifica social y jurídicamente siempre que resulte útil para el sentenciado y la sociedad. Sobre la utilidad de la pena para el sancionado y la noción de otras formas de reparar tanto el mal causado como la reeducación del infractor, MAIER menciona que: “Este –llamado por nosotros- segundo camino para colocar la reparación antes que la pena, presupone, en verdad, una decisión política para colocar a la *reparación en lugar de la pena*, total o parcialmente. Existen varias vías para ello, que aquí solo enunciaremos: a) reparación como instrucción de la condenación condicional, o de la remisión de la pena (suspensión condicional de la pena), incluso de las penas no privativas de libertad, que condiciona la extinción definitiva de la condena o de la pena; b) reparación como causa de exclusión de la pena (facultativa = prescindencia de pena) o de extinción de la persecución penal (facultativa = criterio de oportunidad); c) reparación como criterio favorable para la determinación de la pena o como criterio abstracto de reducción de la escala penal amenazada; d) reparación que se computa para el cumplimiento de la pena (...); e) reparación como criterio para conceder beneficios durante la ejecución de la pena (libertad condicional); f) reparación como instrucción a cumplir durante el período de prueba de la suspensión del procedimiento, para acceder a la extinción definitiva

⁵⁶⁹ CARUSO FONTÁN, María y Félix PEDREIRA GONZÁLEZ, *Principios y garantías del Derecho Penal Contemporáneo*, B de F, Buenos Aires, 2014, p. 115.

de persecución penal. Todas las vías de acceso al propósito político-criminal de auxiliar a la víctima y al agente, concomitantemente, a conducir ellos la composición del conflicto, son expresión del deseo de privilegiar la reparación, para que ella reemplace o reduzca la pena"⁵⁷⁰.

De manera que deviene forzoso detenerse en la coherencia que ha de existir entre lo que interesa en la utilización de los procedimientos especiales y de las soluciones procesales rápidas, que es resolver el conflicto de manera ágil, para que la víctima y victimario bajen sus tensiones anímicas y sobre todo tengan la seguridad de que la justicia penal actuó de manera eficiente y oportuna, con las posibilidades de reparación. En tanto el decurso de un proceso debe transitar de forma expedita, pero sin soslayar los derechos de las partes y por ello el Estado - como titular del *ius puniendi*- no limita su actuación al dictado de las leyes penales sustantivas y adjetivas, sino que establece las políticas públicas encaminadas a disminuir el índice delincencial y la satisfacción de los intervinientes. Todos estos procedimientos judiciales rápidos permiten que la víctima sea resarcida por el daño sufrido como resultado de la violación del bien jurídico protegido y, por otro lado, que el sospechoso o procesado -por tratarse de delitos de bagatela- no sufra el juicio de reproche y, por ende, no se le imponga la pena o de ser necesaria su imposición, se busquen paliativos a esta actuación sancionadora.

Junto a estos instrumentos procesales, el principio de oportunidad contribuye a hacer más eficiente la administración de justicia, pues decide sobre la necesidad o no de juicio; no da por sentado que hay que llegar al juzgamiento, sino que le introduce facultades al titular de la acusación para que proponga la alternativa al juzgamiento o a la pena en sí, pues el fiscal abandona o desiste de la investigación y el juez acepta tal petición por cumplir los requisitos legales. Por ello, merece atención en cuanto a las consecuencias jurídicas que generan su aplicación, siendo las más relevantes: cuando el fiscal decide utilizar los criterios de oportunidad, no hace uso de la obligación de investigar los casos puestos a su conocimiento y, por ende, no los lleva para ante los jueces y tribunales competentes, lo que extingue la acción penal; el reconocimiento de la reparación integral a la víctima por el daño sufrido por la infracción penal; el sospechoso o procesado no recibe ninguna pena privativa de la libertad, salvo la obligación de pagar el daño material e inmaterial causado al ofendido; y entre víctima y victimario se produce un acercamiento pacífico, lo cual permite que las dos

⁵⁷⁰ MAIER, Julio B. J., *La víctima y el sistema penal*, *Revista Argentina...*, cit., pp. 39-40.

partes se reintegren a su medio social en las mejores condiciones psíquicas, físicas y económicas.

En este orden de ideas, FUENTES DEVESA asevera que: “Como expresión del principio de oportunidad, la conformidad provoca el efecto de truncamiento del procedimiento sin actividad probatoria alguna; implica que el hecho sea aceptado como existente y supone una declaración de voluntad que conlleva una renuncia implícita a replantear las cuestiones fácticas y jurídicas aceptadas, siendo innecesaria la fase probatoria al quedar prefijado el relato fáctico, por lo que no cabe después invocar que se ha producido una quiebra del principio de presunción de inocencia...”⁵⁷¹. Sobre este mismo tema, AGUILERA MORALES considera que la conformidad es una figura jurídica que constituye uno de los exponentes más claros del principio de oportunidad en el juicio de faltas español, principalmente enfocándose en desarrollar un procedimiento sin dilaciones indebidas, cumpliéndose los principios de economía y celeridad en la tramitación del proceso⁵⁷², así como también permite la reinserción de la víctima a su entorno familiar y social.

RODRIGUEZ GARCIA, al analizarle en el contexto de la legislación portuguesa, expresa que: “Su implantación no ha querido circunscribirse a una sola fase del proceso o a un proceso en concreto, como ha ocurrido en otros países, utilizando solamente el consenso (...) sino que también se ha pretendido fomentar el diálogo de las partes a lo largo de todo el proceso, crear un clima en el que cada una de ellas defiende sus intereses desde un plano de igualdad y en donde su opinión sea tomada en cuenta a la hora de adoptar decisiones (...)”⁵⁷³.

El autor de esta investigación concuerda con el experto supramencionado porque, efectivamente, el principio de oportunidad permite resolver el problema jurídico penal de manera rápida y eficaz, pero además se agregan otros elementos tales como el hecho de que se fomenta el diálogo entre las partes, lo cual significa que en la aplicación del procedimiento legal respectivo, tanto la víctima como el victimario, al ser escuchados por el juez en igualdad de condiciones, efectivizan los derechos de defensa y última palabra del infractor, por lo que el juzgador después de concluir las intervenciones de los sujetos

⁵⁷¹ FUENTES DEVESA, Rafael, *Las sentencias de conformidad dictadas por el juez de guardia*, en Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Diario La Ley, Año XXIV, Número 5794, España, Martes 3 de junio de 2003, p. 2.

⁵⁷² AGUILERA MORALES, Marien, *El Principio de Consenso...*, cit., p. 72.

⁵⁷³ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *La Justicia Penal Negociada. Experiencias de Derecho Comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, p. 242.

procesales, dicta la resolución tomando en cuenta los derechos fundamentales del ofendido y del ofensor.

En tal sentido, en la legislación española le corresponde al fiscal practicar las diligencias tendientes a investigar el hecho punible y la participación del menor en el cometimiento del hecho delictivo, con una función dirigida a preparar el juicio oral o pedirle al juez el sobreseimiento de la causa. Su actuación debe ser imparcial, por lo que debe investigar no solo lo que perjudica, sino también lo que favorece al procesado, así como la aplicación del principio "*pro societate*" o de defensa de los bienes e intereses protegidos de la sociedad. También corresponde al fiscal, la selección de medidas privativas de derechos, de conciliación e incluso la solicitud del perdón judicial, mediante la aplicación del principio de oportunidad, en razón de que se encuentra facultado por la ley "... se le autoriza disponer desde el archivo o desistimiento del proceso, cuando el delito no sea grave, se cometa sin violencia y cuando el menor no sea reincidente"⁵⁷⁴. En lo que a procesamiento de menores se refiere, el autor de la presente investigación ha dejado claro en líneas precedentes su consideración de que este principio debe ser aplicado en todos los delitos cometidos por menores de edad, cuyo internamiento sea de hasta ocho años, porque las medidas socio educativas que el juzgador le impone al menor infractor, no son la solución para lograr su rehabilitación integral y más aún si se ordena el internamiento, dicha medida le convierte en un individuo rebelde y con facilidad puede convertirse en reincidente, lo cual es negativo para él, su familia y la sociedad.

En este contexto, CRESPO SOLÍS, de forma global, nos proporciona su percepción, indicando que: "Ante la incontrovertible realidad de que el Estado no tiene ni tendrá la capacidad de perseguir todos los hechos presuntamente delictivos y que no cuenta con un mecanismo apropiado de selección de acciones y delitos y con el propósito de eliminar la selección arbitraria, injusta y violatoria de principios constitucionales que en la práctica ha venido operando, se establece: 1) la aplicación por parte del Ministerio Público de criterios de oportunidad reglada, que permite al órgano acusador prescindir de la acción penal en delitos de bagatela, la pena natural, la saturación de la pena y el principio de justicia mundial; 2) otras salidas alternativas, como la conciliación, la suspensión condicional del proceso, y la extinción de la acción penal en delitos de contenido patrimonial, por el resarcimiento del daño, y 3) en todos los casos, el interés de la víctima resulta primordialmente protegido, por lo que se

⁵⁷⁴ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal...*, cit., pp. 1001 - 1002.

establecen los mecanismos adecuados para hacer valer sus derechos en caso de no estar de acuerdo con la decisión, y asimismo contemplando la posibilidad de convertir la acción penal pública en privada”⁵⁷⁵.

De lo estudiado se concluye que los efectos jurídicos de los procedimientos especiales y de las soluciones procesales rápidas, son de mucha trascendencia en la Administración de Justicia penal, porque la mayoría de los delitos que se cometen son de bagatela y, por ende, sin mayor significación social; su aplicación permite cumplir con el principio de celeridad, ya que las causas son despachadas de manera ágil, se disminuye la carga laboral de fiscales y jueces y se evita adelantar el juicio de reproche en contra del sospechoso o procesado, pero en algunos de esos procedimientos se viola el debido proceso por no encontrarse regulados de manera debida, ya que al no ser escuchados la víctima y el victimario en la audiencia oral, pública y contradictoria, como ocurre en la aplicación del principio de oportunidad, se genera indefensión y violación de sus derechos humanos.

Con la finalidad de evidenciar de manera fundamentada lo ocurrido en Ecuador en el año 2014, respecto de la aplicación del principio de oportunidad, procedimiento directo, abreviado y acuerdos reparatorios, en relación con las desestimaciones y el archivo de casos no investigados, es importante hacer referencia a los datos estadísticos siguientes:

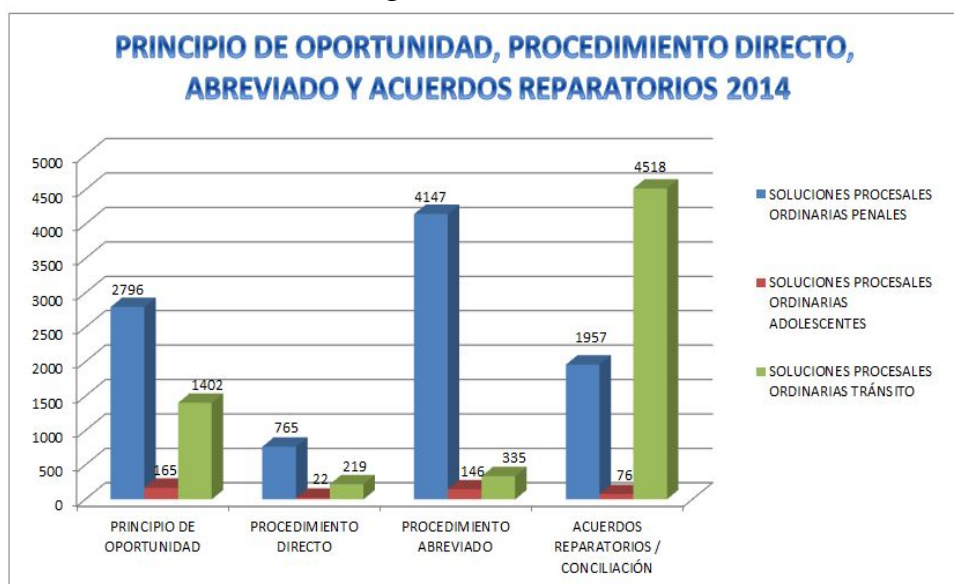


Gráfico 10. Principio de Oportunidad, Procedimiento Directo, Abreviado y Acuerdos Reparatorios 2014. Elaboración propia.

Fuente: Informe Anual de Labores de la Fiscalía General del Estado 2014.

⁵⁷⁵ CRESPO SOLIS, Oscar, “La experiencia del Ministerio Público en Bolivia en la instauración de la reforma procesal penal”, en AA.VV., *Jornadas Iberoamericanas. Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*, segunda edición, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F, 2008, p. 88.

En el gráfico que antecede constan datos estadísticos que tienen relación con cuatro procedimientos judiciales que forman parte del Derecho procesal penal vigente en el país, los cuales tienen mucha relevancia en la administración de justicia.

En lo que tiene que ver con el principio de oportunidad en el año 2014, al hacer una relación entre las soluciones procesales ordinarias, de adolescentes y de tránsito, se obtiene que: el principio de oportunidad ha sido aplicado en 2.796, 165 y 1.402 casos –respectivamente– en las soluciones referidas anteriormente, para un monto total de 4.363 causas; el procedimiento directo con cifras de 765, 22 y 219 en las soluciones procesales ordinarias, de adolescentes y tránsito, respectivamente, dando un total de 1.006 casos; en cuanto al procedimiento abreviado estas cifras son de 4.147, 146 y 335 casos, respectivamente, dando un total de 4.628 causas ; y, en cuanto a los acuerdos reparatorios o conciliaciones se aprecia su utilización en 1.957, 76 y 4.518 casos, dando un total de 6.551. Estos datos si bien son importantes en la solución de conflictos penales, no son suficientes, en especial en lo referente a la aplicación del principio de oportunidad, que, al no estar debidamente regulado, es prioritario que se desarrolle un modelo como mecanismo de política criminal, que permita una descongestión de la administración de justicia y la disminución de la carga laboral de los operadores de justicia penal.

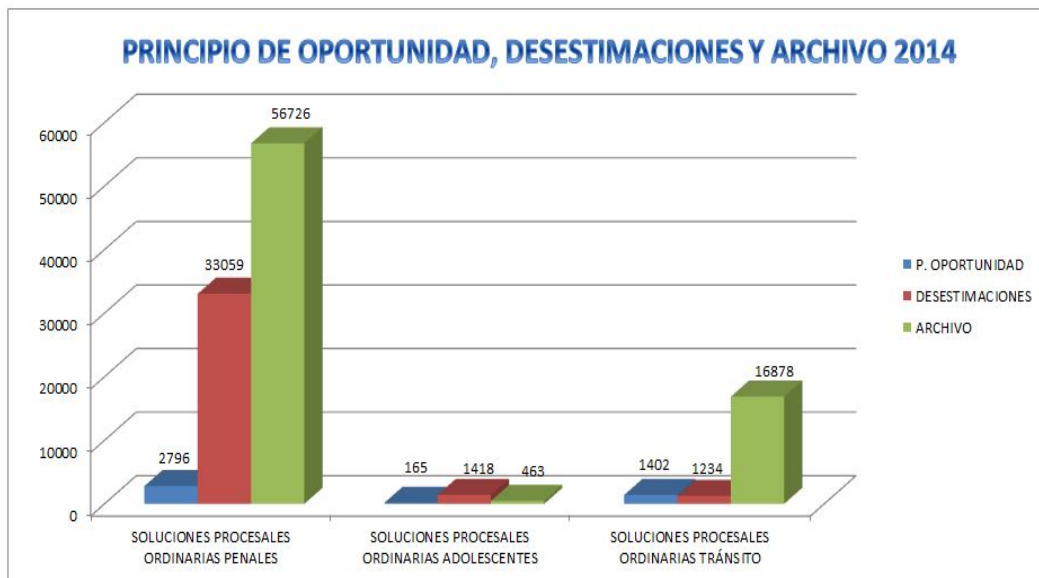


Gráfico 11 Principio de Oportunidad, Desestimaciones y Archivo 2014. Elaboración propia.
Fuente: Informe Anual de Labores de la Fiscalía General del Estado 2014.

En el gráfico anterior constan datos estadísticos que tienen relación con la aplicación del principio de oportunidad y los casos que han sido desestimados y archivados en el año 2014 y así se tiene que: el principio de oportunidad de manera general fue aplicado en la solución de 4.363 casos; en tanto las desestimaciones suman 35.711 y respecto de los casos archivados suman un total de 74.467, cifras que son muy altas, ya que entre desestimaciones y archivo de casos dan un total de 110.178 causas que no se ha iniciado las respectivas instrucciones fiscales, lo cual significa procesalmente que el número de casos anteriormente referidos no fueron investigados por el fiscal, buscando los correspondientes elementos de convicción de cargo y de descargo para darle una respuesta justa a la víctima y al sospechoso, aclarando que desde el 10 de agosto de 2014 -año en el que entró en vigencia en su totalidad el COIP- se eliminó la desestimación como figura jurídica procesal, lo cual significa que todas las noticias del delito que lleguen a conocimiento del fiscal deben iniciarse las respectivas indagaciones previas o la aplicación del principio de oportunidad, pero que en la realidad actual no ha cambiado el trabajo excesivo de fiscales ni se ha descongestionado la Administración de Justicia penal.

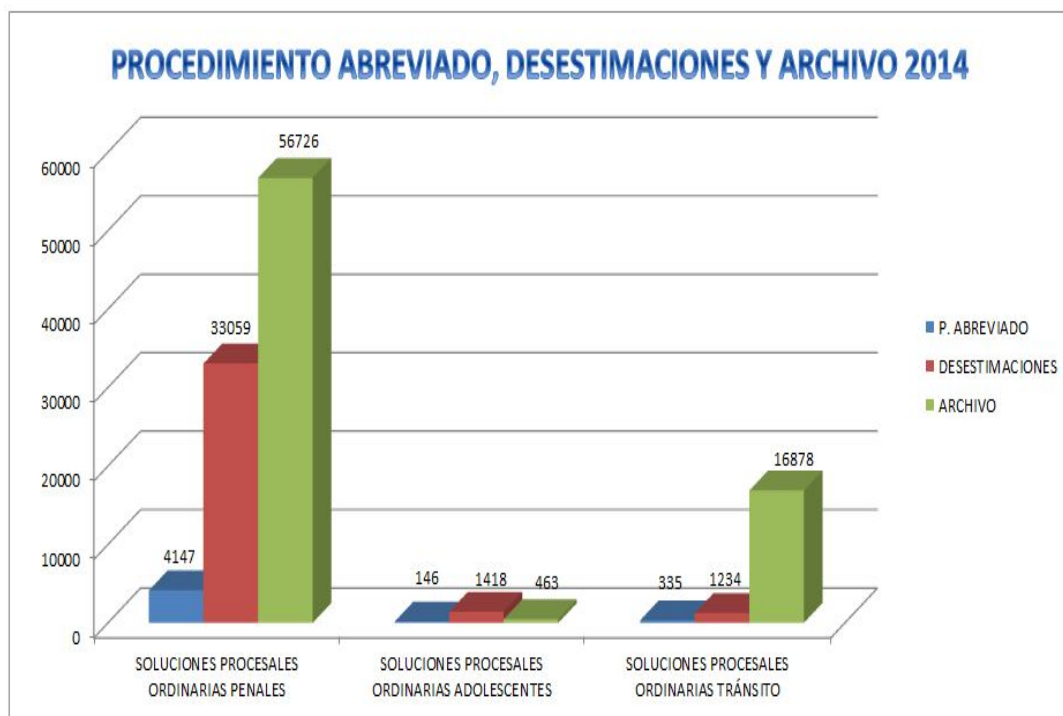


Gráfico 12. Procedimiento Abreviado, Desestimaciones y Archivo 2014. Elaboración propia.
Fuente: Informe Anual de Labores de la Fiscalía General del Estado 2014.

En el presente gráfico constan los datos estadísticos relacionados con la aplicación del procedimiento abreviado en la solución de conflictos penales, en

los cuales se han iniciado las respectivas instrucciones fiscales, así como los casos que han sido desestimados y archivados en el año 2014 y así se tiene que: el procedimiento abreviado ha permitido solucionar 4.147, 146 y 335 casos en los trámites ordinario, adolescentes y tránsito, dando un total de 4.628; en tanto que las desestimaciones del año antes indicado son de 35.711 y los casos archivados 74.467, dando un total de 110.178 casos en los cuales no se ha obtenido un resultado positivo para la víctima, pero si beneficiando al infractor en muchos de aquellos casos.

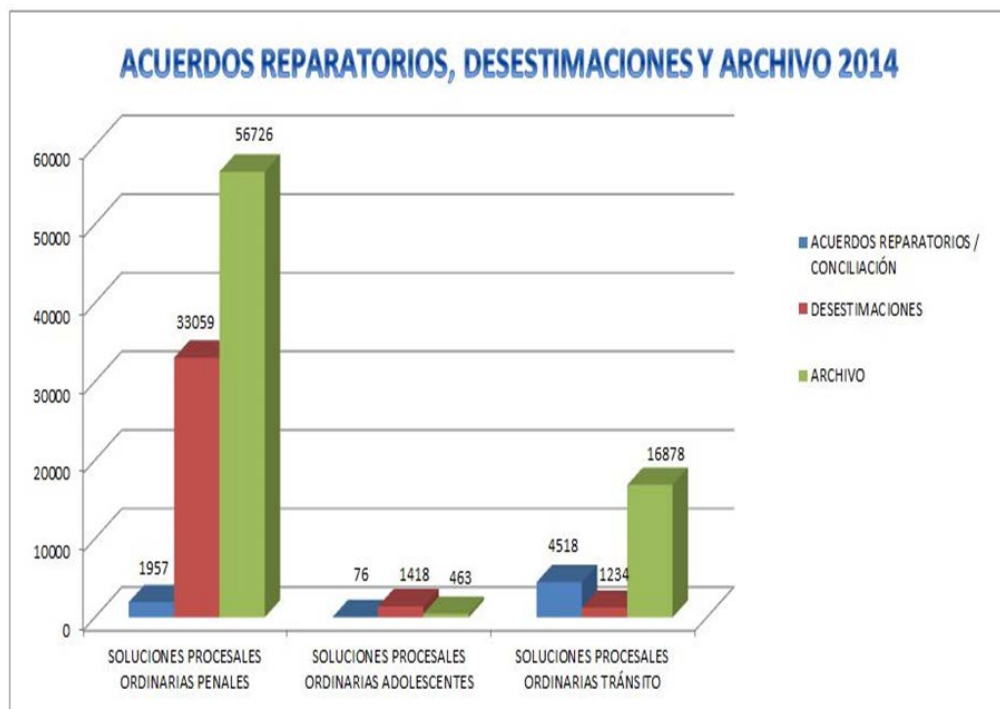


Gráfico 13. Acuerdos Reparatorios, Desestimaciones y Archivo 2014. Elaboración propia. Fuente: Informe Anual de Labores de la Fiscalía General del Estado 2014.

En el gráfico que antecede se hace referencia a los datos estadísticos de los acuerdos reparatorios o conciliación aplicados por los operadores de justicia en la solución de litigios penales en los que la ley permite, en el año 2014, así como lo relacionado con los casos desestimados y que han sido objeto de archivo, en las soluciones procesales ordinarias, adolescentes y tránsito, información estadística que es de relevancia en el presente trabajo de investigación, por cuanto permite conocer el número exacto de causas que han sido resueltas y las que no han sido materia de investigación.

Por lo tanto las soluciones procesales ordinarias, de adolescentes y tránsito en el año 2014 son: 1.957, 76 y 4.518 casos, dando un total de 6.551; siendo de importancia aclarar que los casos que han sido desestimados en las tres

soluciones procesales antes referidas son: 33.059 ordinarias, 1.418 de adolescentes y 1.234 en materia de tránsito, dando un total de 35.711; y, los casos archivados son: en las soluciones procesales ordinarias 56.726; en adolescentes 463; y, en tránsito 16.878, cuya cifra total es de 74.467. Por lo analizado se deduce que las causas que han sido solucionadas mediante los acuerdos reparatorios o conciliación en el año 2014 son de 6.551, en tanto que los casos desestimados y archivados suman un total de 110.178, por lo cual, según esta última cifra, los casos que han llegado a conocimiento de los fiscales, no han sido investigados de manera adecuada y por ende son los que no han permitido dar una respuesta positiva a los justiciables.

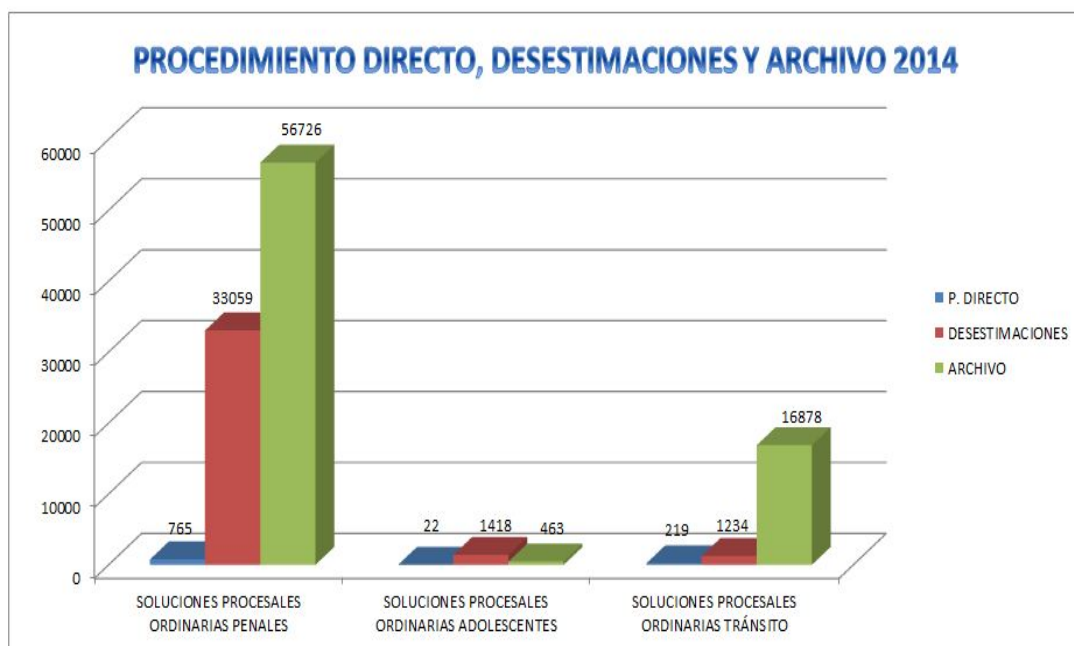


Gráfico 14. Procedimiento Directo, Desestimaciones y Archivo 2014. Elaboración propia.
Fuente: Informe Anual de Labores de la Fiscalía General del Estado 2014.

En el presente gráfico constan los datos estadísticos de 2014, que se refieren al procedimiento directo aplicado por los operadores de justicia en los delitos flagrantes, siendo su resultado: en las soluciones procesales ordinarias 765 casos; en adolescentes 22; y, en tránsito 219. En este gráfico y en los cuatro gráficos anteriores, constan los datos de los casos desestimados siendo éstos: 33.059 en ordinarios; 1.418 en adolescentes; y, 1.234 en tránsito, dando un total de 35.711 casos. En lo atinente a los casos archivados se tiene: 56.726 en ordinarios; 463 en adolescentes; y, 16.878 en tránsito, dando un total de 74.467 casos. En consecuencia los hechos delictivos que han sido objeto de desestimación y archivo suman 110.178 casos, cantidad que es muy significativa considerando

que las noticias del delito llegaron a la Fiscalía, pero que en el año antes referido, no fueron objeto de un proceso penal y por ende no se dio una respuesta adecuada a los justiciables, considerando la elevada carga laboral de los fiscales y la falta de utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos penales, en especial del principio de oportunidad en los delitos de poca significación social y que no ocasionan un daño grave en los bienes jurídicos protegidos de la víctima.

En este contexto, se tiene que de los datos estadísticos analizados anteriormente, las figuras jurídicas de carácter procesal denominadas principio de oportunidad, procedimiento abreviado y procedimiento directo, han sido aplicadas en el año 2014 en muy pocos casos, tomando en cuenta que las causas que han sido objeto de desestimación y archivo, en el referido ejercicio económico, son en un número muy elevado que en este caso es de 110.178 causas, las cuales para evitar la impunidad de los hechos delictivos que llegaron a conocimiento del fiscal, pudieron ser objeto de aplicación del principio de oportunidad en los delitos de bagatela que no afecten gravemente a la víctima ni a la paz social, por lo que se concluye que el mecanismo jurídico válido para contribuir a la solución del problema respecto de la congestión de la Administración de Justicia penal, la elevada carga laboral y la impunidad por no dar una respuesta judicial a la víctima y al sospechoso en un plazo razonable, es desarrollar un modelo para la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, donde se haga un estudio científico de manera integral.

4. MODELO PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO MECANISMO DE POLÍTICA CRIMINAL

4.1. Aspectos generales

Luego de desbrozado el camino teórico del principio de oportunidad y sus manifestaciones en el contexto ecuatoriano, cabría formularse una interrogante dirigida a precisar si con ello resulta suficiente, si existe uniformidad en el tratamiento doctrinal y teórico, así como en qué medida puede contribuir la presente investigación al perfeccionamiento de la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal. A ello tributa el modelo que se propone con un objetivo final: coadyuvar a la eficiencia del sistema de administración de justicia.

La implementación de criterios de oportunidad en los delitos de bagatela contribuye –en sentido estricto- a la humanización del Derecho Penal y –en sentido amplio- al cumplimiento del principio de celeridad procesal, pues la búsqueda e instrumentación de estrategias que ubiquen a la normativa penal como último recurso en estos ilícitos penales, favorece al rigor de su aplicación en los casos merecedores de sanción penal; mientras que por “oportuno” cauce se obtiene una rápida satisfacción tanto de la víctima como del sospechoso o procesado, pues en observancia de sus derechos se ha de garantizar con prontitud —sin postergaciones innecesarias— la reparación integral y la libertad personal de cada uno de los intervinientes en el conflicto de carácter penal.

En este contexto, deviene ineludible precisar que la existencia de normas jurídicas de carácter penal, que tipifiquen y sancionen actos humanos, responde a la necesidad del Estado de castigar aquellas conductas que ponen en peligro el bienestar social, pero, el propio hecho de su existencia y el recurrir indiscriminadamente —o con más frecuencia de la debida— a su utilización como instrumento correctivo afecta al Estado de derechos y justicia. De manera que se considera que, al ser el Derecho Penal de última ratio, resulta indispensable que el legislador —al momento de construir la norma— eleve a la categoría de esta ciencia, únicamente aquellos actos que ostenten relevancia pública y que, fundamentalmente, ocasionen una grave lesividad a la víctima, tomando en cuenta —inclusive— que algunos delitos que constan en la ley penal, deben ser objeto de solución a través de mecanismos procesales no punitivos.

En consecuencia, establecida la finalidad de contribuir al logro de una descongestión de la Administración de Justicia penal, así como el despacho de las causas en un plazo razonable -cual disponen las normas internacionales de derechos humanos, las constitucionales y las demás leyes vigentes- resulta indispensable que, respetándose los derechos fundamentales de la víctima y sospechoso o procesado y el debido proceso, se precise que uno de los mecanismos jurídicos válidos para alcanzar los propósitos antes referidos, es la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal que produce la extinción de la acción como efecto jurídico y que ha de ser regulado de manera integral, con previsión de los específicos supuestos en que el bien jurídico protegido que afecta a la víctima tenga el carácter de irrelevante y, por ende, el infractor no sea merecedor del juicio de reproche.

Así, el principio de oportunidad se revela a través del conjunto de reglas que nacen del Derecho internacional y de las correspondientes normas internas de cada país, que posibilitan agilizar la solución de conflictos del sistema penal, y que están condicionadas por premisas, principios, derechos y garantías de la víctima y sospechoso o procesado, así como las causales y el procedimiento sobre el accionar del fiscal y de los jueces, es decir, que este principio debe ser de carácter reglado en directa relación con el principio de legalidad. En su virtud, la regla debe estar especificada en una ley procesal penal, donde se desarrollen de manera organizada, codificada e integral por parte del legislador, cada una de las normas legales que regulen el principio materia del presente análisis.

En este orden de ideas es necesario precisar que además de la descongestión, mejor utilización de los recursos del sistema penal y el adecuado tratamiento de la víctima y del infractor, existen otros efectos positivos de la aplicación del principio de oportunidad, como acontece al evitar la estigmatización que produce una condena, lo que propende a una mejor rehabilitación del transgresor y posibilita el derecho de reparación a la víctima, por lo que puede además hablarse de fines preventivos de la pena, pues el señalamiento ofensivo por parte de los miembros de la sociedad impide la normal reinserción del victimario.

A partir del análisis de la situación problemática, realizado a través de un estudio documental y estadístico que se muestra precedentemente, se construyó el diseño y marco teórico referencial de esta investigación doctoral, cuyos principales resultados a reflejarse en el desarrollo del modelo de aplicación de la oportunidad, se resumen a continuación:

— El sistema judicial penal en Ecuador está congestionado, lo que se manifiesta en la gran cantidad de noticias de delito que no se llegan a procesar como corresponde y en la recarga laboral de los operadores de justicia.

— La congestión del sistema judicial penal afecta el cumplimiento de normas jurídicas internacionales y nacionales al vulnerarse el principio de celeridad, el Estado de derechos y justicia que establece la CRE, así como los derechos fundamentales de la víctima y sospechoso o procesado y las garantías del debido proceso.

— El sistema judicial debe ser descongestionado no solo para solucionar los problemas antes mencionados, sino además para evitar que delitos de bagatela de menor envergadura dejen de tener tratamiento penal, sino que transcurran a

través de procedimientos alternativos con un carácter más preventivo y educativo.

— La aplicación del principio de oportunidad puede resultar una vía idónea para lograr los propósitos de descongestión del sistema judicial y la despenalización de los delitos de bagatela, sin embargo, para ello se requiere del desarrollo de un modelo, cuyos principios, componentes y procedimientos, garanticen el cumplimiento de las normas jurídicas internacionales y nacionales antes mencionadas y los derechos fundamentales de la víctima y sospechoso o procesado y el debido proceso.

— Por su novedad científica el modelo de aplicación del principio de oportunidad, deberá tener una proyección no solo nacional, sino que su validez ha de tener un carácter universal, en el entendido de que resulte posible su instrumentación en cualquier contexto regional.

— Los valores de legalidad, regulación, humanidad y oralidad resultan condiciones previas que se requieren cumplir como premisas para el desarrollo y aplicación del modelo.

— Constituyen requisitos que –obligatoriamente– el modelo debe cumplir a modo de principios: correspondencia con la política criminal, tutela de los derechos de la víctima y sospechoso o procesado, inmediatez, concentración de actos y celeridad procesal, control judicial, prevención y objetividad.

— El cumplimiento de las normas internacionales y nacionales debe ser un punto de partida imprescindible que aborde el modelo, de conjunto con la política criminal que deberá estar en el centro de atención del modelo de aplicación del principio de oportunidad.

— La criminalidad de bagatela debe ser asumida integralmente por el modelo, descongestionando de este tipo de delito al sistema de justicia penal, con independencia de otras tipologías penales que cada ordenamiento nacional considere como susceptible de aplicar el principio de oportunidad.

— La conformación del modelo de aplicación del principio de oportunidad deberá sustentarse en sólidas bases jurídicas que establezcan cauces procedimentales propios y específicos presupuestos o causales para su instrumentación.

— Los roles de los sujetos procesales y del juez deberán quedar bien definidos en el modelo.

— El modelo debe tomar en cuenta los aspectos siguientes: acoger la tesis de oportunidad reglada, garantizar el derecho a la igualdad y el principio de

proporcionalidad, reparar el daño causado a la víctima y no concebir al infractor como un enemigo, sino como parte de la sociedad y digno de reinserción.

— El respeto de los derechos fundamentales de la víctima y sospechoso o procesado y el debido proceso, deben ser garantizados por el modelo de aplicación del principio de oportunidad.

— El principio de oportunidad además de descongestionar el sistema penal, evita la estigmatización que produce una condena permitiendo la rehabilitación integral del transgresor y de la víctima, lo cual constituye un aspecto de gran relevancia que debe contemplar el modelo.

— La aplicación del modelo debe permitir que tanto la víctima como el victimario, comparezcan a la audiencia convocada por el juzgador, en compañía de sus abogados defensores, para hacer valer su derecho de defensa material y técnica.

— El modelo debe permitir la reconciliación entre la criminalidad y la comunidad, mediante un adecuado tratamiento del infractor, que evite los efectos dañinos de la represión sin medida y privilegie la restauración del bien jurídico protegido afectado, antes que el castigo por la desobediencia de la ley penal, en pos de conseguir la humanidad del Derecho Penal a que convoca el momento actual.

A partir de los resultados del marco teórico referencial se desarrolló el modelo para la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, el cual ha sido abordado con la especificación de los respectivos principios, premisas y componentes que le permitan alcanzar un funcionamiento óptimo en beneficio de los justiciables y que contribuya a la descongestión de la Administración de Justicia penal, lo que –a su vez- evita la impunidad de ciertos delitos que son considerados como graves, por afectar bienes jurídicos protegidos de gran impacto y trascendencia en contra de la víctima y de la sociedad en general.

El modelo constituye un nuevo aporte al conocimiento, desarrollado con métodos científicos mediante una investigación integral, que posibilita su aplicación en cualquier país del mundo, siempre que se cumplan las premisas y principios que forman parte del mismo y que más adelante se analizan.

En este contexto, de manera detallada se hace un examen de cada uno de los componentes del modelo, a partir de las previsiones normativas jurídicas nacional e internacional que se relacionan con la aplicación del principio de oportunidad, los derechos de la víctima y sospechoso o procesado, todo ello en

relación con la política criminal y el descongestionamiento de la Administración de Justicia penal.

Como parte de los componentes del modelo, se presenta un estudio de las normas legales que regulan la correcta aplicación del principio en análisis, a partir de las causales de su procedencia, roles que cumplen los sujetos procesales, el debido proceso y, fundamentalmente, el procedimiento legal y la renovación y mejora continua del modelo, con todo lo cual se configura el conocimiento científico que servirá de base para construir las nuevas reglas que regulen el principio de oportunidad como mecanismo de política criminal por parte del legislador, lo cual permitirá edificar un Derecho procesal penal acorde con el adelanto de la ciencia y la tecnología y que ostente la finalidad de solucionar de manera adecuada y en un plazo razonable los litigios penales, sin que se afecte la seguridad jurídica ni se altere la paz social.

A continuación, se detallan las premisas, principios y componentes del modelo.

4.2. Premisas del modelo

Constituyen premisas fundamentales para el desarrollo y utilización del modelo de aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal las siguientes:

4.2.1. Legalidad

La legalidad es una figura jurídica de carácter procesal y constitucional que, como su nombre lo indica, significa apego a la ley y, en consecuencia, únicamente se origina cuando se encuentre contemplada en las normativas jurídicas vigentes en el país. Tiene dos consideraciones:

a) Cuando la autoridad pública –Fiscalía o instrucción penal- que por ley tiene la responsabilidad de la persecución de los delitos, tiene conocimiento por cualquier vía de la existencia de un delito está en la obligación de perseguirlo (Vías: *notitia criminis* o denuncia). Se conoce como principio de obligatoriedad o necesidad, pues responde a un criterio de necesidad, ya que en materia penal no puede haber imposición de pena fuera del proceso y constituye un deber, que no un derecho, impuesto a la Fiscalía. En consecuencia, no existe posibilidad de consideraciones, es imperativo (hecho típico) y opera con carácter automático.

b) Imposibilidad de parar, de tener la posibilidad de adoptar por sí misma una decisión de carácter liberadora que equivalga a la cosa juzgada, porque estos

son de naturaleza jurisdiccional, facultad que no poseen los órganos e instituciones persecutorias, dada la indisponibilidad del proceso penal. Así, el fiscal no puede absolver o sobreseer por sí, debe solicitarlo al tribunal, al juez, que es quien lo aprueba, porque equivale a sentencia absolutoria, o deniega.

De estas tres acepciones de legalidad, todas resultan de obligatoria mirada en sede de oportunidad, pero, llevado al modelo, esencialmente se refiere a que la ley conceda facultades a los operadores jurídicos –fiscales y jueces- de buscar alternativas al juzgamiento y a la penalización de conductas.

4.2.2. Regulación

El modelo puede implementarse solo cuando el principio de oportunidad sea regulado por la ley de manera integral, por lo que los operadores de justicia -en especial el fiscal y el juzgador- tienen la obligación de cumplir a cabalidad la normativa jurídica aplicable; siempre con prevalencia del respeto al debido proceso, los derechos fundamentales de la víctima y del sospechoso o procesado.

También deben estar previstas *ex lege* las causales en las que resulta procesalmente viable el indicado principio, así como el procedimiento legal pertinente, desde la petición del fiscal, hasta la ejecución de la resolución emanada del juzgador. En este contexto, los criterios de oportunidad deben tener relación directa con la política criminal diseñada por el Estado, en el entendido de que debe constituir una de sus herramientas en conexión con otras previsiones, a fin de que se pueda lograr la satisfacción plena de todos los intervinientes en el proceso penal y disminuir la carga laboral de fiscales y jueces, con un despacho ágil de las causas, todo ello basado en una normativa jurídica clara y precisa, sin dar lugar a confusiones por existencia de lagunas o ambigüedades de carácter jurídico, que distorsionen la aplicación de este principio.

4.2.3. Humanidad

El Derecho Penal debe ser aplicado por parte del Estado que es quien ejerce el *ius puniendi* a través de la FGE, pero, criminológica y socialmente, ha quedado demostrado que la excesiva tipificación penal y la severidad de las penas previstas no reduce los elevados índices de criminalidad, no propician una adecuada rehabilitación del autor de la comisión del delito, ni tampoco su reinserción a la sociedad en condiciones positivas, que garanticen el orden y la paz social. El proceso penal encamina su actuación a dirimir conflictos de índole

pública y social y, en consecuencia, ha de encontrarse en posibilidades de ofrecer soluciones basadas en el humanismo que ha de caracterizar a este proceso y en su apego a la ley y a la justicia, como valor esencial que ha de regir las actuaciones de los operadores.

De manera que el Derecho procesal penal, a través de la aplicación del principio de oportunidad debidamente reglado, debe permitir que se respeten los derechos de la víctima y victimario y, fundamentalmente, que se alcance una vida armónica y respetuosa de los derechos ajenos en el convivir diario de los miembros de la sociedad, ya que el hecho de reparar los daños ocasionados a la víctima y de extinguir la acción penal en beneficio del infractor, al no ser sancionado por el delito cometido, favorecerá que realice una retrospección en su interior para enmendar su conducta y no caer en reincidencia.

El Derecho Penal, entonces, no debe ser utilizado como un mecanismo para ocasionar daño al infractor, sino como un instrumento jurídico para lograr la reparación tanto al sujeto activo como al pasivo de la infracción penal, siendo el fin primordial alcanzar lo que se denomina humanidad del Derecho Penal. Por eso, recuerda ESNER que resulta necesaria “una justicia penal a la medida del ser humano”⁵⁷⁶ que reoriente la funcionalidad del proceso.

4.2.4. Oralidad

El desarrollo del modelo, que permitirá una eficiente concreción del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, tiene su base esencial en la oralidad. Se trata de que puede existir principio de oportunidad en un proceso escrito, pero solo en el que sea predominantemente oral puede realmente cumplir sus funciones de prevención y educación social.

Oralidad que ha de entenderse como intermediación, como cercanía del tribunal con los sujetos procesales intervinientes, pues solo por esta vía pueden observarse y hacerse efectivos los derechos de las partes, en particular, el derecho a una defensa técnica y material.

Ese intercambio o diálogo entre el juzgador, el perjudicado y el infractor, permite conocer de manera directa su parecer en cuanto a la aplicación al caso en concreto de los criterios de oportunidad, pues estos participantes deberán efectuar sus actuaciones de manera verbal y directa frente al juzgador, en franco

⁵⁷⁶ ESER, Albin, “Una justicia penal a la medida del ser humano”, en *Revista Peruana de Derecho Penal*, Núm. 3, 1999, pp. 334-348, trad. Jon Mirena LANDA GOROSTIZA, publicado en: <https://www.freidok.uni-freiburg.de/dnb/download/3656> (acceso: 25 de agosto de 2016).

cumplimiento de los derechos, garantías y principios del debido proceso y como tributo a la transparencia en la Administración de Justicia penal.

Por vía de la oralidad, como informadora de todo el procedimiento penal, los operadores de justicia cristalizan de manera objetiva el principio de oportunidad, pues no queda a la subjetividad del juzgador la interpretación de lo que las partes quieren, sino que constata directamente⁵⁷⁷ su parecer en la solución de los conflictos jurídico penales.

Como bien sostiene MONTERO AROCA, el proceso "...será oral o escrito atendiendo a un conjunto de principios, en los que junto a la forma oral o escrita de los actos procesales, hay que resaltar otros de tanta mayor importancia. La oralidad y la escritura son dos modos de hacer el proceso, el conjunto del mismo, no la forma de un único acto procesal" y luego recrea el autor la idea de que la oralidad constituye una especie de principio guía, al cual se asocian otros a los que identifica como "principios consecuencias"⁵⁷⁸.

De manera que conforme la oralidad resulta premisa, devienen en principios derivados de ella, la inmediación, la concentración, la publicidad y la celeridad, que coadyuvan a la descongestión de las causas de fiscales y jueces y avala una tutela judicial efectiva que no solo satisfaga los intereses de la víctima y sospechoso o procesado, sino de todos los miembros de la sociedad.

4.3. Principios del modelo

Cuando se alude a principios, hay que entender que se trata de una categoría equívoca, pues tanto en la doctrina como en el lenguaje de la curia se utiliza la voz "principio" con multiplicidad de significados, pero asociados al específico campo del Derecho Procesal y del principio en estudio, pudiera precisarse que son aquellos que rigen el diseño, organización y utilización del modelo de aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal y que resultan, los siguientes.

⁵⁷⁷ Mucho se ha apuntado sobre las posibilidades que brinda un proceso oral en materia de constatación de los verdaderos "sentires" de las partes, pues no se trata de un lenguaje verbal, sino de la utilización de distintas herramientas de expresión que permiten al juzgador formar su convicción en cuanto a lo realmente querido. Así, se alude al lenguaje del cuerpo, al tono de la voz, de la mirada, y a otras formas de expresión o técnicas de acción oratoria que, en correspondencia con la verbalización de las ideas, logran transmitir el pensamiento y el sentimiento con mucha mayor precisión que el rutinario proceso escrito.

⁵⁷⁸ MONTERO AROCA, Juan, "Estructura...cit.", p. 352.

4.3.1. Correspondencia con la política criminal

El modelo de aplicación del principio de oportunidad debe ser coherente con la política criminal del Estado, encaminada a lograr la paz social, a través de procedimientos adecuados que respeten los derechos tanto de la víctima como del sospechoso o procesado y que contribuyan a disminuir la criminalidad, a través de una justicia más restaurativa que punitiva, en el entendido de que la debida ponderación entre los fines represivos y preventivos de la pena, no pueden verse aislados del necesario resarcimiento de la víctima y todo ello ha de engranarse de forma armónica en el trazado de una estrategia conocida como política criminal del Estado. Así, el modelo está ligado al cumplimiento de lo dispuesto en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en la Constitución y en las leyes especiales vigentes, como respuesta a las necesidades de la sociedad en su conjunto.

En este contexto, la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal permite extinguir la acción de persecución a pesar de verificarse la comisión de la infracción penal, lo cual no atenta contra los derechos fundamentales de la víctima y del sospechoso o procesado, ni al interés público o del Estado, siempre que se cumplan las reglas del debido proceso y se atienda a la protección de los integrantes de la sociedad, evitando la alteración de la paz social y el orden constituido de una sociedad civilizada.

El modelo estará diseñado con criterios orientados a la descriminalización de ciertos delitos, aquellos que aun siendo ilícitos penales no ameritan la realización de un proceso y la imposición de una pena, pues se tornan innecesarios en razón de que no constituyen infracciones graves o de trascendencia social, sino que se trata de los llamados delitos de bagatela; delitos cuya persecución significa-en la mayoría de los casos- un desgaste para el sistema de administración de justicia, pues afecta gravemente la tan necesaria celeridad del proceso penal y no coadyuva ni al debido resarcimiento del perjudicado ni a la rehabilitación del ofensor.

De manera que no se trata de una simple despenalización, sino de la conjugación de mecanismos propios del procedimiento penal con instrumentos económicos de sanción y reparación, así como otros, de índole social, dirigidos a la rehabilitación y al cumplimiento de acciones de vinculación con la comunidad. Todo ello ha de concebirse en una política criminal que favorezca la aplicación del principio de oportunidad como uno de sus elementos.

4.3.2. Tutela judicial de los derechos de la víctima y sospechoso o procesado

En relación con la tutela judicial, es preciso mencionar que tiene relación directa con el Estado constitucional de derechos y justicia, por cuanto toda persona tiene derecho a ejercer de manera libre la defensa de sus derechos e intereses ante los órganos jurisdiccionales y, por su parte, el Estado ha de proteger el acceso a la justicia, el cumplimiento del debido proceso y la posibilidad de obtener de los jueces competentes una resolución que resuelva el punto controvertido entre la víctima y victimario, así como la factibilidad de que se torne efectiva dicha resolución en virtud de su ejecución. De esta forma, la administración de justicia en materia penal desempeña un papel preponderante en lo referente a la estabilidad social del Estado y orden constituido, donde todos los miembros de la sociedad deben cumplir con el ordenamiento jurídico de un país determinado y, a su vez, se sienten protegidos, seguros en razón de esa labor judicial.

Los derechos de la víctima y del sospechoso o procesado estarán debidamente tutelados – en el entendido de su prolijo reflejo- a través del modelo de aplicación del principio de oportunidad, para lograr que los sujetos procesales antes referidos, así como también el fiscal y el juzgador, a quienes atañe analizar que el conflicto penal se enmarque dentro de las previsiones legales que regulan el principio de oportunidad, para que pueda ser solucionado a través de este mecanismo de carácter procesal y han de velar por la observancia de las garantías de representación y uso de la palabra como ejercicio del derecho a la defensa que lleva implícito la tutela judicial efectiva y el principio de oportunidad como una de sus expresiones en el proceso penal.

En palabras de ESER, resulta necesario corregir el rumbo del proceso penal, con la mira puesta no solo en el interés público, del Estado, sino del individuo en sí, pues se “...ha de impedir que, por una parte, la víctima sea excluida totalmente del proceso penal y se la relegue a la condición de puro testigo y, por otra parte, que el autor sea considerado únicamente como objeto de investigación y sanción”⁵⁷⁹.

4.3.3. Inmediación, concentración y celeridad procesal

El sistema procesal penal se ha visto desgastado por su lentitud, lo cual genera un círculo de impunidad y limita la justicia de manera frustrante para los sujetos

⁵⁷⁹ ESER, Albin, “Una justicia penal...”, cit., p. 343.

procesales, por cuanto recibir lo que corresponde, pero de forma tardía, puede ya no ser verdadera justicia, o -peor aún- no recibir nunca la respuesta anhelada puede demeritar a la administración de justicia que deja de cumplir, entonces, esa función tuitiva de los derechos a que viene obligada.

El panorama procesal actual se empeña en la búsqueda de alternativas para atenuar la lentitud intolerable, aunque necesaria en algunos casos por su gravedad o lesividad, de los procesos ordinarios de cognición. El legislador se ha visto precisado a prever los inconvenientes que pudieran derivarse de la larga duración de un proceso y que frustrarían su efectividad, todo ello en aras de crear los mecanismos para combatirlos. Con tal finalidad han surgido distintos cauces procesales y se ha instaurado el principio de oportunidad, cual atajo que permite ofrecer una pronta respuesta a reclamos que no requieren o no admiten demora, por lo que la incorporación del modelo de aplicación de dicho principio en forma reglada como mecanismo de política criminal, debe contribuir a la celeridad procesal, al abstenerse de perseguir los delitos de mínima lesividad y otorgarle la facultad al fiscal de suspender el proceso penal o desistir de la investigación, en los casos determinados de manera taxativa en la ley, lo que se complementa con el otorgamiento de prerrogativas al juez para acoger lo pedido, siempre que se ciña a la normativa jurídica que regule el citado principio.

Por lo tanto estas actuaciones procesales, contribuyen al descongestionamiento de las causas penales ingresadas a la FGE y a la función judicial, lo que permite a los operadores de justicia destinar sus esfuerzos a la persecución y sanción de los delitos que afecten gravemente los derechos humanos o bienes jurídicos protegidos de trascendencia para la víctima y la sociedad o al interés público o del Estado, con la finalidad de dar una respuesta ágil en franco cumplimiento del principio de celeridad.

Un sistema judicial en el que se actúa con celeridad, logra una justicia pronta y cumplida, y ello genera un impacto social que se ve reflejado en el desarrollo social y del Estado, así como en la confianza que los justiciables depositan en las instituciones, pues no se trata únicamente de descongestionar la justicia penal, sino de proveer seguridad y protección a cada uno de los individuos integrantes de la sociedad; objetivo que se logra a través de la aplicación del procedimiento legal que regula el principio de oportunidad, el cual debe estar codificado y sistematizado, a fin de que garantice agilidad, transparencia y que permita cumplir con las políticas públicas.

La aplicación del principio de oportunidad permite una adecuada utilización de los recursos humanos, tecnológicos y económicos. Corresponde a los operadores de justicia penal, la obligación de usarlos con eficiencia para investigar y juzgar delitos que afectan gravemente a la víctima y al interés social o del Estado, donde deben poner todos sus esfuerzos, pero en los delitos menores o de bagatela que son los únicos en los que procede la aplicación del referido principio, deben actuar con diligencia, buena fe y lealtad procesal, en forma tal que permita la descongestión de los despachos de fiscales y jueces, con el fin de garantizar una administración de justicia ágil en beneficio de los justiciables.

En franca conjunción con la celeridad, se muestran la inmediación y la concentración de actos, como principios todos dimanantes de la oralidad como premisa, pues en la medida que prevalezca la oralidad el proceso se estructura en audiencias en las que el juez puede constatar el decir y el sentir de las partes; a un tiempo, en ese momento procesal se puede producir la renuncia a la acción penal, la defensa de las partes y el pronunciamiento judicial con el subsiguiente resarcimiento a la víctima y sanción no penal al infractor. Todo ello coadyuva, sin dudas, a la celeridad procesal y, consecuentemente, a la eficiencia del sistema de administración de justicia.

4.3.4. Control judicial

La aplicación del principio de oportunidad debe ser solicitado por el fiscal como titular del ejercicio público de la acción y le corresponde al juzgador decidir sobre la procedencia o no de ese petitorio, porque al ser un juez eminentemente garantista de los derechos fundamentales de la víctima y sospechoso o procesado, tiene la obligación de realizar un control de legalidad y constitucionalidad del procedimiento que se desarrolla en la materialización de esta figura jurídica de carácter procesal, así como de las actuaciones de cada uno de los operadores de justicia que intervienen en la audiencia oral, pública y contradictoria.

Esta labor de control o de censura, como también se le conoce, coadyuva a garantizar una justicia transparente y creíble para la víctima y el victimario, y -de manera general- para los miembros de la sociedad. Con ello, el juez cumple funciones de gran trascendencia social y jurídica en la aplicación del principio de oportunidad, en tanto desempeña su rol de avalista de la legalidad y la justicia, ya que si bien el fiscal es quien decide o propone el abandono de la

investigación, le corresponde exclusivamente al juzgador la aprobación o concesión de los petitorios del referido operador de justicia penal.

Con este juicio de admisibilidad o procedibilidad para que se apliquen criterios de oportunidad, la labor del juzgador evita arbitrariedades que afecten a los derechos fundamentales de la víctima y del victimario, así como el cumplimiento del debido proceso, considerándole al juzgador como el único facultado para decidir la contienda judicial y, por lo tanto, con la responsabilidad de dictar su resolución judicial sobre la base del marco jurídico vigente, donde de aceptarse la aplicación del principio en análisis, se declarará la extinción de la acción y se ordenará la cuantificación y pago de la reparación integral a la víctima; caso contrario, haciendo uso de su jurisdicción y competencia, ordenará se prosiga con la investigación para que se descubra la verdad material o procesal y de llegar a probarse tanto la existencia de la infracción, como la responsabilidad del procesado, imponerle la sanción determinada en la ley para cada tipo penal.

4.3.5. Prevención

Los Estados deben dictar políticas de prevención del delito eficaces, que permitan reducir las conductas delictivas o la criminalidad en una sociedad determinada, y a ello contribuye la regulación integral que propugna el presente modelo. La cooperación a dicha prevención se materializa a partir del análisis de las diferentes conductas antisociales, así como de los factores de riesgo, para realizar una selección adecuada de los procedimientos a llevarse a cabo por parte de los operadores de justicia, a fin de que se alcance la resolución al conflicto en sede judicial, pero cuya corporificación puede ser tanto procesal, como extraprocesalmente. Esa solución del litigio jurídico penal lo que sí lleva apellidos que le son propios en el entendido de adecuada —conforme a Derecho— y satisfactoria, en cuanto tiende a reivindicar de forma íntegra al perjudicado y al infractor, sin violarse sus derechos humanos ni las garantías procesales correspondientes.

Para una debida aplicación del modelo, es menester la comprensión de que la forma de mitigar el acelerado incremento de los niveles de delincuencia en la sociedad, no se logra únicamente a través de métodos represivos, es decir, mediante la aplicación del *ius puniendi* del Estado, sino mediante una adecuada aplicación de mecanismos de prevención, con medidas o sanciones alternativas a la privación de la libertad, que permitan una mejor rehabilitación de los

culpables y su reinserción social, así como de manera obligatoria se debe garantizar la reparación integral a la víctima en el momento de adoptar la decisión de aplicar el principio de oportunidad.

Además, se debe tomar en cuenta la educación continua, permanente e integral de las personas, en la familia y en todos los niveles de instrucción, que les permita una formación en valores y social capaz de asimilar este nuevo enfoque de la justicia. Formación que ha de estar sustentada en el conocimiento científico, tecnológico y, fundamentalmente, en valores y reglas de comportamiento humano, a fin de que cada miembro de la sociedad tenga conciencia de lo imperioso que resulta prevenir, más que sancionar, en pos de alcanzar estándares de una vida armónica y respetuosa de los derechos de los cuales se encuentran asistidos los demás miembros de la sociedad.

4.3.6. Objetividad

El principio de objetividad es el que rige la labor investigativa del fiscal; autoridad que debe ejercer sus facultades y atribuciones en estricto cumplimiento de la normativa jurídica nacional e internacional vigente en un país determinado, con la finalidad fundamental de adecuar sus actuaciones a un criterio objetivo, que garantice los derechos fundamentales de las personas, para lo cual debe buscar los elementos de convicción de cargo y de descargo tendientes a descubrir la verdad material o procesal, en cada una de las causas puestas a su conocimiento. Por lo tanto, la investigación de cada caso concreto se inicia sobre la base del examen del presupuesto fáctico en correlación con todas aquellas circunstancias que ley prevé en forma de eximentes, agravantes o atenuantes de la responsabilidad penal, así como de aquellos casos enmarcados dentro de los supuestos de extinción de la acción.

En el proceso penal hay que respetar lo investigado, por lo que el fiscal ha de traer al proceso todo lo indagado, a favor o en contra del imputado. No puede sustraer nada del informe, en atención a la legalidad y objetividad que presiden su actuación⁵⁸⁰. Así, para que el modelo de aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal sea integral, deviene imprescindible que el fiscal cumpla con este principio en su actuar y tenga en

⁵⁸⁰ Cfr. Artículo. 5. 21 del COIP. "Objetividad: en el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas. Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan".

cuenta la intervención directa de la víctima, sospechoso o procesado y los defensores técnicos.

Se trata de que realice una investigación completa, en la que se preserven los derechos de las partes a introducir elementos de prueba que contribuyan a identificar elementos de convicción suficientes relacionados con la infracción y la participación del sujeto activo del delito, para que el juzgador como director del proceso decida con conocimiento de causa y conforme a Derecho, lo que sea justo y procedente en cada caso concreto. Como complemento a esa objetividad, corresponde en la audiencia oral, pública y contradictoria escuchar a todos los intervinientes en el proceso, para que hagan uso de la defensa técnica y material que les corresponde, consecuentemente, se decida por parte del juzgador la controversia y —de ser procedente— se aplique el principio en estudio con todos sus efectos jurídicos.

4.4. Componentes del modelo

A partir del cumplimiento de las premisas y principios antes mencionados se plantea la conformación del Modelo para la Aplicación del Principio de Oportunidad (MAPO), sus componentes, la interrelación que se produce entre ellos, así como los eventos de entrada y salida que, en conjunto, han de posibilitar una Administración de Justicia penal más eficiente y la realización del Derecho, en cualquier país. Modelo que, en forma de esquema, se presenta en la figura siguiente:



Figura 1: Modelo para la Aplicación del Principio de Oportunidad. (MAPO)
Elaboración propia

El modelo está representado por el contenido que se encuentra dentro del círculo de la figura y aparece enmarcado por lo que constituye el entorno exterior en que se aplica, la administración de la justicia penal.

Los componentes del modelo son los que conforman los lados del polígono del esquema: las normas jurídicas, las cuales son analizadas tomando en cuenta las condiciones que deben cumplirse respecto de la aplicación del principio de oportunidad; la política criminal, por cuanto representa una decisión de Estado de la cual forma parte el principio de oportunidad en actuar coherente con otros mecanismos; las tipologías penales, pues si bien la criminalidad de bagatela constituye el campo de acción fundamental del principio de oportunidad, pueden existir otros tipos penales que, conforme a la legislación nacional, resulten propicios para su materialización; el procedimiento a seguir, que ha de ser común, con independencia de que siempre existen particularidades, pero la propuesta que se formula permite uniformidad en el tratamiento de los criterios de oportunidad, con explicación de las causales legales, el cumplimiento del debido proceso y la regulación del procedimiento desde la petición del fiscal, hasta la resolución del juzgador; el rol de los sujetos procesales y el juez, en tanto corresponde a cada uno la defensa de su posición de parte o director del proceso; y, los derechos fundamentales de la víctima y sospechoso o procesado que no pueden ser violados por parte de los operadores de justicia, en el momento de decidir la solución del litigio penal mediante la utilización del principio en estudio.

Los componentes del MAPO tienen una relación lógica y secuencial, a partir de las normas jurídicas nacionales e internacionales relacionadas con el principio de oportunidad y que los operadores de justicia deben dar estricto cumplimiento; normativa que se relaciona con los derechos fundamentales de la víctima y del sospechoso o procesado, en tanto no pueden ser vulnerados por los operadores de justicia penal, así como se visualiza su materialización procesal solo en los supuestos que conforman la criminalidad de bagatela, es decir en delitos que no lesionan bienes jurídicos de relevancia para la víctima y que son de menor impacto social, u otros específicos tipos penales, a tenor de la normativa nacional vigente. También, para la realización de estos derechos y aplicación del principio, cada sujeto procesal cumple roles específicos que nacen

de las normas jurídicas pertinentes y que tributan a la observancia del debido proceso.

Por último, es preciso mencionar que el principio de oportunidad tiene una relación directa con la política criminal, en tanto constituye uno de sus instrumentos de realización. Por consiguiente, ha de estar articulado de forma coherente con los restantes mecanismos de política criminal - diseñada y utilizada por el Estado para enfrentar la criminalidad- y con un procedimiento claro y legalmente establecido, en lo referente a las causales de procedencia, el cumplimiento del debido proceso, el procedimiento legal que se inicia con la petición del fiscal y concluye con la resolución del juzgador, así como las medidas que en clave civil o administrativa se adopten como complemento de la disposición judicial de índole penal. De manera que aunque se le ha conferido una especie de orden en el modelo, lo cierto es que constituyen un sistema donde cada componente o elemento interactúa con los demás y se torna imprescindible para su cabal conformación, pues todos tienen como finalidad alcanzar la eficiencia del sistema de Administración de Justicia penal, lo que se traduce en disminuir la carga laboral de los fiscales y jueces, así como en la descongestión de la Administración de Justicia penal, el respeto de los derechos fundamentales de la víctima y sospechoso o procesado, y la conciliación entre intereses individuales y de la sociedad.

Los componentes del modelo de la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, se basan en un conocimiento estructurado de manera científica, cuya representación gráfica incorpora cada una de las piezas constitutivas, que le confieren integridad y funcionalidad al modelo, donde constan además el elemento de entrada que es la administración de justicia vigente y la salida que es una administración de justicia más eficiente, lo cual permite ofrecer una solución integral al problema científico. Con el modelo se pretenden optimizar los resultados en la instrumentación de criterios de oportunidad, en razón de que por eficiente que sea la Administración de Justicia penal de un país, podrá incrementar esa eficiencia, si aplica el modelo que se propone.

El lazo que —en el esquema— vincula el final con el inicio del MAPO, representa la renovación y mejoramiento continuo a los que necesariamente debe estar sometido el modelo propuesto tanto en su aplicación, como en su perfeccionamiento por parte de otros investigadores, los cuales a partir del presente arquetipo, podrán aportar nuevos conocimientos complementarios,

basados en la doctrina, la dogmática penal, el Derecho Penal sustantivo y adjetivo y, fundamentalmente, en las normas jurídicas internacionales de derechos humanos y constitucionales de cada ordenamiento jurídico.

A continuación, se explican cada uno de los componentes del modelo.

4.4.1. Normas jurídicas

En lo que respecta a los derechos y garantías que deben ser respetados por los operadores de justicia y que nacen de los convenios internacionales de derechos humanos, se relacionan con las garantías que deben cumplirse en la administración de justicia de manera general y, en particular, en la penal que es materia de este estudio.

Las garantías mínimas que deben cumplirse en la Administración de Justicia penal y que tienen su origen en el Derecho internacional, se relacionan con el acceso a la justicia, tanto de la víctima como del sospechoso o procesado, los cuales se encuentran inmersos como sujetos pasivo y activo de un delito de menor impacto en la sociedad, en cuyo caso deben someterse a un proceso judicial donde se cumpla el debido proceso, es decir, se respeten las normas jurídico-procesales preestablecidas, así como los derechos y garantías de los justiciables.

En ese orden de ideas para aplicar el principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, es preciso que el procedimiento legal tenga sus propias características, en atención a que resulte obligatoria la comparecencia de la víctima y del sospechoso o procesado a la audiencia oral, pública y contradictoria, con directa aplicación de los principios de publicidad, eficiencia, contradicción, intermediación, no autoincriminación del sujeto activo del delito y que, cardinalmente, al no imponérsele una pena privativa de libertad al infractor, se le confiera una explicación jurídica por el juzgador que le aleccione y favorezca su comprensión del problema, en pos de enmendar su conducta en el futuro y así evitar que se convierta en reincidente. Imperativo resulta que, de manera inmediata y en ese propio acto de diligencia judicial, se cuantifique la reparación integral de la víctima, con lo cual se garantiza a los justiciables una tutela judicial efectiva en razón de prontitud de respuesta.

Por lo analizado es necesario tomar en cuenta las normas jurídicas nacionales que son de carácter constitucional y especial, las cuales han de corresponderse con las líneas programáticas que trazan los instrumentos jurídicos internacionales y que, por ende, deben ser de estricta observancia para los

operadores de justicia, con capacidad jurídica para conocer y resolver los conflictos penales que nacen de los delitos menores o de bagatela y en el caso de presentarse contradicciones entre las normas internacionales de derechos humanos y las nacionales, el juzgador cumplirá y hará cumplir respetando el orden de jerarquía, es decir que las normas internacionales de derechos humanos, serán de aplicación directa e inmediata por los operadores de justicia y, fundamentalmente, por los jueces que tienen jurisdicción y competencia para decidir la causa mediante la aplicación del principio de oportunidad, con todas sus consecuencias jurídicas.

En el caso concreto de Ecuador—pero ajustable a cualquier país del mundo—, se requiere en la adaptación del modelo, que las normas jurídicas nacionales e internacionales —en particular la CRE— que vayan a regular el MAPO, guarden concordancia con la ciencia jurídico penal, el respeto de los derechos humanos de la víctima y victimario, los derechos y garantías fundamentales y los principios del debido proceso.

Por lo antes planteado, se parte de la consideración de que el art. 1 de la CRE dispone que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, lo que visto en correlación con la letra del art. 444.13 del COIP, le corresponde al fiscal aplicar procesalmente el principio de oportunidad en franco cumplimiento de los derechos y garantías, los cuales deben ser atendidos en el sentido más favorable para su efectiva vigencia y que tienen relación con la víctima y victimario, en igualdad de condiciones y sin discriminación de ninguna naturaleza, como se encuentra regulado por el art. 11 de la referida Carta Magna y el art. 7 de la DUDH.

El procedimiento que se aplicará para efectivizar el principio de oportunidad, se basará en los principios propios de este modelo que son: correspondencia con la política criminal, tutela de los derechos de la víctima y victimario, inmediación, concentración y celeridad procesal, control judicial, prevención y objetividad; además de las nociones de simplificación, uniformidad, eficacia y economía procesal⁵⁸¹, como dispone el art. 169 de la CRE, considerando que su

⁵⁸¹ La economía procesal se estudiaba antes como principio técnico-configurativo del proceso, pero hoy se le reconoce de forma más genérica —como una especie de macroprincipio— en razón de pecuniariedad y de tiempo, pues un proceso más corto implica menos gastos al erario público y a las partes, y a ello tributan varios principios tanto de los relativos al objeto del proceso —la oportunidad— como relativos al procedimiento —la oralidad, inmediación, concentración y celeridad—. Se trata de que en Derecho ninguna figura, institución o categoría puede verse de manera aislada, sino en directa interrelación con otras.

preceptiva no puede ser eludida por ninguna circunstancia y prevalece sobre las restantes leyes⁵⁸².

Además, es necesario precisar que todos los seres humanos gozan del derecho a la integridad personal en el aspecto físico, moral y sexual, prohibiendo la tortura, la desaparición forzosa y los tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes, de la misma forma se respetará la igualdad formal y material, como dispone el art. 66.3.c y el numeral 4 de la CRE, el art. 5 de la DUDH, el art. 5 de la CADH, art. 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁵⁸³ y el art. 1 del Protocolo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.⁵⁸⁴

Cuando los operadores de justicia deciden solucionar un caso concreto sobre la base de la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, deben asegurar el acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, siendo obligación del fiscal y del juzgador garantizar el cumplimiento de los derechos de la víctima y del victimario, en especial, a saber: la presunción de inocencia de toda persona, el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo acto u omisión, el derecho de defensa por un abogado de su confianza y elección o defensor público - en relación directa con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa-, a ser escuchado en un momento oportuno y en igualdad de condiciones, a no ser interrogado sin la presencia de su abogado, a presentar sus argumentos de manera verbal y directa ante el juzgador, a ser juzgado por un juez independiente, imparcial y competente y a que la resolución que dicte el juez sea debidamente motivada; todo ello en correspondencia con lo dispuesto en los artículos 75 y 76. 1.2.3.7. a. b. c. e. g. h. i. k. l de la CRE y los artículos 11 y 8

⁵⁸² Sabido resulta que en razón de esta prevalencia, a la Constitución se le reconoce como “ley de leyes” o “Carta Magna”, lo que resulta ilustrado por la jurisprudencia, Véase, resolución 0789-2003-RA, publicada en el Registro Oficial 324 de 29 de abril de 2004, esto en concordancia con lo que dispone el art. 390 de la CIDH, que hace referencia al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma, los que deben ser aplicados de conformidad con las leyes que se dictaren por razones de interés general, tomando en cuenta que la CRE en su art. 11.4 dispone que ninguna ley puede restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales de las personas.

⁵⁸³ Cfr. Artículo 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39-46, de 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el art. 27.

⁵⁸⁴ Cfr. Artículo 1 del Protocolo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Resolución de la Organización de Naciones Unidas ONU N.º 57/199, de 18 de diciembre de 2002.

de la DUDH y de la CADH, respectivamente, además en los artículos del 1 al 7 de Los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura.⁵⁸⁵

Si el sospechoso es aprehendido en delito flagrante, al estar privado de su libertad hasta el momento en que el juez decida aplicar el principio de oportunidad a petición del fiscal, tiene derecho a conocer las razones de su detención, a no permanecer incomunicado, a ser informado en su lengua propia de las acciones y procedimientos formulados en su contra, a acogerse al derecho al silencio, a no ser obligado a declarar contra sí mismo y a que un juez competente resuelva su situación jurídica en un plazo razonable, como dispone el art. 77. 6.7.a, b y c de la CRE y los artículos 9 y 7.4.5 de la DUDH y de la CADH, respectivamente.

Si el juez decide aplicar el principio de oportunidad, debe ordenar la extinción de la acción penal y la reparación integral a la víctima de manera inmediata, que incluye el conocimiento de la verdad del hecho, su rehabilitación, satisfacción del derecho violado y la indemnización material e inmaterial, como dispone el art. 78 de la CRE, para proteger su trato con humanidad, además su seguridad, bienestar físico y psicológico, participar en el empleo educación, prestaciones sociales, gastos de asistencia jurídica, medicamentos, servicios médicos, la dignidad y su vida privada y su participación en el procedimiento penal en el que se aplica el principio en estudio, conforme los principios 10, 11, 15, 18, 19, 20, 21, 22.d. e. f, de los principios y directrices básicos, sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones⁵⁸⁶.

Finalmente, el fiscal y el juez en el desarrollo de la audiencia pública y contradictoria, en la que se aplicará el principio de oportunidad, garantizarán a los intervinientes la seguridad jurídica, es decir que respetarán el marco jurídico vigente en el país, tanto interno como internacional, aplicando el principio de oportunidad como procedimiento alternativo para solucionar conflictos penales en delitos de bagatela. El fiscal es el titular de la investigación pre procesal y

⁵⁸⁵ Cfr. Artículos del 1 al 7 de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura. Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas, sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

⁵⁸⁶ Principios y directrices básicos, sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, resolución 60/147 aprobada el 16 de diciembre de 2005, por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

procesal penal; función que ejercerá en atención a los principios de mínima intervención penal y objetividad. En su virtud, estará facultado para renunciar a la investigación o desistir de la misma, cuando el caso amerite la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, en consideración del interés público y los derechos de la víctima y del sospechoso o procesado, de conformidad con lo que disponen los artículos 82, 172, 190 y 195 de la CRE.

4.4.2. Política criminal

El principio de oportunidad permite integrar dos campos que forman parte del modelo, por un lado, la política criminal que es dirigida por el Estado y por otro, las normas jurídicas que resultan expresión de la voluntad de ese Estado. Las normas han de reflejar la política criminal y un cambio en el diseño de dicha estrategia requiere –generalmente- de reforma legislativa, pues a enfrentar el crecimiento de la criminalidad van dirigidos sus esfuerzos esenciales, conforme al momento histórico y la realidad socioeconómica que vive cada país en concreto. En la actualidad, la elevada tasa de delincuencia torna en físicamente imposible la realización de una investigación plena de todos los hechos delictivos por parte del fiscal y para evitar que algunos de los delitos que llegan a conocimiento de este operador de justicia se queden en la impunidad, se hace prioritario que el legislador sobre la base del presente estudio, elabore la ley procesal penal y que regule de manera integral el principio de oportunidad en relación directa con otros “dispositivos” de la política criminal como política de Estado en beneficio de la sociedad, pues no puede quedarse en la cuestión punitiva del hecho, sino también en las entidades a cargo de la reinserción social del infractor y en la coordinación con autoridades administrativas que pueden regular modalidades de trabajo comunitario, entre otros que pudieren citarse.

En Ecuador corresponde el trazado de la política criminal a los ministerios del Interior y de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, el CJ en coordinación con la CNJE, pues constituyen los organismos públicos encargados del análisis, construcción y aplicación de las políticas públicas relacionadas con la criminalidad, para garantizar el orden público, el respeto de los derechos humanos de los justiciables y la descongestión de la Administración de Justicia penal.

La política criminal tendrá una preponderancia sustancial en la Administración de Justicia penal, a fin de que los delitos no permanezcan

impunes, con la actuación coordinada de todos los implicados en esta labor y con la intervención de operadores de justicia impregnados de la noción humanista del proceso penal que propugna la instrumentación de procedimientos ágiles respecto de los delitos menores, evita la imposición de penas privativas de la libertad a los infractores que sean injustas e innecesarias y proporciona fórmulas alternativas al juzgamiento y a la punición, todo ello combinado con mecanismos preventivos y reeducativos que tiendan a la estabilización de una sociedad que logra “recuperar” y reinsertar a quienes han cometido delito.

4.4.3. Tipologías penales

Los delitos menores o que ocasionan una mínima lesión a los bienes jurídicos protegidos de la víctima, resultan los tipos penales en los cuales – de manera general- es procedente el uso de esta figura jurídica de carácter procedimental y para ello se ha de realizar un análisis jurídico de los diferentes tipos penales y, de manera específica, hay que considerar la sanción que impone la ley, así como las circunstancias de su comisión por parte del infractor, para que luego el fiscal tome la iniciativa de resolver el caso sobre la base de la aplicación del principio de oportunidad y será el juzgador el que decida o no solucionar la controversia por este cauce.

Así, la criminalidad de bagatela resulta la modalidad delictiva de indubitado razonamiento para la aplicación de criterios de oportunidad, pero, otros países como Alemania y Estados Unidos reconocen también otros casos como pueden ser los ilícitos cometidos en el exterior, o asociados a cuestiones políticas, o de control del crimen organizado en que se opera bajo el criterio de mayor interés y de colaboración con la justicia. De manera que con independencia del elemento común que resultan las infracciones leves, hay que atender a la legislación nacional y sus específicas previsiones.

En Ecuador, solo se atiende a la criminalidad de bagatela, en el entendido de que le conforman aquellos actos humanos que violan la ley penal, cuya pena privativa de la libertad de los mayores de edad sea de hasta cinco años y respecto de los menores infractores cuyo internamiento sea de hasta ocho años – como límite máximo del marco sancionador previsto- y su comisión se haya verificado por acción u omisión, sea de índole dolosa o culposa.

4.4.4. El procedimiento

El cuarto componente del modelo propuesto se refiere al procedimiento y presupuestos a observar, pues con independencia del cauce procesal de que se trate (ordinario o especial) o del tipo penal o de las características propias del sistema socio jurídico en que se pretenda implementar el MAPO, hay que cumplir con una serie de pasos –requisitos y plazos– que le resultan propios y que para el autor de esta investigación constituyen su esencia, tanto desde el punto de vista científico como práctico. Así, se alude a las causales en las que procede la aplicación de esta institución jurídica de carácter procesal, así como el cumplimiento del debido proceso y los pasos que se han de seguir, lo que se concreta en: petición escrita o verbal del fiscal solicitándole al juez que señale día y hora para que se lleve a cabo la audiencia; fijación de la fecha por parte del juzgador para desarrollar dicha diligencia, donde la víctima y sospechoso o procesado tendrán derecho a la defensa técnica y material, con la intervención de cada uno de los abogados defensores particulares o públicos que ejercerán la defensa técnica, los cuales intervendrán después del fiscal que es el que de manera concreta le solicita al juzgador la aplicación del principio de oportunidad, para con posterioridad escuchar al infractor sobre la base del derecho a la última palabra.

Luego de escuchados los sujetos procesales, en la forma señalada en el párrafo anterior, el juez suspenderá la audiencia para analizar el caso y luego de un plazo máximo de seis horas reanudará la misma, para anunciar de manera verbal la decisión, la cual debe ser motivada, a fin de que los intervinientes comprendan de manera clara dicha resolución. Finalmente, el juzgador redactará por escrito la resolución respectiva, con lo cual el secretario notificará a los sujetos procesales en las casillas judiciales o en los correos electrónicos correspondientes.

En consecuencia, para que proceda la aplicación del principio de oportunidad como política criminal en Ecuador, debe cumplirse con las bases jurídicas, las cuales se respetarán por parte de los sujetos procesales y el juzgador y resultan las siguientes:

a) Es menester que se cumpla con el debido proceso, en el entendido de los derechos y garantías fundamentales de la víctima y victimario que aparecen consagrados en los convenios y tratados internacionales de derechos humanos, en la CRE y la ley, así como las premisas y principios que forman parte del MAPO, bajo los efectos consiguientes que pueden ser de falta de eficacia probatoria de los elementos de convicción obtenidos al margen de las normas

jurídicas o la nulidad procesal cuando el juez actúa sin competencia o se viola el trámite previsto en la ley procesal, siempre que genere indefensión para alguno de los intervinientes.

b) Tanto la víctima como el sospechoso tienen derecho a ser escuchados por el juzgador y el juez, a su vez, se encuentra en el deber de hacer cumplir este derecho. En tanto derecho de expresión, la defensa material será renunciable y deberá hacerlo de viva voz en la respectiva audiencia; pero, la defensa técnica es irrenunciable para los sujetos pasivo y activo del delito.

c) El principio de oportunidad deberá ser reglado de manera integral, con normas legales claras y precisas, sin que sea posible su aplicación bajo el exclusivo criterio del fiscal, sino bajo el control judicial, y todos los intervinientes se someterán a lo dispuesto en la ley.

d) El juez está en la obligación de explicar tanto a la víctima como al sospechoso o procesado, acerca de lo que significa jurídicamente el principio de oportunidad como mecanismo de política criminal y sus efectos jurídicos, a fin de que los sujetos procesales tengan una comprensión y, por ende, una concientización sobre el beneficio de que se hacen acreedores tanto la víctima, al ser indemnizada con la reparación integral en el mismo momento en que se decide aplicar el citado principio, como el sospechoso o procesado quien evita el enjuiciamiento penal y la condena, al declararse extinguida la acción penal.

e) La resolución judicial la dictará el juez de manera verbal y por escrito, sin que contra ella quepa recurso alguno, excepto los referidos a posible aclaración y ampliación, cuando el caso lo amerite.

f) En el caso de que el juzgador no aceptare la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, ordenará que se prosiga con la investigación con la intervención de otro fiscal, el cual será designado por el fiscal superior, previo sorteo si existe en ese distrito más de uno.

g) Si el juzgador decidiera aplicar el principio de oportunidad para solucionar el litigio de carácter penal suscitado ente la víctima y el victimario, una vez dictado el auto por escrito y ejecutoriado el mismo, procede únicamente la acción extraordinaria de protección, pero ninguna persona que se ha beneficiado de esta figura jurídica podrá ser juzgada otra vez por el mismo hecho.

h) La víctima, el sospechoso o procesado y el fiscal podrán aportar al proceso en el que se aplicará el principio de oportunidad, con los elementos de convicción que creyere necesarios, sobre la base de los cuales el juzgador resolverá el caso concreto.

En Ecuador para la procedencia de la aplicación del MAPO, además de lo expresado anteriormente, se deberá cumplir con los aspectos jurídicos siguientes:

El principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, solo procede su aplicación sobre la base del principio de legalidad, es decir, en las causales que se encuentren previamente reguladas por la ley, en los delitos de bagatela o de menor impacto social y público, que sean sancionados hasta con cinco años de pena privativa de libertad respecto de los mayores de edad y en cuento a los menores infractores el internamiento sea de hasta ocho años, siempre que el infractor haya reparado de manera integral los daños ocasionados a la víctima o se comprometa a pagarlos en la audiencia correspondiente o en un plazo no mayor a treinta días contados desde la fecha en que se dictó de manera verbal la resolución judicial. En caso de incumplimiento, el juez ordenará su ejecución a fin de que el deudor pague o dimita bienes en el término de tres días y, de no hacerlo, se embargará bienes muebles o inmuebles hasta llegar a su remate y con el producto de este acto, se pagará a la víctima la reparación integral cuantificada en la respectiva resolución en la que se aplicó el principio de oportunidad.

Además del marco sancionador referido, serán tenidos en cuenta como presupuestos para la aplicación del principio de oportunidad, los siguientes:

— Cuando la infracción sea cometida por personas que sufren de demencia parcial legalmente comprobada o cuando existe arrepentimiento o desistimiento del hecho delictivo y que la antijuricidad no tenga relevancia penal;

— Supuestos fácticos en los cuales el delito quede en grado de tentativa, es decir, que la infracción no se verificó o cuando exista exceso de legítima defensa;

— Los hechos punibles realizados por menores infractores, personas de edad senil o personas con capacidades especiales o que sufran enfermedades catastróficas que les imposibiliten desarrollar sus actividades de manera independiente sin la ayuda de otras personas;

— En delitos culposos, es decir cuando el sujeto activo del delito incumple el deber objetivo de cuidado y, como consecuencia de la comisión, sufre un daño físico grave que le imposibilita desarrollar su vida de manera normal;

— Cuando el infractor tiene una mínima participación primaria o secundaria;

— Que el efecto no sea muy gravoso para la víctima o respecto de infracciones por aspectos puramente políticos o que se relacionen con conflictos ideológicos o sociales;

— Que exista parentesco de hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad entre la víctima y el victimario, en delitos contra la propiedad cometidos sin violencia en las personas o que en estos casos el infractor devuelva el objeto sustraído.

4.4.5. Rol de los sujetos procesales

Para el adecuado funcionamiento del presente modelo, es preciso destacar el rol que cumplen cada uno de los intervinientes en el procedimiento judicial en el que se aplica el principio de oportunidad, partiendo de la víctima que es la que sufre la violación de un bien jurídico protegido, la cual debe intervenir de manera directa con su abogado defensor privado o público durante todo el procedimiento legal, con la finalidad de aportar los elementos suficientes respecto de la *notitia criminis*, en pos de que el fiscal tenga la certeza de que se trata de un delito en el cual procede la utilización del referido principio.

Del mismo modo, el sospechoso o procesado participa en el procedimiento legal de aplicación del referido principio, tanto para que haga uso del derecho a la defensa técnica y material, como para aportar ciertos elementos de convicción que contrastados con los del acusador permita descubrir la verdad material o al menos la procesal. Por lo tanto, el derecho a la defensa constituye presupuesto inviolable, ya que de producirse lo contrario se genera indefensión y, como consecuencia de ello, la nulidad de todo lo actuado; razón por la cual si este sujeto procesal decide previo al asesoramiento de su abogado defensor, hacer uso de la palabra al final de la audiencia, el juzgador no puede privarle de la defensa material, considerando que la parte más débil de la relación jurídico penal, es el infractor y, por ende, debe ser protegido en cuanto a sus derechos y garantías, como parte del cumplimiento del debido proceso.

Con respecto al rol que cumple el fiscal, al ser el titular del ejercicio público de la acción, es quien tiene la atribución de pedirle o no al juez, que señale día y hora para que se lleve a cabo la audiencia en la que se tratará sobre la solución del conflicto penal a través del principio de oportunidad. De manera que es el único responsable de tal situación jurídica, ya que de no obrar de manera adecuada y con apego a la normativa jurídica correspondiente, podrá ser observado por el superior jerárquico o por la autoridad competente e incurrir en supuestos de responsabilidades administrativa, civil o penal.

Por otra parte, interviene el juez, quien se caracteriza por ser el garante de los derechos de los sujetos procesales y ha de asumir una actuación equilibrada

sobre la base del principio dispositivo, pues no le corresponde asumir la acusación o la defensa, sino resolver la controversia conforme a Derecho. En consecuencia, todo el proceso judicial debe respetar las normas jurídicas nacionales e internacionales que tienen relación con esta figura jurídico-procesal, para finalmente el juzgador adoptar la decisión que corresponda. Actuación y control judicial que genera seguridad jurídica y un alto grado de credibilidad de la justicia penal, por parte de la víctima y sospechoso o procesado y del conglomerado social en general.

En la legislación ecuatoriana, el fiscal como titular del ejercicio público de la acción, actuará con objetividad en todos los casos puestos a su conocimiento, sin discriminación de ninguna naturaleza respecto del sospechoso o procesado, cumpliendo los principios de igualdad y mínima intervención penal. Los abogados defensores particulares o públicos de la víctima y victimario, actuarán con lealtad y buena fe en todo el procedimiento legal y, en ningún caso, podrán dejar en indefensión a sus patrocinados, dándoles la posibilidad de hacer uso del derecho de defensa material. Por su parte el juez como director del proceso y conocedor del Derecho Penal y constitucional, velará por el respeto de los derechos fundamentales de los sujetos procesales y el cumplimiento del debido proceso y decidirá el caso conforme a Derecho de manera transparente e imparcial⁵⁸⁷.

4.4.6. Derechos fundamentales de la víctima y sospechoso o procesado

En relación con los derechos fundamentales de la víctima y sospechoso o procesado, cabe precisar que no pueden ser violentados por los operadores de justicia penal competentes, en el momento en que deciden utilizar el principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, en aras de solucionar el conflicto jurídico penal y para ello debe cumplirse tanto la normativa internacional como nacional vigente en cada país, con el fin de garantizar el acceso a la justicia, pero respetándose el debido proceso, el cual debe observarse en el respectivo procedimiento judicial y, de esa forma, alcanzar la seguridad jurídica, para los intervinientes y todos los habitantes de la sociedad.

⁵⁸⁷ Cfr. Artículos 398, 410 y 442 del COIP. El ejercicio público de la acción es exclusiva del fiscal, tanto en la investigación preprocesal y procesal penal y tiene la obligación de intervenir hasta que se finalice cada uno de los procesos puesto a su conocimiento, así como el hecho de explicarle los derechos que tiene la víctima y su participación en la causa, mientras que el juzgamiento de las infracciones penales les corresponde a los jueces que tienen jurisdicción y competencia en materia penal.

Para garantizar los derechos fundamentales de estos dos sujetos procesales, se debe regular su intervención ante la utilización del principio de oportunidad de manera integral. Es cierto que corresponde al fiscal la iniciativa procesal en cuanto a su aplicación y, luego, atañe al juzgador su culminación mediante la correspondiente resolución judicial, pero en el decurso de ese íter procesal, han de estar presentes los directamente interesados. La víctima excede la simple condición de testigo, en tanto no constituye un tercero ajeno al proceso, sino el directamente perjudicado con el ilícito penal. Y, por su parte, el infractor está asumiendo una culpabilidad y consecuente responsabilidad que podría en juicio no quedar debidamente demostrada y, en consecuencia, no resultar sancionado.

De manera que deben ser escuchados y atendidos como primera forma de preservación de sus derechos y, además, las leyes deben establecer procedimientos judiciales específicos y pronto para la reparación de la víctima, así como la previsión de sanciones alternativas o subsidiarias de las penas privativas de la libertad, que más bien propicien la humanización de la Administración de Justicia penal, el respeto de los derechos fundamentales y una adecuada rehabilitación de los sujetos activo y pasivo de la infracción, donde se observarán los principios de celeridad, mínima intervención penal, legalidad, igualdad y proporcionalidad.

Deviene forzoso puntualizar que los citados sujetos procesales cumplirán un rol preponderante para lograr una tutela judicial efectiva, bajo la guía del juzgador que es quien tiene la obligación de cumplir y hacer cumplir las normas que forman parte del marco jurídico de un país, donde la víctima y el sospechoso o procesado, intervendrán de manera directa en la audiencia en la que se va a decidir sobre sus derechos y, por tanto, queda proscrita toda posibilidad de colocarles en estado de indefensión a cualquiera de ellos.

4.4.6.1. Derechos fundamentales de la víctima

Constituyen derechos fundamentales de la víctima que debe garantizar el modelo de aplicación del principio de oportunidad, los siguientes.

a) Derecho a la tutela judicial efectiva. Una vez verificada la infracción en contra de la víctima y si el fiscal desiste de la investigación o se abstiene de continuarla, los justiciables tienen derecho a una tutela judicial efectiva. En el presente caso se revela de manera prioritaria en que el juez -como garantista de sus derechos- y el fiscal -como titular del ejercicio público de la acción-, le garanticen el acceso a la justicia a través de este mecanismo jurídico de carácter

procesal, con la finalidad de que se tutele una pronta reparación de la lesión del bien jurídico protegido. Se trata de que la utilización del principio de oportunidad constituye un procedimiento judicial oficial, que debe estar regulado de manera integral en la ley procesal penal, con la finalidad de que le permita a la víctima, alcanzar un adecuado acceso a la justicia penal mediante este trámite ágil y justo, siempre que la lesividad ocasionada a la víctima sea mínima y que no ocasione alarma ni altere la paz social.

b) Derecho de defensa técnica y material. Cuando el fiscal adopte la decisión de aplicar el principio de oportunidad como vía de solución a un conflicto penal, la víctima debe ser escuchada por el juez competente a fin de que se haga efectivo el derecho de defensa técnico a través de su abogado defensor particular o uno público asignado por el Estado y la defensa material mediante la intervención personal de la víctima. Sin ser escuchada la parte que sufrió el gravamen como consecuencia de la infracción, no ha de existir la posibilidad jurídica de aplicarse el principio de oportunidad, por cuanto esta actuación de los operadores de justicia, generaría indefensión.

Recuérdese que, al decir de CABANELLAS, constituye indefensión la “Falta de defensa actual o permanente. Situación de la parte a quien se niegan de forma total o parcialmente los medios procesales de defensa, y de modo especial los de ser oída, y patrocinada por letrado”⁵⁸⁸.

c) Derecho a la información oportuna. Una vez que se verifica el delito en la persona de la víctima, esta entra al engranaje que conforma el sistema de Administración de Justicia penal y tiene derecho a que se le informe sobre cada uno de los pasos que se siguen. Así, debe ser informada por todos los operadores jurídicos a cargo, ya sea el policía que procedió a la aprehensión del sospechoso o la persona que auxilió de manera oportuna a la víctima, el fiscal que conoce sobre la noticia del delito o el juez que interviene en la solución del conflicto penal mediante la aplicación del principio de oportunidad.

En relación con este derecho, todos los operadores de justicia le informarán a la víctima respecto de su actuación en cada diligencia extrajudicial y judicial hasta la solución del litigio, de manera cronológica a como se va desarrollando el procedimiento legal y, fundamentalmente, sobre la forma en que adopta la

⁵⁸⁸ CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, tomo II, Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires, 1968, p. 364. En sentido general, el estado de indefensión puede ser consecuencia de situaciones anómalas procesales, a cargo de la contraparte, de la representación letrada o del tribunal, ya sea por actuar negligente, imprudente o malicioso, que trunca dicho ejercicio o su éxito, con trascendencia tal que no resulta necesario medir o cuantificar para calificar el estado de indefensión y para apreciar su existencia

decisión el juzgador, donde debe primar el cumplimiento del debido proceso. Por tanto, en ningún momento de la investigación o del trámite judicial, se le debe dejar desinformado, ya que de darse este supuesto, puede solicitar al juzgador que se declare la nulidad de todo lo actuado y se restablezca la legalidad quebrantada.

d) Derecho de igualdad. Se alude a que la igualdad constituye principio estructural del proceso, en tanto no puede existir un verdadero proceso sin que exista dualidad de posiciones y, en consecuencia, esas dos partes han de ostentar iguales posibilidades de defensa y actuación, pero, sucede, que si bien en el proceso penal se presentan dos claras posiciones contrapuestas: acusador (fiscal) y acusado o infractor, queda en un segundo plano la víctima que es quien, en definitiva, sufre el gravamen como consecuencia de la comisión del delito. De esta manera ha de ser considerada interviniente directa en la instigación y en el procedimiento judicial de aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal.

El derecho de la víctima a ser escuchada y a exigir con voz propia, cobra cada día mayor fuerza en el contexto procesal penal, pues no perderse de vista que, con independencia del interés público a ser protegido, subyace en toda infracción penal un eje personal que no puede ser desatendido. Así, constituye un derecho inviolable, a ser garantizado por el juzgador; mientras que el fiscal, por sí solo no está en la posibilidad jurídica de solucionar el conflicto sin que se respete el derecho a la igualdad personal y procesal.

No se concibe la contradicción si las partes no están colocadas en posiciones de igualdad, pues de lo contrario el proceso sería una ficción. La denominación alemana de igualdad de armas da la idea de la batalla que se libraré en el proceso, lo cual garantiza su diseño contrario, solo es posible librarla de forma equilibrada si todas las partes están igualmente pertrechadas.

e) Derecho a la reparación integral. La víctima de los delitos de bagatela o de menor impacto a la sociedad, tiene derecho a la reparación integral, es decir en cuanto al daño material e inmaterial; el primero que comprende los daños y perjuicios que se componen de dos rubros el daño emergente y el lucro cesante; y, el segundo, que abarca el daño moral. En la práctica del principio de oportunidad, el sospechoso o procesado debe reparar integralmente lo lesivo de la infracción de manera inmediata, en la cuantía que fije el juez o sobre la base del acuerdo entre los sujetos activo y pasivo del delito y en el caso de que el infractor no cuente con los recursos económicos suficientes para alcanzar tal

propósito, será el Estado quien -de manera pronta- resarza los valores fijados por el juzgador, para lo cual creará una partida presupuestaria específica que tenga la referida misión y que la manejará el organismo público competente.

La reparación integral a la víctima se decidirá judicialmente en la audiencia en que sea acogido el principio de oportunidad y en ningún caso será procedente dicho principio si no se resuelve el derecho a la reparación *in integrum* que le asiste a la víctima, en el entendido de que el establecimiento de trámite posterior para fijación por el tribunal, constituye un quebrantamiento de los elementos raigales de la oportunidad, pues ocasiona un costo económico, de tiempo o de alteración de su estado emocional, todo lo cual contradice la función tuitiva del juzgador para quien ha sido el perjudicado directo del ilícito penal.

4.4.6.2. *Derechos fundamentales del sospechoso o procesado*

a) Derecho a la presunción de inocencia. El sospechoso o procesado goza de la presunción de inocencia, incluso cuando sea aprehendido en delito flagrante y, por ende, durante todo el trámite judicial en el que se decide aplicar el principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, el referido sujeto procesal no pierde dicho estado jurídico y como en la resolución de la causa a través de este procedimiento legal, se declara la extinción de la acción con el subsiguiente archivo de la causa, por lo que el procedimiento legal que ello implica no puede ser considerado como una sanción, ni un antecedente penal que afecte a su pasado judicial, en franco cumplimiento de las normas jurídicas nacionales e internacionales.

Con la instrumentación de estos criterios, el sospechoso o procesado nunca pierde la presunción de su inocencia, haya o no iniciado el fiscal la investigación o el proceso penal, ya que al desistir – o renunciar- de la acusación o abstenerse de hacerlo, no existe la posibilidad jurídica de perder el estatus de presunción de inocencia, considerando además que no existe una sentencia condenatoria en su contra bajo el criterio de que en el Derecho Penal a pesar de ser un acto típico y antijurídico, no siempre es punible, como en el caso de que se aplica el principio de oportunidad en la solución del conflicto penal, donde el juzgador declara extinguida la acción, luego del trámite legal correspondiente, es decir, respetando el debido proceso.

b) Derecho a una información oportuna. A fin de velar por la estricta observancia de los derechos y garantías de los que goza el sospechoso o procesado, desde el momento en que es aprehendido o detenido para fines de

investigación por orden judicial, no le pueden privar del derecho a la información oportuna, pudiendo comunicarse de manera libre y reservada, ya sea con un familiar o con un abogado particular de su elección y confianza o un defensor público; derecho que se convierte en obligación de toda autoridad pública, ya sea de la Policía Nacional, la FGE o de la función judicial, que intervenga en el proceso.

En consecuencia, el sospechoso o procesado al ser sometido a la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, tiene derecho a ser informado de manera inmediata, en el idioma que le permita comprender de manera previa, precisa y detallada de los cargos que le formule el fiscal. Información que le permitirá planificar tanto la defensa técnica como la material; razón por la cual es de carácter fundamental y tiene relación con el debido proceso, la garantía de desarrollar un procedimiento judicial en igualdad de condiciones respecto de sus intervinientes en la audiencia oral, pública y contradictoria. De manera que el derecho a la información constituye esencia del Estado constitucional de derechos y justicia en lo que a los individuos involucrados en el proceso penal se refiere.

c) Derecho de defensa técnica y material. En los supuestos en que el fiscal decida solicitarle al juzgador la aplicación del principio de oportunidad, por una de las causales que expresamente determine la ley, el sospechoso o procesado debe ser asistido por un abogado privado de su elección y confianza o un defensor público, desde el momento en que nace la relación jurídico-penal entre la víctima y victimario, como consecuencia de la comisión de la infracción y, especialmente, durante todo el desarrollo de la audiencia oral, pública y contradictoria, donde a pedido del titular del ejercicio público de la acción hará una defensa técnica especializada y con la fundamentación jurídica pertinente al caso concreto, es decir que si no se llega a establecer la comisión de la infracción y la participación del sujeto activo, se archivará esa investigación; caso contrario encaminará la misma para que su defendido sea beneficiario de la aplicación del principio de oportunidad, por lo que bajo ninguna circunstancia se lo dejará en indefensión, lo cual significa que no procede la aplicación de dicho principio si no es asistido por un defensor técnico.

El derecho a la defensa material atribuye la posibilidad al sospechoso de exponer por sí mismo todos los elementos que considere necesarios para repeler la persecución penal y la acusación. Debe ofrecérsele esta posibilidad, en las ocasiones en que lo estime necesario, debiendo ser verificado su dicho. Con el

imputado hay que comunicarse en su propia lengua, cuando no lo pueda hacer en español, y facilitar los medios para subsanar las dificultades físicas que pueda tener para comunicarse, mediante intérpretes. El derecho a la defensa material se extiende al procedimiento judicial oral, solo que se combina con el derecho a la defensa técnica, para garantizar una marcha adecuada del acto de justicia conducido por profesionales del derecho

El derecho a la defensa técnica se materializa –en definitiva- a través de la asistencia jurídica profesional, ya sea mediante la elección por el imputado de un profesional liberal con dedicación a la postulación, o mediante los mecanismos diseñados en cada país para garantizar la defensoría pública a cargo del Estado. La defensa técnica tiene varias claves de conflicto, que van desde el logro de una presencia temprana del abogado defensor en la fase investigativa, los mecanismos de designación del abogado, ya sea de forma preceptiva o potestativa, así como el establecimiento por el Estado, como responsabilidad que le viene atribuida, de un servicio de defensoría pública de calidad.

d) Derecho a la última palabra. El derecho a la última palabra⁵⁸⁹, del cual se encuentra asistido el imputado, constituye el cierre de la defensa material y se verifica a través de la intervención que pueden realizar al final del procedimiento oral. Constituye una especie de autodefensa que exclusivamente le corresponde a este sujeto procesal, sin que en ningún caso pueda ser sustituido por otra persona, por tratarse de una actuación personalísima, no delegable, donde expresará de viva voz lo que creyere conveniente en defensa de sus intereses, pero siempre debe ser oído con las debidas garantías determinadas en las normas jurídicas nacionales e internacionales.

En consecuencia el derecho a la última palabra con vistas a la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, es posible utilizarlo únicamente cumpliendo el trámite legal previamente establecido en la ley procesal penal, por lo que es de gran relevancia que el juez antes de declarar concluida la audiencia correspondiente, conceda la palabra al sospechoso o procesado, para que haga uso del referido derecho, siempre que libre y voluntariamente intervenga en dicha diligencia judicial; acto seguido, el

⁵⁸⁹ En la práctica forense este derecho resulta de dudosa utilidad, pues tras haber presenciado el tribunal todo el desarrollo del juicio oral, en que el acusado tuvo la posibilidad de exponer sus puntos de vista con relación a los hechos y luego el abogado en su nombre realizó las alegaciones que estimó procedente, no es muy dable la judicatura a tener el estado de ánimo que merece este último esfuerzo del acusado por hacer llegar su mensaje al oído de los jueces, por lo que los letrados defensores generalmente aconsejan a sus patrocinados que “renuncien” a este derecho que les concede la ley, salvo que exista alguna situación excepcional que amerite lo contrario.

juzgador suspenderá la audiencia por el plazo máximo de seis horas, a fin de analizar jurídicamente el caso puesto a su conocimiento y luego de reinstalar la referida audiencia, de inmediato, resolverá el litigio de manera verbal y por escrito.

e) Derecho a conocer y resolver el caso por un juez independiente e imparcial. El juzgador que interviene en el conocimiento y resolución de un caso en el que el fiscal le solicita la aplicación del principio de oportunidad, además de tener probidad no debe dejarse influenciar para tomar su decisión por ninguna persona o función pública interna o externa, otorgando además a los intervinientes en el procedimiento legal un trato igualitario con total imparcialidad, resolviendo el problema jurídico penal sobre la base del presupuesto fáctico, de los elementos probatorios que obren en la investigación, de lo manifestado por los sujetos procesales que actúan en la audiencia y según lo previsto en las normas jurídicas pertinentes. Aplicación de la norma que habrá de seguir el orden jerárquico establecido: los convenios internacionales de derechos humanos, la CRE, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias y los demás instrumentos jurídicos que forman parte del marco jurídico vigente en el país.

En el Ecuador para la aplicación del MAPO, deviene imprescindible que se garantice el respeto de los derechos fundamentales, de la víctima y sospechoso o procesado. En relación con los derechos que tiene la víctima, es relevante considerar el derecho a la tutela judicial efectiva, para que este sujeto procesal pueda acceder al órgano judicial desde el momento en que sufre el gravamen como consecuencia de la comisión del delito. A continuación, se debe cumplir el derecho a la defensa técnica y material, a fin de que sea un abogado de su confianza o un defensor público, quien defienda sus derechos, así como que por sus propios medios intervenga en la audiencia oral, pública y contradictoria.

Durante el desarrollo del procedimiento judicial que comprende criterios de oportunidad, en el litigio existente se debe garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales a la información oportuna, al trato en igualdad de condiciones por parte del juzgador y el derecho a la reparación integral en el mismo momento procesal en el que se decide el caso concreto.

De idéntica forma, el sospechoso o procesado, a partir de la comisión de la infracción flagrante y que sea privado de su libertad individual, goza de ciertos derechos fundamentales, los cuales no pueden ser violentados por parte de los operadores de justicia y le corresponde al juez de la causa garantizar cada uno de ellos, entre los cuales cabe señalar la presunción de inocencia, la cual la pierde

únicamente cuando el juzgador dicte una sentencia condenatoria y se ejecutorie; de lo contrario, sigue gozando de tal presunción, como ocurre en el caso de que el litigio se resuelva aplicando el principio de oportunidad, donde el infractor no es sentenciado, sino más bien que el juez ordena la extinción de la acción penal, quedando por lo tanto no afectada la presunción de su inocencia.

Una vez que se le inicia la investigación o el procedimiento legal para aplicarle el principio de oportunidad a favor del victimario, éste tiene derecho a ser informado durante todo el procedimiento legal, hasta que el juez dicte la resolución, sin dejar de lado el derecho a la defensa técnica y material, considerando que tiene derecho a la última palabra con lo que se cristaliza la defensa material, por lo que antes de concluir la audiencia, el último en dirigirse al juez es el sujeto activo de la infracción.

En tal sentido el sospechoso o procesado, el cual es inculcado por la víctima en un primer momento o por el fiscal como titular del ejercicio público de la acción, debe ser juzgado por un juez o tribunal independiente e imparcial, es decir, que tenga jurisdicción y competencia para resolver el caso concreto, mediante la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, sin que en ningún momento del procedimiento judicial se interfiera su independencia, de manera interna o externa, por parte de funcionarios de la misma institución jurisdiccional o de otras que forma parte de las restantes funciones del Estado, así como su actuación conforme a derecho, sin realizar actos procedimentales que lo conviertan en juez parcializado y que, como consecuencia de ello, viole los derechos de la víctima y victimario.

En el presente modelo, es prioritario que se identifiquen los principios fundamentales de la víctima o sospechoso procesado, a fin de que sean protegidos por los jueces que tienen jurisdicción y competencia, para conocer y resolver los casos en los que resulta procedente la aplicación de este principio, para ello se hace necesario considerar los derechos de la víctima más relevantes y relacionados con el tema materia del presente estudio, entre los cuales se tiene: el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho de defensa técnica y material, derecho a la información oportuna, derecho de igualdad y derecho a la reparación integral.

En cuanto a los derechos fundamentales del sospechoso o procesado cabe mencionar derecho a la presunción de inocencia, derecho a una información oportuna, derecho de defensa técnica y material, derecho a ser procesado por un juez o tribunal independiente e imparcial y derecho a la última palabra, los

cuales deben ser tutelados por los operadores de justicia y fundamentalmente por parte del juez.

4.5. Guía para la aplicación del modelo

En este contexto, deviene indispensable la elaboración de una guía para la aplicación del MAPO, en la cual se describe cada uno de los pasos procesales que se deben cumplir por parte de los operadores de justicia que intervienen en la audiencia en la que se tratará la aplicación del principio de oportunidad en la solución del conflicto jurídico-penal, todo ello sobre la base de lo que esté previamente regulado en la ley, en la CRE y los convenios internacionales de derechos humanos, es decir, que se cumplirá el debido proceso que es lo único que le conferirá validez jurídica a todo lo actuado. A continuación, se presenta la guía desarrollada a tales efectos.

4.5.1. Procedimiento de aplicación del principio de oportunidad

El procedimiento será oral y se desarrollará bajo la dirección del juez, el cual cumplirá y hará cumplir todos los componentes del modelo, las normas jurídicas nacionales e internacionales, a fin de garantizar a los sujetos procesales la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y el respeto del debido proceso, desde el inicio hasta su finalización. Si se presentaren aspectos relacionados con fuerza mayor o caso fortuito que imposibilite a los sujetos procesales la presencia física en la audiencia, la misma se llevará a cabo con la presencia de los que tengan posibilidad de hacerlo y los demás que justifiquen legalmente esa limitación harán sus intervenciones mediante la utilización de medios telemáticos de propiedad de la función judicial y si alguno de ellos se encontrare en el exterior, se utilizarán los convenios de cooperación internacional existentes entre los diferentes países de la comunidad mundial.

4.5.2. Petición fiscal solicitando día y hora para la audiencia

El fiscal realizará la petición verbal o escrita dirigida al juez y solicitará que señale día y hora para que se lleve a cabo la correspondiente audiencia pública y contradictoria, en la cual se tratará sobre la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, cuya diligencia debe llevarse a cabo dentro de las veinte y cuatro horas, contadas desde la privación de la libertad al sospechoso, si se trata de un delito flagrante; caso contrario, tendrá lugar en un plazo no menor de tres ni mayor de cinco días, en los casos de

delitos no flagrantes o cuando el fiscal ya inició instrucción y en su criterio jurídico resulta procedente la aplicación del principio de oportunidad, para solucionar el caso concreto puesto a su conocimiento e investigación.

4.5.3. Audiencia pública y contradictoria

En el día y hora señalados para que se desarrolle la audiencia, el juez dispondrá que el secretario certifique a los sujetos procesales que se han hecho presentes a la diligencia, sin que pueda instalarla si faltare alguno de ellos y la declarará fallida, si no comparece el fiscal, el sospechoso o procesado o el abogado defensor público o privado de este último y la víctima o defensor técnico de la misma, en cuyo caso se les impondrá a los profesionales del Derecho, una multa de tres salarios básicos unificados del trabajador en general, excepto por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobadas. En el caso de estar presentes los sujetos procesales, el juez como director de la diligencia judicial, declarará instalada la audiencia y concederá la palabra en el orden siguiente: al fiscal, al abogado de la víctima, a la víctima si lo desea, al abogado del sospechoso o procesado y, para que ejerza el derecho a la última palabra, a su defendido si esa fuere su voluntad.

4.5.4. Intervención de los sujetos procesales

Una vez instalada la audiencia, el juez concederá la palabra al fiscal para que exponga de manera fundamentada en derecho, con referencia al presupuesto fáctico, a la tipicidad y sanción del tipo penal, los requisitos legales para la procedencia del principio de oportunidad y todo lo relacionado con las premisas y principios que son propios del presente modelo. Finalizará solicitando que el juez acepte la petición y resuelva el caso, mediante la aplicación de este principio procesal y declare extinguida la acción penal, con la consiguiente condena al pago de la reparación integral a la víctima; valor que debe ser cuantificado, con desglose de los rubros material e inmaterial.

Luego de la intervención del fiscal, el juez concederá la palabra al abogado defensor de la víctima, para que argumente en relación con el hecho delictivo, el criterio jurídico sobre el principio de oportunidad y la solicitud expresa de que se ordene el pago de la reparación integral, para lo cual tiene la carga de presentar los elementos de convicción tendientes a justificar la cuantificación de los referidos valores. El derecho a la defensa técnica de la víctima es irrenunciable, por lo que, si no se presenta a la audiencia con su respectivo

abogado, el juez tiene la obligación de designarle un defensor público, para que se efectivice el referido derecho y no se quede en indefensión.

De comparecer la víctima, el juez le preguntará si quiere hacer uso del derecho a la defensa material y si la respuesta es afirmativa le concederá la palabra, para que luego del asesoramiento de su abogado particular o público, exprese sobre las circunstancias de la comisión de la infracción por parte del sospechoso o procesado y de ser la respuesta negativa, se continuará con la diligencia judicial, sin perjuicio de que el juez ordene que rinda su declaración.

Una vez que se haya ejercido el derecho de defensa de la víctima, el juez concederá la palabra al abogado defensor particular o público del sospechoso o procesado, quien argumentará sobre el hecho delictivo que se le atribuye a su patrocinado, así como sus circunstancias personales y de colaboración, en razón de lo cual hará las manifestaciones de rigor sobre la petición fiscal y la cuantificación de los daños propuesta por la víctima. De estar conforme, solicitará que el juez acepte la petición formulada por el fiscal y, consecuentemente, se declare extinguida la acción penal y que la reparación integral a que tiene derecho la víctima se la cuantifique sobre la base de los elementos de convicción existentes en el proceso y otros que sean solicitados por las partes o que el juez los ordene de oficio para mejor resolver en cada caso concreto. El abogado defensor del victimario podrá actuar desde el momento en que se cometió la infracción y durante todo el desarrollo de la audiencia, con la finalidad de garantizar los derechos y garantías de su patrocinado.

El sospechoso o procesado de creerlo conveniente podrá solicitarle al juez que le permita intervenir en la audiencia ejerciendo así los derechos a la defensa material y de última palabra, por lo que el juzgador en ningún caso podrá negar estos derechos, si así lo solicitare el referido sujeto procesal. Todo lo actuado en esta diligencia será grabado en un medio magnético y, además, el secretario redactará la correspondiente acta; medios documentales que deben ser archivados en la forma que disponga la ley.

4.5.5. Decisión del juzgador

En este contexto, el juzgador dará por concluidas las intervenciones de los sujetos procesales⁵⁹⁰, para acto seguido suspender la audiencia por un tiempo

⁵⁹⁰ Aquí se ha trazado el procedimiento a seguir en el supuesto de que ambas partes y el juzgador estén de acuerdo en cuanto al monto del resarcimiento. Si el juez no estuviese de acuerdo puede disponer de oficio la práctica de pruebas tendentes a la verificación de la cuantía, pero, el infractor puede oponerse a través del defensor técnico, mediante la contradicción a

prudencial no mayor a seis horas, para analizar el caso y luego reinstalarla con la presencia de los sujetos procesales y decidir el litigio sobre la base de la aplicación o no del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal; si se acepta la petición del fiscal, dicho juzgador de manera motivada decidirá el caso concreto y declarará la extinción de la acción penal, con la expresa regulación a favor de la víctima de la reparación integral, debidamente cuantificada y desglosada en la parte material e inmaterial, sobre la base de los elementos de convicción aportados al proceso por los intervinientes. Respecto al daño inmaterial, se debe fijar una cuantía máxima conforme al salario promedio nacional y en el caso de Ecuador, no será superior a cinco sueldos básicos unificados del trabajador en general.

Si el juez no acepta la petición del fiscal, haciendo uso de sus facultades de control judicial, enviará el caso al fiscal superior a fin de que designe a otro fiscal, el cual deberá continuar con la investigación, para darle a la causa el trámite ordinario o cualquiera de los especiales que se encuentran regulados en la ley. En el caso de gozar el sospechoso o procesado de fuero de corte provincial, el Fiscal General designará a otro fiscal provincial para que prosiga con la investigación y cuando el victimario goce de fuero de Corte Nacional, intervendrá el Fiscal General titular o el subrogante por delegación del primero en la respectiva investigación.

4.6. Revisión y mejoramiento continuo del modelo

El modelo de aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, puede y debe ser objeto de una revisión y mejoramiento continuos en cada una de sus premisas, principios y, en especial, de sus componentes, tales como la regulación respecto de los derechos de la víctima y victimario, de la política criminal en relación con el principio de oportunidad, el cumplimiento del debido proceso, las causales en las que resulta procedente su aplicación y el procedimiento legal y la guía para la materialización del modelo, siempre que se base en una investigación diagnóstica, doctrinaria, jurídica y jurisprudencial y el conocimiento aportado tenga el aval científico.

dichas pruebas de oficio, a fin de que el juzgador obre con conocimiento de causa y fije una cuantía justa, respecto de la reparación integral a la víctima.

4.7. Validación del modelo

La propuesta del Modelo de Aplicación del Principio de Oportunidad (MAPO) como mecanismo de política criminal, fue validada a través de una entrevista realizada a los expertos de justicia, es decir, magistrados y asesores de la Corte Nacional de Justicia, fiscales y asesores de la Fiscalía General del Estado, docentes de la carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador y profesionales en libre ejercicio.

La entrevista fue efectuada a los expertos del Derecho, siendo éstos los siguientes:

— Expertos judiciales: E1, Jueza y Presidenta Subrogante de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, con una experiencia de 29 años como profesional del Derecho, de los cuales 25 años los ha ejercido en función judicial; E2, Juez de la Corte Nacional de Justicia con una experiencia profesional de 35 años; E3, Juez de la Corte Nacional de Justicia, con una experiencia profesional de 30 años; E4, Juez de la Corte Nacional de Justicia, con una experiencia profesional de 19 años; E5, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, con una experiencia profesional de 30 años y en la docencia penal y procesal penal de 37 años; E6, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, con una experiencia profesional de 30 años; E7, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, con una experiencia profesional de 30 años; E8, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, con una experiencia profesional de 22 años; E9, Conjuez de la Corte Nacional de justicia, con una experiencia profesional de 25 años; E10, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, con una experiencia profesional de 29 años; y, E11, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, con una experiencia profesional con unos 25 años. La muestra seleccionada representa un 26.20 % del total de los jueces y conjuces que integran la población de la Corte Nacional de Justicia, por lo que se considera que la muestra es representativa.

— Expertos de la Fiscalía General del Estado: E12, Fiscal General del Estado Subrogante, con una experiencia profesional de 40 años; E13, Experto litigante de las Cortes Constitucional y Nacional de Justicia de la Fiscalía General del Estado, con una experiencia profesional de 40 años, y 20 años en la docencia universitaria; E14, Experta litigante de las Cortes Constitucional y Nacional de Justicia de la Fiscalía General del Estado, con una experiencia profesional de 34 años; E15, Fiscal provincial, con una experiencia profesional de 10 años; E16, Fiscal de audiencias, con una experiencia profesional de 14 años; E17, Fiscal

especializado en accidentes de tránsito, con una experiencia profesional de 10 años.

— Expertos en libre ejercicio profesional y docentes universitarios en materia penal: E18, abogado en libre ejercicio profesional, con una experiencia de 11 años; E19, abogado en libre ejercicio profesional, con una experiencia de 30 años y 25 años en la docencia universitaria; y, E20, abogado en libre ejercicio profesional y docente universitaria, con una experiencia profesional de 14 años.

Aunque la muestra de los expertos de la Fiscalía General del Estado y profesionales abogados y docentes resultan pequeñas, sus criterios aseveran los planteamientos realizados por los expertos de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador.

Pregunta No.1: ¿Según su criterio considera usted que la Administración de Justicia penal en Ecuador no es suficientemente eficiente?

El 80 % de los entrevistados consideró que la Administración de Justicia penal, no es lo suficientemente eficiente, por existir congestión de causas y una elevada carga laboral de los operadores de justicia, mientras que el 20% expresan que la justicia penal si es eficiente por ser oral y transparente.

Pregunta No.2: ¿Considera usted que la aplicación del principio de oportunidad contribuirá a la descongestión del sistema penal y a la disminución de la carga laboral de los operadores de justicia?

El 95% de los entrevistados consideran que la aplicación del principio de oportunidad descongestionará el sistema y por ende disminuirá la carga laboral de los operadores de justicia, siempre que esté regulado de manera adecuada, en tanto que el 5% expresan que no contribuirá significativamente en cuanto a la descongestión del sistema penal y la rebaja de la carga laboral de fiscales y jueces.

Pregunta No.3: ¿Según su criterio cree usted que los componentes fundamentales del modelo deben ser los que constan en el gráfico representativo: normativa jurídica, política criminal, tipologías penales, procedimiento, rol de los sujetos procesales y derechos fundamentales de la víctima y procesado?

El 100% de los expertos entrevistados coinciden en que los componentes del modelo de aplicación del principio de oportunidad son los adecuados desde el punto de vista jurídico- penal para una correcta utilización del referido principio, porque además permitirá que todos los sujetos procesales sean tratados en igualdad de condiciones y en franco respeto de sus derechos.

Pregunta No.4: ¿Según su criterio el modelo de aplicación del principio de oportunidad que se propone en la presente investigación servirá para: evitar la estigmatización que produce una pena privativa de la libertad; mejorar la rehabilitación del infractor; y, garantizar la pronta reparación integral a la víctima?

El 90% de los expertos entrevistados consideran que como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad se alcanzará las bondades expresadas en la pregunta y que dicho principio debe ser usado con diligencia, eficacia y exclusivamente en los casos regulados en la ley, en tanto que el 10% expresa que no se alcanzará una mejor rehabilitación del infractor por la aplicación del principio en estudio, excepto que el juzgador establezca una recomendación rehabilitadora.

Pregunta No.5: ¿De acuerdo a su criterio el modelo de aplicación del principio de oportunidad, permitirá lograr una Administración de Justicia penal más eficiente?

El 100% de los expertos entrevistados coinciden en que, obviamente la propuesta de modelo de aplicación del principio de oportunidad, permitirá alcanzar una justicia penal más eficiente y descongestionada, al disminuir la carga laboral de los operadores de justicia por el uso del referido principio en los delitos menores, lo cual facilitará a los operadores de justicia penal despachar las causas respecto de delitos graves, en un menor tiempo y con una investigación más profunda.

Del análisis y sistematización de la información obtenida de la entrevista, se identifican los diferentes argumentos jurídicos expresados por los expertos en la administración de justicia, identificando posicionamientos jurídicos uniformes respecto de lo preguntado, con lo cual se consigue analizar y profundizar sobre la Administración de Justicia penal, coincidiéndose que no es suficientemente eficiente, dada la congestión del sistema y la elevada carga laboral que tienen los operadores de justicia, así como que con la aplicación del principio de oportunidad regulado de manera integral, generará celeridad, descongestión del sistema penal y la disminución de la carga laboral de los operadores de justicia, dando como resultado positivo una Administración de Justicia penal más eficiente.

En lo que tiene relación al criterio dado por los expertos sobre los componentes del Modelo de Aplicación de Principio de Oportunidad, todos

coinciden que son los apropiados desde el punto de vista jurídico-penal y que por lo tanto constituye un aporte significativo para la ciencia penal.

De igual forma los expertos de manera unánime se han pronunciado respecto del Modelo de Aplicación del Principio de Oportunidad, así como está concebido en la propuesta permitirá no imposición de una pena privativa de libertad del sospechoso procesado, mejorar su rehabilitación y de manera especial la pronta reparación integral a la víctima, todo lo cual es de gran relevancia jurídica.

Finalmente, los expertos al contestar la última pregunta, coinciden que en el Modelo de Aplicación del Principio de Oportunidad, es un mecanismo jurídico que permite solucionar en parte, los graves problemas que aquejan a la justicia penal, por ende es beneficioso para los operadores de justicia y la sociedad en general.

En este contexto, los expertos entrevistados todos concuerdan en que, el presente Modelo de Aplicación del Principio de Oportunidad, constituye un conocimiento jurídico innovador en relación con la legislación penal ecuatoriana, por lo que servirá de sustento y base fundamental para el legislador que es el creador de la ley, es decir, que la regulación integral del principio de oportunidad permitirá que dicha figura jurídico-procesal se materialice en franco cumplimiento del debido proceso.

CONCLUSIONES

(1) La Administración de Justicia en Ecuador se ve afectada por la gran cantidad de casos a atender que genera una exagerada carga laboral en fiscales y jueces, lo que ocasiona congestión en el sistema de justicia procesal penal, con la consiguiente impunidad de ciertos delitos que son investigados parcialmente y sin profundidad, lo que impide alcanzar la verdad procesal, mientras que otros casos se quedan en investigación previa.

(2) Del análisis de las estadísticas presentadas se aprecia que, en los últimos cuatro años, ingresaron a la Fiscalía General del Estado una elevada cantidad de noticias del delito, lo cual dificulta su atención por los fiscales, habiéndose iniciado únicamente las respectivas indagaciones previas que a pesar de ser en un número muy significativo, no tuvieron feliz término al no haber derivado en incoación de proceso penal. Igualmente quedó evidenciado que aún con el aumento del número de jueces, fiscales y defensores públicos, no ha sido posible solucionar el problema relacionado con la elevada carga laboral, la saturación de las causas y la necesidad de respuesta judicial efectiva y oportuna a la víctima y victimario, a pesar de que el sistema acusatorio oral vigente en el país a través del Código Orgánico Integral Penal ha instrumentado medidas que han contribuido significativamente a la optimización del sistema penal en lo que respecta a la disminución de audiencias fallidas y a la resolución de las causas mediante ciertos procedimientos especiales, en particular el directo y el abreviado.

(3) Por vía de las sanciones privativas de libertad no se logra la rehabilitación del infractor ni la satisfacción cabal tanto de la víctima como del interés público, por lo que el establecimiento de fórmulas alternativas al juzgamiento, la atención al principio de proporcionalidad y la implementación de procedimientos orales expeditos constituyen mecanismos que favorecen la utilización del Derecho Penal –aunque siempre de última ratio- al servicio de la sociedad, la seguridad ciudadana y la justicia.

(4) Los sujetos procesales que intervienen en el proceso penal, son los encargados de desarrollar el procedimiento legal, bajo la dirección del juez, cumpliendo cada uno sus respectivos roles, con la finalidad de alcanzar una tutela judicial efectiva y una adecuada realización de la justicia penal, así como el respeto del debido proceso que está a cargo del juzgador en su calidad de rector del proceso penal y, por ende, es quien tiene la facultad de dirigir cada una de las audiencias, con la única intención de garantizar el efectivo goce y protección de los derechos fundamentales de la víctima y del sospechoso o procesado.

(5) Resulta de gran relevancia dentro del Derecho procesal penal, la existencia de distintos procedimientos especiales y figuras jurídicas procesales que tributen a la celeridad procesal y a la eficiencia del sistema de administración de justicia en general. Se trata de mecanismos todos que transitan por ágiles cauces y con observancia de los derechos de la víctima y del sospechoso o procesado, lo que permite “oxigenar” el elevado número de causas que tienen que atender los fiscales, a fin de que orienten sus esfuerzos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos más graves y con ello se cristalice una administración de justicia eficiente, oportuna y con la mira puesta en el ser humano.

(6) Frente a la lentitud y congestión procesal, resulta necesario que el principio de oportunidad se convierta en una herramienta que contribuya a cumplir con la celeridad y a disminuir la carga laboral de los fiscales y jueces que intervienen en la investigación penal, pero siempre tomando en cuenta el respeto incondicional a los derechos fundamentales de la víctima y del imputado, con independencia de su origen de clase e ideología. Para ello se requiere de una adecuada implementación de su escucha desde el inicio de las investigaciones y sin discriminaciones, contar con defensa técnica que le asesore sobre las ventajas y desventajas de la negociación, presencia de juez independiente, competente e imparcial, así como garantía de pago de la reparación integral al momento de aceptarse la aplicación del principio de oportunidad.

(7) El principio de oportunidad es el conjunto de reglas que nacen del Derecho constitucional y del Derecho procesal penal, que posibilitan agilizar la solución de conflictos del sistema penal al proporcionar una alternativa al juzgamiento o a la pena en sí, con extinción de la acción; pero, en atención a estos resultados, su aplicación no puede ser de forma indiscriminada, sino sujeto a límites impuestos

por la ley, en el sentido de las causales o tipos penales en que procede, así como el procedimiento a seguir por el fiscal y los jueces competentes. De manera que guarda relación directa con el principio de legalidad pues se manifiesta como su binomio contradictorio, si de la variante discrecional se trata, y si se configura de forma reglada, dimana de la propia norma su regulación y, consecuentemente, resulta una expresión de legalidad.

(8) El principio de oportunidad reglado no está en contraposición con el principio de legalidad, porque se basa en pautas legalmente establecidas que se corresponden con la realidad socio económica política de cada país, en aras de paliar el conflictivo despacho judicial en materia penal y de sustraer de un trámite embarazoso aquellos delitos leves o menores que deben ser resueltos con la utilización de este principio.

(9) Los llamados delitos menores o de bagatela no requieren ser resueltos mediante el procedimiento ordinario ni otros que son engorrosos y violatorios al debido proceso, sino que los Estados pueden fortalecer el principio de oportunidad como mecanismo de política criminal idóneo para solucionar este tipo de conflictos, con la circunstancia añadida de que contribuye a generar un ambiente de paz en la sociedad y de enfrentamiento a la delincuencia desde la educación orientadora en valores en todos los estratos sociales.

(10) La aplicación del principio de oportunidad es necesaria no solamente en un sentido utilitario de conferir agilidad a la solución de los conflictos, sino – esencialmente- como mecanismo integrante de una política criminal integral que visualice el poder coercitivo del Estado de una forma amplia, en que se observen los principios de igualdad y proporcionalidad y se busquen alternativas a la solución punitiva del conflicto, con la debida reparación del daño causado, reinserción social del infractor y recuperación de la paz social, en pos de una convivencia más armónica en la especie humana.

(11) La reparación integral comprende la parte material e inmaterial del daño y contempla otros elementos como el conocimiento de la verdad de los hechos, la investigación y resolución de manera oportuna y sin dilaciones, la restitución y rehabilitación de la víctima por el daño sufrido como consecuencia del delito, la garantía de que no vuelva a cometerse una nueva infracción en su contra por

parte del sujeto activo, que afecte a sus bienes jurídicos protegidos, así como la satisfacción del derecho violado. A este fin tributa la aplicación del principio de oportunidad, pues el pronunciamiento judicial ha de contener la condena a que el infractor -de manera inmediata- realice la reparación integral a la víctima, sin esperar a posterior reclamación y consiguiente proceso.

(12) La aplicación del principio de oportunidad permite también una mejor reinserción de los infractores en la sociedad, por lo que existe un efecto benéfico doble, por un lado para el infractor y por otro, para la sociedad en general, generando un proceso de reconciliación entre la criminalidad y la comunidad, mediante un adecuado tratamiento de los infractores y evitando los efectos dañinos de la represión sin medida, al preferirse la restauración del bien jurídico protegido afectado y la reparación de la víctima por el bien jurídico lesionado, antes que el castigo por la desobediencia a la ley, todo lo cual fortalece la denominada humanidad del Derecho Penal, al concebirlo, no como un medio para causar daño, sino como un instrumento para repararlo.

(13) El Derecho Penal, tipifica y sanciona una serie de conductas humanas que pueden afectar —por excesivas— a la libertad de los individuos y que, consecuentemente, afectan al prestigio, al buen nombre y al honor de las personas que no son delincuentes reincidentes, sino que por un error en un momento determinado violan la ley penal, en cuyo caso no deberían ser sancionados con penas privativas de la libertad, como por ejemplo en los delitos de tránsito con existencia de daños materiales, hurto, robo, estafa y abuso de confianza de pequeñas cuantías, lesiones culposas, delitos menores que queden en el grado de tentativa y otras infracciones que no afecten de manera significativa a la víctima, al Estado y a la sociedad en general. En estos casos, la ley debe facultar al fiscal y al juez para la aplicación automática del principio de oportunidad debidamente reglado, lo cual evitaría que se conculquen derechos y garantías sustanciales de los sujetos activo y pasivo de la infracción penal, que se encuentran regulados en normas jurídicas internacionales de derechos humanos, así como en las legislaciones internas de cada una de las naciones.

(14) El principio de oportunidad guarda estrecha relación con el principio de mínima intervención penal, ya que este último determina que los casos penales pueden ser resueltos a través de instrumentos jurídicos, o bien, de carácter social,

de menor intromisión en la esfera de libertades del ciudadano, es decir, que el Estado debe agotar todas las vías distintas al sistema penal antes de acudir a él para la resolución de un conflicto y por ello, la educación continua, permanente e integral de las y los ciudadanos, en valores y reglas de comportamiento humano de manera general, deviene en inescindible complemento del sistema de administración de justicia.

(15) En Ecuador se aplica el principio de oportunidad respecto de los delitos de bagatela, pero la legislación vigente no protege los derechos fundamentales de los sujetos pasivo y activo del delito, ya que no son escuchados en la audiencia, ni se toma en cuenta la presunción de inocencia y no incriminación del sospechoso o procesado, así como tampoco se considera el acceso de la víctima a la justicia, en forma plena, pues en la propia resolución que acoge el criterio de oportunidad no se ordena la reparación integral a que tiene derecho, dejándole a salvo únicamente para que en el futuro siga un juicio de carácter civil.

(16) En cuanto a las formas de control del principio de oportunidad por parte del juez, es importante tener en cuenta una serie de aspectos, entre los cuales es preciso mencionar que en la audiencia en la que se discute la aplicación de este principio, el juzgador escuchará al fiscal, a la víctima y al procesado, aclarando que durante su desarrollo ha de velar por el cumplimiento del debido proceso y de los derechos humanos de los intervinientes en el procedimiento judicial, para que a tenor de toda esa fundamentación el juzgador decida si procede o no la mencionada figura jurídica de carácter procesal y, en caso de ser aceptada el juez, se ordene la extinción de la acción penal; caso contrario, la investigación o el proceso continúan su curso legal, por cualquiera de los procedimientos establecidos en la ley penal.

(17) Como requisitos para la aplicación del principio de oportunidad se debe considerar la no reincidencia del autor, la poca ofensa social, la reparación integral a la víctima, la innecesaria imposición de penas privativas de libertad al infractor y que sufra enfermedades catastróficas o mentales como consecuencia de la comisión del delito, y por todo ello es procedente que se establezca de forma reglada, donde no solo se normen las causales, sino que se desarrolle un verdadero modelo de aplicación de este principio como mecanismo de política

criminal, donde consten –además– los tipos penales en los que procede, los derechos de la víctima y del sospechoso o procesado y el procedimiento a seguir, con la marcada intención de lograr un impacto positivo en la conducta del infractor que favorezca a su rehabilitación social, a fin de que tenga un efecto eficaz en relación con la disminución de la criminalidad en la sociedad.

(18) En la aplicación del principio de oportunidad, además del juzgador intervienen otros sujetos procesales con funciones específicas, siendo éstas: la víctima, como persona afectada y lesionada en un derecho o bien jurídico protegido tiene la facultad de que se le informe cómo se va a solucionar el problema y en qué momento se ordenará su reparación integral; el ofensor, quien al ser beneficiario del principio en referencia, tiene derecho a que el juez le escuche, para luego declarar extinguida la acción penal, sin que se le siga el juicio de reproche; el fiscal, como titular del ejercicio público de la acción, es el único que puede solicitarle al juez para que resuelva el caso a través de este principio, por tanto ejerce el rol de mayor significación jurídica en este procedimiento judicial; el abogado defensor privado o público, es el encargado de garantizar el derecho de defensa del sospechoso o procesado; y, el juez que a más de realizar el control judicial, toma la decisión de si efectivamente es aplicable o no el principio en estudio.

(19) El Fiscal, en el ejercicio de su labor de investigación y esclarecimiento de los hechos delictivos, está obligado a realizar su mayor esfuerzo, practicando los métodos aplicables a cada caso concreto, priorizando las infracciones más graves, las cuales deben ponerse en conocimiento y resolución de los jueces y tribunales competentes, mientras que los delitos de bagatela al no tener gran trascendencia social ni pública, podrán resolverse a través del principio de oportunidad, para evitar que ciertos hechos delictivos se queden en la impunidad, pero para ello es indispensable que actúe con responsabilidad, dando cumplimiento al principio de objetividad y acatando lo que establecen tanto la normativa jurídico penal nacional como internacional.

(20) En el desarrollo del modelo de aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, debe analizarse jurídicamente el papel del fiscal, regulándose las atribuciones que ostenta y la conducta a seguir; siendo necesario que se elabore un protocolo que contenga las directrices que permitan

la unificación de los criterios de todos los fiscales respecto de la utilización del principio en estudio, que deben formar parte de las políticas públicas y de la legislación penal de cada Estado a fin de garantizar el cumplimiento de los principios del debido proceso, los derechos humanos y las garantías de la víctima y victimario.

(21) La ejecución del derecho fundamental de reparación integral a la víctima tiene cabida en el propio procedimiento penal, pero para ello ha de superarse la insuficiencia normativa que adolece la legislación vigente en Ecuador que le remite a la sede civil, por lo que puede afirmarse que no existe una garantía adecuada de este derecho, al no ordenarse que el sospechoso o procesado cumpla con la reparación integral a la víctima en el momento mismo en que se decide el caso, mediante la aplicación del principio de oportunidad y, en consecuencia, nace la necesidad de desarrollar un modelo de aplicación del principio de oportunidad como política criminal, a fin de que constituya el sustento científico para que se privilegien los derechos fundamentales de la víctima en lo que a resarcimiento respecta.

(22) La víctima es quien puede verse afectada con la aplicación del principio de oportunidad al no obtener lo que a priori esperaba del proceso penal, por lo que en el procedimiento que debe seguirse desde la petición del fiscal hasta la resolución verbal y escrita del juzgador, es prioritario que sea escuchada, tomando en cuenta que es un derecho infranqueable de esta parte procesal y que ello implica respetar las normas jurídicas nacionales e internacionales, donde se consagran sus derechos y que deben ser tutelados por los jueces en todos los procedimientos judiciales, desde el más simple al más complejo, ya que solo ello garantiza una administración de justicia que cumple el debido proceso y, en consecuencia, evita reclamos de los justiciables y de la ciudadanía en general.

(23) El deber fundamental del abogado, como ente profesional del Derecho encargado de “defender”, es velar por el respeto y fiel cumplimiento de los derechos y garantías de los sujetos activo y pasivo dentro del proceso penal, así pues tanto la víctima como el victimario deben comparecer a la audiencia acompañados por sus defensores técnicos, quienes serán los responsabilizados de encauzar sus derechos ante la autoridad judicial, de brindarles asesoramiento

y de facilitar la resolución de sus controversias más ágilmente y de manera beneficiosa, a través de la utilización del principio de oportunidad.

(24) Es menester que se garantice el cumplimiento efectivo de los derechos y garantías del sospechoso o procesado, consagrados en la Constitución de la República del Ecuador y demás normas jurídicas que se encuentran vigentes; obligación que le viene impuesta, fundamentalmente, al juzgador como garante y activista del sistema procesal, con el objeto de conseguir el respeto del debido proceso, con una justicia transparente y al alcance de todos los miembros de la sociedad. Pero, así como tiene una serie de derechos, también el infractor tiene obligaciones para con la víctima y la sociedad, tales como asegurar una reparación integral y el hecho de mejorar su comportamiento, evitando la comisión de otros delitos, sino más bien convirtiéndose en un ser humano íntegro.

(25) El juez o tribunal competente, como titular del *ius puniendi* del Estado, tiene marcadas funciones y principios que guían su desempeño en general y que resultan de observancia directa ante la solicitud de que se apliquen criterios de oportunidad. Así, se ve reforzado su papel de director del proceso, de garante de los derechos de las partes y de controlador de la actuación fiscal, todo ello signado por la independencia, la imparcialidad, la ética y la vocación por la justicia.

(26) La utilización del principio de oportunidad genera consecuencias positivas respecto de los sujetos procesales, siendo las más relevantes las siguientes: con relación al fiscal, le permite aumentar el número de causas resueltas, así como el ahorro de recursos económicos y humanos, al obtener resoluciones judiciales de manera rápida; la víctima, satisface sus expectativas de pronta respuesta y de reparación de los daños que se le han causado, lo que le coloca en favorables condiciones para superar los conflictos psicológicos ocasionados por el sujeto activo del delito; el sospechoso o procesado, encuentra una vía para enmendar su conducta, sin tener que enfrentar la rigurosidad y los nocivos efectos que supone la sumisión al sistema penitenciario; los abogados, ven materializado el derecho a la defensa técnica al cual se deben, pues están presentes y acompañando a sus representados durante todo el íter procesal; y, finalmente, los juzgadores logran descongestionar el sistema de administración

de justicia, lo que redunda en un aumento de la credibilidad y confianza de la ciudadanía a la cual se deben.

(27) La insuficiente regulación normativa existente en clave de principio de oportunidad que existe en Ecuador impone la necesidad de ampliar las previsiones en cuestiones tales como el resarcimiento a la víctima en la propia sede penal y el establecimiento de líneas de actuación que, sin vetar la genérica potestad de perseguir los hechos punibles, guíen al fiscal en su solicitud de renuncia al ejercicio público de la acción y al juzgador en su labor de control y decisión. Elementos que constituyen pautas para un tratamiento uniforme de los criterios de oportunidad en el ordenamiento procesal penal y que encuentran reflejo en el modelo a proponer.

(28) El desarrollo de la presente investigación permitió construir el modelo de aplicación del principio de oportunidad (MAPO) con todos sus componentes, el cual permite garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de la víctima y del sospechoso o procesado, según las normas jurídicas nacionales e internacionales que regulan el referido modelo de manera global y que contribuye de manera significativa a la eficiencia en el sistema de Administración de Justicia penal.

(29) Las premisas, principios, componentes e interrelaciones que conforman el modelo de aplicación del principio de oportunidad (MAPO) han de verse de forma coherente, como sistema, en el que cada uno cumple un papel determinado en aras de convertir cualquier sistema de Administración de Justicia penal en un sistema eficiente, por lo que todo ello se presenta como una novedad científica de carácter procesal que habrá de encontrar respaldo en las respectivas legislaciones nacionales.

(30) Resultan condiciones previas que se requieren cumplir como premisas para el desarrollo y aplicación del modelo: la legalidad, regulación, humanidad, y oralidad, así como constituyen requisitos que obligatoriamente el modelo debe cumplir a modo de principios: la correspondencia con la política criminal, la tutela de los derechos de la víctima y sospechoso o procesado, inmediación, concentración, celeridad procesal, control judicial, prevención y objetividad.

(31) Los componentes del modelo de aplicación del principio de oportunidad (MAPO), constituyen las normas jurídicas, la política criminal, las tipologías penales, el procedimiento, el rol de los sujetos procesales y los derechos fundamentales de la víctima y del procesado, los cuales se interrelacionan jurídicamente de manera lógica y secuencial, así como con el principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, a fin de que los operadores de justicia actúen en base a un fundamento científico frente a los justiciables, en cada caso concreto puesto a su conocimiento y resolución, en relación a la materialización del principio, materia de la presente investigación.

(32) El modelo para la aplicación del principio de oportunidad (MAPO) necesariamente deberá estar sometido a la revisión y mejoramiento continuo, tanto en su aplicación como en su perfeccionamiento por parte de otros investigadores, los cuales a partir del presente modelo, seguro aportarán nuevos conocimientos complementarios, basados en la doctrina, la dogmática penal, el Derecho Penal sustantivo y adjetivo y fundamentalmente en las normas jurídicas internacional de derechos humanos y constitucionales de cada ordenamiento jurídico de que se trate.

BIBLIOGRAFÍA

A) Fuentes doctrinales:

- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki, *La coacción administrativa directa*, Civitas Ediciones, Madrid, 1990.
- AGUILERA MORALES, Marien, *El Principio de Consenso. La conformidad en el proceso penal español*, Cedecs Editorial S.L, Barcelona, 1998.
- AGUIRRE GUZMÁN, Vanesa, *Tutela jurisdiccional del crédito en Ecuador*, Ediciones Legales EDLE S.A, Quito, 2012.
- ALARCÓN POLANCO, Edynson F., "La Constitución como fuente primigenia de la independencia e imparcialidad del juez", 2do Concurso Nacional de Ensayos Judiciales para Jueces, 1ª edición, organizado por la Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2002.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2ª edición en castellano, traducción y estudio introductorio de BERNAL PULIDO, Carlos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- ALMEIDA SILVA, Kédyma, *La incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal: un análisis de la política criminal*, Tesis Doctoral, Getafe, 2008.
- APONTE CARDONA, Alejandro, *Principio de Oportunidad Discrecional y Reglado, Principio de Oportunidad y Política Criminal*, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Bogotá, 2010.
- APONTE JARAMILLO, Luz Stella. "Expectativas de las víctimas", en AA.VV., *Las víctimas frente la búsqueda de la verdad y la reparación en Colombia*, HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo (Editor), Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007, pp. 207-222.
- ARIAS DUQUE, Juan, *El Juez en el Sistema Acusatorio Colombiano*, en AA.VV., *El Proceso Penal Acusatorio Colombiano*, tomo III, primera edición, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2006, pp. 183-216.
- ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Editorial PPU, Barcelona, 1991.
- *Estudios sobre el proceso penal*, Rubinzal-Culzoni Editoriales, Buenos Aires, 2008.

- *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2009.
- *Estudios de Justicia Penal*, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2014.
- ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto, *Debido proceso y medidas de coerción personal*, X Jornadas de Derecho Procesal Penal, Universidad Andrés Bello, Caracas, 2007.
- ARROYO YANES, Luis, *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, tomo II, Cotopaxi, Quito, 2010.
- *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*, Ediciones Legales, Quito, 2013.
- AYARZA, Soledad “Algunas exigencias procesales de la tutela judicial efectiva”, en AA.VV., *Nuevas herramientas procesales*, PEYRANO, Jorge (Director), Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2013, pp. 93-98.
- BANACLOCHE PALAO, Julio, *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, La Ley, Madrid, 2011.
- BARONA VILAR, Silvia, *Tutela civil y penal de la publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- BAYTELMAN ARONOWSKY, Andrés y Mauricio DUCE JAIME, *Litigación Penal y Juicio Oral*, Ediar Editores Ltda, Santiago de Chile, 2006.
- BAZZANI MONTOYA, Darío, “La terminación anticipada del proceso penal por consenso y el principio de oportunidad”, en AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos de juez penal colombiano*, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2004, pp. 233-300.
- BEDOYA SIERRA, Luis, Carlos, GUZMÁN DÍAZ y Claudia, VANEGAS PEÑA, *Principio de oportunidad. Bases conceptuales para su aplicación*, Fiscalía General de la Nación, Bogotá, 2010.
- BENAVIDES, Merck, “Los Jueces o Magistrados y su rol en la sociedad”, en AA.VV., *Ética Judicial*, BLUM, Jorge (Coordinador), Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Imprenta de la Gaceta Judicial, Quito, 2014, pp. 167-182.
- “La ratio decidendi y obiter dictum en el actual sistema de justicia penal”, en AA.VV., *Ratio Decidendi Obiter Dicta*, BLUM, Jorge (Coordinador.), Corte Nacional de Justicia, Fallos de la Sala Penal, Penal Militar, Policial y Tránsito 2012-2013, 1ª edición, Gaceta Judicial, Quito, 2014, pp. 35-44.
- BENÍTEZ NARANJO, Hernán y Xavier BOTERO MARTÍNEZ, *Pretensión y Proceso Penal*. Señal editora, Medellín, 1997.

- BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y sistemas alternativos de solución de conflictos*, Reus S.A., Madrid, 2009.
- BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de Política Criminal: la política criminal aplicada*, Tomo II, Boch editor, Barcelona 2007.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los Derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- BINDER, Alberto, *Política Criminal: De la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
- BOARI, Nicola y Gianluca FIORENTINI, *An economic analysis of plea bargaining: the incentives of the parties in a mixed penal system*, Dipartimento di Science Economiche, Università di Bologna, Piazza Scaravilli 2, 40126, Bologna- Italy, 2000.
- BOAVENTURA DE SOUSA, Santos, *Derecho y Emancipación*, V&M Gráficas, Quito, 2012.
- BOVINO, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*, 1er, Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- BUCHELI MERA, Rodrigo, *Derecho procesal penal en el sistema acusatorio*, *Justicia Crítica*, Editorial Universitaria, Quito, 2009.
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, tomo II, Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires, 1968.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio Fiscal*, *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 14, España, enero 2008.
- CACHÓN CADENAS, Manuel, *Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos (1)*, *Diario La Ley*, Año XXIV, Números 5819 y 5820, Valladolid, 8 y 9 de julio de 2003.
- CAFFERATA NORES, José, *Cuestiones actuales sobre el Proceso Penal*, 3ª edición, Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Ediciones ONBC a partir de Ediciones Jurídicas Europa-América, La Habana, 1956.
- CALMON, Petronio, "Algunas tendencias innovadoras en materia de Derecho Procesal brasileiro", ponencia presentada al II Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en La Habana, abril 2009, traducido por María Angélica Pulido Barreto, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, La Habana, 2009.

- CALLEJO CARRIÓN, Soraya, "El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores", en *Diario La Ley*, España, 24 de noviembre de 2005.
- CAMARGO CHONA, Humberto, Lenimy, MORALES PEINADO y Wilfrido, OSCURA LÓPEZ, *La implementación del principio de oportunidad en la legislación penal colombiana*, Justicia Juris, ISSN 1692-8571, vol. 6 N.º 13. Barranquilla, abril-diciembre 2010.
- CAMARGO, Pedro Pablo, *El debido proceso*. Leyer Editorial, Bogotá, 2000.
- CARRIÓN MENA, Fernando, "No se puede seguir pensando en la violencia sino en las violencias", en *Revista Defensa y Justicia. La seguridad ciudadana en un Estado de derechos*, 12ª edición, Octubre 2014, Defensoría Pública, Quito, 2014.
- CARRIÓN MENA, Fernando y Jenny PONTÓN CEVALLOS, *120 estrategias y 36 experiencias de seguridad ciudadana*, Crearimagen, Quito, 2009, en http://209.177.156.169/libreria_cm/archivos/pdf_116.pdf, fecha de consulta: 26 de julio 2016.
- CARUSO FONTAN, María y Félix PEDREIRA GONZÁLEZ, *Principios y garantías del Derecho Penal Contemporáneo*, B de F, Buenos Aires, 2014.
- CASTRO OSPINA, Sandra, *Influencias del funcionalismo en el sistema penal*, Librería del Profesional, Bogotá, 1996.
- CHAMORRO BERNAL, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994.
- CID MOLINÉ, Miguel, *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal, de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, "El principio de oportunidad reglada. Su posible incorporación al sistema del Proceso Penal Español", en AA.VV., *La Reforma del proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 289-308.
- *Legalidad vs oportunidad como criterios de actuación de los Ministerios Públicos, en Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y libertades públicas*, Poder Judicial, núm. Especial, VI, Madrid, 1989.
- CONTRERAS ALFARO, Luis H., "El Principio de Oportunidad y los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción", Tesis doctoral, Universidad Salamanca Facultad de Derecho, Salamanca, 2004.
- *Corrupción y principio de oportunidad penal. Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*, Ratio Legis, Salamanca, 2005.
- CÓRDOBA RODA, Juan, citado por CRUZ, Fernando, *La función acusadora en el proceso penal moderno*, Ilanud, Costa Rica, 1989.

- *Las conformidades entre acusación y defensa en los procedimientos penales y el problema de la renuncia al derecho*, Diario La Ley, Año XXXIII, Número 7898, Valladolid, Martes 10 de julio de 2012.
- CORTÁZAR, María Graciela, *Los delitos veniales. Estudio sobre Derecho Contravencional Análisis de la Normativa Vigente en la Provincia de Buenos Aires (Decreto-Ley 8.031/73 y modificatorias)*, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca-Argentina, 2002.
- CORTÉS, Miguel, "El Ministerio Público en Costa Rica", en AA.VV., *Jornadas Iberoamericanas, Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*, segunda edición, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F, 2008, pp. 109-124.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL ECUADOR, *Perfil del Primer Plan Bienal de Desarrollo*, Quito, 1992.
- CORWIN, Edward S. *The doctrine of due process of law before the civil war*, Select Essays, t. I. 1911.
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª edición, Aniceto López Editor, Buenos Aires, 1958.
- *Los mandamientos del abogado. Manuales jurídicos, serie número 4*, Primera edición, Universidad Autónoma de México, México D.F. 2003.
- CRESPO SOLÍS, Oscar, "La experiencia del Ministerio Público en Bolivia en la instauración de la reforma procesal penal", en AA.VV., *Jornadas Iberoamericanas. Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*, segunda edición, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F., 2008, pp. 81-96.
- CREUS, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, Astrea, Buenos Aires, 1987.
- CRIOLLO MAYORGA, Giovani, *Cuestiones de Derecho Penal, procesal penal y Biojurídica*, s/edit., Quito, 2013.
- CUADRADO SALINAS, Carmen, "Discrecionalidad del fiscal y flexibilización de la acción penal, el interés público en una administración eficaz de la justicia", en *Revista General de Derecho Procesal* N.º 18, Alicante, 2009.
- *La Reforma del Proceso Penal – El Principio de Oportunidad- El sobreseimiento por razones de oportunidad reglada*, La Ley, Madrid, 2011.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho Penal Español. Curso de Iniciación. Parte General –Nociones introductorias-Teoría del delito–*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1996.
- CUÉLLAR CRUZ, Rigoberto, "Los criterios de oportunidad en el proceso penal y la experiencia hondureña en el marco de sus vigencia anticipada al nuevo Código Procesal Penal", en *Revista Jurídica de la Unidad Técnica de Reforma Penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1, número 1, Tegucigalpa, enero 2002.

- DANDURAND, Yvon y Curt GRIFFITHS, *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, United Nations Office on Drugs and Crime, United Nations, New York, 2006.
- DAMMERT, Lucia, *Perspectivas y dilemas de la seguridad ciudadana en América Latina*, Crearimagen, Quito, 2007, en <http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/40089.pdf>, fecha de consulta: 26 de julio 2016.
- DELGADO BARRIO, Javier, "El principio de oportunidad en el proceso penal. (Aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados)", AA.VV., *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Madrid, 1989.
- DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de política criminal*, traducido por BARBERO SANTOS, Marino, Gráficas Arias Montano S.A., Madrid, 1986.
- DE LA FUENTE, Javier Esteban y Mariana, SALDUNA "Principio de oportunidad y sistema alternativos de solución de conflicto penal. La inconstitucionalidad de su regulación provincial", en *Revista de Derecho Procesal Penal*, DONNA, Edgardo (Director), Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, pp. 69-122.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, Sara, ARAGONESES MARTÍNEZ y Rafael, HINOJOSA SEGOVIA, *Derecho procesal penal*, 7ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
- DE LA ROSA CORTINA, José, "Oralidad, justicia alternativa y el Ministerio Público español", en AA.VV., *Jornadas Iberoamericanas. Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*, segunda edición, México D.F., 2008, pp. 231-310.
- *El tiempo y el proceso penal de menores: el principio de celeridad*, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 7567, Valladolid, 11 de febrero de 2011.
- DE LA TORRE DIAZ, Francisco, *Ética y Deontología Jurídica*, Dykinson, Madrid, 2000.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, "La justicia restaurativa penal", en *Revista La Ley*, N.º 73, (5941/2010), editorial La Ley, España, 2010.
- DEFFAINS, Bruno y Myriam DORIAT, *The Dynamics of Pretrial Negotiation in France: Is There a Deadline Effect in the French Legal System?*, University of Nancy 2, Nancy, Elsevier, France, 2000.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, "El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad", en *Revista La Ley*, año XXVII, N.º 6520, La Ley, Madrid, 2006, Disponible en: www.la.ley.net.

- DIETRICH, Mark y Patricia, ESQUITINI CÁCERES (Directores), *Soluciones rápidas y efectivas al conflicto penal*. Programa de Fortalecimiento de la Justicia en el Ecuador, East West Management Institute (EWMI), Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), Diseño Gráfico Comunicación Audiovisual Quito, 2012.
- *Manual de procedimientos especiales y litigación oral*. Programa de Fortalecimiento de la Justicia en el Ecuador, (EWMI-USAID), Diseño gráfico Impresión Nuevo Arte, Quito, 2013.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª edición, Aranzadi S.A., Navarra, 2008.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. “El daño moral en el derecho chileno: panorama general”, en AA.VV., *El daño moral en Iberoamérica*, PÉREZ FUENTES, Gisela María (Coordinadora), Primera edición, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Tabasco, 2006, pp. 60-88.
- DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, *Justicia Restaurativa y violencia doméstica: posibilidad, error o acierto...*, Diario La Ley, Año XXXII Núm. 7701, España, 2011.
- DURBÁN SICILIA, Luis, *Mediación*. “Oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal”, en *Revista La Ley*, N.º 73, julio de 2010, Editorial La Ley, Madrid, 2010.
- DURANTE, Alfredo, *Contravenciones y Anomía ¿Reforma Jurídica o Revolución Cultural?*, Dunken, Buenos Aires, 2013.
- DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2007.
- ESER, Albin, “Una justicia penal a la medida del ser humano”, en *Revista Peruana de Derecho Penal*, Núm. 3, 1999, trad. Jon Mirena LANDA GOROSTIZA, publicado en: <https://www.freidok.uni-freiburg.de/dnb/download/3656> (acceso: 25 de agosto de 2016).
- ESPITIA GRAZÓN, Fabio, *Instituciones de derecho procesal penal*, Séptima edición, Legis Editores S.A., Bogotá, 2010.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Teoría General del Derecho Procesal*, 1ª edición, Porrúa, México, 1992.
- FENECH NAVARRO, Miguel, *Curso elemental del derecho procesal penal*, I, Librería Bosch, España, 1945.
- FERNÁNDEZ OLMO, Isabel, *El principio de celeridad en el procedimiento de menores*, Málaga- España, Estudios Jurídicos ISSN-e 1888-7740, n.º 2008.

- FERRAJOLI, Luigi, "Derecho Penal Mínimo", en AA.VV., *Prevención y Teoría de la Pena*, Bustos Ramírez, Juan (Director), editorial Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago de Chile. 1995, pp. 25-48.
- *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- *Derechos y Garantías – La ley del más débil*, 7ª edición, Trotta, Madrid, 2010.
- FERREIRÓS MARCOS, Carlos, et. al. *La mediación en el Derecho Penal*, Dykinson S.L., Madrid, 2011.
- FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé, *La víctima en el procesal penal*, 1.ª Edición, La Ley-Actualidad, S.A, Madrid, 2005.
- "El procedimiento en la LO 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor", en AA.VV., *Derecho Procesal Penal*, tercera edición, Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, pp. 936-992.
- "Las partes en el proceso penal, II", en AA.VV., *Derecho Procesal Penal*, tercera edición, Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, pp. 155-209.
- "Las partes en el proceso penal, I", en AA.VV., *Derecho Procesal Penal*, tercera edición, Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, pp. 125-154.
- FEUERBACH, cit. pos. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal*, Parte General, 2ª edición, reimpresión, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires. 2007.
- FIANDACA, Giovanni, *El Derecho Penal entre la Ley y el Juez*. Traducido por VENTURA SAAVEDRA, Karen, Dykinson, Madrid., 2013.
- FIERRO - MENDEZ, Heliodoro, *El sistema de audiencias del proceso penal acusatorio. Teórico- Práctico*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2012.
- FUENTES DEVESA, Rafael, *Las sentencias de conformidad dictadas por el juez de guardia*, en Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Diario La Ley, Año XXIV, Número 5794, martes 3 de junio de 2003.
- GAITÁN MAHECHA, Bernardo. "Prólogo a la segunda edición", en MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando. *La discrecionalidad para acusar. Aspectos generales relacionados con el principio de oportunidad y reflexiones en torno a su reglamentación en Colombia*. 3.ª Edición, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, pp. 29-30.
- GALEANO REY, Juan y Francisco BERNATE OCHOA, *Técnicas penales del juicio*, Centro Editorial Rosarista, Bogotá, 2002.
- GALVIS ORTÍZ, Ligia, *Comprensión de los derechos humanos*, Cuarta edición, Ediciones Aurora, Bogotá, 2008.
- GARCÍA, José, *Facetas Penales*, Doctrina Jurisprudencia Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Tribunales Superiores, Leyer, Bogotá, 2007.

- GARCÍA FALCONI, José, *Los recursos de casación penal, la amnistía, el indulto, la ley de gracia y sus trámites, los principios constitucionales de oportunidad y mínima intervención penal*, Ediciones Rodín, Quito, 2009.
- GARCÍA FALCONÍ, Ramiro, "El Derecho a ser presumido inocente o Principio de Inocencia, desde una aproximación histórica", en AA.VV., *Temas Fundamentales del Derecho Procesal Penal*, tomo I, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2011.
- GARCÍA VALENCIA, Jesús, *Conferencias sobre el Proceso Penal Acusatorio*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá, 2005.
- GALLARDO ROSADO, Maydeli, *Derecho Procesal Penal*, Porrúa, México, 2012.
- GALLIZO LLAMAS, Mercedes, *Penas y personas: 2810 días en las prisiones españolas*, Debate, Barcelona. 2013.
- GARGARELLA, Roberto, *De la justicia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2008.
- GARBERI LLOBREGAT, José, *Constitución y Derecho procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho procesal*, Civitas, Pamplona, 2009.
- GIL CREMADES, Rafael, *La imparcialidad en la función pública*, Colección Scientia Iuridica, 1ª edición, Reus S.A., Madrid, 2008.
- GIMENO SENDRA, Vicente, Víctor, MORENO CATENA y Valentín, CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal. Proceso Penal*, S.L., Tirant lo Blanch, Ediciones, Valencia, 1993.
- GIMENO SENDRA, Vicente, cit. pos. MELGAREJO BARRETO, José, *El Principio de oportunidad en el Nuevo Código Procesal Penal*, Jurista Editores, Lima, 2006.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *La conformidad "premiada" de los juicios rápidos*, La Ley Penal – Número 05 – Año 1 – Madrid, Mayo 2004
- *Introducción al Derecho procesal* (con la colaboración de Manuel Díaz Martínez), 6ª edición, Cóllex, Madrid, Madrid, 2010.
- *Derecho Procesal Penal*, 1ª edición, Aranzadi S. A., Pamplona, 2015.
- GÓMEZ COLOMER, Juan, *Soluciones alternativas al proceso penal: reforma ante el fracaso de la justicia*, Estudios jurídicos, Ministerio Fiscal, ISSN 1577-7219, N° 1, Castellón- España, 2002.
- *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei, Castellón-España, 2007.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal, de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos, *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, Segunda edición, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2007.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Antonio, *Crisis de la justicia y reforma del proceso penal*, I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, *El Derecho Penal a juicio, diccionario crítico*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2007.
- GONZÁLEZ, Samuel et. al., *El sistema de justicia penal y su reforma: teoría y práctica*, Segunda edición, Fontamara, México, 2006.
- GONZÁLEZ MONGUI, Pablo, *La Policía Judicial en el sistema penal acusatorio*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2007.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio, *Sistema de juzgamiento penal acusatorio*, Leyer, Bogotá, 2005.
- GRANADOS PÉREZ, Carlos, *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Interior, Imprenta Oficial del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.
- GUASTINI, Ricardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Mínima Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2008.
- GUERRERO VIVANCO, Walter, *El sistema acusatorio oral*, Pudeleco, Quito, 1998.
- HABERMAS, Jurgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, S.A., Madrid, 1998.
- HASSEMER, Winfried, *La persecución penal: legalidad y oportunidad*, traducción de Cobos de Linares, en *Revista de Jueces para la Democracia* N.º 4, Madrid, 1988.
- "La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana", en AA.VV., *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, traducido por Hernán Hormazábal Malarée, BOE, Alemania, 1993, pp 35-80.
- *Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*, traducido por Patricia S. Ziffer, Ad-hoc, Buenos Aires, 2003.
- HENKEL, Heinrich, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, (trad. GIMBERNANT), B de F, Madrid, 1968.
- HERRERA FARIA, Jaime, *La teoría de la represión individual de la conducta delictiva o desviada*. *Revista de Derecho Penal*, número 45. Octubre – Noviembre 2004, Leyer, Bogotá, 2004.
- HERRENDORF, Daniel, *El poder de los Jueces*, 3ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.

- HOUED, Mario, "Los Procesos Alternativos", en *Derecho Procesal Penal*, MEDRANO, Claudio et. al. (Coordinadores), Escuela Nacional de la Judicatura, Editora Amigo del Hogar, Santo Domingo, 2006, pp. 73-108.
- HORVITZ LENNON, María y Julián LOPEZ MASLE, *El Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II, Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- IGLESIAS MACHADO, Salvador, *Consideraciones de política criminal: globalización, violencia juvenil y actuación de los poderes públicos*, Dykinson, Madrid, 2006.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS UNAM, *Cuadernos para la Reforma de la Justicia: Las Penas Sustitutivas de Prisión*, México D.F., UNAM, México, 1995.
- INOA LAZALA, Orlidy, *El Principio de Oportunidad como manifestación del Principio de Mínima Intervención, en el Proceso Penal Acusatorio*, Escuela Nacional del Ministerio Público, Santo Domingo, D.N., República Dominicana, 2009.
- JARAMILLO HUILCAPI, Verónica, *Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011.
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 2010.
- JAUCHEN, Eduardo M., *Derechos del imputado*, 1ª edición, primera reimpresión – Santa fe, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2007.
- JESTAET, Mathias, *La Ponderación en el Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- JIMENEZ ASENJO, Enrique, *Derecho Procesal Penal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950.
- KEW, Darren y Kevin, NWOSU. *Training manual on alternative dispute resolution and restorative justice*, United Nations, Office on Drugs and Crime, National Judicial Institute, Abuja, 2007.
- KLETT FERNÁNDEZ, Selva, *Proceso Ordinario en el Código General del Proceso*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2014.
- LEGAZ LACAMBRA Luis, *Filosofía del Derecho*, 5ª edición, Bosch, Barcelona, 1960.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.
- *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo I, 6ª edición, Thompson- Reuters Aranzadi, Navarra-España, 2014.
- LÓPEZ BOMBINO, Luis R., "La formación de valores ante los desafíos de los nuevos tiempos", en *Por una nueva ética*, LÓPEZ BOMBINO, Luis R. (Compilador principal), Félix Varela, La Habana, 2009.

- LLERENA, Pablo, "Los Derechos de la Protección a la Víctima", en *Derecho Procesal Penal*, MEDRANO, Claudio, et. al., (Coordinadores), Escuela Nacional de la Judicatura, editora Amiga del Hogar, Santo Domingo, 2006, pp. 307-350.
- MAGIDE HERRERO, Mariano, *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, Ministerio de Administraciones Públicas, Colección Estudios, Madrid., 2000.
- MAIER, Julio B. J., *La ordenanza Procesal Penal Alemana (su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos)*, vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1982.
- *La víctima y el sistema penal*, en *Jueces para la democracia*, N° 12, Buenos Aires, 1991.
- *La víctima y el sistema penal*, *Revista Argentina de Derecho Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- *Derecho procesal penal*. Tomo I. Fundamentos, 2.^a ed. 3.º reimp, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- *Derecho procesal penal*, Tomo II, 1º edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- MAQUEDA ABREU, María, "Crítica a la reforma penal anunciada", en *Jueces para la Democracia*, Núm. 47, Valencia, 2003.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Manuel, "Espacios para la mediación en nuestro ámbito penal: una reflexión a partir de la experiencia belga y francesa", en *La mediación: presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y Mercedes DE PRADA RODRÍGUEZ (Directores), Editores Netbiblo, Madrid, 2010, pp. 71-86.
- MARTOS NÚÑEZ, Juan, *Protección Penal y Tutela Jurisdiccional de la salud Pública y del Medio Ambiente*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 1997.
- MARIN DE ESPINOSA, Elena, *Las novedades de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código Penal de 1995*, *Actualidad Penal*, Núm. 35, Granada, 2000.
- MARTIN RÍOS, María del Pilar, *Víctima y justicia penal: Reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal*, Atelier, Barcelona, 2012.
- MEDINA, Marco Antonio, *El derecho a la defensa*, *Revista Semestral de la Universidad de las Américas PHARO*, Red PHARO, Santiago de Chile, 2001.
- MEJÍAS GÓMEZ, Juan, *La mediación como forma de tutela judicial*, El Derecho Editores, Madrid, 2009.

- MELERO BOSCH, Lourdes, *La defensa del imputado en los juicios penales rápidos*, Editorial Comares, Granada, 2008.
- MENDOZA DÍAZ, Juan, *Derecho Procesal Parte General*, Félix Varela, La Habana, 2016.
- MESTRE ORDÓÑEZ, José, *La discrecionalidad para acusar. La Fiscalía y el principio de oportunidad en el estado social de derecho*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2003.
- *La discrecionalidad para acusar. Aspectos generales relacionados con el principio de oportunidad y reflexiones en torno a su reglamentación en Colombia*, 3ª edición, Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011.
- MIR PUIG, Santiago, *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011.
- *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor S.L., Barcelona, 2014.
- MIRA ROS, Corazón, *Régimen actual de la conformidad*, COLEX, Madrid, 1998.
- MIRANDA, Manuel. "Libertad, Intimididad, Seguridad Individual ante Intervención Estatal", en *Derecho Procesal Penal*, MEDRANO, Claudio et. al. (Coordinadores), Escuela Nacional de la Judicatura, Editora Amigo del Hogar, Santo Domingo, 2006pp. 109-179.
- MOLINA GONZALEZ, María, *Justicia restaurativa en materia penal: una aproximación*, Letras Jurídicas Núm. 11, ISSN 1870-2155, Sonora-México, Otoño, 2010.
- MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, Valencia, 1997.
- "La jurisdicción", en AA.VV., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 27-133.
- "Estructura del proceso", en AA.VV., *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 317-362.
- "La organización judicial", en AA.VV., *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 166-202.
- MONTERO HERNANZ, Tomás, *La justicia restaurativa en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, en *Revista La Ley*, Año XXXII, N° 7655, Sección Doctrina, Diario la Ley, Madrid, 20 junio 2011.
- MORAN SARMIENTO, Rubén, *El Código Orgánico de la Función Judicial y su incidencia en el procesalismo civil*, Editores EDILEX S.A., Guayaquil, 2012.
- MORELLO, Augusto M., "Tendencia moderna hacia el proceso por audiencias", en *El proceso civil moderno*, Librería Editora Platense, La Plata, 2001.
- *El proceso civil moderno*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2001.

- MORENO CATENA, Víctor, "La justicia penal y su reforma", en *"Justicia" Revista de derecho procesal*, Madrid, 1988.
- MORENO, Juan Damián, *Introducción al sistema judicial español*, Dykinson, S.L., Madrid, 2010.
- Lecciones introductorias sobre Proceso Penal, UAM EDICIONES, Madrid, 2013.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*, Nomos S.A., Bogotá, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ NEIRA, Orlando, *Sistema Penal acusatorio de Estados Unidos*, Legis Editores, Bogotá, 2008.
- NEUMAN, Elías, *Mediación Penal*, Segunda Edición reestructurada y ampliada, editorial Universidad, Buenos Aires, 2005.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda en el proceso penal*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Impresión Elecé, Industria Gráfica, S.L. Madrid, 2013.
- NIEVA FENOLL, Jordi, "Proceso Judicial y Neurociencia: una Revisión Conceptual del Derecho Procesal", en AA.VV., *Neurociencia y proceso judicial*, TARUFFO, Michelle, Jordi NIEVA FENOLL, Eduardo, OTEIZA y Daniel, MITIDIERO (Directores), Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Elecé Industria Gráfica S.L., Madrid, 2013, pp. 169-184.
- NIETO GARCÍA, Alejandro, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Trotta, S.A., Madrid, 2010.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2003.
- OBANDO, Jorge A., *Reformas del Proceso Penal y Seguridad Ciudadana en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Alternativas, Lima, 1999.
- ORTIZ URCULO, Juan, "El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito, aplicación y límites", en *Revista Estudios Jurídicos*, ISSN-e 188-7740, Madrid, 2004.
- OTTAVIANO, Santiago, *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Ábaco, Buenos Aires, 2009.
- PALAZZO, Francesco, "Principio de Ultima Ratio e Hipertrofia del Derecho Penal", en AA.VV., *Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos: In Memoriam*, NIETO MARTÍN, Adán (Coordinador), Vol. I, Universidad de Castilla-La Mancha,

- Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 433-442.
- PARELLADA, Carlos, "El Daño Moral. La Evolución del pensamiento en el Derecho Argentino", en AA.VV., *El daño moral en Iberoamérica*, PÉREZ FUENTES, Gisela María (Coordinadora), Primera Edición, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Tabasco, 2006, pp. 15-56.
- PARRA, Jairo, "Mecanismos alternativos de resolución de conflictos", en AA.VV., *Estudios sobre evaluación de procesos de reforma de la Justicia en Iberoamérica*, MORÁN, Manuel (Coordinador), Ministerio de justicia, Secretaría General Técnica, Imprenta Nacional del Boletín Oficial de Estado, Madrid, 2007, pp. 157-182.
- PAVARINI, Massimo, *Los derechos fundamentales de los reclusos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "Medidas procesales para la agilización de la justicia española", en AA.VV., *Jornadas de la Fe Pública Judicial*, Santiago de Compostela, 1995.
- PEÑARANDA LÓPEZ, Antonio, *Proceso Penal Comparado (España, Francia, Inglaterra, Estados Unidos, Rusia) Descripción y terminología*, Editorial Comares, 2ª edición, Granada, 2015,
- PERALTA AGUILAR, Saray, *Principio de Oportunidad*. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2004.
- PEREIRA CAMPOS, Santiago, "Moralidad, veracidad y colaboración: su incidencia en el proceso civil contemporáneo", en AA.VV., *Modernización de la justicia civil*, PEREIRA CAMPOS, Santiago. (Coordinador), primera edición, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2011 pp. 405-446.
- PEREZ ALVAREZ, Fernando, *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- PÉREZ, Francisco Alonso (Coordinador), *Manual del Policía*, 4ª edición, La Ley, Madrid, 2004.
- PÉREZ BUENO, Luis, *Discapacidad, Derecho y Políticas de Inclusión*, Ediciones Cinca, Madrid, 2010.
- PÉREZ CEPEDA, Ana. "La reparación a la víctima", en AA.VV., *Del Derecho Penal como Carta Magna de la Víctima al programa social del Derecho Penal en el Estado de Bienestar*, NUÑEZ PAZ, Miguel y Ana, GARCÍA ALFARAZ (Coordinadores), 1ª edición, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, pp. 611-626.

- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús. "El proceso penal", en AA.VV., *Derecho Procesal Penal*, Tercera edición, Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, pp. 57-76.
- PEREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín, "El tribunal Europeo de Derechos Humanos", en AA.VV., *Derecho Procesal Penal*, Tercera edición, Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, pp. 1167-1187.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín, "El Reconocimiento Constitucional e Internacional de la Presunción de inocencia", en AA.VV., *El proceso penal. Derechos y Garantías en el proceso penal*, tomo I, Ara Editores, Lima, 2014.
- PÉREZ-ESPAÑA, José Erasmo, "Apuntes acerca del sobreseimiento", en AA.VV., *Ciencias Penales temas actuales, Homenaje al R.P. Fernando Pérez Llantada*, VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Magaly y Nelson, CHACÓN QUINTANA (Coordinadores), S.J., Texto Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 329-374.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 4ª edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997.
- PÉREZ SARMIENTO, Eric, *Los Fundamentos de la Defensa Penal*, Temis, Bogotá, 2012.
- PERDOMO TORRES, Jorge, *Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico – penales, y su regulación en el derecho procesal penal colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- PICÓ y JUNOY, Joan, "Nuevos mecanismos para potenciar la buena fe procesal: el denominado "premio>> por la colaboración procesal", en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 1, Tarragona-España, 2003.
- PICÓ I JUNOY, Joan, *El juez y la prueba*, Bosch, Barcelona, 2007.
- PIÑOL RODRÍGUEZ, José, *Derecho Procesal Penal*, 3º edición, Aranzadi S.A., Pamplona, 2014.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, "Victimología y criminalidad violenta en España", en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989.
- PRIETO VERA, Alberto, "Garantías Constitucionales en el proceso penal colombiano", en AA.VV., *El Proceso Penal Acusatorio Colombiano*, tomo III, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2007, pp. 3-49.
- PUENTE SEGURA, Leopoldo, *La conformidad en el proceso penal español*, S.A. Colex, Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 1994.
- QUÍÑONEZ VARGAS, Héctor. "La Prueba en el Proceso Penal", en AA.VV., *Derecho Procesal Penal*, MEDRANO, Claudio et. al. (Coordinadores), Escuela

- Nacional de la Judicatura, Editora Amigo del Hogar, Santo Domingo, 2006, pp. 249-306.
- PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, Décimo octava edición, ampliada y actualizada, segunda reimpresión, Librería Ediciones del Profesional Limitada, Bogotá, 2014.
- RAMOS MENDEZ, Francisco, *El proceso penal*, Bosch editor, Barcelona, 1993.
- RECHEA ALBEROLA, Cristina Raquel, María José, BENÍTEZ JIMÉNEZ y Esther, FERNANDEZ MOLINA. "La seguridad ciudadana en el contexto español. Valoración del sentimiento de inseguridad ciudadana: un análisis de las encuestas del CIS", en AA.VV, *Estudios de Criminología III*, RECHEA ALBEROLA, Cristina Raquel, Bartolomé, GUTIERREZ y María José, BENITEZ JIMÉNEZ (Coordinadores), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca-España, 2008, pp. 127-154.
- RICO, José, *Justicia penal y transición democrática en América Latina*, 1ª edición, Siglo Veintiuno Editores, México, 1997.
- RICO RUÍZ, Gerardo y María José CARAZO LIÉBANA, *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. Análisis Jurisprudencial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- RINCÓN, Tatiana, *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.
- RINCÓN CÓRDOVA, Jorge, *Tutela judicial efectiva, actuaciones administrativas y control judicial en el derecho regional europeo*. Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- RIOS CABRERA, Ana, "La conformidad conjunta con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal", en *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, La Ley, N° 4, 1998 Año XIX. Número 4582, Sevilla, 1998.
- RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El consenso en el proceso penal español*, José María Bosh Editor, S.L., Barcelona, 1997.
- *La Justicia Penal Negociada. Experiencias de Derecho Comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997.
- "Justicia Negociada y nueva reforma procesal penal", en *Diario la Ley*, Año XXVI, Números 5815 5816, España, miércoles y jueves, 02 y 03 de julio del 2003.
- *El último (y controvertible) credo en materia Política Criminal. Justicia Restaurativa y Mediación Penal*, La Ley Penal N° 86, Madrid, octubre 2011.
- RODRÍGUEZ GARCÍA Nicolás & Luis, CONTRERAS ALFARO, *Criterios de flexibilización en el ejercicio y sostenimiento de la acción penal*. La Ley, Madrid, 18 de mayo de 2005.

- RODRÍGUEZ PEÑA, María, *El principio de oportunidad y su Introducción al Ordenamiento Penal Colombiano*, Academia Colombiana de la Abogacía, Bogotá, 2004.
- ROSAS YATACO, Jorge “Prueba Indiciaria: Doctrina y Jurisprudencia Nacional”, en AA.VV., *La Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal 2004*, HURTADO POZZO, José, (Director), “Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 2004, pp. 287-302.
- ROSALES BOLAÑOS, Silvia, *Delito y seguridad de los habitantes*, Siglo XXI, Programa Sistema Penal Derechos Humanos de ILANUD y Comisión Europea, México D.F, 1997.
- ROSERO GONZÁLEZ, Ricardo, *El Proceso Penal Acusatorio Colombiano. Roles de los intervinientes (Experiencias y desafíos)*, tomo III, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2007.
- ROSSER LIMIÑANA, Ana y Raquel SURIÁ MARTÍNEZ, *Prevención y tratamiento de la delincuencia: Actividades prácticas*, Editorial Club Universitario, San Vicente-España, 2014.
- ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, El Puerto, Buenos Aires, 2003.
- *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.
- RUÍZ VADILLO, Enrique, *El futuro inmediato del derecho penal, las tendencias discriminadoras y las fórmulas de sustitución de penas privativas de libertad de corta duración*, Revista Poder Judicial, ISSN 0211-8815, N.º 7, España, 1987.
- RUBINSTEIN. *Cit. pos.* LÓPEZ BOMBINO, Luis, “Ética, ciencia y responsabilidad”, en LÓPEZ BOMBINO, Luis R. (compilador y coordinador académico), *El saber ético de ayer a hoy – tomo I*, 1ª edición, Félix Varela, La Habana, 2004.
- RUÍZ OREJUELA, Wilson, *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*, 2ª edición, ECOE Ediciones, Bogotá, 2013.
- SANZ HERMIDA, Ágata, *El nuevo proceso penal del menor*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Murcia, 2002.
- SALAS BETETA, Christian, “Principio de Oportunidad: Conciliación en el ámbito penal”, en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Valencia, 2007.
- SALAMANCA, Gabriel, *El principio de oportunidad como: ¿Herramienta de justicia material o simple instrumento de eficacia judicial?*, Tunja, 01 de septiembre de 2006.
- SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio, “La reforma del proceso penal peruana: evolución y perspectivas”, en AA.VV., *La Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal 2004*, HURTADO POZZO, José, (Director), “Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 2004, pp. 27-68.

- SANTOS BASANTES, Jaime, *El debido proceso penal. Fase de indagación, etapas de instrucción fiscal e intermedia*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009.
- SCHÜNEMANN, Bernard, “¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?”, en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1991; y, MAIER, J., “Prólogo” de *El procedimiento abreviado*, Coordinado por MAIER, Julio y Alberto, BOVINO, Editores del Puerto, Buenos Aires 2001.
- SEOANE, José Luis, “El Sumario, III”, en AA.VV., *Derecho Procesal Penal*, tercera edición, Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, pp. 341-397.
- SERRA CRISTOBAL, Rosario, *La libertad del juez*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SIMON CAMPAÑA, Farith, “Proceso Penal e Impunidad”, en AA.VV., *Nuevas problemáticas en seguridad ciudadana*, PONTÓN CEVALLOS, Jenny y Alfredo SANTILLAN (Compiladores), Flasco Crearimagen, Quito, 2008, pp. 295-313.
- SINTURA VARELA, Francisco, “Evolución del Sistema Acusatorio en Colombia”, en AA.VV., *Sistema penal acusatorio*, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, pp. 19-34.
- SILVA PORTERO, Carolina, “Las garantías de los Derechos ¿invención o reconstrucción?”, en A.A.VV., *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, 1ra edición, V&M Gráficas, Quito, 2008, pp. 51-84.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2ª edición, B de F, Montevideo-Buenos Aires-Madrid, 2010.
- SORIANO IBAÑEZ, Benito, *El principio de oportunidad*, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Teruel, 2002.
- STIPPEL Jörg y Adrián MARCHISIO, *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina*, AD-HOC S.R.L, Buenos Aires, 2002.
- STORINI, Claudia y Marco, NAVAS, *La acción de protección en Ecuador. Realidad jurídica y social*, V&M Gráficas, Quito, 2013.
- SUANZES PÉREZ, Fernando, *La justicia restaurativa: Normativa actual en el ámbito de la jurisdicción de menores. El proceso en el siglo XXI y soluciones alternativas*, ISBN 84-8355-035-0, Santiago de Compostela, 2006.
- SUÁREZ SANCHEZ, Alberto, *El debido proceso penal*, 2ª edición, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- THOMPSON, J. José, *Justicia Penal en Centroamérica y Caribe*, Closas-Orcoyen, S.L., Madrid, 1989.

- TORRES OSORIO, Edilsa, *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013.
- UMBARILA RODRÍGUEZ, Ignacio, *El Proceso Penal Acusatorio Colombiano, Roles de los intervinientes (Experiencias y desafíos)*, tomo III, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2007.
- URBANO MARTÍNEZ, José, *Derecho Penal y Criminología*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, vol. XXVII, Número 80, Enero/Abril 2006, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- *La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una propuesta de fundamentos del sistema acusatorio*, ediciones jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2008.
- VACA ANDRADE, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, tomo I, Corporación de Estudios y Publicaciones, 4ª edición, Quito, 2009.
- *Alternativas al ejercicio de la acción penal*, 1ª edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011.
- VALLEJO TORRES, Williams, *El Principio de Oportunidad como fuente de restauración del Derecho Penal*, 1ª edición, Jurídica, Guayaquil, 2014.
- VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Magaly, et. al., "Ministerio Público y la disponibilidad de la acción penal", en *Algunos aspectos en la evaluación de la aplicación del COPP, Cuartas Jornadas de Derecho Procesal*, 1ª edición, Texto, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001, pp. 89-102.
- *Derecho Procesal Penal Venezolano*, Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008.
- VIGO, Rodolfo Luis, *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Ábaco, Buenos Aires, 2009.
- VILAS, Carlos M., *Linchamientos en América Latina: Causas, Escenarios, Efectos*, Universidad Nacional de Lanús, Argentina. <<http://cmvilas.com.ar/index.php/articulos/13-linchamientos-y-violencia-popular/70-linchamientos-en-america-latina-causas-escenarios-efectos>>, (1 de septiembre de 2016).
- VILLANUEVA MEZA, Javier, *El principio de oportunidad. Justicia Restaurativa, Transicional, Transaccional, Mediación Penal y Conciliación Civil en el Sistema Penal Acusatorio*, 2ª edición, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2011.
- VILLAMIL VELASCO, Jaime, Geovanna, CAMACHO MONZÓN y Félix, CUELLAR VACA, *El termómetro de la criminalidad en el departamento de Tarija*. Editorial Universitaria, Tarija-Bolivia, 2007.

- VITALE, Gustavo L., *Suspensión del proceso penal a prueba*, 2ª edición, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2004.
- VIVES ANTÓN, Tomás, *Doctrina Constitucional y reforma del proceso penal*, en Jornadas sobre la Justicia Penal, Poder Judicial, ISSN0211-8815, N. Extra 2, Madrid, 1988.
- YACOBUCCI, Guillermo Jorge, *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Ábaco, Buenos Aires, 2009.
- YÉPEZ DE VELASCO, Mariana, "El Ministerio Público en Ecuador" en AA.VV., *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, STIPPEL, Jörg y Adrián MARCHISIO (Coordinadores) Primera edición, Ad. Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 351-379.
- YÉPEZ ANDRADE, Mariana, *Principio de oportunidad en Ecuador*, 1ra. Edición, Fundación Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio, *En busca de las penas perdidas*, Ediar Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2002.
- *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2006.
- ZALAMEA LEÓN, Diego, *Del Derecho Penal mínimo al Derecho Penal estratégico una propuesta político criminal desde el Ecuador*, tesis doctoral bajo la dirección de Inés Olaizola Nogales, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, Doctorado en Derecho, Quito, 2014. En: <http://hdl.handle.net/10644/4098> (consultada: 26 de julio 2016).
- ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo y Eduardo FERRER MAC-GREGOR, *La ciencia del derecho procesal constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008.
- ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Derecho Penal. Parte General*, Tercera edición, Ara Editores, E.I.R.L., Lima, 2006.
- ZARZALEJOS NIETO, Jesús, *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, La Ley, Madrid, 2011.
- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *El Debido Proceso Penal*, Edino, Quito, 2002.
- *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo II, Edino, Guayaquil, 2004.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José, *Fundamentos de Derecho Penal, parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

2) Fuentes legales:

Código de Procedimiento Penal Alemán, publicado en el Boletín Oficial Federal de 15 de mayo de 1981.

Código de Procedimiento Penal Boliviano, aprobado, por Ley 1970 de 25 de marzo de 1.999.

Código de Procedimiento Penal Colombiano, publicado en el Diario Oficial N.º 45.657, de 31 de agosto de 2004.

Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el R.O. S. N.º 544, de 9 de marzo de 2009.

Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento del R. O. No 180 de 10 de febrero de 2014.

Código Orgánico Procesal Penal Venezolano, publicado en la gaceta oficial N.º 6.078 Extraordinario, de 15 de junio de 2012.

Código Procesal Penal Chileno, publicado en el Diario Oficial de 12 de octubre de 2000, mediante Ley N.º 19.696.

Código Procesal Penal Costarricense, publicado en la gaceta N.º 106, de 04 de junio de 1996, vigente desde el 01 de enero de 1998.

Código Procesal Penal de la Nación Argentina, publicado en el boletín oficial N.º 33153, de 18 de junio de 2015, vigencia desde 01 de marzo de 2016, mediante Ley 27.150. Extraordinario de 15 de junio de 2012, mediante decreto N.º 9.042.

Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R.O. N.º 449, de 20 de octubre de 2008.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39-46, de 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor: 26 de junio de 1987.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.

Cumbre Judicial Iberoamericana, *Código Iberoamericano de Ética Judicial*, reformado el 2 de abril de 2014 en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, Santiago, Chile.

<http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=8c73bef9-ea33-4a72-912c-18a482bc1639&groupId=10124/>, (2 de septiembre de 2016).

Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia y Asistencia a las Víctimas del Delito y del Abuso del Poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, Milán.

Estatuto del Juez Iberoamericano, La VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, los días 23, 24 y 25 de mayo de 2001.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativos a la designación de abogado y el aseguramiento mediante medida cautelar. <<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/08/pdfs/A27780-27781.pdf>>, (2 de septiembre de 2016).

Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 267, de 5 de noviembre de 2004.

Ley Española de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 268, de 6 de noviembre de 1995.

Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC), Comentarios relativos a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial, Naciones Unidas, Nueva York, 2013, <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2012/V138012-1-SPAN_eBook.pdf> (2 de septiembre de 2016).

Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura. Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas, sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

Principios Básicos sobre la Función de los Abogados. Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1

Principios y directrices básicos, sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, resolución 60/147 aprobada el 16 de diciembre de 2005, por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Protocolo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Resolución de la Organización de Naciones Unidas ONU N.º 57/199, de 18 de diciembre de 2002.

Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. <https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Compendium_UN_Standards_and_Norms_CP_and_CJ_Spanish.pdf>, (2 de septiembre de 2016).

Resolución del Pleno de la Asamblea Nacional del Ecuador, de fecha 07 de abril de 2015, Quito.

ANEXO

ENTREVISTA PARA LA OBTENCIÓN DE CRITERIOS VALORATIVOS DE EXPERTOS SOBRE EL MODELO PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD (MAPO)

El propósito de esta **entrevista** es conocer su criterio sobre el **modelo para la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal**, que se está desarrollando como parte de una investigación de doctorado. Una vez que usted haya revisado el resumen del **modelo** que se adjunta a la presente **entrevista**, se le solicita que como experto conteste cada una de las preguntas que constan a continuación:

DATOS PERSONALES DEL ENTREVISTADO:

Fecha:

Nombre y apellidos:

Profesión:

Función que desempeña:

Años de experiencia profesional:

¿Según su criterio considera usted que la Administración de Justicia penal en Ecuador no es suficientemente eficiente?

¿Considera usted que la aplicación del principio de oportunidad contribuirá a la descongestión del sistema penal y a la disminución de la carga laboral de los operadores de justicia?

¿Según su criterio cree usted que los componentes fundamentales del modelo deben ser los que constan en el gráfico representativo: normativa jurídica, política criminal, tipologías penales, procedimiento, rol de los sujetos procesales y derechos fundamentales de la víctima y el procesado?

¿Según su criterio el modelo de aplicación del principio de oportunidad que se propone en la presente investigación servirá para: evitar la estigmatización que produce una pena privativa de la libertad; mejorar la rehabilitación del infractor; y garantizar la pronta reparación integral a la víctima?

¿De acuerdo a su criterio el modelo de aplicación del principio de oportunidad, permitirá lograr una Administración de Justicia penal más eficiente?