



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**Sistema de Posgrado**  
Facultad de Jurisprudencia

**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO  
PROCESAL**

**II PROMOCIÓN**

*Salidas Alternativas al Juicio Penal  
Acusatorio Oral*

Elaborado por:

**DR. JULIO CÉSAR CUEVA GARCÍA**

Tutor:

**DR. FERNANDO YAVAR UMPIERREZ**

Enero de 2010

## **DEDICATORIA.-**

### **1. TEMA DE LA INVESTIGACIÓN**

Dedicar una obra, es probablemente, después de los agradecimientos, la parte más difícil para un autor.

Este trabajo está dedicado a toda mi familia, en especial a mis hijos sin cuya inspiración y existencia la vida no sería la misma.

## **AGRADECIMIENTO.-**

*"Alguna vez, una señora encargó a un pintor un retrato suyo. El pintor puso manos a la obra y la concluyó en 3 días. Cuando la señora le pregunto cuánto le debía, éste le dijo una suma enorme en dólares. La señora escandalizada se negó a pagar el precio y la disputa fue a juicio. En la corte el Juez le preguntó: ¿Cuántos años tiene usted como pintor? A lo que el maestro respondió: "30 años". Continuó el Juez inquiriendo: ¿Es cierto que a usted sólo le tomó 3 días terminar la obra? A lo cual contestó el pintor: "No señor Juez, me tomó 30 años y 3 días..."*

.... Y es que un trabajo académico o de cualquier otra naturaleza implica aportar, por parte del autor, toda la experiencia adquirida a lo largo de sus años en el ejercicio de su profesión u oficio. Un trabajo académico no es como puede pensarse, un trabajo de pocos días, semanas o meses. Ni es, como se cree, obra de una sola persona. Es, por el contrario, parte de un largo proceso que empieza, aunque parezca mentira desde, la infancia. Es, aunque no parezca, un trabajo en el que las personas involucradas, muchas veces son tantas que uno no alcanza a citarlas a todas, porque corre el riesgo de que la lista sea más larga que la obra.

En mi caso particular no es diferente. Dios es y debe ser siempre y en todo, el primero de la lista de eternas gracias. Sin él no hay vida. Gracias Dios por la familia que tengo, mis padres, mis hermanos y mis hijos. Este trabajo empezó el día en que nací. El día en que Dios me bendijo con la familia que me dio que me ha permitido llegar hasta aquí. Sin ellos no hubiera encontrado el camino que me ha traído hasta este trabajo, y es que no todos tenemos la suerte de poder educarnos bien; no todos tenemos la suerte de contar con los medios, los recursos, la motivación y la enseñanza que nos permita desarrollar todas nuestras potencialidades y nuestro intelecto para poder aportar algo a la Sociedad que nos acoge y a la que debemos retribuir de una forma u otra.

Mi abuela materna que en paz descansa me decía que la gratitud es una de las mayores virtudes del hombre y cuánta razón tenía...

Siempre he preferido no individualizar a quienes me han extendido su mano amable para contribuir con mis trabajos y emprendimientos, y lo he hecho así porque uno corre el riesgo de olvidar a alguien y eso sería en cierta manera, una forma de ingratitud.

GRACIAS a todos los que me han apoyado siempre, en todo, sin condiciones, sin preguntas. Algunos ya no están con nosotros pero los recordamos siempre...

## INDICE

<b>1. TEMA DE LA INVESTIGACION .....</b>	<b>1</b>
1.1 PLANTEAMIENTO DEL TEMA DE LA INVESTIGACIÓN .....	1
1.2 ANTECEDENTES .....	1
1.3 DESCRIPCION DEL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN.....	2
1.4 JUSTIFICACION .....	2
1.5 OBJETIVOS GENERALES .....	2
1.6 OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....	3
<b>2. DESARROLLO DEL TEMA .....</b>	<b>3</b>
2.1 INTRODUCCIÓN .....	3
2.2 PRINCIPIO DE CELERIDAD .....	4
2.3 PRINCIPIO DE EFICACIA Y EFICIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA .....	6
2.4 PRINCIPIO DE MINIMA INTERVENCIÓN.....	6
2.5 PRINCIPIO DE OFICIALIDAD.....	8
2.6 PRINCIPIO DE LEGALIDAD .....	13
2.7 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD .....	22
<b>3. RECONOCIMIENTO DEL PROBLEMA.....</b>	<b>23</b>
3.1 FRACASO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA .....	23
3.2 SOBRECARGA O CONGESTIÓN PROCESAL .....	23
3.3 SOBRECARGA O CONGESTIÓN PENITENCIARIA .....	23
3.4 BASE LEGAL .....	24
3.5 ANTECEDENTES.....	24
3.6 LEGISLACION COMPARADA.....	25
3.7 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD - CONCEPTO .....	26
3.8 FUNDAMENTOS Y JUSTIFICACIÓN .....	28
3.9 OBJETO Y FINALIDAD.....	29
3.10 CLASES .....	30

3.11 FORMAS DE MANIFESTACIÓN .....	30
3.12 SUPUESTOS PREVISTOS EN LA LEY .....	30
3.13 EJEMPLOS .....	32
3.14 MINIMA GRAVEDAD DEL DELITO .....	32
3.15 MINIMA CULPABILIDAD DEL AGENTE .....	32
3.16 CONDICIONES PARA LA APLICACIÓN .....	33
3.17 CONSENTIMIENTO EXPRESO DEL IMPUTADO .....	33
3.18 REPARACION DEL DAÑO CAUSADO .....	33
3.19 RESOLUCION MOTIVADA.....	33
3.20 UBICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LOS SISTEMAS PROCESALES INQUISITIVO Y ACUSATORIO .....	34
3.21 DESDE LA OBLIGATORIEDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL Y LA DISCRECIONALIDAD ABSOLUTA, HASTA LA DISCRECIONALIDAD REGLADA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....	38
<b>4. SISTEMAS DE SALIDAS ALTERNATIVAS AL JUICIO ORAL EN EL SISTEMA ACUSATORIO .....</b>	<b>46</b>
4.1 DEFINICIÓN .....	46
4.2 VENTAJAS PARA LAS PARTES .....	46
4.3 IMPUTACIÓN PREVIA .....	46
4.4 CLASES DE SALIDAS ALTERNATIVAS .....	47
4.5 OPORTUNIDAD REGLADA .....	47
4.6 SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO .....	48
4.7 CONCILIACIÓN .....	48
<b>5. LAS REFORMAS 2009 AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL EN EL ECUADOR: SALIDAS ALTERNATIVAS AL JUICIO ORAL DE REPROCHE .....</b>	<b>49</b>
<b>6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....</b>	<b>54</b>
<b>7. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>59</b>
<b>8.- ANEXOS.....</b>	<b>61</b>

## **SALIDAS ALTERNATIVAS AL JUICIO PENAL ACUSATORIO ORAL**

### **PLANTEAMIENTO DEL TEMA DE LA INVESTIGACIÓN.-**

El 20 de Octubre de 2008 entró en vigencia en todo el Ecuador la nueva Constitución con un corte doctrinario claramente *neoconstitucionalista* también denominado constitucionalismo moderno. Como era lógico, el sistema procesal penal no podía quedarse atrás de los postulados doctrinarios de la nueva Constitución y era imperativo darle un toque de "frescura procesal" mediante la incorporación de nuevas herramientas procesales con las que el sistema acusatorio introducido en el Ecuador a raíz de la reforma procesal en materia penal de 2001, no había contado. Es así como aparecen las "salidas alternativas al juicio oral en el sistema acusatorio", materia principal de este trabajo.

### **ANTECEDENTES**

El Ecuador vive desde la entrada en vigor de la Constitución (Octubre 20 de 2008) una era de cambios en materia legal que a no pocos ha tomado desprevenido. La doctrina del constitucionalismo moderno; la igualdad de principios que obliga en caso de antinomia a un proceso de valoración mediante el método de la proporcionalidad y la ponderación; el Código Orgánico de la Función Judicial, entre otros. Como era de esperarse, la reforma al procedimiento penal, no podía ni debía quedar relegada de tan importantes avances en materia de derechos humanos y de innovación legislativa. Prueba de ellos son las reformas al Código de Procedimiento Penal que mediante el Suplemento al Registro Oficial No. 555 del 24 de Marzo de 2009 entraron en vigencia. Como todo cambio, genera críticas, pero así mismo, como todo cambio, se generan ventajas. Ha transcurrido suficiente tiempo para poder hacer una primera evaluación de los pro y los contra de la reforma, en especial en materia de nuestra investigación, esperamos satisfacer las expectativas en torno a este intento de develar, el acierto o desacierto del Legislador al introducir las "salidas alternativas al juicio oral.

### **DESCRIPCIÓN DEL OBJETO DE INVESTIGACIÓN**

El objeto de la presente investigación es hacer un estudio de las figuras denominadas "salidas alternativas al proceso oral acusatorio", desde la óptica ecuatoriana, su idiosincrasia, su ideología y su historia.

## **JUSTIFICACIÓN**

Siendo las “salidas alternativas” al juicio oral en procedimiento acusatorio una innovación en materia procesal penal en el Ecuador, se justifica la necesidad de contar con elementos de estudio e investigación propios que permitan entender los alcances de las figuras que lo conforman, en especial, dada la característica del abogado procesalista en el Ecuador. La cultura jurídica del abogado de los juzgados es netamente litigiosa; no es parte de nuestra creencia o enseñanza universitaria, la conciliación; los métodos alternativos de solución de conflictos (materia civil y comercial) ni la búsqueda de salidas alternativas, parte de nuestra educación superior. La prueba más fehaciente está en las mismas Universidades que siguen enseñando la “cultura del litigio” como parte de la cultura propia del abogado: “abogado que no litiga no es abogado”. Es imperativo entonces, dar luces sobre estas nuevas técnicas o métodos procesales que permitan descongestionar el sistema procesal penal, iniciar una nueva era donde las soluciones alternativas en materia penal sean la regla general y no la excepción.

## **OBJETIVOS GENERALES**

El objetivo principal y general del tema escogido es aportar a la literatura investigativa en materia procesal penal en el Ecuador un poco de entendimiento sobre los alcances, limitaciones, ventajas y desventajas de las denominadas “salidas alternativas” al juicio oral en el procedimiento acusatorio. El Ecuador es uno de los países de la región en adoptar estas “medidas alternativas”, siendo nuevo el procedimiento y la doctrina, no cuenta con estudios propios que le permitan, dentro de su propia realidad procesal y judicial, entender el alcance de la reforma. Buscamos abrir ese camino desde adentro. Confiamos en poder aportar un grano de arena en la comprensión de estos métodos alternativos que pueden ayudar a entender de mejor manera el nuevo papel social del proceso penal en el Ecuador; a reducir considerablemente la confrontación procesal entre las partes y a descongestionar la fiscalía y los juzgados de la República. Está claro que años y décadas de historia procesal en el Ecuador no se van a borrar de la noche a la mañana, pero también creemos que algún día hay que empezar.....empecemos ahora.

## **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Nuestro objetivo específico se centra en estudiar las “salidas alternativas” al juicio oral desde la óptica de la conveniencia del sistema procesal

ecuatoriano, tomando en cuenta experiencias ajenas; la idiosincrasia y cultura jurídica no sólo de los abogados litigantes, sino de las partes en conflicto en un proceso penal, en una Sociedad que ve como única solución a sus problemas sociales y políticos, el conflicto y el enfrentamiento, como salida ineludible de ellos.

## DESARROLLO DEL TEMA

### INTRODUCCIÓN

Hasta antes de la reforma al Código de Procedimiento Penal que entrara en vigencia en el año 2001, el Ecuador tenía un sistema procesal en materia penal de corte INQUISITIVO, caracterizado por la falta de independencia entre el órgano bajo el cual estaba la etapa de investigación del injusto y el órgano a cargo del procesamiento de los justiciables, ambos confundidos en la figura del Juez. A partir de la reforma en el año 2001, el Ecuador entra a formar parte de los países de la región que acogieron el sistema ACUSATORIO para su nuevo Procedimiento Penal, caracterizado por la separación de la funciones de investigar (fiscal) y de acusar (juez). El Juzgador ya no puede actuar de oficio, “*donde no hay acusador, no hay juzgador*”<sup>1</sup>. Finalmente el proceso se convierte de a poco en un proceso oral, dejando de lado en su mayoría la parte escrita y al Ministerio Público (actual Fiscalía) se le da el monopolio de la acusación de los delitos de acción pública. Así las cosas el Ecuador despierta a una nueva era en materia procesal penal. A finales de Octubre de 2008 entra en vigencia una nueva Constitución que en su artículo 1 reza: “**El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia...**” abriendo así una nueva era en materia de derechos fundamentales y garantías constitucionales, forzando al sistema a cambiar toda su infraestructura legal para adaptarse al nuevo sistema constitucional denominado *neoconstitucionalismo* o constitucionalismo moderno, caracterizado por una “humanización” del hombre, reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos y la igualdad jerárquica abstracta de los principios y derechos, dejando de lado el anterior sistema de subsunción de un principio por otro, por el método de resolución de antinomias denominado de proporcionalidad y de ponderación. Como era de esperarse, el sistema procesal ecuatoriano se vio en la imperiosa necesidad ajustar sus normas y procedimientos a la realidad jurídica suprema del Estado y es como dentro de ese ámbito se produce la reforma del 24 de Marzo de 2009 publicada mediante

---

<sup>1</sup> Artículo del Código de Procedimiento Penal que dice: “



Suplemento al Registro Oficial No. 555. Es entonces, dentro de esa reforma que entran a formar parte del sistema procesal ecuatoriano, las denominadas “salidas alternativas” al juicio oral en el procedimiento acusatorio, materia principal de este trabajo.

## **PRINCIPIO DE CELERIDAD**

El Principio de Celeridad establece **“la necesidad de que los procesos penales se desarrollen en un tiempo prudencial para evitar la viciosa costumbre de eternizar la sustanciación de dichos procesos con grave detrimento de la justicia que se transforma en injusticia para ofendidos y ofensores cuando se dilata...”**<sup>2</sup>. Este Principio se encuentra contenido en varias disposiciones expresas de la Nueva Constitución, tales como el artículo 169 que dispone: **“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, CELERIDAD y economía procesal...”**, todo lo cual es enteramente concordante con el inciso segundo del artículo 172 que establece: **“Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia (y nosotros agregamos: que incluye a fiscales), aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia...”**. Por su parte el Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 del 09 de Marzo de 2009 dice: **“La Administración de Justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido...”**, a lo cual debemos agregar lo dispuesto en el artículo 6 del Código de Procedimiento Penal reformado que establece: **“Para el trámite de los procesos penales y la práctica de los actos procesales son hábiles todos los días...”**. Volviendo a las expresiones del maestro Zavala Baquerizo<sup>3</sup> **“se inspira en el hecho de que la justicia debe ser administrada de manera pronta de tal forma que el acceso a la tutela jurídica y el ejercicio del derecho de defensa no se limite al solo hecho de recurrir al órgano jurisdiccional respectivo y luego esperar un largo, muy largo tiempo, para que se resuelva el asunto que motivó la actividad judicial, sino que la resolución definitiva debe llegar pronta y ágil para que el ciudadano se sienta confiado en que el Estado está velando de manera efectiva por sus bienes e intereses”** Y continúa el célebre Maestro<sup>4</sup>:

---

<sup>2</sup> ZAVALA BAQUERIZO, Jorge (2004), Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Guayaquil, Edino, Primera Edición, pp. 223

<sup>3</sup> ZAVALA BAQUERIZO, ob.cit, pp. 223

<sup>4</sup> ZAVALA BAQUERIZO, ob.cit, pp. 223

**“Tanto el ciudadano que demanda la actividad de los órganos jurisdiccionales, como los sujetos pasivos de los procesos penales exigen que su situación se resuelva de la manera más rápida, a fin de evitar la extensión del drama judicial por tiempo indefinido, lo que perjudica tanto al ofendido con el delito, como al justiciable. Es necesario destacar que el principio de celeridad, es decir, el derecho a un proceso sin dilaciones innecesarias, tiene su ámbito de acción una vez que se ha iniciado el proceso penal y, por ende, en este momento queda ligado al principio de acceso inicial a la tutela jurídica, a cuya tutela acompaña una vez que se ha iniciado el proceso a fin de que éste, en aras de la efectividad de dicha tutela, se desarrolle sin indebidas demoras, esto es, que el proceso penal debe tener la duración que marca la ley procesal, con las excepciones que la misma ley prevé. El proceso penal debe durar el tiempo razonable para que surja la resolución definitiva y pueda ser ejecutada en tiempo oportuno...”.** Es justamente en este contexto de imperiosa necesidad de no prolongar un proceso penal más allá del tiempo necesario, en perjuicio de las partes y del Estado, que las “salidas alternativas” al juicio oral cobran mayor importancia y se hace más necesaria su efectiva vigencia y utilización por parte de los sujetos procesales.

#### **PRINCIPIO DE EFICACIA Y EFICIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Antes que nada cabe la pregunta ¿Es la Función Judicial parte de la Administración Pública? La respuesta se encuentra en el artículo 225 de la Constitución: **“El sector público comprende: 1) Los organismos y dependencias de las funciones (...) Judicial...”**. Siendo así, a la Función Judicial le son atribuibles las disposiciones y principios contenidos en el artículo 227 ibídem: **“La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de EFICACIA y EFICIENCIA...”**. El sistema de servicio a la colectividad denominado Administración de Justicia está obligado a ser eficaz y eficiente entendidos ambos términos como la **“capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”** y **“la capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado”**, respectivamente<sup>5</sup>. Es este otro principio que justifica la introducción al sistema procesal penal ecuatoriano de las “salidas alternativas” al juicio oral acusatorio.

#### **PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN**

---

<sup>5</sup> DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. Vigésima Segunda Edición Virtual. [www.rae.es](http://www.rae.es)

La Constitución del Ecuador (2008) en su artículo 195 establece: **“La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.”** Del texto se pueden deducir varios aspectos de importancia para nuestro trabajo. Por una parte es válido notar que la ley suprema hace hincapié en el interés público y los derechos de las víctimas, que son aspectos sobre los que se funda el principio de oportunidad del que habla el mismo articulado. Por otra parte, el texto exige que sólo si la Fiscalía hallare mérito deberá acusar, es decir, la ley suprema, a contrario sensu, deja abierta la posibilidad de que si a criterio de la Fiscalía no hay mérito para continuar con el proceso, debe dejar de continuarlo, momento en que entra en funcionamiento el principio de oportunidad y procede la mínima intervención.

El Dr. Alfonso Zambrano Pasquel<sup>6</sup> nos ilustra al respecto: **“El Derecho Penal es un derecho de mínimos, que debe intervenir allí donde no haya más remedio, cuando la ausencia de alternativas sancionadoras más eficaces se revele como la única respuesta posible frente a conductas reprobables que afecten a los bienes jurídicos más preciados.**

**El principio de mínima intervención penal conocido también como de “última ratio” o poder mínimo del Estado, postula la necesidad de restringir al máximo la intervención de la ley penal (...). La “última ratio”, establece incluso que si la protección del conjunto de la sociedad puede producirse con medios menos lesivos que los del Derecho Penal, habrá que prescindir de la tutela penal y utilizar el medio que con igual efectividad, sea menos grave y contundente.**

**De esta manera, el Derecho Penal sería utilizado como último recurso, exclusivamente para cuando se trate de bienes jurídicos que no puedan ser protegidos mediante el Derecho Civil o el Derecho Administrativo.**

**Aunque el principio de “última ratio” constituye un límite esencial al poder punitivo del Estado, las dificultades se presentan cuando deben fijarse criterios de contenido material, precisamente porque una de las**

---

<sup>6</sup> ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso (2009), Estudio Introductorio a las Reformas al Código de Procedimiento Penal, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, primera Edición. pp. 16 y ss.

**particularidades del Derecho Penal moderno es de “prima ratio”, por lo que es necesario precisar las situaciones en las que debe actuar el Derecho Penal.**

**(...) este principio no consiste solamente en decir “el legislador debe criminalizar solamente algunos comportamientos”, sino que significa que cada vez que haya algún conflicto, el legislador, el juez, el fiscal, el abogado, el policía, etc, deben buscar otra forma de resolver el conflicto, por ejemplo que el juez pueda tener otro tipo de proceso, que pueda aceptar la mediación, la composición entre las partes, reparación, entre otros, de manera que sólo se aplique la pena de prisión si no hay otro medio posible.**

**El Derecho Penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino sólo en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos (Carlos Blanco Lozano) (...) supone aceptar un cierto nivel de conflictividad sin una consecuente reacción de las instancias de control jurídico- penal, pese a no haber dudas sobre la lesividad del comportamiento (...) Ello se asume a cambio de los beneficios en libertad individual obtenidos, los posibles errores en las decisiones penalizadoras que se puedan y la potenciación de una sociedad dinámica abierta a la eventual modificación de ciertas perspectivas (José Luis Diez Ripollés)**

**En Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, actuando como ponente don José Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, del 08 de Enero del año 2004, al referirse a las características de este principio, expresa: “El principio de intervención mínima, forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:**

- a) El ser un derecho fragmentario, en cuanto no se protegen todos los bienes jurídicos, sino tan solo aquellos que son más importantes para la convicción social, limitándose además esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.**
- b) El ser un derecho subsidiario que, como “última ratio”, ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.”**

Queda claro entonces que el principio de mínima intervención penal es pilar fundamental con reconocimiento constitucional que sostiene y justifica

las salidas alternativas al juicio oral acusatorio, considerando que la finalidad del juicio penal es la imposición de una pena, existiendo, en las salidas alternativas, otros medios menos gravosos para corregir la conducta antisocial y antijurídica del infractor.

## **PRINCIPIO DE OFICIALIDAD**

El principio de oficialidad según Claus Roxin<sup>7</sup> es cuando **“El Estado no tiene únicamente la pretensión penal material, sino también el derecho y la obligación de perseguir penalmente. Él realiza su pretensión penal por sí mismo, es decir, sin consideración a la voluntad del ofendido; interviene de oficio en todos los hechos punibles. El ofendido puede presentarse como denunciante o puede ser testigo en el proceso; pero ni siquiera esto es necesario. De todos modos, él no tiene, en principio, ninguna influencia en cuanto a si se llevará a cabo un procedimiento penal. (...) La razón de esta regulación es el interés público en que los hechos punibles no queden sin persecución. Muchas veces los particulares no están dispuestos o no se hallan en la situación de ejercer la acción por sí mismos; sobre todo pueden estar dispuestos a prescindir de una denuncia penal por temor a la venganza o a algún otro inconveniente.”** Por su parte, el distinguido tratadista ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo<sup>8</sup> nos enseña al respecto lo siguiente: **“El artículo 10 (Código de Procedimiento Penal) (...) establece que el “proceso penal debe ser impulsado por el fiscal y el juez, sin perjuicio de gestión de parte”. Habiéndose reservado el Estado el poder de juzgar y penar a través de los órganos jurisdiccionales penales, faculta a los mismos para que, sin necesidad de estímulo particular alguno, practique todos los actos que considere necesarios para agotar la investigación objetiva y subjetiva, esto es, en relación con el delito, objeto del proceso, como en relación con los sujetos procesales, particularmente, en relación con el sujeto pasivo.**

**El principio de oficialidad sólo rige en los procesos que tienen por objetos delitos cuyo ejercicio de acción es público, pues en los que tienen por objeto delitos cuyo ejercicio de acción es privado, el impulso no es oficial, sino del particular que exhibe la pretensión punitiva y, por ende, la**

---

<sup>7</sup> ROXIN, Claus (2008), Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Editores del Puerto, 25 Edición, Tomo I, pp. 108

<sup>8</sup> ZAVALA BAQUERIZO, Jorge (2004), Tratado de Derecho Procesal Penal, Guayaquil, Edino, 1era. Edición, pp. 116 y ss.

**investigación de los hechos le corresponde al querellante, pues en estos procesos el fiscal no tiene intervención.**

**El ámbito de acción del principio de oficialidad no se limita a la infracción que es objeto del proceso sino que también se extiende a las infracciones conexas, por lo cual el juzgador tiene facultades para extender su investigación hacia hechos antijurídicos conexados con el que es objeto del proceso.**

**(...) El principio de oficialidad, pues, se ha desplazado del Juez Penal (CPP de 1983) al fiscal (CPP de 2001), quien actualmente tiene todos los poderes de investigación, que antes tenía el titular del órgano jurisdiccional penal.**

**Del principio de oficialidad también se genera el principio de la iniciación obligatoria del proceso penal en cuanto se tiene conocimiento de la comisión del delito cuyo ejercicio de acción es público. Este corolario del principio de oficialidad tenía su fiel cumplimiento en el CPP de 1983, el cual exigía al Juez que en cuanto hubiera llegado a su conocimiento la comisión de una infracción penal cuyo ejercicio de acción fuera público, debía iniciar el proceso penal. La obligatoriedad permitía al Estado ejercer el poder de penar sin tomar en consideración ninguna otra circunstancia que no fuera la comisión del delito.**

**La irretractibilidad del ejercicio procesal es un corolario del principio de oficialidad. Iniciado el proceso penal ni el fiscal, ni el juez, pueden retractarse y están obligados a proseguir el desarrollo del proceso hasta que llegue a su conclusión por alguna de las maneras previstas en la ley de procedimiento.**

**Es también corolario del principio de oficialidad el principio de improrrogabilidad de la competencia, pues siendo ésta uno de los presupuestos del debido proceso penal, una vez que el titular del órgano jurisdiccional penal ha asumido la competencia, no la pierde sino en los excepcionales casos previstos expresamente por la ley.**

**Otro corolario del principio de oficialidad es el llamado principio de indisponibilidad. Sólo la Constitución de la República y la ley son las únicas que organizan, dan vida y finalizan el proceso; ni el juez, ni los sujetos procesales, pueden disponer del mismo, en el sentido de limitar arbitrariamente los plazos, imponer condiciones extralegales para el ejercicio del derecho de defensa, o para la práctica de los medios de prueba. En consecuencia, ni el objeto del proceso, ni la pretensión punitiva exhibida en el mismo pueden quedar supeditados a la voluntad de las**

**partes procesales. Tanto el objeto del proceso, como la pretensión punitiva son indisponibles para las partes procesales, ni éstas pueden oponerse a que el juez, de acuerdo con las normas procesales, resuelva sobre el uno o sobre la otra. De lo dicho se concluye que el fiscal no puede abandonar o renunciar, expresa o tácitamente, la pretensión punitiva. Tampoco le está permitido al fiscal entrar en transacciones con el sujeto pasivo del proceso. Ni uno ni otro pueden disponer de las consecuencias procesales penales a su voluntad.”**

Por su parte Guerrero Vivanco<sup>9</sup> nos enseña que **“cuando estudiamos la acción penal observamos que ella pertenece siempre al campo del derecho público, ya que está en juego el interés general de la sociedad y no solo el interés de los particulares. Por lo mismo, cuando el Representante del Ministerio Público recibe la noticia de que se ha cometido un delito de acción pública de instancia oficial, inicia la instancia de indagación previa o directamente inicia la etapa de instrucción fiscal. Es decir, el fiscal reacciona de oficio, ex oficio, frente a la acción delictiva. Posteriormente, en base de la acusación del fiscal, el juez lleva adelante la etapa intermedia y dicta auto de llamamiento a juicio o sobreseimiento. En el primer caso, toma la posta el tribunal penal, que tiene a su cargo la etapa del juicio, sin necesidad de esperar el impulso de las partes<sup>10</sup>.”**

De otro lado opina Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre<sup>11</sup> que **“desde el momento en que la violencia punitiva se convierte en Derecho, es decir, como dice WEBER, a partir de que las agencias burocráticas ejercen en exclusiva el poder criminalizador, es que se reconoce la atribución en exclusiva del Estado de perseguir y sancionar el delito. La conflictividad**

---

<sup>9</sup> GUERRERO VIVANCO, Walter (2004), Derecho Procesal Penal, Jurisdicción y Competencia, Tomo I, Quito, Pudeleco Editores, primera edición, pp. 140

<sup>10</sup> “El Principio de persecución del delito es función del Estado, y por consiguiente, que es derecho y deber de sus órganos, es un principio que se ha logrado a través de un lento proceso, por suplantación del pensamiento jurídico y del derecho de autodefensa de los particulares en que se funda. Con la concepción moderna del Estado y como compensación de la eliminación de la faida, en las postrimerías de la época moderna la evolución del derecho de persecución y del derecho de arresto, es seguida por la evolución que experimenta la manera de concebir el deber político jurídico del Estado de garantizar la justicia. El mayor significado de la evolución del derecho inquisitivo consiste en que la lucha contra el delito ha sido reconocida como función del Estado y que en la conciencia jurídica se ha arraigado el principio de la persecución pública y oficial del delito.”

<sup>11</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2008), Manual de Derecho Procesal Penal, Lima, Editorial Rodhas, segunda edición, pp. 41

*social producida por el delito, implica un interés que trasciende la esfera privada de la víctima, la comisión de un delito produce una alarma justificada a los miembros de una sociedad, lo que desemboca un interés social en la persecución y en la efectiva imposición del castigo a la persona delincuente, pues es de recibo que la persecución penal se efectiviza aún en contra de la voluntad de la víctima. Los bienes jurídicos que resultan vulnerados o puestos en peligro, como consecuencia de los efectos nocivos de la conducta criminal, parten evidentemente de un sustrato social, pues de no ser así, la persecución y sanción del delito, estarían confiadas a los particulares. Como consecuencia de esta decisión política afirma MAIER, el Estado debió crear órganos competentes para la persecución penal ex officio. Entonces, de la aparición de un Estado constituido por varios poderes, nace el interés público en la prevención y sanción del delito. Por lo tanto, la sanción se transforma en una pena estatal a cuya imposición le siguió un procedimiento estatal de persecución penal.*

*La activación de la persecución penal deriva de una función de derecho público, en ese sentido MANZINI, al afirmar que la función penal tiene índole eminentemente pública, la pretensión punitiva del Estado derivada de un delito de hacerla valer en un órgano público, el cual debe accionar por propia iniciativa, sin necesidad de excitación exterior alguna para el cumplimiento de su deber funcional.*

*(...) La necesidad de velar por el interés público se halla fundada como escribe VÉLIZ MARICONDE, de que el delito implica un ataque a bienes sociales o públicos, la represión del delincuente constituye una necesidad vital, un fin esencial y una función exclusiva del Estado, de modo que éste, en virtud del ordenamiento jurídico que tutela esos bienes, resulta de una potestad (deber- poder) de reprimir al transgresor de la norma penal y no un mero derecho subjetivo. En tanto TIEDEMANN, el deber de intervención resulta tanto de la función del Derecho Penal de garantizar la protección de bienes jurídicos, como el fin del proceso penal de asegurar la paz jurídica y realizar el Derecho Penal. Es por ello que MAIER, asigna al Derecho Penal una de las funciones más importantes del legislador y del ordenamiento jurídico sólo a través del proceso penal puede garantizarse la realización efectiva de la norma penal y con ello garantiza la eficacia preventiva de la norma jurídico- penal plasmada en la sanción punitiva, pues todos los ciudadanos como potenciales agentes infractores, sabrán que los hechos punibles deben ser promovidos por la instancia requiriente de forma obligatoria.*



**Con todo, el principio de oficialidad garantiza la persecución penal de los hechos punibles, pues es un interés público que los delitos sean perseguidos, juzgados y sentenciados, y esta esencial labor la ejerce en exclusiva el órgano acusador, el que no puede ser conmovido a fin de prevalecer intereses exclusivamente privados (...)**

## **PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

**Un poco de historia...**

**El Dr. Jorge Zavala Baquerizo<sup>12</sup> dice al respecto: “...la opinión general de los estudiosos del principio de legalidad es que no podía haber tenido su origen en el Derecho Romano. Así lo expresa de manera categórica Luis C. Cabral cuando dice: que en Roma existió un sistema penal, en cuya virtud organismos competentes designados al efecto, y observando en ciertos casos determinados procedimientos aplicaron sanciones de carácter público a los responsables de aquellos actos que se consideraban lesivos al orden fundamental de la comunidad es una verdad histórica. Inferir, en cambio, a impulsos de la conciencia jurídica moderna que el principio nullum crimen, nulla poena sine lege rigió allí y entonces, como axioma del sistema romano es una afirmación apresurada que no halla confirmación en los hechos.” Contrario al pensamiento de Cabral es el de José María Stampa Braun, quien piensa que si bien esa aseveración es aceptable para la época de la República, no es posible hacerla, sin violentar la verdad histórica, en el periodo imperial, particularmente en la época de Justiniano, cuando, el decir del autor antes citado, el principio que estudiamos tuvo su “implícito reconocimiento”.**

**La opinión de Jiménez de Asúa es también adversa a considerar que en el Derecho Romano se debe encontrar la fuente del principio de legalidad y con este motivo critica al autor norteamericano Jerome Hall por mantener la tesis del origen romano del nullum crimen, aunque “vago y accidentado”. El Derecho Canónico tampoco puede ser considerado como un antecedente del principio de legalidad tomando en cuenta los intereses y fines de la Iglesia. Si se examina el canon 2222 y 1, y el artículo 25 de la ley sobre fuentes de Derecho del Estado del Vaticano se llegará a la conclusión que el principio en estudio no tenía, ni tiene, posibilidad de regir en el Derecho Canónico.**

---

<sup>12</sup> ZAVALA BAQUERIZO, Jorge (2002), El Debido Proceso Penal, Quito, Edino, pp. 77 y ss.

**Es opinión generalizada dentro de los juristas que han rastreado el origen histórico del principio de legalidad que éste tuvo su antecedente en la Magna Charta Libertatum promulgada el 15 de junio de 1215 en Inglaterra por Juan sin Tierra, en cuyo artículo 39 creen los estudiosos encontrar un esbozo del indicado principio. El citado artículo dice: "Ningún hombre libre será detenido, preso o proscrito, o muerto en forma alguna; ni podrá ser condenado, ni podrá ser condenado, ni podrá ser sometido a prisión si no es por el juicio de sus iguales o la ley del país". Nosotros nos adherimos al pensamiento de que la citada disposición se puede encontrar el origen del principio de legalidad, dejando a salvo el hecho de que el pensamiento con que fue redactada la Carta Magna, las razones por las cuales fue aprobada y el medio social en que debía regir tenían relación más con la conservación de los privilegios de los barones y alta clase aristocrática que la idea jamás concebida de defender los derechos de todo el pueblo. Sin embargo, no se puede desconocer que de esa semilla se desarrolló el principio que luego, con el pasar de los años, rige con toda fuerza hoy en las sociedades modernas.**

**(...) indudablemente que el principio de legalidad estructuró su forma actual a través del pensamiento de Beccaria y de Feuerbach, quienes de manera precisa demandaron el imperio de la ley penal escrita previa a cualquier juzgamiento.**

**(...) La Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de Junio de 1776, es una de las manifestaciones legales que reconocieron expresamente el principio de legalidad constante en la Declaración VIII, la que dice: "Que en todo proceso criminal, inclusive aquellos en que se pide la pena capital, el acusado tiene derecho a saber la causa y la naturaleza de la acusación, a ser careado con sus acusadores y testigos, a pedir pruebas a su favor y a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no podrá considerársele culpable, tampoco puede obligársele a testificar contra sí mismo, que nadie sea privado de su libertad, salvo mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales." Pero en forma expresa y terminante la Constitución de Maryland del 11 de Noviembre de 1776, proclamó el principio de legalidad en el artículo 15, que dice: "Las leyes retroactivas, que declaran criminales y castigan actos cometidos antes de la existencia de dichas leyes, son injustas e incompatibles con la libertad. En lo sucesivo no deberán dictarse leyes ex post facto."**

**Anselmo Von Feuerbach, autor del Código Penal de Baviera de 1813, desarrolló el fundamento científico del principio de legalidad. Afirmó el**

**insigne autor alemán que el motivo que impulsa a los hombres a la comisión del delito son sus “pasiones y apetitos” y que, por ende, era necesario que el hombre conociera que, en caso de ejecutarse el delito, a este acto contrario al derecho le seguiría un mal que, siempre, sería coaccionado por parte del Estado a fin de prevenir la comisión de los delitos, que es uno de los fines del Estado. No se puede dudar de la eficacia de la presión física, decía, pero esa presión no es suficiente cuando se trata de prevenir los delitos. La presión física es correcta cuando ya el delito se ha cometido, peor lo que interesa al Estado es que el hombre no llegue a esa comisión del delito y que, con la amenaza, tiende a evitar que el hombre violente el derecho. Pero para que el hombre sea coaccionado es necesario que conozca la pena y que sepa que esa pena le va a ser impuesta porque es la voluntad del Estado que aquel que viole el derecho deber ser sancionado con una pena. Para ese fin la pena no sólo debe ser conocida por el hombre sino que debe ser establecida en la ley.**

**Jiménez de Asúa transcribe las palabras de Feuerbach, quien dice: “Toda pena jurídica en el Estado es la consecuencia jurídica de una ley fundada en la necesidad de conservación del derecho exterior y que amenaza la lesión jurídica de un mal sensible.”**

En el mismo sentido anterior, se expresa Gustavo Labaut Glena<sup>13</sup> cuando dice: “...principio cuyo origen legislativo se encuentra en el Digesto; que en Inglaterra recoge la Carta Magna (1215), aunque con fines distintos, pues con su dictación se procura salvaguardar los derechos de determinadas clases sociales contra la arbitrariedad real, no contra la judicial, que continúa imperando; que en el campo doctrinal es defendido por insignes juristas, como el italiano Farinacio (1544 – 1616); que los patriotas norteamericanos inscriben en sus constituciones estatales (Filadelfia en 1774, y Virginia y Maryland en 1776) y en la Federal 1787, y que, finalmente, adquiere universalidad con la Revolución Francesa, al ser incorporado en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano como reacción en contra de la arbitrariedad judicial y los abusos del poder. Últimamente, reitera el mismo principio el artículo 11 de la nueva Declaración de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948.

---

<sup>13</sup> LABAUT GLENA, Gustavo (1979), Derecho Penal, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Novena Edición Actualizada, pp. 57 y 58.

**El temor a la arbitrariedad en el derecho penal se justifica por ser el ius puniendi la más delicada de las funciones de justicia, como que compromete los derechos fundamentales de la personalidad: la libertad, el honor y la vida de las personas.**

**El principio de reserva, que representa la protección más efectiva de los derechos humanos y un freno a las extralimitaciones del poder público, tiene fundamento político y por su trascendencia ha sido elevado al rango de garantía constitucional.”**

El principio de legalidad penal, usualmente expresado bajo la fórmula latina, tantas veces citada “**nullum crimen, nulla poena sine lege**”<sup>14</sup>, supone, según el pensamiento de Beccaria (1738-1794), que: “... **sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad**”<sup>15</sup>. Como es notorio, dicho principio fue proclamado por el art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a cuyo tenor “**nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada**”, y constituye “**un postulado fundamental del Derecho penal moderno**”<sup>16</sup>.

El principio de legalidad penal impone, como observan destacados penalistas, una cuádruple exigencia a la norma jurídica incriminadora, requiriendo que se trate de una “**lex praevia, scripta, stricta et certa**”<sup>17</sup>.

Para Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre<sup>18</sup> “**fue la conquista más preciada de la ilustración y del iluminismo, y sigue siendo el baluarte más significativo del**

---

<sup>14</sup> El origen de dicha fórmula se sitúa, generalmente, en la obra del jurista alemán P. J. A. von Feuerbach (1775-1833). V. FEUERBACH, A., *Tratado de Derecho Penal*, traducción de E. R. Zaffaroni e I. Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 63.

<sup>15</sup> BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, 3ª ed., traducción de J. A. de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pp. 29-31

<sup>16</sup> QUINTERO OLIVARES, G. (con la colaboración de F. Morales Prats y J. M. Prats Canut), *Manual de Derecho Penal – Parte General*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 68.

<sup>17</sup> V. HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 313 y 314; ROXIN, C., *Derecho Penal – Parte General I*, traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 137-139.

**Estado de Derecho, como argumento programático de una nueva filosofía política que germinó en su seno al Derecho Penal Liberal que dio entrada a esta nueva propuesta y como corolario al derrocamiento del Ancien Régimen. El principio de legalidad en palabras de UEQUIZO OLAECHEA, es un medio racional de lograr seguridad jurídica que evita que el sistema punitivo se desborde creando formas e instrumentos coercitivos que no expresan necesidades finales de los procesos de organización de la persona, la sociedad o el Estado.**

**El principio de legalidad significó poner un muro de contención ante una pretendida expansión punitivista del Estado, de imponer marcos normativos delimitativos de los poderes criminalizadores detentados por las agencias estatales, como un valladar inoponible a los derechos y libertades ciudadanas. En palabras de PEÑA CABRERA, el principio de legalidad es el resultado de una importante conquista ideológica del liberalismo político (siglos XVIII y XIX) y su consolidación como Estado Democrático de Derecho, de un Estado Liberal que tiene a la ley como una panacea de garantías que se fundamenta en el tratamiento que el ser humano debe recibir en virtud de su ontologismo. Es el proceso normativo de carácter institucional que convierte el poder punitivo en Derecho, a través de reglas positivizadas dirigidas a controlar, a legitimar y a controlar el ius puniendi estatal. Para VAZQUEZ ROSSI, el individuo en un régimen regido por el Estado de Derecho, sabe cuál es la zona de prohibición penal, cuáles son las conductas calificadas como delitos y merecedoras de pena. El Derecho Penal en el marco del Estado de Derecho es una garantía de libertad, donde los ciudadanos únicamente pueden ser tratados según los contornos definidos por la ley, “aquello que no está prohibido, está permitido”.**

**El principio de legalidad como anota CAFFERATA NORES, implica la automática e inevitable reacción del Estado, a través de los órganos predispuestos que frente a la hipótesis de la comisión de un delito se presenta ante la jurisdicción reclamando la investigación, el juzgamiento y el castigo; aquel opera plenamente en los llamados delitos promovidos por acción pública, en los cuales la investigación y consiguiente promoción de la acción penal deviene en obligatoria para el representante del Ministerio Público. De esta forma se garantiza la persecución de los delitos como interés público, pues de este modo se controla que el funcionario, que en un**

---

<sup>18</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2008), Manual de Derecho Procesal Penal, Lima, Editorial Rodhas, segunda edición, pp. 43

***régimen de monopolio ejercita la acción penal, cumpla con este deber de carácter indisponible. De allí como apunta VÉLEZ MARICONDE, una vez promovida la persecución penal, ella no pueda suspender, interrumpir o hacer cesar, sino por el modo y la forma previstos en la ley procesal (irretractibilidad).***

***Según el orden jurídico – constitucional vigente<sup>19</sup>, El Derecho penal se vincula directamente al principio de legalidad, es decir, la violencia punitiva sólo es legítima democráticamente, cuando al incriminación y la sanción punitiva se habían determinado con anterioridad a la comisión del injusto, como garantía político criminal de primer relieve en el Estado de Derecho. La consecuencia fundamental de esta argumentación es la prohibición de dotar a la ley penal de efectos retroactivos (principio de irretroactividad), y la exigencia de que las prohibiciones penales se establezcan con la máxima precisión (principio de determinación)<sup>20</sup>. El principio de legalidad garantiza, entre otras cosas la defensibilidad del ciudadano frente al Estado y los poderes públicos<sup>21</sup>. Por consiguiente, el principio de legalidad material se constituye en un receptáculo de garantías para el ciudadano, a fin de afianzar las libertades públicas ante los poderes públicos, en otras palabras: garantizar la previsibilidad de la actuación estatal. Sin duda, el Estado de Derecho es el Estado de derecho racional, esto es, el Estado que realiza los principios de la razón en y para la vida común de los hombres, tal y como estaban formulados en la tradición de la teoría del derecho racional<sup>22</sup>.***

***(...) El Proceso Penal se instituye como el único medio legítimo por el cual la ley penal puede realizarse y cobrar concreción en la persona del culpable. De ahí que deba precisarse que el ius puniendi es una función monopólica del Estado que la ejerce a través de los órganos que administran justicia penal en nuestro país, quienes la ejecutan y aplican en nombre de la soberanía popular. De hecho, entonces, el Derecho Penal y el Derecho***

---

<sup>19</sup> Constitución de la República del Ecuador (2008) artículo 76 #3

<sup>20</sup> ARROYO ZAPATERO, Luis (1983), Principio de Legalidad y Reserva de la Ley en Materia Penal, Revista Española de Derecho Constitucional. Año 3, Núm. 8. Centro de Estudios Constitucionales. Mayo – Agosto 1983, cit., p. 14.

<sup>21</sup> RUIZ VADILLO, Enrique (2000), Principios de Legalidad, Proporcionalidad, etc. Editorial Osezn, Madrid, cit., p. 9

<sup>22</sup> WOLFGANG BOCKENFORDE, Ernst (2000), Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia, Editorial Trotta, Madrid. Pp. 19

**Procesal Penal son esencialmente de naturaleza pública, por lo tanto es un deber indelegable, intransferible e irrenunciable. De ello se colige la aparición en el ámbito procesal penal, de los principios de oficialidad, de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal y el acusatorio, principio este último que en la actualidad se ha convertido en la piedra angular del proceso de reforma procesal...**

**Si bien hemos señalado que la promoción de la acción penal es obligatoria por el representante del Ministerio Público, es decir, aquella es indisponible en virtud de los intereses públicos que representa, desde hace ya varias décadas, ante el crecimiento inconmensurable de la pequeña y mediana criminalidad se buscan nuevas estrategias punitivas enmarcadas en consideraciones eminentemente político-criminales que finjan de criterios descriminalizadores y es así que surge el denominado principio de oportunidad que se tratará más adelante.**

**Como señala GIMENO SENDRA, un sistema procesal está regido por el principio de legalidad cuando el proceso penal necesariamente ha de iniciarse ante la sospecha de la comisión de cualquier delito, sin que el Ministerio Público esté autorizado a solicitar el sobreseimiento, ni el órgano jurisdiccional a otorgarlo, en tanto subsistan los presupuestos materiales que lo han provocado y se haya descubierto al presunto autor. MANZINI, de acuerdo con un sistema procesal regido estrictamente por el principio de legalidad señala que la pretensión punitiva del Estado, derivada de un delito, debe hacerse valer por el órgano público al efecto, siempre que concurren en concreto las condiciones de ley, en cumplimiento de un deber funcional. Absoluto e inderogable, que excluye toda consideración de oportunidad. A la inversa, los criterios de oportunidad implican conferir al representante del Ministerio Público, amplios poderes discrecionales en cuanto a la selección de aquellos hechos punibles que son susceptibles de sustraer de la justicia penal, en razón de consideraciones materiales del delito y personales del autor, el contenido injusto y el grado de reproche de culpabilista se enmarcan dentro de los márgenes aplicativos contenidos en la normatividad que informa su actuación. Sin embargo, las facultades discrecionales conferidas al agente fiscal no son desbordantes, pues sus límites aplicativos son objeto de constricción por la propia norma que le concede dichas facultades funcionales.**

**(...) La doctrina es unánime al concordar que la vigencia estricta del principio de legalidad se cohesiona con las teorías absolutas de la pena, con una perspectiva retribucionista, de pretender aplicar la pena a todos los hechos punibles sin excepción, donde la imposición de una pena posee la**

**aptitud de transmitir efectos disuasorios-intimidatorios al colectivo por medio de la sanción ejemplificadora. En ese sentido se pronuncia MAIER, al señalar que desde el punto de vista especulativo, la vigencia del principio de legalidad, se deriva de la idea de la pena como expiación o retribución del crimen, esto es, de las teorías absolutas de la pena estatal, que legitiman el castigo sólo como mal inferido a quien ha obrado mal (retribución) y lo prescribían como de aplicación necesaria en los casos concretos. Este hegelianismo únicamente significaba sumar un mal al mal ya cometido, por lo tanto, es absurdo pensar que la aflicción que produce la sanción punitiva al penado elimina o estabiliza la alarma social producida por el delito, entre ambas confluye un antagonismo, más bien el Estado se constituye en un ente meramente vindicativo sin proporcionar respuestas de enmienda y de prevención, tanto al autor como a la Sociedad.”**

Por su parte, el Tratadista Alfredo Etcheberry<sup>23</sup> dice: **“El hecho de que la ley sea la única fuente de derecho penal se conoce generalmente con el nombre de “principio de la reserva o legalidad”, y constituye la piedra angular de todo sistema jurídico-penal. Sin embargo debe advertirse que el principio en cuestión tiene un alcance más amplio que el de reservar a la ley el monopolio de creación del derecho penal. En efecto, el principio de la reserva, entendido como garantía constitucional<sup>24</sup> propia de los regímenes democráticos y liberales, tiene en realidad un triple alcance:**

- 1. Solamente la ley puede crear delitos y establecer penas (principio de legalidad en sentido estricto);**
- 2. La ley penal no puede crear delitos y penas con posterioridad a los hechos incriminados y sancionar éstos en virtud de dichas disposiciones (principio de irretroactividad);**
- 3. La ley penal, al crear delitos y penas, debe referirse directamente a los hechos que constituyen aquéllos y a la naturaleza y límites de éstas (principio de tipicidad).**

**(...) Es de fundamental importancia el hecho de que el principio de la reserva tenga, en materia de penalidad, el carácter de precepto constitucional. La simple consagración legislativa sería insuficiente ante la**

---

<sup>23</sup> ETCHEBERRY, Alfredo (1976), Derecho Penal, Santiago de Chile, Editora Nacional Gabriela Mistral, Segunda Edición actualizada, Tomo I, pp.47 y ss

<sup>24</sup> Artículo 76 número 3 de la Constitución del Ecuador (2008)



**posibilidad de que leyes posteriores modificaran el principio o lo derogaran, en forma total o parcial, expresa o tácita.**

**(...) Corresponde a FEUERBACH el acierto de haber enunciado el principio en una fórmula latina que se ha hecho célebre: NULLUM CRIMEN SINE LEGE, NULLA POENA SINE LEGE (no hay delito sin ley; no hay pena sin ley).**

Por otro lado, Claus Roxin<sup>25</sup> **“...El principio de legalidad enuncia, por un lado, que la fiscalía debe realizar investigaciones cuando existe la sospecha de que se ha cometido un hecho punible y, por otra parte, que está obligada a formular la acusación cuando después de las investigaciones sigue existiendo esa sospecha vehemente. Su antítesis teórica está constituida por el principio de oportunidad, que autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible.**

**El principio de legalidad ha sido impuesto, (...) para alcanzar la seguridad de que la fiscalía, como parte del ejecutivo, subordinada al monarca y, por ello, observa con desconfianza, perseguiría cada hecho punible sin consideración a la persona. Responde a la idea de retribución, entonces completamente dominante, según la cual el Estado, para la realización de la justicia absoluta, tiene que castigar sin excepción toda violación de la ley penal. Con la sustitución de esta teoría absoluta de la pena por justificaciones preventivo-generales y especiales, que vinculan el castigo a una necesidad social y a su conveniencia, el principio de legalidad ha perdido, en parte, su base teórica primitiva. No obstante, en la actualidad no ha sido dejado de lado; pues la democracia, el Estado de Derecho, el principio de certeza y también el principio de igualdad exigen que el legislador determine por sí mismo, de un modo general, los presupuestos de la sanción del Derecho Penal y que no deje a cargo de las autoridades de la persecución penal la decisión de quién debe ser castigado en el caso concreto. Las excepciones al principio de de legalidad resultan del principio constitucional de proporcionalidad, esto es, de la idea de que en el caso particular se puede renunciar a la aplicación del castigo cuando los motivos de prevención no lo exigen.”**

## **PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

---

<sup>25</sup> ROXIN, Claus (2008), Derecho Procesal Penal, Tomo I, Buenos Aires, 25ª. Edición, Editores del Puerto, pp. 115 y ss. edino

Una vez que hemos realizado un recorrido por la doctrina especializada de varios de los principios procesales relacionados con el tema principal de este trabajo, entremos en materia y pasemos a tratar el mismo.

El Principio de Oportunidad es, por definición, la facultad que la Ley otorga al Ministerio Público, con consentimiento expreso del imputado, de poder abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los supuestos previstos en la Ley, en contraposición al tradicional principio de legalidad procesal que obliga al Fiscal a interponer la acción penal cuando exista el delito.

Esta nueva figura es, sin lugar a dudas, la punta de lanza de un verdadero proceso de reforma de la administración de justicia. En efecto, no se exagera cuando se afirma que la definitiva instalación de este criterio de justicia y de simplificación procesal en el ordenamiento y práctica cotidiana de los Fiscales, cuyo antecedente más idóneo se encuentra en el instituto de la conciliación, permitirá no sólo llegar sin proceso a los destinatarios del derecho penal, sino evitar y erradicar la saturada carga procesal y penitenciaria, posibilitando con ello una mejor calidad de justicia para todos, especialmente para la víctima, tan venida a menos en el proceso penal. No obstante, quizás sea su mejor virtud la que provoque su mayor oposición, pues una de las mayores críticas al Principio de Oportunidad es producto del temor de quienes conceptúan que las decisiones finales deben salir del proceso y estar éstas siempre en manos de los jueces.

Pues bien, conceptúo que no es del todo exacto dicho extremo, y ello en razón a diversos factores, uno de los más importantes sería el que el instituto de la conciliación, que sirve de base al derecho moderno, no ha sido objeto de un tratamiento académico ni en las universidades ni en la capacitación de jueces y/o fiscales; asimismo, no se ha promocionado dentro de los operadores jurídicos en general la validez de este procedimiento, el que ha sido visto con mucho temor por los Fiscales en razón que media un acuerdo.

## **1. RECONOCIMIENTO DEL PROBLEMA**

### ***“ Fracaso de la Administración de justicia ”***

El sistema formal de administración de justicia en nuestro país ha devenido en una crisis, debido entre otras cosas a la carencia de recursos humanos calificados y recursos materiales apropiados. Ha contribuido también la desconfianza y presión ciudadana ávida de justicia, dado que tal como está concebido el sistema actual no permite que el derecho penal llegue a sus destinatarios, dejando en estado de indefensión a las víctimas.

### **“ Sobrecarga o Congestión Procesal”**

Se verifica con la existencia de una voluminosa carga procesal que sobrellevan tanto las Fiscalías como los Juzgados, la misma que hace que los plazos procesales no se cumplan a cabalidad.

### **“ Sobrecarga o Congestión Penitenciaria”**

Se verificó en el hacinamiento y saturación en que se encontraban los Centros Penitenciarios, dado que la mayoría de internos estaban presos por delitos de poco impacto social, máxime aún cuando de las estadísticas actuales fluye que la mayor parte de las personas que sufren carcelería todavía no han sido sentenciadas, encontrándose sus procesos en trámite.

Base Legal:

El artículo 195 de la Constitución del Ecuador dice: **“La Fiscalía dirigirá de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad...”**

Por su parte el Código de Procedimiento Penal Reformado en su artículo 39.3 dice: **“El fiscal en razón de una eficiente utilización de los recursos disponibles para la investigación penal y de los derechos de las partes, podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada...”**

### **Antecedentes.-**

Hablar de antecedentes del Principio de Oportunidad implicaría, de alguna manera, recordar momentos históricos en los que el sistema jurídico no respondía a las necesidades que el Estado tenía en cuanto al control punitivo, eficaz y oportuno. Es así que en tales circunstancias debía asumirse diversos criterios de simplificación que permitieran corregir los excesos disfuncionales del sistema legal preponderante, permitiendo con ello no sólo dar eficacia al sistema, sino, llegar oportunamente al destinatario del mismo. En tal sentido, históricamente y en el ámbito penal encontramos que los criterios utilizados han sido en su generalidad de carácter represivo, ya sea cuando se resumía el proceso a la sola confesión del imputado o cuando bastaba un elemento subjetivo adicional a la imputación para efectos de, sin más, culminar el proceso. Los ejemplos históricos, en ese sentido, salen

sobrando, baste recordar que la tortura era el instrumento de simplificación procesal por excelencia en la época de la Inquisición.

Conforme pasaba el tiempo y las sociedades progresaban comenzaron a instalarse y perfeccionarse las diversas garantías y derechos en la administración de justicia, esto provocó la formación de sistemas procesales que permitieron dar cabida a los mismos, sin embargo y de manera paralela, la densidad poblacional, la pérdida de valores y el incremento de necesidades de consumo provocaron el aumento de la criminalidad y con ello sobrecargaron y congestionaron el desenvolvimiento del sistema, de tal forma que fueron apareciendo nuevamente criterios de oportunidad, empero, esta vez basados no en aspectos represivos, sino, en el instituto de la conciliación.

Se decidió entonces que una serie de infracciones penales de ámbito leve, fueran a parar a manos de unas autoridades llamadas el Justicia, el Amable Componedor o Jueces de Paz, que tenían como propósito llegar a acuerdos y transacciones entre las partes, concluyendo de dicha manera las infracciones criminales menores. Por ello, en nuestro concepto, si hay un antecedente adecuado al Principio de Oportunidad, tal y como lo entendemos hoy en día, esto es, un mecanismo de simplificación y corrección que pretende una mejor justicia, sería, sin duda alguna, el Principio de Conciliación.

### **Legislación Comparada**

El Sistema Norteamericano que tiene como instrumento de simplificación el Plea Bargaining, que es un mecanismo institucionalizado por el cual se evita un juicio prolongado o una condena mayor, por acuerdo entre las partes en la causa penal. El Plea Bargaining consiste en el acto por el cual el imputado se declara culpable y conforme con los cargos que le formulen, renunciando al derecho de que su causa sea vista en un juicio con las garantías del debido proceso en el que se le pueda declarar la absolución. En este supuesto se tiene que el Principio de Legalidad deja paso al Principio de oportunidad.

La declaración de culpabilidad puede darse en tres supuestos:

1. Voluntaria: En caso que se evidencia la culpabilidad.
2. Inducida: Cuando se declara culpable y confiesa para obtener reducción de pena.

3. Negociada: Es el acuerdo con el Fiscal, el mismo que puede darse para efectos que el Fiscal sólo denuncie delitos menos graves, o proceda dejando de lado algunos u omita las circunstancias agravantes y exponga las atenuantes.

Otros países también han adoptado con éxito parecidos mecanismos de simplificación y corrección procesal, así tenemos que Inglaterra tiene el "Guilty Plea", en España a una figura similar se la denomina "La Conformidad del Imputado"<sup>26</sup>, en Italia se le conoce como el "Patteggiamento" llamado Modelo de Partes, pero sin lugar a dudas el que ha servido de base a las anteriores ha sido el modelo alemán de oportunidad<sup>27</sup>. Los anteriores han servido de inspiración no sólo para nuestro Principio de Oportunidad, sino, para las otras formas de simplificación procesal.

### **Principio de Oportunidad - Concepto**

El Principio de Oportunidad es un postulado rector que se contrapone excepcionalmente al Principio de Legalidad Procesal, corrigiendo su exceso disfuncional, con el objeto de conseguir una mejor calidad de justicia, facultando al Fiscal, Titular de la Acción Penal, decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a la actividad jurisdiccional penal, independientemente de estar ante un hecho delictuoso con autor determinado, concluyéndola por acto distinto al de una sentencia y teniendo como sustento de su conclusión los criterios de falta de necesidad de la pena o falta de merecimiento de la misma, todo ello amparado en la necesidad de solucionar, en parte, el grave problema de la sobrecarga y congestión procesal y penitenciaria, y, asimismo, promover bajo formas novedosas y premisas propias del derecho conciliatorio que el derecho penal no sólo llegue a sus destinatarios, sino que sea con mayor justicia para la víctima.

### **Fundamentos y Justificación.-**

Los Fundamentos del principio de Oportunidad radican en:

1. Escasa Relevancia de la Infracción lo que distorsiona la condición de "última ratio" del Derecho Penal.

---

<sup>26</sup> Silvia Barona Vilar, "La Conformidad en el Proceso Penal", Ediciones Tirant lo Blanch, Valencia - España, 1994.

<sup>27</sup> Julio B. J. Maier, "La Investigación Penal Preparatoria del Ministerio Público", ediciones Lerner, Buenos Aires, 1975, pags. 96 y siguientes, Juan Luis Gómez Colomer, "El Proceso Penal Alemán" Edit. Bosch, Barcelona - España, 1985.

2. Evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad.
3. Atender a razones de economía y a la falta del interés público en la punición.
4. Prevención especial, ya que el imputado que se acoja a este Principio, se entiende que no volverá a incurrir en infracción penal, por esto quizá sea oportuno incidir en la obligatoriedad de la reinserción del delincuente como una forma de reparar el daño causado, sobretodo cuando el agraviado es el Estado.
5. Correctivo a la disfuncionalidad e ineficiencia del Sistema Penal, permitiendo que el derecho penal llegue a sus destinatarios y que se trate con mayor justicia a la víctima.
6. Evitar una doble pena para el causante del delito, puesto que la pena a imponérsela sólo acrecentaría el propio daño inferido.

Para la aplicación del Principio de Oportunidad son pertinentes los mismos considerandos y argumentos que los que se articulan para las medidas alternativas a la pena privativa de libertad.

El Principio de Oportunidad encuentra su justificación en:

1. La Crisis del Sistema judicial.
2. La Sobrecarga y Congestión Procesal.
3. La Sobrecarga y Congestión Penitenciaria.

En efecto, se justifica la aparición del Principio de Oportunidad en nuestro ordenamiento procesal jurídico en razón que existe la necesidad de solucionar problemas concretos de Crisis del Sistema Judicial, crisis que se manifiesta, con el hecho que el modelo procesal vigente está caduco y entorpece la justicia para la víctima. A ello hay que añadir la existencia de una saturación procesal que inunda el sistema y lo hace no sólo inoperativo, sino, deficiente; provocando ello, a su vez, una congestión penitenciaria, dado que, hasta hace poco tiempo, la mayoría de procesos con reos en cárcel se encontraban por delitos de mínimo impacto social y que incluso en altos porcentajes no habían sido sentenciados, se tenía entonces la necesidad de dar dispositivos que contribuyen a solucionar estos álgidos problemas. Por ello y para ello hace su aparición el Principio de Oportunidad, huelga decir que viene a ser un correctivo de la aplicación

irrestricada del principio de legalidad procesal y una punta de lanza del Instituto Conciliatorio.

### **Objeto y Finalidad.-**

El objeto del Principio de Oportunidad consiste en corregir la disfuncionalidad del Principio de Legalidad Procesal, postulando una mejor calidad de justicia, facultando al Fiscal, Titular de la Acción Penal, decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a la actividad jurisdiccional penal, independientemente de estar ante un hecho delictuoso con autor determinado, concluyéndola por acto distinto al de una sentencia y teniendo como sustento de su conclusión los criterios de falta de necesidad de la pena o falta de merecimiento de la misma.

La finalidad del Principio de Oportunidad consiste en la necesidad de solucionar, en parte, la crisis del sistema, de la que se deriva el grave problema de la sobrecarga y congestión procesal y penitenciaria, promoviendo con ello las nuevas tendencias del derecho conciliatorio frente al procesalismo, permitiendo así que el derecho penal no sólo llegue a su destinatario, sino, que sea con mayor justicia para la víctima.

### **Clases.-**

**a)** Principio de Oportunidad Rígido.- Es cuando dentro de la legislación se estipulan una serie de condicionamientos para su aplicación y además se articula expresamente los tipos penales que pueden ser materia de este Principio, de tal forma que la norma prescribe la forma, modo, circunstancias y tipo penal aplicable.

**b)** Principio de Oportunidad Flexible.- Es cuando dentro de la legislación se estipulan si bien condicionamientos para su aplicación, éstos son de carácter general y no coactan la deliberación y decisión de la autoridad encargada de aplicarla, además la norma prescriben no tipos penales aplicables, sino, supuestos de carácter interpretativo.

### **Formas de manifestación.-**

**a)** Principio de Oportunidad Extra Proceso.- Se verifica en la etapa Fiscal, requiriéndose un supuesto previsto en la Ley; documentación sustentatoria suficiente; causa probable de la imputación; consentimiento expreso del imputado; y en su caso, la reparación del daño causado que ha de estar sustentada en un acuerdo o disposición de la autoridad en este sentido.

**b) Principio de Oportunidad Intra Proceso.-** Se verifica en la etapa judicial, requiriéndose un supuesto previsto en la Ley; el Expediente penal con la realidad del delito y la vinculación del autor; la solicitud del imputado y/o el Dictamen del Fiscal proponiendo al Juez la aplicación del referido principio; y, en su caso, la reparación del daño causado que ha de estar sustentada en un acuerdo o disposición de la autoridad en ese sentido.

#### **Supuestos Previstos en la Ley.-**

Presencia de cualquiera de los presupuestos establecidos en la ley que se resumen en:

- 1).- Falta de Necesidad de Pena;
- 2).- Falta de Merecimiento de Pena.

La Fiscalía con consentimiento expreso del procesado, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

- 1.** El hecho constitutivo de presunto delito no comprometa gravemente el interés público, no implique vulneración a los intereses del Estado y tenga pena máxima de hasta cinco años de prisión; (Art. 39.3 numeral 1)
- 2.-** En aquellos delitos donde por sus circunstancias el infractor sufiere un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal o cuando tratándose de un delito culposo los únicos ofendidos fuesen su cónyuge o pareja y familiares comprendidos hasta el segundo grado de consanguinidad.

Como se ve, este supuesto trata del caso del agresor-víctima, esto es, el agente que ha sido afectado como consecuencia del delito que produjo. Esto es conocido en doctrina como pena natural. El delito cometido puede ser de carácter doloso o culposo, no especificándose a qué tipo de delitos está dirigido, no obstante ha de entenderse que se trata de aquellos delitos que no pueden ser considerados como graves, en todo caso habrá que atender a las circunstancias especiales que rodeen cada caso jurídico. No se requiere en este apartado la reparación del daño causado, siendo ello comprensible dado que el delito ha ocasionado en esta persona una afectación grave y directa. El fundamento de este supuesto se encuentra en que se intenta evitar una doble pena para el causante del delito, puesto que la pena a imponérsele sólo acrecentaría el propio daño inferido.

Cabe precisar que las consecuencias del delito para el autor del mismo deben ser especialmente relevantes, de tal manera que éstas deben



verificarse ya sea como daño corporal, esto es, con un grave daño a su salud o integridad física; o, de índole económico, es decir, con un evidente perjuicio a su patrimonio; o, también, de carácter psicológico o emocional, el que ha de manifestarse con un notorio sufrimiento y angustia.

#### **EJEMPLOS:**

1. El caso del ratero que por quitar la cartera de una transeúnte cae y se rompe la cabeza (daño corporal).
2. El caso de un accidente de tránsito en que el autor del evento produce lesiones leves en perjuicio de la otra parte, pero como consecuencia del choque mueren su esposa e hijos (daño psicológico o emocional).
3. El caso del sujeto que intentando estafar a su víctima invierte su patrimonio como señuelo, por un error de inversión pierde no el dinero que pretendía estafar, el que es recuperado, sino todo su patrimonio (daño económico).

#### **MINIMA GRAVEDAD DEL DELITO.-**

Cuando se tratare de delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público. En este supuesto nos encontramos con los casos de insignificante afectación al interés público o de escaso impacto social, son los llamados delitos de "bagatela". El delito cometido puede ser doloso o culposo, siempre y cuando la pena máxima no supere los cinco años, nos encontramos así ante una amplia cobertura de delitos. Es necesaria la reparación del daño ocasionado o la existencia de un acuerdo en este sentido. Se prohíbe la aplicación del Principio de Oportunidad para el caso del funcionario público en el ejercicio de su cargo. El fundamento principal de este supuesto radica en evitar mover todo el aparato jurisdiccional para procesar hechos delictuosos que no tienen mayor trascendencia social.

#### **MÍNIMA CULPABILIDAD DEL AGENTE.-**

Este supuesto requiere la existencia de una mínima culpabilidad del agente en la comisión del delito. Se trata de la leve participación del imputado en delito culposo o doloso. Es necesaria la reparación del daño ocasionado o la existencia de un acuerdo en este sentido. Se prohíbe la aplicación del Principio de Oportunidad para el caso del funcionario público en el ejercicio de su cargo. El fundamento principal de este supuesto radica, por un lado, en evitar los efectos criminógenos de las penas atendiendo la circunstancia

de participación en el ilícito y, por otra parte, es factor de prevención especial, ya que el imputado que se acoja a este principio se entiende que no volverá a incurrir en infracción penal.

#### **Condiciones para la Aplicación.-**

La doctrina informa que de existir condiciones para la aplicación del Principio de Oportunidad éstas deben circunscribirse a los delitos de poca o mediana gravedad, que no adolezcan de conmoción pública o digamos impacto social y sean pasibles, de ser el caso, de leve o mediana penalidad o sanción.

#### **Consentimiento Expreso del Imputado.-**

El imputado debe dar su conformidad expresa a la aplicación del Principio de Oportunidad, consentimiento que se hará constar de manera indubitable e incontrovertible en el Acta de Oportunidad levantada por y en sede Fiscal. Es propicio señalar que el consentimiento del imputado si bien presupone la aceptación de responsabilidad, ello no implica la declaración en ese sentido sobre la misma y mucho menos arrepentimiento alguno.

#### **Reparación del Daño Causado.-**

El Código Procesal Penal no establece la necesidad de haberse reparado el daño causado o existir un acuerdo entre las partes en tal sentido, sino por el contrario, simplemente no excluye el derecho de la víctima de reclamar los perjuicios en la vía civil (art. 39.4 inc. final). Estimamos que esto es un inconveniente dada nuestra idiosincrasia, y estimamos que si no se incluye a la víctima como parte del proceso, ésta quedará burlada en su derecho, lo cual no significa que debe dársele derecho a impugnar el procedimiento, toda vez que por nuestra misma forma de pensar, se pretende resolver todos los problemas por la vía de la privación de la libertad y en tal virtud si la víctima tuviera la potestad privativa de oponerse e invalidar la gestión de la Fiscalía, estimamos que difícilmente se podría implementar esta salida alternativa al proceso penal acusatorio.

#### **Resolución Motivada.-**

La decisión de abstenerse de ejercitar la acción penal, es decir, de no formalizar denuncia penal, al amparo del Artículo 39.3 del Código Procesal Penal, se adopta mediante Resolución debidamente motivada. ¿Por qué? Por cuanto la Constitución demanda la motivación (art. 76 num. 7 letra I)

para todo acto del poder público que afecte los derechos de las personas, so pena de nulidad. Una resolución no motivada podría dar cabida a una acción constitucional que finalmente nulite el acuerdo.

El Principio de Oportunidad es una esperanza para la justicia, tanto para la víctima como para el victimario. Más aún, me atrevo a señalar que sólo el Principio de Oportunidad, tomado con seriedad por los operadores jurídicos, iniciaría una verdadera y profunda reforma en la Administración de justicia.

### **UBICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LOS SISTEMAS PROCESALES INQUISITIVO Y ACUSATORIO.-**

No puede hablarse de sistema procesal acusatorio sin hacer referencia obligada a los dos más importantes países de cultura anglosajona en los cuales éste tiene plena vigencia. Son ellos el Reino Unido, conformado por Inglaterra y el país de Gales, ya que Escocia se apartó de los lineamientos del sistema inglés, y los Estados Unidos de América. No obstante coincidir en la utilización del sistema acusatorio, éste funciona de maneras diferentes en ambas colectividades.

En Inglaterra y el país de Gales no existe una institución estatal a la que le corresponda por imperioso mandato legal el ejercicio exclusivo de la acción penal, sino que esta acción es ejercida a título privado por los particulares que tienen interés en acudir ante el juez para que juzgue sobre una conducta que ellos consideran lesiva para sus intereses. No existe pues ni el carácter público de la acción penal ni tampoco existe el monopolio del ejercicio de la acción penal en cabeza del Estado. En consecuencia la única manera de que la acción penal se ponga en marcha consiste en la denuncia presentada por una persona particular, aún cuando esa persona particular sea un funcionario de la policía. Instaurada la denuncia ante el juez, éste adelantará el juicio y concluirá en una decisión de carácter obligatorio para las partes. Significa esto que el ejercicio de la acción penal carece en absoluto de obligatoriedad, caracterizándose por una discrecionalidad sin cortapisas ni limitaciones.

Ello significa que si un funcionario policial tiene conocimiento de una acción delictuosa, quedará en la más amplia libertad de llevar o no a juicio a su autor. Por ello en un gran número de ocasiones el funcionario utiliza su criterio amonestando al infractor para que revise su comportamiento, dejándole claro que la benevolencia con la cual se le trata en esta ocasión quizá no se repita en el futuro. Puede también dicho funcionario conversar con el infractor para convencerlo de aceptar ser conducido ante el juez

bajo una acusación mitigada que pueda significarle una fórmula de juicio expedita y una sentencia significativamente más benigna que la que le sería impuesta en el caso de resistirse al arreglo y ser llevado a un juzgamiento por un cargo de mayor gravedad que el que podría acordarse voluntariamente.

Largo sería el razonamiento de tipo histórico y socio-cultural que tendríamos que emplear para explicar las razones por las cuales funciona este modelo en Inglaterra y el País de Gales, de difícil comprensión para el resto de países de occidente y en especial para un país como el nuestro, en el cual este sistema de juzgamiento no sólo sonaría exótico sino extraordinariamente ingenuo, por lo cual no entraremos en este tipo de exposición debido a que desborda ampliamente el tema del presente trabajo.

Pero lo cierto es que funciona en Inglaterra y el País de Gales, donde funciona tan bien que no han pensado en modificarlo. Por el contrario, ha servido de modelo y paradigma para quienes desean modificar el duro sistema procesal inquisitivo<sup>28</sup>.

Igualmente funciona el sistema procesal acusatorio en los Estados Unidos de América, país conformado inicialmente por los ingleses que buscaban huir de las permanentes persecuciones originadas en las guerras religiosas originadas en la intolerancia de católicos y protestantes, en busca de una nueva tierra que les brindara la paz que en su país les había sido esquiva y que los llevó a tomar como el fundamento de su nueva vida la absoluta tolerancia por la amplia gama de diversidades que acompaña a la especie humana y que aún hoy, a pesar de vicisitudes y críticas, es visto por las gentes desesperanzadas del mundo como una tierra de libertad y de esperanza en una nueva vida que se traduce en la expresión popular denominada "*el sueño americano*". Quizás esto explique por qué razón funciona allí un sistema procesal de corte acusatorio.

Pero a diferencia de lo que sucede en Inglaterra y el País de Gales, el ejercicio de la acción penal por el conocimiento de una conducta delictuosa constituye un monopolio del pueblo de los Estados Unidos de América, que actúa a través de los fiscales estatales o federales, según se trate de un delito estatal o federal. En consecuencia, existe en los Estados Unidos de América un sistema penal acusatorio caracterizado por la

---

<sup>28</sup> Díez-Picazo, Luis María. El poder de acusar. Cáp. 2. Ed. Ariel, S.A. Barcelona, 2000.

calidad de acción pública ejercida de manera monopolística por los fiscales, lo que excluye la acción penal privada. Pero al igual que en Inglaterra y el País de Gales, el fiscal cuenta con la más absoluta discrecionalidad para decidir si su investigación culmina o no en la acusación ante una corte judicial estatal o federal, ya que los fiscales deciden por sí y ante sí mismos a cuáles de las personas investigadas llevan a juicio y a cuáles no, y en los casos afirmativos deciden los fiscales bajo qué cargos más leves o más graves formulan la acusación, de tal manera que al igual de lo que ocurre en Inglaterra y el País de Gales para un particular investigado existe la favorable situación de escoger su juicio y conocer de antemano aproximadamente el monto de su condena. Los fiscales federales y estatales gozan de esta autonomía discrecional debido a que ellos, independientemente de que sean elegidos popularmente o designados por el ejecutivo con el beneplácito de los entes legislativos federales o estatales, no representan a ninguna institución de los tres poderes políticos tradicionales, sino que representan exclusivamente al pueblo de los Estados Unidos de América a quien únicamente rinden cuentas, con una sanción por excelencia política pues dichos cargos son considerados obligatorio punto de paso para quienes aspiren a ostentar las altas dignidades del poder político. Nos resta una observación acerca del funcionamiento del sistema acusatorio en la comunidad norteamericana: cuando se trata de la averiguación sobre un delito cometido por un funcionario público bien sea en materia relacionada con el ejercicio de sus funciones o con actividades ajenas a las mismas, la investigación es adelantada por un fiscal especial ad hoc con el fin de evitar que la cercanía del funcionario al poder público pueda ocasionar el más ínfimo desvío al recto proceder del procedimiento investigativo y ello porque, a partir del conocido caso Watergate, quedó claramente establecido que el nominador del fiscal especial carece de la facultad para cesarlo en sus funciones o interferir en la investigación que adelanta. De manera similar a lo observado anteriormente para los países de Inglaterra y el País de Gales, tampoco es este trabajo el escenario para adelantar el análisis histórico y socio-cultural del por qué este sistema procesal acusatorio funciona en los Estados Unidos de América, pero es claro que funciona y funciona bien porque hasta el momento tampoco ha sido modificado y también constituye modelo para quienes pretenden orientar en los países de modelo inquisitivo una modificación de tendencia más liberal y acusatoria.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Díez-Picazo. Op. Cit. Cáp. 3 y 4.

Lo cierto es que una vez el fiscal norteamericano o el particular inglés hayan decidido ejercer la acción penal contra un presunto infractor, deberán concurrir ante la corte judicial correspondiente para formular allí la acusación. La Corte recibirá en sesión al acusador y al acusado en pie de igualdad y rituará con ellos un juicio en el que se decretará y practicará la prueba de cargo y ésta será valorada con la exigencia de que produzca en el ánimo del juzgador (jurado de conciencia o magistrado según sea el caso) la certeza o no de la culpabilidad del procesado, ya que éste nada tendrá que probar en su favor al encontrarse amparado por la presunción de su inocencia sin sujeción a prueba de la misma, pues éste es el fundamento sin el cual no podría funcionar de ninguna manera el sistema penal acusatorio.

Sea lo primero anotar que la figura del principio de oportunidad que ha sido introducida en el nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano, no corresponde a una figura autónoma dentro del lenguaje procesalista.

Como acertadamente lo señala el tratadista Mestre Ordóñez<sup>30</sup> en lugar de hablarse de un principio de oportunidad lo correcto sería referirse a la discrecionalidad para acusar que tendría el fiscal investigador en los sistemas procesales penales

***“Después del estudio bibliográfico y jurisprudencial de rigor y del análisis respectivo, se construyó la tesis a defender con el escrito. Una formulación, en pocas palabras, de esta proposición podría ser: el principio de oportunidad – o, lo que es lo mismo, la facultad discrecional para perseguir a los criminales o presentar la acusación en el proceso penal por parte de la fiscalía – siempre y cuando se implementen controles adecuados, es un instrumento de política criminal que favorece la consecución de los fines esenciales del Estado Social de Derecho y que se aviene, con más armonía que la necesidad en la acusación, al sistema acusatorio y a la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, tanto víctimas como victimarios.”***<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Mestre Ordóñez, José Fernando. La discrecionalidad para acusar, La Fiscalía y el principio de oportunidad en el Estado Social de Derecho. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá, 2003.

<sup>31</sup> Ibidem. Pág. 18.

La tesis planteada por el tratadista citado ubica en su justo término la dimensión que la figura del denominado principio de oportunidad pueda llegar a ocupar en la práctica procesal penal colombiana en el futuro inmediato.

Debe señalarse que en los países en los cuales se originó el sistema penal acusatorio (Estados Unidos de América, Inglaterra y el País de Gales) no se menciona siquiera la expresión "*principio de oportunidad*", pues en ellos la discrecionalidad para la formulación de la acusación es absoluta. La mencionada denominación tuvo su origen en los países del continente europeo con régimen penal mixto con tendencia inquisitiva que, dentro de la dinámica del acontecer social, se vieron abocados a cuestionar la aplicación rígida y automática del principio de la obligatoriedad de formular la acusación en el ejercicio de la acción penal debido al inmenso número de procesos frente a las limitaciones del aparato judicial. Este cuestionamiento los condujo a plantear salidas estratégicas para descartar la acusación obligatoria en un número limitado de causas que ellos justificaron por razones de conveniencia o de oportunidad social, como se expondrá en el siguiente capítulo de este trabajo. Pero debe llamarse la atención sobre el hecho de que a raíz de esta salida procesal por razones de conveniencia o de oportunidad, nació a la vida del derecho procesal europeo la figura del "*principio de oportunidad*", que recientemente fue introducido con el mismo nombre en la Constitución Política y el nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano.

#### **DESDE LA OBLIGATORIEDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL Y LA DISCRECIONALIDAD ABSOLUTA, HASTA LA DISCRECIONALIDAD REGLADA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.-**

El sistema penal acusatorio con la discrecionalidad absoluta para acusar, nunca ha hecho crisis en los Estados Unidos de América, Inglaterra y el País de Gales, Estados en donde este sistema siempre ha estado vigente y que, hasta donde se sepa, parecen satisfechos con el mismo y sin intención aparente de mutarlo hacia una tendencia inquisitiva.

Por contrapartida, el resto de países del mundo occidental, durante mucho tiempo, manejaron sus procesos penales por el sistema procesal mixto con tendencia inquisitiva Y fue en esos países, abrumadoramente superiores en número, en donde la tendencia de obligatoria investigación y formulación de acusación planteó inquietudes de reforma hacia la tendencia del principio acusatorio.

Lo anterior no deja de ser significativo, si se tiene en cuenta que en el terreno jurídico los planteamientos tienden a influir unos sobre otros con el criterio de que la opinión de la mayoría numérica genera un mayor margen de confianza que el parecer de las minorías. De seguirse este camino, habría sido más fácil que el sistema mixto con preponderancia inquisitiva del continente europeo hubiera terminado por imponerse sobre la minoría numérica que conforman los países británicos y norteamericano. Pero no ocurrió así, sino exactamente a la inversa.

El punto de desequilibrio parece estar constituido, no por razones de índole doctrinario o ideológico, sino por argumentos de tipo eminentemente práctico: la dinámica de los hechos sociales.

Al referirse al tema comenta el tratadista Díez-Picazo<sup>32</sup> ***“El siguiente pasaje referido a Estados Unidos en 1988, puede tener valor ilustrativo general:***

***“Pasando ahora a un ejemplo más específico, considérese que en la ciudad de Chicago se efectúan cada año alrededor de 250.000 detenciones, como consecuencia de las cuales se celebran 45.000 procesos por faltas y 12.000 por delitos graves. Para gestionar este enorme volumen de casos, hay únicamente 20 jueces penales. Ante el juez competente, por ejemplo, para los delitos de lesiones y agresión con arma peligrosa son presentados de 100 a 120 casos al día. Incluso si en algunos de ellos se trata sólo de decidir sobre cuestiones particulares y no sobre la culpabilidad, se está siempre ante un volumen de trabajo que exige “soluciones prácticas”, a menudo no completamente en armonía con el modelo acusatorio ideal.***

***A escala nacional, por lo demás, se ha calculado que sólo el 50% de los delitos contra las personas es denunciado. De los denunciados, sólo el 25% es perseguido y de éstos sólo el 25% se resuelve con una condena. De este 25%, además, sólo el 10% conlleva la expiación efectiva de la pena privativa de la libertad: se trata del 1% del total. Aún así, en las cárceles norteamericanas hay alrededor de 1.300.000 personas al día. Naturalmente, hay una rotación; pero la población estable supera las 500.000 unidades. Semejante cuadro permite comprender, por tanto, por qué razón ha nacido y se ha desarrollado de manera tan radical en el proceso penal norteamericano el procedimiento de plea bargaining”***

---

<sup>32</sup> Díez-Picazo, Luis María. Op. Cit. Pág. 18-19



A renglón seguido analiza el autor citado que una situación de tal naturaleza no puede resolverse de manera simplista pretendiendo incrementar el presupuesto para la administración de justicia porque incluso si fuera factible en términos financieros mantener un crecimiento de los medios personales y materiales al mismo ritmo que el incremento de la criminalidad y aun suponiendo que el electorado estuviera dispuesto a apoyar semejante indexación, este argumento económico seguiría siendo válido en su versión cualitativa, dado que no sería posible aumentar de manera indefinida el número de buenos profesionales de la justicia penal (policías, fiscales, jueces, etc.).

Concluye luego el autor citado señalando que: ***“en este sentido parece pronunciarse la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre “Simplificación de la Justicia Penal”, aprobada el 17 de Septiembre de 1987. Allí se constata el generalizado incremento de la criminalidad y el consiguiente retraso que sufre la justicia penal en los países miembros del Consejo de Europa; y, entre otras medidas para hacer frente a la situación (mayor utilización de procedimientos abreviados, simplificación del proceso penal, etc.), se aconseja recurrir al principio de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal o, en aquellos países donde por razones históricas o constitucionales rige la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, a mecanismos equivalentes.”***<sup>33</sup>

Pese a su extensión era necesaria la transcripción de las citas anteriores, para dejar claramente sentada la autenticidad de la argumentación en ellas contenida, pues de esta manera se pone en evidencia el real origen del sustento empleado en los países del continente europeo para recomendar a sus asociados la adopción de políticas de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, por razones de conveniencia y de oportunidad social como arriba se había señalado.

Pero una cosa es recomendarlo, y otra diferente es asimilarlo.

Como lo anota Guerrero Peralta<sup>34</sup> ***“esta influencia no deja de ser conflictiva para los procesalistas más tradicionales, así como para quienes critican el sistema de administración de justicia penal por consenso, en virtud de las implicaciones filosóficas y jurídicas que tiene, el que el Estado de Derecho***

---

<sup>33</sup> Díez-Picazo, Luis María. Op. Cit. Pág. 19-20

<sup>34</sup> Guerrero Peralta, Oscar Julián. Procedimiento Acusatorio y terminación anticipada del proceso penal. Ed. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 1998.

**renuncie a su tarea de persecución penal. Pero por otra parte está la argumentación de quienes buscan una solución a los males crónicos de la administración de la justicia penal y a la llamada crisis del Principio de Legalidad procesal.”**

Al decir del autor citado, el planteamiento anterior dio origen a diferentes pronunciamientos sobre la validez de la importación del sistema acusatorio hacia los países de la Europa continental con un sistema procesal preponderantemente inquisitivo.

Por una parte se desestimó el argumento económico propuesto, respondiendo que **“no porque los economistas calculen el juez deba ponerse a calcular”**<sup>35</sup>. Y se adujo que las reformas recomendadas atentaban de manera directa contra la característica fundamental del sistema inquisitivo que utiliza el proceso penal como el mejor camino para asegurar la defensa de los valores ya que los intereses colectivos siempre deberán primar sobre las conveniencias individuales.

Por otra parte se planteó el peligro, inherente a las reformas acusatorias propuestas, de una modificación del papel que debe desempeñar el juzgador en los procesos de naturaleza inquisitiva, pues en lugar de ejercer la función tradicional de valorar reflexivamente el voluminoso acopio de prueba escrita aportado por el instructor como fundamento para dictar sentencia, el papel del juez se vería convertido en el de coordinación entre las partes acusatoria y defensora quienes librarían en su presencia y en pie de igualdad una confrontación dialéctica que para nada le necesitaría desde el punto de vista argumentativo. En efecto, todo esfuerzo por intensificar la incidencia del principio acusatorio en los procesos con tendencia inquisitiva pasaría necesariamente por el imperativo de practicar las pruebas en la misma audiencia de juzgamiento, con lo cual el afán instructivo previo del investigador quedaría reducido a un pre-trabajo y el juez impelido a concentrar su atención de manera inmediata en el desarrollo del debate probatorio oral para sustentar exclusivamente sobre el mismo el contenido del fallo final sobre la responsabilidad penal o no del procesado.

Adicionalmente se consideraba que la distribución del poder que se extendía de manera jerárquicamente vertical en el terreno procesal penal

---

<sup>35</sup> Dahrendorf Ralf, citado por Díez-Picazo, Luis María. Op. Cit. Pág. 21

inquisitivo desde los primeros informes policiales sobre la posible comisión de un delito, pasando por el papel instructivo de un investigador dotado de grandes facultades sobre la libertad y los bienes del procesado, y que culminaba en el voluminoso escrito de acusación fundamentado en personal valoración del instructor sobre el material probatorio, hasta el despacho del juez cuya función consistía en emitir sobre ella sentencia escrita, a su vez sometida a trámite escrito de apelación ante el juez superior y eventualmente al trámite igualmente escrito y formal de los recursos extraordinarios ante la Corte Suprema o instituciones equivalentes, se vería reemplazada por una relación de coordinación horizontal propia del sistema acusatorio que centra la importancia procesal exclusivamente en la audiencia misma de juzgamiento.

Se explicitó que en la práctica este camino conduciría a modificar significativamente la óptica acerca de lo que se considera el punto máximo de acierto en la administración de justicia que en el sistema inquisitivo va de menos a más, en la búsqueda de un criterio superior más justo; mientras que en el sistema acusatorio esta tendencia se invierte volcando el interés procesal de manera casi exclusiva en dos momentos: **a)** en la terminación anticipada del procedimiento por la renuncia del fiscal a formular acusación en ejercicio de la facultad de discrecionalidad, o **b)** en ausencia de dicho evento, por la concentración del proceso en la audiencia de juzgamiento. No todos los juristas europeos se sentían inclinados a sacrificar la seguridad del extenso proceso inquisitivo, para confiar el acierto judicial a un rápido procedimiento acusatorio oral que en una sola audiencia recibiría la acusación, practicaría las pruebas de cargo que le servirían de sustento, presenciara el debate suscitado entre la acusación y la defensa y dictaría sentencia inmediata, cuyo acierto se presumiría al punto de presentarse recursos en menor cantidad que en el sistema inquisitivo. Situación difícil de aceptar para quienes creen que es más justo un proceso cuanto más demorado es en el tiempo y cuenta con la participación de un mayor número de funcionarios.

Así las cosas, de la tensión originada entre el imperativo de defender el principio de legalidad y la necesidad de resolver de alguna manera la imposibilidad de las instituciones judiciales para abordar la totalidad de las conductas investigadas, surgió una solución intermedia: sin reemplazar en su totalidad el sistema procesal con preponderancia inquisitiva por el sistema acusatorio anglosajón, facilitar la adopción progresiva de un sistema procesal mixto con las siguientes características:

**a)** La separación nítida de funciones entre instrucción y juzgamiento, de tal manera que el funcionario instructor ejerza de manera exclusiva la acción penal en representación del Estado para salvaguardar el Principio de Legalidad, que la inmensa mayoría de los países que conforman el mundo occidental considera el fundamento del Estado de Derecho, limitando su poder sobre la libertad y los bienes de los procesados, y demarcando sus funciones a la investigación de los hechos y a la formulación de la acusación, la cual deberá ser debatida en la audiencia pública de juzgamiento en donde se libraré realmente el debate probatorio acerca de la responsabilidad del procesado, utilizando para ello procedimientos más o menos similares a los acostumbrados en el sistema procesal acusatorio anglosajón; y

**b)** La adopción de una política criminal del Estado que, manteniendo la vigencia del principio de legalidad, confiera al funcionario instructor la facultad para permitirle la abstención de investigación y acusación sobre ciertas conductas, lo que en el derecho continental europeo se denomina discrecionalidad reglada o principio de oportunidad reglado.

Al decir de Guerrero Peralta, esta discrecionalidad reglada, también denominada oportunidad reglada o principio de oportunidad reglado, nació a la vida jurídica del procesalismo europeo no como una excepción al principio de legalidad ni como flexibilidad del mismo, sino **“como un componente del principio de legalidad, es decir, que los supuestos legales que permiten la abstención del órgano de investigación y acusación sobre ciertas conductas, no se aprecia como oportunidad o conveniencia, sino que las abstenciones al estar consideradas por la ley señalan las reglas a que debe estar sometida tal actividad y por lo tanto obran como complemento de la misma legalidad”**.<sup>36</sup>

Siguiendo estos lineamientos en desarrollo del tema de la discrecionalidad reglada, se creó en Alemania, donde el debate cuenta con la literatura más extensa y donde se ha discutido con mayor profundidad el asunto, el llamado principio de oportunidad que permite finalizar el proceso por medio de un consenso informal entre procesado y acusador al que se une el juez y cuyo objetivo es la sustitución de una pena no mayor de un año a cambio del cumplimiento de unas condiciones o mandatos.<sup>37</sup> Sin embargo, los tratadistas Walter Perron y Thomas Weigend concuerdan en que: **“en los**

---

<sup>36</sup> Guerrero Peralta, Oscar Julián. Op. Cit. Pág. 109

<sup>37</sup> Guerrero Peralta, Oscar Julián. Op. Cit. Pág. 106

**países donde el principio de legalidad vale como absoluto y en los cuales la fiscalía debe someter al criterio de los tribunales su actuación, respecto de los fundamentos de una acusación, el principio de oportunidad se presenta como una manipulación de los elementos fundamentales del acto delictivo, o como la simple ignorancia de las obligaciones jurídicas impuestas a las autoridades del orden penal, a efectos de remediar problemas inmediatos de la administración de justicia”<sup>38</sup>**

Se trataría, según el autor citado, de crear una “válvula de escape” al excesivo rigor del principio de legalidad, en lo cual debe procederse con mucha cautela para no caer en el peligroso riesgo de terminar por hacer nugatorio el mismo principio de legalidad que se pretende preservar.

Razonamiento similar expone Heike Yung quien afirma que: **“entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad no impera la lógica de regla general y excepción, sino más bien una relación de preferencia”<sup>39</sup>**

Lo cierto es que, finalmente, los países europeos terminaron por aceptar en una u otra forma el establecimiento del sistema procesal penal mixto de discrecionalidad reglada, como complementación necesaria y útil del Principio de Legalidad replanteado por las circunstancias económico-sociales que inciden en la administración de justicia.

Para no alargar indefinidamente el tema con consideraciones que no son objeto de este escrito, se trae a colación la relación de las causales que para la abstención de formular la acusación se han previsto en los países europeos, efectuada por el tratadista español Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, el cual se trae siguiendo el mismo criterio expuesto por el tratadista Mestre Ordóñez<sup>40</sup>, y esto por tratarse de un punto específico de obligada referencia:

**1. Por causas relacionadas con la naturaleza del hecho:** el carácter mínimo de la infracción también denominado como “*delitos bagatela*”, el tratarse de un delito de pequeña entidad conexo con otro de mayor gravedad que amerite una pena mayor, la culpabilidad leve del infractor, la antigüedad de la infracción, tratarse de un hecho al que pueda dejar de aplicarse la

---

<sup>38</sup> Ibidem. Pág. 110.

<sup>39</sup> Guerrero Peralta, Oscar Julián. Op. Cit. Pág. 113

<sup>40</sup> Mestre Ordóñez, José Fernando. Op. Cit. Pág. 96.

pena por perdón judicial o por remisión condicional haciendo estéril el proceso, o por ser al delito fruto de un conflicto ideológico o social.

**2. Por causas relacionadas con el autor del hecho:** por tratarse de un delincuente primario, o de edad juvenil o senil, por concurrir en una misma persona las circunstancias de infractor y víctima, por adolecer de salud precaria, por cambios positivos del comportamiento tras una infracción menor, por conveniencia de aplicarle una medida rehabilitadora en vez de la pena, o por el sometimiento de un tratamiento desintoxicador cuando el delito se cometió bajo el influjo de material tóxico.

**3. Por causas basadas en la relación entre el delincuente y su víctima:** por el parentesco próximo, por la restitución de la cosa, por la reparación voluntaria del daño, por haber sido el delito provocado por la víctima, o por terminar la acusación siendo contraria a los intereses de la víctima.

**4. Por causas basadas en el interés general:** por interés del Estado como en el caso de delitos políticos o de resonancia nacional, por falta de interés nacional en el castigo, por falta de contribución significativa para promover el respeto a la ley, o por falta de contribución significativa para el sentido de la pena.

Al anterior listado puede agregarse lo anotado por Guerrero Peralta de que:

***“Algunas legislaciones han llegado a catalogar el principio, como una más de las excepciones tradicionales al principio de legalidad entre las que se pueden contar los llamados delitos privados o aquellos que requieren denuncia o querrela por parte del ofendido para el inicio de la actuación”<sup>41</sup>***

***Para finalizar debe señalarse que las causales arriba mencionadas no operan de manera automática, sino que están sujetas a precisas condiciones recomendadas por la Unión Europea para su aplicación, en el sentido de que “Deben desarrollarse normas legislativas o administrativas en orden a la fijación de las condiciones que puedan ser impuestas en la decisión de abstención”.<sup>42</sup>***

---

<sup>41</sup> Guerrero Peralta, Oscar Julián. Op. Cit. Pág. 120.

<sup>42</sup> Ibidem. Pág. 120.

## **SISTEMAS DE SALIDAS ALTERNATIVAS AL JUICIO ORAL EN EL SISTEMA ACUSATORIO**

### **GENERALIDADES.-**

#### **OPORTUNIDAD REGLADA**

#### **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO**

#### **CONCILIACIÓN**

### **LAS REFORMAS 2009 AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL EN EL ECUADOR: SALIDAS ALTERNATIVAS AL JUICIO ORAL DE REPROCHE**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

Como hemos podido apreciar a lo largo de este trabajo, la problemática de la adopción por parte de la ciudadanía, de los abogados, jueces y fiscales de las medidas alternativas al juicio, nace, crece y se desarrolla desde la cultura del litigio. Nos hemos acostumbrado a creer que los problemas de la sociedad se resuelven metiendo presa a la gente; que la única manera de "reformular" ciertas la conducta antisociales es encerrando a la gente, sin que medie siquiera un estudio serio sobre las causas que influyen en el cometimiento de ciertos delitos (necesidad, desempleo, psicopatías, patologías, etc).

***"La desgracia de la Función Judicial es la desgracia de la Universidad"***<sup>43</sup>. Con esta frase inicia su estudio, el Dr. Ramiro Ávila Santamaría sobre la realidad nacional respecto a la cultura jurídica que se enseña en la Universidades y que ha hecho tan difícil asimilar los cambios que se han dado, implementarlos y avanzar en una verdadera reforma procesal penal, cuando dice: ***"La idea central que voy a sostener es que existe una cultura jurídica formalista-inquisitiva"***<sup>44</sup> ***que se mantiene y reproduce gracias a la Universidad y que, esto es demasiado optimista, admito, pero quiero***

---

<sup>43</sup> ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, (2008), Cultura Jurídica, Facultades de Derecho y Función Judicial, La Transformación de la Justicia. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, pp 377 y ss

<sup>44</sup> PEÑUELAS, Luis. (1997), La Docencia y el aprendizaje del derecho en España. Una perspectiva de derecho comparado, 2da. Edición, Madrid, Marcial Pons, pp 27

**convencerme que puede ser cierto, cambiando la cultura jurídica se aporta al cambio de una sociedad inequitativa, excluyente y pobre...". Continúa el autor diciendo: "La argumentación no tiene tanta importancia cuando lo que domina es el método memorístico...simplemente para aplicarlo (el ordenamiento) en los términos en que esté establecido por el legislador..."<sup>45</sup>. Se queja el autor "la aplicación del derecho se redujo a una mera operación, que en las facultades de derecho lo referían al famoso silogismo jurídico, por el que teníamos una norma legal, con carácter general y abstracto, a la que había que subsumir un hecho, que era personificado y concreto y que nos daba como resultado la consecuencia prevista en la ley. En este famoso silogismo, el juez, el jurista, el litigante lo que tenía que hacer era encontrar la norma a la que debía adecuarse el caso. Una vez encontrada la norma, problema resuelto. Por esto es que se dice que el Juez es pasivo. (...) Entonces, resumiendo hasta ahora, la finalidad del Derecho es comprender y aplicar la ley, el contenido y el objeto de estudio es la ley y el método para conocer el Derecho es el memorístico del texto legal, informar y no formar, y el de aplicación es el exegetico. Todo en la ley, todo desde la ley, todo para la ley, nada fuera de la ley: el Derecho, así entendido, es autoreferencial y fetichista. O, como lo decía hace exactamente treinta años un jurista latinoamericano: "los sistemas de enseñanza en nuestra Facultad de Derecho reflejan en términos generales los mismos vacíos que observamos en todo el subsistema educativo nacional. Es decir, énfasis en la enseñanza más que en el aprendizaje, actuación protagónica del profesor y no del estudiante; contenidos informativos desactualizados y ambiguos, evaluaciones arbitrarias y subjetivas, y lo que es más grave aún, asimilación del aprendizaje a la idea de memorización, ritualista y acrítica..."<sup>46</sup>. "Lo inquisitivo no es pues, sólo una época histórica y un procedimiento penal superado. Lo inquisitivo es parte de la cultura formal que está enraizada ahora y en todo procedimiento judicial y que no ha habido reforma judicial que haya podido erradicarla.<sup>47</sup> La cultura inquisitiva, para A. Binder, se manifiesta en el "culto a la forma", que es la "idea mágica de que la preservación de ciertas**

---

<sup>45</sup> CARBONELL, Miguel, (2008), La enseñanza del Derecho, Tercera Edición, México, Editorial Porrúa, Universidad Autónoma de México, pp 21

<sup>46</sup> COLMENAREZ M., Néstor, (1978), Modelo de docencia jurídica, teórica y estructura, Venezuela, Universidad de Carabobo, Editora Fórmula, pp 11

<sup>47</sup> BINDER, Alberto, (2004), Perspectivas de reforma procesal penal en América Latina, en Justicia Penal y Estado de Derecho, pp 199



*formas permite solucionar el conflicto; o bien de que puede acceder a la verdad mediante la ritualización de ciertos actos". Y la forma va desde el cosido de los expedientes que pasan al juez hasta las fórmulas sacramentales que constan en las actas de las audiencias y en las providencias..." Asimismo, en el uso del "lenguaje oscuro" que aleja a las personas comunes y corrientes de la ley y la justicia y, esto es lo peor, que hace que los abogados seamos indispensables; en la "mentalidad burocrática", que hace que los funcionarios y hasta los usuarios insertos en el sistema de justicia seamos ineficientes y desperdiciemos los recursos (incluido el tiempo por supuesto); en la "delegación" por la que quienes realmente toman las decisiones son funcionarios que no tienen las competencias legales y el juez simplemente se convierte en un firma papeles; un juzgado es, "en última instancia, una gran maquinaria de producir expedientes, notificaciones, certificaciones, etc, donde el juez es una suerte de manager de tal oficina burocrática e ineficiente antes que un verdadero juez; en el fortalecimiento de un aparato de justicia, incluyendo a los abogados, que controla las formas y sanciona su violación, y entonces, la actitud de las personas es de temor a no conocer y respetar las formas, y a perder las causas por omisión de las formas.*

*Una manifestación más es la cultura patriarcal, entendida no sólo por la prevalencia de lo masculino, sino en las formas de manifestarse: la verticalidad y la sacralidad. La verticalidad es propia de sociedades autoritarias, en las que existe una cabeza con poder decisión y sanción, y las personas que están sometidas a su poder, al más puro estilo militar, escolar o monárquico, de los que hemos sido tributarios desde nuestra historia preincásica, acentuada en la colonia y reforzada por nuestros regímenes presidencialistas. La sacralidad tiene que ver con la influencia religiosa y hasta con el Derecho Canónico, que no fue erradicada ni con las revoluciones liberales. (...).*

**LA CONSECUENCIA DE LA CULTURA FORMAL -INQUISTIVA ES QUE LAS PERSONAS, ABOGADAS, ABOGADOS, LITIGANTES, JUEZAS, JUECES, PROFESORAS Y PROFESORES DEL DERECHO Y JURISTAS SOMOS PROFUNDAMENTE CONSERVADORES, PASIVOS Y RESISTENTES AL CAMBIO...**

*...nos resistimos al cambio por miedo a lo desconocido o por sospecha de que es más catastrófico que la realidad que se quiere cambiar. Siempre es más cómodo moverse por los caminos que uno ha recorrido...por eso también los eventos que alteran nuestra rutina son, al principio, rechazados.*

**...para destacar el cambio de paradigma, sobre los ejes de la cultura formal-inquisitiva: el fin es controlar y mantener el status quo; el contenido es la ley abstraída de la realidad en la que se aplica y a la gente a la que afecta; el método es el exegético y se transmite el conocimiento a través de clases magistrales y estudiantes receptivos; la evaluación es memorística; la cultura inquisitiva rinde culto a la forma, es burocrática, vertical, rinde culto al trámite, es secreta, escrita, basada en la delegación de la facultad de decisión del juez a funcionarios administrativos, da apariencia de impersonalidad y neutralidad....**

**...la radicalidad de los cambios que se necesitan apuntan a un modelo crítico, propositivo, creativo y transformador de las estructuras sociales; ellos exige que los sujetos de este proceso se comprometan con la realidad y no simplemente se conformen con asumir y aplicar mecánicamente un orden legal completo, definido y estático, como si éste fuera autónomo, tuviera consistencia propia y se hallara por encima y fuese ajeno a la dinámica social...**

**...la cultura emancipadora, por oposición a la inquisitiva, tendría otras características, que brevemente las describimos. El culto es a la sustancia. Las formas procesales y de procedimiento, para tomar decisiones, dirigir un juicio o elaborar una ley son una garantía para el cumplimiento del fondo<sup>48</sup>. Las formas sólo tienen sentido si contribuyen a la realización del fin. El fin no puede ser otro que la realización de los Derechos Humanos, luego atrás de cada norma, expediente, libro, lo que encontramos es seres humanos de carne y hueso a quienes se les respeta o no sus derechos. (...) Los abogados deberíamos dejar atrás nuestra mentalidad burocrática y ser respetuosos con el tiempo y con las necesidades de la gente. El Juez dejaría de ser este gran manager de expediente escritos y asumir sus funciones para evitar la delegación de competencias. (...) Los juristas, estudiantes y profesores deberíamos ser activos, promotores de cambio y profundamente comprometidos...**

**Luigi Ferrajoli ha sostenido que la mayoría de violaciones a los derechos de la gente se produce no por la violación a la ley sino precisamente por su respeto. El abogado y estudiante no es una persona con la cabeza en las nubes sino también con los pies en la tierra. Se revierte el principio de que la**

---

<sup>48</sup> BINDER, Alberto (2000), El incumplimiento de las formas procesales, elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal. Buenos Aires, Ad-Hoc,

***realidad tiene que ser subsumida en la norma jurídica, por el principio de que la norma se adapta a la realidad. La metáfora, en el sistema formal, es que la ley es como un molde y la realidad es como la masa de pan que se adecua a ese molde. En el Derecho transformador, en cambio, el Derecho es dúctil y maleable que se adapta a la forma requerida por la realidad que debe ser transformada.***

***De nada sirve tener unos abogados litigantes brillantes si no tiene jueces preparados que tengan condiciones para resolver decentemente un caso.”***

De más está decir que coincidimos plenamente con el Dr. Ávila Santamaría en sus apreciaciones, a las cuales le agregamos las nuestras. El cambio de las estructuras de un sistema jurídico debe empezar por el cambio de las mentalidades a las que debe servir ese modelo, en este caso, procesal penal. Sin ese cambio, todo modelo de reforma será mal visto. Mientras sigamos queriendo y creyendo que la gente “aprende” estando presa, no habrá salida alternativa al juicio oral acusatorio que pueda ser implementada en el Ecuador. A la vista están las críticas que han recibido las reformas del 24 de Marzo de 2009. Algunas son un progreso en el derecho procesal ecuatoriano, algunas no lo son, sin embargo, nadie las respalda. A esta realidad innegable que es fácilmente constatable leyendo los anexos que se agregan a este trabajo y que no son sino recortes de los periódicos locales que dan cuenta de la realidad; realidad divorciada de la norma. Ya no son tiempos del “derecho penal del enemigo” de Gunther Jacobs. El modelo neopositivista o neoconstitucionalista implica una necesaria reforma a los procedimientos judiciales, especialmente el procesal penal. Una reforma plausible es justamente las denominadas “salidas alternativas al juicio oral acusatorio” y que han sido motivo de este trabajo, queda ahora respaldar toda transformación que conlleve el conocimiento cabal y completo de lo que implican estas alternativas procesales, sus ventajas y desventajas. Somos conscientes que toda reforma trae resistencia; trae temores, pero con el tiempo y una correcta aplicación, tanto usuarios del sistema judicial, como operadores y la sociedad a la que sirven podrán entender sus beneficios; dejarán de lado la cultura del litigio formal-inquisitiva para entrar en una verdadera reforma procesal y social que privilegie la conciliación al juicio.