



UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

UNIDAD DE POSGRADOS

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL Y LITIGACIÓN ORAL

TEMA:

**EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO MECANISMO DE EXTINCIÓN DEL
EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA. ANÁLISIS EN EL CANTON**

AMBATO (2014-2018)

AUTOR:

Ab. Luis Andrés Chimborazo Castillo

TUTOR:

Edwin Paul Pérez Reina

Ambato-Ecuador

2019

Declaración de Profesor Guía.

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el maestrante, orientado sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los trabajos de titulación.”

Dr. Edwin Paul Pérez Reina

Dr. Msg. Derecho

C.C.....

Declaración de autoría del estudiante.

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su elaboración e investigación se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigente.”

Abg. Luis Andrés Chimborazo Castillo

C.C. 1804631578

Agradecimiento

Dentro del proceso de desarrollo y culminación del presente trabajo de investigación he tenido el honor de conocer a varios profesionales del derecho quienes con sus conocimientos y amistad han entregado a mi ser una visión profesional más amplia, sabiendo seguir sus pasos y ética profesional. Es por ello que agradezco al Dr. Alberto Zamora, docente en el área de investigación quien supo con sus palabras de aliento y conocimientos saber dar luz a este trabajo.

De igual forma Agradezco a mi Esposa e Hijos; Sofía Karina y Alfonso José, quienes se han vuelto en los motores que me impulsan diariamente en mi desarrollo profesional e intelectual. A mi padre quien ha dejado gustos propios aportar en mi económicamente con el fin de mi desarrollo. A todos ellos gracias por el tiempo de ausencia que impuse en sus corazones.

Dedicatoria

El presente trabajo está dedicado, a la Dra. Silva Karina Chimborazo Castillo (+), profesional en derecho, hermana y madre quien me supo indicar que mi verdadero gusto estaba en la rama penal, persona sublime quien antes de partir me supo decir “si un día no estoy, quien hará las audiencias”; sabiendo en su ser que podría amar lo que ella amaba, las ciencias penales.

De igual forma les dedico a mis hijos Sofía Karina y Alfonso José, mis dos pequeños mundos quienes forjan mi ser día a día, a mi esposa María Belén Salazar Solórzano, quien ha sabido soportar mi ausencia en el hogar con el fin de que persiga mis sueños.

Resumen

La presente investigación se realizó con el fin de resolver los distintos conflictos teóricos y doctrinales que ha generado el principio de oportunidad, inquietudes que se basan en la contraposición que puede tener el principio de oportunidad con los principios de legalidad, igualdad, parcialidad y demás que gobiernan el debido proceso penal, lo cual ha provocado que la oportunidad, principio con carácter constitucional no sea aplicado por quienes ejercen la potestad del ejercicio de la acción pública.

Así mismo con la presente investigación se justificó la aplicación del principio de oportunidad en los delitos leves y moderados que se encuentran tipificados en la legislación penal ecuatoriana, otorgando así a la Fiscalía General del Estado un documento mediante el cual podrá ejercer la acción penal pública con una mayor celeridad y prontitud, y favoreciendo al estado en el gasto de manutención de los privados de la libertad y los gastos que generan tanto las etapas pre procesales y procesales de la acción penal pública.

El presente trabajo de investigación se consideró como factible, pues en la actualidad, La Fiscalía posee investigaciones e instrucciones que no han sido resueltas por delitos considerados por la estratificación realizada por la política criminal como leves o moderados, esto incrementa trabajo de fiscalía, una deficiente investigación por la cantidad de procesos estancados, así como un gasto del estado, sin hablar de los asinamientos carcelarios y los actuales problemas que se producen en los centros de rehabilitación.

Con el estudio y solución de las distintas inquietudes señaladas se generó un gran impacto en los funcionarios públicos (agentes fiscales) quienes tienen en la presente investigación como un medio de consulta en torno a las distintas inquietudes y ambigüedades que se les presenten

al momento de aplicar este principio. Con un conocimiento fortificado fiscalía aplicaría dicho principio constitucional generando una fluidez dentro de sus funciones investigativas, dando al procesado una oportunidad para reivindicarse a la sociedad, eliminando la sobre carga de investigaciones en sus despachos y ayudando al estado a economizar gastos procesales y de manutención de privados de la libertad por penas leves, sin dejar a un lado la solución de la teoría legalista que mira al principio de oportunidad como una antítesis del principio antes mencionado.

Índice de Contenidos

Introducción	10
CAPITULO II.....	16
MARCO ANALITICO	16
2.1. Marco Teórico.....	16
2.1.1. Origen y evolución del Principio de Oportunidad.....	16
2.1.2. El Derecho Penal Mínimo y el principio de oportunidad.	19
2.1.3. Definición del Principio de oportunidad.....	20
2.1.4. Consagración en legislaciones extrajeras	24
2.1.5. Efectos del principio de oportunidad.....	30
2.1.5. Problemática Principalista.....	33
2.1.5.1. Oportunidad como antítesis de la legalidad.....	33
2.1.5.2. Que son opuestos.	33
2.1.5.3. Que es una excepción.	34
2.1.5.4. Que es complementario.....	34
2.1.6. Oportunidad y la igualdad.	35
2.1.7. Institucionalización Ecuatoriana.	37
2.1.8. Presupuestos de aplicación.....	40
2.1.8.1. Trámite del principio de oportunidad.	41
2.1.9. Discrecionalidad del fiscal en el principio de oportunidad.....	42
2.2. Metodología.....	43
2.2.1. Delimitación Temática.	43
2.2.2. Enfoque de la investigación.....	44
2.2.3. Tipo de investigación	45
2.2.4. Método de investigación.....	46
CAPITULO III.....	47
3.1. Resultados y Análisis.....	47
3.2. CONCLUSIONES.	62
3.3. RECOMENDACIONES.	65
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67

Índice de Tablas

Tabla N. 1. Tabla 1. Aplicación del principio de Oportunidad.	48
Tabla 2. Denuncias presentadas	55
Tabla 3. Entrevistas	58

Introducción.

La Constitución de la República del Ecuador aprobada en Montecristi en el año 2008, mediante referéndum de fecha 28 de septiembre del mismo año, trajo consigo la tipificación de un principio constitucional, mismo que tiene como fin establecer un método alternativo para solucionar un conflicto en el ámbito penal, siendo este, el principio de Oportunidad. Principio que el legislador tipificó con el fin de descongestionar el aparato judicial penal en torno a delitos de baja peligrosidad, delitos sancionados con una pena máxima de 5 años, es decir delitos que tenían penas privativas de libertad consideradas por la estratificación de la pena, como leves o moderadas, estratificación generada por la política criminal.

Con la tipificación del principio de Oportunidad en la carta constitucional que rige a este Estado de Derechos, un nuevo reto se impuso al legislador ecuatoriano, pues se tenía que subsumir este principio constitucional en la normativa penal vigente. Tomando en cuenta que con la adopción de este principio se avanzaría claramente en la abolición del sistema inquisitivo que regía en el Estado hasta la década de los ochenta. Sistema que provocó en el administrado (sospechoso o procesado) un temor al momento de pararse en frente al juzgador, pues se pensaba que el derecho penal era destinado a cumplir los intereses subjetivos del individuo que investiga y juzga dentro del proceso penal, que en el sistema inquisitivo era el Juez. Por lo que se produjo un medio al momento de someterse a la competencia penal, pues se detallaba que el juez era parcializado y por ende someterse al proceso era someterse al castigo seguro.

Entra entonces en vigencia el Código Orgánico Integral Penal el 10 de agosto de 2014 luego de un período de debate que involucró a varios sectores del Estado ecuatoriano. Dentro de este nuevo cuerpo legal en el Art. 412 se prescribe el principio constitucional de Oportunidad y se encomienda su aplicación al Ministerio Fiscal o representante de Fiscalía General del Estado, es decir, se monopoliza su aplicación al ente titular de la acción penal pública. Es así como el legislador reduce considerablemente el sistema inquisitivo y adopta de mejor manera el sistema acusatorio, sistema mediante el cual un sujeto que debe regir sus actuaciones por el principio de objetividad, practica diligencias investigativas, teniendo como fin, recabar todos los elementos de convicción que le lleven al pleno convencimiento de que el pragma conflictivo llevado a su conocimiento, es considerado una conducta típica, antijurídica y culpable al individuo a quien se le considera según la etapa pre procesal o procesal como sospechoso y procesado respectivamente. Es en ese momento procesal cuando fiscalía solicita al juez de garantías penales formular cargos en contra del individuo antes mencionado, siendo dicho juez solo un ente imparcial que administra la literalidad de la norma penal y realiza un control de legalidad, pues es pertinente mencionar que con la Constitución de la República del Ecuador, el juez a quo se convirtió en un juez de garantías penales, es decir un juez garantista del cumplimiento de los derechos y principios constitucionales que se plasman en el texto constitucional vigente.

Recae entonces sobre los hombros del fiscal que guía la investigación penal pública, la aplicación del principio de oportunidad como un método de extinción de la acción penal pública. Deber que obliga al funcionario a encontrarse debidamente capacitado para poder discernir los presupuestos que la norma vigente ha tipificado con el fin de que su cumplimiento conlleve a la aplicación de este principio. Asimismo este deber obliga a que el

funcionario se encuentre preparado ha deslumbrar inquietudes doctrinarias que se pueden presentar al momento de buscar la aplicación del mentado principio constitucional, lo que obliga entonces a que el fiscal en frente de las ambigüedades presentadas llegue a una decisión apegada al derecho constitucional vigente y a las garantías del debido proceso; siendo estas ambigüedades contradicciones de teorías que apoyan al principio de oportunidad, así como teorías que rechazan el mismo señalando que este es un principio que se contrapone al principio de legalidad.

Estas inquietudes que se presentan a diario en la Fiscalía, y la falta del tratamiento de las mismas por parte de maestros y juristas ecuatorianos en la rama penal, ha provocado que este principio no sea aplicado, o sea aplicado de forma equivocada, sin que cumpla el fin establecido tanto de manera doctrinaria como de manera constitucional, esto es, sin que extinga la persecución penal pública o acción penal pública. Provocando entonces que en la actualidad se inicien acciones penales por delitos considerados como *bagatelas*¹, investigaciones que no fluctúan dentro de la etapa pre procesal y procesal respectiva, provocando que la víctima no consiga concretar su derecho a la verdad, así como también provocando que el procesado tenga un incierto jurídico al no resolver su estado de inocencia o culpabilidad. Es decir estos procesos investigativos son procesos que adornan las estanterías de Fiscalía General del Estado sin que se llegue a la meta de un proceso que es la emisión de una sentencia, causando un gasto para el Estado en la sustanciación del proceso, una saturación en torno a los procesos investigativos que el fiscal tiene a su cargo dando como resultado que el fiscal no puede discernir entre casos de gran interés de persecución penal y casos en los cuales el interés del estado en torno a la persecución es escaso o vago por así mencionarlo.

¹ RAE. Cosa de poca importancia o valor.

Ante la problemática antes dicha y basándose en los métodos de valoración que en la actualidad el Consejo de la Judicatura maneja sobre la o el individuo que ejerce el cargo de fiscal, no es sorprendente observar al titular de la acción penal pública reúna escuetos elementos y lleve al procesado ante un tribunal. Tribunal que deberá juzgar al individuo según las pruebas presentadas acorde al tipo penal acusado imponiéndole una pena leve o moderada según el caso. Esta pena impuesta provoca que en la actualidad las cárceles o centros de rehabilitación para personas privadas de la libertad se encuentren saturados con un número de privados de libertad superior para los cuales fueron construidas. Tomando en cuenta las estadísticas emitidas por el Ministerio del Interior, se puede decir entonces que la mayor parte de la población de las cárceles o centros de rehabilitación para personas adultas privadas de la libertad se encuentran ocupadas por condenados por delitos “*bagatelas*” con penas consideradas por la política criminal como leves o moderadas, provoca entonces a más del gasto generado en las etapas pre procesal y procesal dentro de la acción penal, el gasto de manutención del privado de la libertad en torno a su manutención en todo el tiempo que dure el cumplimiento de su pena.

Considerar entonces que otro fin del principio de oportunidad se desvanece por los hechos relatados en el párrafo anterior es primordial, pues los efectos de la falta de rehabilitación que ofrecen las cárceles o centros de rehabilitación para personas privadas de la libertad en la actualidad provocan que los mismos entren a estas instituciones y salgan con un aprendizaje mayor en torno a la actividad delictiva. Incluso poniendo en riesgo su vida, pues como es conocido y ha generado gran conmoción, entre internos que forman parte de pandillas se han quitado la vida de manera abrupta, actos que generan gran conmoción social.

Por estas distintas problemáticas señaladas que giran en torno al modo de aplicación del principio constitucional de oportunidad se ve la necesidad del presente trabajo de investigación, analizando la forma de aplicación de este principio constitucional como una forma de extinción de la acción penal pública. Analizando los argumentos esgrimidos por parte de Fiscalía General del Estado al momento de aplicar el principio constitucional de oportunidad en los tipos penales que así lo permita taxativamente el Código Orgánico Integral Penal; y, tomando en cuenta que en ocasiones la fiscalía aplica el principio de oportunidad como un método de archivo total o parcial de la investigación, hecho que en ningún momento es el fin del principio de oportunidad, es decir se evidencia entonces que en ciertas circunstancias el desconocimiento de este principio, provoca una mala aplicación del mismo. Este hecho ha provocado que el juez de garantías penales quien es el encargado de realizar el control de legalidad en torno a los presupuestos establecidos en la normativa legal vigente, al momento de sustentar la audiencia respectiva y al ver que no se ha cumplido el fin del principio solicitado por parte fiscalía, rechace la aplicación del mismo dando como resultado un auto definitivo que niegue la aplicación de este principio, dejando al sospechoso o procesado sin la factibilidad de volver a solicitar el mismo, pues conforme se puede observar en el Código Orgánico Integral Penal, una vez rechazado por parte del juez su aplicación no podrá volver a ser solicitado.

Una vez que se ha detallado los conflictos que se generan en la fase procesal de este principio, se cree entonces pertinente analizar de igual forma los conflictos doctrinarios que se generan y que de igual forma ajetean al ente fiscal al momento de discernir si aplica o no el principio estudiado. Este conflicto se centra en determinar si el principio de oportunidad vulnera a los principios rectores del debido proceso penal como son el de legalidad y de igualdad, dando

origen a la concepción de una teoría positivista y negativista en torno al principio analizado. Siendo la teoría positivista la que defiende la aplicación de este principio tomando en cuenta el fin del mismo, aduciendo que en ningún momento el mismo vulnera ningún otro tipo de principio. Añadiendo también que el principio de oportunidad tiene la misma jerarquía que el principio de legalidad, tomando en cuenta que ambos se encontrarían estampados en las legislaciones constitucionales de los distintos Estados que lo adoptaron. En cambio, la teoría negativista gira en torno a juristas que han mencionado y ratificado que el principio de oportunidad vulnera, o sería la antítesis del principio de legalidad, provocando además una vulneración al principio de igualdad, principio que señala que la ley penal es ejercida con la misma ponderación sobre los administrados o legítimos pasivos en el caso de la acción penal. Son entonces estas dos teorías las que generan duda dentro de Fiscalía General del Estado al momento de dilucidar si aplica o no el principio constitucional en un caso en concreto, y si aplicó en aquel ¿porqué no aplicarlo en otro? Inquietudes que provocan una duda que al no ser resuelta por parte del mismo generaría la negativa en torno a la necesidad de aplicación. Es primordial de igual forma tomar en cuenta la monopolización de este principio que puede asimismo generar la consecución de delitos por parte de algunos servidores de la Fiscalía General del Estado que no cumplen a cabalidad las funciones.

Por lo expuesto, es menester realizar el presente trabajo investigativo, que tendrá como finalidad discernir y aclarar todas las ambigüedades que presenta este principio, con el fin de dar luz al ministerio fiscal y resolver conflictos entre teorías que se pueden generar y que ponen en duda al representante de fiscalía al momento de decidir si aplica o no este principio de carácter constitucional.

CAPITULO II

MARCO ANALITICO

2.1.Marco Teórico.

2.1.1. Origen y evolución del Principio de Oportunidad.

Para poder ubicar el origen del principio de oportunidad dentro de la historia y evolución del derecho penal y procesal penal es pertinente empezar desde la antigüedad y analizar el principio acusatorio, pero para tener una mejor perspectiva que este sistema sería necesario analizar en conjunto con el sistema inquisitivo, sistema que fue predecesor del sistema acusatorio.

Partiendo entonces de la premisa planteada en el párrafo anterior con el fin de analizar en primera instancia el sistema inquisitivo es pertinente citar lo que menciona el jurista Ferrajoli, (2011):

“...todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa” (p. 564).

De lo citado en líneas anteriores se puede deducir que las funciones de investigación, acusación y juzgamiento se enmarcaban únicamente en el juez, generando entonces un conflicto de intereses pues el proceso era parcializado. El juez era quien reunía las pruebas que creyera pertinentes, dejando a un lado la objetividad y contaminando su actuación. Pues con el fin de indagar su subjetividad se aferraba en el punto de acusar, producto de lo cual, su ser se contaminaba con la pugna de encarcelar al sospechoso, provocando así que la defensa del sospechoso quede endeble, pues en vano era el intento de defensa con un juez

que se encuentra enfocado con un objetivo, el de culpar al legítimo pasivo dentro de la acción penal. Por ello, analizando lo traído a colación en el párrafo anterior el juez se convertía en un ente arbitral, el cual ejecuta las diligencias procesales que satisfagan su necesidad y que le lleven a cumplir su objetivo vulnerando en sí con esta actitud los derechos humanos y fundamentales que se garantiza a un ser que forma parte de una sociedad debidamente constituida.

En conclusión, se puede decir que el principio acusatorio enfocaba todo el proceso investigativo y de juzgamiento en un Juez, el mismo que se convertía en un juez hércules, pues a su gusto administraba justicia, convirtiéndose esta justicia en ocasiones en la voluntad subjetiva del administrador o juez.

Por otra parte, citando nuevamente al maestro Ferrajoli, (2011), quien señala al sistema acusatorio como:

“...se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción.” (p. 564).

Por lo señalado es evidente el giro que toma este sistema procesal penal, pues se evidencia que se enmarca al juzgador o juez como un ente rígido y pasivo en torno al proceso o mejor dicho a la consecución de pruebas, es decir en este sistema el juez no podrá ser el que reúna los medios probatorios para llevar al procesado a una acusación y por ende a un juicio. Del mismo modo este sistema plantea partes procesales separadas de la imparcialidad del juez, quienes tendrán como obligación dentro del proceso; el que acuso, generar los medios

probatorios necesarios para llevar a la contra parte a una acusación y juicio, basado en sistema de libertad probatoria.

Entonces el sistema acusatorio implanta a un titular de la acción penal pública, que será el fiscal, el mismo que tendrá como misión perseguir e impulsar la acción en delitos de interés público, con este fondo, el ofendido si desea intervenir dentro de la acción penal pública lo hará a través de una acusación particular, lo que lo hace parte de la acción pública, pero no indispensable en la misma. Este sistema denota entonces un claro protagonismo de fiscalía dentro del procedimiento penal, lo que contribuye a respetar derechos tanto humanos como fundamentales, a buscar la prevalencia del principio de objetividad y el reconocimiento de la inocencia del procesado hasta que no exista una sentencia condenatoria en su contra. En fin, se puede definir al sistema acusatorio como un “sistema garantista que busca subsumir dentro de su debido proceso el cumplimiento de todas las garantías inherentes a un ser humano”, separando la parte investigativa de la juzgadora, en un proceso con sujetos procesales a los cuales la normativa vigente les otorga derechos y obligaciones.

Es con este sistema acusatorio que acoge la normativa penal vigente, que se trae a colación el principio de oportunidad, cuyos orígenes datan del sistema anglosajón americano en los años 70. Entonces una vez que podemos discernir qué sistema abarcó este principio es menester entonces poder definirlo al mismo previo a insertarnos en su evolución histórica, esto con el fin de entender las distintas normativas que lo acogen sin perder el hilo conductor de su concepción y finalidad.

2.1.2. El Derecho Penal Mínimo y el principio de oportunidad.

Parte de la teoría garantista tan desarrollada por el maestro Luigi Ferrajoli, se subsume en establecer las garantías básicas que protegen al indefenso al momento de activarse el sistema punitivo que lo ejerce el estado a través de las instituciones señaladas para ello. Pero tan ambigua ha quedado la interpretación de esta expresión “derecho penal mínimo” que inclusive varios juristas en la actualidad no pueden concretar su definición, es por ello que creemos pertinente para comenzar a explicar la relación del derecho penal mínimo con la oportunidad, definir al derecho penal mínimo para una mejor comprensión de lo investigado. Es por ello que creemos menester citar lo expresado por el jurista tantas veces traído a colación en torno al garantismo, es decir, citar lo que mencionada Luigi Ferrajoli, (2006) como definición de derecho penal mínimo:

“Entendemos con ella, de acuerdo con la tradición ilustrada, esencialmente dos cosas: sobre todo un paradigma meta-teórico de justificación del derecho penal y, en segundo lugar, un modelo teórico y normativo de derecho penal.

Como paradigma meta-teórico, la expresión “derecho penal mínimo” designa una doctrina que justifica el derecho penal si y solo si puede alcanzar dos objetivos: la prevención negativa o, al menos, la minimización de las agresiones a bienes y derechos fundamentales, y la prevención y minimización de las penas arbitrarias; en una palabra, si y solo si es un instrumento de minimización de la violencia y del arbitrio que en su ausencia se producirían.

Como modelo normativo de derecho penal, la expresión designa el sistema adecuado de garantías –penales y procesales- para satisfacer estos dos fines, o sea, el racionalizar prohibiciones, penas y procesos encaminándolos a la doble tutela de los bienes y derechos fundamentales: de los pertenecientes a los sujetos perjudicados contra los daños causados por los delitos y de los imputados, así como, posteriormente, de los detenidos, contra el arbitrio policiaco y judicial y contra los excesos y los abusos de las autoridades penitenciarias”. (p.55,56)

De los dos paradigmas señalados por el maestro en su obra garantismo penal y que hemos citado en líneas anteriores podemos concluir que el derecho penal mínimo en sí son las normas penales y procesales que ayudan al sistema punitivo a garantizar un debido proceso

al débil, salvaguardando un arbitrio en la imposición de penas y demás medidas coercitivas señaladas taxativamente en el codificado penal. En si podemos decir que dentro del derecho penal mínimo entonces se subsume un principio constitucional que debe ser aplicado con el fin de dar buenos resultados al garantismo y al principio de legalidad que tanto hemos hablado y señalado dentro de la presente investigación.

Entonces cabe recaer en una pregunta retórica al momento de señalar ¿Si el fiscal omite la aplicación del principio de oportunidad vulnera el derecho penal mínimo? De la definición citada es fácil llegar a una conclusión utilizando un sistema de premisa, siendo esta conclusión que o mejor dicho la respuesta a la pregunta hecha positiva. Ferrajoli señalada que en las dos teorías señaladas que el derecho penal mínimo tiene como fin regular arbitrios y tutelar al más débil dependiendo el estado pre procesal o procesal de la causa. Al momento de mencionar arbitrios utilizando la razonabilidad podemos entenderlo como el antojo del fiscal o juez en torno si aplica o no el principio de oportunidad, arbitrariedad que en la actualidad se puede evidenciar por ciertos funcionarios de Fiscalía General del Estado.

2.1.3. Definición del Principio de oportunidad.

Con el transcurrir del tiempo varios han sido los juristas que han aportado conceptualizaciones del principio que dentro del presente trabajo investigativo estudiamos, estos han intentado consolidar o concretar de la manera más clara posible la noción y el fin de este principio, pero por las diferencias normativas como se tipifica el principio en sus legislaciones han provocado que existan confusiones en los lectores, es por ello que se señalará las definiciones más apegadas a nuestra normativa penal vigente ecuatoriana.

Para ello es pertinente tomar en cuenta las definiciones en las cuales el principio se encuentra tipificado conforme a la legislación ecuatoriana, esto es definiciones en las cuales se señalen la monopolización de fiscalía, el sistema reglado para la aplicación del principio y el fin del mismo, para ellos consideramos traer a colación las a los siguientes juristas y maestros de la rama del derecho penal.

- Gimeno Sendra, (1987):

Este destacado jurista español define al principio de oportunidad como: *“La facultad que el titular de la acción asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio e independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”*. (p. 350). Su definición, aunque ambigua determina la esencia de la legislación alemana, pues solo considera como legitimado al Ministerio Fiscal, con lo cual se ve la monopolización de este principio.

- Claus Roxin, (2014):

El catedrático de la Universidad de Múnich, elogiado por varios estudios realizados en la rama del derecho penal y procesal penal considera al principio de oportunidad como aquel que: *“...autoriza a la fiscalía 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”*. (p. 65). Definición más concreta de la finalidad del principio; el jurista señalada de manera propicia al titular que puede solicitar dicho principio constitucional, sin miedo de que el monopolio sea abusado por el pretexto de defender el principio de legalidad, pues como se había explicado en el numeral anterior la legislación alemana ha conseguido el equilibrio perfecto para que

el uso del principio de oportunidad no sea considerado un abuso al principio de igual, así como una transgresión al principio de legalidad. Este equilibrio se ha basado en el estudio y preparación de los individuos que ejercen la representación ministerio fiscal dentro de su legislación.

- Góngora Mera, (2000):

El profesor Colombiano define al principio como: “*consiste en la disposición de la acción penal al criterio del ente estatal que se encomienda la persecución penal, teniendo en cuenta el mejor interés de la justicia y la utilidad o conveniencia del ejercicio de la acción*” (p.534).

Su definición evidencia nuevamente lo que las mayorías de las legislaciones analizadas han prescrito en sus códigos de procedimiento penal, el privilegio de dominar la acción penal y la aplicación el principio por parte del ente estatal o fiscal, bajo su criterio; si bien es cierto esta definición un poco ambigua resalta la problemática jurídica que se subsume en la legislación ecuatoriana, pues el criterio de Fiscalía General del Estado en ocasiones es imponer el principio de legalidad utilizando el derecho penal máximo por más delito bagatela que se esté sustentando, monopolización que ha llevado a la consecución de delitos que van en contra de la administración de justicia como el cohecho. El fin entonces sería ser un fiscal acusador, lleno de un historial acusatorio (cuantitativo) y no de un historial aplicativo del derecho del ciudadano (cualitativo).

- Luis Chang Pizarro, (2000):

El ex Ministro Fiscal de Costa Rica, realiza una definición más técnica al decir: “*facultad discrecional otorgada al órgano requirente de la persecución penal, en aquellos supuestos expresamente previstos por la misma ley, bajo el control formal del órgano jurisdiccional*”

competente” (p.57). En fin centra más su definición el proceso de control y los fundamentos para que pueda ser aplicado este principio, así como también señala al órgano requirente, esta concepción la hace como el jurista mismo lo menciona, tomando en cuenta el *pateggiamento*², desarrollado en la legislación italiana en donde este principio puede ser solicitado tanto por el ministro fiscal como el infractor, de manera individual o conjunta es por esto que trata de dejar en torno al requirente una ambigüedad, que no muchos juristas se han atrevido a estudiar y afianzar.

- Dr. Merck Benavides Benalcázar, (2015):

Señala al principio de oportunidad como: *“El legislador ve la necesidad de dictar una nueva legislación penal, considerando el avance de la ciencia jurídica, la tecnología y los nuevos conflictos existentes en la sociedad en pleno siglo XXI y una de las instituciones jurídicas relevantes específicamente el principio de oportunidad”*. (p.15). Toma en cuenta la necesidad que la ciencia criminológica determina para este principio, que si bien es cierto no lo define, pero señala los motivos del porque institucionalizarlo de manera definitiva en el texto constitucional.

Una vez que se ha señalado a criterio de investigador las definiciones más relevantes emitidas por los juristas que de mejor forma han estudiado el principio investigado es pertinente entonces definir de manera concreta al mismo, con el afán de tener una clara idea del mismo y con ello poder remitirnos a analizar la institucionalización en las distintas legislaciones del mundo.

² Nombre italiano que se da al principio de oportunidad.

Es por ello que se puede definir al principio de oportunidad como un mecanismo de política criminal orientado a la racionalización del sistema penal, concediendo una facultad al fiscal, quien tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal pública, a fin de que en determinados casos o tipos penales señalados por la norma no continúe con la persecución penal, pese a que exista elementos que configuren un posible delito. Esta definición entregada nos ayuda a encerrar los elementos que constituyen al principio de oportunidad su sujeto legítimo para la solicitud del mismo, sus presupuestos y el fin con lo que tendríamos claro a este principio en torno a su definición y conceptualización.

2.1.4. Consagración en legislaciones extranjeras

Una vez citadas las distintas definiciones doctrinarias es pertinente traer a colación la historia en torno a la institucionalización de este principio en las distintas normativas del mundo con ello podremos entender sus orígenes y el proceso de evolución que doctrinaria y teóricamente ha tenido el mismo, es por eso que debemos comenzar con la legislación anglosajona americana, para luego pasar a la legislación penal europea y para terminar en las legislaciones sud americanas, este camino que trazamos nos permitirá presenciar su consagración cronológica en el espacio del derecho mundial. Es entonces primordial empezar:

- Norteamérica

Algunos Estados que forman parte de los Estados Unidos de Norteamérica que se encuentran sometidos al “common law” denominan al principio de oportunidad como “plea-bargaining”, mismo que es manejado con el fin de que algunos adolescentes que han infringido la ley y que tendrían una pena privativa de libertad no se sometan a la misma. Intenta entonces esta figura jurídica prevenir que se conviertan en entes más peligrosos para la sociedad, por lo

que el Ministerio Fiscal puede solicitar el sobreseimiento. El sistema anglosajón americano adopta esta figura con el fin de evitar que los efectos criminógenos imperen en los adolescentes privados de la libertad y se conviertan en criminales de alta peligrosidad. Esta adopción provoco que el aparato judicial se descongestione de manera espontánea, así como también ayudo a evitar el efecto nocivo de las cárceles sobre los mismos. Es por este hecho que la legislación europea busca su institucionalización.

- Alemania

EL Strafprozeßordnung (STPO o código de procedimiento penal alemán), en sus artículos 153 y 154, introdujeron el principio de oportunidad de una forma reglada, posibilitando conforme la taxatividad de la norma y en los casos previstos el sobreseimiento por razones de oportunidad. Se deduce y varios doctrinarios han dicho que por razón de oportunidad tomando en cuenta el sentido humano y el derecho a la libertad de una persona, derecho que no es solo fundamental pues tiene carácter de humano al ser reconocido en el bloque de constitucionalidad del Estado Alemán. Esta razón de oportunidad que el STPO señala se centra en otorgar al sospechoso o procesado un comodín a fin de que regenere su vida luego de haber cometido el ilícito, fin que tiene la política criminal; regeneración que no solo ayudaría en la vida del sospechoso o procesado sino también al Estado ayudando en la resolución de casos de ámbito de penal de manera rápida y oportuna, con lo que el gasto del Estado – justicia mermaría de manera considerable, oportunidad que incluso se da a la víctima pues puede conseguir la finalidad buscada por la política criminal penal, que es la reparación integral de la misma.

Según Roxin, (2014, p.90), el legislador Alemán pese a la reforma que hizo en el STPO (código de procedimiento penal alemán) el 09 de Diciembre de 1974; en donde el Ministerio

Fiscal monopolizó la acción penal pública otorgándole mayor preponderancia al principio de legalidad, escrutó la forma que este principio no choque con el principio de oportunidad, basándose en dos presupuestos: la escasa lesión social producida por la comisión de un delito y la falta de interés público de la persecución penal, con la imposición de estos presupuestos el legislador cuida no confrontar los dos principios de igual jerarquía constitucional como son el de legalidad y oportunidad. Tutela cuidadosamente el monopolio de la acción penal pública, así como también el monopolio del principio de oportunidad presumiendo el capricho que puede tener el Ministerio Fiscal al momento de decidir si aplicar o no el principio mencionado. Esto produce una total descongestión judicial al eliminar las infracciones que no tienen una gran conmoción social dentro de la sociedad. Vemos entonces que el sistema penal alemán dominó claramente la monopolización del principio estudiado en el presente artículo al imponerle al Ministerio Fiscal la aplicación inmediata cuando se trate de infracciones que cumplen los presupuestos establecidos en líneas anteriores. Monopolio que en el Ecuador no ha podido ser resuelto de manera integral, ocasionando que se quede en letra muerta dentro de esta legislación como se analizará en líneas siguientes.

De igual forma analizando el STPO (código de procedimiento penal alemán) plantea presupuestos concretos mediante los cuales no se ha podido quebrantar el principio de oportunidad siendo estos:

- Cuando el reproche por el hecho es insignificante y no existe ningún interés en la persecución penal;
- Cuando a él le son opuestos intereses estatales prioritarios; o
- Cuando el ofendido puede llevar adelante por sí mismo la persecución penal.

Estos presupuestos que enmarca el STPO (código de procedimiento penal alemán), dejan abierto la inclusión del ofendido para que por sí mismo pueda ejercer la acción penal y así incluso llegar a implantar los métodos de resolución de conflictos con lo que deja abierto la vía en la cual el imputado solicite acatándose en el último inciso y solicitando a la víctima la extinción de la acción penal.

- Italia

Conocido como “*pateggiamento*” este principio se instauro en el “*codice de procedura penale*” (código de procedimiento penal), con el fin de evitar los efectos criminológicos de las penas privativas de la libertad cortas, efectos que consisten en abarrotar los órganos encargados de la investigación penal de procesos o casos bagatelas para el interés del Estado y de la sociedad así como también el abarrotamiento de cárceles con individuos que cumplieran penas cortas. Se recoge en el Art. 444 del Código de Procedimiento Penal italiano, en adelante cpp, mediante el cual el imputado no reincidente podía solicitar al juez previo acuerdo con el Ministerio Fiscal la aplicación de una pena sustitutiva a la privación de la libertad. Es evidente entonces que dentro de la legislación Italia se desarrolla de mejor manera el procedimiento de aplicación del principio de oportunidad, utilizando la “*richiesta*” figura que permite a los procesados dentro del proceso penal clamar por la imposición del principio constitucional, es claro entonces que dentro de la legislación penal italiana el sospechoso de manera individual o conjunta puede solicitar la aplicación del principio al juez de garantías, así lo menciona Bovino, (1985), lo que difiere del STPO que se analizó en el numeral anterior en donde solo el fiscal monopolizaba este principio.

La apertura en torno a los legitimados que pueden solicitar la aplicación de dicho principio provoca que un juez garantista analice si cumple o no los presupuestos establecidos y deja a

un lado la posible aplicación errónea del principio de legalidad que impera en el raciocinio del Ministerio Fiscal. Principio que es aplicado de forma errónea por el desconocimiento del funcionario que ostenta el cargo de Ministro Fiscal, pues un funcionario con bases garantistas y con respeto a los axiomas del garantismo penal, que Ferrajoli, (2014) ha explicado, aplicaría sin miedo a la contraposición al principio de legalidad. Otra novedad que hay que resaltar dentro de la legislación penal italiana, data en los presupuestos que imperan para la aplicación del principio constitucional de oportunidad, añadiendo la reincidencia, que otras legislaciones no la toman en cuenta, pues en Italia un reincidente no podría clamar por la aplicación del principio. Concluyendo que el CPPI se vuelve rígido en torno a los presupuestos de aplicación.

- España

La antítesis de las legislaciones antes analizadas de acuerdo con Roxin, (2010), lo ostenta la legislación penal España, pues ellos al manejar su sistema penal con la corriente draconiana en el año 1789 (2010, p.19.), buscan con carácter obligatorio que impere la aplicación del principio de legalidad, por lo que tanto tribunales como juristas han desechado rotundamente la institucionalización de este principio de oportunidad dentro de su legislación, fundamentando sus argumentos en la opinión tradicionalmente defensora del derecho penal máximo en todas las circunstancias. Por lo que se ha rechazado rotundamente los intentos que juristas españoles como Gómez Orbaneja, Giménez de Asúa, Aguilera de Paz y Serra Domínguez han propuesto a los legisladores españoles con el fin de institucionalizar el principio de oportunidad.

Es evidente entonces que siempre ponderara la defensa de la legalidad por una concepción cerrada de aplicar penas privativas de libertad a las infracciones de toda índole, incluso a las

infracciones bagatelas que se presenten en el orden jurídico aduciendo incluso que la institucionalización de este principio es solo una forma de intentar descargar la carga procesal de los órganos encargados de la acción pública penal.

- Sudamérica.

Analizar la institucionalización del principio de oportunidad dentro de las legislaciones de Sudamérica llevará de igual forma a revelar varios hechos que conllevan a conflictos que puede generar el presente principio, es por ello que se comenzará con Paraguay, donde se consagra el principio de legalidad y oficialidad a través del código penal paraguayo, donde según el mismo será obligatorio la persecución penal salvo en los hechos que sean insignificantes y que la necesidad y la naturaleza de la pena sean insignificantes, tipificando entonces el principio de oportunidad.

Bolivia, de igual forma establece la aplicación del principio de oportunidad aplicando la suspensión condicional del proceso y la conversión del proceso de público a privado, lo que generaba la factibilidad de acogerse a los métodos alternativos de solución de conflictos.

Venezuela mantienen el sistema tradicional del principio de oportunidad esto es el fiscal será el encargado de solicitar al juez la oportunidad de prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal.

En Colombia se introduce el principio de oportunidad en la década de los 80, y se lo hace como excepción al principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal. vemos entonces que todos los países que forman parte de Sudamérica introducen el principio de oportunidad con el fin de ver resultados en torno a la descongestión de fiscalías y juzgados,

más el desconocimiento y las antítesis generadas por el desconocimiento han provocado que este principio sea satanizado en ciertas ocasiones así lo señala Yépez (2010).

- Ecuador.

En el Ecuador no hay antecedentes ni constitucionales ni legales del principio de oportunidad, pues ni la desestimación de la denuncia por inexistencia del delito o por obstáculos procesales, como la prejudicialidad, ni el archivo provisional o definitivo, ni el dictamen fiscal no acusatorio, concluida la etapa de instrucción cumple con las condiciones requeridas para la aplicación de este principio, como son la presencia de elementos constitutivos de un delito y la presunción de responsabilidad de los intervinientes.

Actualmente, la constitución de la república del Ecuador del año 2008 introduce por primera ocasión el principio de oportunidad en el proceso penal en los términos contenidos en el Art. 195 del cuerpo legal antes mencionado.

2.1.5. Efectos del principio de oportunidad.

Varios maestros del derecho penal han concordado y se han concretado en una sola línea doctrinaria al señalar que el principio de oportunidad tiene como efecto un mejoramiento de la eficiencia operativa de la fiscalía, a través de su aplicación y la resolución de casos que tendrían una tendencia dilatoria en la etapa investigativa. Pero no solo este es el efecto del principio que dentro de la presente investigación estudiamos sino también podemos encontrar los citados por Yépez, (2010).

“Imponer la organización de los despachos de los fiscales porque ellos deben orientar sus recursos, en mérito a criterios de racionalidad para decidir el archivo provisional de los casos, considerando aquellos que no pueden ser objeto de investigación o que no generarían resultados efectivos en orden a la iniciación de un proceso, para continuarlo o en definitiva para que la persecución penal sea exitosa.” (p.70).

Este primer efecto señalado por la Dra. Mariana Yépez señala un efecto producido por la sobrecarga laboral en los despachos del ministerio fiscal, problemática que puede ser subsanada con la aplicación del principio de oportunidad. Se discrepa lo expresado por Yépez en torno a considerar que el principio de oportunidad tiene como fin decidir el archivo provisional de los casos, pues su fin es claro, y como ya lo hemos indicado en párrafos anteriores, su meta es extinguir la acción penal pública o la persecución penal. De los demás estamos de acuerdo pues fiscalía debería discernir los dos presupuestos establecidos en este primer efecto citado es decir que las investigaciones no generen resultados efectivos y que la persecución genere resultados exitosos. Este discernimiento ayudaría a la descongestión de investigaciones e instrucciones infructíferas que se estancan en la Fiscalía General del Estado.

Otro efecto que señala la maestra antes citada es: *“Permitir descongestionar los juzgados, cortes, tribunales, a fin de que sus esfuerzos se orienten a casos de trascendencia y no solamente por la renuncia de la acción, sino también por la suspensión e interpretación de la persecución penal”*. (p.23). Relevante es recalcar la noción que lleva el efecto citado, pues el análisis que realiza la jurista tiende a ver que al momento de aplicar el principio constitucional de oportunidad este terminaría con la persecución penal pública poniendo fin a los distintos recursos que pueden ser aplicados a los autos definitivos y sentencias. Mismos que activarían la competencia de los distintos órganos que forman parte de la función judicial, esto provocaría que el estado deje de gastar tiempo y dinero en recursos que en ocasiones incluso son escuetamente fundamentados. Esto más tomando como ejemplo la casación, recurso extraordinario que, por lo general en corte nacional, quien es la competente para

sustentar el mismo en la mayoría de ocasiones es rechazada por falta de cumplimiento en sus recursos taxativos.

Tener discernimiento y discrecionalidad es otro deber que el fiscal tiene al momento de la institucionalización del principio de oportunidad en la legislación ecuatoriana así menciona Yépez al señalar:

“Orientar la selección de casos, la que es confiada a los fiscales o al ministerio público; discrecionalidad que debe estar vinculada al principio de proporcionalidad, así pues, la selección de casos será en base a la gravedad de los delitos, su complejidad y la incidencia en las víctimas, y en la sociedad.” (p.34).

Tres entonces serían los presupuestos que el representante de fiscalía debería discernir para saber el momento oportuno de aplicar el principio de oportunidad en un tipo penal que reúna los requisitos que taxativamente exige la normativa penal vigente. Ver la gravedad del delito en torno a la conmoción social que generó; resolvería el primer presupuesto señalado, la complejidad en torno al proceso investigativo, así como en los elementos constitutivos del delito que se investiga para discernir, si es conveniente proseguir con la investigación, lo que ayudaría a resolver el segundo presupuesto, y determinar el efecto que tuvo la conducta u acto en contra del bien jurídico tutelado a fin de determinar el monto de la reparación integral sería la solución concisa del tercer presupuesto, el análisis realizado de forma recóndita de estos presupuestos ayudarían a que el ministerio fiscal o fiscalía sepa de manera efectiva y concisa cuando aplicar este principio constitucional. En fin, se puede considerar incluso que se posibilita al fiscal a tener cierta tolerancia social sobre ciertos hechos que no son interesantes de perseguir según la política criminal.

2.1.5. Problemática Principalista.

2.1.5.1. Oportunidad como antítesis de la legalidad.

Darío Bazzani (2006, p. 212) ha señalado en su libro reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal, que existen tres principales concepciones por las cuales el ministerio fiscal considera que el principio de oportunidad es contrapuesto al principio de legalidad señalando a) que son opuestas, b) que es una excepción; y, c) que es complementario. Es pertinente entonces subsumirnos en los presupuestos antes mencionados con el fin de aclarar las ambigüedades que se han generado en la primera problemática en análisis.

2.1.5.2. Que son opuestos.

Quienes defienden esta teoría, mencionan que el principio de oportunidad es opuesto al principio de legalidad, y se aferran a defender la misma amparándose en el ejercicio de la acción penal centrando su criterio en que este ejercicio es indisponible y obligatorio, al efecto es pertinente señalar que el principio de legalidad es aquel que subsume al principio de oportunidad. En ese contexto y para entender esta premisa definamos el principio de legalidad.

Para entender mejor este principio citemos al Dr. Sotomayor, quien define al principio de legalidad de la siguiente forma:

“El principio de legalidad o imperio de la ley, es un principio de derecho público conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la ley de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas, por esta razón se dice que el principio de legalidad asegura la seguridad jurídica.” (2016, p.65).

Concreto es la definición citada en líneas anteriores para ayudar a entender que el principio de legalidad es acatar la expresión de lo que tipifica la ley, es decir dar fiel cumplimiento a

la norma que impera en el sistema legal vigente. Partiendo de esa premisa podemos entonces concluir de forma lógica que el principio de oportunidad se encuentra subsumido dentro del principio de legalidad porque es la norma penal vigente la que lo tipifica y lo regula con el fin de que pueda aplicarse en el ejercicio de la acción penal pública sin que exista una contraposición de la oportunidad a la legalidad, concluyendo entonces que la legalidad le da vida a la oportunidad por lo que vaga sería la antítesis consistente en que la oportunidad se contraponen a la legalidad.

2.1.5.3. Que es una excepción.

No se puede considerar a la oportunidad como una excepción ni dilatoria y menos perentoria de la acción penal pública, pues ese no es su fin y la norma no lo ha tipificado de con ese efecto. Si analizamos los efectos del principio de oportunidad, mismos que han sido ya explicados y señalados en líneas anteriores podemos ver que no busca dilatar el proceso al contrario busca extinguirlo definitivamente sin que exista la oportunidad de que se inicie otro por el mismo hecho. Tratarlo entonces como una excepción permitiría incluso que se vuelva a incoar otra acción en contra del sospechoso o procesado, hecho que no tiene relación con el principio de oportunidad.

2.1.5.4. Que es complementario.

Esta concepción es aquella que se asemeja a la realidad del principio, pero tomando en cuenta desde el punto de vista ya explicado en torno a la contra posición de la legalidad y oportunidad. Pues como ya hemos visto el principio constitucional de oportunidad no es contra puesto al principio de legalidad, al contrario, es complementario pues la oportunidad va de la mano con la legalidad, sin la existencia de la legalidad no existirá la oportunidad.

En fin, se ha demostrado brevemente que la antítesis entre oportunidad y legalidad y las concepciones que se derivan de esta no tienen sustento fehaciente. Pues la misma normativa y análisis doctrinario nos deriva que la oportunidad debe ser aplicada sin haber vulneración directa a la legalidad incluso actuando con sustento en la teoría garantista señalada por Ferrajoli, en sus 10 axiomas del derecho penal “*nullum crimen sine poena, nulla poena sine lege*” (no hay crimen ni pena si no existe ley).

2.1.6. Oportunidad y la igualdad.

Esta teoría merece un estudio más concentrado pues creemos que es la antítesis principal que provoca que los representantes de fiscalía busquen el camino más fácil en torno al análisis de cuando aplicar el principio y por ende rechacen la aplicación del mismo provocando que en la actualidad las cárceles del centro del país se encuentren sobrepobladas en especial con privados de la libertad con una pena que oscila entre 1 a 5 años de reclusión.

Analicemos entonces esta antítesis así como se ha analizará en el numeral anterior la antítesis de la oportunidad con la legalidad. Para ello entonces se comienza con definir la igualdad, para ello se trae nuevamente a colación al Dr. Sotomayor, (2016) quien define a la igualdad como:

“...el que establece igual trato, e iguales oportunidades en cuanto a derechos y obligaciones, en la tramitación de los juicios, a un lado la diversa especie de demandante y demandado y las actitudes adoptadas en el procedimiento o derivadas de la pasividad y o ausencia. En lo provisional, la uniformidad de criterio en cuanto a obligaciones y derechos pasivos, sin diferencias clasistas, raciales, de sexo creencia religiosa, ideas políticas o sindicales. ” (p. 104).

De lo citado se desprende que la igualdad o principio de igualdad se centra en dar a todos los individuos que se presentan ante los órganos de administración de justicia en este caso ante

el los jueces, tribunales y cortes penales deben recibir equitativamente las mismas oportunidades en el proceso, tomando en cuenta los mismos derechos y obligaciones que adquieren en la calidad de denunciante y denunciados. Es entonces donde cabe plantear una inquietud que debemos resolver para dar solución a la antítesis analizada en el presente numeral, ¿aplicar el principio de oportunidad en un caso de abuso de confianza por parte de fiscalía le obliga aplicar el principio en todos los casos de abuso de confianza en los que debe investigar para no vulnerar el principio de igualdad? Los que defienden esta errada teoría manifiestan que aplicar en un caso de investigación y en otro no pone en riesgo la igualdad que tienen las partes procesales dentro de una acción penal, pues un individuo procesado por el mismo tipo penal, con la misma pena y mismos elementos constitutivos del delito se estaría beneficiando o favoreciendo por medio del principio de oportunidad de no cumplir una pena privativa de la libertad y otro cumpliría la pena. Este análisis es la fundamentación fáctica de quien apoyan este argumento.

Para destruir la teoría traída a colación en el párrafo anterior es pertinente tomar en cuenta lo que señala el maestro Bazzani, (2010):

“El fiscal debe justificar, con especial cuidado la proporcionalidad de la medida, puesto que en este caso se trata, ni más ni menos del no ejercicio de la acción penal en relación con el imputado, frente a personas que, en situaciones similares, pueden soportar condenas con alto grado afflictivo de sus derechos fundamentales. No basta entonces encontrar una razón que justifique el tratamiento diferenciado; sino que, este, debe ser proporcional.” (p. 32).

Bazzani señala luego de una interpretación a su concepción que a fin de que el principio de oportunidad no sea contra puesto al principio de igualdad, el fiscal, quien es dueño de la acción penal pública debe sustentarse diferenciando situaciones de los investigados o imputados, de manera que no se produzca un conflicto entre estos principios constitucionales,

para ello incluso el ministerio fiscal deberá utilizar técnicas interpretativas y argumentativas como la ponderación y proporcionalidad. Estas técnicas le permitirán motivar de manera lógica sin caer en un silogismo su solicitud de aplicación del principio constitucional de oportunidad y su decisión de no aplicación del principio antes mencionado en otro caso.

Otro aspecto que deberá ser analizado por el fiscal a fin de no dañar la fragilidad del principio de igualdad es no realizar distinciones basadas en sexo, creencias, religión, estado social. Existir estas distinciones sería una vulneración directa del principio de igualdad. Otro punto a favor de la tesis que defendemos en este numeral en torno a la no vulneración del principio de igualdad por parte de la oportunidad es por lo expresado por el art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual señala que el fiscal deberá actuar basado en el principio de oportunidad y mínima intervención penal, es decir la principal función del fiscal deberá ser aplicar este principio luego de haber realizado una ponderación en el caso que le ocupa. Por lo expuesto es evidente que un funcionario público con una preparación suficiente no generaría nunca una vulneración a la igualdad socapada a través del principio de oportunidad, al contrario, su análisis generaría un fundamento factico que puede ser compartido con el fin de asegurar en el núcleo en el cual se desenvuelve una fuente de consulta para otros funcionarios de igual jerarquía.

2.1.7. Institucionalización Ecuatoriana.

Para analizar al principio de oportunidad como una figura jurídica instituida en el estado ecuatoriano es menester remitirnos a la Constitución de 1998, texto constitucional en donde se reconocen garantías del debido proceso, los métodos alternativos de solución de conflictos, el respeto de los derechos humanos y la aplicación y valoración jurisprudencial de los instrumentos internacionales. A partir de dicha constitución el Ecuador pasaba a ser un estado

de social de derecho, es decir se reconocieron derechos constitucionales intrínsecos del individuo que forma parte del estado ecuatoriano.

Es en dicha constitución en donde se establece el principio de favorabilidad tipificado en el Art.24 numeral 2, por otra parte, de igual forma da la apertura para que la ley procesal establezca sanciones alternativas a las penas privativas de la libertad, generando entonces legislar sobre el principio de oportunidad. Es decir, se comienza a dar los primeros pasos en la institucionalización del principio de oportunidad, pero no obstante a lo tipificado en la constitución la ley procesal penal del 2001, jamás tipifico el principio de oportunidad por lo que el representante de Fiscalía General del Estado debía seguir apegado al principio de legalidad y de irrenunciabilidad de la acción penal pública, lo que provoco la aglomeración de investigaciones en los despachos fiscales, sin que existieran respuestas ágiles ni al sospechoso y menos a la víctima, provocando además gastos al estado por cada proceso que se encuentra activo sin ninguna respuesta.

Con la continuidad de una estructura penal netamente draconiana, sistema oral con tendencia acusatoria (mixta) que continuó hasta el año 2008, año en el cual la Asamblea Constituyente arrojó la constitución vigente, constitución que enmarcaba un garantismo puro, otorgando derechos humanos y fundamentales a las personas que forman parte del Estado. Entre las novedades constitucionales que se subsumían en la normativa constitucional se consagraba en el Art. 195 dentro de las funciones del fiscal, artículo que prescribe:

“La fiscal dirigirá de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal durante el proceso ejercerá la acción penal 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...”

El legislador vio la necesidad tipificar la oportunidad con el fin de dar más realce a las funciones que realiza fiscalía, recuperar el fin institucional de la misma con el fin de que sea un ente de persecución del delito y elemento clave de un sistema de administración de justicia, un elemento de auxilio de los órganos judiciales. Al ver a fiscalía general del estado como un elemento clave de la administración de justicia nos ubicamos en la misión de que este organismo ayude a realizar justicia cuando debe ser aplicada y por ende a descongestionar los aparatos judiciales como Unidades y Cortes que sustentan el ámbito penal. Estos hechos entonces serían posibles siempre y cuando el legislador implante métodos alternativos de solución de conflictos en la rama penal como armas de fiscalía en la sustanciación y ejercicio de la acción penal pública. Es por ello que se tipifica el principio de oportunidad de igual forma en el Código Orgánico Integral Penal, en el Art. 412 que tipifica: *“La o el fiscal podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada...”*. Se entrega entonces la facultad al ministerio fiscal de poder extinguir el ejercicio de la acción penal a través de dos presupuestos

- Abstenerse de la investigación penal; y,
- Desistir de la ya iniciada.

Estos dos presupuestos con simple lógica son fáciles de interpretar, abstenerse de la investigación penal, el legislador dio el camino al fiscal que una vez que conozca la *noticia criminis*, utilice la discrecionalidad, la ponderación y la objetividad para poder determinar si da inicio a la investigación previa dentro de un supuesto conflictivo llegado a su conocimiento. Desistir de la ya iniciada, no lleva a comprender que el legislador faculta al fiscal una vez ya iniciada la investigación y al no encontrar suficientes elementos de

convicción desistir de la misma y con ello ayudar a la descongestión de los aparatos de administración de justicia.

2.1.8. Presupuestos de aplicación.

A más de los dos momentos de aplicación de la oportunidad explicados en líneas anteriores, existen presupuestos que deben ser cumplidos y controlados legalmente por el ente pertinente para que no exista vulneración de principios y derechos, entre ellos los principios de legalidad e igualdad que ya analizamos en los literales anteriores. Estos presupuestos se tipifican de igual forma en el Art. 412 en dos numerales y en un párrafo que indica de forma clara la negativa de cuando no aplicarlo. Es así que tipifica:

1. Cuando se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad de hasta cinco años, con excepción de las infracciones que comprometen gravemente el interés público y no vulneren a los intereses del Estado.
2. En aquellas infracciones culposas en las que el investigado o procesado sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal.

La o el fiscal no podrá abstenerse de iniciar la investigación penal en los casos de delitos por graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, delincuencia organizada, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familia, trata de personas, tráfico de migrantes, delitos de odio, de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y delitos contra la estructura del estado constitucional de derechos y de justicia.

El numeral 1 y 2 señalan en general los casos en que cabe la aplicación del principio de oportunidad, señalando características intrínsecas que se evidencian en cada tipo penal, estas características como la pena y los bienes jurídicos tutelados que se infringen deben ser discernidos por la Fiscalía General del Estado a fin de determinar si cabe o no la aplicación del principio. Este control debe ser obligatorio pues el juez será quien tenga la última palabra en la audiencia de sustanciación del principio.

De igual forma el párrafo final del artículo citado señala cuando no se podrá abstener la Fiscalía General del Estado de ejercer la acción penal pública, así detalla los distintos tipos penales en donde el fiscal se encuentra atada en realizar la aplicación del principio constitucional.

En si el articulado 412 subsume los casos en donde puede o no aplicarse el principio estudiado dentro de la presente investigación, así como el tiempo en que se puede aplicar el mismo distinguiendo dos antes de que se inicie y después de iniciado.

2.1.8.1. Trámite del principio de oportunidad.

Así mismo el legislador ha señalado el debido proceso que debe cumplir el principio de oportunidad para que su aplicación no se vulnere ningún tipo de requisito sustancial o formal es así que podemos estratificar el procedimiento de la siguiente forma:

1.1. Debe iniciar con el pedido del fiscal, petición que deberá dirigirse al juez competente dentro de la presente causa esto es al juez de garantías penales.

1.2. El juez una vez que avoca conocimiento deberá señalar día y hora oportunos dentro de los cuales se sustente la audiencia respectiva a fin de que el mismo haga un control de legalidad y de ser pertinente aplique el principio.

1.3. De encontrar el juzgador que el fiscal no ha demostrado los presupuestos establecidos en la norma, el mismo rechazará de facto la aplicación del principio y en el plazo de 3 días remitirá a un fiscal superior para que ratifique o revoque la decisión. El fiscal superior tendrá el plazo de 10 días para entregar debidamente motivada su decisión. Este procedimiento se asemeja de al procedimiento de solicitud de archivo,

pero cabe recalcar que son dos procedimientos distintos correspondientes a figuras jurídicas penales distintos y con otro fin.

1.4. Si el fiscal superior revoca la decisión no se podrá solicitar la aplicación del principio de oportunidad nuevamente. Es por ello que dentro de la presente investigación se ha recalcado e intentado resolver las distintas ambigüedades que se pueden presentar dentro de la oportunidad con el fin de que no se de este hecho que podría comprometer gravemente el interés del sospechoso o procesado.

1.5. Si el juez se ratificara en la decisión de aplicación del principio de oportunidad se remitirá de manera inmediata al juzgador con el fin de que se extinga el ejercicio de la acción penal pública.

Dentro del detalle que se realizó es pertinente mencionar que es necesaria la notificación a la víctima, pero la misma podrá o no concurrir a dicha audiencia. Así también se garantiza el cobro de la reparación integral de la víctima, pero a través de la vía correspondiente, esto es la vía civil. Esta problemática que a criterio del suscrito investigador debería ser subsanado, pues si se extingue el ejercicio de la acción penal de igual forma debería garantizarse lo determinado en el Art. 1 del Código Orgánico Integral Penal, en torno a la finalidad del mismo que es reparar a la víctima. Al señalar que la víctima puede solicitar la reparación integral por cuerda separada no se estaría cumpliendo con el objetivo del cuerpo normativo vulnerando en sí el derecho de la víctima.

2.1.9. Discrecionalidad del fiscal en el principio de oportunidad.

Hablar de discrecionalidad, es hablar en sí de la facultad que tiene el fiscal para aplicar los métodos o principios que le otorga taxativamente la ley. Al respecto y para entender de mejor

forma la discrecionalidad en el principio de oportunidad es menos parafrasear que definición se le da a la discrecionalidad.

El diccionario de la real academia española ha definido a la discrecionalidad como lo que no es sometido a una regla, sino al criterio de una persona, es decir la real academia española no inmiscuye en otra terminología que sería necesaria analizar para tener en claro el contexto de la discrecionalidad, este es el criterio. De igual forma la real academia española define al criterio como una opinión, juicio o decisión que se adopta sobre una cosa, en sí sería un aspecto subjetivo en el cual interviene el pleno conocimiento del individuo. En fin, podríamos decir que es la facultad que se le otorga al fiscal de usar medios extra punitivos para solucionar pragmas conflictivos de manera rápida y eficaz acatándose a presupuestos determinados por la ley.

2.2. Metodología.

2.2.1. Delimitación Temática.

Dentro del presente trabajo de investigación es pertinente delimitar el tiempo y el espacio en los cuales se llevó a cabo la indagación del problema señalada. Para ello se definió como espacio a la Fiscalía General del Estado con sede en el Cantón Ambato, lugar en donde se accedió a las solicitudes de aplicación del principio de oportunidad. Este lugar fue escogido en vista a la constatación de la falta de aplicación de la oportunidad por parte de los servidores de dicha institución.

Dentro de la limitación temporal la investigación se llevó a cabo dentro del periodo 2014-2018, este período fue electo en vista a que a partir de este año (2014) la oportunidad fue tipificada en el Código Orgánico Integral penal. Con ello entonces entraba en vigencia la

aplicación por parte de la Fiscalía General del Estado, que según lo analizado debía ser de carácter primordial según lo tipifica la constitución de la república del Ecuador en su articulado 195, que señala que el fiscal deberá aplicar el principio de oportunidad en todo proceso que se haya incoada por la vía penal. El techo de la investigación sería el año 2018, esto con el fin de observar cuantas veces este principio fue aplicado en el lapso de 4 años que el principio constitucional se encuentra vigente.

Los casos que han sido seleccionados para el análisis del objeto de la presente investigación son las solicitudes de sustentación del principio de oportunidad por parte de los fiscales que ejercen sus funciones en la fiscalía general del estado con sede en el cantón Ambato. Solicitudes que se encuentran dentro de la base de datos que reposan en la institución antes mencionada, misma que ha sido entregada al investigador con el fin del análisis pertinente. Dentro de esta base de datos se encuentran los tipos penales, etapa, y decisión final del control de legalidad que realizó el juez a quo al momento de cumplir sus funciones. De igual forma con el fin de aseverar los objetivos específicos se realizó un análisis de las sentencias emitidas por parte de los jueces de garantías penales, jueces que tienen como finalidad realizar el respectivo control de legalidad en torno a los presupuestos tipificados en el artículo 412 del código orgánico integral penal, pues de ellos también implica conocimiento cualitativo con el fin de no vulnerar el debido proceso en la aplicación de la oportunidad.

2.2.2. Enfoque de la investigación

El método científico que se utilizó en el presente trabajo de investigación fue mixto (cualitativo y cuantitativo), debido a que éste es un enfoque dedicado al estudio de las cualidades que analizan un contexto particular, estas fueron indagar dentro de las solicitudes con el fin de determinar si fiscalía cumple con los puntos estratégicos tanto en conocimiento

como discernimiento al momento de aplicar la oportunidad o principio constitucional de oportunidad.

De igual forma él se indago el método cuantitativo determinando el número de procesos procesos que se han extinguido debido a la aplicación del principio de oportunidad (Quecedo & Castaño, 2015). En ese orden de ideas es importante analizar el principio de oportunidad en relación al rol de fiscalía general del Estado, desde la entrada en vigencia del código orgánico integral penal concordantemente con la actual constitución. Asimismo se realizó un cálculo y se verifico estadísticamente los procesos sustentados ante la fiscalía general del Estado con sede en el cantón Ambato, provincia de Tungurahua, en los cuales se ha aplicado el principio constitucional de oportunidad como un método de extinción de la acción penal pública. Para dar cumplimiento a lo expuesto en líneas anteriores se recabará información desde libros, textos, informes y procesos constitucionales, con la finalidad de revisar antecedentes y criterios investigativos que aporten con ideas concretas al tema de desarrollo.

2.2.3. Tipo de investigación

El tipo de investigación que se dio a la presente es el tipo documental, puesto que por medio de la búsqueda de información en fuentes secundarias tales como libros, informes que reposan en bibliotecas y hemerotecas de las diferentes universidades de la ciudad de Quito, así como doctrina que verse sobre el principio de oportunidad, así como también se hizo una investigación de tipo descriptiva y el explorativa; métodos que fueron necesarios aplicarlos con el fin de comprobar la hipótesis que varios doctrinarios sobre este principio y que ha generado el miedo en torno a la aplicación del principio de oportunidad. Para probar la hipótesis planteada se ha tenido que realizar entrevistas y encuestas a miembros de Fiscalía General del Estado con sede en el cantón Ambato, a fin de determinar las falencias del

conocimiento del mismo que tengan los fiscales dentro de este principio. A través de las entrevistas se pudo determinar las inquietudes en torno al principio, inquietudes que han sido resueltas dentro de la presente investigación.

2.2.4. Método de investigación.

El presente trabajo de investigación se lo realizó por medio de encuestas y entrevistas para lo cual se utilizaron los siguientes instrumentos. En el caso de las entrevistas un cuestionario semi estructurado de carácter abierto; respecto de las encuestas se realizó en base a un cuestionario mixto es decir preguntas abiertas y cerradas.

CAPITULO III

3.1. Resultados y Análisis.

La tipificación constitucional de la oportunidad en la legislación ecuatoriana tenía como fin obtener un método imperioso de descongestión dentro del ejercicio de la acción penal, aplicando un sistema simplificado una vez que se haya esgrimido un criterio ético, intelectual y racional de quien ejerza el ejercicio de la acción penal pública. El resultado de la aplicación de este proceso simplificado sería el óptimo mejoramiento de sistema penal público dentro de este sistema de justicia provocando un ahorro estado, una no vulneración de los principios constitucionales de celeridad y economía procesal, un cuidado a la seguridad jurídica tipificado en el Art. 82 de la constitución vigente, un descongestionamiento investigativo tanto pre procesal como procesal y una reducción de la población carcelaria en los centros de rehabilitación de nuestro país.

Esta estratificación de los distintos fines que el legislador buscó con la tipificación y aplicación del principio de oportunidad en la actualidad, no han dado resultado de manera eficaz, esto producido por el desconocimiento y la falta de discrecionalidad por parte del fiscal al momento de manejar el ejercicio de la acción penal pública. Ello se evidencia al momento en que se accedió a la base de datos de Fiscalía General del Estado con sede en el cantón Ambato, base de datos que va dentro del periodo (2014 -2018), en donde se evidencia que existen en 4 años de vigencia de un principio constitucional y solo 279 casos en los cuales presuntamente se han aplicado el principio de oportunidad, casos que se han analizado de manera minuciosa tanto la motivación por parte de fiscalía, así como el control de legalidad

que debe ejercer el juez desde el año 2008, año en que el Ecuador adoptó el garantismo dentro de la justicia penal.

Del análisis que se realizó se encontró en primera instancia los siguientes tipos penales en los cuales se han aplicado el principio de oportunidad. A continuación, se presenta en la tabla 1 y gráfico 1 el tipo penal, articulado que reposan en la norma penal vigente, así como el número de casos que se han presentado.

Tabla N. 1. Tabla 1. Aplicación del principio de Oportunidad.

Tipo Penal	Artículo	Número de Casos
Receptación	202	40
Robo	189	38
Intimidación	154	32
Daño a bien ajeno	204	28
Abuso de confianza	187	27
Hurto	196	24
Estafa	186	17
Falsificación y uso doloso de documento falso	328	16
Ingresos de artículos prohibidos	275	11
Violación a propiedad privada	181	7
Ataque o resistencia	283	6
Incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente	282	5
Suplantación de identidad	212	5
Lesiones	152	4
Abandono de persona	153	4
Engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos	235	3
Insolvencia Fraudulenta	205	2
Tráfico de moneda	304	2
Fraude Procesal	272	2

Apropiación fraudulenta	190	2
Violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar	156	1
Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización	220	1
Tenencia y porte de armas	360	1
Tentativa de Robo	189	1
Total		279

Tabla N. 1

Autor: Luis Andrés Chimborazo Castillo

Ilustración 1. Aplicación del Principio de Oportunidad

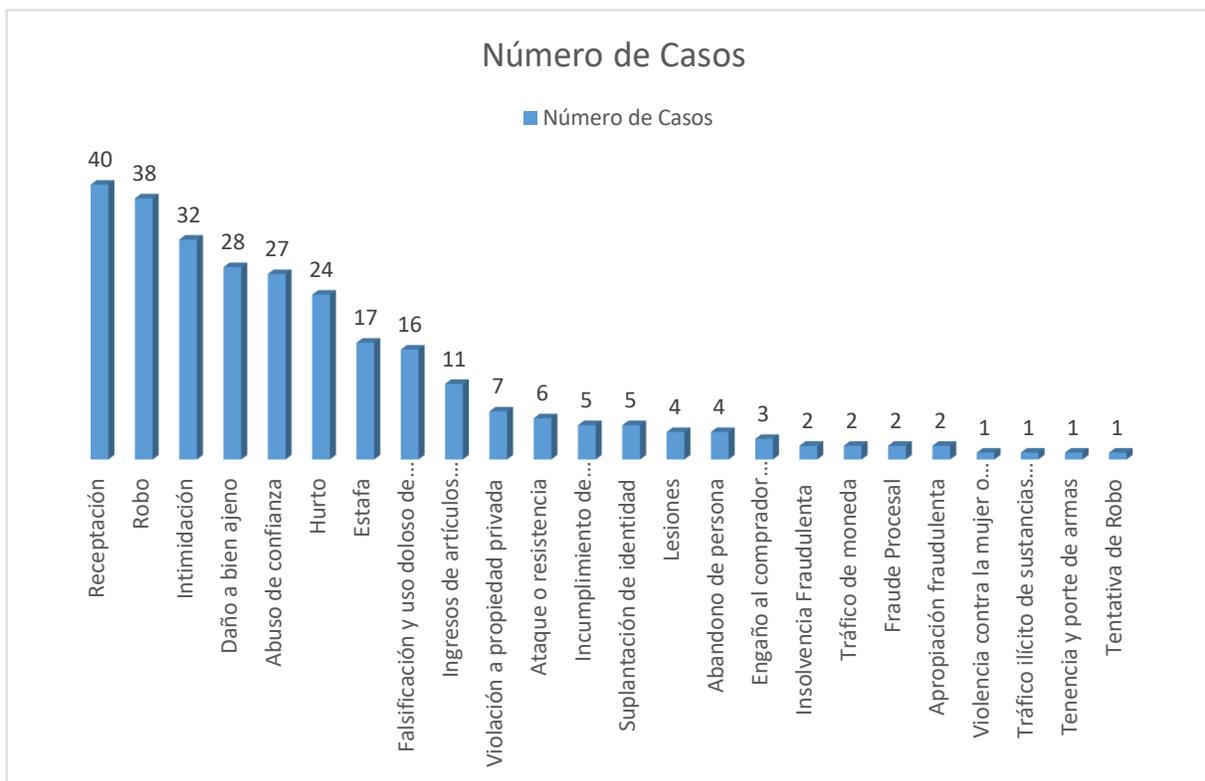


Grafico N. 1

Autor: Luis Andrés Chimborazo Castillo

De la simple anamnesis que se realizó en la tabla y gráfico 1 se puede consolidar una ambigüedad concreta en torno a dos tipos penales en los cuales taxativamente y utilizando una interpretación literaria del articulado 412 del código orgánico integral penal se encontró

que en dichos casos jamás se puede aplicar un principio de oportunidad, lo que demuestra claramente que existe un déficit en torno al conocimiento del fiscal al momento de discernir la aplicación de la oportunidad e incluso demostrando que el control de legalidad que debe ser realizado por el juez garantista tienen una ambigüedad. Estos dos tipos son la estafa y violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. En el caso de la estafa la pena es el elemento que implica una prohibición al momento de intentar aplicar la oportunidad pues del análisis literal de la norma penal la misma estratifica una condicional en torno a la pena siendo esta la de 5 años como pena máxima dentro del tipo penal, esto nos llevaría entonces a analizar cuál es la pena mínima y la pena máxima dentro de un tipo penal. El legislador ecuatoriano ha tipificado en cada tipo penal una pena privativa de libertad que posee un piso y un techo por así llamarlo de forma rápida para el entendimiento del lector, siendo para la política criminal considerada como pena mínima el piso y como pena máxima el techo, es decir si dentro de un tipo penal se señala como pena privativa de libertad entre 3 a 5 años, la pena mínima sería 3 años y la pena máxima de 5 años. En si volviendo al análisis de la tabla y el gráfico 1 se observa que la estafa al tener una pena mínima de 5 años y una máxima de 7, no sería procedente aplicar el principio de oportunidad, pues su techo no permitiría la aplicación del principio constitucional, pese a ello se evidencia que 17 veces se han aplicado presuntamente el principio de oportunidad lo que vulneraría la seguridad jurídica, pues del análisis de estas sentencias se encontró que el fiscal motiva de manera sucinta la aplicación del principio de oportunidad en la etapa de juicio aduciendo que al no existir agravantes la pena sería de 5 años (pena mínima) y que por ende cabría la aplicación del principio de oportunidad. Asimismo el control de legalidad realizado por parte del juez de garantías penales deja mucho que desear, pues utilizando la interpretación extensiva del fiscal en los

casos leídos se ve que el juez se deja llevar de la falacia sofista esgrimida en la argumentación y por ello yerra al momento de realizar el control de legalidad en la audiencia de oportunidad.

Otro tipo penal que evidencia el desconocimiento de fiscalía es el tipificado en el Art. 156 del Código Orgánico Integral Penal, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. Se aplica el principio de oportunidad a sabiendas que taxativamente la legislación penal vigente señala que dentro de ese tipo de delitos no puede darse la aplicación del principio estudiado. Pese a ello la motivación ambigua y vaga de fiscalía en la solicitud estudiada revela que se hace caso omiso a la normativa y se fundamenta solo tomando como presupuesto la pena establecida en el tipo penal. Del control de legalidad realizado vano sería hablar pues si nos remitimos al principio universal del derecho "*Iura novit curia*", se está frente a un hecho conocido como error inexcusable, que aseguraría una destitución del juzgador garantista de derechos.

Dentro de los demás tipos penales en los cuales se han aplicado el principio de oportunidad en la Fiscalía General del Estado con sede en el cantón Ambato y que constan en la tabla 1 es pertinente de igual forma indagar el discernimiento por parte de fiscalía para pedir su aplicación y el control de legalidad que se realizó en el mismo. Empecemos entonces con un orden de mayor a menor según el número de casos que se hayan aplicados, entonces analizamos el tipo penal prescrito en el articulado 202 del Código Orgánico Integral Penal, esto es receptación; del análisis de los cuarenta casos en que se aplicó durante el periodo 2014-2018 se evidencia que el discernimiento que debe tener el fiscal en torno a la aplicación de la oportunidad se subsume en su mayoría esto es un 70% en acuerdos conciliatorios entre las partes en donde se repara a la víctima con un monto económico y a su vez se devuelve los objetos sustraídos, el 30% se encierra en un archivo definitivo por faltas de pruebas. De

lo analizado se concluye entonces que la aplicación del principio de oportunidad se encierra en un falso objetivo, un falso fin que de la sola lectura de la normativa legal vigente de manera literaria señala para el principio constitucional. Aplicar el principio de oportunidad aduciendo una conciliación sin discernir los presupuestos señalados en un principio de oportunidad reglado, así como también con el fin de archivar yerra de manera evidente el fin que tiene la oportunidad.

Otro tipo penal que ingreso en análisis y que sirvió como fundamento principal para mantener firme el objetivo principal de la presente investigación es el robo, que se encuentra tipificado en el artículo 189 del Código Orgánico Integral Penal, dentro de este tipo se aplicó el principio en 38 casos de los cuales de igual forma como el tipo penal analizado en el párrafo anterior el 90% fue con los presupuestos de la conciliación, esto es analizado el artículo 663 del código orgánico integral penal, y asombroso es que el fiscal aplica los mismos en etapas procesales avanzadas cuando las investigaciones han superado los plazos que taxativamente estipula la ley. El 10% nuevamente se guarda en un archivo cuyo fin no es el del principio constitucional de la oportunidad.

Dentro de la intimidación, otro tipo penal en el cual se aplicó el principio de oportunidad por 32 ocasiones se evidencia en el 100% de los casos que se realizó por no existir elementos suficientes de convicción que si bien podría ser tomado como un discernimiento probo realizado por el fiscal pues aplico por un presupuesto que señala el principio de oportunidad, esto se merma en el momento del ver la instancia procesal en el cual se aplicó el principio pues del 100% casos, todos son pedidos después de mantener 2 o 3 años en etapa de investigación previa. lo que tacha claramente la debida diligencia del fiscal al momento de aprobar la aplicación del principio pues no cumplió con lo que estipula el Art. 195 de la

constitución de la república del Ecuador. Este actuar también encontramos en los tipos penales como son el daño a bien ajeno, falsificación de documentos públicos, violación a la propiedad privada, ataque o resistencia, ingreso de artículos prohibidos suplantación de identidad y fraude procesal, en donde la motivación del fiscal se centra en la desesperación de archivar casos y reducir los expedientes pendientes de resolución dentro de su despacho.

Un tipo penal que llamo la atención al momento de su análisis es el tipificado en el artículo 187 del código orgánico integral penal, el abuso de confianza, tipo que afecta gravemente a la bien jurídico tutelado como es la propiedad. Este delito protege el patrimonio de la víctima quien por un origen lícito otorga plena confianza al sospechoso para que cumpla ciertos encargos. Este tipo entonces encierra una vulneración en el ámbito económico de la víctima lo cual genera una metodología de arreglo si el daño patrimonial es accesible. Pero ver como fiscalía decidió la aplicación del principio de oportunidad fue lo que llamo la atención dentro del presente trabajo investigativo. Pues de los 27 casos en que se aplicó este principio la totalidad de los mismos se sujetan a un acuerdo conciliatorio o a un acuerdo de pago, en donde la víctima declara haber recibido el monto que causó perjuicio en su patrimonio por parte del sospechoso, es decir nuevamente se interpreta de forma errónea el principio y se aplica como una conciliación entre las partes. Jamás se evidencia de la motivación del fiscal que se tome en cuenta los presupuestos del principio de oportunidad, al contrario es claro ver que se señala los presupuestos del artículo 663 en torno a los delitos que van en contra de la propiedad. El factor tiempo de igual forma sorprende dentro de este tipo penal, pues en el 90% de los casos presuntamente se aplica el principio en la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio y el 10% en la fase de juicio, lo que evidencia que nuevamente se ataca a los principios de economía y celeridad procesal.

De los análisis de casos en concreto que sirvieron como fundamento para la presente investigación nos deja entonces como resultado que el análisis doctrinario realizado por varios maestros, han señalado que deben ser elemento primordial para el fiscal al momento de intentar aplicar el principio de oportunidad, no tiene un valor subjetivo fehaciente esto por el desconocimiento del ente fiscal al momento de cumplir sus funciones. De igual forma evidencia que el desconocimiento de esta figura jurídica y de su objeto dentro de la acción penal pública provoca que sea aplicada de manera mínima y arbitraria, pese a que la constitución obliga su aplicación de forma primordial. Lo que incluso para efectos del investigador el actuar de fiscalía vulneraría la seguridad jurídica de los sujetos procesales dentro de la acción penal.

Del análisis en primera instancia que a simple vista evidencian el desconocimiento básico y doctrinal del principio de oportunidad, así como también la falta de discernimiento, se ha concretado el objetivo de la presente investigación, pero ineficaz sería quedarse solo con dicho análisis ahora sería pertinente constatar y hacer una operación matemática que demuestre el porcentaje en que se ha aplicado el principio de oportunidad. Para el efecto se ha remitido a otra base de datos otorgada por la Fiscalía General del Estado con sede en el cantón Ambato, en la cual se establece que dentro del periodo elegido para la investigación de la aplicación de la oportunidad esto es (2014-2018), cuantas denuncias se han presentado en la institución.

Dando como resultado la tabla y el gráfico N. 2, en la que se evidencia como resultado que durante el periodo 2014-2018 en Fiscalía General del Estado con sede en el cantón Ambato se han presentado un total de treinta y tres mil catorce demandas dentro de las cuales es

menester determinar que delitos cabe la aplicación de oportunidad, según la tabla y gráfico que a continuación se presenta:

Tabla 2. Denuncias presentadas

Tipo Penal	Artículo	Número de denuncias
Receptación	202	1042
Robo	189	2259
Intimidación	154	1910
Daño a bien ajeno	204	564
Abuso de confianza	187	623
Hurto	196	3654
Estafa	186	1702
Falsificación y uso doloso de documento falso	328	548
Ingresos de artículos prohibidos	275	457
Violación a propiedad privada	181	161
Ataque o resistencia	283	104
Incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente	282	401
Suplantación de identidad	212	199
Lesiones	152	182
Abandono de persona	153	0
Engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos	235	38
Insolvencia Fraudulenta	205	10
Tráfico de moneda	304	50
Fraude Procesal	272	20
Apropiación fraudulenta	190	25
Violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar	156	1
Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización	220	10
Tenencia y porte de armas	360	45
Tentativa de Robo	189	1

	Total	13. 780
--	--------------	---------

Tabla N. 2

Autor: Luis Andrés Chimborazo Castillo

Ilustración 2. Denuncias presentadas

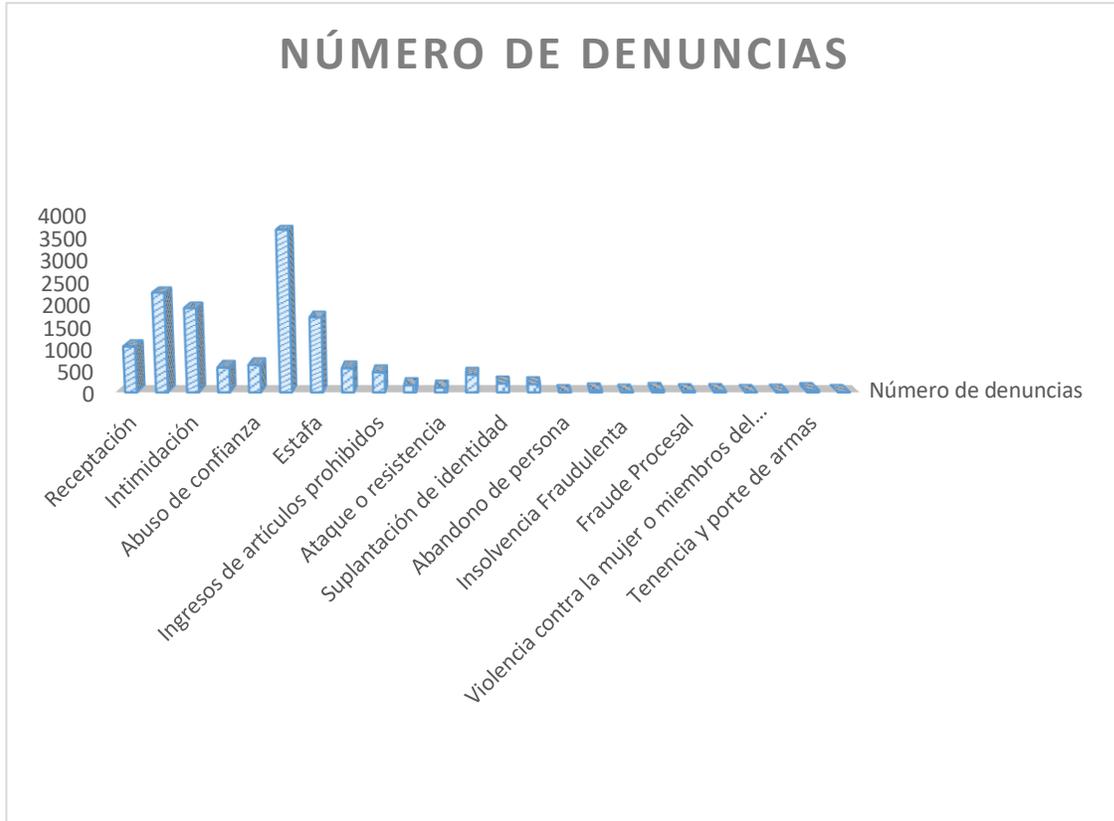


Gráfico N. 2

Autor: Luis Andrés Chimborazo Castillo

Del análisis realizado a la tabla y el gráfico antes señalados se ha tenido como resultado que durante el periodo 2014-2018 se han presentado trece mil setecientos ochenta denuncias por tipos penales consumados dentro de los cuales se puede aplicar el principio de oportunidad. De este resulta arrojado sería entonces menester realizar una simple regla de 3 para evidenciar cual es el porcentaje total de casos en que se aplicado la oportunidad.

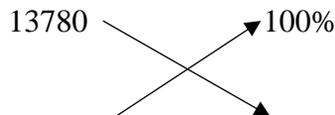


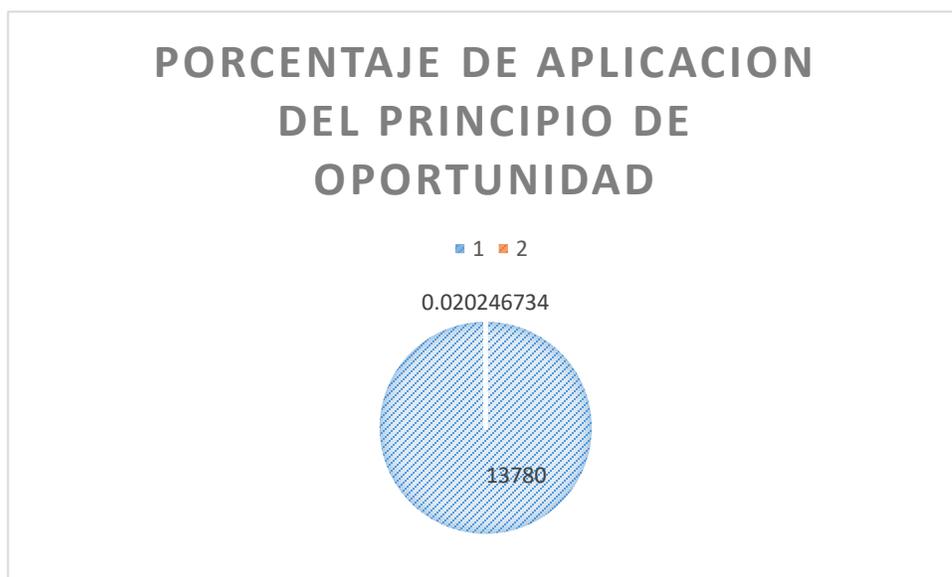
Ilustración 3. Porcentaje de Aplicación del Principio de Oportunidad.

Gráfico N. 3

Autor: Luis Andrés Chimborazo Castillo

Esta operación matemática da como resultado un porcentaje de 2.02%, es decir del 100% del universo de las denuncias en las cuales se puede aplicar el principio constitucional de la oportunidad solo un 2.02% ha sido aplicado, esto es solo 279 casos en los se aplicó el principio, de los cuales como se evidenció en primera instancia algunos sufren de irregularidades en torno al discernimiento y al control de legalidad. Este resultado arrojado sustenta la hipótesis de la presente investigación mediante la cual se demostró que este principio constitucional tipificado en el Art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador no es aplicado por los fiscales por falta de discernimiento, discernimiento que se demostró en el análisis de los casos, en especial en el análisis de los tipos penales como son

la estafa y la violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, lo que ha provocado la exuberante cifra de demandas presentadas y que aún siguen haciendo alegoría en las estanterías de los fiscales sin que tengan una solución rápida y concreta.

De igual forma dentro de la investigación se realizaron 4 entrevistas, mismas que fueron hechas a la directora de gestión procesal y a 3 fiscales de soluciones rápidas, del cantón Ambato, provincia de Tungurahua; fiscalías en donde se presupone el principio de oportunidad tabularía mayores resultados en la base de datos de fiscalía. De las mismas se ha obtenido interesante resultado que se analiza de la siguiente manera:

Tabla 3. Entrevistas

<p>Analista de Gestión Procesal</p>	<p>La entrevista otorgada por la Dra. Adelaida del Carmen Palate Labre, se efectuó el día lunes 08 de Julio de 2019, en la misma se procedió a preguntar cuáles eran sus funciones en fiscalía, la misma supo mencionar que ejerce el cargo de directora de gestión procesal de fiscalía general del estado, que en este puesto se encarga del control tanto del actuar de los fiscales, así como también del control del descongestionamiento de la fiscalía general del estado con sede en este cantón. Al respecto se le pregunta si fiscalía de este cantón se encuentra descongestionada en torno a las denuncias presentada, la funcionaria responde, que en la actualidad fiscalía general del estado con sede en el cantón Ambato se encuentra con alto índice de congestión debido a la acumulación de denuncias que se encuentran en etapas pre procesales y procesales. Se le pregunta puede ser motivo de la congestión la falta de aplicación de los principios constitucionales y métodos alternativos de solución de conflictos, a lo cual responde con gran ahínco que parte de la congestión que presenta fiscalía general del estado con sede en el cantón Ambato, se produce por la falta de transición de pensamiento que debe tener el fiscal en torno a sus funciones, el fiscal es un ente investigador que tiene como fin cumplir con el principio de legalidad pese a ello, siguen con la mentalidad inquisitiva pensando que son mejores fiscales quienes más acusen y lleven a la cárcel a las personas sospechosos, eso ha provocado que con ese fin los mismos tengamos investigaciones estancadas. Se pregunta a la funcionaria si se ha evaluado el conocimiento de los fiscales en torno al principio de oportunidad a lo cual responde que fiscalía general se ha preocupado solo por preparar y evaluar a los fiscales en torno a criminología, a delitos concisos y otros hechos menos en torno a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, tampoco se les ha evaluado o capacitado en torno a los métodos alternativos de solución de conflictos. Esto da mayor fuerza a la investigación realizada pues sigue aportando fuerza en la hipótesis central de nuestra tesis cuyo fin es demostrar como la falta de aplicación de este principio nos lleva a un hacinamiento en las cárceles del Ecuador cárceles que en la actualidad se han vuelto territorio de asesinatos a sangre fría, zona de interés en torno al control de mafias que las manejan desde afuera, provocando así la vulneración de los principios constitucionales y los derechos de los privados de la libertad, de igual forma dentro de la entrevista se ha evidenciado que existe un desconocimiento por parte de fiscalía en torno al fin de aplicación del mismo pues</p>
-------------------------------------	---

	la funcionario ha señalado que en ocasiones el fiscal archiva una investigación y aduce haber aplicado el principio de oportunidad.
Fiscales de Soluciones Rápidas	De las entrevistas realizadas a los fiscales de soluciones rápidas de este cantón Ambato, los mismo tiene una idea generalizada en torno al principio de oportunidad, pues se les ha preguntado si consideran que el principio de oportunidad vulnera el principio de legalidad, a lo cual han respondido que sí, porque la justicia debe ser para todos y no se puede aplicar a unos la pena y a otros dejarlos libres. Se les pregunta sobre el conocimiento de los presupuestos y el discernimiento que deben aplicar en dicho principio, a lo cual responden de forma ambigua sin llegar a concretar su respuesta. Estas entrevistas nos llevan a concretar que existe dentro de los fiscales aun la mentalidad o la inclinación a la teoría negativita del principio de oportunidad, pues aún se mira como un tabú a un principio de aplicación inmediata según la constitucional de la republica del ecuador.

Tabla N. 3

Autor: Luis Andrés Chimborazo Castillo

De todos los datos que se han traído a la luz, y que son de carácter fidedignos se observó que el principio de oportunidad no es aplicado por el fiscal sobre quien recae la obligación de sustentar la acción penal pública, lo que da como consecuencias vulneración a varios derechos y principios de las partes procesales.

3.2. CONCLUSIONES.

De la investigación realizada y del análisis a los distintos medios metodológicos utilizados para sustentar la hipótesis dentro de la presente se ha encontrado:

- a) El estado ecuatoriano con la constitución que entra en vigencia en el año 2018, se convierte en un estado constitucional de derechos y justicia, inmiscuido en una corriente neo constitucionalista acogiendo el garantismo como figura primordial de los derechos de los miembros que forman parte del estado ecuatoriano. Por tanto, el estado ecuatoriano asume una obligación resumida en respetar y hacer respetar los derechos que garantiza la constitución de la república del Ecuador.
- b) Que, con la vigencia de la constitución garantista de derechos, se subsumen derechos y principios de aplicación obligatoria e inmediata por tener rango constitucional. Es así que en el artículo 195 de la Carta Magna se tipifica el principio de oportunidad conjuntamente con el principio de mínima intervención penal, principios de rango constitucional que otorgan al fiscal facultades intrínsecas a la figura jurídica. A quien de igual forma se le da el título de dueño de la acción pública y que por ende puede aplicar el principio señalado.
- c) Dentro de la doctrina creada por varios maestros que han estudiado el principio de oportunidad, señalan dos teorías que rondan al principio constitucional de la oportunidad la primera la positivista y la segunda la negativista. Las mismas que se

centran en un conflicto de contraposiciones, pues la positivista señala que el principio de oportunidad en ningún momento de contrapone a los principios de legalidad e igualdad; y la segunda que señala la antítesis de la primera, es decir que el principio de oportunidad se contrapone al principio de la legalidad. Segunda teoría que ha ido perdiendo sustento fáctico pues e ha demostrado que la oportunidad no se contrapone al principio de legalidad e igualdad, pues la una es parte de la otra.

- d) Existe dentro de la doctrina enmarcada para el principio de oportunidad dos tipos de principios de oportunidad el reglado y el de libre elección. Nuestro sistema legal vigente acoge el sistema reglado, pues existen presupuestos que el fiscal debe discernir al momento de intentar su aplicación y que el juez garantista se encarga de controlar (control de legalidad) con el fin de que no vulnere los derechos de las partes.
- e) El objetivo del principio constitucional de oportunidad se centra en extinguir la acción penal pública, en delitos considerados como *bagatelas* para la política criminal, con el fin de reducir la población criminal, aportar en la descongestión del sistema judicial penal y no vulnerar derechos como celeridad y economía procesal.
- f) El ministerio fiscal o Fiscalía pese haber un giro en torno al sistema penal que rige nuestro sistema penal, el mismo continúa con un sistema mixto, el cual tiene como fin llevar al sospechoso o procesado a la etapa de juicio sin que se aplique principios y métodos alternativos de solución de conflictos, lo que provoca que el principio de oportunidad para un fiscal de carrera sea visto como la antítesis del principio de legalidad.
- g) La falta de conocimiento en torno a este principio, así como también, las capacitaciones pertinentes que deben tener los representantes de fiscalía provoca que

no se aplique este principio y que se mantengan casos en las perchas fiscales sin resolver, provocando una congestión procesal y atención oportuna al usuario.

- h)** Con el fin de analizar la forma en que se aplica el principio de oportunidad fue menester tomar como espacio a la Fiscalía General del Estado con sede en el cantón Ambato, el espacio en el cual se llevó la investigación fue elegido por la evidente falta de aplicación del principio de oportunidad por parte de los fiscales. Aseveración que se vive a través de los abogados en libre ejercicio.
- i)** El tiempo elegido de igual forma fue el periodo 2014-2018, mismo que se eligió con el fin de observar a partir del año que entro en vigencia el código orgánico integral penal, y con ello trajo consigo la tipificación de la oportunidad en cuantas investigaciones se han aplicado el principio antes mencionado. Lo que arrojó como resultado un total de 279 casos en el periodo de 4 años.
- j)** Con el fin de demostrar el objetivo general, así como los objetivos específicos de la presente investigación dirigida al principio de oportunidad, fue necesario aplicar los métodos científicos cualitativos y cuantitativos. Pues fue menester analizar las cualidades de las solicitudes de aplicación que realizaron los fiscales, las mismas que demuestran una clara falta de discernimiento de los mismos, así como una falta de conocimientos doctrinarios en torno al principio de oportunidad. De igual forma la cantidad de casos en los cuales se aplicó el principio de oportunidad fue primordial realizar lo que arrojó como resultado contundente que un 2.02% fue la aplicación del principio en el periodo 2014-2018, siendo esto una cifra baja tomando en cuenta el fin y los objetivos del principio de oportunidad.
- k)** De igual forma de los casos analizados, se evidenció que en su mayoría el principio de oportunidad fue aplicado con el fin de archivar los expedientes que se encontraban

en etapa de investigación, así mismo que se aducía la aplicación de este principio, pero señalando los presupuestos de la conciliación. Lo que evidencia incluso falencias en el control de legalidad que es misión de los jueces de garantías penales.

- D) Un estudio extenso del principio de oportunidad en dos puntos como la aplicación de un principio de oportunidad no reglado, así como también, de una reforma en torno a la aplicación del mismo siempre y cuando se haya subsanado a la víctima el daño al bien jurídico tutelado serían las aristas que deberían ser analizadas por los profesionales del derecho. Así también una reforma en torno a la solicitud del principio a fin de que no sea monopolizado el mismo solo por fiscalía, sino que pueda ser solicitado por el sospechoso o la víctima ayudaría a que el mismo tenga una mayor aplicación en el campo jurídico penal y evitaría delitos de concusión en funcionarios públicos que ejercer la carrera fiscal.

3.3. RECOMENDACIONES.

- a) Capacitar a quienes ejercen el cargo de fiscales en torno a los principios constitucionales así como en métodos alternativos de solución de conflictos a fin de reducir de manera categórica la congestión judicial dentro de las unidades judiciales así como en las fiscalías generales del estado.
- b) Realizar evaluaciones periódicas a los entes que ejercen el cargo de fiscales generales a fin de valorar cualitativa como cuantitativamente sus funciones en torno a aplicaciones de principios constitucionales como oportunidad y métodos alternativos de solución de conflictos.

- c) Crear un manual doctrinal y de aplicación en torno al principio de oportunidad, mismo que resuelva los conflictos que aquejan a los funcionarios que ejercen la acción penal pública en el estado ecuatoriano en torno a la discrecionalidad y al discernimiento que debe tener fiscalía al momento de aplicar el principio constitucional de proporcionalidad.
- d) Aumentar los periodos de capacitación en el ámbito del sistema penal que se ejerce dentro de la legislación ecuatoriana, apoyada en el discernimiento de principios y derechos constitucionales. Capacitaciones que ayudarían a resolver las lagunas fiscales a fin de resetear su pensamiento subjetivo en torno a acusar.
- e) Realizar una propuesta de reforma al código orgánico integral penal, con el fin de subsanar tres factores que en la doctrina han sido implantados al principio de oportunidad siendo estos: 1) la monopolización del mismo, a fin de que pueda ser solicitado por los sujetos procesales de la acción penal pública. 2) un presupuesto en torno al cumplimiento de la reparación integral de la víctima. 3) discernimiento obligatorio en delitos *bagatelas*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCANIA, Cessare. (1987). De los Delitos y Penas. Carlos III University of Madrid. p. 19. Madrid.

BOVINO, Albert. (1985). Derecho Penal. Buenos Aires.p.353.

CABANELLAS, Guillermo. (1993). Diccionario Jurídico Elemental. (p.305). Editorial Heliasta. Madrid.

CHANG PIZARRO, Luis Antonio. (2000). Criterios de oportunidad en el código Civil Penal. (p.57). Ediitorial Continental. San José.

FERRAJOLI, Luigi, (2014). Derecho y Razón. Editorial Trotta. Argentina

GONGORA MERA, Manuel Eduardo. (2000). El principio de oportunidad en el Código de Procedimiento Penal de Colombia. (p.534) Editores del Puerto. Colombia.

MAIER, Julio. (2004). Derecho Procesal Penal. University of Puerto Rico press. P.834. Puerto Rico.

MERINO SANCHEZ, Wilson. (2013). Constitucionalización del Derecho Penal Ecuatoriano. Revista Ensayos Penales, Edición No. 1 de Febrero. Ecuador.

Real Academia Española, pág. 1102, tomo 7. Madrid.

Real Academia Española, pág. 1244 tomo 8. Madrid.

ROXIN, Claus. (2014).Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto. Argentina.

SENDRA, Gimeno J.v. (1987). Los libros procedimientos penales Simplificados. (p. 350). Editorial Trotta. Madrid.

SOTOMAYOR, George Ermel. (2016). Principios Constitucionales y Legales y su aplicabilidad en la práctica jurídica penal y constitucional. Editorial INDUGRAF. Riobamba.

YÉPEZ, Mariana. (2010). Principio de Oportunidad en Ecuador. 1era edición. Andrade y Asociados, Fondo Editorial. Quito. p.49.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. (2000). Estudio Introductorio a las reformas del Código de Procedimiento Penal. (p.7). Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito.

ZAVALA EGAS, Jorge. (2010). Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica. Edilex. Guayaquil. P.273.

REFERENCIAS JURÍDICAS

Código de Procedimiento Penal (1871). Órgano Legislativo. Berlín-Alemania.

Código de Procedimiento Penal (1988). Órgano Legislativo, Roma-Italia.

Código Orgánico Integral Penal (2014). Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. Art. 412.

Código Penal de la Nación Argentina (1922). Órgano Legislativo. Buenos Aires-Argentina.

Constitución de la República del Ecuador (2008). COMAGA, Quito-Ecuador.