



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Maestría en Derecho Penal

Tema: El principio de oportunidad en el COIP y su relación con la pena natural en delitos culposos y dolosos

*Trabajo de titulación previo a la obtención del
título de Magister en Derecho Penal*

Autora: Grace Elizabeth Moreno Yanes

CC: 0105435176

Director: Dr. Simón Bolívar Valdivieso Vintimilla

CC: 0101668374

Cuenca-Ecuador

2019



Resumen

El tema que trataré tiene por finalidad estudiar la configuración actual del principio de oportunidad en el Código Orgánico Integral Penal, en relación específica con el numeral 2 del Art. 412 del cuerpo normativo mencionado. Regla que limitadamente faculta al fiscal utilizar la figura de la pena natural en delitos culposos prescindiendo de su aplicación en delitos dolosos.

Iniciaremos este análisis, revisando ¿qué es la pena?, su origen en el mundo occidental, cuáles son las teorías que históricamente han tratado de legitimar su aplicación entre otros temas. Para efectos de dilucidar cómo la institución de la pena natural pretende limitar el ejercicio del *Ius Puniendi* atendiendo principios de humanización y proscripción de penas crueles.

Posteriormente, observaremos cómo surge y se plasma el principio de oportunidad en la legislación ecuatoriana. Fijando nuestro objeto de estudio en su aplicación en supuestos de pena natural, para verificar si ha existido un avance o retroceso en torno a los hipotéticos de su aplicación.

Por último, realizaremos entrevistas a fiscales y jueces con la finalidad de conocer sus razonamientos respecto a nuestra línea de investigación, y; así afianzar los argumentos de nuestra hipótesis.

Palabras Clave: pena, pena natural, principio de oportunidad.



Abstract

The purpose of this subject is to study the current configuration of the principle of opportunity in the "Código Orgánico Integral Penal", in specific relation to numeral 2 of Art 412 of mentioned normative body. Rule that limitedly empowers the prosecutor to use the figure of the natural punishment in wrongful crimes dispensing with its application in intentional crimes.

We will begin this analysis, reviewing what is penalty, the origin of the penalty in the western world, what are the theories that historically have tried to legitimize its application, among other issues. With the finality of elucidate how the institution of the natural punishment intends to limit the Ius Puniendi's exercise, attending the principles of humanization and the prohibition of cruel punishments.

Afterwards, we will observe how the principle of opportunity is reflected in the Ecuadorian legislation, setting our study in its application in cases of natural punishment, to verify if there has been an advance or regression around the cases of its application in the "Código Orgánico Integral Penal"

Finally, we will interview the prosecutors and judges with the purpose to know their reasonings in respect to our line of investigation, and to this way strengthen the arguments of our hypothesis.

Keywords: penalty, natural punishment, principle of opportunity.



Índice

Resumen.....	I
Abstract	II
Índice.....	III
Dedicatoria	V
Agradecimientos	VIII
Introducción:	- 1 -
1. CAPÍTULO PRIMERO La pena natural.....	- 4 -
1.1. La pena: origen contrato social	- 4 -
1.2. Desarrollo histórico de las penas.....	- 4 -
1.3. La pena, aproximación al concepto de pena natural.....	- 6 -
1.4. La pena como como matiz de las sanciones aplicadas por el Estado	- 7 -
1.5. La pena natural nociones generales.....	- 8 -
1.5.1. Clases de pena natural	- 13 -
1.5.1.1. Pena natural física:	- 13 -
1.5.1.2. Pena natural moral.....	- 13 -
1.6. Teorías sobre la pena y su finalidad (pena natural).....	- 15 -
1.7. Dimensión jurídica de la pena natural	- 20 -
1.8. Límites y objeciones en la teoría de la pena natural.....	- 22 -
2. CAPÍTULO SEGUNDO El principio de oportunidad	- 25 -
2.1. Noción general	- 25 -
2.2. El principio de oportunidad en el derecho anglosajón y en el derecho europeo-continental.....	- 26 -
2.3. ¿Principio de oportunidad vs principio de legalidad?	- 28 -
2.4. El vínculo entre el principio de oportunidad y el principio de mínima intervención penal ..	- 31 -
2.5. La introducción del principio de oportunidad en la normativa penal ecuatoriana	- 35 -
2.6. El principio de oportunidad en el Código Orgánico Integral Penal	- 38 -
2.6.1. Antecedentes:	- 38 -
2.7. Regulación del principio de oportunidad en el COIP.....	- 39 -
2.8. Diferencias entre el CPP 2000 y el COIP en torno a la aplicación del principio de oportunidad en el supuesto de pena natural.....	- 43 -



Universidad de Cuenca

2.9.	Tratamiento del criterio de oportunidad (pena natural) en la legislación comparada ...	- 45 -
3.	CAPÍTULO TERCERO Entrevistas	- 47 -
3.1.	Justificación.....	- 47 -
3.2.	Formato de la entrevista a fiscales y jueces	- 47 -
3.3.	Entrevistas a fiscales:	- 48 -
3.4.	Entrevistas a jueces	- 57 -
	CONCLUSIONES	- 68 -
	BIBLIOGRAFÍA.....	- 72 -



Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

Grace Elizabeth Moreno Yanes, en calidad de autora y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación “El principio de oportunidad en el COIP y su relación con la pena natural en delitos culposos y dolosos”, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 16 de enero de 2019

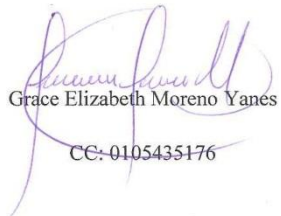

Grace Elizabeth Moreno Yanes
CC: 0105435176



Cláusula de Propiedad Intelectual

Grace Elizabeth Moreno Yanes autora del trabajo de titulación “El principio de oportunidad en el COIP y su relación con la pena natural en delitos culposos y dolosos” certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, 16 de enero de 2019


Grace Elizabeth Moreno Yanes
CC: 0105435176



Universidad de Cuenca

Dedicatoria

A mis padres quienes han forjado

la esencia de mi pensar

, y; a quienes me enseñaron a apreciar

lo invaluable de los momentos: María y Guillermo



Universidad de Cuenca

Agradecimientos

Al Dr. Simón Valdivieso,

quien impartiendo clases dibujo

en mi mente la duda sobre

esta línea de investigación

A quienes gentilmente me brindaron

un espacio de su tiempo

y aportaron con sus valiosos

conocimientos para materializar este proyecto.

Finalmente, por siempre guiar y

apoyarme en este camino una

especial gratitud a mi hermano Santiago.



Introducción:

Maier sostiene que los objetivos principales de aplicación de criterios de oportunidad tienen que ver con “*la descriminalización* de hechos punibles, en un intento por evitar la aplicación del poder penal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación.” (Maier, 2004:837)

Planteado este preámbulo, este trabajo de investigación consistirá en realizar un estudio minucioso a cerca del principio de oportunidad en el Código Orgánico Integral Penal, en adelante COIP, teniendo en cuenta su alcance, limitaciones y efectos. Refiriéndonos exclusivamente a la facultad del fiscal de abstenerse de iniciar investigación penal o desistir de la iniciada, cuando se presente un caso de pena natural.

La idea de analizar esta problemática surge debido a que actualmente en el COIP, no es posible aplicar la pena natural en delitos dolosos, por tanto, a través de esta investigación pretendemos vislumbrar si resultase factible o no, que se regule a través del criterio de oportunidad la aplicación de la pena natural en dichos delitos.

Para clarificar lo expuesto, tenemos el característico ejemplo doctrinario: el hechor que concurre a una residencia con el objeto de cometer un robo y cuando sale del domicilio con los objetos del ilícito cae desde el tejado quedando parapléjico.

En este sentido, nos preguntamos ¿si la aplicación de una pena estatal sería necesaria idónea y adecuada teniendo en cuenta el perjuicio irreversible sufrido por el hechor?

Conforme observaremos, según criterio generalizado de quienes estudian la institución de la pena natural no. Puesto que debido a su propia auto puesta en peligro fortuitamente este sujeto recibió una pena o sanción mucho más grave que la que hubiese recibido por parte del Estado, por tanto, en estas condiciones la aplicación de una pena privativa de libertad resultaría desproporcionada e innecesaria debido a que la culpabilidad se encuentra compensada en un supuesto de *pena natural física*.

Por otra parte, la aplicación de este principio en delitos culposos adolece de una limitación, ya que es aplicable únicamente cuando el infractor sufre un daño físico grave



que le imposibilita llevar una vida normal. No obstante, nos preguntamos ¿qué ocurre en el caso de delitos culposos donde el infractor sufre a causa del cometimiento de la infracción *daño psíquico* de consecuencias irreversibles? O lo que (Sánchez, 2014) denominaría *poena natural moralis*.

El típico supuesto donde opera la pena natural moral, es en las infracciones de tránsito donde quien, por no observar el deber objetivo de cuidado, causa un accidente resultando en la muerte de un familiar. En estos casos, el fiscal no está facultado para utilizar el principio de oportunidad y prescindir de la acción penal a pesar de que el infractor sufra desproporcionadamente en su psiquis la consecuencia del ilícito, es decir la *pena natural moral*.

Curioso es, que en idénticos supuestos (infracciones de tránsito), al juez se le permita en sentencia aplicar la *pena natural*, absolviendo al procesado o en su defecto aplicando medidas no privativas de libertad. Considerando que como es obvio la absolución resulta del *daño psíquico o moral* de consecuencias irreversibles que sufre el infractor, por la muerte de un familiar¹.

Por otro lado, resulta admirable que la Constitución de la República plantee y promulgue la “tesis de actuación de fiscalía en torno a los principios de oportunidad y mínima intervención penal”. Sin embargo, tal y como está configurado actualmente el principio de oportunidad en el COIP, se prefiere: accionar el poder punitivo del Estado mediante la acusación fiscal, derrochar recursos públicos, inferir el dolor de un proceso penal al infractor y familiares, y; solo en sentencia después de este pernicioso curso procesal, se permite al juez aplicar la figura de la pena natural. Pudiendo haber evitado todos estos efectos lesivos a través del principio de oportunidad reglado.

Apreciaremos lo señalado, efectuando un análisis conciso sobre los matices que ofrece la institución de la pena natural, con la finalidad de estudiar su relación con la aplicación del principio de oportunidad.

Para ello, realizaremos un estudio comparativo entre el COIP y el derogado Código de Procedimiento Penal 2000, ya que este cuerpo normativo regulaba la posibilidad de que la

¹ Art. 372. COIP



Universidad de Cuenca

pena natural en virtud del principio de oportunidad se aplique en delitos dolosos y culposos con las limitantes que luego veremos. Más ahora, en el COIP esa posibilidad se encuentra coartada a un único supuesto, pese a que el principio de oportunidad encuentra su esencia en el principio de mínima intervención penal y viceversa.

En este contexto, se traza la siguiente duda en referencia con nuestra línea de investigación: *¿Existe un retroceso normativo en la configuración del principio de oportunidad reglado en el Art. 412 numeral 2 del COIP?* En efecto, como diría (Baratta, 2004:301) (...) el sistema punitivo se presenta como un subsistema funcional de la producción material e ideológica (legitimación) del sistema social global, es decir, de las relaciones de poder y de propiedad existentes, más que como instrumento de tutela de intereses y derechos particulares de los individuos.”

Con esta referencia doctrinal, queda abierta esta interrogante la cual será resuelta en el decurso de esta investigación.



1. CAPÍTULO PRIMERO La pena natural

1.1. La pena: origen contrato social

Las leyes son la condición por la cual los seres humanos autónomos y en condiciones de aislamiento decidieron unirse en sociedad. Esta unión trajo consigo el abandono del estado de guerra; por esta razón los hombres sacrificaron una porción de su libertad en favor del bien común, lo que dio origen a la expresión de la voluntad soberana de la nación a través del mandato legal. (Beccaria, 2015:18-20).

Acorde con lo expuesto, señala: “El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar: todo lo demás es abuso y no justicia; es hecho, no derecho.” De modo que avalada por la voluntad soberana surge la norma penal, delineándose bajo estos preceptos las condiciones bajo las cuales resultaba menester castigar al infractor de la norma mediante la imposición de una *pena* o lo que Beccaria denominaba *motivos sensibles* que a la época se traducían en atentados contra la propiedad privada, y; actualmente son conocidos como *bienes jurídicamente protegidos*.

De este postulado deviene que todo acto de autoridad desplegado sobre un hombre es tiránico sino se ejerce con absoluta necesidad, por ende, todo castigo que traspasa el cimiento de la necesidad de conservación del *pacto social* es de naturaleza injusta.

En resumen, según Beccaria: 1) el derecho a castigar no tiene otro fundamento que el pacto social 2) quien privativamente ejerce ese poder es el soberano y las penas deben ser estrictamente necesarias para la conservación de la paz o seguridad pública 3) las penas que vulneran el rango de la necesidad se convierten en injustas e inútiles.

1.2. Desarrollo histórico de las penas

Cuando Ferrajoli (2006) describe en que consiste el *principio de la pena mínima necesaria y de respeto a la persona* en la teoría del garantismo penal, distingue tres fases en el desarrollo histórico de las penas, considerando que cada una de ellas se sustenta de un principio penal garantista y de una limitación del arbitrio punitivo. Así, el autor delinea las siguientes fases de la pena:



Las penas informales: marcadas por el carácter casual, relativamente espontáneo, no reglado y, sobre todo, privado de la intervención punitiva.

Las penas naturales: caracterizada por la búsqueda, aunque sea ilusoria, de un nexo natural o sustancial entre pena y delito.

Las penas convencionales: basadas en el reconocimiento del carácter exclusivamente jurídico de la relación entre el tipo y el grado de las penas y el tipo y el grado del delito. (Ferrajoli, 2006:394)

Con respecto a la pena natural el autor señala: “(...) las penas que he llamado «naturales» suponen, respecto a las «informales», la aceptación del principio de retributividad expresado en nuestro primer axioma *nulla poena sine crimine* e indudablemente satisfecho por el criterio del talión. Las penas «convencionales», a su vez, se afirman simultáneamente al principio de legalidad de las penas expresado en la tesis TI1 *nulla poena sine lege*, indispensable para la estipulación y graduación normativa de la calidad y cantidad de las penas”.

Sustenta, además que “la formalización legal de la pena constituye un presupuesto esencial también para su minimización conforme al criterio, utilitarista y humanitario, expresado por la tesis TI2 *nulla poena sine necessitate*.” (Ferrajoli, 2006:394)

Concomitantemente a lo anotado, sostiene que la pena según los pensadores ilustrados² debe ser *necesaria* y la *mínima de las posibles*, respecto al fin de la prevención de nuevos delitos; con ello se responde al cuestionamiento ¿cómo castigar?. Advierte el autor que bajo estos presupuestos, en las primeras constituciones³ se aplacaron y

² Montesquieu, Beccaria, Romagnosi, Bentham y Carmignani.

³ Citado por Ferrajoli, 2006: art. 9 de la Declaración de Virginia V de 1776 había sancionado la prohibición de infligir castigos crueles o inusitados»; art. 8 de la Declaración de 1789 «La ley no debe establecer más que penas estricta y evidentemente necesarias, art. 16 de la Constitución francesa de 1793 y el art. 12 de la de 1795.



minimizaron las penas inutilmente excesivas, constituyendo ésta, la característica más importante del movimiento penal reformador de la ilustración.

1.3. La pena, aproximación al concepto de pena natural

En palabras de (Nino, 1987) la pena se distingue de otras sanciones y medidas coactivas aplicadas por el Estado por la finalidad (no necesariamente última) de colocar a sus receptores en una situación desagradable que implica sufrimiento. El autor además argumenta que si este sufrimiento desapareciera *la pena no solo perdería su razón de ser, sino dejaría de ser llamada tal*, sería por ejemplo una medida de rehabilitación o de seguridad. En esta línea, queda clara la simbología del término *pena* involucrando esta un mal, dolor, pesar, etc. encausado en contra de quien es hallado culpable por el cometimiento de un ilícito.

En este orden, resulta idóneo referirnos al carácter etimológico del término *pena* para verificar si en la actualidad esta noción es concebida de la misma forma como se lo hizo en sus orígenes.

La palabra pena, deriva del latín *poena*⁴ y esta a su vez del vocablo griego *ποινή* que significa (*poine=castigo*). La voz griega tiene por sinónimos: *compensar, expiar, pagar, punir*. Vocablos que se traducen en conceptos retribucionistas del mal causado, tal y como era entendida la pena según las teorías absolutas que estudiaremos consecutivamente. Por supuesto que con el paso del tiempo la esencia retribucionista de la pena no ha cambiado, a pesar de que surgieron teorías antagónicas llamadas utilitarias y consecutivamente las teorías mixtas o teorías de la unión. Es por ello, que las acepciones con las cuáles se define actualmente el término, llevan implícito un sentido de castigo, pesar, mal. En esta esfera, la Real Academia Española RAE define al término pena de la siguiente forma: (...) “**2. f.** Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta. **3. f.** Dolor, tormento o sentimiento corporal.”

Si se atiende al significado literal de estos conceptos, por el primero se entiende que la pena consiste en la sanción aplicada por un juez o tribunal a quien se le atribuye la

⁴ <http://etimologias.dechile.net/?pena>



comisión de un delito, facultad de penar que se encuentra legitimada por ley, a lo que Kant denominaría *poena forensis o pena jurídica*.

Por su parte, la segunda definición concierne al mal de carácter aflictivo o dolor físico que sufre determinado individuo a consecuencia de una pena. En términos generales con esta definición se vislumbra la idea de lo que Kant llamaría *poena natural*.

En suma, de este apartado se deduce la primera aproximación sobre la pena natural, constituyéndose ésta en una sanción o el mal grave atribuido de manera causal a quien a consecuencia de su propio accionar *sufre una pena de carácter físico, aflictivo o una combinación de ambas*, misma que rebasa con creces los límites de la pena estatal; resultando de esta forma innecesaria la aplicación de esta última, atendiendo a principios de humanidad y proporcionalidad como dirían. (Zaffaroni, E. Alagia, A. Slokar, A, 2002)

1.4. La pena como como matiz de las sanciones aplicadas por el Estado

(Jerónimo Betegón, 2000) en su ensayo sobre la sanción y coacción sostiene que el término sanción en la teoría jurídica es utilizado con un sentido eminentemente negativo lo cual ha estado presente desde la tradición positivista de John Austin. Adicionalmente, el tratadista, citando a Bobbio precisa que la sanción negativa es diferenciable de la sanción positiva⁵ por cuanto la primera se configura ya sea como medida retributiva: pena propiamente dicha o como una sanción reparadora: resarcimiento de un daño.

El autor siguiendo a Kelsen, señala que “el rasgo distintivo básico de un ordenamiento jurídico respecto de otros ordenamientos normativos es la regulación del uso de la fuerza, o la coacción institucionalizada (...)” (Betegón, 2000:360)

Por su parte, Nino concibe que la sanción debe ser consecuencia de una conducta, es decir: “sólo puede hablarse de sanción en aquellos casos en que la coerción estatal se ejerce como respuesta a alguna actividad voluntaria de un agente, o sea, cuando hay una conducta realizada mediando capacidad de omitir.” (Nino, 1987:171) En este sentido, la pena según el autor es sola es una especie de sanción.

Por último, un criterio con el que estamos de acuerdo es que sostenga que lo que distingue a las penas de otro tipo de sanciones o medidas coercitivas aplicadas por el

⁵ No nos referimos a la sanción positiva pues conforme indica el autor estas competen al ámbito de la moral como las compensaciones por el esfuerzo, o los premios como retribución a una acción meritoria.



Estado; *es que la razón esencial por la cual se aplica la pena es imponer algún sufrimiento a su destinatario:*

Esto es así tanto si se considera que la finalidad última de la pena es la prevención (en cuyo caso el sufrimiento es un medio para desalentar para el futuro al penado u otra gente), como si es la retribución (en cuyo caso el sufrimiento del que ha hecho un mal es un fin en sí mismo). En cambio, en el caso de las otras medidas coactivas, el sufrimiento del destinatario puede ser una consecuencia colateral inevitable, pero no es parte de la finalidad de las medidas. (...) Es obvio que si se compensara a los penados se desvanecería el sentido de la pena. (Nino,1987:173)

1.5. La pena natural nociones generales

Immanuel Kant realizó una distinción entre “poena forensis” y “poena natural”. Según el tratadista, la primera resulta de la sanción impuesta por el Estado a quien encuentra culpable en la comisión de un ilícito; mientras que la segunda viene dada por la “punición natural del vicio, en que los perjuicios sufridos por el autor fueren de tal magnitud que la imposición de una *poena forensis* resultase un error evidente” (Kant 1978:167).

Nótese que cuando el autor señala en que consiste la pena natural, e indica que esta punición lleva implícita un detrimento sufrido por el autor de tal magnitud que de aplicarse una pena estatal resultase un desacierto. Kant no precisa si este sufrimiento es de carácter físico o moral, lo que evidencia que esta pena puede implicar cualquiera de los dos agravios o incluso ambos, la única condición es que los perjuicios sufridos por el autor sean de tal magnitud que rebasen los límites de la pena estatal.

Por su parte, Zaffaroni et al, definen a la pena natural de la siguiente forma:

Se llama poena naturalis al mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste, pues de componerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un *quantum* que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena, sin contar con que



Universidad de Cuenca

lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad. (Zaffaroni et al, 2002: 996)

En este sentido, los autores advierten que si bien en el principio de proporcionalidad resulta imposible demostrar la racionalidad de la pena, las agencias jurídicas tienen la obligación o deber de: “constatar, al menos, que el costo de derechos de la *suspensión* del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado. A este requisito se le llama *principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión*”. Adicionalmente sostienen que, pese a que el derecho penal debe escoger entre irracionalidades, para impedir el paso de las de mayor calibre, no se puede admitir que a esa “naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota máxima de irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado.” (Zaffaroni et al, 2002:130)

Siguiendo este orden, según los doctrinarios en función del **principio de humanidad** “es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias, como las que crean un impedimento que compromete toda la vida del sujeto (muerte, castración, esterilización, amputación (...)) Igualmente crueles son las consecuencias jurídicas que se pretenden mantener hasta la muerte de la persona (...) pues implicaría admitir la existencia de una *persona descartable*.”

A su vez, sostienen que “Una pena puede no ser cruel en abstracto, o sea, en consideración a lo que sucede en la generalidad de los casos, pero resultar cruel en concreto, referida a la persona y a sus particulares circunstancias. (a) Uno de estos claros supuestos es aquel en que la persona ha sufrido un grave *castigo natural*, es decir, cuando ha padecido en sí misma las consecuencias del hecho”. (Zaffaroni et al, 2002:132)

En palabras de (Jakobs, 1992:1052) “la prohibición de vulnerar la dignidad debe limitar la optimización de la utilidad de la pena. (...) una pena inútil no puede legitimarse de ningún modo en un Estado secularizado; la pena debe ser necesaria para el mantenimiento del orden social -sin esta necesidad, sería a su vez un mal inútil-. Esta



utilidad de la pena se llama en la terminología de la teoría jurídico-penal ---que utilizaremos aquí habitualmente «fines de la pena»”.

Con respecto al principio de proporcionalidad y su aplicación en supuestos de pena natural (Bustos, 2016:4) sostiene:

Este principio de proporcionalidad debe quedar imbricado con una idea dosimétrica básica: nunca el mal sufrido por el delincuente puede ser superior al mal causado por este mediante el delito. Por lo tanto, la pena forense aplicable nunca podrá superar el quantum del daño, o pena natural, sufrido por el autor del delito. Y si esto es así, entonces en aquellos casos en que el sujeto sufre un mal como consecuencia directa de la ejecución de un acto delictivo habrá de descontarse el «mal fáctico» del «mal jurídico» aplicable, pues de lo contrario se podría quebrar el principio de proporcionalidad entre el hecho acaecido y la pena finalmente aplicable.

En resumen, de estos principios los doctrinarios deducen que en los supuestos en los cuales una persona en el cometimiento de un injusto sufre un daño o mal grave, este sujeto previamente ha sido *sancionado* con una pena de carácter natural. Por lo tanto, de aplicarse una pena estatal, se estaría violentando el principio de humanidad y proporcionalidad, ya que en estos casos la pena forense poco o nada puede aportar, sino por el contrario el Estado se extralimitaría en la aplicación del Ius puniendi *al preexistir una sanción*, en este caso una pena o castigo natural, la cual deviene de la propia actuación del agente.

De igual manera, (Choclán, 1999) sostiene que “la doctrina de la *poena naturalis* conduce a una serie de supuestos en los que el autor de un hecho punible, como consecuencia inmediata de su realización y por causas naturales o no jurídicas, ha resultado con un daño grave en su persona o bienes, daño que ha sido producido por el propio reo además del perjuicio causado a la víctima”.

Siguiendo esta línea, el autor cita un pasaje de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán donde se prescribe la renuncia de la pena en el siguiente supuesto “si las consecuencias del delito que han afectado al reo son tan graves que la imposición de la



pena resultaría totalmente equivocada⁶ (...) Ello, debido a que la renuncia de la pena contemplada en el derecho alemán se sustenta en que en situaciones específicas la pena jurídica no puede cumplir con los fines o funciones que se le asignan, puesto que el conflicto social se ha solucionado naturalmente.

Igualmente, el autor citando a Jescheck precisa que la pena en todas sus funciones “compensación del injusto y de la culpabilidad, prevención general y prevención especial-, debe haber perdido completamente su sentido a la vista de las graves consecuencias sufridas por el delincuente Razón por la cual, la renuncia a la pena se justifica no por la falta de **merecimiento** de la pena que supone un juicio global de desvalor de la conducta, sino por la falta de *necesidad* de la pena, esta última que atañe a criterios teleológicos que se fundamentan en los fines de la pena.

Precisamente, la *falta de necesidad* en la aplicación de la pena jurídica se analiza por el TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL NRO. 15 DE LA CAPITAL FEDERAL DE ARGENTINA en la sentencia CCC 40124/2018/TO1 cuando citan el siguiente pasaje:

En cualquiera de las teorías que se adopte respecto del fin de la pena, y aun en las retributivas absolutas, el mal causado al autor por el propio delito disminuirá la necesidad de punición: Si se trata de la prevención individual, el daño de por sí causado al autor por su hecho obrará en el reo moviéndolo a su enmienda o corrección, o lo pondrá en condiciones tales que disminuyan o se anulen sus posibilidades de causar perjuicio. Si lo enfocamos desde la tesis de la prevención general, el daño aparejado servirá para disuadir a todos, mediante ejemplo de castigo, de la tentación de imitarle. Si se trate de la retribución, ésta no necesitará acudir a la pena legal, en tanto ya haya sido satisfecha con la pena naturalmente provocada al autor del hecho. Aun siendo difícil mensurar los parámetros de

⁶ Se excluyen la renuncia a la pena, en los delitos sancionados con pena superior a un año.



Universidad de Cuenca

equivalencia entre el autodaño provocado por el delito y la pena legal que el mismo debe purgar, la compensación resulta obligada por este principio, se encuentre o no prevista tal posibilidad en el texto de la ley penal. Lo contrario no sólo llevaría la punición a un plano de irracionalidad inadmisiblesino que, a la par, colisionaría con la mayoría de los principios de la pena (humanidad, equidad, necesidad)”, con cita de Abel Fleming - Pablo López Viñals, “Las Penas”, ed. Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2009, pp 269/270).

Por su parte, (Sánchez, 2014) pretende que se investigue sobre la pena natural desde la teoría de la imputación objetiva considerando que si bien desde autores clásicos como Hobbes en su obra *El Leviatán* ya se hablaba de la pena divina o en la obra *Metafísica de las Costumbres de Kant* se departía sobre la poena naturalis. No debe considerarse a la pena como un castigo de orden natural o divino, tampoco puede concebírsela como una pena forensis. “Pues una consecuencia lesiva imputable (objetiva e incluso subjetivamente) a la acción del agente en absoluto puede denominarse “natural”. No pertenece al mundo natural, sino al de la imputación (¡y de la imputación al propio agente!). En realidad, sería más correcto denominarla “autopunición imprudente”.

Al respecto, resulta conveniente aclarar que el criterio del autor es aplicable siempre que al hechor se le hubiere seguido un proceso penal y este hubiese culminado. Sin embargo, en los casos de aplicación del principio de oportunidad por parte del fiscal, su facultad precisamente consiste en no iniciar investigación penal o desistir de la iniciada cuando se presente un supuesto de su aplicación; por lo tanto, en este caso no cabe el juicio de imputación objetiva y subjetiva.

Finalmente, Sánchez sostiene que la poena naturalis debe tener una connotación positiva y negativa. La positiva hace alusión a “cualquiera de las consecuencias lesivas que sufre el agente por azar (de modo fortuito) como efecto (imprevisible e inevitable) de su actuación”. Mientras, que la negativa debería distinguirse entre “poena naturalis physica” y



“poena naturalis moralis”. Este aspecto, es trascendental en nuestro objeto de estudio y será profundizado a continuación:

1.5.1. Clases de pena natural

1.5.1.1. Pena natural física:

Como su nombre lo indica la *pena natural física* resulta del efecto pernicioso externo que recae de forma directa en el autor del hecho punible. Al respecto, (Bustos, 2016:2-4) trae los siguientes ejemplos: “Es el caso del porteador de droga que resulta gravemente incapacitado por un efecto químico de la sustancia transportada”; “a) Un asaltante que roba en un banco y, a consecuencia del tiroteo con las fuerzas del orden que se produce a la salida, queda parapléjico.” En estos casos, el daño en la integridad física del hechor es evidente, extremo; y, por consiguiente, su repercusión fácilmente demostrable en un supuesto de pena natural. Con respecto a estos hechos (Coscia, 2000) arroja el siguiente cuestionamiento: ¿Qué significado jurídico tiene la imposición de la pena cuando la desgracia personal que soporta el enjuiciado es absolutamente superior a cualquier sanción humana?

1.5.1.2. Pena natural moral

Por otra parte, la *pena natural moral* deviene de supuestos en los que el efecto lesivo derivado de la conducta del agente está relacionado con una persona distinta a su autor, pero de quien se encuentra *ligado afectivamente*, por lo que el sujeto concibe al perjuicio ajeno como propio, afectando su psiquis de manera definitiva. Para efectos de mayor comprensión recordemos una de las definiciones de la RAE, sobre el término pena: “3. f. Dolor, tormento o sentimiento corporal”.

Hicimos alusión en un inicio en este trabajo, que los típicos supuestos donde procede la pena natural moral, son las infracciones de tránsito, donde quien causa el accidente no resulta afectado, no siendo así un familiar que fallece producto del incidente. Como indica la RAE, esta pena será un tormento, un dolor una aflicción etc. Por el lazo consanguíneo que une a las personas y presupone un vínculo afectivo, razón por la que en estos casos se encuentra deslegitimada la pena jurídica.



Armonizando lo expuesto, (Bustos, 2016) propone un hipotético. El caso de una anciana que da marcha atrás a su vehículo y debido a problemas de audición no escucha a su hija gritar indicándole que su nieto va a ser arrollado y en efecto así ocurre causando la muerte del menor. Al respecto, el autor indica que resultaría inhumano y degradante aplicar una sanción penal a esta persona, debido al sufrimiento, padecimiento moral y la carga afflictiva que pesará en la mujer por haber atropellado a su nieto y causado su muerte.

Sin embargo, debemos tener presente que estos hipotéticos no se limitan a las infracciones de tránsito. Voy a referirme a un suceso en el que las personas involucradas en un supuesto de *pena natural moral* no eran familiares, sino por el contrario, mantenían un vínculo afectivo trascendental. Este suceso mentado por (Bobadilla, 2016), aconteció en Argentina, el cual se resolvió en base a una sentencia absolutoria en la que el Tribunal Penal Oral aplicó la pena natural moral.⁷

El 4 de septiembre de 2009, en la provincia de Neuquén-Argentina, José Alberto Almendra, soldado voluntario del Regimiento 21 de Las Lajas, se encontraba limpiando su arma cuando debido a una errónea manipulación, esta se disparó produciendo la muerte de Gastón Cheuquel. La peculiaridad de este caso residía en que Gastón y José Almendra eran *mejores amigos*, incluso mucho antes de entrar al régimen militar; además el vínculo emocional que unía a las familias de los jóvenes era tal que permanecieron juntas durante todo el proceso penal.

En esta línea, los criterios analizados por el Tribunal Oral Federal para no condenar a Almendra se basaron en dos particularidades⁸: 1) las pruebas sobre la relación afectiva que existía entre ALMENDRA y CHEUQUEL. 2) el impacto que la muerte de CHEUQUEL produjo en Almendra (informes psicológicos donde se da cuenta del pesar y dolor post traumático que sufrió esta persona a causa de este percance).

Finalmente, el Tribunal Oral Federal de la capital neuquina resolvió absolver al procesado considerando el vínculo afectivo que tenía con la víctima, entendiendo que el sujeto fue castigado con una pena natural, ya que el sufrimiento psíquico producto de este

⁷ <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos29226.pdf>

⁸ <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos29226.pdf>



percance le ocasionará un perjuicio por el resto de su vida, razón por la cual resultaría errada la aplicación de una pena privativa de la libertad.

De este caso resulta evidente la configuración de una pena natural moral acontecida en el infractor donde se vislumbra el mal de carácter aflictivo que sufre y sufrirá esta persona, resultando por ende innecesario la aplicación de una pena estatal, considerando criterios de humanidad y proporcionalidad como dirían (Zaffaroni et al, 2002).

1.6. Teorías sobre la pena y su finalidad (pena natural)

El pensamiento occidental ha tratado de justificar la función de la pena, en torno a dos concepciones antagónicas por naturaleza, intentando dar respuesta tanto al ¿por qué? como al ¿para qué? de la pena. Con ellas nos referimos a las teorías absolutas que miran a la pena como un fin en sí mismo y las teorías relativas donde se vincula a la pena con necesidades de carácter social (Rubio, 2017). Posteriormente, se delinearon las teorías mixtas o teorías de la unión sobre las cuáles no se hará alusión en este apartado.

Con respecto a la denominación de estas corrientes, (Ferrajoli, 2006) acertadamente sostiene que las tesis axiológicas y discursos filosóficos que pretenden justificar la aplicación de la pena no constituyen “teorías” en el sentido empírico o asertivo asociado con dicha expresión. Por el contrario, son *doctrinas normativas*, normas o modelos normativos de valoración o justificación; formuladas o rechazadas con referencia a valores.

Mientras que son teorías descriptivas más no doctrinas en la medida en que consisten en aserciones empíricas verificables y falsables, las explicaciones de las funciones de la pena dadas por la historiografía y la sociología de las instituciones penales.

En esta línea, continúa explicando que las doctrinas normativas del fin y teorías explicativas de la función o de la motivación son asimétricas entre sí, sea en el plano semántico, o en el plano pragmático y sintáctico. Es por lo que prefiere denominarlas «ideologías» puesto que su definición refiere a toda tesis o conjunto de tesis que confunden el «deber ser» y el «ser», como en efecto ocurre con estas líneas de pensamiento.

Con esta puntualización, verificaremos si la pena natural encuentra sustento en las tradicionalmente denominadas “teorías absolutas y relativas”. No sin antes recordar que



estas *ideologías* como Ferrajoli indica confunden el «deber ser» y el «ser» pretendiendo formular criterios dominantes de validez y eficacia que siempre crearan contradicciones.

Teorías absolutas:

Las teorías absolutas centraron su atención en la pregunta de ¿por qué? castigar. La respuesta a este cuestionamiento se traduce en que la pena es retribución de un mal por otro mal, y; es ahí precisamente donde ésta encuentra su esencia y razón de ser. Siguiendo esta arista, autores como (Agudo, Jaén, Perrino, 2017) sostienen lo siguiente: “el derecho penal tiene una función metafísica, consistente en la realización de un ideal de justicia. Se impone la pena porque se ha cometido un delito, es decir, la pena es retribución (punitur quia peccatum est) y se debe imponer la misma por razones de justicia o de imperio del derecho, fines o valores absolutos, que naturalmente no tienen un carácter empírico.” (Agudo et al, 2017:23)

En tanto que, en palabras de Bacigalupo "El criterio de la legitimidad de la pena, ya no es su finalidad, sino la justicia irrenunciable de la retribución equivalente al mal causado." (Bacigalupo, 2010:22). Asimismo, citado autor en relación con la aplicación de la pena sostiene: el derecho penal debe limitar la libertad en la medida del mal causado por el autor, por lo que su dirección temporal se valida con respecto al pasado, más no sobre la prevención de delitos futuros.

En este contexto, resulta evidente que para las teorías absolutas la función de la pena es la realización del ideal de justicia, retribuyendo proporcionalmente en la medida del mal causado a quien ha violado la norma penal con la limitación de su libertad traducida en la pena.

Inmanuel Kant: es el precursor del pensamiento retributivo, sosteniendo que la pena estatal no puede ser aplicada como un medio para procurar otro bien, (corrientes utilitaristas); sino por el contrario debe ser aplicada con justa causa a quien es hallado culpable por la comisión de un ilícito. Además, el autor sostiene que el hombre libre, al hacer mal uso de su libertad, se hace acreedor en justicia, al mal de la pena, es por ello que la pena en última instancia se constituye en un imperativo categórico de estricto cumplimiento.



Universidad de Cuenca

En referencia con lo expuesto, el autor indica:

La pena jurídica (poena forensis) que difiere de la pena natural, (poena naturalis), por la cual el vicio lleva en sí su propio castigo, y á (sic) la cual el legislador no mira bajo ningún aspecto, no puede nunca aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable ó (sic) de la sociedad; sino que debe siempre serlo contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido; porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otro ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real; su personalidad natural innata le garantiza contra tal ultraje, aun cuando pueda ser condenado á (sic) perder la personalidad civil.

El malhechor debe ser juzgado digno de castigo o antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos. La ley penal es un imperativo categórico; y desdichado aquel que se arrastra por el tortuoso sendero del eudemonismo, para encontrar algo que, por la ventaja que se puede sacar, descargase al culpable en todo ó (sic) en parte de las penas que merece (...) (Kant, 1873:195-196)

Por este motivo, autores como Nino, indican que en el retribucionismo Kantiano la pena se justifica y pretende dar respuesta a un mal pasado, lo que dista de las teorías utilitaristas que conciben a la pena como un medio para minimizar y prevenir los males sociales futuros. Siguiendo esta arista, citado autor indica: “Esta justificación exige que: *a*) el destinatario de la pena sea responsable por el mal que la pena retribuye, y *b*) el mal implícito en la pena sea proporcional al mal que ella retribuye (de allí la ley del talión) y al grado de responsabilidad del agente”. (Nino C. S., 1987:429)

Por ende, según el tratadista; el retribucionismo pretende que se colija que la suma de dos males da como resultado un bien, lo cual no es compartido por el autor.



Finalmente, es importante resaltar que en este apartado Kant empieza a conjeturar sobre la pena natural, diferenciándola de la pena estatal, precisando que la primera corresponde a una auto punición del agente en el cometimiento del ilícito, punición en la cual el vicio lleva en sí su propio castigo. Sin embargo, pena natural que para el tiempo del escritor no se encontraba contemplada por parte del legislador en la norma.

No obstante, si seguimos los criterios de justificación de la pena de Nino en torno a la teoría retribucionista Kantiana, los casos de pena natural pueden ser justificados de la siguiente forma: a) el destinatario de la pena natural es responsable por el mal que esta implica o le retribuye, b) el mal implícito en la pena natural no es proporcional o rebasa la auto puesta en peligro del agente atendiendo su grado de responsabilidad c) Sí la pena natural rebasa el límite de proporcionalidad de la pena estatal, esta última no debe ser aplicada.

Teorías relativas:

Por su parte las teorías relativas intentan responder al cuestionamiento del ¿para qué? de la pena, por esta razón pretenden justificar la aplicación de la pena siempre y cuando sirva como medio de prevención del delito. De manera que el derecho penal adquiere una función social, cuya finalidad es proteger bienes jurídicos reconocidos en el derecho positivo. Por ello, se puede inferir que las teorías relativas miran al futuro (prevención general o prevención especial), es decir a los efectos que la pena puede producir en la sociedad, contrario a las teorías absolutas que miran hacia el pasado, y; donde la aplicación de la pena se justifica en la proporcionalidad y retribución del mal causado. (Agudo et al, 2017).

Complementando lo anotado, Nino sostiene que para la concepción moral utilitarista la cuestión es muy clara:

la pena no se justifica moralmente por el hecho de que quien le recibe haya hecho algo malo en el *pasado* (eso ya no se puede evitar), sino para promover la felicidad general, haciendo que mediante las distintas funciones de la pena (desanimar a otros y al propio penado a volver a delinquir, incapacitar físicamente a éste para hacerlo, reeducarlo, etc.), en el *futuro* se comentan menos delitos, lo que constituye un



Universidad de Cuenca

beneficio social que puede compensar el sufrimiento implícito en la pena. O sea que, para el utilitarismo, una pena esta justificada si y sólo si: *a)* ella es un medio *eficaz* para evitar la ocurrencia de ciertos males sociales; *b)* ella es un medio *necesario*, en el sentido de que no hay otra forma menos perjudicial para evitar esos males; y *c)* el perjuicio que ella acarrea para su destinatario (y, por ser éste un miembro de la sociedad, para la sociedad en conjunto) es *menor* que los perjuicios que la sociedad sufriría si la pena no se aplicara. (Nino C. S., 1987:428)

Ahora bien, con la finalidad de vislumbrar si la pena natural encuadra en las teorías relativas proponemos el siguiente juicio de valor de acuerdo con la hipótesis de Nino.

En la pena natural el hechor es quien se auto inflige la pena, consecuentemente:

a) la pena estatal resulta un medio ineficaz para prevenir la concurrencia de males sociales referentes al mismo hecho delictivo. Puntualicemos cada esquema con el siguiente ejemplo: la persona que comete un delito de robo y al caer del tejado con el objeto del ilícito queda parapléjico; en este caso resulta imposible que el hechor cometa el mismo delito dadas las especiales condiciones en las que éste se produjo y las consecuencias del mismo sobre el hechor.

b) *la aplicación de la pena estatal no resulta un medio necesario* para evitar la concurrencia de males sociales donde el hechor se autoinflige una sanción, la cual colma los límites de aplicación de una pena estatal. En efecto, recordemos, el ejemplo citado en la letra *a)* El hechor que como resultado del ilícito queda parapléjico, fue sancionado con la pena natural física de no volver a caminar. Entonces pregunto: ¿Cuál es la necesidad de aplicar una pena privativa de libertad a quien a consecuencia de su accionar fue sancionado en exceso, quedando además inhabilitado para cometer el mismo delito? Al parecer, no existe necesidad alguna de aplicar una pena privativa de libertad, sin embargo, este criterio puede ser debatido argumentando circunstancias adicionales bajo las cuales el sujeto cometió el ilícito.

c) Siguiendo con el ejemplo, en el caso del hechor; la sanción es decir la pena natural fue aplicada, el resultado es que el sujeto quedó parapléjico, a causa de su auto



puesta en peligro; y, por lo tanto, la sociedad no sufrirá mal ni riesgo alguno sino se aplica una pena estatal, debido a que la persona sufrió en su menoscabo la consecuencia de una sanción o pena natural.

Complementando la idea sobre la proporcionalidad de la pena, (Ferrajoli, 2006:400) citando a Hart quien reconstruye el pensamiento de Bentham indica: constituye parte de un utilitarismo sensato que ninguna pena procure un sufrimiento mayor que el producido por la transgresión incontrolada. De lo expuesto, resulta evidente que Ferrajoli utiliza la aplicación de este criterio para deslegitimar la aplicación de penas desproporcionadas.

1.7. Dimensión jurídica de la pena natural

No existe discusión con respecto a que la pena natural se encuentra reconocida por el derecho penal como institución o como una ficción legal y que por ende su aplicación tiene connotación en el mundo jurídico. Sin embargo, lo que resulta necesario delimitar es: ¿Por qué se prescinde de la aplicación de la pena jurídica en los supuestos de pena natural? La respuesta a este cuestionamiento está plasmada en la doctrina cuando los tratadistas analizan el principio de culpabilidad en relación con la pena natural.

Según (Jakobs, 1992), el principio de culpabilidad se traduce en un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal. Precisa el autor que es imprescindible vincular la legitimidad de la pena con un juicio de reprochabilidad-voluntad: culpabilidad, pues solo así se evitará la instrumentalización de la persona al imponerle una pena.

De igual forma (Bacigalupo, 1998:131) con respecto al tema dice:

... En lo referente a la individualización de la pena, el principio de culpabilidad determina los límites de la legitimidad de la pena aplicable al autor concreto. Se trata de la cuestión de la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del reproche... se trata de la prohibición de que la gravedad de la pena que se impone por un delito supera la gravedad de la culpabilidad referida al concreto delito (...) Precisamente por ser cuantificable, *la culpabilidad puede ser compensada por hechos posteriores que reducen su significación originaria...* La



Universidad de Cuenca

compensación de culpabilidad puede tener lugar en dos sentidos diversos: cabe hablar ante todo de una compensación socialmente constructiva de la culpabilidad, que tiene lugar cuando el autor del delito mediante un Actus Contrarius reconoce la vigencia de la norma vulnerada. Pero también *cabe hablar de una compensación destructiva que tiene lugar... cuando el autor recibe como consecuencia de la comisión del delito un mal grave que se debe abonar en el cumplimiento de la pena.* Estos males pueden ser *jurídicos o naturales*. Los últimos dan lugar a la tradicional figura de la poena naturalis... En *estos casos ... se prescinde de la pena, por un lado, porque la culpabilidad del autor ha sido compensada por las graves consecuencias del hecho, que para él mismo tienen efectos similares a un pena (poena naturalis) porque, por otro lado, por dicha razón no se reconoce ninguna razón preventiva.* En tales supuestos la sanción sería una tortura sin sentido que inclusive vulneraría el art. 2.1. de la Ley Fundamental..." (Cursiva fuera del texto)

Integrando estas ideas (Choclán, 1999:2-3) sostiene que la justificación de aplicación de la pena no puede fundarse únicamente en la necesidad de dar satisfacción a la víctima del delito, pues la reparación del daño puede obtenerse por vías alternativas con mayor grado de eficacia. En igual sentido, considera que “la pena solo puede ser necesaria y solo se legitima en la medida suficiente para compensar la culpabilidad declarada por el delito cometido”. Aclara el autor, que cuando se refiere a la compensación de la culpabilidad en la pena natural, esta compensación de culpabilidad se justifica por circunstancias que tienen lugar en un momento posterior al delito. La propia pena natural se traduce en un acontecimiento posterior al hecho que *compensa* la culpabilidad por el *grado del agravio*, pero téngase en cuenta que no modifica la culpabilidad por el hecho cometido referido concretamente al momento de la acción. Finalmente, indica que constituye principio fundamental para la aplicación de la pena que ésta debe guardar debida proporción con la mayor o menor gravedad del hecho.



En resumen, el fundamento por el cual los autores sostienen que se prescinde de la aplicación de la pena jurídica en los supuestos de pena natural es el siguiente: la culpabilidad del autor del ilícito ha sido compensada por las gravísimas secuelas que deja el hecho delictivo en su persona, constituyéndose este agravio en una pena natural, por ende, la sanción preexiste. Claro está que la pena natural no modifica la culpabilidad del hechor, sino tiene un efecto compensatorio, volviéndose por ello innecesario la aplicación de una pena jurídica.

1.8. Límites y objeciones en la teoría de la pena natural

Así como resulta destacable estudiar la figura de la pena natural vislumbrando su institucionalidad, matices, y beneficios; por supuesto que es merecedor también departir sobre las debilidades y objeciones que giran en torno a esta figura.

De esta manera, Cocsia, 2000 citando a Ziffer indica:

...si bien la institución responde a un sentimiento más o menos generalizado, la mayor dificultad que plantea consiste en responder a la pregunta de cómo medir la gravedad de la pérdida para el autor, como medir el sufrimiento... la valoración solo sería posible desde un punto de vista objetivo, lo cual conduciría a una atenuante general. (...) En síntesis, si bien el principio de la "poena naturalis" puede partir de buenos fundamentos, resulta sumamente difícil incorporarlo dentro de un sistema de hecho punible, sin conducir a contradicciones... (cfr. de la autora: "Lineamientos de la determinación de la pena", Editorial "Ad hoc", pag. 143, Bs. As. 1996)".

Sin lugar a duda, el cuestionamiento de la autora es válido, pensemos en el siguiente caso: un terrorista en un atentado suicida pretende que estalle una bomba en un lugar público, sin embargo, el hecho no deviene en lo planificado, y; al explotar el artefacto esta persona sufre las consecuencias lesivas de su actuación, resultado de lo cual sus extremidades inferiores son amputadas. ¿Podría en este supuesto la pena natural física estar compensada y por ende el hechor no ser merecedor de una pena jurídica?



En este caso, como en muchos otros resulta difícil que se estime este supuesto dentro de una pena natural, teniendo en cuenta que si la persona tenía por objeto suicidarse, posiblemente no tendrá ningún remordimiento o sentimiento de aflicción sobre los acontecimientos devenidos en su persona. Por otro lado, hay que considerar la incidencia catastrófica que el delito hubiese tenido en la sociedad de haberse consumado.

Sin embargo, hay que tener claro que el principio de oportunidad precisamente faculta al fiscal a través de un análisis sesudo del caso en la fase de investigación previa, optar por la aplicación del criterio de oportunidad, o en su defecto iniciar la acción penal. Ahí se entrevé claramente la discrecionalidad reglada de nuestro sistema jurídico.

Realmente, no concebimos que en estos supuestos el fiscal se abstuviera de iniciar acción penal debido a las *condiciones especiales* en las que se *perpetró el delito*. Además de ello, el juez al considerar que los presupuestos del caso no cumplen con los requisitos exigidos por la norma, puede negar la solicitud del fiscal inferior y el caso pasar a conocimiento del fiscal superior, para que ratifique o revoque la decisión del inferior. Si la revoca, el caso pasa a conocimiento de otro fiscal para que inicie o continúe con la investigación⁹. Nótese entonces, que hay un doble control.

No parece tener igual destino, la persona que, tratando de robar un bien de menor valor, al ser detectada por las fuerzas del orden y no detenerse es disparada en la columna, perdiendo la capacidad para movilizarse. Este es un hipotético extremo pero con iguales consecuencias, ambas personas perdieron la capacidad de caminar; sin embargo, el atentado sobre el bien jurídico no se compara con el del supuesto anterior. Consiguientemente, consideramos que aquí sería plenamente aplicable el criterio de oportunidad de pena natural física, para que el fiscal prescinda de la acción penal.

Por otro lado, como señala Ziffer, a pesar de que puede resultar difícil probar la afectación moral o física de una persona; no es imposible. El Art. 5 del COIP regula los principios procesales; y, dentro de ellos el numeral 21 indica:

⁹ Art. 413 COIP.



“**21. Objetividad:** en el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas. *Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan*”. Entonces, en atención al principio de objetividad, con la finalidad de hallar elementos que extingan la responsabilidad de una persona es viable que fiscalía solicite pericias u otras pruebas para demostrar el daño moral o físico del investigado.

En efecto, en México, (Sierra, L. Guzmán, C. Vanegas, C. 2010) sostienen que la práctica judicial, experimentaba el problema de como probar el daño en los casos de pena natural. Como es obvio, la discusión no fue mayor, ya que se estableció que el daño físico podía demostrarse a través de dictamen pericial, y; además, rige en el país el principio de libertad probatoria. Sostienen, que el daño moral podrá acreditarse de diferentes maneras, dependiendo, entre otras cosas, de si el imputado tiene o no vínculos de parentesco con la víctima. También se plantean otras circunstancias de fondo. Si el vínculo consanguíneo existe entre las partes, pero no el afectivo, todos estos particulares deben ser cabalmente investigados por el fiscal para que acuse o por el contrario en aplicación de los criterios de oportunidad motivadamente ante el juez prescinda de la acción penal.

Para concluir, vemos que existen formas para probar la afectación física o moral de las personas. Sin embargo, es mucho más difícil la prueba cuando la afectación es moral, porque el daño es interno, pero no imposible, recordemos el caso Neuquén-Argentina, donde el vínculo no era consanguíneo, pero sí de trascendencia afectiva. Como explica Ziffer la pena natural es una institución que pretende humanizar el derecho penal. Entonces consideramos que en ese objetivo deberá encontrar la solución técnica y material para hacer viable su cometido.



CAPÍTULO SEGUNDO El principio de oportunidad

1.9. Noción general

La noción básica en torno al principio de oportunidad es que su esencia es constitucional y su carácter acusatorio. En palabras de (Maier, 2004), el principio de oportunidad faculta al órgano persecutor (ministerio fiscal) a prescindir de la acción penal por razones de carácter utilitario o política criminal: eficiencia de recursos públicos a través del descongestionamiento de una justicia penal sobrecargada de casos, descriminalización de hechos punibles donde otras vías frente al comportamiento desviado puedan alcanzar mejores resultados, y; en los (supuestos de pena natural) o lo que el tratadista refiere como casos donde resulta innecesario la aplicación del poner penal. Subrayando, que con este principio se brinda una solución alternativa y útil a los conflictos actuales dentro del sistema penal.

En idéntico sentido, (Cafferata, 1997:16) refiere: “El principio de oportunidad puede expresarse como la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva (...) aun cuando concurren las condiciones necesarias para perseguir y castigar”

Estos criterios doctrinarios, encajan en todo sentido en la sentencia de la Corte Constitucional colombiana, donde se define al principio de oportunidad de la siguiente forma:

El principio de oportunidad es una institución nuclear del sistema penal de tendencia acusatoria que consiste en la suspensión, interrupción o renuncia de la persecución penal, atendiendo diversos factores inmersos en la política criminal del Estado. Constituye una excepción a la regla general que recae sobre la fiscalía de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan características de un delito, siempre que tercier suficientes motivaciones y



circunstancias fácticas que permitan advertir la existencia del mismo. (sentencia C-387/14. Págs. 4-5)

Tenemos entonces definiciones concisas en torno al principio de oportunidad, pero ¿cuál es su antecedente? y por sobre todo ¿cómo se incorpora en un sistema de derecho europeo-continental guiado por el principio de legalidad? Estas interrogantes las resolvemos a continuación.

1.10. El principio de oportunidad en el derecho anglosajón y en el derecho europeo-continental

En la cosmovisión occidental existen dos modelos de aplicación en torno al principio de oportunidad o criterios de oportunidad. El principio de oportunidad de naturaleza acusatoria tiene su origen en el derecho anglosajón trasladado a los Estados Unidos de América, donde se desconoce el principio de legalidad y la *oportunidad* constituye la regla o principio rector en la persecución penal y solución de sus conflictos.

En este sistema se prescinde del principio de legalidad, pues como afirma (Maier, 2004) se verían amenazados los cimientos del paradigma de administración de justicia anglosajón. La fuerza que conlleva el principio de oportunidad en este modelo es tan fuerte que el poder de selección reside en el *ministerio público*, y; la policía con la que actúa juntamente. Este poder se manifiesta a través de herramientas que permiten al fiscal en acuerdo con el sujeto investigado variar la naturaleza del procedimiento para abreviarlo (plea bargaining, guilty plea), y; de esta forma cumplir con el objetivo de eficiencia y empleo adecuado de los recursos públicos. En fin, descongestionar el sistema penal.

En resumen, según (Tanoviceanu, 1927:209-210) “el principio de oportunidad implica la libertad de evaluación que el Ministerio Público tiene para decidir si inicia o no la acción penal, así como si continua con su ejercicio una vez iniciada.”

En cuanto a lo expuesto, Bovino cita un pasaje de la Corte Suprema de Cf. Bordenkircher v. Hayes de Estados Unidos donde se aprecia como funciona la potestad discrecional de los fiscales en este país: “La decisión de iniciar la persecución es una de las



funciones más importantes del fiscal. Pero esa decisión es sólo uno de los aspectos de su discreción, (...) tiene amplia autoridad para decidir si investiga, si inicia formalmente la persecución, si garantiza inmunidad a un imputado, si negocia con el imputado; también para elegir qué cargos formula, cuándo los formula y dónde los formula.” (Bovino (n.d):162)

Este modelo ocupa los criterios de oportunidad debido a que considera imposible materialmente perseguir todos los hechos punibles que se presentan en el sistema penal, además es un sistema donde predomina el precedente jurisprudencial como fuente primaria del derecho, más no la ley como lo es en el sistema europeo-continental, por ello se prescinde del principio de legalidad. Consiguientemente, el órgano persecutor fiscalía tiene un amplísimo espectro de discrecionalidad en el manejo de la persecución penal, o como diría (Mauricio Duce, Cristian Riego, 2002) el derecho anglosajón, posee un modelo de discrecionalidad absoluta.

(Lamadrid, 2015:57) revela que, en los países hispanoamericanos, en la década de los 90 del siglo pasado se empezó a discutir sobre la introducción del sistema acusatorio y por ende del ministerio público a la disposición de la acción penal. El autor citando a Langer precisa que existieron causas mediatas e inmediatas para que este modelo proliferara. Las mediatas tienen que ver con la transición de modelos de dictaduras a democracias que vivieron los países en las dos últimas décadas del siglo pasado, así como un mayor reconocimiento a los derechos, los problemas con la administración de justicia, entre otros.

Mientras que las causas inmediatas obedecen a la introducción del proceso penal de corte acusatorio en casi toda la región. Ideología fijada por la consolidación de grupos académicos que se formaron en el siglo XX, liderados por los argentinos Binder y Maier quienes coadyuvaron a la formación de la *red latinoamericana* o lo que Langer denomina “red de expertos activistas”, quienes trabajaban juntamente con la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional USAID. Con este antecedente se forjó el cambio de códigos procesales inquisitivos por códigos de tendencia acusatoria. Bajo esta línea, indica Lamadrid que la introducción del principio de oportunidad no tuvo mayores discusiones.



Desde otra arista, el autor señala que los países latinoamericanos presentan una triple influencia, en primer lugar, la de la “Ordenanza Procesal Penal Alemana stPO”, la de Estados Unidos de América y la española. Sin embargo, la introducción del principio de oportunidad en las legislaciones latinas obedece a la corriente alemana es decir la stPO y las causales allí establecidas.

(Maier, 2004) acota que el sistema jurídico europeo-continental ocupa el *principio de oportunidad reglado*, donde se toma como eje el *principio de legalidad* en la persecución penal. Esto obedece a las metas o fines que procura el modelo moderno de “Estado social democrático y de derecho” asumiendo así el principio de oportunidad un carácter formal (jurídico) de carácter excepcional frente a la legalidad; principio que permite en los casos definidos por las reglas jurídicas prescindir de la acción penal pública. En este sentido, (Duce, et al, 2002) sostienen que lo que caracteriza al sistema europeo continental es la discrecionalidad reglada u oportunidad restringida.

1.11. ¿Principio de oportunidad vs principio de legalidad?

En la legislación latinoamericana que como sabemos brota del sistema europeo-continental existe una dicotomía entre el principio de legalidad y principio de oportunidad, puesto que se sostiene que estos principios sustentan una naturaleza contradictoria, la cual en un sistema donde prima el principio de legalidad no puede converger. Analicemos si en efecto esta contradicción existe.

(Armenta, 2012) sustenta que el principio de legalidad en su manifestación procesal penal atiende a la ideología de Estado de Derecho donde los poderes públicos entre ellos el penal se encuentran sometidos al imperio de la ley. De ahí surgen las máximas (*nullum crimen sine poena; nulla poena sine lege*). De modo que el principio de legalidad constituye no únicamente una exigencia de seguridad jurídica, debido a que permite al ciudadano el conocimiento previo tanto de los delitos cuanto de las penas; sino además garantiza que los órganos competentes persigan el hecho delictivo cuando existen indicios racionales de criminalidad, hasta su *resolución*.



Universidad de Cuenca

En términos más simples (Urquiza, J. Salazar, N. 2012:301), defienden que el principio de legalidad “representa por antonomasia, la franja jurídica que posee el Derecho penal como manifestación normativa de seguridad jurídica a favor del ciudadano”

Desde otra arista, (Maier, 2004) sostiene que el principio de legalidad en materia procesal versa sobre el deber que tienen los funcionarios adscritos al ministerio fiscal de al encontrarse frente a la noticia de un hecho punible, invertir todos los medios y esfuerzos para iniciar la investigación penal, y; una vez ésta haya comenzado: no se podrá suspender, interrumpir o cesar, sino por la forma establecida en la ley. Desde esta óptica se podría argumentar que ningún criterio de oportunidad:

-político-utilitario por conveniencia práctica, económica, temporal, etc- autoriza, en principio, a prescindir de la persecución penal frente a la noticia de comisión de un hecho punible. Por mínima que sea la infracción o por inconveniente que aparezca (...) En consecuencia, la máxima, prohíbe, en principio, la renuncia al ejercicio de la persecución penal, o el desistimiento de la acción intentada, todo acuerdo o transacción con el imputado (...), pues los poderes que ejerce el ministerio público son nuevamente formales. (Maier, 2004:828-829)

De esta lectura, realiza una analogía sosteniendo que al parecer el principio de legalidad y de oportunidad caminan por aceras contrarias. Sin embargo, clarificando si en efecto el principio de legalidad y oportunidad tienen una esencia opuesta (Maier, 2004) expone lo siguiente:

1. La justificación para la vigencia del principio de legalidad no es suficientemente clara. Este principio deriva de la idea de pena como expiación del delito, es decir de las teorías absolutas o retributivas sobre la pena estatal que pretenden legitimar el castigo sobre quien ha obrado mal (retribución) y por ende lo prescribían como de aplicación necesaria en los casos concretos, dejando de lado todo fin utilitario de la pena estatal (disuasión del penado y de la sociedad, rehabilitación, etc.) Indica el autor que con el rechazo parcial de las teorías absolutas y el apogeo de las



corrientes utilitarias para la legitimación la pena, el *principio de legalidad* pierde todo su sustento ideológico, ya que precisamente es la utilidad como fin y fundamento legitimante de la pena, la regla que justifica y da cabida a la aplicación del *principio de oportunidad*.

2. Otra grieta que Maier encuentra en el *principio de legalidad* se encuentra vinculada con el Estado de Derecho y el derecho positivo. En este sentido refiere que el *principio de igualdad ante la ley* ligado a la determinación legislativa de los hechos punibles recomendaría que fuera el legislador y no la decisión particular de los órganos de persecución penal quien determine cuando una persona debe ser sometida a una pena. Razonamiento que es importante para no crear desigualdad racial, económica, etc. Sin embargo, el autor afirma, que precisamente son estos principios los que funcionan como límite y garantía, para que el ciudadano no sea afectado en sus libertades por el poder penal. Por lo tanto, aquello que se pretende con aplicación del principio contrario, el de *oportunidad*, no es someter a la persona al poder estatal *sino por el contrario liberarlo de él* y concomitantemente de su *persecución*. Finalmente, manifiesta que precisamente este fundamento legitima al principio de legalidad como máxima jurídica dentro del sistema procesal penal, de modo que, el principio de oportunidad constituye la excepción, lo que ha obligado a que los criterios de oportunidad sean determinados legislativamente a manera de autorización para prescindir de la persecución penal.

Analizando el principio de oportunidad y su relación con el principio de legalidad, Maier sustenta que el primero se refiere a la posibilidad de que los órganos públicos a quienes se les confiere la potestad de la persecución penal prescindan de ella por razones político-utilitarias; criterios que han sido previamente definidos por el legislador en la norma penal, consiguientemente no cabe hablar de contradicción ya que precisamente es el principio de legalidad el que regula estos criterios de oportunidad, caso contrario no pudiesen ser aplicados.



En igual sentido, Ibañez sostiene:

(...) se levanta el velo de la arrogante legalidad y del tradicional *Ius puniendi*, para dar paso a una justicia histórica, a una justicia y a un aparato de justicia que se aviene a las necesidades del momento y que se regula por medio de la política criminal y que una vez regulada, ya no puede tildarse al principio de oportunidad como contrario o antónimo del principio de legalidad, sino que debe entenderse como un instrumento del principio de legalidad que da respuesta a las necesidades de la sociedad a la cual se aplica. (Ibañez, 2005:77)

Reflexiones que nos llevan a creer, que la inferencia que manifiesta que el principio de oportunidad tiene una naturaleza contradictoria al principio de legalidad no es real, debido a que como afirman los autores el principio de oportunidad obedece a una política criminal que como base debe propugnar una idea de minimización del derecho penal y de su uso como *ultima ratio*. Principio que una vez que se encuentra reglado en la norma penal a través de criterios de oportunidad, no puede ser considerado opuesto al principio de legalidad; constituyéndose este principio en una herramienta que viabiliza el paradigma de política criminal trazado por el Estado.

1.12. El vínculo entre el principio de oportunidad y el principio de mínima intervención penal

El principio de oportunidad se plasma por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008. Este principio se encuentra íntimamente ligado al principio de mínima intervención penal, regulado en el Art. 195 de la Carta Magna, donde en sujeción a estos principios se otorga a fiscalía la potestad de dirigir de oficio o a petición de parte la investigación pre procesal y procesal penal.

Ideas generales en torno al principio de oportunidad han sido ya repasadas, pero ¿en qué consiste? y ¿por qué el principio de mínima intervención encuentra su esencia en el



principio de oportunidad y viceversa? La respuesta a estos cuestionamientos la encontramos en el modelo garantista de derecho penal mínimo.

Cuando Baratta realiza críticas sobre el modelo de maximización del derecho penal sostiene que este sistema punitivo crea más problemas de los que procura resolver. Así en lugar de solucionar conflictos los reprime y en muchas ocasiones estos adquieren un carácter más grave del contexto de donde se originaron, motivo por el que de ésta intervención penal derivan nuevos conflictos o a su vez surgen en diferentes contextos. Por esta razón, propugna una idea de intervención penal mínima, así en sus palabras: “una política de contención de la violencia punitiva es realista sólo si se la inscribe en el movimiento para la afirmación de los derechos humanos y de la justicia social”. (Baratta, 2004:303)

El profesor (Albán, 2010) siguiendo el pensamiento de Baratta sostiene que la intervención del Estado a través del *ius puniendi* es indispensable para encausar las reacciones sociales frente el delito. Sin embargo, es necesario reducirlo al mínimo posible. Ya que en la práctica, la aplicación de penas, especialmente la (privación de libertad) no, solo que no cumple con las finalidades que teóricamente tienen, sino por el contrario propagan nuevos y graves problemas, ya que en la realidad, el sistema penal es discriminatorio y selectivo.

En esta línea, (Maier, J. Córdoba, G. 2009) sostiene que la pena estatal desacertada o acertadamente da igual, pues actualmente no se trata de un juicio, sino de una realidad política y social verificable. Lo que ha provocado su aplicación indiscriminada, fenómeno conocido como inflación o expansión del derecho penal. Calificado por Maier como devastador para principios y características del derecho penal liberal, perdiendo de vista al principio de subsidiariedad y con ello, el de la concepción de derecho penal como *última ratio* en la política social. Agrega, que si esa expansión penal carece de límites, correlativamente a la de la expansión de la pena estatal; lo único que se logrará es un Estado policial o gendarme.

Por su parte, Prieto Sanchís sostiene que el derecho penal mínimo se compone básicamente de dos exigencias o postulados: “una disminución de la extensión y rigor de



las intervenciones penales (prohibiciones y sanciones), lo que incluye una ampliación de los límites y garantías al ejercicio del *ius puniendi* y, en segundo lugar, una vocación de monopolio del uso de la fuerza, en el sentido de excluir toda otra forma de intervención de cualquier modo coercitiva o punitiva.” (Sanchís, 2011: 63-64). Precizando, que garantismo se refiere a la exigencia de justificación, y; garantismo penal equivale a la exigencia de justificación de las intervenciones penales, tanto de las prohibiciones como de los castigos.

A su vez, Ferrajoli citado por (Montañez, 2010:287) explica que se entiende por intervención penal mínima: “garantismo y derecho penal mínimo son términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva –tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial– sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona.”

En relación con las ideas anotadas, debemos mencionar que en el año 2009 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos elaboro el “Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales la constitucionalización del derecho penal”. Al respecto, aclaro que, pese a que este estudio no fue objeto de debate en la Asamblea Nacional, se hizo un comentario preciso sobre la relación entre el principio de oportunidad y el principio de mínima intervención penal.

En este sentido, en el anteproyecto se alude a la idea de constitucionalización del derecho penal a través de la teoría del garantismo penal, precisando que el Estado no puede convertirse en un aparato represor, que anule, aniquile o desconozca los derechos de los ciudadanos. Por el contrario, su intervención debe ser mínima cuando no existan soluciones adecuadas y proporcionales para la solución de los conflictos, por lo que, la minimización del derecho penal se manifiesta en: “disminución de las penas, (...) en el principio de oportunidad para evitar el enjuiciamiento por lesión insignificante a bienes jurídicos en fase preprocesal, en el aumento de posibilidades de limitación de la pena y de extinción de la responsabilidad penal”. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009:48)



En armonía con esta idea, (Merino, J. Ochoa, R. 2015), sostienen que la incorporación de criterios de oportunidad en el marco constitucional mexicano se concibe como el inicio de depuración de supuestos de injerencia penal, resultando necesario una reestructuración de la legislación sustantiva, para que con ello se materialicen las exigencias dimanantes del principio de mínima intervención penal.

Dentro de este contexto, se colige que la intervención penal mínima pretende como lo manifiesta Sanchís, garantizar, limitar y **disminuir** la intervención del ejercicio del *ius puniendi* en su manifestación más latente: *la pena*. Ya que como señala Baratta los modelos de maximización del derecho penal en vez de solucionar conflictos los reprimen y originan¹⁰.

Precisamente por estos motivos en un modelo garantista como el ecuatoriano, el principio de oportunidad encuentra su esencia y está profundamente ligado al principio de mínima intervención penal, dado que el primero permite minimizar la intervención penal dentro de los presupuestos reglados¹¹ en la norma penal por el principio de oportunidad. En efecto como diría Roxin “el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado Leviatán.” (Roxín, 1997:137)

Con una acotación final, y rememorando el pensamiento de Maier, la aplicación de criterios de oportunidad tienen por fin: “(...) evitar la aplicación del poder penal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores

¹⁰ El autor ejemplifica el presupuesto de creación de conflictos al indicar que la incidencia negativa de la pena, especialmente de la pena carcelaria en las familias, es mucho mayor en los estratos sociales más bajos que en aquéllos más elevados. Esto lo demuestra en base a la investigación de la Escuela de Criminología de la Universidad de Montreal (Canadá); cfr. A. P. PIRES, V. BLANKEVOORT y P. LANDREVILLE (1981). Donde se concluyó lo siguiente: “un reciente estudio ha demostrado que el efecto de la pena sobre la vida y el status social futuros del condenado es más grave en los jóvenes detenidos provenientes de estratos sociales inferiores que en aquéllos pertenecientes a estratos sociales superiores. Midiendo estos efectos sobre la base de la trayectoria social característica de estos sujetos a partir del estrato de pertenencia, se ha comprobado, en efecto, que los jóvenes ex detenidos de familias más aventajadas logran, después de un cierto tiempo, reintegrarse a su trayectoria normal, mientras que los detenidos provenientes de familias más humildes quedan marcados para siempre y permanecen por debajo de la trayectoria propia del grupo de origen. (Baratta, 2004: 311)

¹¹ Art. 412 del Código Orgánico Integral Penal.



resultados o donde resulte innecesaria su aplicación [refiriéndose a supuestos de pena natural]¹².” (Maier, 2004:837)

1.13. La introducción del principio de oportunidad en la normativa penal ecuatoriana

Si bien el principio de oportunidad figura nominalmente en nuestro ordenamiento jurídico en la Carta Magna del año 2008. La incorporación de este principio de esencia acusatorio-garantista se plasma por primera vez en la legislación ecuatoriana a partir de las reformas introducidas a la normativa penal, mediante la promulgación de la “LEY REFORMATORIA AL **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL Y AL CÓDIGO PENAL**” en el *Registro Oficial Suplemento 555 del 24 de Marzo del 2009*.

Así en base a las reformas incorporadas a través de mentada ley, el principio de oportunidad en el Código de Procedimiento Penal se encontraba reglado de la siguiente forma:

Art. 15.- A continuación del artículo 39, agréguense los siguientes artículos innumerados:

(...)

Art. ...- Oportunidad.-¹³El fiscal en razón de una eficiente utilización de los recursos disponibles para la investigación penal y de los derechos de las partes, podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada cuando:

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

¹³ Innumerado tercero de la ley.



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

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

(Negrita me pertenece)

Ahora se apreciará que en el principio de oportunidad establecido en el artículo 39 innumerado tercero, numeral segundo del Código de Procedimiento Penal 2000, en adelante CPP, se regulaba un espectro mucho más amplio de supuestos de pena natural, del que actualmente rige en el COIP. Así de la norma transcrita es de resaltar que el fiscal podía prescindir de la investigación penal o desistir de la iniciada en las dos esferas o clases de pena natural:

1. Pena natural física:

En aquellos delitos donde por sus circunstancias el infractor sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal. (...)

Nótese que en esta regla, no se hace distinción entre delitos **culposos o dolosos**, pudiendo abarcar ambos. Lo que precisa el criterio de oportunidad es que procede en los delitos donde el infractor en el cometimiento del ilícito sufre un supuesto de *pena natural física*, de tal naturaleza que le imposibilitará llevar una vida normal. En este particular como revisamos en el capítulo primero de nuestro trabajo, (Zaffaroni et al, 2002) nos hablan de casos crudos y estremecedores donde de aplicarse una pena jurídica, el Estado violaría gravemente los principios de humanidad y proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión, por supuesto el fiscal deberá tener en cuenta las particularidades de cada caso.

2. Pena natural moral:

El segundo caso que establecía el CPP se refería a la pena natural moral, donde el numeral segundo, del artículo 39 innumerado tercero prescribía:



(...) o cuando tratándose de un delito culposo los únicos ofendidos fuesen su cónyuge o pareja y familiares comprendidos hasta el segundo grado de consanguinidad.

Sin ánimo de crítica, sino de recordar lo repasado en el capítulo primero de esta investigación. En este particular, la regla da por hecho que las consecuencias morales o psicológicas de índole traumática producto de la conducta del agente, devienen únicamente de vínculos consanguíneos. En efecto se supone que en la mayoría de casos el vínculo familiar implica un lazo afectivo trascendente para las personas, se podría decir *inmesurable materialmente*; es por ello que aparentemente la norma regulaba el hipotético de esta forma.

No obstante, cabe preguntarse ¿Qué ocurre si los lazos de sangre no representan valor alguno para el infractor? Evidentemente en esta hipótesis no existiría pena natural moral, sin embargo la norma determinaba que en todos los casos de delitos culposos donde los ofendidos sean el “cónyuge y parientes comprendidos hasta el segundo grado de consanguinidad” el fiscal podía aplicar el principio de oportunidad.

Por otro lado, hay hechos en los que a pesar de que no existen lazos de parentesco entre la persona que comete la infracción, si se puede dar un supuesto de pena natural moral.

De hecho, (Merino et al, 2015) sostienen que en México es plausible que a través de la implementación del sistema acusatorio se incorporen los criterios de oportunidad, sumándose uno que muestra una concepción más avanzada en materia de protección de derechos humanos; resaltan así, la institución de la pena natural diciendo:

como lo es aquella que concede la oportunidad en función de los principios de proporcionalidad y humanidad de las penas, porque también se podrá prescindir de la persecución del delito si la persona imputada ha sufrido un daño físico o **psicoemocional grave con motivo del hecho delictivo** o, fuera de ello, (...) **que haga innecesaria o desproporcionada la aplicación de la pena.** No obstante, dichas alternativas, al igual que otras, quedan supeditadas a que se colmen ciertas circunstancias y algunos requisitos previstos en la legislación procedimental penal”



(Merino et al, 2015:XXII) (Negrita fuera del texto)

En efecto, recordemos el caso suscitado en Neuquén Argentina donde José Almendra causo la muerte culposa de su mejor amigo Gastón Cheuquén, con quien tenía un vínculo afectivo muy poderoso. En este caso el supuesto de pena natural moral sería completamente aplicable para que el fiscal aplique el principio de oportunidad, no obstante no se encuentra regulado en la norma derogada.

Como nota adicional, debemos recalcar que el fiscal no podía desistir de la acusación en todos los delitos, ya que el inciso final de la norma prescribe los tipos penales en los cuales este principio no es aplicable, englobando los delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar y delitos de odio.

Concluyendo, podemos observar que en el Código de Procedimiento Penal del año 2000, el principio de oportunidad reglaba un amplio abanico de posibilidades en torno a la institución de la pena natural. Ya que esta figura era aplicable tanto en delitos dolosos (pena natural física) cuanto en delitos culposos (pena natural física y moral) con las limitantes antes observadas. Sin embargo, era loable la forma en que estaba reglado este principio en la norma derogada, puesto que veremos que en el COIP la aplicación de estos presupuestos se encuentra limitada a solo un supuesto.

1.14. El principio de oportunidad en el Código Orgánico Integral Penal

1.14.1. Antecedentes:

El 13 de octubre de 2011 el ex presidente de la República del Ecuador Eco. Rafael Correa Delgado remite a la presidencia de la Asamblea Nacional del Ecuador el “Proyecto de Código Orgánico Integral Penal”.

Posteriormente, la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, designa a la Subcomisión N.º 2 integrada por los asambleístas: Gina Godoy, Vicente Taiano, Rosana Alvarado y César García, con el objeto de que se debata a cerca del tratamiento *del Libro II del procedimiento* del anteproyecto del COIP.

En el “**Informe para primer debate** Proyecto de Código Orgánico Integral Penal”, la (Subcomisión N.º2, 2012:23), refería que conscientes de los problemas en la



administración de justicia ecuatoriana se reincorpora al proyecto los principios de oportunidad y mínima intervención penal “como instrumentos del derecho procesal contemporáneo, necesarios para combatir el inicio de procesos penales indebidos o innecesarios. (...)”

De la revisión del anteproyecto se observa que el principio de oportunidad estaba inicialmente regulado de la misma forma que en el Código de Procedimiento Penal; la asambleísta Gina Godoy estaba encargada de su examen¹⁴. Sin embargo, sin razón aparente se limitan los hipotéticos de aplicación de este principio en casos de pena natural. Cabe mencionar que de la revisión de actas no se encontró la de fecha 05 de marzo de 2012 donde se discutió sobre este principio. Por ende, no es posible conjeturar las razones por las que se restringió la aplicación del principio de oportunidad reglado. Es decir, si existió un estudio de política criminal para su modificación, si se presentaron observaciones sobre su aplicación, etc.

Lo que sí está en evidencia es que la restricción de este principio no armoniza con la propia teoría de la Subcomisión N.º donde aducen que es necesario que en el país se fijen condiciones para un derecho penal mínimo donde se garantice la lucha *ante procesos penales indebidos o innecesarios*. El informe para primer debate del proyecto del COIP fue aprobado en fecha 13 de junio de 2012.

Posteriormente, se discute en el pleno de la Asamblea el “**Informe para segundo debate** Proyecto de Código Orgánico Integral Penal”. Donde se aprecia la restricción del criterio de aplicación del principio de oportunidad a un único supuesto de pena natural. Finalmente, este informe fue aprobado por la Asamblea Nacional del Ecuador y remitido al Ejecutivo en fecha 04 de octubre de 2013.

1.15. Regulación del principio de oportunidad en el COIP

Desde el inicio de este trabajo precisábamos que, pese a que en nuestra Carta Magna dibuja una ideología de índole garantista penal, donde la intervención en el ejercicio del *Ius*

¹⁴ (“**Informe para primer debate** Proyecto de Código Orgánico Integral Penal”, pág . 18 2012)



Puniendi debe ser de ultima ratio y siempre que no existan métodos alternativos para la solución del conflicto. Razones por las que en esencia al órgano persecutor de la acción pública -fiscalía- se le asigna la potestad de llevar a cabo la investigación penal y procesal penal atendiendo los principios de oportunidad y mínima intervención penal.

Sin embargo, apreciaremos que este postulado garantista, no se plasma en torno a la aplicación del principio de oportunidad reglado en el actual Código Orgánico Integral Penal que como sabemos entró en vigor el 10 de febrero del año 2014, mediante el Registro Oficial Suplemento 180. Por el contrario, los criterios de oportunidad en cuanto a la aplicación de la pena natural se han visto coartados a un caso en específico.

Con esta premisa, analicemos la forma en que está regulado el principio de oportunidad en el Art. 412 numeral segundo del COIP:

Art. 412.- Principio de oportunidad. - La o el fiscal podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada, en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad de hasta cinco años, con excepción de las infracciones que comprometen gravemente el interés público y no vulneren a los intereses del Estado.

2. En aquellas infracciones culposas en las que el investigado o procesado sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal.

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



sujetas a fiscalización y delitos contra la estructura del Estado constitucional de derechos y justicia.

Pena natural física:

2. En aquellas infracciones culposas en las que el investigado o procesado sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal.

Conforme advierte la norma, este criterio de oportunidad hace referencia a la pena natural física. Sin embargo, la regla se **limita** a señalar a las infracciones culposas donde el sujeto sufre un daño físico que le imposibilita llevar una vida normal, obviando no solo la otra cara de la moneda, los delitos dolosos que como observamos si se encontraban regulados en el CPP.

Desde otra arista, observamos que en este criterio de oportunidad ya no se regula la pena natural moral en delitos culposos en su mayoría (infracciones de tránsito), lo que miramos como un retroceso normativo, aludiendo siempre las nociones o principios de mínima intervención penal, humanización y proscripción de pena crueles.

Pero, hay quienes dirán ¿por qué un retroceso normativo? La respuesta es simple; y, ya se forjó una nota introductoria en este trabajo sobre ello. Los típicos supuestos de delitos culposos en los que se materializa la pena natural moral son las infracciones de tránsito. Donde a causa de la falta de previsión y acatamiento del deber objetivo de cuidado, el infractor causa un accidente donde producto de ello por citar muere: su hijo, madre, abuelo, etc. Aquí la pena o respuesta aflictiva interna que acarreará el infractor por el resto de su vida es extrema, debido a que por su negligencia falleció un ser amado.

Como se observa, en estos casos existe actualmente un límite en la aplicación del principio de oportunidad. Por tanto, fiscalía deberá accionar el poder punitivo del estado acusando a la persona que ocasionó el accidente, deberá seguirse un proceso lesivo en su contra, existirá un derroche de recursos estatales en la persecución del delito, dejando de lado causas de mayor trascendencia. Solamente para que después de este innecesario curso



legal el juez en sentencia¹⁵ este facultado para aplicar la *pena natural* absolviendo al procesado o en su defecto aplicando penas no privativas de libertad. Este criterio no tiene sentido y cae en absoluta contradicción con el principio de mínima intervención penal y oportunidad.

Por otro lado, en este punto es importante también traer a colación un hecho acontecido en nuestro país en relación con la figura de pena natural moral y los delitos culposos:

En el sector Monte Sinaí de la ciudad de Guayaquil una mujer que trabajaba realizando labores domésticas en la casa de un vecino, llevó a su casa un frasco que supuestamente contenía un complejo vitamínico, sin consultar al dueño que sustancia en realidad poseía. La mujer dio de beber el “vitamínico” a sus hijos. Sin embargo, poco tiempo después de haber ingerido esta mezcla los niños empezaron a convulsionar, ya que la mujer no sabía que lo que en realidad contenía este brebaje era una mezcla de drogas y diluyente que su propietario había depositado en el frasco.

Los menores fueron llevados al Hospital Universitario, sin embargo, uno de ellos murió producto de la ingesta de la sustancia nociva, mientras que los otros menores se encontraban en observación bajo pronóstico reservado. Tras el suceso la mujer fue detenida para investigaciones y posteriormente la Fiscalía del Guayas formuló cargos en su contra por el delito de homicidio culposo. (Teleamazonas, 2018)

Conforme, se señala en la noticia, la Fiscalía del Guayas formuló cargos en contra de la mujer por el delito de homicidio culposo. No obstante, este caso, encasillaba perfectamente en el supuesto de pena natural moral que regulaba el derogado Código de Procedimiento Penal, donde se prescribía lo siguiente: (...) o cuando tratándose de un

¹⁵ Art. 372.- Pena natural. - En caso de pena natural probada, en las infracciones de tránsito y cuando la o las víctimas sean parientes del presunto infractor hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, la o el juzgador podrá dejar de imponer una pena o imponer exclusivamente penas no privativas de libertad.



delito culposo los únicos ofendidos fuesen su cónyuge o pareja y familiares comprendidos hasta el segundo grado de consanguinidad”. Consiguientemente, en aplicación de este criterio de oportunidad, el fiscal podía prescindir de la acción penal en razón de la pena natural moral acaecida en la madre tras la pérdida de su hijo.

En este tenor, como sostiene (Coscia, 2000) ¿cuál es el valor o significado jurídico de imponer una pena cuando la desgracia personal que soportará el enjuiciado es absolutamente superior a cualquier sanción jurídica?

No obstante, como observamos este criterio de pena natural moral ya no se encuentra regulado en nuestra legislación. Por lo tanto, está justificada la limitación del principio de oportunidad en el COIP, demostrando asimismo la maximización del derecho penal al coartar principios que antes gozaban de mayor alcance y protección en la norma (CPP).

Para finalizar, los tipos penales en los cuáles el fiscal no puede prescindir de la acción penal o desistir de la iniciada se encuentran señalados en el inciso final del Art. 412 del COIP, regulándose un catálogo más amplio de delitos en torno a bienes jurídicos considerados actualmente de mayor protección.

1.16. Diferencias entre el CPP 2000 y el COIP en torno a la aplicación del principio de oportunidad en el supuesto de pena natural

Conforme lo expuesto se denotan las siguientes diferencias en torno a la aplicación del principio de oportunidad en el CPP 2000 vs COIP, en relación con la figura de la pena natural. No sin antes mencionar que el efecto jurídico de aplicación del principio de oportunidad bajo ambos cuerpos normativos es la extinción de la acción penal.

Código de Procedimiento Penal 2000	Código Orgánico Integral Penal
Escenarios en los que el fiscal prescinde de la acción penal o desiste la iniciada	
Amplio abanico de posibilidades: 1)Pena natural física delitos dolosos 2)Pena natural física delitos culposos	Se limita su aplicación a un supuesto: 1)Pena natural física en delitos culposos.



<p>3)Pena natural moral delitos culposos donde exista vínculo consanguíneo.</p>	
<p>En cuanto a la redacción inicial de la regla</p>	
<p>Como un elemento de forma, se observa que la redacción inicial de esta regla obedece a la eficiencia de utilización de recursos o lo que en la doctrina denominan casos de insignificancia social, delitos de bagatela, que no afectan el interés público. (Zambrano, 2014). “Art. ...- Oportunidad.- El fiscal en razón de una eficiente utilización de los recursos disponibles para la investigación penal y de los derechos de las partes” Dejando fuera de este enfoque gramatical los casos de pena natural establecidos en el numeral segundo del artículo 39, innumerado tercero.</p>	<p>La gramática de este artículo se redacta de una forma genérica, donde posteriormente se delimitan los criterios de oportunidad. “Art. 412.- Principio de oportunidad. - La o el fiscal podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada, en los siguientes casos:” (...)</p>
<p>Delitos en los que el fiscal no puede prescindir de la acción penal o desistir de la iniciada</p>	
<p>Se aplicaba la prohibición a 3 tipos penales: 1)Delitos de violencia sexual, 2) violencia intrafamiliar 3) delitos de odio</p>	<p>Se amplía el catálogo de delitos: 1) delitos por graves violaciones a los derechos humanos 2) delitos contra el derecho internacional humanitario 3) delitos contra la integridad sexual y reproductiva 4) delincuencia organizada 5) violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar 6) trata de personas 7) tráfico de migrantes 8) delitos de odio 9) de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización 10) delitos contra la estructura del Estado constitucional de derechos y justicia.</p>



1.17. Tratamiento del criterio de oportunidad (pena natural) en la legislación comparada

Para efectos de apreciar cómo se encuentra regulado el principio de oportunidad en el derecho comparado, en relación con la pena natural. Revisaremos brevemente su configuración en Colombia y México, países a los que hemos hecho alusión en este estudio. Con la única finalidad de denotar que la configuración normativa de este principio en estas legislaciones delinea matices mucho más progresistas del normado actualmente en el COIP.

Colombia:

En Colombia según el Código de Procedimiento Penal (2004) la aplicación del principio de oportunidad obedece a la política criminal del Estado¹⁶. Otro aspecto interesante, es que fiscalía puede aplicar este principio, desde la investigación hasta antes de la audiencia de juzgamiento facultando al órgano: suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal.¹⁷ Finalmente, las causales de su aplicación son vastas, regulándose un total de 18 criterios de oportunidad¹⁸. El que nos interesa, se encuentra plasmado en el numeral 6 del Art. 324, indicando lo siguiente:

Artículo 324: Causales El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: (...)

6. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, *haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción.*

¹⁶ Art. 321 Código de Procedimiento Penal Colombia (2004)

¹⁷ Art. 323 ibidem

¹⁸ Art. 324 ibidem



México:

En México se regulan los criterios de oportunidad en el CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES (2014), en el Art. 256 y siguientes:

Artículo 256. Casos en que operan los criterios de oportunidad

Iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, el Ministerio Público ponderará el ejercicio de la acción penal sobre la base de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido o ésta manifieste su falta de interés jurídico en dicha reparación de lo cual deberá dejarse constancia.

La aplicación de los criterios de oportunidad será procedente en cualquiera de los siguientes supuestos: (...)

III. Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena; (...)

Adicionalmente, se establece en la parte final del artículo, que el Ministerio Fiscal está facultado para aplicar estos criterios en cualquier tiempo hasta antes de que se dicte auto de apertura a juicio. Finalmente, una nota particular, establece que estos criterios deben aplicarse sobre la base de **razones objetivas**, **sin discriminación**, y; **valorando las circunstancias especiales en cada caso**.



2. CAPÍTULO TERCERO Entrevistas

2.1. Justificación

La parte final de nuestro estudio consiste en las entrevistas realizadas a fiscales y jueces. Esta herramienta nos brinda información cualitativa respecto a la pregunta que nos formulamos en la nota introductoria de este trabajo, siendo esta la siguiente: *¿Existe un retroceso normativo en la configuración del principio de oportunidad reglado en el Art. 412 numeral 2 del COIP?*

Por otro lado, diremos que la importancia de estas entrevistas radica en que son precisamente estas autoridades, quienes desde su cosmovisión y experiencia en el ejercicio sus funciones diarias, pueden dar cuenta si en la realidad se verifican los postulados garantistas de mínima intervención penal y oportunidad esbozados en nuestra Carta Magna. Principio de oportunidad que se plasma en el COIP a través de dos criterios de aplicación, el segundo que nos interesa relacionado con la institución de la pena natural.

Es pertinente indicar que las entrevistas fueron grabadas con autorización de las autoridades y han sido transcritas íntegramente. Sin embargo, hemos resaltado con cursiva o negrita aspectos sustanciales de su contenido, en relación con nuestra línea de investigación.

Por último, precisamos que nos referiremos brevemente a su contenido en las conclusiones de este trabajo, con miras a verificar si nuestras conjeturas iniciales se han cumplido.

2.2. Formato de la entrevista a fiscales y jueces

Objetivo general:

Determinar si existe un retroceso normativo en la aplicación del principio de oportunidad reglado en el Art. 412 numeral segundo del COIP. Teniendo en cuenta que la norma dejó de regular la figura de la pena natural física en delitos dolosos, mientras que en delitos culposos ya no existe el supuesto de pena natural moral, como si existía en el Código de Procedimiento Penal



Preguntas:

1. Cuántos años está en el ejercicio de la carrera fiscal/judicial
2. ¿Qué opinión tiene acerca de la facultad de fiscalía de abstenerse de ejercer acción penal en aplicación del principio de oportunidad?
3. ¿Cuál es su apreciación respecto a la aplicación del numeral 2 del Art. 412 del COIP, que faculta al fiscal aplicar el principio de oportunidad “*en infracciones culposas en las que el investigado sufre un daño físico grave que le imposibilita llevar una vida normal*”?
4. ¿Recuerda que en el Código de Procedimiento Penal 2000, se regulaba la aplicación del principio de oportunidad en cuanto a la figura de la pena natural tanto en delitos dolosos como culposos?
5. Teniendo en cuenta los principios de humanización, proscripción de penas crueles y mínima intervención penal ¿Considera que este criterio de aplicación se podría extender a delitos dolosos donde el infractor sufre un daño físico irreparable que le imposibilita llevar una vida normal?
6. ¿Considera qué desde la entrada en vigor del COIP se limitó la aplicación del principio de oportunidad en relación con la figura de la pena natural?

2.3. Entrevistas a fiscales:

I. Entrevista

Dirigido a: Dr. Luis Adrián Rojas Calle

Ex Fiscal Provincial del Azuay

Actualmente desempeña el cargo de agente fiscal en el cantón Paute

Respuesta a las preguntas:

1. Pregunta

Bueno, para mí es un honor, gracias por haber sido en tomado en consideración para un trabajo académico tan importante y sobre todo conociendo la capacidad moral e intelectual de la persona que me está entrevistando.

Respecto a la pregunta, tengo 27 años dentro de la Fiscalía General del Estado.



2. Pregunta

Para esta pregunta partamos de un hecho constitucional. El Art. 195 le otorga a Fiscalía la titularidad dentro del ejercicio de la acción penal, esta titularidad va dada de la mano de dos principios: el principio de oportunidad y principio de intervención penal mínima.

El principio de oportunidad lo desdobra el Art 412 ya en el Código Orgánico Integral Penal, anteriormente lo establecía el Art. innumerado agregado a continuación del Art 39 del Código de Procedimiento Penal. Pero ¿qué es lo que establece el principio de oportunidad? Nos da a nosotros la facultad como fiscales de una especie de selección de casos como lo establece la oportunidad reglada, como se conoce en las legislaciones comparadas.

Es la facultad que tengo yo como representante de la fiscalía y le doy una definición que voy a permitir esbozarla no de memoria, pero en la parte medular:

Es la facultad discrecional de nosotros como fiscales, de no iniciar la acción penal o de desistir de la ya iniciada, aun cuando concurren condiciones objetivas para perseguir y castigar, verbigracia de aquello, yo como fiscal realizo un análisis sesudo del caso y establezco si tengo un caso que me va a permitir llevar a enervar la presunción de inocencia o existe un acuerdo inter partes o como fiscal considero de que, de acuerdo a la circunstancias que rodean el hecho factico, la persona que se dice cometió la infracción sufrió algún tipo de quebranto y ahí estaríamos dados de la mano del principio de pena natural.

Entonces dando una respuesta jurídica al Estado, a través de normas claras, previas y aplicadas por autoridades competentes conforme lo establece el Art. 82 de la Constitución de la República, aplicó el principio de oportunidad, descongestiono las causas y estoy dando una respuesta a la sociedad.

3. Pregunta

Comienza aquí un quebranto ya comienza el legislador con una deuda social, porque refiero aquello, porque le limita el principio de oportunidad, o establece únicamente conforme voy a dar cita a la norma que usted me hace



referencia: 2.- “en infracciones culposas en las que el investigado sufre un daño físico grave que le imposibilita llevar una vida normal”

Se limita ya únicamente al procesado, infracciones culposas veamos, la falta de deber objetivo de un conductor de un vehículo, presumimos que obviamente por no cumplir el deber objetivo de cuidado se estrelló con un poste de alumbrado público, donde ya sufrió daño el Estado por el bien; pero *junto a él se encontraba su hijo y en parte de atrás su esposa quienes fallecen producto del accidente. Entonces él tendría que ser responsable conforme lo establece el mandato expreso de la norma.*

Establecía lo contrario el artículo innumerado agregado a continuación del Art. 39 del Código de Procedimiento Penal en relación con el principio de oportunidad que voy a traer a colación y voy a permitirme dar lectura:

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

El tema que a nosotros nos interesa numeral segundo: Abro comillas

“2. En aquellos delitos donde por sus circunstancias el infractor sufiere un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal [**Y aquí va lo que nos interesa**] o cuando tratándose de un delito culposo los únicos ofendidos fuesen su cónyuge o pareja y familiares comprendidos hasta el segundo grado de consanguinidad”. Cierro comillas.

Nos limita ya el Código Orgánico Integral Penal, *ahora la aplicación del principio de oportunidad únicamente llega al investigado*, anteriormente se establecía a los familiares en la línea filiar a la que dimos lectura.

Entonces, no hemos avanzado absolutamente nada, hemos retrocedido. Estamos hablando del principio de oportunidad, si estamos hablando que yo como representante de



la fiscalía establezco si tengo facultad discrecional de no iniciar o desistir de una investigación, en la que únicamente me limito al ofendido, que ocurre con las otras personas?

Entonces hay un divorcio ya entre el principio de oportunidad y la pena natural, que lo establece el propio Código Orgánico Integral Penal, y divorcio con uno de los propios principios que establece el Art. 3 del *Código Orgánico Integral Penal* que hace referencia a la *Mínima Intervención Penal* y me permito dar lectura: “Art. 3.- Principio de mínima intervención.- La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.”

Hay una parte que sería necesario que usted la conozca. Cuando hablamos del balance o cuando hablamos de los principios que sirvieron para la implementación del Código Orgánico Integral Penal, hay uno sumamente importante, todos son interesantes, pero uno es sumamente importante el número: “6. Balance entre garantías y eficiencia de la justicia penal”, numeral 2 dice: “El sistema penal tiene que llegar al término medio para evitar que en la sociedad se toleren injusticias y procurar que exista algo parecido a la paz social en el combate a la delincuencia” ¿Estamos vedando aquello verdad?

Entonces nosotros tenemos que aprender a leer en contexto todas las instituciones jurídicas que rodean al Código Orgánico Integral Penal y establecer que el legislador si comete yerros, como en el caso concreto.

Considero yo que debe existir una reforma en la que se amplíe el espectro del principio de oportunidad, y; también nosotros como fiscales llevamos o tenemos que tener consciencia de que esta institución no puede ser como dice Luigi Ferrajoli o lo refiere Ferdinand Lasalle cuando habla de la Constitución “una hoja de papel en blanco”. El principio de oportunidad es mandato constitucional y muchas veces nosotros (me exculpas) por temores no aplicamos este principio. Por temor a que dirá la otra parte, por temor a que dirá el administrador de justicia. **¡No!, nosotros tenemos que activar esos principios.** No pueden ser simplemente un enunciado, y; activando esos principios estamos dando



respuestas claras, previas y como dije hace un momento, aplicadas por autoridad competente. Eso en el lenguaje o linaje jurídico se llama seguridad jurídica.

4. Pregunta

Legislación comparada establece que sí. Usted no me va a dejar mentir, la legislación comparada que nos sirve a nosotros como fuente establece que sí.

Lamentablemente nosotros no tenemos justicia por precedentes como el Common Law por ejemplo. Ahí establecen o fijan el principio de oportunidad cuando una persona que comete un ilícito sufre algún quebranto gravísimo en su persona o salud, y la lógica es correcta. **Porque yo no puedo punir o no puedo ejercer el poder punitivo, a una persona que, por robar, si sabemos actuó en forma dolosa, previó el resultado, previó que iba perjudicar en la propiedad o algún otro tipo de ilícito, pero al cometer el injusto penal sufrió un gravísimo quebranto en su salud.** El Estado va a tener doble gasto: sostener a esta persona en un centro de privación de libertad, que implica aparte del gasto de alimentación, aparte de salud **y la pena natural que sería un simple enunciado.**

Pienso yo, que debería ampliarse el espectro de aquello analizando si, las circunstancias de cada hecho concreto. *Tenemos que ver nosotros al caso en concreto no ser una forma en abstracto.*

5. Pregunta

Lo establecía.

6. Pregunta

Totalmente. Esto va en línea me parece con la respuesta que manifesté en la segunda interrogante las dos van dadas de la mano, totalmente, cuando dice únicamente al investigado no refiere a las otras personas. Estamos dejando a lado las circunstancias del otro ciudadano.

Como le dije el ejemplo, voy a buscar ser lo más pedagógico posible: si estoy conduciendo mi vehículo y fallece mi cónyuge, fallece mi hija. **Esa es pena natural y aparte de que yo tendría que purgar una sentencia.** Obviamente que respondiendo a los actos por no haber previsto el deber objetivo de cuidado. ¿Pero



qué pasa con los de atrás? *Entonces nosotros estamos desarmando familias ¿no es verdad?*

Esperemos nosotros que el trabajo académico suyo estoy seguro va a ser uno de los brillantes y va a ser objeto de publicación, nos sirva a nosotros como fiscales para tener consciencia de donde estamos y dejar de tener miedo a lo que hacemos, en la medida en la que nosotros actuemos bajo principios constitucionales y legales, esa es nuestra mejor arma la argumentación jurídica y un expediente bien llevado.

II. Entrevista

Dirigido a: Dr. Ángel Guillermo Arias Inga

Agente fiscal en la fiscalía especializada en accidentes de tránsito del cantón Cuenca

Respuesta a las preguntas:

1. Cuatro años.

2. Es una potestad que tiene raíz constitucional en el Art. 195, permite a Fiscalía seleccionar casos que cumplan los requisitos previstos en la normativa penal, para decir no deseo investigar, o estando ya indagando indicar que no se anhela seguir, este principio de oportunidad entra en conflicto con la concepción kantiana, de que para todo delito debe haber una sanción. *El principio de oportunidad está dado por razones de política criminal y permite que el Estado que tiene sus recursos limitados, invierta los mismos en investigaciones que comprometan intereses de la sociedad.*

3. *Debería aplicarse a todos los delitos sin distinción*, porque también puede que una persona cometa un delito contra la propiedad, ingrese a un domicilio y al salir se caiga del muro y se quede parapléjico, porque entonces no aplicarle el principio de oportunidad.

4. Me parece que la respuesta está contesta en el punto anterior.

5. Si constaba en el Art. 39.3 numeral 2), **que regulaba de forma más técnica esta institución jurídica**, ya que ahora tenemos regulada como pena natural, así dice el título de la disposición sólo dentro del capítulo de los delitos de tránsito (Art. 372), cuando también



el Art. 412 numeral 2) del COIP podría asimilarse a una pena natural. Pero no se debe perder de vista de que en el caso del Art. 372 del COIP, las víctimas deben tener los grados de parentesco o de afinidad que establece la normativa, ahí el investigado o procesado no requiere sufrir ningún daño, mientras que en el Art. 412 numeral 2), es el investigado o procesado quien debe sufrir ese daño. *Pero en cualquiera de los dos supuestos, parece infructuoso que una persona deba ser condenada.* La pregunta que me surge respecto del Art. 372 es si se puede aplicar o no la pena natural cuando es el cónyuge, o conviviente de la persona investigada o procesada, se podría aplicar, aunque la Corte Nacional ya ha dicho en uno de sus boletines que no.

6. Si se limitó porque puede haber casos dolosos que se den en las circunstancias del Art. 412 numeral 2), y no existe una razón suficiente y adecuada para haberla restringido al tema de los delitos culposos.

III. Entrevista

Dirigido a: Dr. Paúl Alberto Vásquez Illescas

Agente fiscal de delincuencia organizada, transnacional e internacional en el cantón Cuenca

Respuesta a las preguntas:

1. Pregunta

17 años en calidad de fiscal.

2. Pregunta

La opinión siempre va a ser favorable, pues en virtud de descongestionar los archivos y brindar una justicia rápida, oportuna. Tanto a la víctima como al investigado, es oportuno descongestionar, y; es indispensable contar con instituciones como aquellas que permiten la extinción de la acción. Como el principio de oportunidad que está consagrado en la Constitución en el Art. 195 *en el que siempre obliga a que la Fiscalía General del Estado a que los fiscales actuemos con aquel principio de objetividad, oportunidad, mínima intervención penal y ese es aquel mecanismo de descongestión de las investigaciones.* Lo que siempre hay que tener en cuenta es que se cumplan algunos requisitos como lo



establecidos en el antiguo Código de Procedimiento Penal que estaba consagrado en el art. 39 innumerado y tenía dos requisitos y actualmente en el Art. 412 del Código Orgánico Integral Penal que tiene similares requisitos, pero existen algunas diferencias.

Pero es positivo que existan estos mecanismos de descongestión de causas penales, porque no siempre tenemos que aplicar el derecho penal en asuntos que se pueden solucionar o que pueden archivarse.

3. Pregunta

Considero que si una persona que comete una infracción y que a su vez esta infracción o a consecuencia de esa infracción esa persona adolece de una lesión sobre si misma que no le permita llevar una vida normal. *Considero que no debe intervenir el aparato estatal para reprimir, me refiero a imponer Ius Puniendi en cuanto a sancionar con penas privativas de libertad. Correctísimo.*

4. Pregunta

Efectivamente. Allí se disponía que cuando existan infracciones culposas en las que estén involucrados parientes como hijos, pues allí operaba el principio de oportunidad, y; también en los delitos dolosos donde por sus circunstancias el infractor sufría un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal, si existían esas dos posibilidades. Actualmente, el numeral 2 del Art. 412 eliminó mencionada circunstancia en delitos culposos y el otro particular en delitos dolosos.

5. Pregunta

Yo considero que sí. Debemos siempre aplicar los principios constitucionales y normativa internacional. El Art. 195 de la Constitución de la República, obliga **siempre a la fiscalía a actuar en base a la mínima intervención penal.** *Es un principio que no debe discriminarse únicamente a delitos culposos sino a delitos dolosos también en los que la víctima esta reparada en su propio daño.*

6. Pregunta



Si, porque se eliminó aquella circunstancia de los delitos culposos que ampliamente lo establecía el Art. 39 del numeral segundo, actualmente se ha eliminado aquella posibilidad. Pero, tenemos que tener siempre en cuenta y terminando ya como corolario en esta entrevista, siempre hay que tener en cuenta lo siguiente: que el principio de oportunidad es aquel principio que descongestiona las causas, pero tenemos que siempre ver en que terreno estamos pisando procesalmente hablando. Si estamos frente a una investigación previa o frente a una instrucción fiscal.

Me refiero a esto, porque la actual norma, no distingue si el principio de oportunidad se aplica en fase de investigación previa o procesal. Por lo tanto, debería aclararse la norma ya que lo que ésta dice es: “el fiscal podrá abstenerse de iniciar acción penal o desistir de la ya iniciada en los siguientes casos”. Así comienza el Art. 412, no cierto, esto quiere decir que aparentemente este principio solo podría aplicarse en investigación previa. No se habla de instrucción o las siguientes fases procesales.

Pero más abajo, El Art. 412 en su numeral segundo indica: “en infracciones culposas en las que el investigado o procesado (...)”

Si estamos hablando de procesado, es obvio que estaríamos en una fase procesal es decir instrucción fiscal o etapa de juicio. Esto debería aclararse, si es aplicable el principio de oportunidad en fase de investigación previa o en etapa procesal.

Porque primero nos habla de la facultad del fiscal de abstenerse de iniciar una investigación penal o desistir de la iniciada. Aparentemente estamos en fase pre procesal, pero luego la norma nos habla de “procesado”, bajo este presupuesto estaríamos en etapa procesal sea: instrucción fiscal, etapa evaluatoria o preparatoria de juicio que es la intermedia o en una etapa de juicio. Esa parte si debe aclararse, es decir en qué fase realmente opera el principio de oportunidad.

La Constitución en el Art. 195 dice: La Fiscalía dirigirá de oficio o petición de parte la investigación pre procesal o procesal penal atendiendo a los principios de oportunidad y mínima intervención penal. Pero luego, el legislador desarrolla este principio en el Art. 412 del COIP, y; esta norma nos confunde pues primero nos habla de la aplicación de este



principio en investigación previa y luego en el numeral segundo del artículo en mención nos habla del procesado.

Si es que estamos en investigación previa no hay procesado, hay sospechoso o investigado. Pero, si estamos en instrucción fiscal ahí si ya debemos hablar de un procesado.

Espero que le sirva alguna experiencia que he tenido con estos temas.

2.4. Entrevistas a jueces

I. Entrevista

Dirigido a: Dra. Paola Fernanda Beltrán Castro

Ex Juez de la Unidad Judicial Penal de Cuenca

Actualmente desempeña el cargo de juez de la unidad contra la violencia a la mujer y la familia de Cuenca

1. Pregunta

Como juez llevo 4 años y medio, y; en el área penal ya casi 10 años.

2. Pregunta

Creo que está bien que se norme esa facultad porque *ahí se garantiza un principio del sistema acusatorio que es el principio de mínima intervención penal*, mediante **el cual se legitima que el derecho penal intervenga solamente en los casos más extremos** y *ahí se justifica la intervención del poder punitivo del Estado*. No está el derecho penal para solucionar todos los casos, porque podemos caer en el riesgo de que todo se criminalice, y ahí conductas que no requieren.

Entonces, me parece bien que este regulado en la norma para evitar arbitrariedades y en los supuestos en los que yo he pasado audiencias en el principio de oportunidad, efectivamente se han concedido, porque no es necesario que intervengan todos los recursos del Estado, todo el poder punitivo del Estado, cuando por ejemplo ya se ha conseguido la reparación integral, o cuando las víctimas presentan denuncias solamente para un trámite administrativo de seguro. Entonces Cuando existen otro tipo de delitos



que requieren mayor intervención, que requieren mayor esfuerzo por parte del Estado debe ponerse precisamente su interés en ello.

Ya que existen también las restricciones, de que no puede aplicarse el principio de oportunidad en delitos de violencia sexual, violencia contra la mujer; entonces existen restricciones para los delitos más graves. Entonces para los delitos de menor lesividad, creo que está bien se norme ese principio.

3. Pregunta

El Art. 412 numeral 2 del COIP, efectivamente restringió la aplicación de este principio, solamente para los supuestos de delitos culposos, en este caso los típicos ejemplos son los delitos de tránsito. Entonces es obvio, *cuando se trata de delitos culposos no tendría tampoco justificación la intervención del poder punitivo del Estado*, cuando por ejemplo el causante o el responsable sufre un daño físico grave, ahí si se aplicara *el principio de pena natural*. Considerando *que no existe dolo en este tipo de delitos*, **sería más bien imponerle un castigo injusto, adicional, por ejemplo: privándole de la libertad ambulatoria**. Entonces, esta normado, pero existiría cierta restricción porque solamente se establece para los delitos culposos.

Pero nos olvidamos de que en el supuesto en el que existiera una pena. La pena no busca una venganza, según el COIP y según la Constitución busca una rehabilitación; *pero una persona en esas condiciones, quizá la pena no es necesaria en ese caso para rehabilitarle porque puede conseguirse la rehabilitación a través de otra forma*. **Más bien en las condiciones de privarle de su libertad ambulatoria, le vamos a someter a una tortura**. No está en las mismas condiciones que todos los privados de la libertad, **está en unas condiciones más vulnerables precisamente por su estado de salud, por los daños físicos que haya sufrido**.



Entonces está consagrado, **pero está restringiendo más bien la facultad de que opere la pena natural, que es un principio básico y sobre todo que ahora se propugna más en un Estado de Derechos Garantista.**

Entonces, está bien que este normado, **pero está muy restringido.**

4. Pregunta

Claro *antes estaba normado para los delitos en general*. No se establecía para un delito culposo, como ahora si se establece con la restricción de que el delito tenga esta característica. Es decir, solamente para los de tránsito.

Recordemos *que los delitos culposos en el COIP son muy reducidos* porque la culpa solo se castiga cuando está expresamente establecida en el tipo, entonces son muy pocos los delitos en los que se aplicaría el principio de oportunidad en estos casos.

Como indique anteriormente, **antes se decía delitos en general y podía operar esta circunstancia como principio de humanización y de garantía.** Actualmente existen las limitaciones que ya mencioné.

5. Pregunta

Yo considero que, **si tenemos en cuenta como está estructurado, aunque sea en teoría el COIP, porque el COIP tiene muchos principios garantistas, pero en la práctica con el tipo de penas, la proporcionalidad de las penas, las medidas cautelares. Se vuelve más bien, más de tipo inquisitivo.** Entonces si consideramos la primera parte del COIP y de la Constitución, si cabe que se aplique el principio de oportunidad para todo tipo de delitos, porque como indique anteriormente la pena no busca una venganza, no es que yo le privo de libertad por venganza. Sino según lo que establece la Constitución y también el COIP respecto a los fines de la pena, busca rehabilitar a una persona, **entonces ahí habría un exceso del poder punitivo “al rehabilitarle”**

¿Cómo le rehabilitas si está en circunstancias físicas que le impiden llevar una vida normal?, de por sí eso ya es una pena natural, siempre y cuando sea a



causa del cometimiento del delito, considero que, si pudiese aplicarse, **debería haber una reforma en ese sentido.** *Debemos considerar que son casos muy excepcionales.*

El requisito que le pone es que como consecuencia del hecho sufra un daño y si no busco vengarme privándole de la libertad. Tal vez la rehabilitación la consigo, a través de otro tipo de pena no privativa de libertad y *a través de la aplicación del principio de oportunidad.*

6. Pregunta

Si se limitó, no solamente para los delitos dolosos que antes en general podía aplicarse. Tampoco es una figura que se aplicaba siempre son casos muy excepcionales. Se limitó porque actualmente la norma solo regula esta figura para delitos culposos.

Antes de igual forma, el principio de oportunidad por la forma como estaba normado, cabía en las infracciones culposas donde los únicos ofendidos eran el cónyuge y demás familiares del investigado, establecidos en la norma anterior. Entonces, no era necesario seguir todo el curso procesal. Con el principio de oportunidad antes el fiscal podía abstenerse de ejercer la acción penal, ahora se establece como “pena natural” dictada por el juez.

Pero ahora el fiscal debe seguir todo el curso del proceso penal, ocupar todo el aparato estatal, agotamos recursos del Estado en un proceso que no tiene razón de ser. Y esto podría evitarse por la forma en la que estaba configurado anteriormente el principio de oportunidad en el Código de Procedimiento Penal.

Entonces ahí se ejecutaba o se veía en la praxis la aplicación del principio de mínima intervención penal. ¿Para qué sigo todo un juicio? Cuando antes el fiscal se podía abstener en estos casos, cuando los únicos ofendidos fuesen el cónyuge o los parientes dentro de los grados que establecía la norma.

Ahora con la nueva tipificación como está en el COIP, se establece ya no como una prerrogativa del fiscal en aplicación del principio de oportunidad cuando se trata de familiares, sino como una norma que regula la pena natural en sentencia, debiendo ahora



seguirse todo el juicio, y; que el juez aplique la pena natural. **No tiene sentido, no tiene razón de ser, seguir este proceso.**

Entonces yo creo que, *si se hicieron restricciones en lo que se refiere a la aplicación del principio de oportunidad, que más bien revelarían un carácter más sancionador, más inquisitivo que refleja el COIP. Que por más que en su título preliminar contenga una declaración garantista, pero en la práctica a través de la aplicación de estas figuras*, de las penas, de la prisión preventiva, de la detención, que por ejemplo es un rezago de las prácticas fiscales y policiales anteriores **sigue revelando que tiene un carácter más bien inquisitivo.**

II. Entrevista

Dirigido a: Dr. Eduardo Javier Moncayo Cuenca.

Ex Juez de la Unidad Judicial Penal de Cuenca

Actualmente desempeña el cargo de juez de la unidad contra la violencia a la mujer y la familia de Cuenca

Respuesta a las preguntas:

Preguntas:

1. Pregunta

Bueno en la función judicial llevo ya más de 10 años trabajando en la corte. Ejerciendo la función de operador de justicia jurisdiccional llevo también más 3 años, pero dentro de la función judicial más de 10.

2. Pregunta

Pues bien, nuestra Constitución ha previsto que sea la fiscalía el ente encargado de investigar y de ser el caso recabar elementos pre procesales y procesales que permitan fomentar una imputación formal ante los tribunales de justicia. Pero nuestra propia Constitución ha reconocido algunos principios, **entre ellos el principio de oportunidad que faculta a este ente encargado de investigar; racionalizar el uso del instrumento de persecución estatal con miras a que no todo se judicialice y también exista la**



oportunidad de plasmar también la mínima intervención penal. *La oportunidad constituye pues la herramienta que tiene el fiscal para racionalizar el poder punitivo del Estado.*

3. Pregunta

La respuesta punitiva del Estado se traduce en la imposición de penas, sean estas privativas de la libertad como no privativas de la libertad o restrictivas de los derechos de la propiedad; y, considero que la determinación del legislador al delimitar que sean las infracciones culposas en las que se puede aplicar el principio de oportunidad cuando el investigado sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal, pues justamente forma parte de la racionalización del derecho penal, considerando de que una persona que sufre una afectación de esta naturaleza por su propia imprudencia, por su propia negligencia, por su propia inobservancia del deber objetivo de cuidado. Veo que es racional aquella postura, puesto que todo descansa sobre la dignidad de una persona, si esa persona recibe ya aquella sanción natural, vemos que el Estado ha previsto este mecanismo para no seguir descargando todo el poder sancionador o institucionalizado del Estado, en contra de una persona que ya recibió una sanción natural, por efectos de su propia acción u omisión.

4. Pregunta

En efecto, el Art. 39 en sus innumerados reconocía el principio de oportunidad justamente promoviendo una eficiente utilización de los recursos disponibles y en efecto lo determinaba como la posibilidad de que pueda aplicarse este principio en los delitos en los que por sus circunstancias el infractor sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal o tratándose de delitos culposos. Es decir, el numeral segundo del Art. 39 punto 3 del Código de Procedimiento Penal regulaba dos condiciones en las que podía aplicarse este principio. Sin embargo, el actual COIP ha establecido que tan solo sea en las infracciones culposas.

5. Pregunta



Realmente creo que **la mínima intervención penal** forma parte de la corriente del minimalismo penal que *tienden a minimizar la actuación del Estado a través del Ius Puniendi*. Forma parte pues en efecto, de un **instrumento que permite humanizar justamente el derecho en manos de una apreciación justa que permita determinar en casos concretos que no es necesario la utilización del derecho penal**, porque está en un proceso de extinción de la acción penal, *siempre tiende a que se vaya humanizando cada vez más el sistema*, el derecho penal, **el garantismo penal como tal, tendiendo a que dejemos de utilizar este instrumento que en definitiva, es el más grotesco que tiene el Estado** para controlar socialmente a la sociedad.

Veo que la nueva disposición del Art. 412 sólo ha hecho una determinación que sean las infracciones culposas. Sin embargo, el Código de Procedimiento Penal, lo determinaba para las infracciones culposas, pero también lo permitía en otro tipo de infracciones porque separa las dos ideas del numeral segundo del Art. 39 del Código de Procedimiento Penal, y; eso permitía la aplicación, tanto en infracciones comunes donde el infractor ya sufre un daño que le imposibilita llevar una vida normal, pero también podía tratarse en los delitos culposos.

Creo que es procedente o sería procedente la aplicación a todo tipo de infracción, no solo a los delitos culposos, siempre y cuando, se configure la afectación de la persona (sujeto activo) sobre ciertas consideraciones concretas, que tendría que ser circunstanciales, en lugar, tiempo y modo, a más del reconocimiento legal, que no existe actualmente. Porque puede darse el caso en el que una persona que afecta dolosamente, partiendo de que la infracción es dolosa como tal y la excepción es que sea culposa, porque así lo determina justamente el artículo 26 del COIP, que determina que quien actúa con el designio de causar daño pues actúa dolosamente.

Yo creería que también, no solo por el hecho de que yo sufra alguna lesión pueda verse aplicado este principio de oportunidad. Debe generar justamente aquella acción u omisión un detrimento considerable en la salud, porqué sabiendo



que el Estado no solo descarga el poder punitivo a través de la imposición de la pena, sino que también asume la responsabilidad de rehabilitar. Si veo que una persona sufrió un daño físico irreparable que le imposibilitará llevar una vida normal producto de su acción dolosa, también debe considerar el Estado que asume esa responsabilidad de garantizar la integridad de esa persona que está ya en conflicto con la ley y que recibirá una sentencia posterior y esa persona pues también va a ser un punto de atención por parte del Estado.

*Entonces tendría que verse un instrumento que permita la posibilidad de hacer un balance, para determinar si así esa persona producto de su actuación, ya cometió una infracción y no va a poder llevar su vida normal. **Para que sancionarle de esa forma**, que pudiese de acuerdo con el tipo penal, cuando pudiesen establecerse otro tipo de mecanismos o instrumentos en los que se pueda trabajar el control social.*

6. Pregunta

Realmente la casuística no nos ha permitido a nosotros hacer un balance de si es que con la aplicación del principio de oportunidad se han solucionado las controversias en menor número o mayor número frente a lo que se solucionaban con la aplicación del Código de Procedimiento Penal, con las consideraciones que anteriormente singularice.

El principio de oportunidad sigue siendo la herramienta en la cual el fiscal deja o se abstiene de iniciar una investigación o desiste de la iniciada cuando no comprometan gravemente los intereses públicos, no vulneren los intereses del Estado, tenga una pena inferior a los 5 años de privación de la libertad. *Sin embargo, considero que este principio no se lo está plasmando como el instrumento que tiene la fiscalía para solucionar controversias dejando de lado la aplicación de penas privativas o no privativas de la libertad.* Creo que la fiscalía está utilizando más el tema del archivo, que también es otra herramienta para no llevar todo a los tribunales de justicia.



Pero si veo que el *legislador* ya solo ha determinado que se aplique el principio de oportunidad en infracciones culposas (frente al estudio que realiza), *ya no permitiendo que sea cualquier tipo de infracción*, lo que si considero yo que es un ejercicio de configuración legislativa que tendrá sus razones: tal vez de política criminal, **el Estado tal vez no quiere separarse de la utilización del derecho penal como tal**, y ha visto este avance considerable creo yo del COIP frente a lo que teníamos antes porque si existe un avance considerable, **pero entiendo el legislador se ha respaldado en otro tipo de política que creo es de continuar utilizando el derecho penal y no permitiendo este tipo de consideraciones en infracciones dolosas, con la aplicación de la pena natural**, que yo si las llamaría así. Si es que una persona comete una infracción dolosa y sufre algún daño físico. Qué pudiese darse, que reciba un balazo producto de una persecución y que ello genere una imposibilidad física trascendente, realmente pudiese darse un tratamiento diferenciado con un balance pro persona, con un ejercicio de ponderación; sin embargo, aquello va a ser difícil de justificar y casuísticamente no hemos podido percatarnos de aquellas circunstancias para poder realizar un balance, de si existe o no un retroceso normativo.

III. Entrevista

Dirigido a: Dr. Raúl Fernando Guerra Coronel

Juez de la Unidad Multicompetente del cantón Alausí

Respuesta a las preguntas:

1. Pregunta

En ejercicio de la carrera judicial jurisdiccional 3 años, pero administrativamente como ayudante y secretario 5 años.

2. Pregunta

El principio de oportunidad tiene gran relevancia en un estado democrático en donde *el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado es de última ratio* justamente lo que se conoce como *la subsidiariedad del derecho penal* pues este, es la última herramienta que debe utilizar el estado para alcanzar la paz social. En este contexto el principio de



oportunidad y la mínima intervención son herramientas básicas de Fiscalía de conformidad con el Art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador; para ejercer *la pretensión únicamente en los casos de relevancia* y de esta forma descongestionar a la Función Judicial. Consiguientemente, *no sólo es necesario sino indispensable el principio de oportunidad*

3. Pregunta

En lo que respecta al presupuesto Nro. 2 del Art. 412 del COIP es fundamental que se encuentre consagrado en la norma adjetiva penal pues es muy común que en los accidentes de tránsito el conductor siendo responsable del siniestro sufra un daño grave en su salud o movilidad que le impida continuar con una vida normal, *este aspecto tenía mayor desarrollo en la normativa anterior por su gran relación con la pena natural, empero de aquello actualmente también se encuentra regulada dicha pena natural, pero no con directa relación al principio de oportunidad aunque doctrinariamente, ese es justamente el sustento.*

4. Pregunta

Justamente antes existía más conexión legal entre la pena natural y el principio de oportunidad, de hecho, *el principio de oportunidad fiscal se basaba justamente en que el procesado ha sufrido un daño grave en su salud o que las personas fallecidas son parientes cercanos*, actualmente si se encuentra regulada la pena natural, pero únicamente para los delitos culposos de tránsito en el Art. 372 del COIP.

5. Pregunta

En realidad *es aceptado para la doctrina que la pena natural tiene que ver con el sujeto activo del delito, ello sin importar si el delito es culposo o doloso* ya que *su fundamento es que el sujeto no va a tener una vida normal* ello, por **secuelas físicas** que le pueda dejar el hecho *así también secuelas psicológicas* pues pongámonos a pensar lo que es perder a un ser querido, desde ese punto de vista **y considerando la subsidiariedad del derecho penal si se pudiera ampliar la aplicación de pena natural a los delitos dolosos.**

6. Pregunta



Universidad de Cuenca

Si, ha existido una limitación pues los fiscales prefieren impulsar su acusación hasta llegar a una sentencia condenatoria, pero que en la aplicación de la pena se aplique pena natural y se deje de imponer una pena privativa de libertad u otros tipos de penas.

Sin embargo, es necesario que se tenga claridad en que Fiscalía pudiese solicitar principio de oportunidad en cuanto a haberse configurado los presupuestos para pena natural situación que lógicamente demanda preparación de Fiscalía en cuanto a sus atribuciones y no solamente esperar la decisión judicial en juzgamiento para aplicar pena natural. Considero que el legislador debe ser más claro en determinar que el principio de oportunidad opera también al configurarse los requisitos de pena natural ya que como se encuentra configurado en el COIP diera a entender que son instituciones que no tienen relación alguna.



CONCLUSIONES

El análisis de esta línea de investigación nos ha permitido perfilar las siguientes conclusiones:

Evidentemente, en el Código Orgánico Integral Penal, existe un retroceso en torno a la regulación de los supuestos de aplicación de pena natural, en comparación con el Código de Procedimiento Penal 2000, que delimitaba un abanico más amplio de hipotéticos. Sin embargo, nótese que en este estudio también realizamos observaciones a citado cuerpo normativo, con respecto a la pena natural y sus matices de aplicación. Pero sin duda, su regulación, *garantizaba en mayor medida los principios de mínima intervención penal, oportunidad, humanización, etc.*

Lo antes expuesto se observaba en delitos culposos donde existía de por medio una pena natural moral. Como hemos manifestado estos hipotéticos concurren en mayor medida en las infracciones de tránsito. Actualmente, en estos casos fiscalía no puede abstenerse de iniciar acción penal, deberá seguir el lesivo curso de un proceso penal, acusar y solo en sentencia el juez podrá aplicar la pena natural en base al Art. 372 del COIP. Como ya se advirtió, este proceso genera un sinnúmero de consecuencias perniciosas, por citar algunas: (fiscalía desiste de perseguir causas de mayor relevancia, gasto de recursos públicos, dolor al infractor/familiares, etc.) ¿Entonces dónde está la mínima intervención penal? En efecto, parece ser solo *dibujada* en la Constitución y en la norma penal.

Esta visión no ha sido percibida únicamente por mi persona, sino también por las autoridades fiscales y judiciales entrevistadas, conforme se desprende de sus razonamientos. Por mencionar, el fiscal Dr. Adrián Rojas Calle quien afirma que el principio de oportunidad reglado en el COIP, constituye un retroceso, “no hemos avanzado en nada”, argumenta, más bien esta norma se separa de otro principio de trascendente importancia, la mínima intervención penal.



Universidad de Cuenca

Con igual sentir la juez Dra. Paola Beltrán, refiere que actualmente en el COIP se hicieron restricciones en la aplicación del principio de oportunidad, que más bien revelarían un carácter más sancionador del Estado. A pesar de que su título preliminar contenga una declaración garantista, pero en la práctica este cuerpo normativo revela un carácter inquisitivo.

Sobre el cuestionamiento de por qué el legislador limitó el alcance de los supuestos de pena natural. No es posible dar una respuesta precisa debido a que la (Subcomisión N.º2) encargada del tratamiento *del Libro II del procedimiento* del anteproyecto del COIP. Supuestamente pregonaba una idea de tinte garantista cuando manifestaban que en este *proyecto se reincorporan principios como el oportunidad y mínima intervención penal, como instrumentos del Estado que permitan combatir procesos penales indebidos o innecesarios*. Sin embargo, sin razones aparentes restringen este principio en el COIP, desentonando su “visión garantista” con lo hoy normado.

En cuanto a las limitaciones que trae el numeral 2 del Art. 412 del COIP, donde se prescinde totalmente de la aplicación del principio de oportunidad en delitos dolosos.

Como hemos visto los doctrinarios, Zaffaroni, Bacigalupo, Bustos, Choclán entre otros, justifican la institución de la pena natural considerando que en los supuestos en los que una persona en el cometimiento de un injusto sufre un daño o mal de carácter irreparable, este sujeto previamente ha sido *sancionado* con una pena de carácter natural. Por lo tanto, de aplicarse una pena estatal, se estaría violentando el principio de humanidad y proporcionalidad, ya que en estos casos la pena forense poco o nada puede aportar, sino por el contrario el Estado se extralimitaría en la aplicación del *Ius Puniendi, al preexistir una sanción*, en este caso una pena o castigo natural.

Además, indican que en estos casos no es que no exista culpabilidad, sino esta se encuentra compensada en el daño irreparable y fortuito producto del ilícito, sufrido por el hechor.



Universidad de Cuenca

En este contexto, consideramos que en el evento, en que el COIP se reformase sería viable que se regule a través del principio de oportunidad una regla donde fiscalía pueda abstenerse del ejercicio de la acción penal o prescindir de la iniciada en delitos dolosos. No obstante, consideramos que la regla merece mayor técnica legislativa, que la esbozada en el Código de Procedimiento Penal 2000. Esto por la mayor connotación que tienen los delitos dolosos al existir en el agente conocimiento y voluntad de irrogar daño.

Un buen ejemplo de regulación es México, donde existe la posibilidad de aplicar este criterio de oportunidad en delitos dolosos, donde la persona sufra a consecuencia del hecho daño físico grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena. Sin embargo, se advierte que este criterio de oportunidad puede ser aplicado por el fiscal sobre la base de razones objetivas y *valorando las circunstancias especiales de cada caso*.

Como ya manifestamos en el segundo capítulo, no es lo mismo: un ataque terrorista que un robo menor; donde el sujeto activo en ambos delitos dolosos pierde la capacidad de caminar. Los hipotéticos a pesar de ser muy distintos tienen idénticas consecuencias. Pero, en síntesis, las variables son: los bienes jurídicos protegidos, las circunstancias en que se producen, etc. Ahí precisamente se refleja la facultad discrecional del órgano persecutor de perseguir o no el caso en base a las especificidades del hecho.

Es por ello que estamos en gran medida de acuerdo con Ziffer cuando señala que la institución de la pena natural si bien tiene buenos fundamentos, resulta de difícil incorporación en un sistema jurídico, sin que caiga en contradicciones.

Por otro lado, como manifiesta el juez. Dr. Eduardo Moncayo, casuísticamente no han tenido la oportunidad de tener casos en los que se produzca un supuesto de pena natural. Esto me fue corroborado por todas las autoridades entrevistadas. La deuda de este trabajo es haber analizado un caso práctico en torno a estos hipotéticos.

Sin embargo, si hemos podido aludir a supuestos en los que creo firmemente que según la configuración del principio de oportunidad en el innumerado tercero del Art 39 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal 2000, cabía plenamente la figura de la pena



natural moral, que determinaba: (...) o cuando tratándose de un delito culposos los únicos ofendidos fuesen su cónyuge o pareja y familiares comprendidos hasta el segundo grado de consanguinidad.

Para efectos de recordar, me referiré nuevamente al caso en que una mujer en el cantón Guayaquil dio de beber un supuesto vitamínico a sus hijos, sin saber que lo que en realidad contenía este frasco era droga y diluyentes. Produciéndose a causa de ello la muerte de uno de los menores.

De acuerdo con el Art. 412 numeral 2 del COIP, actualmente el fiscal no puede prescindir de la acción penal en virtud del principio de oportunidad, en casos crudos y estremecedores como el citado. Donde la pérdida de un hijo ya representa un dolor inmensurable que tendrá que cargar la madre en su psiquis por el resto de su vida (pena natural moral). En estos casos fiscalía debe iniciar la acción penal y formular cargos como en efecto ocurrió en este caso. Pero ¿qué pasa con los otros niños? A más de perder a su hermano, pierden a su madre y con ello, derivan nuevos problemas sociales.

Ideas como las anotadas, la percepción de autoridades fiscales y judiciales nos han permitido concluir que definitivamente en el Código Orgánico Integral Penal, existe un retroceso normativo en cuanto a los hipotéticos de aplicación de pena natural, destrozando así la tesis de mínima intervención penal plasmada en la Constitución de la República del Ecuador.

Como nota final, concluimos que en la práctica, a pesar de sus postulados garantistas, nuestro sistema actual tiende al expansionismo del derecho penal, coartando principios que anteriormente gozaban de mayor alcance y protección como el de mínima intervención penal y oportunidad regulados en el derogado Código de Procedimiento Penal 2000. Lo que evidencia, como diría Baratta un modelo del derecho penal, que, en vez de solucionar conflictos sociales, origina otros en nuevos contextos.



BIBLIOGRAFÍA

- Albán, E. (2010). *MANUAL DE DERECHO PENAL ECUATORIANO*. Quito : Ediciones Legales.
- Armenta, T. (2012). *Lecciones de Derecho procesal penal* . Madrid: Marcial Pons.
- Bacigalupo, E. (1998). "*Principio de culpabilidad, caracter de autor y poena naturalis en el derecho penal actual*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Bacigalupo, E. (2010). FILOSOFÍA E IDEOLOGÍA DE LAS TEORÍAS DE LA PENA. *Derecho y Humanidades*, 1(16), 17-30.
- Baratta, A. (2004). *Principios del derecho penal mínimo*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Bobadilla, C. (2016). La "pena natural": fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno . *Polít crim. Vol. 11 N.º 22*, 548-619.
- Bovino, A. ((n.d)). El principio de oportunidad en el Código Procesal Penal peruano. *IUS ET VERITAS*, 159-169.
- Bustos, M. (2016). El reflejo de la pena naturalis en la pena forensis. Posibilidades en el derecho penal español.
- Cafferata, J. (1997). *Cuestiones Actuales Sobre el Proceso Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto .
- Choclán, J. (1999). La pena natural. *LA LEY Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*.
- Coscia, O. (2000). *Revista Jurídica de LexJuris . Poena naturalis versus pretensión estatal*.
- Enrique Agudo Fernández, M. J. (2017). *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito*. Madrid : Dykinson S.L.
- Ferrajoli, L. (2006). *Derecho y Razón Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Foucault, M. (2003). *Vigilar y Castigar nacimiento de la prisión*. (A. G. Camino, Trans.) Buenos Aires: Siglo veintiuno editores Argentina s. a.
- Humanos, M. d. (2009). *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales*. Quito: SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS .
- Ibañez, A. (2005). El principio de oportunidad. *Vniveristas N.º 109*, 73-94.
- Jakobs, G. (1992). El principio de culpabilidad. ADPCP, Tomo XLV Fascículo III.



Universidad de Cuenca

- Jerónimo Betegón. (2000). *El derecho y la justicia* . (F. L. Ernesto Garzón, Ed.) Madrid: Editorial Trotta S.A.
- Joaquín Merino, R. O. (2015). *Fundamento y sentido de los criterios de oportunidad*. México D.F: INACIPE .
- José Urquiza, Nelson Salazar. (2012). *Derecho Constitucional Penal*. Lima : Idemsa .
- Julio Maier, Gabriela Córdoba . (2009). *Tiene futuro el Derecho penal?* Buenos Aires: AD-HOC.
- Kant, I. (1978). *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*. Madrid.
- Lamadrid, M. (2015). *El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal*. Barcelona: Departament de Dret .
- Luis Sierra, C. G. (2010). *Principio de oportunidad Bases conceptuales para su aplicación* . Fiscalía General de la Nación .
- Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal* . Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.
- Mauricio Duce, Cristian Riego. (2002). *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal* . Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- Montañez, J. (2010). El debate entre la expansión del derecho penal hacia la criminalidad de clase alta y el derecho penal mínimo. *Revista Estudios Socio Jurídicos*, 285-304.
- Nino, C. (1987). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Prieto, L. (2011). *Garantismo y derecho penal*. Madrid: lustel.
- Roxín, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas.
- Rubio, P. (2017). *Teoría de la Pena y consecuencias jurídicas del delito. Análisis doctrinal y jurisprudencial* . Tiram Latam .
- Sánchez, S. (2014). ¿Puede considerarse el remordimiento una poena naturalis? *Revista InDret Penal*, N° 3.
- Subcomisión N.º1. (2012). *Informe para primer debate Proyecto de Código Orgánico Integral Penal*. Quito: n.s.
- Subcomisión N.º2. (2012). *Informe para segundo debate Proyecto de Código Orgánico Integral Penal*. Quito: n.s.
- Tanoviceanu, J. (1927). *Treaty of law and criminal procedure* . Bucharest: The Judicial Courier.



- Teleamazonas, N. (2018, 03 12). Fiscal procesó a mujer que habría envenenado a sus hijos .
Recuperado de http://www.teleamazonas.com/2018/03/fiscalia-proceso-a-mujer-que-habria-envenenado-a-sus-cuatro-hijos/?fbclid=IwAR3wwDUuVLIP34yYtIXa69dEHAfy1ZKSOPiq8qrVbLrg2NUn6JuHH0Cm__g .
- Zaffaroni, E. Alagia, A. Slokar, A. (2002). *Manual de derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- Zambrano, A. (2014). *Estudio introductorio al código orgánico integral penal: referido al libro segundo: código de procedimiento penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Cuerpos normativos:

- Constitución de la República del Ecuador, 2008.
- Código Orgánico Integral Penal, 2014.
- Código de Procedimiento Penal Ecuador, 2000.
- Código de Procedimiento Penal Colombia, 2004.
- Código Nacional de Procedimientos Penales México, 2014.

Sentencias:

- Sentencia CCC 40124/2018/to1, dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Nro. 15 de la Capital Federal de Argentina
- Sentencia C-387/14, dictada por la Corte Constitucional colombiana.

Medios electrónicos:

- <http://etimologias.dechile.net/?pena>
- <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos29226.pdf>
- <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos29226.pdf>