

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

**Aplicación del principio de oportunidad para los delitos
contra la integridad sexual en el Ecuador**

JOSÉ JULIÁN ALEMÁN COELLO

Trabajo de titulación como requisito para la obtención de título de abogado

Director: Xavier Andrade Castillo

Quito, 15 de diciembre del 2017

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

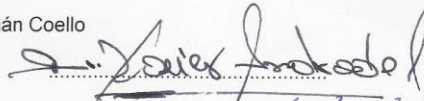
Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

“Aplicación del principio de oportunidad para los delitos contra
la integridad sexual en el Ecuador”

José Julián Alemán Coello

Dr. Xavier Andrade
Director del Trabajo de Titulación



Mgr. Santiago Escobar
Lector del Trabajo de Titulación



Pier Pigozzi, LLM
Lector del Trabajo de Titulación



Dr. Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, diciembre del 2017

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACIÓN DE DIRECTOR DE TRABAJO DE TITULACIÓN

TESINA/TÍTULO: Aplicación del principio de oportunidad para los delitos contra la integridad sexual en el Ecuador

ALUMNO: José Julián Alemán Coello

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

Con la entrada en vigencia del sistema acusatorio oral penal en Ecuador a partir del año 2000, y el proceso de adaptación a este nuevo proceso, se incorporaron instituciones propias de él, lo que trajo a colación temas jurídicos de orden procesal importante particularmente para el titular del ejercicio público de la acción, el fiscal. Justamente uno de los temas, es el relacionado con la aplicación del principio de oportunidad, cuyos elementos de carácter objetivo son ciertamente complejos y problemáticos, sobre los efectos que dentro del proceso de persecución penal se dan. El problema fundamental busca establecer los parámetros o lineamientos legales del principio de oportunidad en varias conductas criminales graves y el fundamento de que se haga una excepción para las conductas penales sexuales, confrontando derechos y principios procesales con derechos fundamentales y los bienes jurídicos tutelados por la vigencia de la norma penal, a la luz del nuevo ordenamiento jurídico. Cobra relevancia el presente estudio, por cuanto no existen investigaciones concretas sobre el tema en particular, además por la necesaria información fundamentada y precisa que los operadores de justicia requieren al respecto para poder aplicar y resolver sobre los casos en su práctica diaria. Finalmente, al momento de redactar este informe se discute a nivel nacional que, a través de una consulta popular, promovida por el ejecutivo, se busque la imprescriptibilidad del ejercicio público de la acción en delitos sexuales, con afectación, sin duda, del principio de oportunidad.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

El problema planteado parte de una visión valorativa y confrontativa de derechos, al amparo de instrumentos internacionales de derechos humanos y normas constitucionales puntuales versus la facultad del fiscal de decidir qué casos son conductas penalmente relevantes que le interesa al estado y la sociedad que se persigan hasta su punibilidad. Pone de manifiesto las constantes interpretaciones que se dan por la poca información y desarrollo de la jurisprudencia nacional al respecto. Incluye las violaciones de derechos que sufren los sujetos procesales en cuanto al proceso de criminalización o no de las conductas y particularmente, en los delitos sexuales en donde la investigación cobra vigencia por factores que a veces no son necesariamente jurídicos. Ambos puntos, vinculados a los temas de derecho sustantivo, bajo especiales estándares internacionales hacen de la hipótesis algo trascendente, única y relevante como respuesta para tratar un problema no discutido con profundidad. Se logra demostrar la hipótesis al momento en que se plantean tres casos de delitos sexuales que, -aunque la ley es expresa- se aplica el principio de oportunidad para un equilibrado y justo respeto de los derechos de los sujetos procesales.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

El material revisado y recopilado por el autor de este trabajo de titulación escrito, recoge bibliografía de autores nacionales (V. Aguirre y E. Carrasco) y en su mayoría internacionales (Colombia, Argentina, México, España, Chile, Perú, Alemania y Venezuela), veinte y siete textos, encontrando obras que van en

ediciones desde 1905, 1923 y 1943 (Enrique Ferri-textos españoles para los dos primeros e Immanuel Kant-texto argentino para el tercero) hasta el año 2014 (Claus Roxin-texto alemán) en derecho penal parte general (el tipo penal) además de algunos textos especializados (el derecho penal mínimo), es decir, la opinión académica y doctrinaria de más de cuarenta años aproximadamente. El autor complementa su investigación con información obtenida de páginas web, generando un adecuado y conveniente desarrollo estructural de contenidos, por las fuentes, su calidad diversa, cantidad y actualización (año 2014).

Los materiales bibliográficos son suficientes y adecuados para el planteamiento de información y el desarrollo del contenido argumental para un trabajo de carácter investigativo conforme al tema planteado.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

El desarrollo argumental de la tesina se verifica a través de tres capítulos más uno de conclusiones. El capítulo primero bajo el título Principio de oportunidad inicia con las ideas generales del concepto y origen del principio de oportunidad. En este sentido desarrolla varias definiciones y el origen del principio de oportunidad (pp. 3-7) tomando como fuente las ideas de Jacobo López (Argentina), Magaly Vásquez (Venezuela), y Nodier Agudelo (edición colombiana), entre otros. Revisa el principio de oportunidad reglado y discrecional tomando en cuenta la opinión de autores argentinos Jacobo López y Francisco Bernate (pp.7-9). Continúa con una breve descripción de la aplicación del principio de oportunidad según el Código Orgánico Integral Penal apoyado de información de Jacobo López (pp. 9-11). Luego, pasa a analizar información y realizar un ejercicio de derecho comparado con países de la región que tienen varias similitudes y diferencias con el sistema de principio de oportunidad ecuatoriano (p. 11). Adelanta y analiza el principio de oportunidad bajo la experiencia de Colombia, normas legales que tienen varias causas para abarcar hechos diversos (pp. 11-13) y la forma en que puede aplicarse el principio de estudio, seguido de las normas de argentinas que, en general tienen un sistema similar al colombiano (pp. 13-14). A continuación de esto, el autor de la tesina, analiza el sistema de persecución en Alemania, lugar el cual el principio de oportunidad se aplica excepcionalmente (pp. 14-15). Esta revisión se basa en las ideas del maestro alemán Claus Roxin (alemán). Finaliza esta parte del capítulo inicial con el análisis de derecho comparado de la doctrina anglosajona, particularmente la de Estados Unidos, donde prima el principio de oportunidad discrecional (pp. 15-16), basado en la opinión de Francisco Bernate acerca de casos resueltos en dicho país y la aplicación e influencia en América Latina (Argentina). En esta parte se detiene en la revisión del concepto del principio de mínima intervención penal, resaltando las ideas de Enrico Ferri y Luigi Ferrajoli (pp. 16-17). Aclara que, la relevancia de la mínima intervención penal en un estado de derechos, con relación a la pena privativa de libertad, debe vincularse a la sanción aplicada en materia penal (pp. 17-19). Ancla y continúa revisando los principios vinculados al de oportunidad, como son: el principio de legalidad (pp. 19-20), la presunción de inocencia (pp. 20-21), impulso procesal (p. 21), principio de motivación (p.22), principio de objetividad (p.22), principio de inmediación (p. 23) y el principio de impugnación procesal (p. 23), con lo que termina este capítulo. El segundo capítulo aborda el tema de los delitos contra la integridad sexual, que inicia con una breve y muy simple explicación de la teoría del delito, detallando los elementos objetivos y subjetivos conformantes del tipo penal (pp. 24-27). Prosigue con el análisis de los delitos contra la integridad sexual según lo prescrito en el Código Orgánico Integral Penal, iniciando con el acoso sexual (pp. 27-29), estupro (pp. 29-30), distribución de material pornográfico a niños y adolescentes (pp. 31-32), corrupción de niños y adolescentes (p. 33), abuso sexual simple, violación o abuso sexual con acceso carnal (pp. 34-38), utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual (pp. 38-39), contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos y oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos (pp. 39-40). En cada uno de estos tipos penales se hizo una síntesis dogmática de sus componentes, sin mayor aporte. En el tercer capítulo, el último, el autor hace un análisis de casos referenciales al principio y en temas de conductas sexuales, aclarando la dificultad de encontrar mayor

información. Empieza con un caso de abuso sexual destallando y resumiendo los hechos. Hace un análisis argumentativo de la posición del fiscal y la opinión final del juez para emitir su resolución (pp. 41-48). Avanza con un primer caso de violación del que se desprende el principio de oportunidad constitucional (pp. 48-52) sin mayor aporte argumental. Finaliza el capítulo con el análisis concreto y contra argumentativo de un caso de violación que se sigue en contra de un adolescente (pp. 53-58) en el cual plenamente se evidencia la aplicación del principio de oportunidad con el objeto de llegar a una mínima intervención penal, terminando así su investigación. Las conclusiones son enfáticas en que al tratarse de delitos sexuales deben enfocarse los hechos tanto a lo objetivo como subjetivo para dar relevancia a la conducta para que permitan la aplicación del principio de oportunidad, teniendo en cuenta los derechos tanto de la víctima como del procesado, en equilibrio con los principios rectores del proceso penal. El trabajo es claro, preciso, informativo y constituye un aporte al conocimiento jurídico, en cuanto al problema y su solución, sin duda, ambos complejos.

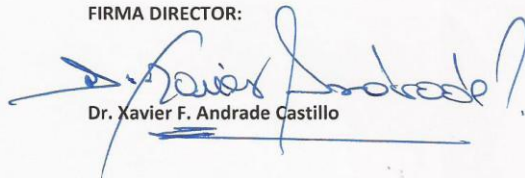
e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación.

El primer borrador se presentó el 14 de marzo de 2017 para reformular y revisión ortografía, reformular conceptos elementales de derecho penal, completar ideas, agregar más elementos de investigación además de la creación de subtemas. Las correcciones de este capítulo fueron entregadas el 22 de marzo y se volvió a reformular. Este mismo capítulo nuevamente corregido fue entregado el 27 de septiembre. El 05 de octubre se entregó el capítulo 2 el cual fue enviado a profundizar algunos tipos penales en donde hacía falta análisis y con la observación para argumentar la posibilidad de aplicar la oportunidad en unos tipos penales y otros no. El capítulo 3 fue entregado el 17 de octubre para la revisión el 22 de octubre.

El trabajo terminado y corregido fue entregado el Martes 24 de octubre del año que decurre, esto es, diez meses aproximadamente de trabajo de investigación y desarrollo argumental calculados desde la presentación del plan de investigación. Se cumplieron con exactitud todos los requerimientos de investigación de campo, bibliografía mínima y metodología para el desarrollo de tesinas según las exigencias y reglamento de la USFQ.

Por todo lo expuesto, al haberse desarrollado en presente trabajo dentro de los requerimientos mínimos para la elaboración de tesinas, la apruebo.

FIRMA DIRECTOR:


Dr. Xavier F. Andrade Castillo

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento, certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, los derechos de propiedad intelectual de este trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice su respectiva digitalización y publicación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: José Julián Alemán Coello

C.C. 1713245775

Fecha: 15 de diciembre del 2017.

RESUMEN

El principio de oportunidad no ha sido desarrollado por la jurisprudencia ecuatoriana. En este trabajo investigativo, el concepto del principio debe ser analizado para entender su importancia en materia penal y específicamente en delitos contra la integridad sexual. La aplicación le compete al fiscal, quien debe determinar cuándo aplicar el principio y los elementos que debe investigar para fundamentar su decisión. El estudio de los delitos sexuales es una parte importante que el fiscal y el juez deber hacer para que puedan determinar con convicción si existen hechos relevantes. Solamente con esta base puede el fiscal proseguir con la investigación y llevar al procesado a la etapa de juicio. Así, si el fiscal no encuentra suficiente relevancia penal en los hechos que ha investigado puede aplicar el principio y abstenerse de llegar a juicio; incluso cuando se trata de delitos contra la integridad sexual.

ABSTRACT

The principle of discretion has not been developed by Ecuadorian courts. In this investigation, the concept of the principle will be analyzed to understand its importance in criminal law and especially when it concerns sexual offenses. The prosecutor has the competence to apply the principle, which has to determine the way of application of the principle and the elements that have to be investigated to base his decision. The study of sexual crimes is an important part that the prosecutor and the judge have to do to determine with conviction that there have been facts that are relevant. This is the only way for the prosecutor to continue the investigation until the trial. Thus, if the prosecutor cannot find enough evidence to sustain the relevance of the case; he can apply the principle of discretion and abstain from leading the case to court. Even if the offense committed is of sexual nature.

Índice

Introducción.....	1
Capítulo 1: Principio de Oportunidad	3
1.1 Concepto	3
1.2 Principio de Oportunidad Reglado y Discrecional	7
1.3 Aplicación del Principio de Oportunidad en el Ecuador	9
1.4 Análisis de Derecho Comparado en torno al Principio de Oportunidad	11
1.4.1 Colombia	11
1.4.2 Argentina	13
1.4.3 Alemania.....	14
1.4.4 Estados Unidos.....	15
1.5 Mínima Intervención Penal.....	16
1.5.1 Concepto.....	16
1.5.2 Relevancia del Estudio	17
1.6 Principios Vinculados al Principio de Oportunidad	19
1.6.1 Principio de Legalidad.....	19
1.6.2 Presunción de Inocencia	20
1.6.3 Principio de Impulso Procesal	21
1.6.4 Principio de Motivación	22
1.6.5 Principio de Objetividad.....	22
1.6.6 Principio de Inmediación.....	23
1.6.7 Principio de Impugnación Procesal.....	23
Capítulo 2: Delitos Contra la Integridad Sexual.....	24
2.1 Elementos Objetivos y Subjetivos del Tipo.....	25
2.2 Breve Análisis de los Delitos Contra la Integridad Sexual.....	27
2.2.1 Acoso sexual	27
2.2.2 Estupro.....	29
2.2.3 Distribución de material pornográfico a niños y adolescentes	31
2.2.4 Corrupción de niños y adolescentes	33
2.2.5 Abuso sexual simple y Violación.....	34
2.2.6 Utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual	38
2.2.7 Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos y Oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos....	39
Capítulo 3: Análisis de casos referenciales	41
3.1 Caso por delito de abuso sexual	41
3.1.1 Análisis de la decisión	46
3.2 Caso por delito de violación.....	48
3.2.1 Análisis de la decisión	51
3.3 Caso por delito de violación seguido en contra de un menor de edad.....	52
3.3.1 Análisis de la decisión.....	56
Conclusiones.....	59
Bibliografía.....	61

Introducción

El presente trabajo investigativo busca analizar al principio de oportunidad en torno a la aplicación práctica dentro de casos de delitos contra la integridad sexual. El tema debe delimitarse dentro del Estado ecuatoriano por las implicaciones recientes y el desarrollo en materia penal del principio de oportunidad y la problemática práctica en la aplicación de dicho principio. De manera que se pueda analizar el ámbito de aplicación con exactitud.

La pregunta principal de este trabajo investigativo es: ¿puede aplicarse el principio de oportunidad en delitos sexuales, así sea de modo excepcional, antes de iniciar una investigación formal? En ese sentido, la base del análisis será definir y determinar los elementos del principio de oportunidad, de la legislación ecuatoriana y la doctrina. Posteriormente se debe delimitar los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales de los delitos contra la integridad sexual y guiar la investigación hacia el bien jurídico que se busca proteger con el artículo 412 del Código Orgánico Integral Penal. Con el objetivo de responder a la cuestión ¿cuál es el fundamento de la prohibición de abstenerse de investigar en los casos de delitos contra la integridad sexual? Para resolver esta pregunta, cabe analizar la aplicación del principio de oportunidad en torno a la motivación de los jueces y fiscales para no iniciar un proceso penal, característica de gran relevancia y con necesidad de un desarrollo jurisprudencial. Asimismo, es necesaria una introducción breve a la teoría general del delito y los delitos contra la integridad sexual. Finalmente, cabe estudiar casos prácticos en donde se puede notar el estudio de la relevancia penal.

De igual manera, cabe preguntarse ¿cuál es el entendimiento del principio de oportunidad para los funcionarios encargados de aplicarlo? Cuestión que se analizará en la práctica judicial. Además, es necesario responder a la interrogación ¿se justifica la investigación en procesos penales por el nombre del tipo penal, especialmente en delitos contra la integridad sexual? Dicha interrogante se debe analizar en torno a las teorías del principio de oportunidad y con el concepto de mínima intervención penal. En particular, se debe hacer especial énfasis en la víctima del delito, su interés del proceso penal y la viabilidad de activar el aparato judicial en materia penal, en razón de la problemática del impulso del proceso penal en los casos de delitos contra la integridad sexual. Para ello se debe hacer uso de doctrina y un análisis de las normas pertinentes.

De manera que cabe analizar el concepto del principio de oportunidad con las teorías del principio de oportunidad reglado y discrecional. Asimismo, se tratará sobre el momento de aplicación del principio de oportunidad durante el proceso penal. Además, se debe analizar la relevancia del principio de oportunidad y su relación con la mínima intervención penal. Después debe tomarse en cuenta el concepto y la forma de aplicación del principio de oportunidad en el Derecho de otros países. Para concluir con el capítulo analizando los principios que tienen relación al principio de oportunidad.

Además, en el segundo capítulo se debe analizar brevemente la teoría general del delito. Asimismo, cabe estudiar de manera general los elementos objetivos y subjetivos del tipo. Para finalizar analizando los delitos contra la integridad sexual, estos son: acoso sexual, estupro, distribución de material pornográfico a niños y adolescentes, corrupción de niños y adolescentes, abuso sexual, violación, utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual, contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos y oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos.

Finalmente, en el tercer capítulo se estudiará casos judiciales en materia penal en que puede analizarse el principio de oportunidad. Para ello, se presentan tres casos que tratan delitos contra la integridad y que son ejemplificativos como argumento del principio de esta investigación. El primer caso es sobre un delito de abuso sexual y dos casos tratan el delito de violación.

Capítulo 1: Principio de Oportunidad

El principio de oportunidad es un concepto penal recientemente integrado al procedimiento penal por el Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP). La implementación en el código tiene como base el mandato del artículo 195 de la Constitución de la República del Ecuador. Dicho principio tiene gran importancia cuando se trata la relevancia penal de los hechos tratados en casos en materia penal. Por lo mismo, se debe analizar su fundamento y comparar la forma en que fue expedida en la legislación vigente por medio del COIP. La naturaleza de este principio se encuentra en el concepto de mínima intervención penal que será estudiada con más profundidad a lo largo de la investigación. Además, este trabajo investigativo tiene como objetivo identificar la forma de entender del principio de oportunidad dentro de los procesos penales. Así como mencionar la relevancia del principio en torno a los delitos contra la integridad sexual; tema de alto impacto social y jurídico.

Entonces, cabe analizar el concepto del principio de oportunidad con las teorías relevantes del modo de entender el principio. Asimismo, se tratará sobre el momento de aplicación del principio de oportunidad durante el proceso penal. Después debe tomarse en cuenta el concepto y la forma de aplicación del principio de oportunidad en el Derecho de otros países. Para concluir con el capítulo analizando los principios que tienen relación al principio de oportunidad.

1.1 Concepto

Primero, cabe puntualizar al principio de oportunidad, por ser el tema principal del presente trabajo investigativo, como una limitación al poder punitivo estatal que conlleva la facultad acusadora del titular de la acción penal (el fiscal) para disponer de la acción penal; bajo determinadas circunstancias y razones, prescritas por la norma penal. López explica la historia del principio de oportunidad en su obra sobre las instituciones del Derecho Penal; dice que el sistema inquisitivo venía envuelto con el llamado “dogma de la verdad”, por el cual el proceso penal buscaba la verdad material.¹ En ese sentido, los procesos penales buscaban indagar sobre los hechos, sin limitaciones en los poderes del titular de la acción.

¹ Jacobo Lopez. *Instituciones de derecho procesal penal*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001, p. 430.

Sin embargo, con el sistema acusatorio apareció la necesidad de reconocer derechos individuales como límites dentro del proceso penal.² El principio de oportunidad se puede entender como uno de los pasos de reconocimiento de los derechos, es decir el mismo desarrollo del modelo penal.

El nuevo sistema del principio de oportunidad pone en marcha un proceso selectivo de los hechos que tienen relevancia penal y no pueden ni deben ser sujetos a otros procesos diferentes al penal. Por ello, López continúa detallando que dentro de este nuevo sistema existen algunos impedimentos propios que llevan al fiscal y los jueces a distinguir ciertos hechos del resto. De manera que algunos casos no tienen una justificación objetiva para no ser perseguidos en materia penal; existe una franja de casos que por varios factores no han llegado a un proceso penal, como por ejemplo el estrato social de la víctima y del procesado.³ A partir de este razonamiento, se hace necesario un principio que esté prescrito en la norma penal y que contenga una justificación racional para el sistema de selección; bajo parámetros de acuerdo al ordenamiento jurídico. El principio de mínima intervención penal es otro de los aspectos importantes a considerar cuando se habla del punto de partida del principio de oportunidad.

Ahora, Vásquez apoyada de ideas de Cafferata dice que:

El [principio] de oportunidad [se alinea] más con la visión del delito como conflicto y con las teorías relativas sobre la pena (es útil para lograr fines de prevención general o especial) dando paso, a la vez, a la idea de alternativas frente a la pena, priorizando la posibilidad de solución real –no sólo simbólica– del conflicto.⁴

Al igual que la visión anteriormente expuesta, se puede argumentar que la vía penal no es la única que puede solucionar un problema determinado, sino que se debe observar otra posibilidad, inclusive que se active el aparato judicial en otra materia. De esta manera está redactado el último inciso del artículo 413 del COIP.⁵ Dicha distinción es importante como

² *Id.*, p. 431.

³ *Id.*, p. 431.

⁴ Magaly Vásquez. *Nuevo derecho procesal penal venezolano: las instituciones básicas del Código Orgánico Procesal Penal*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1999, p. 57.

⁵ Código Orgánico Integral Penal. Art. 413.- Trámite de la aplicación del principio de oportunidad.-

La extinción del ejercicio de la acción penal por los motivos previstos en este artículo, no perjudica, limita ni excluye el derecho de la víctima para perseguir por la vía civil el reconocimiento y la reparación integral de los perjuicios derivados del acto.

fundamento de la extinción de la acción penal por medio de la aplicación del principio de oportunidad; que a su vez guarda relación con la mínima intervención penal. Así, la víctima tiene una vía legal para que busque una reparación al daño alegado, que deberá ser probado de acuerdo a las normas en materia civil.

A partir de la idea de justificación de no intervención penal en ciertos casos, Binder en su obra de Derecho Procesal Penal, citando a González Álvarez señala que “el criterio de oportunidad puede y debe ligarse a una concepción utilitaria y realista sobre la legitimación y el fundamento, el fin y el límite de la aplicación de las penas.”⁶ Este criterio relaciona el proceso penal con la pena impuesta por cada delito, en el caso de los delitos contra la integridad sexual, siempre acompaña la pena privativa de la libertad. La pena, en el pensamiento de la escuela clásica, implica el restablecimiento del derecho dañado, “el restablecimiento del orden externo en la sociedad.”⁷ Solamente cuando existe un daño se justifica el restablecimiento y corresponde al fiscal analizar si la vía adecuada es la del Derecho Penal. Según la escuela clásica, se entiende al individuo como un ser vulnerable ante el poder del Estado y por ello busca controlar el *ius puniendi* del Estado.⁸ Lo que justificaría que existan métodos que limiten ese poder e impidan un excesivo uso de la pena privativa de libertad; así sea en casos de delitos contra la integridad sexual.

Mir en su obra sobre la reforma del Derecho Penal español se refiere al principio de oportunidad y nota que debe tomarse en cuenta que el Derecho Penal, “por la dureza de sus sanciones, que afectan a los bienes más preciados de la persona y son las más drásticas del ordenamiento jurídico, [...] debe intervenir tan sólo cuando resulten insuficientes e ineficaces otros remedios menos gravosos.”⁹ Esta visión trata de involucrar al procesado en la consideración para la aplicación del principio de oportunidad. Además, se puede sostener que cabría la posibilidad de iniciar un proceso civil, por ejemplo, con hechos que podrían

⁶ Alberto Binder y otros. *Derecho Procesal Penal*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2006, p. 79.

⁷ Immanuel Kant. *Principios metafísicos del derecho*, Buenos Aires: Américallee, 1943, pp. 172 y 173.

⁸ Nodier Agudelo. *Grandes Corrientes del Derecho Penal. Escuela Clásica*. 3a ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008, p. 25

⁹ Santiago Mir. *La Reforma del Derecho Penal*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 1980, p. 168.

encajar en un delito contra la integridad sexual, pero que la vía penal no es la más adecuada para solucionar el conflicto.

De manera que la afectación a la libertad de las personas sea solamente aplicada cuando no exista ninguna otra alternativa. Cabe añadir que el principio de oportunidad debe servir de dos formas: para evitar la activación del aparato judicial en materia penal y para impedir las consecuencias sociales para los procesados por el Estado en materia penal. Además, cabe ampliar que se debe entender el principio de oportunidad en un doble sentido: en primer lugar se tiene que penar sólo aquellos hechos que necesiten ser penados y no exista otra forma de reparar a las víctimas y, para el castigo de tales hechos, preferir las penas que resulten menos onerosas, sin dejar de ser adecuadas y eficaces.¹⁰ En ese sentido, el Derecho Penal tiene que buscar una manera de reparar a la víctima con la sanción, sin que eso signifique que la víctima aproveche su situación para obtener un lucro de la causa. Dicho de otro modo, si lo que se busca es una reparación económica, la vía penal no es la más adecuada, sino que se podría activar el aparato judicial en materia civil.

Asimismo, la concepción utilitaria y realista para aplicar el principio de oportunidad es un aspecto que el fiscal debe analizar para determinar la relevancia penal de los hechos que llegan a su conocimiento. Binder explica que “constituye un intento de conducir la selección en forma racional, con criterios de política criminal más que arbitrarios, y sobre todo con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad en quienes lo aplican”.¹¹ La determinación de aplicar el principio de oportunidad puede llegar a convertirse en arbitrario cuando se aplica sin prever los demás principios en materia penal o sin el control del juez competente.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 412 lo define como una forma de abstención del fiscal de investigar una causa o de desistir de una ya iniciada.¹² Además Jacobo López citando a Gimeno Sendra expresa que

¹⁰ Santiago Mir. *La Reforma del Derecho Penal*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 1980, p.169.

¹¹ Alberto Binder y otros. *Derecho Procesal Penal*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2006, p. 79.

¹² Código Orgánico Integral Penal. 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:

hay otra forma de entender el principio y dice que: “cabe distinguir el principio de oportunidad “puro” y el aplicado “bajo condición.”¹³ Además, indica que la primera fórmula (puro) existe cuando las partes son absolutamente dueñas de provocar la finalización anormal del procedimiento (*guilty-plea*), y la segunda fórmula (bajo condición) se produce si el sobreseimiento permanente bajo la suspensiva condición de que el imputado cumpla determinadas prestaciones.”¹⁴ De manera que el principio de oportunidad, en su primera manifestación, es una forma de que las partes del conflicto pongan fin al proceso a través de la aceptación de ciertos hechos y de una pena menor para el procesado. Además, el Estado es el encargado de la finalización a través del fiscal en las acciones públicas; pero con una diferencia en los delitos de acción privada en que la víctima desiste de la acción, es decir no se aplica el principio de oportunidad (estupro, en delitos contra la integridad sexual¹⁵). En su segunda forma, bajo condición, el sobreseimiento se produce una vez iniciado el proceso penal y cuando no se justifica la pena que podría imponer al procesado. Sin embargo, esta posibilidad no está contemplada expresamente en el Código Orgánico Integral Penal.

1.2 Principio de Oportunidad Reglado y Discrecional

En cuanto a la forma de entender el principio de oportunidad, primero cabe analizar las teorías relevantes. Para Jacobo López dicho principio comprende “dos concepciones distintas: *la tasada o reglada y la libre o discrecional*. A la primera corresponde el sistema alemán y a la segunda los sistemas inglés y de Estados Unidos”.¹⁶ Bernate señala que el principio de oportunidad reglado es el utilizado en el sistema continental-europeo, debido al principio de legalidad.¹⁷ Aunque se analizará posteriormente que el principio de legalidad no solamente corresponde al principio de oportunidad reglado.

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.

¹³ Jacobo López. *Instituciones de derecho procesal penal*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001, p. 432.

¹⁴ *Id.*, p. 435.

¹⁵ Código Orgánico Integral Penal. Art. 415.- Ejercicio privado de la acción penal.- Procede el ejercicio privado de la acción en los siguientes delitos: 3. Estupro

¹⁶ Jacobo López. *Instituciones de derecho procesal penal*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001, p. 435.

¹⁷ Francisco Bernate. *Sistema penal acusatorio*. Rosario: Universidad de Rosario, 2005, p. 50.

Bernate explica que el principio de oportunidad reglado es cuando la Fiscalía está sujeta a controles y límites para aplicar dicho principio. Además señala que este modelo admite por excepción la aplicación del principio de oportunidad. Este sistema se adopta como una garantía esencial para el acusado y la víctima de que el sistema judicial es independiente.¹⁸ De manera que el fiscal debe fundamentar la aplicación del principio de oportunidad, basado en los hechos de un caso en particular. Así, el juez debe realizar el control de legalidad de la decisión del fiscal y motivar su decisión. De manera que la medida sea acorde a la ley y a los hechos.

Por otro lado, en el sistema libre, la ley deja a total discreción del acusador la facultad del principio de oportunidad.¹⁹ La lógica de este sistema es que el Fiscal solo lleva a juicio un caso que tiene elementos de convicción para ganar; a diferencia de un sistema en el que se obligue al titular a investigar con una sospecha de que existe un hecho punible. Francisco Bernate también explica que uno de los ejemplos de este tipo de aplicación del principio de oportunidad se encuentra en la confesión de culpabilidad (*guilty plea*)²⁰, que para el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentra en el sistema abreviado. El acusador estima apropiado para un caso particular la aplicación de este modelo y si el acusado acepta los cargos que se le imputan y renuncia a su derecho a un juicio oral y pierde voluntariamente la posibilidad de ser absuelto. Sin embargo, en estos casos también existen algunos límites, tanto por el juzgador como por la ley, según el artículo 635 del COIP. Sin embargo, parece impreciso afirmar que el sistema abreviado ecuatoriano equivale a una aplicación de la aplicación del principio de oportunidad porque el Código Orgánico Integral Penal trata esta medida de diferente a la del principio de oportunidad.

Así, el principio de oportunidad en el Ecuador se encuentra prescrito en el artículo 411 del Código Orgánico Integral Penal²¹. Este artículo se define al principio de oportunidad.

¹⁸ *Id.*, p. 48.

¹⁹ *Id.*, p 50.

²⁰ *Id.*, p.49.

²¹ Código Orgánico Integral Penal. Art. 411.- Titularidad de la acción penal pública.- La Fiscalía, ejercerá la acción penal pública cuando tenga los elementos de convicción suficientes sobre la existencia de la infracción y de la responsabilidad de la persona procesada. La o el fiscal podrá abstenerse de ejercer la acción penal, cuando:

1. Se pueda aplicar el principio de oportunidad.
2. Se presente una causal de prejudicialidad, procedibilidad o cuestiones previas.

Además, en el siguiente artículo²² se puede observar los elementos necesarios para la aplicación del principio; la pena máxima a la que se puede acoger es de hasta cinco años y en infracciones culposas en que el procesado sufre un daño físico grave. En cuanto a los delitos contra la integridad sexual, no cabe analizar el segundo requisito porque estos tipos penales siempre requieren de dolo del agresor. Uno de los elementos importantes que cabe analizar en este trabajo investigativo, se basa en los requisitos de aplicación del principio de oportunidad, el último inciso de dicho artículo prevé el problema central del presente trabajo. Dentro del artículo 412 del COIP se encuentra la prohibición relevante a los delitos contra la integridad sexual, sin embargo solo parte de la concepción de no abstenerse de iniciar la investigación penal. En esta parte se puede notar que el principio de oportunidad en la legislación ecuatoriana está reglado. Además, cabe señalar que la Constitución también prevé el principio de oportunidad, además de la mínima intervención penal, según el artículo 195²³. Dicho artículo señala la facultad del fiscal de aplicar el principio de oportunidad, tomando en cuenta el interés público y los derechos de la víctima.

1.3 Aplicación del Principio de Oportunidad en el Ecuador

La forma de aplicación del principio de oportunidad está prescrita en el artículo 412²⁴, como desistimiento de la investigación ya iniciada; lo que tiene sentido porque el fiscal siempre tiene que fundamentar su decisión de aplicar el principio de oportunidad; como

²² Código Orgánico Integral Penal. 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.

²³ Constitución del Ecuador. Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas.

²⁴ Código Orgánico Integral Penal. 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.

prescribe el artículo 413 del COIP²⁵ y debe tomarse en cuenta los hechos relevantes que puedan llevar al juez a aceptar su aplicación. Un aspecto a considerar es que el COIP prescribe de forma amplia el momento de aplicación de oportunidad. El artículo 412 señala que puede ser antes de iniciado la investigación penal, lo que corresponde a antes de la instrucción fiscal dentro de la etapa procesal penal; y aunque no se especifique en el Código Orgánico Integral Penal se entiende que el desistimiento de la investigación puede ser antes de la audiencia de juicio. Cabe recalcar que para los delitos contra la integridad sexual solamente cabe el desistimiento de la investigación ya iniciada por prohibición expresa del inciso final del artículo 412 del COIP; aspecto que se analizará a profundidad en este trabajo investigativo. Otro elemento importante que cabe considerar es que no es obligatoria la asistencia de la víctima a la audiencia para tratar si cabe el principio de oportunidad. Además, el juez puede, si no le parece suficientemente fundamentada la petición del fiscal de aplicar el principio de oportunidad, enviar el expediente a un fiscal superior para que decida si debe seguirse con la orden del fiscal que solicitó inicialmente la aplicación del principio. López añade, tomando una idea de Conde-Pumpido “que en el caso de oportunidad reglada no existe una auténtica antítesis entre legalidad y oportunidad, en cuanto ésta viene regulada por aquélla y se establece un control judicial para evitar que su uso pueda apartarse de los límites señalados por la Ley”.²⁶ Por lo tanto el sistema ecuatoriano para el principio de oportunidad va acorde con el principio de legalidad y de acuerdo con la ley. Además, se puede concluir que “tampoco existe oposición entre

²⁵ Código Orgánico Integral Penal. Art. 413.- Trámite de la aplicación del principio de oportunidad.- A pedido de la o el fiscal, la o el juzgador convocará a una audiencia en la que las partes deberán demostrar que el caso cumple con los requisitos legales exigidos. La víctima será notificada para que asista a esta audiencia. Su presencia no será obligatoria.

En caso de que la o el juzgador no esté de acuerdo con la apreciación de la o el fiscal o constate que no se cumple con los requisitos, enviará dentro de los tres días siguientes a la o al fiscal superior, para que ratifique o revoque dicha decisión en el plazo de diez días contados desde la recepción del expediente.

Si se revoca la decisión, no podrá solicitar nuevamente la aplicación del principio de oportunidad y el caso pasará a conocimiento de otro fiscal, para que inicie la investigación o, en su caso, continúe con su tramitación. Si se ratifica la decisión, se remitirá lo actuado a la o al juzgador para que se declare la extinción del ejercicio de la acción penal.

La extinción del ejercicio de la acción penal por los motivos previstos en este artículo, no perjudica, limita ni excluye el derecho de la víctima para perseguir por la vía civil el reconocimiento y la reparación integral de los perjuicios derivados del acto.

²⁶ Jacobo López. *Instituciones de derecho procesal penal*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001, p. 435.

legalidad y oportunidad en los supuestos de oportunidad discrecional”²⁷; por ejemplo, en el COIP existen algunos requisitos que el fiscal tiene que notar para aplicar el principio de oportunidad, pero no es tasado de manera expresa las razones por las cuales el principio de oportunidad puede ser aplicado. De manera que el fiscal siempre tiene que fundamentar su posición y como se mencionó anteriormente siempre está sujeto a un control del juez y al fiscal superior si el juez considera que no se ha fundamentado la aplicación del principio de oportunidad.

1.4 Análisis de Derecho Comparado en torno al Principio de Oportunidad

Ahora, cabe analizar el Derecho de otros países como Argentina y Colombia que han desarrollado el principio de oportunidad de manera similar al que se encuentra prescrito en el Derecho Penal ecuatoriano. Dichos sistemas han desarrollado la aplicación del principio de oportunidad en base al sistema reglado alemán desarrollándolo como un principio que debe regir en el proceso penal y no solamente como una excepción. Por ello, cabe analizar el Derecho de Alemania que en su ley se detalla una forma de entender el principio de oportunidad, como base del principio de oportunidad reglado. Sin olvidar de análisis del Derecho de Estados Unidos, de quienes hemos obtenido una de las formas de entender el principio de oportunidad y sigue el sistema discrecional. Además de ser uno de los países que más aplica el principio principal de esta investigación.

1.4.1 Colombia

El Derecho Penal colombiano tiene previsto el principio de oportunidad en su Código de Procedimiento Penal. La ley 1312 de 2009 reformó los artículos relacionados con el principio de oportunidad dentro de la ley 906 de 2004 colombiana; su Código de Procedimiento Penal. El artículo 323 de dicha reforma prescribe al principio de oportunidad como una facultad constitucional como suspensión, interrupción o renuncia de la persecución penal²⁸. Dicho artículo agrega que existen causales para la aplicación, un

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ Código de Procedimiento Penal de Colombia. Ley 1312 de 2009 que reforma la Ley 906 de 2004. Artículo 323. Aplicación del Principio de Oportunidad. La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.

El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a

aspecto importante que fija al principio dentro de la categoría de tasado o reglado. Por lo tanto, el artículo 324 determina las causales de manera tasada.²⁹ Dicha forma de aplicar el principio de oportunidad es más específica que la ecuatoriana que deja paso a un sistema más cercano al sistema procesal discrecional. El primer requisito es idéntico en su primera parte al del artículo 412 del COIP, como requisito de que la sanción para el delito no exceda de seis años. Lo que se agrega es en concurso de tipos penales aplicables a los hechos. La segunda y tercera causal deja la facultad al fiscal de abstenerse de proseguir con el proceso penal cuando se extradita a la persona por los mismos hechos punibles; dicha causal no está prevista en el COIP. La cuarta, quinta y séptima causal trata sobre la colaboración del procesado para evitar que el delito siga ejecutándose si es el caso, para información acerca de bandas delictivas y para un testimonio. Esta parte es una forma de manifestación de una condición para abstenerse del proceso, la cual no existe en nuestra legislación penal. La sexta causal es similar a lo que prescribe el artículo 412 para grave daño físico, y agrega otros elementos como el daño moral o que sea a consecuencia de la conducta culposa del procesado. La octava, novena y décima causal implican aspectos con la administración pública y el Estado. Las causales a partir de la once hasta la dieciséis son aspectos sociales que se agregan a las facultades del fiscal para justificar la suspensión de la persecución penal³⁰. La última causal se basa en una decisión de la Corte Constitucional y es muy especializada para casos particulares.

Uno de los aspectos más importantes del artículo analizado es el párrafo tercero que tiene una similar redacción a la parte final del artículo 412 del Código Orgánico Integral Penal; que contiene la prohibición de abstenerse de investigar cuando se trate de alguno de los delitos descritos entre ellos los delitos contra la integridad sexual. En este caso el párrafo tres tiene una prohibición de aplicar el principio de oportunidad para graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Además, el párrafo dos tiene una

ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías.

²⁹ Código de Procedimiento Penal de Colombia. Ley 1312 de 2009 que reforma la Ley 906 de 2004 de Colombia. Artículo 324. Causales.

³⁰ Código de Procedimiento Penal de Colombia. Ley 1312 de 2009 que reforma la Ley 906 de 2004 de Colombia. Artículo 324. Causales.

apertura para los casos en los que la pena privativa de la libertad exceda los seis años, en los cuales el Fiscal General de la Nación puede conocer dichos delitos para aplicar el principio de oportunidad.³¹ Estas causales con amplia especificidad dan un claro ejemplo del sistema tasado para el principio de oportunidad. Otro aspecto importante a considerar es el control judicial de la decisión de aplicar el principio de oportunidad que está descrito en el artículo 327 de la ley penal colombiana.³² De esa manera, el control es similar que en el Ecuador, con la particularidad que es expresa la obligación del juez de tomar en cuenta los elementos que presente la víctima; mientras que en el sistema ecuatoriano no es obligatoria la presencia de la víctima.

1.4.2 Argentina

Ahora, cabe analizar el ordenamiento jurídico argentino, en el Código Penal argentino, en el artículo 59 numeral 5 está previsto el principio de oportunidad como forma de extinción de la acción penal pública.³³ Dicho artículo remite el llamado criterio de oportunidad al Código procesal Penal de Argentina, en el artículo 30 literal a.³⁴ Entonces, las razones por las cuales se puede aplicar el principio de oportunidad se encuentran descritas en el siguiente artículo.³⁵ Dicho artículo trata al principio de oportunidad como una forma de prescindir total o parcialmente de la acción penal pública. Que tiene similitud con la abstención luego de investigarse como está prescrito en el COIP, con la particularidad que tiene mayor similitud a un dictamen abstentivo parcial. De ahí, el primer presupuesto es que los hechos no afecten el interés público, es decir un elemento social. Después, el literal b supone que no exista una pena privativa de libertad como sanción en

³¹ Código de Procedimiento Penal de Colombia. Ley 1312 de 2009 que reforma la Ley 906 de 2004 de Colombia. Artículo 324. Causales.

³² Código de Procedimiento Penal de Colombia. Ley 1312 de 2009 que reforma la Ley 906 de 2004 de Colombia Artículo 327. Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad. Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia.

³³ Código Penal de Argentina. Texto Ordenado de la Ley No. 11.179. ARTICULO 59.- La acción penal se extinguirá: 5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;

³⁴ Código Procesal Penal de Argentina. Ley No 23.984. ARTÍCULO 30.- Disponibilidad de la acción. El representante del Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción penal pública en los siguientes casos: a. criterios de oportunidad;

³⁵ Código Procesal Penal de Argentina. Ley No 23.984. ARTÍCULO 31.- Criterios de oportunidad.

caso de que se declare culpable al procesado. Este requisito es más exigente que el ecuatoriano. Aunque, el literal c prescribe la posibilidad de aplicar el criterio de oportunidad cuando exista un daño grave físico o moral del procesado, que el COIP prevé solo la primera parte. Además, el literal d prevé un elemento sobre la relevancia de la sanción que pudiera imponerse con un antecedente que ya ha existido una sanción.

Otro aspecto relevante que se prevé en el artículo 33 literal a del Código Procesal Penal argentino es que la acción pública puede convertirse en acción privada cuando se aplica el principio de oportunidad.³⁶ De manera que expresamente deja la posibilidad de que la víctima inicie por acción privada una causa. Sin embargo, el sistema supondría que una acción pública podría seguirse únicamente por la víctima. Sin olvidar algunos requisitos y facultades de los fiscales para investigar una causa, como se haría bajo el principio de impulso procesal según el COIP.

1.4.3 Alemania

En Alemania el principio de oportunidad se lo toma como una excepción al principio de legalidad. La regla es que se debe investigar y si se adecua a un tipo penal se llega a juicio para que se dicte sentencia. Excepcionalmente y bajo reglas detalladas se puede aplicar el principio de oportunidad.³⁷ Al igual que en la legislación ecuatoriana, en el Derecho alemán la decisión del fiscal se encuentra condicionada a la aceptación del juez competente. El principio de oportunidad, al ser reglado fundamenta la forma en que se entiende el principio en el Ecuador, sobre todo en base al concepto constitucional; relacionado con la mínima intervención penal. El Derecho Alemán en este tema es uno de los primeros en mencionar la forma de aplicación reglada del principio de oportunidad.

Además, Claus Roxin clasifica las causales para aplicar la noción de oportunidad en la legislación alemana, bajo cuatro supuestos: i) reprochabilidad escasa, ii) interés en la persecución, iii) intereses contrapuestos y iv) delitos privados. El primero se refiere a los casos en que la culpabilidad es mínima y no existe relevancia social para perseguirlos. Además de que pueden existir casos en que algunos de los hechos no son penalmente

³⁶ Código Procesal Penal de Argentina. Ley No 23.984. ARTÍCULO 33.- Conversión de la acción. A pedido de la víctima la acción penal pública podrá ser convertida en acción privada en los siguientes casos:
a. si se aplicara un criterio de oportunidad;

³⁷ Juan Gómez. *El sistema de enjuiciamiento propio de un Estado de Derecho*. INACIPE, 2008, p. 144.

relevantes. El segundo elemento tiene que ver con el fin de la pena, ya que cuando en lugar de la pena es más apropiado otro tipo de reparación o imposición de condiciones, no tiene fundamento activarse el aparato judicial en materia penal. Los intereses contrapuestos pueden darse cuando existe un interés estatal inmerso, una cooperación efectiva o una sentencia en otra materia sobre los mismos hechos. Por último, los delitos privados tienen otra categoría cuando se trata de principio de oportunidad porque el encargado de aplicar el principio de oportunidad le corresponde al fiscal.³⁸ A partir de estas consideraciones se puede notar la influencia de las nociones del principio de oportunidad en el Derecho Penal ecuatoriano, bajo supuestos similares. Aunque no existen excepciones como las descritas en el artículo 412 del COIP.

1.4.4 Estados Unidos

En Estados Unidos, el principio de oportunidad ha sido discutido en casos como *United States v Jackson* de 1968 en la aplicación del principio de oportunidad. Donde el trato del fiscal y el procesado era para evitar la pena de muerte.³⁹ No era la aplicación como se conoce en el Derecho ecuatoriano, bajo el supuesto de una abstención de iniciar la investigación o de detener una ya iniciada. El *plea bargaining* o la colaboración entre el agente fiscal y el procesado y el *plea guilty* o confesión para evitar el juicio, como la conocen en Estados Unidos, se convirtió en una solución deseable.⁴⁰ La aplicación del principio de oportunidad en Estados Unidos se asimila al prodecimiento abreviado según el artículo 635 del Código Orgánico Integral Penal. Según la misma Corte Suprema estadounidense el principio es favorable para la sociedad y para el procesado. El sistema ayuda a que se pueda llegar a una condena de manera rápida y con menor uso de tiempo y recursos.⁴¹

La fiscalía en este sistema tiene mayor libertad para decidir llevar a juicio a un procesado; lo que se demuestra con un alto porcentaje en el que se llega al fin del proceso acusatorio por la aplicación del principio de oportunidad.⁴² Aunque, según García en su

³⁸ Claus Roxin. *Derecho Penal: Parte General Tomo II*. 6ª ed. Alemania, 2014, p. 107.

³⁹ Francisco Bernate. *Sistema penal acusatorio*. Rosario: Universidad de Rosario, 2005, p. 217.

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² *Id.*, p. 218.

obra sobre el sistema acusatorio de Estados Unidos, existen algunas opiniones contrarias que consideran que el proceso penal de Estados Unidos en que el fiscal y el procesado llegan a un acuerdo no están necesariamente de acuerdo con los intereses de la sociedad y más importante de la víctima.⁴³ García considera esta visión como una “venta de la justicia”, como lo ven los jueces en el caso *Wright v Rindskopf*.⁴⁴ Sin embargo, dicho argumento trata al principio de oportunidad como un argumento aislado. Pero que debe ser analizado como un principio integralmente con la mínima intervención penal y otros relacionados a la actuación del fiscal en una causa. La visión considera que los favorecidos son solamente los procesados y posteriormente sentenciados y no se aplica la ley. Sin embargo, el Derecho de Estados Unidos en su mayoría permite una mayor libertad, no como se esperaría en un sistema en que el principio de oportunidad es solamente una excepción.

1.5 Mínima Intervención Penal

1.5.1 Concepto

De ahí, no con menor importancia para el presente trabajo investigativo, el principio de mínima intervención penal está definido en el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal como el último recurso cuando no es suficiente otra vía, sea judicial o extrajudicial.⁴⁵ Además, un requisito esencial es el de la protección de las presuntas víctimas, está estrechamente vinculada esta parte al principio de oportunidad porque como consta en la opinión de Mir, el Derecho Penal no es el encargado de favorecer onerosamente a la víctima, sino que tiene que existir otros elementos que determinen con precisión la forma de reparación.⁴⁶ En ese sentido, la reparación puede darse por otra vía; incluso con una exigencia menor en cuanto a la prueba de la existencia de responsabilidad del presunto agresor. Ferrajoli afirma que “es claro que el derecho penal mínimo, es decir, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de

⁴³ Antonio García. *Introducción al Derecho Penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramon Areces, 2012, p. 73.

⁴⁴ *Id.*, p. 74.

⁴⁵ Código Orgánico Integral Penal. 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.

⁴⁶ Santiago Mir. *La Reforma del Derecho Penal*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 1980, p.169.

los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y de certeza”.⁴⁷ De manera que el principio de mínima intervención penal se plasma en el principio de oportunidad como una justificación para que no se active la vía judicial penal, siempre amparada con un ideal de racionalidad y certeza que corresponde a la justificación que debe dar el fiscal de que el principio de oportunidad aplica a unos hechos particulares.

Además, cabe analizar que el principio motivo de esta investigación debe pasar por el control de los jueces penales para garantizar la imparcialidad de la decisión, además que esté debidamente motivada de acuerdo a la teoría penal y constitucional. Asimismo, el mismo autor agrega que “la defensa del derecho penal equivale a la defensa de la libertad física y contra la transgresión, en cuanto ésta es prohibida deónticamente y no ya imposibilitada materialmente.”⁴⁸ Nuevamente se nota una relación con el principio de oportunidad cuando se trata sobre la libertad y que en realidad el Derecho Penal lo que busca es tratar los asuntos que sean relevantes para esta materia. De ahí, que se debe defender correctamente lo que se busca por el Derecho Penal, lo que está expresamente tipificado y los actos que entran en los tipos penales. La escuela clásica tiene uno de los fundamentos de la libertad y que son el fundamento de los principios referentes a la intervención penal. Dicho pensamiento se basa en que los actos de todos los hombres están determinados por el libre albedrío, en donde se fundamenta la responsabilidad penal, la cual debe ser acompañada por la voluntad inteligente y libre del ser humano.⁴⁹

1.5.2 Relevancia del Estudio

Uno de los puntos de partida de los principios que buscan una menor intervención del Derecho Penal lo señala Ferri citando a Kant: “es principio universal de derecho, ser justa toda acción que no sea obstáculo a la armonía de la libertad de todos, con la libertad de cada uno.”⁵⁰ La sanción del Derecho Penal es la pena privativa de la libertad, y por ser uno de los derechos fundamentales de las personas debe comprenderse como la última opción.

⁴⁷ Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal, Prólogo de Norberto Bobbio*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 104.

⁴⁸ *Id.*, p. 339.

⁴⁹ Nodier Agudelo. *Grandes Corrientes del Derecho Penal. Escuela Clásica*. 3a ed. Bogotá: Editorial Temis S.A, 2008, pp. 23.

⁵⁰ Enrico Ferri. *Estudios de Antropología Criminal*. 3ª ed. Madrid: Colección de libros escogidos, 1905, p. 157.

De manera que en la sociedad “el derecho penal, en aparente paradoja, viene así a configurarse como una técnica de control que garantiza –con la libertad física de infringir la ley a costa de las penas– la libertad de todos”⁵¹. Así, el Derecho Penal comprende dos visiones con respecto de la libertad lo que lleva a los principios de mínima intervención penal y de oportunidad. Debido a que el Derecho Penal busca que con la pena privativa de la libertad se garantice los derechos de las demás personas, en este caso los derechos relacionados a la integridad sexual. Además, siempre comprende que no todo acto tiene que llevar a que se active la vía penal; por el contrario ese solo es el último recurso, cuando no existe otra vía adecuada.

Asimismo, la pena privativa de la libertad no se expresa solamente para la sociedad, sino para el condenado en el sentido en que el Estado tiene el deber “de proporcionar al condenado los medios de ganarse la vida trabajando, como se la ganaba o debía ganársela cuando estaba en libertad.”⁵² Lo que constituye una garantía del Estado, porque el artículo 77 numeral 12 de la Constitución ecuatoriana⁵³ expresa que las sanciones penales no tienen como objetivo castigar, sino que las personas privadas de libertad entren a centros de rehabilitación. Esta visión adecuaría la postura de no aplicar el principio de oportunidad, si una persona incurre en una conducta que posiblemente encaje en un tipo penal debe llevarse hasta el final del proceso. Otro argumento para que en algunos delitos no se pueda aplicar el principio de oportunidad está en el pensamiento de la escuela positivista que principalmente niega el libre albedrío y lo sustituye por el determinismo. Ferri afirma como principio general a la ley de causalidad, basado en el racionalismo humano cuyos actos están determinados por factores hereditarios y de medio ambiente; dichos factores resultan muy superiores a la voluntad modelando el carácter y la conducta.⁵⁴ Para este pensamiento, cualquier hecho que sea proveniente de una persona que haya cometido un delito

⁵¹ Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 339.

⁵² Enrico Ferri. *Estudios de Antropología Criminal*. 3ª ed. Madrid: Colección de libros escogidos, 1905, p. 75.

⁵³ Constitución del Ecuador. Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

12. Las personas declaradas culpables y sancionadas con penas de privación de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en centros de rehabilitación social. Ninguna persona condenada por delitos comunes cumplirá la pena fuera de los centros de rehabilitación social del Estado, salvo los casos de penas alternativas y de libertad condicionada, de acuerdo con la ley.

⁵⁴ Enrico Ferri. *Estudios de Antropología Criminal*. 3ª ed. Madrid: Colección de libros escogidos, 1905, p. 75.

anteriormente o que sus familiares tengan algún antecedente penal justificaría que se active la vía penal. De manera que no se justificaría una aplicación del principio de oportunidad; solamente si el juez absuelve a dicha persona podría evitar la pena privativa de la libertad.

Sin embargo, la mínima intervención penal no significa la ineficacia de la vía penal, Ferrajoli dice que:

El abolicionismo penal [...] se configura por todo ello como una utopía regresiva que, bajo presupuestos ilusorios de una sociedad buena o de un estado bueno, presenta modelos en realidad desregulados o autorregulados de vigilancia y/o castigo respecto a los cuales es el derecho penal -con su complejo, difícil y precario sistema de garantías- el que constituye, histórica y axiológicamente, una alternativa progresista.⁵⁵

De manera que el principio de mínima intervención penal y el de oportunidad no son reglas que deban observarse en todos los casos o deben aplicarse sin una fundamentación basada en la realidad.

1.6 Principios Vinculados al Principio de Oportunidad

1.6.1 Principio de Legalidad

Después, cabe analizar principios relacionados con la aplicación del principio de oportunidad. Primero, el principio de legalidad, según el artículo 5 numeral 1 del COIP⁵⁶, solo lo expresamente tipificado por el legislador constituye un tipo penal y debe existir ley y proceso anterior al hecho. Cabe analizar que la escuela clásica se caracteriza por siete postulados, recogidos por Nodier Agudelo, que giran en torno al principio de legalidad, sustentadas por un derecho moral⁵⁷. Esta idea lo que implicaba es que se tomen en cuenta los derechos del procesado en contra de decisiones arbitrarias, sin dejar de lado a la víctima. Los principios de escuela clásica versan sobre la existencia del derecho natural, que implica la sujeción de las normas jurídicas escritas a un derecho previo e innato al ser humano⁵⁸. En consecuencia expone el reforzamiento de la tutela jurídica que emerge de la

⁵⁵ Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 341.

⁵⁶ Código Orgánico Integral Penal. Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.

⁵⁷ Nodier Agudelo. *Grandes Corrientes del Derecho Penal. Escuela Clásica*. 3a ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008, p. 19.

⁵⁸ *Id.*, p. 21.

ley penal cuyo fin es garantizar su cumplimiento. El delito, por la doctrina de la escuela clásica, es considerado como un fenómeno jurídico nacido de la contradicción entre los hechos del hombre y lo que la ley prohíbe.⁵⁹ En relación con el tema de este trabajo investigativo, la aplicación de los tipos penales si los hechos se subsumen a la norma.

El principio de oportunidad, según la otra sección de la doctrina es contrario con el principio de legalidad. Binder acogiendo una idea de Roxin analiza que “la antítesis teórica del principio de obligatoriedad (o de “legalidad”, como se conoce en otros sistemas).”⁶⁰ La manera de entender de Roxin al principio de legalidad es el aspecto que considera contrario al principio de oportunidad, si es obligatorio aplicar el tipo penal si los hechos encajan, entonces el proceso penal y la sanción es la adecuada para los hechos. Sin embargo, esta forma de entender el principio supone que todos los hechos que puedan tener un matiz penal deben ser tutelados por la vía penal. Binder agrega que “es este principio [de oportunidad] que autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido un hecho punible”⁶¹ La idea que agrega el autor tiene una relación importante con las potestades asignadas al fiscal de investigar un hecho, aun cuando se base en una probabilidad de que se haya cometido un delito. Además “el principio de oportunidad no resulta compatible con teorías retributivas de la pena, como ha destacado la doctrina”⁶².

1.6.2 Presunción de Inocencia

Un segundo principio que se relaciona con el principio de oportunidad es el de inocencia, que se encuentra prescrito en el artículo 5 numeral 4 del COIP⁶³, el principio de inocencia hace que se pueda aplicar el principio de oportunidad, porque el fiscal puede considerar que aun existiendo algún elemento que encaje en un tipo penal, tiene la facultad de considerar que no existe una relevancia penal para que sea declarado culpable en un

⁵⁹ *Id.*, p. 19.

⁶⁰ Alberto Binder y otros. *Derecho Procesal Penal*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2006, p. 78.

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² *Ibíd.*

⁶³ Código Orgánico Integral Penal. Art. 5.- Principios procesales.4. Inocencia: toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario.

juicio penal. Cuando se trata de los delitos contra la integridad sexual, es importante que no se juzgue anticipadamente al procesado; por la conmoción social que suelen tener estos delitos. Sobre todo se debe observar que existe una tendencia en los procesos que se siguen por delitos contra la integridad sexual de la prisión preventiva como la única medida viable. Sin embargo, el principio de oportunidad puede aplicar antes de que se dicte prisión preventiva, cumpliendo con el presunción de inocencia, de manera fundamentada por el fiscal. De esa manera se cumple con lo que dispone el artículo 76 de la Constitución ecuatoriana, tomando en cuenta que la sentencia penal es la única forma de que la inocencia que puede declarar culpable a un procesado.⁶⁴

1.6.3 Principio de Impulso Procesal

El principio de impulso procesal tiene directa relación con el principio de oportunidad, ya que prescribe que “corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo”⁶⁵. Cabe agregar un aspecto que ya se analizó anteriormente, el delito de estupro es un tipo penal de acción privada y el titular de la acción es la víctima; por lo tanto le corresponde únicamente a la víctima la persecución penal. En los casos de delitos de acción pública el fiscal es el titular y el que decide cómo proceder con la acción penal. En ese caso el fiscal tiene la facultad de iniciar la investigación. El impulso procesal da lugar al principio de oportunidad, siendo la parte que activa el aparato judicial en materia penal, aunque siempre tiene una obligación de justificar sus decisiones, ya que su interés no es el que se encuentra en discusión sino el del Estado como un todo y de la víctima. El análisis de este elemento será analizado de manera más extensa en el estudio de casos.

⁶⁴ Constitución del Ecuador. Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

⁶⁵ Código Orgánico Integral Penal. Art. 5.- Principios procesales. 15. Impulso procesal: corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo.

1.6.4 Principio de Motivación

Junto con el anterior precepto está el principio de motivación que tiene que ver con el fundamento que tiene que dar el juez para que se aplique el principio de oportunidad.⁶⁶ La motivación es un requisito que se debe tomar en cuenta por el fiscal y por el juez. El fiscal es el encargado de encontrar los elementos adecuados para aplicar el principio de oportunidad en base la *notitia criminis*. El juez debe fundamentar si atenerse a la consideración del fiscal, como una parte independiente en el proceso penal. De ahí, que el juez considere los argumentos de una de las partes. Como también puede fundamentar su decisión tomando en cuenta la defensa del procesado o de los elementos aportados por la acusación particular.

1.6.5 Principio de Objetividad

Asimismo, cabe analizar el principio de objetividad⁶⁷ que el fiscal siempre tiene que seguir un criterio objetivo para analizar si una causa debe ser investigada. Así, el fiscal tiene la facultad y el deber de analizar la causa con un criterio de realidad, que significa a su vez la aplicación del principio de oportunidad si los hechos no encajan en un tipo penal o si no es penalmente relevante. El método utilizado por la escuela clásica es el antecedente para este principio y el que aplica para la fundamentación del principio de oportunidad. La técnica es la lógica deductiva, apoyada en el racionalismo; esto implica la utilización de principios a priori como axiomas no comprobados.⁶⁸ De manera que se relaciona con el principio de objetividad, que viene de la mano cuando se fundamenta la aplicación del principio de oportunidad; conlleva por lo tanto la visión de la escuela clásica la aplicación de ambos principios discutidos.

⁶⁶ Código Orgánico Integral Penal. Art. 5.- Principios procesales. 18. Motivación: la o el juzgador fundamentará sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso.

⁶⁷ Código Orgánico Integral Penal. Art. 5.- Principios procesales. 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.

⁶⁸ Nodier Agudelo. *Grandes Corrientes del Derecho Penal. Escuela Clásica*. 3a ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008, p. 22.

1.6.6 Principio de Inmediación

En cuanto a uno de los elementos importantes que se da durante la instrucción fiscal, y se perfecciona con el procedimiento oral, el principio de inmediación prescribe que “la o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con los sujetos procesales y deberá estar presente con las partes para la evacuación de los medios de prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso penal”⁶⁹. De manera que el juez también debe conocer sobre los aspectos relevantes a los hechos del caso para poder aplicar el principio de oportunidad. En consecuencia, siempre se debe investigar, incluso para los delitos contra la integridad sexual, lo que no implica que se deba llegar al juicio penal. Además unida a la idea del principio de dirección judicial del proceso que significa que “la o el juzgador, de conformidad con la ley, ejercerá la dirección del proceso, controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias.”⁷⁰

1.6.7 Principio de Impugnación Procesal

El principio de impugnación procesal⁷¹, por su parte solo tiene cabida una vez iniciado el proceso penal, ante el juez de garantías penales o de fuero si así es el caso; dicho principio se refiere a la posibilidad de impugnación por cualquiera de las partes del proceso, el fiscal y el procesado o la víctima en los casos de una acción privada. Por otro lado, la víctima también puede impugnar cuando se agrega al proceso de acción pública como acusador particular. Entonces, la víctima puede impugnar si considera que los hechos son penalmente relevantes y encajan en alguno de los tipos penales. De manera que el fiscal aparte de tener que fundamentar su decisión de aplicar el principio de oportunidad.

⁶⁹ Código Orgánico Integral Penal. Art. 5.- Principios procesales. 17. Inmediación: la o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con los sujetos procesales y deberá estar presente con las partes para la evacuación de los medios de prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso penal.

⁷⁰ Código Orgánico Integral Penal. Art. 5.- Principios procesales. 14. Dirección judicial del proceso: la o el juzgador, de conformidad con la ley, ejercerá la dirección del proceso, controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias.

En función de este principio, la o el juzgador podrá interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y realizar las demás acciones correctivas.

⁷¹ Código Orgánico Integral Penal. Art. 5.- Principios procesales. 6. Impugnación procesal: toda persona tiene derecho a recurrir del fallo, resolución o auto definitivo en todo proceso que se decida sobre sus derechos, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código.

Capítulo 2: Delitos Contra la Integridad Sexual

Con el fin de proporcionar el marco conceptual y teórico para este estudio cabe mencionar conceptos y teorías básicas para el análisis correspondiente. De esta manera, el delito, en concepción de Cabanellas “proviene del latín *delictum*, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa.”⁷² Si bien el fiscal debe seguir la investigación con el fin de sancionar a quien incurre en un delito, en algunos delitos por la ambigüedad de su texto, cabe la posibilidad de interpretar algunos elementos. En ese sentido, es crucial para el fiscal analizar la forma en que se prescribe la norma penal en el Código Orgánico Integral Penal en el marco del principio de oportunidad como uno de los principios rectores en todas las infracciones penales. Además, el fiscal debe analizar los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales antes de iniciar un proceso penal, al igual que decidir si aplica el principio de oportunidad. Solamente cuando el fiscal ha hecho un análisis del tipo penal en base a los hechos que se le han presentado, puede determinar si cabe o no el criterio de oportunidad.

Por lo tanto, para este trabajo investigativo cabe analizar los tipos penales contenidos en el Código Orgánico Integral Penal, en el Título IV Capítulo Segundo sobre los delitos contra los derechos de libertad. La sección cuarta del mismo capítulo trata los delitos contra la integridad sexual y reproductiva. Para el desarrollo de este trabajo, cabe analizar únicamente los delitos contra la integridad sexual. Los tipos penales están prescritos en los artículos 166 al 174. Los delitos descritos en esos artículos son: acoso sexual, estupro, distribución de material pornográfico a niños y adolescentes, corrupción de niños y adolescentes, abuso sexual, violación, utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual, contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos y oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos.

⁷² Guillermo Cabanellas. *Diccionario Jurídico Elemental*. 19ª ed. Buenos Aires: Heliasta. 2008, p. 114.

2.1 Elementos Objetivos y Subjetivos del Tipo

Ahora, bajo el concepto de Márquez, los elementos constitutivos del tipo se distinguen entre: elementos objetivos, que se refieren al deber jurídico penal y la violación de dicho deber. Dicha violación se puede clasificar como: la acción de realización, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, especiales medios o formas de realización, modalidades de lugar, tiempo y ocasión, nexos causales, objeto material, sujetos activos y pasivos.⁷³ En cada tipo penal cabe analizar brevemente cada uno de los elementos objetivos del tipo con el fin de determinar los elementos que el fiscal debe analizar para buscar iniciar un proceso penal para llevarlo a la primera etapa procesal en materia penal, la instrucción fiscal. En ese sentido, el trabajo del fiscal es investigar si se cumplen cada uno de los elementos objetivos de los tipos penales objeto de este trabajo.

Además, cabe analizar los elementos subjetivos del tipo, en principal “el dolo y los demás componentes psicológicos, especialmente las intenciones como elementos subjetivos del ilícito”⁷⁴. El artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal define al dolo como la intención de causar daño.⁷⁵ Por lo mismo, cabe analizar que el dolo se entiende como un “requisito de la punibilidad en todo lugar donde la conducta culpable no está conminada con pena de manera expresa”⁷⁶. En el caso de los delitos contra la integridad sexual, ninguno de los tipos penales prescribe la posibilidad de culpa como elemento subjetivo del tipo. De manera que por disposición expresa del artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal, si no se encuentra expresa la culpa en los tipos penales, solo se debe entender que admiten dolo.

Ebert define al dolo como “conocimiento y voluntad del tipo penal”⁷⁷, en este trabajo investigativo se verá la importancia del dolo dentro de los delitos contra la integridad sexual, así como su relevancia con el principio de oportunidad y la mínima intervención

⁷³ Rafael Márquez. *El tipo Penal*. México *Derecho Penal Parte General*. D.F.: UNAM 1986, p. 238.

⁷⁴ Udo Ebert traducido por Said Escudero. *Derecho Penal Parte General*. México D.F.: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2005, p. 66.

⁷⁵ Código Orgánico Integral Penal. Art. 26.- Dolo.- Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño.

Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena.

⁷⁶ Udo Ebert traducido por Said Escudero. *Derecho Penal Parte General*. México D.F.: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2005, p. 67.

⁷⁷ *Ibíd.*

penal. En esa línea de ideas, cabe analizar que los delitos contra la integridad sexual es una concepción del Código Orgánico Integral Penal, en la mayoría de la doctrina se los denomina como delitos sexuales. La significancia de esta distinción se encuentra en la concepción del legislador de determinar la importancia de algunos de los tipos penales y los bienes jurídicos protegidos en cada uno de los delitos. En este punto cabe añadir sobre la participación en los delitos contra la integridad sexual, que deberá ser analizado en cada tipo penal. Generalmente se entiende que en estos tipos penales no existe participación, por ejemplo, Tobar señala que Garrido Montt considera que el acceso carnal [en el delito de violación] repetido sobre una misma víctima tiene una misma circunstancia y la misma incapacidad de resistir de la víctima, por lo tanto se trata de un delito continuado. Sin embargo, el mismo Tobar analiza que no se trata de un solo delito sino que hay múltiples delitos y que además esta posición es la sostenida por la mayoría de la jurisprudencia chilena⁷⁸. De manera que se trata de varios delitos, en este caso cumpliendo el tipo penal el mismo sujeto activo. Bajo esa lógica, si fuera el caso de que haya más de una persona que incurre en los mismos hechos está cometiendo un delito individualizado, cada uno culpable de los actos que cometió.

En cuanto a la pena, Udo Ebert afirma que “el Derecho Penal y la pena son los medios coercitivos más radicales de un Estado en contra de los individuos.”⁷⁹ Además, el mismo autor opina que el Derecho Penal protege los derechos a través de una vulneración de los derechos de los trasgresores. Para ello se necesita de restricciones, al que llama Ebert el principio de insignificancia; que vendría a traducirse como la mínima intervención penal.⁸⁰ La pena, en cuanto se habla del principio de oportunidad, es importante considerar, porque es uno de los motivos por los que se recurre al Derecho Penal. Bajo esa lógica, solamente ciertos delitos se encuentran susceptibles de buscar una salida alternativa. Ebert considera que a partir de ese razonamiento parte el principio de subsidiariedad, este significa que solamente se debe activar el aparato judicial en materia penal si no existe otro método que

⁷⁸ Juan Tobar. *Violencia sexual*. Pehuén Editores Limitada: Santiago, 1999, p. 54.

⁷⁹ Udo Ebert traducido por Said Escudero. *Derecho Penal Parte General*. México D.F.: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2005, p. 4.

⁸⁰ *Ibíd.*

pueda proteger bienes jurídicos determinados.⁸¹ La reflexión aplica para todos los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, pero para el legislador ecuatoriano solamente aplica para bienes jurídicos cuya pena máxima sea de 5 años. De manera que no se puede aplicar el principio de oportunidad para delitos que excedan esa pena porque en teoría existen bienes jurídicos protegidos de mayor importancia. Sin embargo, aunque exista un delito de mayor pena no significa que los hechos tengan relevancia penal o exista una alternativa al proceso penal.

2.2 Breve Análisis de los Delitos Contra la Integridad Sexual

Ahora, el análisis de los elementos objetivos y subjetivos de los delitos contra la integridad sexual es importante, ya que el fiscal debe observar en base a los hechos cuales son los elementos que existen indicios suficientes para iniciar la investigación. Aunque el fiscal tiene la obligación expresa del artículo 412 de investigar todo delito contra la integridad sexual. A pesar de lo cual, si alguno de los elementos no se cumple da al fiscal el elemento que permite fundamentar, en base al principio de motivación, la no iniciación del proceso penal. Para ello también cabe un conocimiento de todos los delitos del capítulo, ya que si para un delito uno de los elementos no se cumple, existe la posibilidad que otro sea el más adecuado. El fiscal es el encargado de examinar los elementos del tipo y posteriormente puede observar si cumple los requisitos para la aplicación del principio de oportunidad. Además de analizar si tiene sentido extender la investigación en base a la relevancia penal y el interés en la persecución.

2.2.1 Acoso sexual

El primer tipo penal que cabe analizar brevemente es el delito de acoso sexual, prescrito en el artículo 166 del Código Orgánico Integral Penal⁸². Una definición de este

⁸¹ *Id.*, p. 5.

⁸² Código Orgánico Integral Penal. Art. 166.- Acoso sexual.- La persona que solicite algún acto de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, prevaleciendo de situación de autoridad laboral, docente, religiosa o similar, sea tutora o tutor, curadora o curador, ministros de culto, profesional de la educación o de la salud, personal responsable en la atención y cuidado del paciente o que mantenga vínculo familiar o cualquier otra forma que implique subordinación de la víctima, con la amenaza de causar a la víctima o a un tercero, un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad o persona con discapacidad o cuando la persona no pueda comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

La persona que solicite favores de naturaleza sexual que atenten contra la integridad sexual de otra persona, y que no se encuentre previsto en el inciso primero de este artículo, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

tipo penal se ha establecido como: “La situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil o degradante.”⁸³ De la definición y el capítulo en el que se sitúa el delito se puede decir que el bien jurídico protegido por el tipo penal de acoso sexual es la libertad y dignidad sexual. El sujeto activo del delito es cualquier persona; sin embargo, tiene una particularidad, siempre debe haber una situación de autoridad; no por ello significa que el sujeto activo es calificado. El sujeto pasivo es cualquier persona dentro del mismo entorno laboral, religioso, etc. El verbo rector del tipo penal es solicitar, de manera que el solo hecho de solicitar entra dentro del verbo rector, y se consume el delito si se cumplen los demás elementos objetivos del tipo. El elemento de la jerarquía es importante en este tipo penal, ya que se deja una amplia valoración a este elemento; por medio de la redacción del tipo penal: “o cualquier otra forma que implique subordinación de la víctima”. El siguiente elemento es el mal relacionado con las legítimas expectativas, este elemento se refiere a una amenaza en base a un elemento subjetivo a considerar. Ibañez opina que se suele considerar en cuanto a este elemento objetivo es que sea un chantaje físico o psicológico de parte del agresor para que se configure el tipo penal.⁸⁴ En cuanto a la legítima expectativa, aunque no se encuentra desarrollado por la jurisprudencia, se debe entender como la posibilidad del sujeto pasivo de obtener un beneficio en base a sus méritos y dentro del entorno en el que se encuentre. Por ejemplo una persona que tiene la expectativa de un aumento de salario en su puesto de trabajo. Cabe añadir que la legítima expectativa depende de la situación de cada caso y puede ser uno de los elementos que demuestren la relevancia penal del caso y que deberá ser analizado por el fiscal.

La pena para este delito es de uno a tres años, haciéndolo compatible con el requisito del primer numeral para la aplicación del principio de oportunidad. Aunque el proceso puede llegar hasta el juicio y a la sanción, si existen indicios de un delito, por principio de legalidad. Sobre todo por la prohibición del artículo 412 para aplicar el principio de oportunidad. Dicha disposición aplica igualmente para la pena de tres a cinco años que

⁸³Monica Ibañez, Zuriñe Lezaun, Mariola Serrano y Gema Tomás. *Acoso Sexual en el Ámbito Laboral*. Universidad de Deusto: Bilbao, 2007, p. 78.

⁸⁴*Ibíd.*

agrega el segundo inciso, proporcional al bien jurídico protegido, los derechos de los niños y adolescentes. El último inciso del tipo penal causa algunos problemas por la determinación inconclusa del tipo penal, porque prescribe que incurrir en ese delito cuando no esté previsto en el primer inciso del artículo 166. Por la redacción parece que se deja de lado dos elementos importantes que se han descrito: la relación de jerarquía y el mal a una legítima expectativa de la presunta víctima. Dichos elementos son esenciales para que se cumpla el tipo penal. Si los hechos no encajan en el tipo penal, el fiscal puede analizar la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad, con el fundamento que pierde relevancia penal al no incurrirse en todos los elementos del delito.

2.2.2 Estupro

El siguiente tipo penal es el estupro, prescrito en el artículo 167 del COIP⁸⁵. Este tipo penal está descrito similarmente al tipo penal de violación. Uno de los aspectos relevantes a este delito es la protección a los menores de edad, específicamente a los mayores de catorce y menores de dieciocho. La protección a los menores se hace en base al artículo 66 numeral 3 literal a de la Constitución ecuatoriana⁸⁶. Se entiende además que esa protección no equivale a la de los niños, porque tácitamente el mismo código separa la violación del estupro por el elemento de edad; debido a que uno de los elementos de la violación es cuando la víctima sea menor a catorce años, que posteriormente se analizara más a profundidad en el delito de violación.

En cuanto a los elementos objetivos del tipo penal de estupro, el sujeto activo es cualquier persona, por lo tanto no es calificado. Por otro lado, el sujeto pasivo es calificado en razón de la edad, como ya se mencionó anteriormente, entre catorce y dieciocho años. Soria y Hernández en su obra sobre el agresor sexual y la víctima sostienen que “se mantiene el estupro de seducción [en la legislación] que refleja una mentalidad paternalista de la sexualidad de nuestros adolescentes: considera engaño la mendacidad o ardid de que se vale el seductor para que la mujer consienta en el acceso carnal que de otro modo no

⁸⁵ Código Orgánico Integral Penal. Art. 167.- Estupro.- La persona mayor de dieciocho años que recurriendo al engaño tenga relaciones sexuales con otra, mayor de catorce y menor de dieciocho años, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

⁸⁶ Constitución del Ecuador. Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

3. El derecho a la integridad personal, que incluye:

a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.

hubiera permitido”.⁸⁷ De manera similar a esa legislación se encuentra prescrito el tipo penal en el COIP. El elemento de engaño cabe analizar adecuadamente, ya que es uno de los elementos que pueden llevar más a la discusión de si existió o no el delito. La Real Academia de la Lengua Española define el engaño como “seducir a alguien con halagos y mentiras.”⁸⁸ Este elemento es de difícil aplicación y no existe un significado único y utilizado de manera general. A pesar de ello, se puede utilizar el significado común y por lo mismo sancionar si existen elementos que puedan probar el engaño. Cabe mencionar que aunque el delito de estupro es de acción privada y no se aplica el principio de oportunidad por el fiscal, el juez debe analizar los hechos en base a la relevancia penal. De manera que no se omita al engaño como elemento del tipo penal y se sancione mientras se cumplan los demás elementos. Para ello, la concepción del principio de oportunidad es primordial, ya que se evita la persecución en un caso en que el engaño no sea claro.

El siguiente elemento es el verbo rector, en el tipo penal de estupro el verbo es tener relaciones sexuales. Este elemento parece estar redactado con imprecisión porque usa un término usado comúnmente; cuando para mayor exactitud pudo tener los verbos rectores del delito de violación. Además, deja la posibilidad de interpretación con respecto del sujeto activo y pasivo, de modo que pueda ser una relación heterosexual u homosexual. Cabe añadir un aspecto que debe considerar el juez, por ejemplo, si existe error de tipo (aunque no se encuentre prescrito en el COIP), por razón de que el sujeto activo no conocía la edad de la presunta víctima no tiene ninguna relevancia iniciar un proceso penal así se cumplan el resto de los elementos. De manera que aunque no se pueda aplicar directamente el error de tipo, es una fundamentación para mostrar la irrelevancia de perseguir por un error, mientras dicho error tenga indicios suficientes.

⁸⁷ Miguel Soria y José Hernández. *El agresor sexual y la víctima*. Marcombo: Barcelona, 1994, p. 16.

⁸⁸ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

2.2.3 Distribución de material pornográfico a niños y adolescentes

El artículo 168 del COIP prescribe el tipo penal de distribución de material pornográfico a niños y adolescentes.⁸⁹ Este tipo penal se encontraba prescrito en el anterior Código Penal vigente antes del Código Orgánico Integral Penal, en el artículo innumerado 8 posterior al artículo 520. La relevancia de este tipo parte por el mayor uso de medios electrónicos para la distribución de este tipo de material. Por ello también se propuso una sanción administrativa para dicha distribución, por medio del artículo 67 la Ley Orgánica de Comunicación⁹⁰. Asimismo, este tipo penal va de acuerdo con el mandato Constitución del Ecuador en el artículo 48⁹¹. En concordancia con el artículo 47 literal f del Código de la Niñez y Adolescencia⁹². La protección en otra materia denota la importancia del tema y deja claramente una vía alternativa si el caso no tiene suficiente relevancia penal.

Entonces, para iniciar con el análisis de los elementos del tipo penal antes descrito, el bien jurídico protegido en el tipo penal de distribución de material pornográfico es el sano y normal desarrollo sexual de los niños y adolescentes (indemnidad sexual⁹³). Este elemento también contiene una protección constitucional que también puede llevar si es el caso a una acción constitucional, una vía que permite a la presunta víctima la reparación si se prueba

⁸⁹ Código Orgánico Integral Penal. Art. 168.- Distribución de material pornográfico a niñas, niños y adolescentes.- La persona que difunda, venda o entregue a niñas, niños o adolescentes, material pornográfico, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

⁹⁰ Código Orgánico de Comunicación. Art. 67.- Prohibición.- Se prohíbe la difusión a través de los medios de comunicación de todo mensaje que constituya incitación directa o estímulo expreso al uso ilegítimo de la violencia, a la comisión de cualquier acto ilegal, la trata de personas, la explotación, el abuso sexual, apología de la guerra y del odio nacional, racial o religioso.

Queda prohibida la venta y distribución de material pornográfico audiovisual o impreso a niños, niñas y adolescentes menores de 18 años.

El incumplimiento de lo dispuesto en este artículo será sancionado administrativamente por la Superintendencia de la Información y Comunicación con una multa de 1 a 5 salarios básicos por cada ocasión en que se omita cumplir con esta obligación, sin perjuicio de que el autor de estas conductas responda judicialmente por la comisión de delitos y/o por los daños causados y por su reparación integral.

⁹¹ Constitución del Ecuador. Art. 48.- Será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás.

⁹² Código de la Niñez y Adolescencia. Art. 47.- Garantías de acceso a una información adecuada.- Para garantizar el derecho a la información adecuada, de que trata el artículo anterior, el Estado deberá:

f) Sancionar de acuerdo a lo previsto en esta Ley, a las personas que faciliten a los menores: libros, escritos, afiches, propaganda, videos o cualquier otro medio auditivo y/o visual que hagan apología de la violencia o el delito, que tengan imágenes o contenidos pornográficos o que perjudiquen la formación del menor; y,

⁹³ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal. Juicio No. 489-2011. 06 de agosto de 2012.

que ha existido una vulneración. Entre los demás elementos objetivos, el sujeto activo es cualquier persona quien puede incurrir en este delito, es decir no existe un sujeto activo calificado. Por otro lado, el sujeto pasivo del tipo penal es calificado, ya que solo pueden ser niños y adolescentes. Existen tres verbos rectores en este tipo penal: difundir, vender o entregar. Lo último que debe hacerse referencia en el tipo penal es sobre el material pornográfico que es la forma de incurrir en este delito. La Corte Nacional ecuatoriana en un juicio del año 2012 por producción y comercialización de imágenes pornográficas menciona que las imágenes y películas que representan actividades sexuales explícitas se consideran como pornografía.⁹⁴ Esta referencia se hace en base a la Convención sobre la utilización de niños en la pornografía, que señala en su artículo 2 lo que se entiende la pornografía. En la misma sentencia, la Corte toma a la pornografía como una forma de explotación sexual (de menores).⁹⁵ Sobre esta base se ha sancionado los delitos que contienen como elemento la pornografía. Sin embargo, no deja claro lo que se debe entender como pornografía en casos particulares; por ejemplo imágenes que muestran desnudez de un niño, circunstancia que no es una actividad sexual, pero podría ser considerado como pornografía. De modo que en algunos casos, la desnudez puede entenderse como pornografía, según el contenido y el contexto. Por otro lado, para casos que deja duda si el contenido es pornográfico, puede el fiscal, en el análisis del presunto delito, considerar que algunas imágenes no corresponden a pornografía; lo que deja claramente la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad. Al igual que los anteriores tipos penales, cabe aplicar el principio a pesar de lo prescrito en el último inciso del artículo 412 del COIP. Además, la pena para este delito es de uno a tres años, lo que entra dentro de la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad de acuerdo al primer requisito del mismo artículo mencionado.

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ *Ibíd.*

2.2.4 Corrupción de niños y adolescentes

El siguiente tipo penal que se debe analizar es la corrupción de niños y adolescentes del artículo 169 del COIP⁹⁶. El bien jurídico protegido en este caso, al igual que el anterior tipo penal, es el sano y normal desarrollo sexual de los niños y adolescentes. El sujeto activo es cualquier persona y el sujeto pasivo es calificado, como en el anterior delito son los niños y adolescentes. Los verbos rectores de este tipo penal son la incitación, conducir o permitir la entrada a prostíbulos o lugares en los que se exhibe pornografía. El verbo rector es corromper, que ha sido desarrollado en la jurisprudencia, como en un caso resuelto en casación por la Corte Suprema ecuatoriana en el año 2006, que se menciona que se corrompe a los menores a través de la entrada a prostíbulos, cines o teatros que presenten espectáculos obscenos.⁹⁷ Al igual que en el caso de la pornografía, parece que ese concepto deja de lado cualquier otra forma de corrupción, como por ejemplo el padre que incita a su hijo adolescente a tener relaciones con una prostituta. Dicho ejemplo podría entrar en el supuesto de corrupción y por lo mismo el padre podría estar cometiendo el delito de corrupción de niños y adolescentes. Así como lo considera la Corte Nacional ecuatoriana cuando se trata del bien jurídico protegido de indemnidad sexual, en que el sujeto pasivo es un niño o adolescente, en el caso del delito de corrupción es especialmente importante por el verbo rector, ya que el delito supone que un tercero impide al niño o adolescente (sujeto pasivo) el libre y normal desarrollo de su sexualidad.⁹⁸ A pesar de lo cual, no toda incitación a un menor de edad a tener relaciones sexuales se debe entender como corrupción y queda a consideración del fiscal fundamentar la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad. La sanción para el delito de corrupción es de tres a cinco años. Al igual que el anterior delito cumple con el primer requisito para la aplicación del principio de oportunidad incluso.

⁹⁶ Código Orgánico Integral Penal. Art. 169.- Corrupción de niñas, niños y adolescentes.- La persona que incite, conduzca o permita la entrada de niñas, niños o adolescentes a prostíbulos o lugares en los que se exhibe pornografía, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Juicio No. 527-05. 21 de septiembre de 2006.

⁹⁸ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal. Juicio No. 489-2011. 06 de agosto de 2012.

2.2.5 Abuso sexual simple y Violación

Después, cabe analizar el abuso sexual y la violación porque tienen varias semejanzas. De manera que estos dos delitos buscan la protección de tres bienes jurídicos a saber: indemnidad sexual, seguridad sexual y libertad sexual. Los cambios esenciales en comparación con el anterior Código Penal son la sanción y algunos elementos agravantes de los tipos penales. La Constitución del Ecuador es la base de la protección de los bienes jurídicos por el COIP, por ejemplo, el artículo 66 numeral 3 literal a de la Carta Magna respecto de la integridad personal, entre ellos la protección de la integridad sexual; entendida como la intimidad y la seguridad. La libertad sexual se encuentra en el mismo artículo mencionado anteriormente, en el numeral 9, que reconoce el derecho de las personas a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual⁹⁹.

Ahora iniciando con el tipo penal de abuso sexual del artículo 170¹⁰⁰, el sujeto activo es cualquier persona, aunque generalmente se ha entendido en la casuística que solamente los hombres pueden ser los sujetos activos en este delito. Asimismo el sujeto pasivo en la mayor parte de casos es una mujer, aunque el tipo penal prescribe que puede ser cualquier persona. La protección de esta manera está diseñada sobre todo para la protección de los niños y adolescentes; que son el grupo vulnerable de estos delitos como manda el artículo 48 de la Constitución ecuatoriana y que se citó anteriormente. En la legislación peruana se protege de una manera similar a los niños con ejemplos como el Código de Procedimiento Penal peruano que señala: “Que el Estado proveerá, en caso de violencia sexual a niños y adolescentes, asistencia de abogados de oficio de modo integral y gratuito, asistencia que

⁹⁹ Constitución del Ecuador. Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

3. El derecho a la integridad personal, que incluye:

a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.

9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.

¹⁰⁰ Código Orgánico Integral Penal. Art. 170.- Abuso sexual.- La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad; cuando la persona no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o si la víctima, como consecuencia de la infracción, sufra una lesión física o daño psicológico permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si la víctima es menor de seis años, se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años.

comprenderá obligatoriamente al agraviado y a su familia.”¹⁰¹ Los verbos rectores de este tipo penal son ejecutar u obligar a ejecutar sobre si misma u otra persona. Otro de los elementos objetivos son los medios, en este caso la violencia, amenaza o intimidación, elemento que se encuentra plasmado en la redacción del tipo “en contra de la voluntad”.

El último elemento que se debe considerar, es el elemento de los actos de naturaleza sexual, para diferenciar el tipo penal con el delito de violación, sin que exista penetración o acceso carnal. La Corte Nacional ecuatoriana ha mencionado este elemento para diferenciar al delito de abuso sexual simple y la violación (abuso sexual con acceso carnal)¹⁰². Sin embargo, no se ha definido exactamente lo que se debe entender como actos de naturaleza sexual. En un caso de 2012 la Corte Nacional hizo mayor referencia a otros aspectos que consideran más relevantes como la secrecía de los actos de naturaleza sexual y la importancia del testimonio de la víctima para estos delitos.¹⁰³ De manera que como en los casos de pornografía y corrupción dicho elemento deja la posibilidad de interpretación por el fiscal y los jueces. Así, en muchos casos los actos de naturaleza sexual pueden ser evidentes como obligar a una persona a tocar la vagina de una mujer. Sin embargo, algunos hechos pueden ser más ambiguos y dependen las circunstancias; como por ejemplo un sujeto que obliga a otra a tocar el pie de una persona, cuando el sujeto activo tenía la intención de que dicho acto sea para su propia excitación sexual. Por ello, el fiscal tiene que considerar cada circunstancia para determinar la relevancia penal de hechos particulares. Solamente de ese modo puede aplicar el principio de oportunidad si no encuentra suficiente convicción de que ha existido un delito.

La pena para este delito es de tres a cinco años, nuevamente dentro del rango para la aplicación del principio de oportunidad. Además, este tipo penal tiene dos incisos que agravan la pena con elementos diferentes a los principales del tipo penal. En el segundo inciso admite a sujetos pasivos calificado como son: los menores de catorce años de edad, con discapacidad, no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier razón no pueda resistirlo. Asimismo, el delito tiene un elemento extra, el mismo inciso prescribe como un delito con mayor gravedad que se haya causado una lesión física

¹⁰¹ José Hurtado. *Derecho penal y discriminación de la mujer*. Fondo Editorial PUCP: Lima., 2001, p. 40.

¹⁰² Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal. Juicio No. 764-2010. 31 de mayo de 2012.

¹⁰³ *Ibíd.*

o daño psicológico permanente o que contraiga una enfermedad grave o mortal. Este inciso puede considerarse como un delito particular dentro del abuso sexual, ya que no agrava la pena al máximo de la primera, sino que aumenta la pena de cinco a siete años. De similar manera está redactado el *in fine* del mismo artículo del COIP, que prescribe que el sujeto pasivo calificado es un menor de seis años; la pena pasa de siete a diez años. Este elemento impide la aplicación del principio de oportunidad, justificado basado en el bien jurídico protegido y la aparición de hechos como consecuencia del cometimiento del delito. Aunque incluso en estos casos cabe el análisis de los demás elementos para considerar si existe por ejemplo un verbo rector que de acuerdo a los hechos amerita la activación del aparato judicial en materia penal.

Por otro lado, el tipo penal de violación se encuentra en el artículo 171¹⁰⁴ que prescribe al sujeto activo como cualquier persona. Sin embargo por los demás elementos del tipo penal el sujeto activo suele entenderse como calificado a un hombre. El sujeto pasivo es cualquier persona, en este caso no es calificado y se ha entendido por la doctrina como posible cualquiera de los sexos la víctima de este delito. En especial cuando se trata de menores de edad que se consideran como el grupo vulnerable al igual que en el caso del tipo penal de abuso sexual. Los verbos rectores de este tipo penal es la introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o

¹⁰⁴ Código Orgánico Integral Penal. Art. 171.- Violación.- Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con

pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse.
2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación.
3. Cuando la víctima sea menor de catorce años.

Se sancionará con el máximo de la pena prevista en el primer inciso, cuando:

1. La víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanente.
2. La víctima, como consecuencia de la infracción, contrae una enfermedad grave o mortal.
3. La víctima es menor de diez años.
4. La o el agresor es tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima.
5. La o el agresor es ascendiente o descendiente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
6. La víctima se encuentre bajo el cuidado de la o el agresor por cualquier motivo.

En todos los casos, si se produce la muerte de la víctima se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

anal, de objetos, dedos u otros órganos. El primer verbo rector del tipo penal tiene como elemento al miembro viril. De manera que con esta disposición se prescribe expresamente que el único agresor posible para incurrir en el primer verbo rector es un hombre. La segunda parte constituye la apertura de que el sujeto activo pueda ser cualquier persona. Lorena Fries y Verónica Matus en su obra “La ley hace el delito” analizan la opinión de varios jueces chilenos para afirmar que en muchos casos existe un “sesgo de género que aplican a su análisis en el delito de violación”¹⁰⁵. Además, agrega que este sesgo se debe a que se piensa que la mujer debe demostrar que ha existido violencia por parte del agresor y que el violador (en realidad presunto violador) es una persona anormal.¹⁰⁶ Este pensamiento muestra el conocimiento y la forma de pensar de algunos funcionarios para los casos de delitos sexuales y que refleja la aplicación del delito de violación. Otro aspecto importante a considerar es que algunos estudios realizados en materia del delito de violación que se cometen por hombres que tienen un lazo social o de parentesco con la víctima¹⁰⁷. De manera similar cabe añadir otro de los problemas clave en el tipo penal de violación dentro de la tipificación en el COIP, la posibilidad de la llamada “violación inversa”. Carrasco plantea su posición al respecto:

El planteamiento de esta posición que se cierne como la minoritaria, es estimar no sólo el hombre como sujeto activo del delito de violación, sino incluir las conductas sexuales que involucrando penetración consideran a la mujer como agente, cuestión que ha sido denominada por la doctrina como “violación inversa” y criticada por representar para Díaz-Maroto y Villarejo “sólo casos de laboratorio”, excluyendo eso sí para nosotros, los casos de relación sexual con un menor, de mayor factibilidad.¹⁰⁸

Otro aspecto a considerar en el delito de violación es que se agregan tres supuestos normativos en los cuales se comete el delito para una pena de diecinueve a veintidós años de pena privativa de libertad. Estos supuestos son similares a los que son parte del delito de abuso sexual anteriormente analizado. Como es el caso del uso de violencia, amenaza o intimidación. Asimismo, cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido o que no se pueda resistir por causa de enfermedad o discapacidad. El último supuesto es un aspecto importante y que se refiere a la víctima menor de catorce años, para diferenciarlo

¹⁰⁵ Lorena Fries y Verónica Matus. *La Ley hace el Delito*. Lom Ediciones: Santiago de Chile, 2000, p. 66.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ Edison Carrasco. *El problema del sujeto active del delito de violación y sus posibles vacíos legales*. Revista Ius Et Praxis. No. 12, 2013.

del tipo penal de estupro. Después, en el tipo penal se prescriben las circunstancias agravantes para el tipo penal de violación, entre ellos la situación antes citada respecto del grado de parentesco.

El delito de violación o abuso sexual con acceso carnal tiene una pena privativa de libertad que no permite la aplicación del principio de oportunidad. Sin embargo, este delito también tiene particularidades que puede hacer excepcionalmente viable la aplicación del principio de oportunidad. El argumento es el mismo que en los demás delitos, la relevancia penal debe ser lo que impulse al fiscal a investigar los hechos, no la naturaleza del presunto delito.

2.2.6 Utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual

El siguiente delito a analizar es el que se encuentra prescrito en el artículo 172 del Código Orgánico Integral Penal¹⁰⁹. El tipo penal de utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual tiene como base el bien jurídico de sano y normal desarrollo sexual de los niños y adolescentes, como en los casos anteriores, el fundamento es la Constitución. Además en este tipo penal también se prevé como posibles víctimas a las personas mayores a sesenta y cinco años y discapacitados que se busca proteger la dignidad sexual. El primer elemento es el elemento del sujeto activo que es cualquier persona, es decir no es calificado. Por otro lado, en función del bien jurídico protegido, el sujeto pasivo es calificado, reducido a los niños, adolescentes, personas mayores a sesenta y cinco años y a los discapacitados. El verbo rector es complejo, ya que es utilizar a estas personas para obligarlas a exhibir su cuerpo. De manera que no cualquier utilización configura un acto determinado en delito. Aunque la forma en que está prescrito en el COIP no deja posibilidad de que se interprete de maneras distintas. De ahí, el elemento similar a los otros tipos penales, es “con fines de naturaleza sexual”, que deja nuevamente un amplio rango de interpretación para determinar cuáles actos pueden considerarse que tengan un fin de naturaleza sexual. Entonces, sigue existiendo la posibilidad de aplicar el principio de

¹⁰⁹ Código Orgánico Integral Penal. Art. 172.- Utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual.- La persona que utilice a niñas, niños o adolescentes, a personas mayores de sesenta y cinco años o personas con discapacidad para obligarlas a exhibir su cuerpo total o parcialmente con fines de naturaleza sexual, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

oportunidad si se determina que los hechos no encaja el elemento de “actos de naturaleza sexual”. Bajo el mismo supuesto de que el fiscal está obligado a investigar, según el artículo 412.

2.2.7 Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos y Oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos

Los delitos que siguen al delito de utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual son delitos tipificados con el creciente uso de medios electrónicos para cometer estos delitos. Los delitos de contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos y oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos tienen varias similitudes. Sobre todo la protección que busca dar el legislador a la indemnidad sexual, el bien jurídico protegido de ambos delitos.

Los elementos objetivos del delito de contacto están prescritos en el artículo 173 del COIP¹¹⁰. El elemento objetivo de sujeto activo no es calificado, a diferencia del sujeto pasivo que al igual que varios delitos ya descritos corresponde únicamente a menores de edad. Por lo tanto el bien jurídico protegido es el sano y normal desarrollo de la sexualidad. El verbo rector del tipo penal del artículo 173 es proponer concertar un encuentro. El siguiente elemento normativo es que sea acompañado de materiales encaminados a que el contacto sea con finalidad sexual o erótica. Al igual que el análisis de los demás delitos contra la integridad sexual, este elemento puede estar sujeto a interpretación. Aunque el legislador ha considerado importante establecer tipos penales especiales para este tipo de actos. Para que algunas conductas, que no encajan en ninguno de los delitos estudiados, puedan ser perseguidas según la naturaleza del delito.

¹¹⁰ Código Orgánico Integral Penal. Art. 173.- Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos.- La persona que a través de un medio electrónico o telemático proponga concertar un encuentro con una persona menor de dieciocho años, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción o intimidación, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

La persona que suplantando la identidad de un tercero o mediante el uso de una identidad falsa por medios electrónicos o telemáticos, establezca comunicaciones de contenido sexual o erótico con una persona menor de dieciocho años o con discapacidad, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Sin embargo, la pena es de uno a tres años que podría considerarse desproporcional al verbo rector, porque solamente el contacto es considerado punible, sin que exista ningún acto de naturaleza sexual, solo que el sujeto activo tenga ese fin. De manera que la investigación de dicho delito tiene un rango amplio de interpretación del fin del presunto agresor, lo que permite claramente a que mucha de la evidencia se considere penalmente irrelevantes. Además, cambia el tipo penal en el inciso segundo del artículo cuando se utilice coacción o intimidación; para prescribir una pena privativa de tres a cinco años para quien incurra en este tipo. Por otro lado, con igual pena que el inciso segundo de ese artículo se sanciona a la persona que suplante la identidad de un tercero. Además, el tercer inciso agrega un sujeto pasivo, las personas que sufren de alguna discapacidad.

El último delito que cabe analizar es la oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos prescrita en el artículo 174 del COIP.¹¹¹ El sujeto activo es cualquier persona, como en el anterior tipo penal. Asimismo el sujeto pasivo es calificado porque se limita a personas menores de dieciocho años con la base de protección de menores de edad que se ha citado en varios de los delitos descritos en este capítulo. El verbo rector es complejo, igualmente que el anterior delito, porque es la oferta de servicios sexuales, pero con la particularidad que al inicio del artículo 174 se prescribe el “utilizar o facilitar”. Del mismo modo que los delitos antes mencionados, el legislador no ha prescrito el delito de manera precisa. Además, el razonamiento es el mismo al delito anterior, ya que parece desproporcionado que la oferta tenga una pena privativa de libertad. De modo que el principio de oportunidad es un concepto importante a seguir en estos delitos, ya que en muchos casos pueden permitir una interpretación imprecisa del fin del presunto sujeto pasivo, así como de los “servicios sexuales”. De ahí, viene el siguiente elemento objetivo que es el medio que lo simplifica en cualquier medio electrónico o telemático. Otro aspecto importante a considerar del delito es la pena, que es de siete a diez años. Nuevamente un elemento desproporcional con el verbo rector del delito.

¹¹¹ Código Orgánico Integral Penal. Art. 174.- Oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos.- La persona, que utilice o facilite el correo electrónico, chat, mensajería instantánea, redes sociales, blogs, fotoblogs, juegos en red o cualquier otro medio electrónico o telemático para ofrecer servicios sexuales con menores de dieciocho años de edad, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Capítulo 3: Análisis de casos referenciales

Ahora, el principio de oportunidad es un principio que permite analizar la relevancia penal de hechos en particular y cada caso tiene elementos diferentes que se deben examinar por el fiscal. El fiscal, cuando llega la noticia del crimen, observa que los hechos se adecuen a un delito en particular. Posteriormente debe hacer un análisis si esos hechos tienen alguna relevancia penal, incluso si algunos de los elementos se cumplen y el fiscal tiene indicios suficientes para iniciar la investigación penal. El principio de oportunidad, para su aplicación requiere de fundamentación del fiscal, para que se acepte por el juez. Así, el juez encargado puede motivar adecuadamente la decisión de aplicar el principio de oportunidad. De manera que solamente tiene relevancia el análisis del principio motivo de esta investigación en torno a casos prácticos. Aunque no se suele mencionar en las providencias judiciales al principio de oportunidad, cabe observar si el fundamento de los jueces se basa en el concepto del principio de oportunidad o si se deja de lado ese análisis para regirse estrictamente a fundamentar los elementos de los tipos penales.

Los casos utilizados en este trabajo investigativo son ejemplificativos de la realidad jurídica ecuatoriana, en torno a los delitos contra la integridad sexual. La particularidad de los procesos es por la terminación anticipada por razones en los hechos y los tipos penales investigados. Además, cabe resaltar que los casos tratan los delitos contra la integridad sexual que contienen las penas más graves, consideradas proporcionales en la vulneración del bien jurídico protegido. Entonces, el primer proceso empieza como un abuso sexual que termina en una nulidad del auto de llamamiento a juicio. Después, se analizara el fundamento de un caso de violación que termina con una abstención parcial del proceso y definitivo del procesado. Por último, cabe el estudio de un presunto delito de violación cometido por un menor de edad que finaliza en una conciliación.

3.1 Caso por delito de abuso sexual

El primer caso trata un delito de abuso sexual (atentado al pudor como se lo trataba en el anterior Código Penal), aunque el mismo fiscal trata al asunto como un estupro o violación a la vez. Primero, el caso llega a la Corte Provincial de Tungurahua, por un recurso de nulidad interpuesto por el procesado (principio de impugnación), luego de que se dicta el auto de llamamiento a juicio por el Juez Tercero de Garantías Penales de

Tungurahua en junio de 2013. El caso se trata de un presunto abuso sexual cometido contra una menor de edad, aunque tiene elementos importantes a considerar durante la investigación del fiscal del caso y el análisis pertinente al principio de oportunidad en el caso. La problemática del caso en cuanto al delito es que si se trata de una violación no cabría el principio de oportunidad, pero en base a los hechos y a la denominación del juzgado, el delito no está debidamente determinado.

Uno de los elementos principales que se discute en el proceso es una prueba que se solicitó por el abogado defensor del procesado para ratificar la inocencia de su defendido. Dicho elemento es importante para cumplir con los principios de legalidad y objetividad. Sin embargo, el fiscal no revisa dicho pedido que da paso al recurso de nulidad. La importancia de dicho elemento es justamente el fundamento para la aplicación del principio de oportunidad. La fiscal sostiene que existían elementos suficientes para proseguir con la investigación y dar paso al juicio penal, posición que toma el juez del caso. Sin embargo, la fiscal debió analizar los elementos objetivos y subjetivos del delito, incluso basándose en las pruebas de descargo que podían permitir un mejor entendimiento de la relevancia del asunto. El fiscal, la acusación particular y el juez entienden que existen indicios suficientes para investigar penalmente el asunto.

El fiscal debe hacer un análisis inicial de la relevancia penal de un caso cuando llega la denuncia a él. En ese sentido, en este caso se vuelve ejemplificativo que el trabajo del fiscal parece ser una acusación parcial sin notar todos los elementos presentados hasta el momento del auto de llamamiento a juicio. El proceso se paraliza por la falta de diligencia y la fiscal, en lugar de obtener los demás elementos probatorios, decide llevar el proceso a la etapa de juicio, lo que termina en el recurso de nulidad del procesado. Para ello, el principio de oportunidad en su aplicación se convierte en un principio útil y práctico, por el cual se busca que solamente los hechos penalmente relevantes sean investigados y llevados a la etapa del juicio penal.

Ahora, analizando la posición de la defensa, el abogado sostiene que se ha vulnerado el derecho de defensa de su cliente en dos de las tres pruebas para el delito de violación¹¹². La

¹¹² Corte Provincial de Tungurahua. Sala Penal. Juicio Nro.120-2013. 8 de agosto de 2013. “Tiene tres pruebas fundamentales a saber, la versión de la ofendida, el examen ginecológico y el examen psicológico,

primera prueba que considera es el examen físico, el abogado sostiene que le corresponde a la víctima y al procesado el derecho a dicha prueba. La defensa sostiene que no se contó con los elementos investigativos por parte del procesado, esto es un pedido de prueba para examinar si el procesado era apto para incurrir en el verbo rector del delito de violación. Bajo ese argumento, el fiscal debió haber tomado en cuenta de la versión del procesado, para con esos elementos sostener que el procesado no estaba involucrado en dicho delito. Además, el testimonio y la prueba del procesado puede ser uno de los elementos que de paso al fiscal a notar la irrelevancia penal de los hechos. Solamente cuando el fiscal tiene todos los elementos puede por ello aplicar el principio de oportunidad, como se entendía en un inicio un delito de abuso sexual o estupro si existía acceso carnal. Sin embargo, el fiscal deja de lado la posibilidad de poder hacer dicho análisis por no constatar las dos versiones.

De acuerdo a la defensa, el fiscal comete el error de no notificar al procesado de la indagación previa que se había realizado hasta el momento por el delito presuntamente cometido intenta agregar al proceso. Sin embargo, los jueces consideran que el procesado si conocía de la investigación y que había presentado su posición con respecto de la prueba ginecológica de la víctima¹¹³. Asimismo, el abogado defensor sostiene que se ha realizado el examen ginecológico tardíamente, exactamente luego de diez meses a partir de la denuncia.¹¹⁴ Dicho argumento conlleva la dificultad de la investigación de los delitos contra la integridad sexual. La no revictimación es particularmente importante cuando la investigación trata delitos contra menores de edad, como derecho de la víctima según el artículo 11 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal.¹¹⁵

que al momento de practicar estas pruebas por parte de Fiscalía se le ha vulnerado el derecho de la defensa en dos de estas pruebas.”

¹¹³ *Id.* “Ante la alegación de la defensa técnica del procesado, quien dice no haber sido notificado de las mismas, con lo cual la Sala concuerda, por cuanto de autos aparece que de aquellas diligencias si tuvo conocimiento el procesado, razón por la que, inclusive, posteriormente ejerció a plenitud su derecho de defensa, realizando hasta observaciones al examen médico conforme consta a fs.176.”

¹¹⁴ *Id.* “Que en la denuncia se indica que el delito se lo cometió en el mes de enero del 2012 y que se ordena el examen ginecológico después de diez meses, como se iba a tener evidencia del delito que no era procedente la aplicación del Art. 35 como acto urgente.”

¹¹⁵ Código Orgánico Integral Penal. Art. 11.- Derechos.- En todo proceso penal, la víctima de las infracciones gozará de los siguientes derechos:

5. A no ser revictimizada, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión. Se la protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación y, para el efecto, se podrán utilizar medios tecnológicos.

Uno de los puntos más controversiales es la prisión preventiva para estos delitos que en su gran mayoría es la medida que se adopta por los jueces.¹¹⁶ La Corte Nacional ya ha señalado que con la versión de la víctima es suficiente para proseguir con la causa penal e incluso dictar una sentencia condenatoria.¹¹⁷ Sin embargo, esta medida no puede ser tomada sin conocimiento de los hechos en particular. La medida de prisión preventiva debe tener una base en las evidencias iniciales, y el juez como en este caso se apresura a dictar prisión en un caso que se tiene solamente una versión y que se ha dilatado el proceso por los exámenes que se debían realizar pedidos por la defensa. Todo esto va acorde a la presunción de inocencia que ya había mencionado es uno de los principios asociados al principio de oportunidad. Además en este caso es más evidente que debe primar la presunción de inocencia en base a que los hechos no han sido completamente investigados.

Ahora, la fiscal menciona que se investigaron las posibles atenuantes¹¹⁸, cuando en primer lugar le corresponde investigar si ha existido un delito. Nuevamente, la fiscalía como institución pública debe buscar perseguir casos con relevancia penal, no solamente perseguir hasta llegar a la etapa de juicio con base a la denuncia. El argumento de la fiscal parece asegurar que ha existido un delito sin la sentencia condenatoria expedida por jueces competentes. De manera que la base de la investigación no debe ser un análisis de las atenuantes sino de la evidencia de cargo y de descargo. De similar forma, la fiscal habla de un riesgo de que los doctores no asistan ante la fiscalía, que fortalece el fundamento de que la investigación estaba basada en los argumentos de una de las partes.

Por otro lado, en estos delitos se promueve especialmente la no revictimización, por lo cual la fiscal trata como suficiente la denuncia de los padres cuando se trata de delitos contra la integridad sexual. No obstante, la declaración de la víctima no deja de ser importante, sobre todo cuando se trata de investigar sobre hechos en particular. Sin olvidar que para la declaración se debe contar con medidas oportunas para evitar la

¹¹⁶ *Id.* “Que en la Audiencia de Presentación y Sustentación de Dictamen el señor Juez Tercero de Garantías Penales no dio paso a la prohibición de salida del país que fue pedida por parte de Fiscalía, para el señor DIEGO JOSÉ SÁNCHEZ LÓPEZ, ya que éste tenía una orden de prisión preventiva.”

¹¹⁷ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal. Juicio No. 489-2011. 06 de agosto de 2012.

¹¹⁸ Corte Provincial de Tungurahua. Sala Penal. Juicio Nro.120-2013. 8 de agosto de 2013. “Se indica que cuando llegó el caso a la Fiscalía desde un inicio se actuó con imparcialidad y que se investigó buscando posibles atenuantes.”

revictimización. Como la que presentan los jueces en el presente caso que el testimonio sea solamente ante un psicólogo sin la Fiscalía y su secretario presente.¹¹⁹ La fiscal habla de un riesgo para que los doctores asistan ante la fiscalía, pero sin ninguna base.

La fiscal en la audiencia menciona una versión rendida por Teresa Robalino, dicha versión fortalece la posibilidad que haya sido el procesado el autor, pero ese no es elemento suficiente para identificar con certeza al sujeto activo. Cabe insistir que la fiscal debió tomar la declaración de la menor, sobre todo para identificar al procesado, que esa es la medida más adecuada para identificarlo. La fiscal solamente se refiere de forma general que se había tomado la versión de la ofendida, pero no para verificar que el procesado es el sujeto activo del supuesto delito.¹²⁰ Estos elementos deben ser analizados para tomar una decisión acorde a la relevancia penal, incluso si se trata de delitos contra la integridad sexual.

La fiscal malinterpreta el juicio penal con la forma de encontrar la verdad de lo que se está investigando. Sin embargo, la fiscalía tiene todas las herramientas para investigar sobre lo que ha ocurrido en un caso en particular. Si lo que tenía era una sospecha de que el procesado a través de su defensa técnica iba a buscar trabas en el proceso debió haber asignado a peritos que realicen las pruebas que estaba solicitando, dicha afirmación incluso si el procesado no se sometía a las pericias ordenadas por la fiscal hubieran permitido conocer el objetivo de la prueba de descargo solicitada por la defensa. Este procedimiento va acorde al impulso procesal que le corresponde a la fiscalía como parte en el proceso penal, además de que es la forma de evidenciar y ha existido el delito o no; o si se trata de una persona que no incurrió en el delito para dictar auto de sobreseimiento del procesado. Ese procedimiento también va acorde a la forma en que se fundamentaría el principio de oportunidad si es el caso de que los hechos no son claros y por lo mismo pierden relevancia penal.

¹¹⁹ *Id.* “Que el señor juez hace un análisis de los informe médicos de los cuales alega la defensa indicando que este es un delito de violación y que el procesado no puede comparecer a estas diligencias y que no puede haber revictimización.”

¹²⁰ *Id.* “Que se hace un análisis de la historia clínica odontológica, de la versión de la ofendida y la versión de la señorita TERESA ROBALINO ROMERO, quien manifestó en su testimonio que le había visto al señor DIEGO JOSÉ [...] en Píllaro el 7 de enero de 2012.”

3.1.1 Análisis de la decisión

Para los jueces el delito que se estaba investigando es un abuso sexual, pero que a partir de la evidencia podía encajar en una violación. El fiscal tiene la facultad de cambiar el tipo penal según existan nuevos elementos durante la investigación. Dicha actuación va acorde a la necesidad de determinar adecuadamente el bien jurídico vulnerado y los elementos objetivos del tipo penal. No obstante, en el presente caso, la investigación es incompleta, donde no se colige claramente el nexo causal del sujeto activo con el presunto delito. De manera que, como ya se ha señalado, primero se debe anotar la relevancia penal de los hechos con un conocimiento general de las circunstancias, tomando en cuenta la prueba de descargo solicitada por la defensa del procesado.

De modo que los jueces de la Corte Provincial de Tungurahua señalan que el fiscal ha tenido falta de objetividad, uno de los principios relacionados con el principio de oportunidad.¹²¹ El fiscal, para aplicar el principio de oportunidad necesita conocer los hechos y para eso debe observar las circunstancias del supuesto delito con objetividad, como debió haber sido investigado. Como se ha analizado, solamente con una investigación de las circunstancias de la víctima y del procesado se puede llegar a conocer si existe relevancia penal de los hechos. En el caso en particular, la relevancia pudo verse más claramente si se realizaba la pericia solicitada por la defensa. Además, si la evidencia mostraba que la denuncia había sido hecha en base a hechos no comprobables, la convicción del fiscal hubiese guiado el proceso a la aplicación del principio de oportunidad. El razonamiento es igual para los delitos contra la integridad sexual; el fiscal siempre debe analizar los hechos para decidir si una causa tiene relevancia penal y solamente en caso de ser irrelevante, se puede aplicar el principio de oportunidad.

El fiscal como encargado del impulso procesal en materia penal siempre es el encargado de investigar la base de la denuncia (*notitia criminis*). El principio de legalidad que rige el proceso penal supone que la Fiscalía prosiga con el inicio de la investigación previa y posteriormente la instrucción fiscal. No obstante, también significa que se tome en cuenta la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad para los delitos prescritos en el

¹²¹ *Id.* “Pues, se hace evidente que el argumento de la falta de objetividad de parte de fiscalía al no atender la petición presentada por el recurrente”

COIP. De manera que la prohibición contenida en el artículo 412 del COIP con respecto de la prohibición de no investigar es imprecisa porque siempre que el fiscal decide no proseguir con la investigación debe tener elementos suficientes para fundamentar su decisión. Solamente con la correcta fundamentación puede el juez motivar su decisión, en este caso que se está analizando con los elementos aportados por el procesado. Así, el caso pierde relevancia penal por la falta de diligencia de la fiscal y los elementos probatorios inconclusos. Además de que le correspondía al fiscal realizar dicha investigación durante la etapa pre procesal de investigación para archivar la causa con aplicación del principio de oportunidad, si no se podía determinar el presunto agresor del delito.

Los jueces también argumentan que lo que interesa en un proceso es la verdad procesal¹²², misma que se obtiene en un procedimiento penal a través de la investigación de la fiscalía. En este caso parece que la fiscal tomo en cuenta la posibilidad de que haya existido el delito en base a la versión de la víctima. Sin embargo, el contraargumento a su actuación es que por lo mismo debió haber realizado un análisis completo de los hechos. Sin elementos suficientes, el fiscal no puede impulsar el proceso hacia la conclusión del juicio penal. Además, no puede notar la relevancia de los hechos para que lleguen al juicio penal; que no debe ser hecha bajo presunciones, sino con elementos de convicción para convencer a los jueces de que ha existido un delito y no se tratan de hechos que no merecen ser sancionados en materia penal, ratificando la inocencia de uno o varios procesados.

La sala penal de la Corte Provincial de Tungurahua decide la nulidad del auto de llamamiento a juicio. Dicha decisión tiene un efecto perjudicial en el sistema penal, porque los fiscales buscan una sentencia condenatoria en base a la investigación y la creación de prueba en la etapa de juicio. Estos casos pierden sentido cuando una nulidad se produce, sobre todo cuando se trata de un caso que pudo haber tenido escasa relevancia penal. Aunque cabe mencionar que la actuación del fiscal está acorde a la obligación de investigar según el artículo 412 del COIP. Además la posición del fiscal se fundamenta en la importancia de la versión de la víctima que la jurisprudencia ha defendido. No obstante, el objetivo del principio de oportunidad es permitir a la Fiscalía perseguir casos

¹²² *Id.* “Lo que interesa en un proceso penal es conocer la verdad procesal o jurídica, así lo prevé el Art. 169 de la Constitución de la República, al consagrar que el sistema procesal es un medio para realización de la justicia.”

exclusivamente si la sanción penal es la medida más adecuada para el procesado culpable. El contraargumento a la posición de que el fiscal tiene la obligación de investigar se basa en la necesidad que se tome en cuenta la verdad de los hechos, sobre todo cuando uno de los elementos del tipo no se cumple.

3.2 Caso por delito de violación

El segundo caso trata un delito de violación seguido en contra de Vinicio Antonio; con la particularidad que la pena es mayor a la que consta como requisito para la aplicación del principio de oportunidad. El principio de oportunidad no podría ser aplicado en base al principio de legalidad, aunque en el caso también cabe mencionar la posibilidad de discreción del fiscal sobre el asunto. No obstante, el principio de oportunidad solo contiene esa prohibición en cuanto a la pena, pero que en este caso cabe el análisis del principio. Además, el delito fue cometido estando vigente el anterior Código Penal. Sin embargo, el caso elegido es ejemplificativo de un procedimiento correctamente llevado por el fiscal encargado y que concluye luego de la investigación en base a los elementos probatorios que muestran que los hechos no encajaban en el tipo penal analizado. La aplicación del principio de oportunidad se realiza en base a los hechos investigados y al tipo penal de violación. Considerando además que se hace un correcto análisis de las circunstancias en torno a que la víctima es una menor de edad. Cabe señalar que la abstención del fiscal se da luego de iniciada la instrucción fiscal¹²³. No obstante, toma todos los elementos que se han discutido en este trabajo investigativo en consideración para fundamentar la resolución.

En un análisis inicial, el médico legal había determinado como conclusión que había indicios para presumir que hubo acceso carnal sobre la menor de edad¹²⁴. Después, en las versiones se corrobora que había elementos para pensar que el procesado había cometido el presunto delito.¹²⁵ Sin embargo, la versión más importante es la rendida por la presunta

¹²³ Unidad Judicial Segunda Penal. Juicio No. 2013- 0108. 9 de diciembre de 2013.

¹²⁴ *Id.* “Quien presenta desfloración himenial antigua, vulvovaginitis, por lo que recomienda valoración y apoyo psicológico”

¹²⁵ *Id.* “Se recepitó la versión de la señora ANGELA VERONICA RENGIFO LOOR, quien determino ante la fiscalía que en el mes de diciembre del 2012, a eso de las 09h00, cuando llegó a su casa, ubicada en el sitio el Limón, de Chone, su hermana de nombres DOLORES RENGIFO LOOR, le manifestó que el joven VINICIO ANTONIO ZAMBRANO VERA, lo había encontrado en su casa, subiéndose el pantalón mientras que su hija JOHANA JAMILETH VERA RENGIFO, estaba en la cocina, y se dejó llevar por las impresiones, y sospechas, que en ese momento su hermana le hizo creer, y le indagó a su hija si había mantenido relaciones

víctima del delito, quien niega que haya existido el acceso carnal con el procesado.¹²⁶ Aunque, de acuerdo al tipo penal de violación, es claro que el consentimiento de la víctima es irrelevante en un caso de delitos contra la integridad sexual cuando se trata de una menor de dieciocho años de edad, de acuerdo al artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal. En este caso la supuesta víctima es una menor de 12 años de edad. No obstante, el fiscal correctamente analiza que la versión de la víctima es un indicio importante para el proceso. De manera que en el caso la declaración de la víctima no solamente tiene importancia para aclarar los hechos, sino que el caso tiene menor relevancia penal si la víctima no aporta al proceso penal. La víctima en estos delitos tiene gran importancia porque la mayoría de delitos se comete en secrecía.¹²⁷ La declaración es uno de los elementos probatorios que crean convicción en el fiscal de proseguir con la causa y si llega a la etapa de juicio para dictar sentencia condenatoria.

A partir de este análisis, en la audiencia preparatoria de juicio, el fiscal decidió emitir dictamen abstentivo para el procesado. De modo que, en el caso en estudio, el procedimiento deja la posibilidad de analizar el auto abstentivo aducido por el fiscal superior¹²⁸, principalmente cuando se trata de una menor, para preservar que el fiscal encargado haya tenido objetividad. De manera que se cumple con la tutela judicial efectiva de que la decisión sea acorde con los hechos y el delito imputado. Dicha revisión por el fiscal superior sigue la lógica del fiscal encargado del caso.¹²⁹ Además, se analiza brevemente la prisión preventiva que hasta el momento seguía existiendo indicios para considerar que había existido un delito. Además que por tratarse de una menor de edad se tomaba con mayor importancia el asunto.

sexuales con el procesado, Vinicio Antonio Zambrano, a lo que ella no respondió nada, por lo que la traslado al hospital donde se determinó que efectivamente su hija había sido violada.”

¹²⁶ *Id.* “Para concluir se recepitó la versión de la menor [...], manifestando que su primo VINICIO”

¹²⁷ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal. Juicio No. 489-2011. 06 de agosto de 2012.

¹²⁸ Unidad Judicial Segunda Penal. Juicio No. 2013- 0108. 9 de diciembre de 2013. En la providencia analizada: “La cual al momento de pronunciarse confirma el dictamen dado en todas sus partes, por lo cual se ratifica el dictamen abstentivo.”

¹²⁹ *Id.* “Por las consideraciones ya expuesta esto es que si bien es verdad existen elementos suficientes que hacen presumir que la menor JOHANA VERA RENGIFO, había sido violada, en base a los elementos de convicción recogidos tanto en el informe médico ginecológico, así como de la versión de la menor, no se encuentra ningún elemento que haga presumir el nexo causal entre la infracción y la vinculación de este delito al procesado VINICIO ANTONIO”

Los hechos en este caso parecen estar relacionados con la posibilidad de que se haya incurrido en alguno de los verbos rectores del abuso sexual o el abuso sexual con acceso carnal. Sin embargo, si no se puede determinar al sujeto activo, la investigación no puede proseguir. El Derecho Penal debe encargarse de los hechos que sean penalmente relevantes y por ello se debe notar que se cumplan todos los elementos de los tipos penales. En especial con respecto a los delitos contra la integridad sexual, que no siempre la vía penal es la única solución. Para ello, el principio de oportunidad en su aplicación puede permitir que solamente dichos delitos sean investigados, esto no significa que no se investigue si existe cualquier tipo de traba en el procedimiento penal. Por el contrario, el fiscal debe analizar íntegramente los elementos que crean la convicción de que hechos presentados en una denuncia no son penalmente relevantes. Como se ha mantenido el argumento, dicha fundamentación aplica para todos los delitos contenidos en el COIP y no deja de ser cierto en delitos contra la integridad sexual. Aunque el legislador ha considerado que para estos delitos se debe dar una particular importancia como para prohibir que no se investigue el caso.

A mi parecer no solamente trata el principio de celeridad y la tutela judicial efectiva en este caso, sino que el principio de oportunidad es una forma de hacer efectiva la abstención del fiscal.¹³⁰ El fundamento es el mismo, el caso no tiene fundamento suficiente para considerarse que debe proseguir hasta la etapa de juicio y probablemente sea una sentencia que ratifique la inocencia del procesado. La aspiración del Derecho Penal no es buscar sancionar hechos con escasa relevancia penal con una pena privativa de la libertad, sino que debe existir objetividad en el trato del caso. En este caso particular, la víctima declaraba claramente que había existido acceso carnal con el procesado. La situación hubiera sido diferente si existían otros indicios que permitan identificar claramente al procesado. Además, que exista realmente una vulneración al bien jurídico protegido, esto es la indemnidad sexual con el nexo causal que indique con convicción que el procesado es el sujeto activo.

¹³⁰ *Id.* “Por lo cual este juzgador en aplicación del principio de celeridad, y de tutela efectiva de los derechos del ciudadano VINICIO ANTONIO”

3.2.1 Análisis de la decisión

Ahora, cabe analizar los argumentos y contraargumentos que llevan al fiscal a decidir abstenerse de investigar. El fiscal en el caso toma la prueba ginecológica, los testimonios de varias personas relevantes y sobre todo de la víctima¹³¹. El fiscal del caso trata completamente los hechos relacionados al presunto delito. De acuerdo a la investigación, parece que existió un delito, en base a que se incurre en el verbo rector, esto es acceso carnal y bajo el supuesto de que la presunta víctima es menor a catorce años de edad. Estrictamente, si dichos elementos se cumplen, en base al principio de legalidad, existe la posibilidad de que exista un delito y deba llegarse a juicio. Sin embargo, la aplicación del principio de oportunidad significa establecer la base para evitar perseguir casos irrelevantes. La lógica de la aplicación de dicho principio es incluso útil cuando se trata de una menor de edad como la víctima del delito. Los jueces deben analizar solamente si ha existido un delito si ha existido una vulneración al bien jurídico protegido. No se trata de minimizar hechos que puedan ser delitos contra la integridad sexual, sino de evitar juicios penales que no tienen relevancia penal; bajo el concepto de la mínima intervención penal, que conlleva al principio de oportunidad.

El juez en esta causa aplica, aunque de manera tácita, el principio de oportunidad y la mínima intervención penal.¹³² El argumento del principio de oportunidad se encuentra en el considerando séptimo de la providencia. El juez menciona el artículo 195 de la Constitución ecuatoriana que detalla que en el sistema penal se debe observar el principio de mínima intervención penal. El argumento principal es que no hay un procesado para la causa.¹³³ Así, la identificación del sujeto activo es absolutamente necesaria para proseguir con el proceso; el objetivo del principio de oportunidad es que los fiscales puedan en torno

¹³¹ *Id.* “Por ello no consta dentro de la presente investigación vinculación del ilícito que efectivamente se encuentra probada conforme a lo ya manifestado en líneas anteriores, pero de ninguna manera la responsabilidad del procesado.”

¹³² *Id.* “Una vez escuchado a los sujetos procesales. De conformidad a lo que dispone el art.- 195 de la Constitución de la Republica, y una vez que el representante de la Fiscalía general del estado se pronunció en la presente causa con un dictamen abstentivo toda vez que concluyó que de la investigación realizada no se desprenden elementos de convicción que si quiera hagan presumir la existencia de responsabilidad del procesado sobre el hecho punible”

¹³³ *Id.* “Al ser la Fiscalía quien tiene la obligación de ser objetiva en su investigación y cumpliendo el mandato constitucional establecido en el art.- 195 de la Constitución de la Republica del Ecuador, al no existir acusado dentro de la presente causa, este Juzgador le toca resolver en derecho y lo hace en referencia a lo establecido en el art.- 76 N.- 7 letra l de la Norma Constitucional.”

al interés de perseguir una causa. Dicha actuación de la fiscalía y la fundamentación del juez de la causa se adecúa al análisis del tipo penal y conforma la motivación para la aplicación del principio de oportunidad.

Ahora, el principio de oportunidad es la fundamentación para la abstención en los casos en que alguno de los elementos del tipo penal no se cumple. En este caso en particular es ejemplificativo que el sujeto activo no se podía determinar con precisión. El juez menciona que el mandato constitucional del artículo 195 es primordial para el Derecho Penal y en este caso, aunque se trate de un delito contra la integridad sexual. En particular, este caso trataba un delito de violación, sancionado con una pena privativa de libertad mayor a los demás tipos penales contra la integridad sexual. Cabe mencionar que al tiempo del cometimiento del presunto delito aplicaba el anterior Código Penal. Sin embargo, no deja de ser igual la aplicación del principio de oportunidad, en este caso fundamentado por la disposición constitucional.

3.3 Caso por delito de violación seguido en contra de un menor de edad

Por último, el caso práctico por delito de violación en que el procesado es un menor de edad cabe estudiar de manera particular porque como no cumple con el requisito para la aplicación del principio de oportunidad de una pena de cinco años o menos. Aunque este caso tiene rasgos importantes de analizar, y a mi concepción es ejemplificativo del concepto de relevancia penal. El acta de conciliación, que es la providencia final del caso tiene varias menciones de la relevancia penal y aunque esta se finalizó por una conciliación no deja de ser relevante para este trabajo investigativo.

Primero cabe puntualizar ciertos elementos del proceso penal hasta el momento en que se dicta la providencia que da fin al proceso. El caso trata un delito de violación seguido en contra de Jean Pierre. La audiencia de formulación de cargos fue realizada en julio de 2015 donde se inició la instrucción fiscal. El procesado es menor de edad por lo que el juicio es especial en base al Código de la Niñez y Adolescencia; además con el análisis en base al delito prescrito en el artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal. La pena cambia en virtud de que el procesado es un menor de edad de cuatro a ocho años. De manera que la pena es mayor a la que requiere el principio de oportunidad para su aplicación de un máximo de cinco años. Sin embargo, la particularidad de que la providencia final del caso

se trata de un acta de conciliación da paso a que se analice el principio de oportunidad. La conciliación puede funcionar como medio para la reparación de la víctima, pero para ello es necesario conocer cuál es el bien jurídico a reparar; elemento que no se fundamenta en la providencia del presente caso.

El fundamento de la providencia al acogimiento de la conciliación del fiscal, la madre de la víctima y la abogada particular es casi inexistente; cuando en estos casos es relevante la posición de todas las partes ante el procedimiento¹³⁴. Aunque la abogada representa los intereses de la víctima, no deja de ser esta última quien debe manifestar su perspectiva. La posición de la víctima en el delito tiene importancia dentro del proceso, incluso sobre lo prescrito en el artículo 171 del COIP que prescribe que no tiene relevancia el consentimiento de una víctima menor a catorce años. Dicha disposición del Código Orgánico Integral Penal no debe ser entendida como que el testimonio de la víctima no debe tomarse en cuenta. Sobre todo cuando se trata de delitos contra la integridad sexual que la Corte Nacional ya ha manifestado que el testimonio de la víctima es uno de los elementos probatorios más importantes para el procedimiento penal por un delito sexual¹³⁵. Solo con la declaración de la víctima se puede realizar un análisis de la supuesta lesión al bien jurídico.

La enunciación del juez de que los hechos no han “causado grave alarma social” carece de fundamento en alguno de los elementos probatorios que debía presentar el fiscal o la acusación particular.¹³⁶ El cometimiento del delito por sí mismo es lo que causa alarma social. Dicho aspecto es importante para que el fiscal pueda estudiar si los hechos son penalmente relevantes. El principio de oportunidad tiene como uno de los elementos el interés en la persecución. La mínima intervención penal supone que solo los hechos que producen un impacto social sean perseguidos. Los hechos son los que dan la relevancia penal a un caso en particular y le corresponde al fiscal investigar si ha existido un delito. El

¹³⁴ Juzgado Séptimo de Niñez y Adolescencia. Juicio No. 17957201500205. 10 de julio de 2015. “La Fiscalía no se ha opuesto al Procedimiento de conciliación solicitado por el Defensor Particular y más bien la acoge y solicita del mismo modo, al igual que la madre de la víctima y su abogada particular, como forma de terminación anticipada del juzgamiento.”

¹³⁵ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal. Juicio No. 489-2011. 06 de agosto de 2012.

¹³⁶ Juzgado Séptimo de Niñez y Adolescencia. Juicio No. 17957201500205. 10 de julio de 2015. En la providencia analizada: “Que por la naturaleza del acto éste no ha causado grave alarma social, manteniéndose la garantía de reserva contemplada en la ley.”

impulso procesal le corresponde exclusivamente al agente fiscal en delitos de acción pública, como es el caso del delito de violación que se está analizando. En ese sentido, el fiscal debe argumentar cuando no existen elementos suficientes para que un caso tenga relevancia penal y no cause alarma social. Sin embargo, el contraargumento para lo señalado por el juez en este caso es que la sola enunciación no es motivación suficiente para el correcto análisis de la relevancia penal, porque no considera ninguno de los elementos del tipo penal de violación o abuso sexual con acceso carnal. A pesar de la escasa fundamentación, en este caso se puede notar que el juez intenta efectivamente argumentar en base a la mínima intervención penal y el principio de oportunidad, ya que toma una posición de defensa de los derechos del procesado como menor de edad.

El argumento de una medida socioeducativa diferente a la pena privativa de libertad es uno de los temas principales cuando se habla del principio de oportunidad por la relación con la mínima intervención penal. Aunque si se considera que efectivamente se cometió un delito, la única medida posible era llevar a juicio al procesado. Sin embargo, el juez considera que privar de libertad al menor procesado en el caso no es una medida adecuada, en base a que no ha existido una vulneración al bien jurídico protegido. Aunque el juez no ha presentado los hechos dentro de la motivación, parece que existen suficientes elementos que inclinan la decisión a evitar un juicio penal. El principio de humanidad¹³⁷, como parece fundamentar el juez, tiene relación con la importancia de proseguir con la investigación y dar una pena privativa de libertad si se determina la responsabilidad. Sin embargo, lo que no denota es que está claramente señalando el fundamento de la mínima intervención penal y el concepto del principio de oportunidad.

El juez menciona las circunstancias, la personalidad y la reinserción social, pero se lo deja meramente como enunciado. A mi parecer, estos tres elementos pueden ser argumentos fuertes para soportar la mínima intervención penal y el principio de oportunidad. Sin embargo, el juez no permite un buen análisis de las circunstancias, porque a pesar de que se procesa por una supuesta violación no se habla de la víctima ni del bien jurídico protegido. Solo se puede presumir que el verbo rector se cumplió y que en cuanto a

¹³⁷ *Id.* “Esto es que las actuaciones y resoluciones deben efectuarse y gestionarse en estricto apego a los principios de humanidad en la aplicación del derecho.”

los demás elementos existían indicios suficientes. Además de que la víctima es una menor de edad por una breve mención cuando declara una medida de reparación para la adolescente.¹³⁸ Aunque el juez no señala claramente si entra dentro del supuesto de violación del acceso carnal con una víctima menor de catorce años de edad¹³⁹.

En la conciliación se menciona el elemento de la personalidad del infractor, aspecto que se analiza bajo una de las corrientes penales, el positivismo. En estos casos tiene mayor importancia dicho estudio, ya que efectivamente es significativo adecuar la medida que se le impone de acuerdo a la peligrosidad que se puede esperar del procesado. La peligrosidad debe analizarse de manera diferente para el proceso penal que tenga como procesado a un menor de edad, por la disposición constitucional que fundamenta el juez, la aplicación de medidas socioeducativas¹⁴⁰. Además la reinserción social supone igualmente una medida adecuada a los hechos y la circunstancia del procesado y la víctima. Aunque lo que se usa en este caso es una medida alternativa que es la conciliación, una salida diferente a la que se espera del Derecho Penal, con una sanción. Cabe recalcar que el juez no deja claro cómo pudo haber concluido el proceso, aunque cita normas que deja claro que debió fundamentar su decisión por las circunstancias y las evidencias hasta ese momento presentadas. Sin embargo, no existe detalle de los hechos ni de las circunstancias del supuesto delito. De manera que no es claro si había suficiente evidencia para llegar a una sanción penal. Aunque el proceso penal hubiese sido por sí mismo una sanción para el menor de edad imputado por un delito grave como el de violación.

La medida socioeducativa es una de las disposiciones que más se adecuan a la conciliación y que tiene fundamentación en lo que hasta ese momento se presentaba en el caso.¹⁴¹ Dichas medidas son coherentes a la lógica del principio de oportunidad, ya que lo

¹³⁸ *Id.* “Cancelará como reparación para el tratamiento psicológico de la adolescente [...] a la señora Isabel Margarita Rosero Gallardo, madre de la referida adolescente, la cantidad de tres mil ochocientos dólares como compensación económica por el perjuicio ocasionado.”

¹³⁹ *Id.* “Pide disculpas públicas a la adolescente”

¹⁴⁰ *Id.* “El adolescente Jean Pierre Flores Moreira reconoce su falta y pide disculpas públicas a la adolescente [...] y a la familia de la menor, por el perjuicio ocasionado, señalando espera que algún día lo perdonen, por su parte, la madre y representante de la adolescente señora Isabel Margarita Rosero Gallardo acepta las disculpas públicas dadas y le recomienda al adolescente reflexionar sobre lo acontecido a fin de que no vuelva a atentar contra ninguna otra persona.”

¹⁴¹ Juzgado Séptimo de Niñez y Adolescencia. Juicio No. 17957201500205. 10 de julio de 2015. En la providencia analizada: “Se aprueba y dispone que el adolescente Jean Pierre Flores Moreira cumpla la medida

que se busca son soluciones de acuerdo a los hechos. Aunque en este parte también queda la crítica de que el análisis debe haberse hecho más extensivamente de acuerdo a las circunstancias y que el juez no ha motivado. El principio de oportunidad como uno de sus fundamentos que deje la posibilidad de otra reparación para la víctima y que también debe ser el adecuado para el procesado; en este caso como se trata de un menor de edad, una medida que busca su rehabilitación, a consideración del juez, es más adecuado.

Un elemento que se trata cuando se cometen delitos contra la integridad sexual es sobre el tratamiento psicológico para la víctima. Sin embargo, en el caso, el juez detalla una reparación económica, basado en ningún elemento real del proceso.¹⁴² Cabe insistir que los elementos de reparación deben ser fundamentados en el bien jurídico protegido y la evidencia que presenta la acusación particular o el fiscal. El correcto análisis se debe hacer en base a la indemnidad sexual, la falta de fundamentación permite notar claramente la irrelevancia penal del caso. La providencia desnaturaliza el procedimiento penal, ya que no existe ningún fundamento penal para aceptar la conciliación. Aunque claramente puede mencionarse los principios de mínima intervención penal y el principio de oportunidad. La reparación de un derecho que no se ha mencionado, menos se ha demostrado su vulneración, es otro de los elementos imprecisos en la providencia. No puede existir una cuantía adecuada para el tratamiento psicológico sin que se mencione siquiera cual es la vulneración del bien jurídico protegido. La reparación parece más bien un paliativo a la madre de la víctima que es la única que tiene intervención en la conciliación.

3.3.1 Análisis de la decisión

El juez menciona varios principios, en base a la normativa del Código de la Niñez y Adolescencia, uno de ellos el principio de humanidad. El argumento se basa en que el procesado por ser un menor tiene el derecho a un juicio penal especial. Además de que los principios tienen ligera diferencia con un proceso penal normal. El razonamiento es igual a cualquier otro proceso penal en que se tiene que proseguir con una investigación si existen

socioeducativa de orientación y apoyo psico socio familiar de doce meses, medida que deberá cumplirse conforme selección y asignación efectuada por la Unidad Zonal de Desarrollo Integral de Adolescentes.”

¹⁴² *Id.* “Cancelará como reparación para el tratamiento psicológico de la adolescente Melina Pavlova Zurita Rosero a la señora Isabel Margarita Rosero Gallardo, madre de la referida adolescente, la cantidad de tres mil ochocientos dólares como compensación económica por el perjuicio ocasionado, valor que será cancelado de la siguiente manera: \$ 3,800.00 (tres mil ochocientos dólares).”

indicios suficientes. Sin embargo, las consideraciones del juez parecen estar inclinadas hacia principios como la mínima intervención penal y el principio de oportunidad.; incluso si el fiscal y la defensa no han presentado al principio de oportunidad como alegato durante el proceso.

El reconocimiento de la “falta” es un mal uso del término, porque se imputa un delito al adolescente. Si efectivamente ha existido un delito, por principio de legalidad se debe subsumir al tipo penal de violación y proseguir hasta el juicio. La actuación del fiscal debe estar inclinada a buscar una sanción si durante la investigación existen indicios que produzcan convicción de que ha existido un delito. Sin embargo, en el caso se hace evidente el problema de la conciliación, ya que no se trata el tema de si el derecho que supuestamente ha sido vulnerado es transigible. Incluso no se fundamenta si ha existido alguna vulneración al bien jurídico protegido. Además, no es el único problema del reconocimiento, ya que puede considerarse una aceptación de los hechos y de la pena (procedimiento abreviado¹⁴³). Asimismo, una disculpa es impreciso mencionar en el proceso penal, porque estos delitos no admiten esa disposición como sanción. Además de otras sanciones a un supuesto perjuicio que en ningún momento se ha fundamentado, no se ha mencionado el bien jurídico protegido ni el nexo causal con el procesado. Cabe recalcar que en esta parte el manejo del fiscal y el juez muestra desconocimiento, ya que la mención del reconocimiento parece que no se refiere a ciertos hechos imputados; como pasa en un procedimiento abreviado. El reconocimiento puede entrar en discusión que se haya impuesto al adolescente a aceptar responsabilidad, prohibida por la Constitución ecuatoriana en el artículo 77 numeral 6 literal c. Cabe añadir que la aceptación de los hechos parece ser más acorde con el procedimiento abreviado, que es una forma de aplicación del principio de oportunidad; como se utiliza preferencialmente en Estados Unidos.

El juez menciona la integridad emocional y psicológica de ambos adolescentes; lo que da a entender que con el proceso penal y las demás medidas se está ocasionando un perjuicio al procesado del caso en estudio. A partir de esa afirmación, se puede notar el

¹⁴³ Código Orgánico Integral Penal. Art. 636.- Trámite.- La o el fiscal propondrá a la persona procesada y a la o al defensor público o privado acogerse al procedimiento abreviado y de aceptar acordará la calificación jurídica del hecho punible y la pena.

desinterés del juez en sancionar al adolescente procesado. Bajo esa lógica, los hechos se entienden de poca relevancia penal. Sin embargo, las medidas de protección y reparación son exclusivamente para la víctima, aunque como ya se ha mencionado múltiples veces, nunca se ha comprobado ningún daño a la indemnidad sexual de la supuesta víctima. De manera que la medida de alejamiento tiene un fundamento únicamente cuando ha existido una vulneración.¹⁴⁴ No obstante, la providencia de conciliación en el caso tiene envuelto el procedimiento abreviado que se desprende de la poca relevancia que se dan a los hechos y a la responsabilidad del procesado. Dicho procedimiento abreviado es una forma de aplicación del principio de oportunidad como consta en el artículo 636 del COIP.

Otro aspecto que se vuelve repetitivo con respecto del bien jurídico protegido es de la medida de ayuda profesional psicológica para la víctima, ya que se dispuso en uno de los puntos de la providencia una reparación económica a la madre de la víctima destinada al mismo fin.¹⁴⁵ Cabe resaltar que esta medida debe seguir el razonamiento de que ha existido una vulneración, aspecto que solo puede ser considerado si existe una sentencia condenatoria. Así, la medida de protección es inconsistente con lo antes detallado en la providencia. De manera que incluso las medidas se vuelven desproporcionadas a un caso que no tiene relevancia por la imprecisión del juez y un fiscal que no impulsa el proceso. Así, como se ha analizado hasta este momento, el principio de oportunidad por su concepto cabe plenamente ante los hechos presentados. Del mismo modo, la medida de cumplimiento de servicio comunitario sigue a una lógica que la pena privativa de libertad sea la última medida tomada por los jueces. Nuevamente un fundamento del principio de oportunidad y la mínima intervención penal.

¹⁴⁴ *Id.* “Se dispone el alejamiento del adolescente Jean Pierre Flores Moreira de la adolescente Melina Pavlova Zurita Rosero por al menos un año contado a partir de la presente fecha, a fin de precautelar la integridad emocional y psicológica de los menores involucrados.”

¹⁴⁵ *Id.* “Se dispone conforme lo establece el Art. 217 numeral 1 del Código de la Niñez y Adolescencia como medida de protección que la adolescente [...] ingrese a un tratamiento psicológico con los profesionales de psicología de la DINAPEN.”

Conclusiones

El principio de oportunidad no ha sido desarrollado por la jurisprudencia, pero no significa que no pueda ser aplicado a delitos contra la integridad sexual. Por lo mismo, el análisis de la relevancia penal siempre es importante durante la investigación del fiscal. Además, solamente con los elementos recabados durante la investigación previa o la instrucción fiscal puede fundamentar el fiscal la abstención de proseguir con la causa. Dicha afirmación aplica del mismo modo para los delitos contra la integridad sexual.

La mínima intervención penal es el concepto del cual parte la noción del principio de oportunidad, por el cual el fiscal y el juez deben analizar si la sanción penal va acorde a los hechos presentados en la denuncia e investigados posteriormente. Además, como base de la motivación para sancionar con pena privativa de libertad, uno de los derechos que debe ser tutelado de los procesados. Dicho principio debe ser igualmente desarrollado en la jurisprudencia como rector en el proceso penal.

El Derecho ecuatoriano no es claro cuando trata el principio de oportunidad en comparación con los sistemas de Argentina y Colombia. Además de que a diferencia de Alemania, el principio motivo de este estudio tiene mayor discrecionalidad. Por lo que se hace necesario que al prescribir la norma penal para la aplicación del principio de oportunidad se detalle con mayor precisión los casos en que es viable, en lugar de prohibir para todos los delitos.

Los principios de objetividad e impulso procesal son importantes para el fiscal al momento de aplicar el principio de oportunidad. Dichos principios dan mayor valor a los hechos que los fiscales encargados deben investigar para decidir la aplicación del principio de oportunidad. No dejando de lado la presunción de inocencia que para estos delitos puede conformar un problema por el gran valor que se le ha dado por la jurisprudencia al testimonio de la víctima. De modo que es necesario mayor desarrollo de la jurisprudencia en torno al concepto del principio de oportunidad aplicado a casos particulares, que noten todos los elementos objetivos y subjetivos de los delitos contra la integridad sexual para proseguir con el proceso penal. Además, cabe recalcar que el principio de oportunidad no es contrario al de legalidad, porque su análisis tiene una base legal en el procedimiento que se debe seguir para aplicarlo. Así como la víctima tiene derecho a impugnar cualquier

decisión de los fiscales o jueces si no se cumple con los requisitos de aplicación. Además de que tiene otras vías por las cuales se pueda buscar la solución real a hechos particulares.

Los delitos contra la integridad sexual son tipos penales con bienes jurídicos considerados como de gran importancia por el legislador. Sobre todo cuando se trata de menores de edad, que en estos delitos son considerados como los grupos vulnerables. Sin embargo, el fundamento del principio de oportunidad no cambia por el tipo de delito que se analiza en un caso, sino por la relevancia de los hechos. Además dichos hechos deben abarcar todos los elementos objetivos del tipo penal. En cuanto al elemento subjetivo, en algunos casos cuando existe un error sobre alguno de los elementos puede acarrear que un caso en particular pierda relevancia penal. Bajo esa lógica, la excepción prescrita en el artículo 412 del COIP para los delitos contra la integridad sexual pierde fundamento.

En los casos analizados, incluso cuando se trataban delitos de abuso sexual y violación, no es diferente la posibilidad de aplicar el principio oportunidad en estos casos que demostraban tener elementos suficientes para considerar la irrelevancia penal de los hechos. Sin dejar de lado que lo que se busca con el principio de oportunidad no es descartar la importancia de estos delitos ni su investigación. Los jueces y fiscales deben analizar si los elementos crean convicción suficiente para llegar a la etapa de juicio. Caso contrario, se debe evitar una gran cantidad de juicios penales que terminan en la ratificación de inocencia del procesado.

La víctima en estos delitos tiene un rol importante para poder determinar al procesado por la naturaleza de los verbos rectores en cada uno de los tipos penales. Sin embargo, no solamente depende de la versión de la víctima el resultado del juicio o de la necesidad de proseguir la investigación. El mismo argumento aplica al caso de la representación de una menor de edad de los familiares, en cuyo efecto no depende de ellos la decisión.

En fin, el principio de oportunidad no solo puede, sino debe ser aplicado con mayor énfasis dentro de la etapa de instrucción fiscal para los delitos contra la integridad sexual. Luego de haber pasado por la dirección del juez, para que sean fundamentados de manera correcta.

Bibliografía

- Agudelo, Nodier. *Grandes Corrientes del Derecho Penal. Escuela Clásica*. 3a ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008.
- Aguirre, Vanessa. *Tutela jurisdiccional del crédito en Ecuador*. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A., 2012.
- Bernate, Francisco *Sistema penal acusatorio*. Rosario: Universidad de Rosario, 2005.
- Binder, Alberto y otros. *Derecho Procesal Penal*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2006.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. 19a ed. Buenos Aires: Heliasta, 2008.
- Carrasco, Edison. *El problema del sujeto active del delito de violación y sus posibles vacíos legales*. Revista Ius Et Praxis. No. 12, 2013.
- Ebert, Udo traducido por Said Escudero. *Derecho Penal Parte General*. México D.F.: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2005.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal, Prólogo de Norberto Bobbio*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- Ferrajoli, Luigi. Editado por Barreto, Estanislao. *El Derecho Penal Mínimo*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2010.
- Ferri, Enrique. *Estudios de Antropología Criminal*. 3ª ed. Madrid: Colección de libros escogidos, 1905.
- Ferri, Enrique. *Elementos y circunstancias del delito*. 4ª ed. Madrid: Colección de libros escogidos, 1923.
- Fries, Lorena y Verónica Matus. *La Ley hace el Delito*. Lom Ediciones: Santiago de Chile, 2000.
- García, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramon Areces, 2012
- Garganella, Roberto. *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Derecho y Sociedad, 2008.
- Garofalo, cit en Nodier Agudelo. *Grandes corrientes del Derecho Penal: escuela positivista*. Bogota: Temes, 2008.
- Gómez, Juan. *El sistema de enjuiciamiento propio de un Estado de Derecho*. México D.F.: INACIPE, 2008.
- González, Samuel y otros. *El sistema de justicia penal y su reforma: teoría y práctica*. Ciudad de México: Fontanera, 2005.

- Hurtado, José. *Derecho penal y discriminación de la mujer*. Fondo Editorial PUCP: Lima, 2001.
- Ibañez Monica, Zuriñe Lezaun, Mariola Serrano y Gema Tomás. *Acoso Sexual en el Ámbito Laboral*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2007.
- Kant, Immanuel. *Principios metafísicos del derecho*, Buenos Aires: Américalee, 1943.
- López, Jacobo. *Instituciones de derecho procesal penal*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.
- Márquez, Rafael. *El tipo Penal Derecho Penal Parte General*. México D.F.: UNAM, 1986.
- Mir, Santiago. *La Reforma del Derecho Penal*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 1980.
- Montoya, Antonio. *Ciencia Penal*. Loja: UTPL, 2005.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal: Parte General Tomo II*. 6ª ed. Alemania, 2014.
- Sierra, Hugo y Alejandro Salvador. *Lecciones de Derecho Penal*. Bahía Blanca: Universidad Nacional del Sur, 2005.
- Soria, Miguel y José Hernández. *El agresor sexual y la víctima*. Barcelona: Marcombo, 1994.
- Tobar, Juan. *Violencia sexual*. Santiago de Chile: Pehuén Editores Limitada, 1999.
- Vásquez, Magaly. *Nuevo derecho procesal penal venezolano: las instituciones básicas del Código Orgánico Procesal Penal*. Caracas: Universidad Católica Andrés, 1999.

Jurisprudencia

- Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal. Juicio No. 489-2011. 06 de agosto de 2012.
- Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal. Juicio No. 764-2010. 31 de mayo de 2012.
- Corte Provincial de Tungurahua. Sala Penal. Juicio Nro.120-2013. 8 de agosto de 2013.
- Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Juicio No. 527-05. 21 de septiembre de 2006.
- Juzgado Séptimo de Niñez y Adolescencia. Juicio No. 17957201500205. 10 de julio de 2015.
- Unidad Judicial Segunda Penal. Juicio No. 2013- 0108. 9 de diciembre de 2013.

Plexo normativo

- Código de Niñez y Adolescencia. Registro Oficial No. 643. 28 de julio de 2009.
- Código Orgánico de Comunicación. Registro Oficial No. 22. 25 de junio de 2013.
- Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial No. 180. 10 de febrero de 2014.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de octubre de 2008.

Código de Procedimiento Penal de Argentina. Texto Ordenado de la Ley No. 11.179.

Código Penal de Argentina. Ley No 23.984.

Código de Procedimiento Penal de Colombia. Ley 1312 de 2009 que reforma la Ley 906 de 2004.