

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Investigación de fin de carrera titulado:

**ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL AL ARTÍCULO 130 DEL
CÓDIGO PENAL Y 336 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.**

AÑO 2014

Realizado Por:

ANDRÉS ALEJANDRO CEVALLOS GARCÍA

Director de Tesis: Dr. Iván Larco

Como requisito para la obtención del título de

ABOGADO

DECLARACION DE AUTORIA DEL TRABAJO DE INVESTIGACION

Andrés Alejandro Cevallos García, estudiante de la Universidad Internacional SEK, declaro en forma libre y voluntaria que el trabajo de fin de carrera titulado **“ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL AL ARTÍCULO 130 DEL CÓDIGO PENAL Y 336 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.”**, así como las expresiones vertidas dentro del trabajo son autoría del compareciente.

En consecuencia, asumo la responsabilidad sobre la originalidad del mismo y el cuidado a remitirme a las fuentes bibliográficas respectivas para fundamentar el contenido expuesto.

Atentamente,

Andrés A. Cevallos García

DECLARACION DE PROFESOR TUTOR Y PROFESORES LECTORES

El presente trabajo de fin de carrera titulado: “**ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL AL ARTÍCULO 130 DEL CÓDIGO PENAL Y 336 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.**” ha sido dirigido por el profesor doctor Iván Larco, quien considera que constituye un trabajo original de su autor

Dr. Iván Larco

Los profesores lectores señores Abogados David Rivas y Nicolás Salas, después de revisar el trabajo lo califican como apto para su defensa oral ante el tribunal examinador.

Abg. David Rivas Vinueza

Dr. Gabriel Galán

DEDICATORIA

A mi amada amiga, compañera, y novia, quien me apoyo desde el principio, siempre me hace sentir su cariño, amor y respaldo en los momentos que más la necesito, saca lo mejor de mí, me da las fuerzas que se necesitan para trabajar cada día en esta dura pero hermosa profesión, quien no necesita ser abogada para ser apasionada por la justicia.

A mis adorados padres, de quienes aprendí a ser una persona recta, apasionado por la justicia, a levantarme de los tropiezos, y a poner en práctica sus sabios consejos, en especial a mi padre, con quien comparto a diario el trabajo, quien nunca deja de sorprenderme y que a cada audiencia que asisto con él, quiero ser tan profesional como él lo es.

A mis hermanos por enriquecerme con sus conocimientos al también ser profesionales del derecho y a mis sobrinos porque siempre tienen la energía para transmitir y hacer que me esfuerce cada día más.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi profesor tutor, y profesores revisores, por el tiempo brindado y la asesoría recibida para el desarrollo del presente trabajo.

Un agradecimiento especial al señor Abogado Nicolás Salas Parra, quien fue mi profesor, posterior tutor del plan de tesis, y ha sido un compañero más en la ardua labor de los abogados en libre ejercicio profesional, con quien he tenido el gusto de litigar de manera conjunta, él como profesional del derecho, y el compareciente como asesor legal de mi señor padre.

ÍNDICE

PORTADA	I
DECLARACION DE AUTORIA DEL TRABAJO DE INVESTIGACION	III
DECLARACION DE PROFESOR TUTOR Y PROFESORES LECTORES	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
ÍNDICE	VII
RESUMEN	IX
CAPÍTULO I. LO DOGMÁTICO	1
1.1 Estado constitucional de derechos y justicia	1
1.2 Principios constitucionales	4
1.3 Garantismo Penal	19
1.4 Axiomas del garantismo penal	26
1.4.1 Estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad	28
1.5 Seguridad Interna del Estado como el bien jurídicamente protegido Constitucionalmente.	31
1.6 Antijuricidad material.....	33
CAPÍTULO II. ARTÍCULO 130 DEL CÓDIGO PENAL	36
2.1 Antecedentes históricos	36
2.2 Elementos del tipo penal	38
2.3 Obligaciones constitucionales del legislador al momento de crear normas penales	50

CAPÍTULO III. Análisis de la estricta jurisdiccionalidad en el caso “30-S”	59
3.1 Antecedentes fácticos del caso	59
3.2 Actuación de la Fiscalía en las fases y etapas del proceso.	62
3.2.1 Análisis de la imputación de la Fiscalía.	66
3.3 Análisis de las resoluciones judiciales en el caso	71
3.3.1. Motivación de los jueces y aplicación de principios y garantías	81
Conclusiones.	88
Recomendaciones.	90

RESUMEN

La figura penal del Atentado Contra la Seguridad Interna del Estado, es un tipo penal que fue creado en tiempos dictatoriales, tipo que en la actualidad se ha modificado pues se expidió un nuevo Código Orgánico Integral Penal, en una era conocida como socialista del siglo XXI, en la que rige un neoconstitucionalismo, consecuencia de ello se tiene una visión de dos épocas muy distintas, la primera de ellas caracterizada por el autoritarismo, y la segunda basada en el respeto irrestricto a la Carta Magna del Estado.

Se permite conocer de mejor manera en que consiste el nuevo estado constitucional, y se analiza con un caso práctico, en el cual se aplicó una norma legal creada en el autoritarismo, vigente por 49 años y que está a punto de ser derogada por la publicación del nuevo Código Orgánico Integral Penal.

CAPÍTULO I. LO DOGMÁTICO

1.1 Estado constitucional de derechos y justicia

La doctrina existente sobre el Estado constitucional de derechos y justicia tiene un ideal altamente definido, toda vez que no existe una contraposición de visiones del nuevo constitucionalismo para encontrar la definición del Estado constitucional de derechos y justicia y se encuentra que hablan como “neoconstitucionalismo”; es así, que de los diferentes tratadistas revisados para esta tesis, todos concluyen en primer lugar que es una corriente constitucional que está tomando fuerza especialmente en América Latina; es una doctrina que se encuentra en etapa de desarrollo. Así, al hablar del neoconstitucionalismo: *“Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas <<materiales>> o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos”*. (Carbonell, 2010)

Se puede decir que el Estado constitucional de derechos es una superación para nuestra Carta Magna y a su vez del estado Ecuatoriano, toda vez que se ha implementado un sistema de garantías constitucionales que se enfoca en amparar los derechos fundamentales de los ciudadanos, a más de eso este novísimo estado protege al medio ambiente pues ya dedica un capítulo expreso a regular los derechos de la naturaleza.¹

¹Ver Zaffaroni Eugenio Raúl, en la presentación del Anteproyecto del Código Orgánico de Garantías Penales del Ecuador página 11 nos dice: *“Este constitucionalismo latinoamericano es un reflejo fiel de las necesidades de los pueblos, y los pueblos se apropian de las conquistas normativas: el principio pro homine, el vanguardista*

Explicando más detenidamente sobre el Estado constitucional de derechos vamos a decir que estas Constituciones, a diferencia de otras, no se limitan a separar los poderes y establecer las competencias para cada uno de ellos, sino que contienen vastas normas materiales y sustantivas que tienen como finalidad condicionar el comportamiento del Estado, proponiéndose ciertos fines y objetivos; es así que dentro de la Carta Magna vamos a encontrar in extenso un catálogo de derechos, principios y reglas, aplicables a todos los procesos.

Los más insignes representantes del neoconstitucionalismo mencionan que deben existir ciertas condiciones para que una constitución sea efectiva, y son: la rigidez constitucional, la garantía jurisdiccional de la Constitución, su fuerza vinculante, la interpretación de la Constitución, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme a la Constitución de las leyes, y a la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

Debiendo indicar que para que exista un Estado constitucional su Carta Magna debe ser legitimada directamente por la ciudadanía y no por sus representantes.

Sobre el tema, la Sala Especializada Temporal de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia nos refiere:

“...4.- OBITER DICTA: 4.1) Estado constitucional.- En anteriores sentencias que han precedido a este pronunciamiento, esta Sala, amparada en la doctrina nacional y en el derecho

reconocimiento de los derechos de la naturaleza, la reafirmación de la plurinacionalidad en un proceso de descolonización progresivo, el derecho a la resistencia para defender el imperio constitucional, la necesaria motivación de todos los actos de la función pública en la razonabilidad social de las medidas y no en las soberanas razones del Estado, etc.”

universal, así como en la jurisprudencia internacional obligatoria, ha reconocido la centralidad de los derechos y continuando el pensamiento de varios expositores de derecho, ha determinado la obligación de los jueces de atender substancialmente las declaraciones de la Norma Suprema. En el Estado constitucional en el cual transita no sin problemas la República del Ecuador, la Constitución determina el contenido de la ley, el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La Carta Política es material, orgánica y procedimental. Material en virtud de que expresa derechos que han de ser protegidos con especial importancia, siendo además el fin del Estado, entre ellos tiene particular calificación el Ius Cogens. Orgánica, en cuanto determina de modo taxativo los órganos del poder público, llamados a garantizar el ejercicio de los derechos. Procedimental, al instituir dispositivos de participación que encaminan al debate político para que este sea reglado e informado. El Estado germina como estructura, los derechos como fin y la democracia como medio. Los derechos de las personas son los límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar; y vínculos, por cuanto los poderes del Estado deben materializar los derechos. La Constitución es además norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez. En el constitucionalismo la validez ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, sino a una cualidad ligada a la coherencia de la evaluación del juez y de sus significados con la Constitución. Las sentencias de los tribunales internacionales de justicia como la Corte Interamericana de Derechos Humanos son también de obligatorio cumplimiento para el Ecuador y los países que hayan ratificado el Protocolo constitutivo, como establecemos más adelante. Por ello en el estado constitucional de derechos los órganos del poder público materializan las denominadas políticas públicas, en las que se definen objetivos, actividades, destinatarios, proyectos, etc, a base de parámetros de actuación preestablecidos. Además hemos de señalar que la aplicación de los principios que tienen expresiones o formas ambiguas, requiere de interpretación moral, esto se logra a través de la argumentación jurídica que ha de contener debates morales y epistemológicos sobre el alcance del derecho, obteniéndose del iusnaturalismo racional significativos aportes”. (2013)

Es de entender así, que el Estado constitucional de derechos y justicia, es un Estado caracterizado por contener una serie de prohibiciones y limitaciones al poder público, que permite garantizar los derechos individuales de los ciudadanos; un Estado que se vuelve garantista de los derechos fundamentales de las personas, estableciendo y haciendo respetar una supremacía constitucional,

y de los derechos estipulados en la misma, imponiendo el imperio del principio de legalidad (juricidad), sometiendo al poder público al derecho, y garantizando el goce de los derechos de libertad social.

El Neoconstitucionalismo se rige por una validez en las normas que no sean un apéndice de su producción, sino que sean totalmente compatibles con los principios constitucionales, lo que permite una mayor seguridad jurídica en el ámbito de aplicación jurisdiccional, ya que su aplicación se basaría en la compatibilidad de la ley con la Carta Fundamental.

El Estado constitucional de derechos se caracteriza por tener como eje fundamental el principio de legalidad, esto es que todos sus poderes actualmente en el país cinco (ejecutivo, legislativo, judicial, de participación ciudadana y control social; y, electoral) se sujetan a las leyes que están vigentes, todos sus actos administrativos deben estar controlados; y, la otra característica es, que los cinco poderes estatales singularizados garanticen a todos los ciudadanos sus derechos fundamentales.²

1.2 Principios constitucionales

² Ver resolución caso No. 517-2009 dictado el 19 de noviembre del 2013, por la Sala Temporal Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia **“4.2) Centralidad de los derechos.- El Estado de derechos, tiene como fin el reconocimiento, promoción, protección, respeto y garantía de los derechos constitucionales. Lo dogmático, tiene primacía sobre lo orgánico y sobre todo el sistema jurídico. Podemos decir que en el Estado de derechos, se invierten los puntos de vista y la centralidad entre Estado y persona, privilegiándose sus derechos por sobre el Estado y la ley. Con fundamento en la constitucionalización del ordenamiento jurídico, todos los casos pueden contener diversos grados de dificultad, situación que requiere que de los operadores de justicia la práctica de una argumentación que considere al derecho en su unidad, es decir, observando las normas jurídicas, los valores, las instituciones, los derechos constitucionales y los principios, que encontramos en las constituciones contemporáneas, actividad que sin lugar a duda demanda un mayor esfuerzo...”**

Manifestado ya, en los temas anteriores, el nuevo Estado constitucional de derechos y justicia; se caracteriza por una Carta Política in extenso, por lo tanto, se encuentra dentro de esta varios principios constitucionales que son aplicables en todos los casos donde se determinen derechos y obligaciones de las personas.

“El neoconstitucionalismo como teoría del derecho describe o explica los elementos caracterizantes del modelo y puede sintetizarse evolutivamente en: 1) Más principios que reglas: Corresponde señalar que tanto los principios como las reglas son normas porque señalan lo que debe ser. Pero los principios son normas abiertas que presentan un condicionante fáctico –mandatos de optimización- fragmentado o indeterminado y que necesariamente serán cerrados por la justicia constitucional mediante los procesos de interpretación y ponderación. Los derechos fundamentales presentan, en general, la estructura de los principios, y posibilita que los procesos de determinación o delimitación de sus contenidos contemplen –en sentido plural- la mayor cantidad de opciones, visiones o planes de vida de los integrantes de una sociedad. En cambio, las reglas, son normas que pueden ser cumplidas o no y que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posibles”. (Zambrano Pasquel, 2011)

La Constitución normativa refiere a un conjunto de enunciados esquematizados, pues contiene principios y reglas vinculantes para los ciudadanos y los poderes públicos, normas que son exigibles y de aplicación inmediata y directa por los diferentes operadores de justicia. En caso de incumplimiento resulta la antijuricidad de las conductas omisivas.

Los principios tienen un eje central, esto es, que reconocen al sujeto una posición contraria hacia el poder, razón por la cual se limita al ius puniendi del estado; principios que se encuentran desarrollados en la Constitución; como por ejemplo, el principio de legalidad en el art. 76 numeral 3. En diferentes casos también se encuentra de manera implícita y de manera más amplia, como es, en los arts. 3, 11 y 66 que, permiten reconocer como base del Estado un respeto

a la libertad, igualdad, dignidad de las personas. Así, la norma penal promulgada y aplicada contraria a los principios, es materialmente inconstitucional.

El ius puniendi está limitado tanto en su aplicación, cuanto en su creación, límites que son llamados garantías penales en su creación y al hacer referencia a su aplicación, garantías procesales.

Los principios constitucionales son un medio de regulación para que funcione de manera lógica y balanceada la Constitución de un país, ayudan a garantizar la estabilidad, la vigencia y sobre todo el respeto a la Carta Magna; documento político en el cual se encuentran insertos los principios de legalidad; de publicidad de normas; irretroactividad; seguridad jurídica; etc.

Principio de legalidad.- Se establece como una de las principales garantías del Estado de Derecho; permite asegurar y regular la libertad de acción de la persona mediante políticas públicas y normas legales emitidas por los representantes de la Asamblea Nacional, limitando al Ejecutivo, pues sus productos normativos propios son los reglamentos.³

Este principio se encuentra en el Art. 76 numeral 3 de la Constitución que dice:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le

³ Ver Bustos Ramírez Juan, Derecho Penal Parte General Volumen II, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito 2008, Pág 518 “El principio de legalidad es un límite al ius puniendi que está en relación con todo el sistema penal en su conjunto. En cada momento de la dinámica penal, ya sea de la creación de la norma, de su aplicación y de ejecución de la misma está formalizado por medio de la ley. El Estado no puede exceder lo que está taxativamente señalado en la ley. Los ámbitos garantistas del principio de legalidad, comprenden la garantía criminal y penal referida a la creación de normas penales (incriminación primaria); la garantía jurisdiccional y procesal referida a la aplicación de las normas y la garantía de ejecución referida a la ejecución de la pena (incriminación secundaria)”

aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.

Con este principio, se busca que el proceso legal sea lo más justo, apegado a derecho; y legal en la medida de las posibilidades, aquí se ubica al hecho delictivo tanto en espacio como en el tiempo para la aplicación de las leyes en el proceso de juzgamiento; mismas que deberán ser pertinentes, a efectos de que no se sancione a una persona con normas legales que perdieron validez y eficacia, obligatoriamente este principio lleva a revisar las normas procesales que existen para las diferentes materias; normas procesales que, para cada caso requieren ciertos formalismos jurídicos.

Esté principio ha sido reconocido a nivel internacional, pues lo estipula el Pacto de San José de Costa Rica sobre los derechos humanos;⁴ consecuentemente es un principio al igual que muchos otros de carácter universal.

Principio que es característico de un Estado constitucional de derechos; y que su función es garantista por naturaleza, ya que establece que las leyes deben marcar cuáles son los lineamientos a las actuaciones de las personas; ya sean hechos permitidos o restricción a las actuaciones de las personas. Estableciéndose de esta manera una garantía en beneficio de las personas, evitando así que se den las arbitrariedades por parte de los Estados.

⁴ Art. 9 Principio de Legalidad y de Retroactividad.- *Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*

Este principio responde a la máxima “nullum crimen nulla poena sine lege scripta”, que no es otra cosa que, la punibilidad de un acto que debió estar establecido en una ley al momento que se cometieron los hechos; eliminando así a la costumbre como una fuente de derecho penal, pues el principio de legalidad se basa exclusivamente en lo que se encuentra tipificado en la ley.

La legalidad garantiza que los operadores de justicia no puedan crear nuevos delitos para el juzgamiento de una persona; ya que si se habla de la no tipificación de un hecho penal y el juez para sentenciar a un individuo a su gusto y antojo tipifica el crimen con un nuevo tipo penal por él creado, lo que está haciendo es convertirse en un legislador, y más no en un aplicador de las leyes como es su función natural, pues, así lo establece el Código Orgánico de la Función Judicial en sus artículos 5, 7, 23, 25 y 29, donde se establece que el Juez es ejecutor de las leyes y no tiene facultad legislativa, esto es la gran diferencia entre el derecho Anglosajón con el Romano; mientras unos se basan en la ley escrita, los Anglosajones aplican la jurisprudencia.

Como se analizó anteriormente, el principio de legalidad se refiere a la aplicación de las leyes que se encuentren vigentes al momento de la ejecución del acto; es por esta razón, que vamos a hablar de la punibilidad de un acto, pero referente a la irretroactividad de la ley penal; donde un hecho jamás puede ser sancionado con una ley dictada con posterioridad.

Los alcances de la retroactividad son: Primero se prohíbe que el hecho que no era punible al momento de cometerse, sea sancionado con una ley posterior. En segundo lugar, que el hecho al momento de cometerse tenga una pena ya determinada, pero que al ser juzgado le sea aplicada

una ley dictada con posterioridad al acto y que esta tenga una pena más grave.⁵

Sobre el problema que se suscita cuando entra en contradicción el principio de irretroactividad con el in dubio pro reo, ambos recogidos por la Constitución y la ley penal, se puede decir que el principio de retroactividad de la ley penal lleva a aplicar la ley más beneficiosa, siempre que el resultado suponga beneficio para el reo. Es así como se permite la aplicación de una norma legal que venga en beneficio del procesado o sentenciado aun cuando esta norma se haya dictado con posterioridad a la ejecución del acto criminal.

Principio de publicidad de normas.- Sobre este punto la Constitución en su art. 137 señala:

“El proyecto de la ley será sometido a dos debates. La Presidenta o el Presidente de la Asamblea Nacional, dentro de los plazos que establezca la ley, ordenará que se distribuya el proyecto a los miembros de la Asamblea y se difunda públicamente su extracto (...) Las ciudadanas y los ciudadanos que tengan interés en la aprobación del proyecto de ley, o que consideren que sus derechos puedan ser afectados por su expedición, podrán acudir ante la comisión y exponer sus argumentos...”.

En la actualidad, existe un programa dentro de la Asamblea Nacional consistente en la socialización de las normas legales; mismas que son explicadas mediante un funcionario en las diferentes ciudades en un bus tecnológico, a más de eso se publican los debates en la página web

⁵ Ver Rubio Llorente, Francisco, Derechos fundamentales y principios constitucionales, editorial Ariel, Barcelona, España, 2006, página 66: “El límite de la retroactividad in peius de las leyes no es general, sino limitado a las leyes ex post facto sancionadoras o las restrictivas de los derechos individuales. Por lo demás, la interdicción absoluta de la retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento jurídico, a la petrificación de situaciones dadas, que son contrarias a la concepción que fluye del art. 9.2”

institucional del Órgano Legislativo.

Pero esta publicidad de las normas tiene una razón de ser; y es que, para tener validez jurídica se obliga al Legislador a poner en conocimiento de toda la población la norma, ya que la misma puede afectar sus derechos, y en el caso penal restringe sus libertades y limita sus actuaciones.

La disposición constitucional transcrita se encuentra plenamente en concordancia con el art. 3 del Código Penal del cual reza: *“Se presume de derecho que las leyes penales son conocidas por todos aquellos sobre quienes impera. Por consiguiente, nadie podrá invocar su ignorancia como causa de disculpa”*.

El principio estudiado es concordante con el Principio de Seguridad Jurídica entendido como la certeza, legalidad y publicidad de la norma, donde se deposita la confianza de los ciudadanos sobre la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes; lo que implica la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas que serán aplicadas por las autoridades competentes.

La Constitución será así norma suprema que prevalecerá sobre cualquier ordenamiento jurídico, donde los actos de los diferentes poderes públicos serán apegados a las disposiciones constitucionales; y de no ser ese el caso, carecerán de eficacia jurídica.⁶

⁶ Ver Código Orgánico de la Función Judicial **Art. 25.- Principio de Seguridad Jurídica.-** *Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas.”*

En resumen, la seguridad jurídica es un principio base para la existencia de un Estado constitucional de derechos como es el caso, principio que permite mantener una estabilidad política y paz interna, principio que da certeza del imperio de la Ley, garantizando a las y los ciudadanos la aplicación de la norma de manera objetiva; y, así respetar los derechos consagrados en la Constitución y en las normas de menor jerarquía; surgiendo así la garantía del debido proceso.

El debido proceso.- Garantía constitucional que no necesita ser insinuado para su aplicación por parte los operadores de justicia; pues, el mismo se encuentra apegado a toda persona que está siendo procesada dentro de alguna causa, sin importar su materia, se puede decir, que es la garantía más importante en materia constitucional porque los demás principios se derivan de éste, incluso pudiendo darle el nombre de “garantía supra constitucional”, pues el mismo debe ser aplicado en todas las áreas del derecho para definir la situación jurídica de una persona.

Esta garantía supra constitucional no sólo que regula las actuaciones de los diferentes administradores de justicia a nivel nacional, sino también internacional, pues en los tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos establece: “*Artículo 8. Garantías Judiciales.- 1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena*

igualdad, a las siguientes garantías mínimas:...”

Por esta razón, se le da un tratamiento plus a esta garantía; pues, contiene varios principios constitucionales. Garantía que conjuga perfectamente con las finalidades del derecho penal – limitar el poder punitivo del estado-⁷ ya que los dos buscan un límite de abuso que puede existir por parte del Estado en contra de las personas, así como regular los procesos entre particulares, siendo una garantía que protege a los justiciables.

Con la nueva normativa constitucional que rige el país desde el 2008, la Carta Magna, refiere al Ecuador como un Estado garantista, que respeta los derechos de las personas; y que en caso de que sean vulnerados los derechos de una persona natural o jurídica, estos tengan la oportunidad legal de acudir a los diferentes órganos jurisdiccionales y busquen un resarcimiento a los daños causados en su contra.

El Art. 76 de la Constitución del Ecuador manifiesta: *“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:”*

⁷ En el informe para el primer debate del ya aprobado de Código Orgánico Integral Penal, con respecto al tema se dice: *“... También coincidía en que la declaración del proyecto de Código Orgánico Integral Penal de 'garantizar, en el ámbito penal, el respeto de los derechos reconocidos por la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos', debía plasmarse a lo largo de sus artículos, sin que existan contraposiciones o contradicciones[...] Por ello, la Comisión es consciente de que actualmente la sociedad ecuatoriana requiere de una justicia que resuelva los conflictos sociales de forma eficiente, transparente, imparcial, accesible y con respeto a los derechos fundamentales los conflictos sociales. En este marco, la reforma integral penal debería concretar dichos valores de carácter axiológico, a fin de aplicar de la forma más eficiente el poder punitivo del Estado, asegurando a su vez, las garantías necesarias para que como individuos podamos protegernos frente al ejercicio de este poder.”*

1.- “Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”.

Con esta disposición, lo que se pretende es reconocer y aplicar los derechos establecidos en la Constitución y en las leyes de menor jerarquía, aplicación de las normas que buscan la existencia de una división de poderes entre el Ejecutivo y el Judicial; que los fallos y resoluciones se encuentren sujetos a derecho, que no sean un espejo del poder ejecutivo, evitando que las resoluciones sean influenciadas por agentes externos a la función judicial.

Para que pueda ser aplicada la garantía singularizada con anterioridad, se necesita de jueces probos y éticos, que la función judicial no responda a los intereses de ningún grupo de poder y en el momento que se aplique las garantías y principios constitucionales se notará que las partes litigantes dejan de interponer recursos que retrasan los procesos; pues, si un juez aplica estrictamente lo que en derecho corresponde y su fallo se basa en normas constitucionales y legales pertinentes, lo cual deriva en que la parte litigante que haya perdido el juicio no va a tener fundamentos para recurrir en segunda instancia el fallo y peor aún acudir ante la Corte Nacional de Justicia con la finalidad de Casar de la sentencia; pues, no encontraría vacíos legales en los cuales pueda fundamentar su recurso, consecuentemente se está dando seguridad jurídica a las partes litigantes y a un sistema judicial en sí mismo.

Principio de presunción de inocencia.- El artículo 72 numeral 2 de la Constitución proclama: *“Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”.*

Enunciado constitucional que en muchos casos queda en letra muerta, y que jamás se llega a aplicar, por lo que cabe preguntarse se presume la inocencia de la persona? La Real Academia de la Lengua Española define la palabra presumir como sospechar, juzgar o conjeturar: presumo que llegará hoy; es decir, que se mantiene en un limbo jurídico entre si es inocente o si tiene un grado de culpabilidad; por esta razón tratadistas como Jorge Zabala Baquerizo y Luis Cueva Carrión hablan del “estado jurídico de inocencia”, el último de ellos menciona: *“Se ha dicho que la presunción de inocencia no existe; que lo que poseemos es un estado jurídico de inocencia, lo que significa que todo ciudadano es inocente mientras no se pruebe lo contrario, Esto es, que un individuo de la especie humana, por el hecho de ser tal, porta consigo un estado determinado, el estado de inocencia; por lo tanto se dice, este es un hecho real y objetivo que acompaña a la personalidad humana”*⁸

Expuesto ya en líneas anteriores, en derecho ciertas cosas no se presumen peor aún el estado jurídico de una persona; sino, deben ser demostrados y comprobados los hechos, no se puede y con mayor énfasis en materia penal presumir que una persona es culpable, y esto viene en relación con la duda razonable de los jueces al momento de dictar sentencia; pues, para que los juzgadores encuentren a una persona responsable de los hechos debe reunirse varios requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, en especial los que hablan de la prueba y su nexo causal, ya que al momento de existir cierta duda de que la persona no fue quien cometió el hecho, jamás un Tribunal de Garantías Penales puede sentenciarlo; la duda razonable se da justamente como garantía para que la gente que va a pagar una pena sea la que realmente cometió el ilícito.

⁸ Cueva Carrión Luís, El Debido Proceso, Ediciones Cueva Carrión - Quito, pág .151

El Sexto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha en la causa No. 17246-2013-0075, dice:

*“... y según lo dispuesto en el Art. 252 y 304-A, del Código Procedimiento Penal, “no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la CERTEZA de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado”. Por Certeza se entiende la firme convicción de que un hecho acaecido de determinada manera y no de otra. Esta debe ser objetiva, fundada en medios de convicción (pruebas), susceptibles de explicar, justificar y controvertir por las partes. Nunca puede entenderse de manera subjetiva, como una creencia íntima, sentimental, religiosa o autística. **DUDA**, es la dificultad para optar, entre varias hipótesis posibles por una de ellas (también tiene que provenir del análisis conjunto de los medios de convicción). Cuando este último fenómeno se presenta, no es posible un fallo de condena, en aplicación del IN DUBIO PRO REO, según el cual toda duda debe resolverse a favor del encausado, el cual es colorario, a la vez, del principio general de presunción de inocencia, consagrado en el Art. 76, ordinal 2 de la Constitución de la República...”*

La mal llamada presunción de inocencia en materia penal se ha venido cada día a menos, en la actualidad no se puede encontrar un abogado especialista en el área penal que pueda referir que a su cliente se le ha respetado su estado de inocencia; pues en la práctica judicial lo que se tiene que demostrar es la inocencia del procesado, invirtiéndose el rol de culpable a inocente, hecho que se puede dar por la costumbre de un sistema inquisitivo; es así que, en vez que se demuestre la responsabilidad de una persona, el procesado está obligado a remitir sendos escritos ante los diferentes Fiscales y Jueces y explicar a los administradores de justicia, porqué el procesado es inocente, obligando a numerar las razones por las cuales no debe ser procesado; por qué, no se ha entendido bien el sistema oral acusatorio, donde la persona es inocente, y es la Fiscalía como representante de la vindicta pública en materia penal la que debe probar porqué razón la persona perdió su estado de inocencia; en la actualidad muchos profesionales tienen una confusión entre

los sistemas inquisitivo y acusatorio del derecho penal y todo lo actuado se realiza contrario a ley.

Principio de inocencia que así mismo lo encontramos en el Art. 8 numeral 2 del Pacto de San José de Costa Rica, Art. 4 del Código de Procedimiento Penal, y Art. 5 numeral 4 del Código Orgánico Integral Penal.

Principio de in dubio pro reo o extra actividad de la ley.- Principio que se encuentra establecido en el Art. 76 numeral 5 de la Constitución del Ecuador mismo que establece: *“En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.”*; en el presente capítulo se habla de los principios constitucionales pero no podemos dejar de lado la relación que tiene con el derecho penal mismo que es el fondo del presente estudio, es por eso que necesariamente referiremos en los presupuestos del artículo 4 del Código Penal y artículo 14 del Código Orgánico Integral Penal.

Art. 4 Código Penal “Prohíbese en materia la interpretación extensiva. El juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la ley. En los casos de duda se la interpretara en el sentido más favorable al reo.”

Art. 13 Código Orgánico Integral Penal “Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas: 1. La interpretación en materia penal se realizarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.- 2. Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma.- 3. Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los

presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos”.

Concluyendo así, que el in dubio pro reo es una garantía constitucional, que permite a los diferentes procesados acogerse al derecho de ser beneficiarios de una ley dictada en lo posterior, o cuando existan dos leyes tipificando un mismo acto se le aplique la menos rigurosa al procesado; como por ejemplo, cuando existe reformas al Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, y se otorga mayores beneficios a la persona privada de la libertad; es de imaginarse como caso práctico, que una persona fue sentenciada en el 2008 cuando existía una rebaja de penas hasta el máximo de un 25%; y, en el año 2010, las reformas establecen que la rebaja de penas será hasta un máximo del 50%, se favorece no solo a las personas que sean sentenciadas a partir de la entrada en vigencia de la nueva norma; sino, a quienes fueron sentenciados con anterioridad.

Principio de proporcionalidad.- La Constitución establece en el art. 76 numeral 6 lo siguiente: *“Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”*, como ya es conocido las finalidades de las garantías constitucionales consisten en el limitar, evitar, y cesar el abuso de las leyes punitivas, este principio a más de las finalidades antes expuestas, busca que no exista una desproporcionalidad en la pena que se le impone a una persona.

El principio ha venido siendo discutido y perfeccionado desde tiempos inmemorables; y en la actualidad es sumamente discutido; pues, mientras existen corrientes del derecho penal que promueven el aumento de pena en referencia a los años de privación de la libertad, hay

movimientos que apuntan hacia una cárcel de puertas abiertas, donde la persona que cometió un hecho criminoso reciba una pena baja y se priorice su reinserción social. Este principio, lo que busca es limitar la discreción del juez al momento de aplicar una pena en contra del procesado, puesto que el juez puede incumplir con su deber de actuar imparcialmente; ya sea por conveniencias o desavenencias e imponer una pena que sea muy alta o que sea insignificante, causando así un perjuicio al agraviado o al procesado; pues, ninguno se encontrará conforme con la pena que imponga el Juez de la causa.

Principio que de igual manera limita el poder punitivo del Estado en contra de los ciudadanos, y que al creer de los legisladores, las penas estipuladas son suficientes para retribuir el daño causado.

Se pudo advertir, que las nuevas corrientes constitucionales van encaminadas al garantismo en el derecho; y, al tratarse la presente tesis sobre un estudio del derecho penal desde la óptica de la teoría del garantismo, arribamos así al “modelo garantista”:

“El derecho penal de los ordenamientos desarrollados es un producto predominante moderno. Los principios sobre los que se funda su modelo garantista clásico –la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia- en gran parte son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal...”. “... los distintos Principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respeto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de la tutela de la persona contra la arbitrariedad.” (Ferrajoli, 2004)

Queda así evidenciado que el modelo garantista es el resultado del estudio de los anteriores modelos penales, mismos que estuvieron adaptados a la medida de lo posible al comportamiento de las sociedades donde se venían aplicando; pero la evolución en el derecho y de la sociedad buscan más garantías para mejorar la calidad de vida; así, se arroja como resultado el garantismo, pues, en la actualidad se pretende respetar al máximo los derechos de las personas, se busca un juicio justo, y la eliminación de las arbitrariedades Estatales sobre las personas.

Actualmente se ha judicializado casos por delitos de “lesa humanidad”; actos que se dice, fueron cometidos por sistemas penales antigarantistas, o por arbitrariedades de los gobernantes de turno, en algunos casos no se respetó el debido proceso y el juicio justo; en otros, se extralimitó el poder punitivo del Estado.

La constante dinámica y evolución del derecho lleva a que las actuaciones en derecho de ayer, sean tomadas con el paso del tiempo como ilegales; hay que preguntarse si las actuaciones garantistas de hoy, serán mañana judicializadas como atentatorias a los derechos humanos.

1.3 Garantismo Penal

El desarrollo del tema se lo va a realizar bajo el régimen de uno de los máximos exponentes del garantismo penal; esto es, el doctrinario Luigi Ferrajoli.

“El maestro Ferrajoli sostiene de manera categórica que el único modelo del derecho penal que el Estado Constitucional demanda se llama 'garantismo penal', entendiéndolo como 'un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la Constitución y a la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a este modelo, se distinguen tres tipos de garantías: las sustanciales (principio de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad),

las procesales (contradictoriedad, paridad entre acusación y defensa, estricta separación entre acusación y juez, presunción de inocencia, carga acusatoria de la prueba, oralidad, publicidad) y las orgánicas (independencia interna y externa de los jueces y juezas, autoridades competentes, reducción de la discrecionalidad y principio del juez natural). El garantismo penal permite brindar una justificación a la existencia del derecho penal, al regular y minimizar la violencia punitiva; al establecer el parámetro de legitimación del Estado en el uso de su poder sancionador; al adecuarse un modelo de democracia sustancial propia de un Estado constitucional de derechos y justicia". (Ávila Santamaria, 2009)

En definitiva el garantismo es la aplicación irrestricta de la Constitución y las leyes no solo por parte de los administradores de justicia; sino, de quienes conforman el poder estatal hoy desconcentrado en cinco poderes, modelo que busca garantizar los derechos mediante tres tipos de garantías: sustancial, procesal y orgánico.

El garantismo penal se fundamenta en principios, mismos que a decir de Ferrajoli son: de estricta legalidad, materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes; y, presunción de inocencia, principios a los que luego se sumaron la división de poderes, y la supremacía de la ley.

Se debe tomar en cuenta que tanto el derecho penal clásico cuanto el actual se refieren al sistema garantista, y coinciden como su principal finalidad: limitar el poder punitivo del estado y tutelar los derechos de la persona contra las arbitrariedades.

El Estado garantista nace debido a una triple crisis del derecho, que Ferrajoli la llama: crisis de la

legalidad, la crisis de la razón jurídica; y, la crisis del derecho.

La crisis del derecho se produjo por tres razones: la primera de ellas por la ausencia o ineficacia de los controles al poder público; ilegalidad del poder, que se manifiesta con una crisis de constitucionalidad, en otras palabras se deteriora la institucionalidad de un Estado y se ejercen poderes absolutos, rompiéndose el sistema de pesos y contrapesos y la división de poderes que debe existir en un Estado.

Como segundo aspecto de la crisis de derecho es la ineficaz estructura del Estado de derecho, mismo que se ha caracterizado por ser selectivo y desigual; crisis que ha sido asociada a la contradicción existente entre el clásico Estado de derecho y el Estado social; donde el primero de ellos impone límites y prohibiciones a los poderes públicos de forma cierta, general y abstracta, para tutelar los derechos de libertad de los ciudadanos, y el Estado social, que, tiene políticas discrecionales del Estado, mismas que han sido distraídas del principio de estricta legalidad, modelo en el cual se producen leyes-acto, quebrantamiento de la legislación, y se gobierna mediante estado de emergencia o de excepción.

La tercera arista de esta crisis de derecho; es que, existe una crisis del Estado nacional, se dan alteraciones del sistema de fuentes, lo que lleva a eliminar el principio de legalidad, principio que es el más importante en un sistema garantista. Esta arista se manifiesta en la pérdida de la soberanía legislativa de los países, en la integración regional que se dio en Europa y que en la actualidad se vive con el Mercosur; pues, ahora se crean normas legales regionales, comunitarias, que establecen las directrices. Disposiciones legales que rigen para todos los integrantes de un

determinado territorio, ya que las normas traspasan fronteras y pueden ser aplicadas en todos los países miembros de una comunidad; hechos que distraen tanto al Legislativo cuanto a una supervisión de la Corte Constitucional sobre la legalidad o constitucionalidad de una norma, con lo que se violenta la finalidad del sistema garantista que es el principio de legalidad, y altera el sistema de fuentes en la creación de normas legales.

El garantismo penal como sistema se basa en un conjunto de garantías: 1. Las garantías penales y 2. Las garantías procesales.

1. Dentro de las garantías penales se encuentra: el principio de reserva de la ley; principio que, obliga al juez a someterse a la norma; y, limita a que el juzgador no califique todos los hechos como delitos; sino que éste solo sancione los hechos que se encuentran establecidos en la norma.

Este principio de reserva de ley se lo conoce también como principio de mera legalidad, que no es más que una norma dirigida a los jueces, quienes podrán actuar solamente aplicando la norma penal; mientras que el principio de estricta legalidad se lo conoce como reserva absoluta de la ley, que es una norma dirigida al legislador.

El principio de estricta legalidad es:

“...una técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrarias y discriminatorias, las convenciones penales referidas no a hechos sino directamente a personas y, por tanto, con carácter <<constitutivo>> antes que <<regulativo>> de lo que es punible: como las normas que es terribles ordenamientos pasados perseguían a las brujas, los herejes, los judíos, los

subversivos o los enemigos del pueblo; o como las que todavía existen en nuestro ordenamiento que persiguen a los <<vagos>>, los <<vagabundos>>, los <<proclives a delinquir>>, y semejantes. Diremos, pues, aplicando al derecho penal una distinción reciente elaborada por la teoría general del derecho, que el principio de estricta legalidad no admite <<normas constitutivas>>, sino sólo <<normas regulativas>>, de la desviación punible: por tanto, no normas que crean o constituyen ipso iure las situaciones de desviación sin prescribir nada, sino sólo reglas de comportamiento que establecen una prohibición, es decir, una modalidad deóntica cuyo contenido no puede ser más que una acción respecto de la que sea aleticamente posible tanto la omisión como la comisión, una exigible y la otra no forzosa y, por tanto, imputable a la culpa o responsabilidad de su autor” (Ferrajoli, 2004, pág. 35).

La otra garantía del sistema garantista son: 2. Las garantías procesales llamadas estricta jurisdiccionalidad, que hace referencia de manera directa a las resoluciones emitidas por los administradores de justicia; es decir, las razones tanto de hecho como de derecho que luego de haber sido analizadas bajo la sana crítica de los jueces toman una resolución motivada, que de ahora en adelante se denominará como el principio de estricta jurisdiccionalidad principio que para ser válido requiere de una verificación o refutación de las hipótesis acusatorias.

Resumiendo tanto el primer elemento: –principio de estricta legalidad–, cuanto el segundo elemento –principio de estricta jurisdiccionalidad–, se puede decir que para llegar a una pena se requiere el cometimiento de un hecho, mismo que deberá estar descrito y tipificado como delito, no solo en la ley; sino que también la hipótesis de la acusación se ajuste en todos los puntos, como es la verdad histórica de los hechos y verdad procesal, llegando así a que la prueba simplemente ayude a demostrar la confiabilidad de si el acto constituye delito, teniendo así, la máxima *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. – no hay pena, no hay culpa sin juicio–

La segunda condición que se requiere para la existencia de una pena es: que las hipótesis sean sujetas a una verificación y refutación, para de esta manera demostrar que las hipótesis se basan en pruebas y contra pruebas; entrando en vigencia la máxima *nullim iudicium sine probatione* – no hay indicio sin prueba-. Si un hecho ha pasado por estos dos requisitos: el de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad, se ha cumplido con el sistema garantista.

Ferrajoli enseña que existen cuatro dimensiones del poder judicial para obtener un garantismo penal; el primero de ellos es la interpretación de la norma legal, hecho que se encuentra debidamente reconocido en la legislación interna como es la Constitución de la República, Código Orgánico de la Función Judicial, Código Penal, Procesal Penal, y el Código Orgánico Integral Penal que permite al juzgador conocer las hipótesis y elegir la norma legal que se ajuste a los hechos y que una vez cumplidos los requisitos de la sana crítica se pueda hacer una valoración jurídica de los hechos, las pruebas aportadas por las partes y juzgarlos.

La segunda dimensión es: las garantías procesales, que hacen referencia al argumento de una hipótesis por medio de las pruebas que demuestren que los hechos verdaderamente se cometieron, y que se encuentran enmarcados en las hipótesis de la acusación, permitiendo al juez eliminar las demás hipótesis que se presentaron como alternativas a la explicación de un hecho delictivo.

En tercer lugar, ya comprobados los hechos que la ley los refiere como presupuestos para una pena, se debe individualizar los hechos y realizar un examen de distinción de cada uno de los mismos, a efectos de que no exista error en la tipificación del injusto, elemento que sirve para

limitar el castigo ultra legem, y solo sancionar a la persona por los actos que se encuentran debidamente probados.

El cuarto punto es: el vínculo existente entre la estricta jurisdiccionalidad con la estricta legalidad; toda vez, que el derecho penal garantista no solo abarca lo concerniente al tema legislativo al momento de creación y tipificación de delitos, sino también a la discrecionalidad jurisdiccional que puede existir en cada uno de los administradores de justicia.

Y una vez que se han cumplido los presupuestos indicados, obtendremos una resolución enmarcada en el garantismo penal, pues se cumple con los requisitos establecidos por la teoría garantista para obtener un debido proceso con el fallo que respete los principios constitucionales. La diferencia entre el modelo penal garantista con el inquisitivo se explica de la siguiente manera:

“... Por eso una opción teórica de tipo decisionista, importando poco que se deba a desconfianza escéptica o a convencida adhesión política, favorece de hecho la fundación de sistemas jurídicos con legalidad atenuada y modelos de intervención penal de tipo potestativo y antigarantista. Mientras que el reconocimiento de la insuprimible pero siempre relativa y reductible incertidumbre de la verdad procesal es el presupuesto necesario para basar en él, en el plano teórico y práctico, criterios más racionales de comprobación y de control, además de unos hábitos de investigación más rigurosos y una mayor prudencia en el juicio” (Ferrajoli, 2004, pág. 63).

El modelo inquisitivo otorga al juez actuaciones procesales que pueden derivar en arbitrariedades por parte del Estado; donde la aplicación del principio de legalidad queda relegada a un segundo plano, y discrecionalidad de los administradores de justicia, pues el Juez se convierte en titular de la acción penal, y no hay quien controle sus actuaciones judiciales en el proceso legal; es así, que

los Estados por transformaciones sociales adoptan el modelo oral acusatorio, en el cual se establece un mayor límite las actuaciones del Estado al momento de castigar una conducta contraria a la ley, donde los derechos y garantías de los procesados son respetados, sistema que actualmente se encuentra asociado al garantismo penal debido a las corrientes neoconstitucionales; donde se busca: garantizar de manera eficiente el respeto a la Constitución y aplicar de manera real los principios constitucionales, sustrayendo lo más posible al error y al arbitrio.

1.4 Axiomas del garantismo penal

Para entender los axiomas⁹ del garantismo penal, Luigi Ferrajoli, en su obra “derecho y razón” habla sobre la existencia de once términos para la formulación de los axiomas los cuales son: pena, delito, ley, necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa. Cada uno de estos va a tener una condición dentro del derecho penal para definir al modelo garantista.

Términos divididos en dos grupos: delito, ley, necesidad, ofensa, acción y culpabilidad, que son las condicionantes penales que forman las garantías penales; y, los términos juicio, acusación, prueba y defensa, son los requisitos procesales.

⁹ Ver Ferrajoli Luigi, Derecho y Razón, editorial Trotta, sexta edición, Madrid –España, 2004, pág. 22“Los axiomas garantistas –formados por las implicaciones entre cada término de la serie aquí convenida y los términos posteriores- no expresan proposiciones asertivas, sino proposiciones prescriptivas; no describen lo que ocurre, sino que prescriben lo que debe ocurrir; no enuncian las condiciones que un sistema penal efectivamente satisface, sino las que debe satisfacer en adhesión a sus principios normativos internos y/o a parámetros de justificación externa”.

Ahora que se conoce los términos usados en los axiomas del garantismo penal, se procede a enlistar los diez axiomas bases del sistema garantista:

1. Nulla poena sine crimine. (No hay pena sin crimen)
2. Nullum crimen sine lege. (No hay crimen sin ley)
3. Nulla lex (poenalis) sine necessitate. (No hay ley penal sin necesidad)
4. Nulla necessitas sine iniuria. (No hay necesidad sin ofensa)
5. Nulla iniuria sine actione. (No hay ofensa sin acción)
6. Nulla actio sine culpa. (No hay acción sin culpa)
7. Nulla culpa sine iudicio. (No hay culpa sin juicio)
8. Nullum iudicium sine accusatione. (No hay indicio sin acusación)
9. Nulla accusatio sine probatione. (No hay acusación sin prueba)
10. Nulla probatio sine defensione. (No hay prueba sin defensa).

Estos axiomas garantistas se traducen en los siguientes principios: a) principio de retributividad; b) principio de legalidad; c) principio de necesidad; d) principio de lesividad; e) principio de materialidad; f) principio de culpabilidad; g) principio de jurisdiccionalidad; h) principio acusatorio; i) principio de la carga de la prueba; y, j) principio de contradicción o de defensa.

A la vez, los diez referidos principios se subdividen en tres grupos: los tres primeros responden a las preguntas cuándo y cómo castigar; y, se refieren a las garantías de la pena; los subsiguientes tres principios (d, e, y f) responden a las preguntas cuándo y cómo prohibir, que a su vez hacen referencia a las garantías del delito; y, los últimos cuatro principios responden a las preguntas

cuándo y cómo juzgar, que son las garantías procesales.

“De los diez axiomas de nuestro sistema SG –inderivables entre sí y no obstante encadenados de manera que cada uno de los términos implicados implique a su vez al sucesivo- se derivan, mediante triviales silogismos, cuarenta y cinco teoremas: en efecto, todos los términos implicados son enunciables como consecuentes de otras tantas implicaciones que tienen como antecedentes a todos los términos que las preceden. Así pues, diremos: nulla poena sine lege (T11), nulla poena sine necessitate (T12), nulla poena sine iniura (T13), y de igual forma, en materia de pena, hasta la tesis nulla poena sine defensione (T19); y, además, nullum crimen sine necessitate (T20), nulla crimen sine culpa (T23), y de la misma forma, en materia de delito, hasta la tesis nullum crimen sine defensione (T27); y así sucesivamente. En total tendremos cincuenta y seis tesis, diez primitivas y las demás derivadas, que conjuntamente configuran nuestro modelo penal garantista y cognitivo” (Ferrajoli, 2004, pág. 94)

Los axiomas que pasan a ser principios, son los que establecen el fundamento en sí del derecho penal; y con mayor énfasis en el modelo garantista, principios que han sido creados en la antigüedad pero que paulatinamente han sido incorporados en las diferentes formas de Estado, llegando a tener mayor presencia en los Estados de Derechos, pues en su Carta Política se estipula in extenso los principios rectores.

1.4.1 Estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad

El principio de estricta legalidad es la determinación abstracta de lo que es punible y está condicionado por: a) el carácter formal o legal; y, b) empírico o fáctico.

El carácter formal se refiere a los presupuestos que se exigen de una pena, aquí tenemos la máxima “nulla poena et nullum crimen sine lege”; la segunda condición que refiere Ferrajoli se

da sobre los actos ejecutados por el sujeto activo, mas no sobre el hecho, respondiendo a la máxima “nulla poena sine crimine et sine culpa”

Los pensamientos de Ferrajoli, enseñan que el carácter formal equivale al principio de la reserva de la ley, consecuentemente el sometimiento del Juez a la norma, en otras palabras el Juzgador no puede calificar a todos los actos como delitos, sino solo los actos que se encuentran tipificados en la norma penal; al respecto la Constitución en el numeral 3 del art. 76 manda: *“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturales; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley”*; disposición que se encuentra en concordancia con lo manifestado en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica” que en su parte pertinente dice: *“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable...”*.

La segunda condición del principio de estricta legalidad, obliga al legislador que determine los hechos que son constitutivos del delito de manera precisa; para así, evitar que el juzgador realice una interpretación extensiva, es aquí, donde Ferrajoli, enseña que nace la reserva de la ley como un principio de mera legalidad –dirigido a los jueces-; mientras que el principio de estricta legalidad le titula como reserva absoluta de ley, mismo que se dirige a los legisladores.

La estricta jurisdiccionalidad como segundo elemento del sistema garantista, es el elemento que infiere de manera directa en la jurisdiccionalidad del Juez al momento de emitir un pronunciamiento, esto es en la motivación de las resoluciones.

La estricta jurisdiccionalidad al igual que la estricta legalidad contiene dos condiciones: “... *la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo y su prueba empírica en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación*”. (Ferrajoli, 2004, pág. 36)

En la estricta jurisdiccionalidad, para poder regular las conductas se necesitan más que reglas de comportamiento; pues los actos obscenos o atentatorios a la moral son delitos en blanco, ya que no hay una determinación de manera real en su definición legal; son delitos que se juzgan más que con pruebas, con la valoración discrecional que el juez tenga sobre los hechos, siendo imposible la aplicación del principio de legalidad en estos casos.

“En consecuencia, como quiere la primera de tales concepciones, el presupuesto de la pena debe ser la comisión de un hecho unívocamente descrito y denotado como delito no sólo por la ley, sino también por la hipótesis de la acusación, de modo que resulte susceptible de prueba o de confutación judicial según la formula nulla poena et nulla culpa sine iudicio (...) las hipótesis acusatorias, como exige la segunda condición, sean concretamente sometidas a verificación y expuestas a refutación, de forma que resulten convalidadas sólo si resultan apoyadas por pruebas y contra pruebas según la máxima nullum iudicium sine probatione.”

Es así, que el principio de estricta jurisdiccionalidad da la característica al proceso penal como un proceso de comprobación, donde el juez al momento de su valoración va a determinar si un hecho constituye o no un delito y, simplemente se remitirá a valorar los argumentos de hecho y de derecho presentados dentro de juicio para que decida sobre una verdad o falsedad de las hipótesis planteadas.

El logro que se tiene con la estricta jurisdiccionalidad es la “certeza” misma, que será obtenida únicamente cuando la prueba ha justificado de manera suficiente las hipótesis alegadas por las partes procesales; es aquí donde se separa el derecho y la moral, y, el derecho de la naturaleza, donde se explica de manera motivada porqué un comportamiento es considerado delito, por un convencimiento jurídico y no moral.

1.5 Seguridad Interna del Estado como el bien jurídicamente protegido Constitucionalmente

“El concepto de 'bien jurídico' nace como un planteamiento programático cuyo objetivo era limitar el poder de definir conductas criminales del Estado a la exclusiva protección de bienes jurídicos. De ahí que hayan sido numerosos los esfuerzos de los penalistas por dar un concepto material del bien jurídico entendido por tal uno que sirviera de instrumento para limitar el poder de definición estatal. (...) El derecho con la norma quiere regular comportamientos. Se trata con las prohibiciones y mandatos de evitar situaciones lesivas de bienes jurídicos, que las personas no los lesionen. La lesión de un bien jurídico, en consecuencia, sólo puede provenir de una conducta humana. No lesiona un bien jurídico la agresión de un animal o un hecho de la naturaleza”.
(Bustos Ramírez, 2008)

El bien jurídicamente protegido nace como un objetivo estatal; pues, tiene su origen en las relaciones de la sociedad, es por esta razón que lo protegido se encuentra en constante cambio; lo que se busca por parte del legislador es una protección jurídica en primer lugar a la persona, a los bienes, y actualmente a la naturaleza, pero en el presente trabajo se analizará la protección al Estado, a la democracia como un bien jurídico protegido; pues, el comportamiento de las personas dentro de una sociedad no debe lesionar un bien jurídico y este objetivo se logra mediante prohibiciones a las personas o mandatos de estricto cumplimiento.

El delito entonces, no se considera simplemente el desacato del hombre al mandato normativo; sino, también la lesión al interés jurídicamente protegido.

En sí, la seguridad interna del Estado como un bien jurídicamente protegido, se puede decir que nace como una política estatal de mantener la paz y el orden social; garantizando a toda la sociedad que se cumpla con lo estatuido en el artículo 1 de la Constitución, esto es, que el Ecuador como país sea un Estado constitucional de derechos y justicia, donde se protege la institucionalidad del Estado que se rige según la norma suprema.

“La seguridad del Estado, bien jurídico del cual éste es titular, puede ser afectada de diversas maneras según se especifica en los distintos artículo del Título. Podría decirse en concreto que las distintas conductas vulneran, actual o potencialmente, aun su propia supervivencia, su soberanía, su integridad territorial, la paz con otros Estados y en general sus relaciones internacionales; pero además la paz interna, el orden constitucional y la estabilidad política e institucional.” (Albán Gómez, 2011)

Los delitos que se comenten en contra del Estado son considerados como delitos políticos; ya que afectan a la estructura del Estado y sus instituciones, es ahí donde nace el derecho del Estado para defender su institucionalidad aplicando la materia penal, ya que ciertas conductas producen riesgo en la democracia vigente de un país.

Al referir que este tipo de delitos son considerados como delitos políticos, se debe observar la naturaleza del derecho a ser vulnerado, ya que el bien jurídico tutelado debe referirse al Estado respecto a su soberanía, territorio, seguridad, régimen constitucional, etc.

Concluyendo entonces que la seguridad interna del Estado como bien jurídicamente protegido en la Carta Magna del Estado lo encontramos dentro de los artículos 1, 4 y 225.

1.6 Antijuricidad material

“La antijuricidad significa afirmar que el autor de un hecho típico ha infringido una norma que está exigiendo su validez. De tal modo que si ésta es negada, la consecuencia es que ella ha retrocedido frente a otra norma, con el resultado de que no existe violación de la primera. Existe una valoración entre ambas normas, de modo tal que se lo reconoce al autor el derecho a actuar y, lo que es más, hacerlo típicamente. De ahí la afirmación de que no hay posibilidad de zonas libres para el derecho, o zonas neutras; o se está dentro de lo jurídico o se está en contra de la norma. El término medio no existe” (Donna, Teoría del Delito y de la Pena, 1995)

La razón para que no se hable de la antijuricidad material y formal la encontramos dentro de la posición moderna sobre la antijuricidad, misma que no diferencia entre las dos clases de antijuricidad; pues ambas refieren a la contrariedad al derecho.

Explicando en breves términos, la antijuricidad es un acto que aparentemente es ilícito; pero que, a su vez se convierte en lícito siempre y cuando concurren ciertas circunstancias que se las conoce como causas de justificación, a saber: la legítima defensa, estado de necesidad, actuar por disposición de la ley, actuar en virtud del cargo u oficio, y la obediencia debida.

Se conoce que el derecho penal está compuesto por normas de mandato y de prohibición, normas dirigidas a todos los ciudadanos, con la finalidad de que su comportamiento se ajuste a las directrices de conducta contempladas en la norma penal. Así, surgen circunstancias en las que el ordenamiento jurídico legitima a la persona a realizar un acto que en principio es desvalorado.

Pero esta autorización tiene una finalidad: Proteger los derechos fundamentales y defender el ordenamiento jurídico; esto quiere decir que un hecho ilícito con desvalorado jurídico se convierte en lícito conforme a derecho, a esto se denomina reglas permisivas o causas de justificación.

Es decir, que el acto lesivo al momento de ser justificado trae como consecuencia la no aplicación de una sanción penal, anulando la antijuricidad del acto, pues, existen conflictos de bienes jurídicamente protegidos de un mayor orden.

“En algunos casos, el bien jurídico renuncia a la protección normativa o retrocede ante la presión que ejercen sobre él intereses más importantes en el caso concreto. El bien que deja de ser merecedor de protección atrae la norma hacia sí y con ello la norma retrocede: ella ya no exige seguir protegiendo al bien jurídico, ni tampoco mantener el juicio de desvalor para el caso de ataque a éste. El tipo deja entonces de tener el indicio de antijuricidad que cargaba y pasa a ser una forma hueca; como consecuencia, la acción es lícita”. (Donna, Teoría del Delito y de la Pena, 1995, pág. 128)

Cada causa de justificación presenta particularidades, mismas que permiten diferenciar las unas de otras. En el caso de que exista la concurrencia de los presupuestos fácticos que van en desmedro de la norma legal que regula la actuación de las personas, se otorga al ciudadano la posibilidad de repeler las agresiones ilegítimas, como es la legítima defensa; en el caso de que se sacrifique un bien jurídico de menor valor para el orden social se encuentra justificado por el estado de necesidad; y, cuando se permite ciertos actos lesivos, existe un consentimiento.

Al hablar del Estado constitucional de derechos donde se respeta de manera directa los principios

constitucionales, y se exige a los ciudadanos el respeto al orden jurídico, se espera por parte del Estado el respeto a las libertades dentro de las actuaciones que faculta la ley, pero así mismo se exige al Estado garantice las causas de justificación cuando se ponga en riesgo su bien jurídico tutelado.

CAPÍTULO II. ARTÍCULO 130 DEL CÓDIGO PENAL

2.1 Antecedentes históricos

En 1960 el proceso electoral determinó como presidente de la República del Ecuador al doctor José María Velasco Ibarra, siendo este su tercer mandato, en estos años el país se encontraba sufriendo una grave crisis económica especialmente en el sector agrícola (banano y cacao).

Debido a las huelgas estudiantiles y obreras una vez más el ex Presidente del Ecuador, doctor Velasco Ibarra, no concluyó su mandato y fue removido del cargo por las Fuerzas Armadas, perdiendo totalmente el poco Estado constitucional que se vivía en ese entonces.

Estos hechos dieron paso a que el doctor Carlos Julio Arosemena Monroy, Vicepresidente, ocupara el cargo de Jefe de Estado, lamentablemente no pudo sacar al país del abismo en el que se encontraba y, más bien, fue desprestigiado por sus “vicios masculinos” ganando protagonismo por ciertas prácticas que de acuerdo a sus detractores iban en desmedro de las buenas costumbres, lo que sirvió de pretexto para que en julio de 1963 sea depuesto de su cargo, asumiendo el poder la Junta Militar de Gobierno, presidida por el Almirante, Ramón Castro Jijón.

Comenzaron así los años de dictaduras militares que iniciaron con una “reforma” en las organizaciones públicas, creando un Estado más obeso, se acrecentó el presupuesto general del Estado, “reforma” que pretendió llegar a todos los campos y, sin duda, como ha sido un mal de los gobernantes de Ecuador, han pretendido que la justicia responda a sus intereses con la finalidad de volverse “intocables” y perseguir a quienes se oponen a su mandato.

En estas circunstancias se comenzó a aplicar el Código Penal expedido el 22 de Abril de 1960, por el Congreso Nacional. Este cuerpo legal establece ya bajo el título “DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD INTERIOR DEL ESTADO” una tipificación y sanción penal para el delito materia del presente estudio. Esta tipificación se encontraba en el Art. 128 y reza:

“El acto que tenga por objeto destruir o alterar la Constitución de la República, o deponer al Gobierno constituido, o impedir la reunión del Congreso, o disolverlo, será reprimido con reclusión mayor de cuatro a ocho años.- El acto existe desde que hay tentativa punible”

El artículo 130 del Código Penal hasta la fecha en la que entró en vigencia el nuevo Código Orgánico Integral Penal, cumplió 53 años de vigencia. Se puede hablar, entonces, de una norma penal supuestamente “perfecta” porque ha sido hecha para durar, pues incluso en las reformas realizadas hasta el 2013, se encuentra íntegro el texto de este artículo, y no ha sufrido modificación alguna. Ya no así en el Código Orgánico Integral Penal, mismo que entrará en vigencia en agosto del 2014.

Uno de los fundamentos básicos del derecho es que no es estático, que siempre va en constante desarrollo y tiene una simple razón lógica: los tiempos cambian y las sociedades también. Por lo tanto, las leyes deben ir rigiendo los diferentes comportamientos de las sociedades y su desenvolvimiento dentro de un conglomerado humano, pues las normas legales pierden su eficacia jurídica con el pasar del tiempo.

El comportamiento de las personas y la tipificación de los delitos se encuentran en constante cambio, por factores externos e internos que son estudiados por varias ciencias asociadas al

derecho, como la criminología, y la sociología jurídica. Un claro ejemplo tenemos el femicidio, algo que no se encontraba tipificado en el Código Penal, y resultado de la presión ejercida por parte de movimientos sociales y la opinión pública, fue incluido dentro del nuevo Código Orgánico Integral Penal. Caso semejante se presenta con el sicariato, delito que está ya tipificado el Código Penal como un homicidio intencional por precio o remuneración; pero, que el Estado “garantista” Ecuatoriano, en el Código Orgánico Integral Penal, ya crea un tipo penal independiente tipificado y sancionado en el artículo 143.

Es por esta razón que el presente tema debe estudiarse con mayor profundidad; pues, hay una coincidencia en la época que fue introducido el delito del atentado contra la seguridad interna del estado al Código Penal con el presente; pues en los dos momentos han sido usados como medio de amedrentamiento a la sociedad civil.

Pero así como existe similitud tenemos la diferencia, y es que en la actualidad encontramos la corriente garantista de los derechos y un completo desarrollo de los Derechos Humanos, lo que hace 53 años se vivía dentro de una dictadura, sin ningún respeto a los derechos de las personas.

2.2 Elementos del tipo penal

Los elementos del tipo penal no son otra cosa que la construcción, en sí, de la tipificación de un hecho que riñe en ciertas ocasiones contra las buenas costumbres, como es el caso de la contravención de cuarta clase, que habla de las personas que faltaren de cualquier modo con palabras, gestos, etc, a sus ascendientes, serán sancionados con prisión y multa, o solo una de

ellas pero, así mismo, hay actos que atentan en contra de un bien jurídico protegido, como es la vida, consecuentemente encontramos los elementos objetivos descriptivos y los normativos, los cuales deben ser valorados profundamente por los legisladores al momento de crear la norma penal.

“Podemos, pues, definir el tipo penal como la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible. La abstracción se refiere al contenido general y amplio de la conducta normada para que dentro de su marco quepa el singular y concreto comportamiento; la connotación descriptiva puntualiza el carácter preferentemente objetivo del tipo, y dicese preferentemente, porque algunas veces aparecen en él referencias normativas y subjetivas” (Reyes Echandía, 1999)

Peña Cabrera Freyre pag. 111 en su obra Derecho Penal Peruano, Teoría General de la Imputación del Delito nos manifiesta:

“La tipicidad es la coincidencia plena entre el hecho cometido con la descripción abstracta descrita en el tipo penal, que es presupuesto de pena. Siendo la misión primordial del Derecho Penal la protección de bienes jurídicos, los tipos penales deben ir contenidos sólo por aquellas conductas que por la lesividad social que entrañan son consideradas intolerables por los miembros de una determinada sociedad, apareciendo como una instancia de control y garantía para los ciudadanos”. (Cabrera Freyre, 2005)

En resumen se puede entender al delito cómo una acción u omisión que se adecúa a un tipo penal, esto es que la acción, se encuentra prohibida por una norma escrita, y una omisión un acto que teniendo la obligación de realizarlo no se materializa; es así que el tipo penal permite identificar el comportamiento prohibido o permitido a la persona. Siendo sancionado cuando la acción va de manera conjunta con la persona, pues se reunieron los elementos que caracterizan al

comportamiento como contrario a la norma, razón por la cual es sancionado punitivamente.

El tipo penal establece presupuestos que condicionan la aplicación de una pena, presupuestos que deben regirse por el principio de legalidad con la máxima *nullum crimen sine lege*, y la reserva de la Ley que otorga al Estado el poder punitivo creando normas penales a través del poder legislativo. Así el tipo cumple una función informativa, pues se dirige a todos los ciudadanos señalando de manera exacta qué actos son desvalorados por el Derecho Penal, eliminando tipos penales abiertos y limitando la interpretación extensiva de la norma.

Se debe tomar en cuenta que el tipo penal cumple también una función garantista, que va perfectamente de la mano con el Estado constitucional de derechos y justicia que viene rigiendo en el Ecuador.

La Carta Magna en los numerales 3 y 5 del artículo 76 establece:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia al trámite propio de cada procedimiento (...) En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora”.

Las garantías mencionadas en los párrafos anteriores son de estricto cumplimiento para los administradores de justicia pues el art. 426 *ibídem* manda:

“Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.- Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.”

En conclusión, las funciones que cumplen los numerales 3 y 5 del artículo 76 de la Constitución del Ecuador, es la de limitar el poder punitivo del Estado; pues, no se permite que exista la aplicación de penas que no se encuentren tipificadas y sancionadas en la ley penal, así mismo se busca que la persona reciba un juicio justo.

“... Nos anima, en suma, el ideal, que ningún inocente sea enjuiciado y condenado, que las víctimas de los delitos sean adecuadamente atendidas y reparadas y que las personas que han cometido infracciones tengan todos los derechos durante el juicio y cumplan penas útiles y proporcionales a la infracción que cometieron” Néstor Arbito Chica Ex Ministro de Justicia y Derechos Humanos, y actual Vocal del Consejo de la Judicatura, Anteproyecto del Código de Garantías Penales.

El límite del poder punitivo mencionado tiene un amplio alcance. Exige que las normas penales deben ser dictadas de acuerdo a la Constitución, sin contravenir sus normas expresas, de esta manera llegaron a tener una validez y eficacia jurídica, norma que en el caso penal debe explicarse de manera precisa, pues si la conducta no se ajusta a lo tipificado en la norma no hay

delito, recordando además que se encuentra prohibida la interpretación extensiva de la ley penal.

La antijuricidad y el tipo penal: La antijuricidad son acciones que van en contra de la normativa legal. Esta conducta atípica conduce a la antijuricidad que solamente puede ser desvirtuada por las causas de justificación. Es importante indicar que no todas las acciones típicas llegan a ser antijurídicas; pues, dicha acción se puede encasillar en una causal de justificación, con lo cual sería infructuoso continuar con el análisis de la conducta de la persona, cosa que no se da cuando la conducta típica no está justificada, en cuyo caso se continuará con el estudio de la conducta humana por medio de la teoría de atribuibilidad; es decir, la responsabilidad de la persona por el hecho, y la teoría de culpabilidad como juicio de reproche por el hecho.

Una vez explicado en lo que consiste el tipo penal, puede definirse sus elementos: a) descriptivos; y, b) normativos

Los elementos descriptivos: Es el detalle de los hechos que pueden ser percibidos de manera fácil por los sentidos, que no se necesita de un análisis valorativo, pues se los debe entender en su sentido más literal y usarse un lenguaje común para obtener su significado, como por ejemplo: el que roba, quien da muerte a una persona, etc...

Estos elementos se refieren a seres, objetos o actos percibidos por los sentidos, es decir, el legislador en este caso simplemente deja su significado natural a lo que es percibido por los sentidos.

Los elementos normativos: Ya en este tipo de elementos entramos a realizar un juicio de valor de manera minuciosa.

“El juez se debe remitir a normas y padrones valorativos extraños al tipo penal, que se encuentran en otros ordenamientos del orden jurídico, como la ética social vigente en la sociedad o en los usos y costumbres. Los ejemplos que el mismo Cerezo Mir trae en abono de su concepto son realmente claros. En los delitos contra el honor, especialmente en el caso del delito de injuria, el concepto de lo que significa el descrédito o la deshonra exige una clara referencia no sólo a las circunstancias de tipo social, sino a las costumbres del grupo de pertenencia de la persona agraviada por la injuria...” (Donna, 1995)

La valoración que se realiza en este punto no es algo que pueda ser percibido por los sentidos, se la hace extrayendo los componentes del ordenamiento jurídico; es así que el juez ya sanciona en base a normas que han sido señaladas como extrañas para una convivencia social del buen vivir, o sus usos y costumbres. La función de estos elementos no son los de comprobar un hecho sino de establecer si la persona o los hechos van en contra de un derecho, estableciéndose así un juicio de valor de las cosas.

Una vez que han sido revisados los elementos del tipo penal, obligatoriamente debemos revisar la clasificación de los tipos:

1) Por su estructura:

a) Tipo básico.- Es cuando el legislador detalla ciertos modelos de comportamiento de las personas que han sido elegidos; pues van en contra del orden jurídico y social, y se los presume dañinos para la sociedad, consecuentemente son prohibidos por la ley. Por decir un ejemplo, las lesiones.

b) Tipo derivado.- Aquí se encuentran elementos que permiten crear un accidente en la gravedad del ilícito o en la atenuación de un hecho. Este plus que se agrega a los delitos se encuentra en cierto tipo de delitos, como por ejemplo el robo calificado; pues, ya no recibe la misma sanción que un robo simple.

2) Por la relación entre acción y objeto de la acción, que se deriva en:

a) Tipo de resultado.- Para que un delito sea sancionado es necesario que exista una afectación de manera real al bien jurídico protegido; pues la conducta del agente debe necesariamente terminar en lo deseado; aquí no se tipifica la tentativa sino la consumación del hecho. Podríamos hablar de una estafa, donde la persona conoce que existe una figura penal que sanciona el aprovecharse de valores económicos de otro; sin embargo, lo hace con la finalidad de hacerlos pasar por suyos y dar el uso que más convenga a sus intereses, sin la intención de restituirlo a su verdadero dueño; y,

b) Tipo de mera actividad.- En este tipo de delitos no se necesita la producción de un resultado; pues el delito ya se comete con la sola actividad del agente; aquí se tipifica el hecho puesto que hay un alto grado de peligrosidad en que se viole un bien jurídico. Ejemplo, en el Código Penal se tipifica y reprime la figura de la tentativa de asesinato al Presidente de la República; este delito se configura con la práctica de actos idóneos, que de una manera inequívoca atenten contra la vida del Presidente de la República. Al respecto la Sala Temporal Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia manifiesta:

“IV a) la tentativa. No es un delito puesto que no consta en la parte especial de nuestro Código Penal, configura un 'dispositivo amplificador del tipo penal' aplicable a casi todas las infracciones que los autores no logran consumar. Nuestro Código Penal para calificar una acción

como tentativa exige un comienzo de ejecución, postura que viene del Código Penal francés de 1810 y cuyo origen se remonta a los prácticos italianos. El Art. 16 del Código Penal, dice: 'Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consumó o el acontecimiento no se verifica'. Del texto de la norma se infiere que la tentativa requiere el concurso de tres elementos: 1. Resolución Criminal. 2. Comienzo de Ejecución. y 3. Falta de consumación". (Violación en el grado de tentativa, 2012)

El Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de fecha lunes 10 de febrero del 2014, en su artículo 341 referente a la tentativa de asesinato contra la o el Presidente de la República, aumenta la pena privativa de la libertad pasando de ocho a doce años de reclusión mayor, a privación de libertad de diez a trece años; tipificación concordante con el art. 39 ibídem, que dice: *"Tentativa es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito"*.

3) Por el objeto de la acción: a) Tipo de lesión: En este tipo de delitos, para que la persona responda y sea sentenciada por un acto delictivo se requiere que haya un resultado dañoso; un claro ejemplo son las lesiones; pues al haber una persona recibido una agresión física se está causando un daño en su integridad, consecuentemente, una incapacidad para desarrollar sus actividades cotidianas, ya sea de manera temporal o indefinida, y.

b) Tipos de peligro: Es decir, que no se necesita la producción de un daño al bien jurídico protegido, sino que exista un peligro de sufrir cierto tipo de lesión que se quiere evitar. b. 1) El peligro concreto.- Que se da cuando hay un alto índice de que se produzca un daño, por ejemplo, conducir bajo los efectos del alcohol; y, el b. 2) Peligro abstracto.- Tipo penal que simplemente

representa un peligro por sí mismo, no se necesita que el grado de peligrosidad sea verificado, como es el caso de conducir, que de por sí ya es peligroso porque no sabemos en qué momento puede ocurrir un accidente de tránsito.

4) Por las formas de cometimiento: a) Tipos de comisión.- La comisión se da cuando la persona, pese a conocer que una conducta se encuentra prohibida, lo realiza sin importar sus consecuencias; es decir, es un delito en el cual el acto se hace positiva la acción. Por ejemplo, la destrucción de bienes y servicios públicos, la persona pese a que conoce que es prohibido destruir un bien público, acude al mismo y en señal de protesta al régimen de turno realiza actos vandálicos, como destrucción de puertas de acceso; b) Tipos de omisión: b.1) Omisión simple o propia.- Para que exista una sanción en este tipo de delito, la norma lo que manda a la persona es que realice un acto que lleve a evitar la violación de un bien jurídico protegido, hay que tener muy claro que esta omisión no significa inactividad, sino todo lo contrario, nos ordena que realicemos una actividad; como por ejemplo, la obligación de todas las personas a poner en conocimiento de las autoridades pertinentes el cometimiento de un hecho antijurídico. b.2) La Omisión Impropia.- En este caso, la persona deja de hacer una acción que estaba obligada a hacerlo; pues, el tipo penal establece que existe una obligación entre el agente y el sujeto pasivo, teniendo como finalidad evitar que se produzca un acto que vaya en contra de la ley. Algunos doctrinarios llaman al sujeto activo de la acción “garante”. Un caso concreto es un Policía Nacional que ve cómo se materializa un crimen y no hace nada por detener a la persona, sino que simplemente se queda como mero espectador.

5) Por los bienes jurídicos protegidos: a) Simples.- Se da cuando el daño se efectiviza sobre un

solo bien jurídico, ejemplo lesiones; y, b) Compuestos.- En este caso se protege un bien jurídico determinado; pero, que por su consecuencia se lesiona otros derechos protegidos, como es el caso del robo agravado que no solo afecta al patrimonio de la persona sino también atenta contra su vida o su integridad física; y,

6) Por el sujeto del delito.- La mayoría de los delitos han sido tipificados sin un sujeto activo calificado; es decir, el cometimiento de un injusto puede ser cometido por cualquier persona, ya que el agente no debe tener ciertas características para ser calificado como sujeto activo del acto. Los legisladores, para describir al agente, simplemente lo califican como “*La persona que cometa el hecho...*”, es decir aquí nos referimos a un universo, no a determinado grupo, caso contrario pasa cuando existe un sujeto calificado en la comisión del injusto penal; pues, en este tipo de casos para ser considerados como sujetos activos del hecho, deben estar investidos de una característica especial, como por ejemplo, si hablamos de un delito de prevaricato se necesita un agente calificado, como un Juez, o en el caso de cohecho o concusión, como sujeto se tiene a un funcionario público.

En todo tipo de hecho delictivo se tiene un sujeto activo y el pasivo; “*Cuello Calón considera como sujeto pasivo al 'titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito'. Sosa Chacín, por su parte, manifiesta: 'La abstracción hecha por el legislador en el tipo legal que describe el concepto donde puede encajar cualquier ente contra el cual se dirige la acción del sujeto activo, y a quien pertenece el derecho o interés lesionado'. Nosotros entendemos por sujeto pasivo al titular del interés que resulta vulnerado por la conducta del agente*” (Reyes Echandía, 1999, págs. 42-43).

Concluyendo así que todas las personas tienen un bien jurídicamente protegido, y que al momento de ser vulnerado este bien será considerado como sujeto pasivo del delito.

Entendidos los elementos del tipo penal es necesario describir detalladamente los elementos del artículo 130 del Código Penal, revisando desde el sujeto activo hasta sus circunstancias constitutivas.

Art. 130 Código Penal: “El que en cualquier forma o por cualquier medio se alzare contra el Gobierno, con el objeto de desconocer la Constitución de la República, deponer al Gobierno constituido, impedir la reunión del Congreso o disolverlo, o provocar la guerra civil, será reprimido con reclusión mayor de cuatro a ocho años. El acto existe desde que hay tentativa punible”.

Sujeto Activo del delito: *“El que”*, es decir cualquier persona puede ser el agente que cometa el injusto, en este delito no se necesita de un sujeto calificado, así como tampoco se necesita de una pluralidad de personas que ejecuten los actos.

Sujeto Pasivo del delito: se alzare *“contra el gobierno”*; es decir, quien va a ser afectado en su bien jurídico protegido es el Estado ecuatoriano en sí mismo, teniendo de esta manera un sujeto pasivo calificado.

Bien jurídico protegido: *“desconocer la Constitución de la República, deponer al Gobierno constituido, impedir la reunión del Congreso o disolverlo, o provocar la guerra civil”*, y en consecuencia el bien jurídico protegido es la paz interna del Estado, la seguridad jurídica y las

instituciones del Estado, no como edificaciones, sino como organización político jurídico; es decir el Estado constitucional de derechos.

Verbo rector: *“El que en cualquier forma o por cualquier medio se alzare”*; es decir, en este delito se requiere de una acción por parte del sujeto activo.

Circunstancia de lugar: No existe un lugar determinado, ya que en cualquier lugar del país pueden realizarse estos actos.

Circunstancias de tiempo: En el delito que se analiza, es necesario que el acto se lleve a determinada hora del día o en cierta fecha, toda vez que la finalidad es impedir la reunión del Congreso, misma que debe estar fijado día y hora con anterioridad.

Lo contrario sucede en los demás casos como son: desconocer la Constitución, deponer al gobierno, o provocar la guerra civil, ya que estos casos se pueden llevar a cabo en cualquier momento el delito de atentar contra la seguridad interna del Estado.

Circunstancias de modo: Para el caso en revisión, no se necesita un medio específico para su cometimiento; por eso es que se menciona en el referido artículo que el delito puede cometerse por cualquier medio o por cualquier forma; es decir, puede o no puede existir violencia o engaño para que se configure el delito.

Circunstancias de ocasión: Tampoco se necesita de un momento determinado para ciertos actos.

2.3 Obligaciones constitucionales del legislador al momento de crear normas penales

Se debe empezar indicando que el país luego del cambio del marco constitucional realizado en el año 2008, pasó de tener el llamado Congreso Nacional a la actual Asamblea Nacional, misma que se mantiene como unicameral; y que entre sus funciones establecidas en la Carta Magna del Estado tienen la de expedir, codificar, reformar y derogar leyes.

La primera obligación que tiene el legislador al momento de crear una norma es verificar que éstas sean de interés común; es decir, que vayan en beneficio de todos, y no solo de cierto grupo de personas, ya que si violara dicha obligación la misma se podría tornar en inconstitucional debido a que quebrantaría el derecho a la igualdad ante la ley, principio que es recogida en el artículo 132 de la Constitución ecuatoriana.

Para la elaboración de una ley penal el legislador deberá tomar en cuenta lo manifestado en el artículo 75 *ibídem*; esto es, el derecho al acceso a la tutela efectiva, que será imparcial y expedita a los derechos e intereses, justicia que deberá regirse por varios principios como: la inmediación, celeridad y mínima intervención penal.

Así mismo, deberá respetar la norma penal el principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 76 numeral 2 de la Constitución, que dicho sea de paso, se encuentra en plena concordancia con el artículo 8 numeral 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José”, convención que se encuentra suscrita el 22 de noviembre de 1969 y ratificada por el estado ecuatoriano el 28 de diciembre de 1977; es decir, el legislador al momento

de crear una norma penal, debe aceptar que todos los ciudadanos radicados en el país son inocentes; y que esta calidad la pierden siempre y cuando hayan recibido una sentencia condenatoria en firme, declarando la culpabilidad en el cometimiento de un delito ya sea de acción pública o privada.

Ya desde hace miles de años la Ley del Tali3n “Ojo por ojo, diente por diente”, venía hablando de la proporcionalidad, es as3 que Cesare Beccaria con su obra “De los delitos y las penas”, refuerza esta teor3a surgiendo as3 el “Principio de proporcionalidad de la pena”, tal es la importancia que el principio se ha venido desarrollando constantemente y es recogido por los Asamble3stas Constituyentes, quienes establecieron en nuestra carta madre en su art3culo 76 numeral 6 lo siguiente: *“La ley establecer3 la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”*.

Explicado en otras palabras, el principio de proporcionalidad hace referencia a la determinaci3n de una pena cuando se ha vulnerado un bien jur3dico protegido; la pena deber3 tener conformidad y ser3 determinada conforme a la jerarqu3a del bien jur3dico protegido que ha sido lesionado, estableciendo as3 una pena m3s fuerte para los delitos contra la vida, la salud o la libertad de las personas.

El C3digo Org3nico Integral Penal dentro de su exposici3n de motivos refiere:

“El art3culo 76 de la Constituci3n ordena aplicar proporcionalidad a las personas, es decir que debe existir cierta relaci3n coherente entre el grado de vulneraci3n de un derecho y la gravedad

de la pena. Para esta determinación, se toman en cuenta criterios como la relevancia del bien jurídico protegido, su grado de vulnerabilidad, el grado de conmoción social, situaciones de riesgo para la comunidad, la vulnerabilidad del sujeto pasivo, entre otros.”

Las normas penales deben tener también una función preventiva; es decir, que no se espere el cometimiento de un delito para que pueda ser sancionada la persona, sino que debe evitar que suceda la violación a un bien jurídicamente protegido, con lo que podría disminuir en el país el alto índice de cometimientos de delitos.

Por otro lado las leyes penales deben tomar en cuenta a la víctima que ha sufrido las consecuencias de un delito, así el artículo 78 de la Constitución prohíbe la revictimización a la persona que ha sido sujeta de una violación a un derecho reconocido por la ley; por lo tanto, los legisladores deben procurar que en el proceso penal no se revictimice a los sujetos pasivos del injusto, especialmente dentro de los procesos penales donde se les pide por parte de Fiscalía dos o tres veces rendir su versión sobre los hechos de los cuales ha sido víctima la persona.

Pero qué pasa cuando la persona sufre la violación a su bien jurídico protegido, reconocido constitucionalmente como: El honor, la integridad física, etc., y el hecho punible es llevado a conocimiento de la Fiscalía. En la práctica se narra en primer lugar al auxiliar que toma la denuncia, luego es llamado a rendir su versión ante un Fiscal, luego es llamado de oficio o a petición de parte para una ampliación de la versión; y, así sucesivamente. Ya en etapa de juicio tendrá que acudir a la audiencia de juzgamiento y dar su testimonio propio sobre los hechos, esta persona ha sido revictimizada no solo una vez sino en varias ocasiones; por lo tanto, el legislador debe limitar y evitar excesos legales para que la persona no sea revictimizada, y así garantizar la

protección a las víctimas y testigos, como lo establece la Carta Madre.

Otro de los requisitos a ser considerado por los legisladores es la limitación que tiene el Estado para imponer penas y sanciones, -limitar el poder punitivo del estado-, ya que se encontraría en desventaja un procesado al momento de ser enjuiciado debido a que todo el peso del poder estatal estaría en su contra, derivando en una especie de lucha de poderes, el más fuerte contra el más débil. Para que esto no suceda, los legisladores deben establecer un límite máximo al cual el Estado puede llegar en la persecución de un delito penal. Límite que es garantizado con el debido proceso y los principios constitucionales antes referidos.¹⁰

Para que se cumpla con las finalidades penales, la norma debe observar que la persona que está cumpliendo una pena, al mismo tiempo debe obtener una rehabilitación social; pues, la Constitución establece en su artículo 201, el derecho a la rehabilitación social de la persona que ha sido declarada culpable por un delito, rehabilitación social que nos conducirá a la reinserción en la sociedad y así evitar la reincidencia en el cometimiento de otro injusto.

¹⁰ Ver Código Orgánico Integral Penal exposición de motivos “*En la gran reforma penal integral, hay que considerar que la Constitución reconoce múltiples derechos, más que ninguna otra en el constitucionalismo ecuatoriano, y establece que el sistema normativo es una garantía más que ofrece el Estado para promoverlos, al determinar que toda autoridad pública que tiene competencia para normar tiene la “obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas, ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”*”

2.4 Análisis comparativo entre el art. 130 del Código Penal y 336 del Código Orgánico Integral Penal.

Artículo 130 Código Penal	Artículo 336 Código Orgánico Integral Penal
<p><i>Art. 130.- [Atentado contra seguridad interior del Estado] El que en cualquier forma o por cualquier medio se alzare contra el Gobierno, con el objeto de desconocer la Constitución de la República, deponer al Gobierno constituido, impedir la reunión del Congreso o disolverlo, o provocar la guerra civil, será reprimido con reclusión mayor de cuatro a ocho años.</i></p> <p><i>El acto existe desde que hay tentativa punible</i></p>	<p><i>Artículo 336.- Rebelión.- La persona que se alce o realice acciones violentas que tengan por objeto el desconocimiento de la Constitución de la República o el derrocamiento del gobierno legítimamente constituido, sin que ello afecte el legítimo derecho a la resistencia, será sancionada con pena privativa de la libertad de cinco a siete años.</i></p> <p><i>La persona que realice uno o varios de los siguientes actos, será sancionado con pena privativa de la libertad de siete a diez años.</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. Se levante en armas, para derrocar al gobierno o dificultar el ejercicio de sus atribuciones.</i> <i>2. Impida la reunión de la Asamblea Nacional o la disuelva.</i> <i>3. Impida las elecciones convocadas.</i> <i>4. Promueva, ayude o sostenga cualquier movimiento armado para alterar la paz del Estado.</i>

En el actual Código Penal, el delito de atentado contra la seguridad interna del estado se encuentra en el libro II, dentro del título de los delitos contra la seguridad del estado, pero ya el nuevo Código Orgánico Integral Penal, que regirá a partir del mes Agosto del 2014, al delito en mención lo contiene en su Capítulo sexto bajo el título “Delitos Contra la Estructura del Estado Constitucional de Derechos”; aquí ya se habla de que los actos constitutivos del injusto deben ir

dirigidos en contra de la estructura, esto es de las instituciones que conforman el Estado, así el tipo penal deja de ser tan amplio como lo venía tipificando el anterior Código.

Por otro lado, y haciendo un avance, el Código Orgánico Integral Penal refiere a que es un delito contra la estructura del estado constitucional, es decir solo se puede sancionar a una persona del cometimiento del delito de Rebelión, si en el país gobierna un Estado Constitucional; por lo que esta disposición penal no contempla la protección a gobiernos nacidos de dictaduras, o que no hayan sido legítimamente constituidos, hecho que el Código Penal no preveía, pues sancionaba a toda persona que se alzase contra un Gobierno constituido, pudiendo ser un Gobierno de facto que se encuentre de turno.

Dentro del artículo 336 del Código Orgánico Integral Penal, se reconoce a las personas su legítimo derecho a la resistencia, establecido en el artículo 98 de la Constitución de la República, entendida esta como: la facultad de los ciudadanos por medio de la cual se permite ejercer oposición con el fin de garantizar el respeto y ejercicio de la Constitución y los Derechos Humanos, que se crean vulnerados, o a su vez hacer cumplir el reconocimiento de nuevos derechos. Es así que la persona sería cobijada por una causal de justificación por alzarse de manera pacífica en contra del Gobierno, pues su actuación se enmarcaría dentro del derecho a la resistencia.

Lo que se mantiene en el artículo 336 del COIP es la inentendible tipificación referente a la reunión de la Asamblea Nacional, esto se da, porque mantiene los mismos errores de su antecesor el artículo 130 del Código Penal, ya que este tipo penal se presta para múltiples interpretaciones,

pese a que la norma penal no puede ser interpretada de manera extensiva, la tipificación o redacción es inexacta, empecemos analizando el término “reunión”, la Real Academia Española, la define “*Congregación de personas o de cosas. Acto en que se reúnen un conjunto de personas, particularmente para tratar algún asunto.*”; mientras que sesión es: “*Junta o reunión de un concilio, congreso u otra corporación*”, el error se da toda vez que la Asamblea Nacional jamás se reúne, sino sesiona, tal es así, que dentro de las facultades de la Presidenta o Presidente de la Asamblea está la de convocar, instalar, presidir, etc, las sesiones ordinarias y extraordinarias del Pleno y del Consejo de Administración Legislativa, así como proponer el orden del día en las sesiones, el abrir o cerrar los debates en las sesiones.

El incorporar la palabra “sesionar” en la Ley Orgánica de la Función Legislativa y no reunirse tiene una razón lógica, porque reunirse puede ser hecho por un grupo de Asambleístas, quienes al momento de su almuerzo decidan reunirse para conversar sobre asuntos personales, y si el Presidente de la Asamblea dispone que no se pueden reunir porque son de otra bancada legislativa, se estaría cometiendo el delito de Rebelión, ya que sencillamente se está impidiendo su reunión.

Hecho muy diferente es que se sesione; pues para esto se debe ostentar una calidad y en el caso en análisis es ser Asambleísta, y además se debe cumplir con determinadas formalidades, pero vamos más allá, se debería especificar a qué tipo de “reunión” se refiere el Código Orgánico Integral Penal, a la “reunión” de Pleno, a la “reunión” de una Comisión, a la “reunión” de un grupo de Asambleístas para comentar sobre la comida que les dieron en la visita a algún lugar. Es decir el tipo penal es demasiado amplio, y no requiere de mayor análisis para darnos cuenta que

existen falencias, causando incertidumbre por su amplitud.

Debe notarse además, que dentro del Código Orgánico Integral Penal, el artículo 336 no solo sanciona a quienes se alzaren contra el gobierno, impidan la reunión de la Asamblea Nacional o provoquen la guerra civil; sino que establece ya circunstancias constitutivas del tipo a ser sancionados con una pena mayor que va de siete a diez años de privación de la libertad, y así tenemos: 1. A quien se levante en armas, para derrocar el gobierno o dificultar el ejercicio de sus atribuciones; 2. Impida la reunión de la Asamblea Nacional o la disolución; 3. Impida las elecciones convocadas; y, 4. Promueva, ayude o sostenga cualquier movimiento armado para alterar la paz del Estado.

Con respecto al impedimento de las elecciones convocadas, no existe una disposición legal en la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones de la República del Ecuador Código de la Democracia, simplemente se sanciona a quienes perturben o alteren el desarrollo normal de las elecciones, pero no a quien impida las elecciones como manifiesta el Código Orgánico Integral Penal.

La diferencia que existe entre el artículo 130 del Código Penal con el artículo 336 del Código Orgánico Integral Penal, referente a la existencia del delito desde la tentativa punible, es que mientras el Código Penal no exige un resultado en el cometimiento del delito, el Código Orgánico Integral Penal, refiere a un delito de resultado, es decir para ser sancionado como delito debe existir un resultado y no solo una mera expectativa del mismo.

Así mismo el artículo 130 del Código Penal refiere a la guerra civil, término que dentro del Diccionario Militar de la Fuerza Terrestre, lo define como: *“Guerra interna desencadenada por nacionales de un país contra el gobierno, para sustituirlo o, por lo menos, forzarlo o modificar su política; o entre esos mismos grupos nacionales, en disputa del poder o en busca de una situación relativa más favorable./ Forma de guerra interna que se lleva a cabo entre grupos rivales de un país en disputa del poder”*. Mientras que el Código Orgánico Integral Penal, refiere a promover, ayudar o sostener un movimiento armado con la finalidad de alterar la paz del Estado, que no es otra cosa que mantener el orden interno del país, es decir evitar la violencia que se pueda derivar de manifestaciones, paros, levantamientos, sediciones, que provengan de manera local, o nacional, y que tengan como fin alterar la paz, el orden y la seguridad ciudadana, se puede decir entonces que el numeral cuarto del artículo 336 del Código Orgánico Integral Penal, lleva la misma finalidad del artículo 130 del Código Penal.

Pero qué pasa si en este alzamiento que refiere tanto el Código Penal como el Código Orgánico Integral Penal se da la muerte de una o varias personas, el artículo 21 del Código Orgánico Integral Penal, prevé esta circunstancia y dice: ***“Concurso ideal de infracciones.- Cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave”***, es así que el responsable del delito de rebelión que de la muerte a otra persona responderá por los cargos de asesinato, homicidio, homicidio culposo, etc, según sea el caso.

CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LA ESTRICTA JURISDICCIONALIDAD EN EL CASO “30-S”

3.1 Antecedentes fácticos del caso

Con fecha 02 de julio del 2009, mediante oficio No. T1919-SGJ-09-1643, suscrito por el Presidente de la República Rafael Vicente Correa Delgado, mismo que es dirigido al Presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, se remite el “proyecto de Ley Orgánica de Servicio Público”; el cual pasa al Consejo de Administración Legislativo (CAL), quienes emiten la resolución No. AN-CAL-09-002 de fecha 05 de Agosto del 2009, y, reasigna el Proyecto de Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de Remuneraciones del Sector Público, a la Comisión Especializada de los Derechos de los Trabajadores y Seguridad Social.

El 13 de octubre del 2009, mediante oficio No. CDTSS-NV-2009-256, la Comisión Especializada de los Derechos de los Trabajadores y Seguridad Social, remite al entonces presidente de la Asamblea Nacional, arquitecto Fernando Cordero, el informe para primer debate en el Pleno de la Asamblea Nacional; mismo que se hace efectivo en sesión de pleno de 22 de noviembre del 2009.

Realizada la sesión de pleno en la que se lleva a cabo el primer debate, se presenta por parte de varios asambleístas, organizaciones sociales y del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, observaciones al proyecto de Ley Orgánica de Servicio Público.

El 10 de junio del 2010, dentro del orden del día se encuentra el segundo debate del proyecto de Ley Orgánica de Servicio Público, mismo que se lleva a cabo y es suspendido por el ex Presidente de la Asamblea Nacional para continuar, el debate el 16 de junio del 2010, que concluye el día indicado a las 13h06, es así que el proyecto de Ley queda listo para ser aprobado en sesión que se debía llevar a cabo el 30 de septiembre del 2010.

Se debe indicar que dentro del órgano legislativo existía una bancada oficialista, misma que aliada con varios asambleístas independientes, llegaban a tener una mayoría al momento de votar en la promulgación de leyes; pero esta mayoría no siempre se encontraba dispuesta a votar favorablemente a los proyectos de ley remitidos por el Presidente de la República, es así, que en las ya conocidas “sabatinas”, el Primer Mandatario, en reiteradas ocasiones amenazó y desafió a los asambleístas con usar la figura constitucional establecida en el artículo 148 de la Carta Magna, conocida como la “muerte cruzada”, cuyo texto literalmente menciona:

“La Presidenta o Presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, ésta se hubiera arrogado funciones que no le competan constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; o si de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna...”.

Pues a su entender la actitud de los asambleístas no permitía que se ejecute el Plan Nacional de Desarrollo diseñado para un buen vivir de los ecuatorianos.

Dentro del proyecto de Ley, es importante indicar que entre otras cosas se dispone: que las Fuerzas Armadas del Ecuador, en sus 3 ramas, pasen a ser regidas por la nueva normativa legal; con lo cual dejaron de estar amparados con sus leyes específicas. Entre los actores sociales que se

sentían “perjudicados” por la aprobación de la ley, están las Fuerzas Armadas, pues a su criterio se estaba eliminando beneficios a los que se habían hecho acreedores con sus normas legales que venían rigiendo. Se habló así de un perjuicio en sus condecoraciones, de la privatización de las escuelas y colegios castrenses, mismos que pasaban a depender tanto económica como administrativamente del eje rector del Gobierno como es el Ministerio de Educación.

En estas circunstancias y sin existir precedente alguno, el 30 de septiembre del 2010 se lleva a cabo una manifestación de “brazos caídos” en la que miembros de la Policía Nacional al momento de realizar su formación en el Regimiento Quito No.1, deciden no salir a cumplir sus funciones en los diferentes repartos; y así inicia la revuelta policial que hoy ha sido denominada como “30S”.

Al ser una noticia pública los hechos que se desarrollaban el 30 de septiembre, el Presidente del Ecuador hace una aparición en el Regimiento Quito No. 1, aparición que lejos de dar una solución, causa un malestar entre los miembros Policiales que se encontraban en el citado lugar.

Transcurría la mañana, y en la Asamblea Nacional sus funcionarios se encontraban desarrollando sus actividades normales, hasta que se decidió por seguridad, a decir del ex Jefe de la Escolta Legislativa, cerrar las puertas de ingreso y proceder a solicitar las respectivas identificaciones a las personas que entraran al Palacio Legislativo, ya que existían marchas sociales que pretendían ingresar a esta institución pública.

En este evento de la mañana, el exjefe de la Escolta Legislativa, Coronel en Servicio Pasivo,

Edwin Rolando Tapia Coronado, al ser entrevistado por los medios de comunicación que cubrían los sucesos expresa su “solidaridad” para con los compañeros Policías que se encontraban “sublevados”, hechos que sirvieron para que la Presidenta Encargada de la Asamblea Nacional, doctora Carmen Irina Cabezas, suspenda la sesión que debía efectuarse en horas de la tarde de ese día.

Los hechos narrados son los que devienen en el inicio de un proceso legal en contra de varios Policías, por el delito de atentado contra la seguridad interna del estado.

3.2 Actuación de la Fiscalía en las fases y etapas del proceso.

El caso práctico en análisis, inicia mediante el oficio No. 453-2010 (1701018110090607-2010)-FGE-UIDFCAP-P-LEV, mismo que tiene fecha 30 de septiembre del 2010, en el cual el doctor Luís Enriquez Villacrés en su calidad de Fiscal FGE-UIDFCAP-P, pone en conocimiento del doctor Miguel Jurado, Fiscal de la Unidad Especial de Investigación de Delitos Financieros y Contra la Administración, lo siguiente: *“Toda vez que existen diferentes conductas tales como el impedimento evidente de la instalación de las sesiones ordinarias en la Asamblea Nacional; y, la destrucción violenta de las instalaciones de radio y televisión nacional, deléguese a los doctores Miguel Jurado Fabara y Gustavo Benítez Álvarez, Fiscales de la Unidad de Delitos Contra la Administración Pública la investigación fiscal de los hechos referidos,...”*, es así que se da inicio a la Indagación Previa No. 1701018110090607-MJF, el 01 de Octubre del 2010 a las 08H00, para investigar los hechos *“relacionados con los disturbios acaecidos en los exteriores del Palacio de la Asamblea Nacional, entre varios policías que integran la Escolta Legislativa de la Asamblea Nacional, quienes presuntamente habrían agredido e impedido el ingreso al interior de la Asamblea a varios señores*

Asambleístas, impidiendo que el órgano legislativo labore con normalidad,...”

Una vez iniciada la fase pre procesal, se solicita la recolección de varios elementos de convicción. Ya el 07 de octubre del 2010 a las 14h30, en la Sala de Audiencias de “delitos flagrantes”, ante la doctora Tania Molina González, en su calidad de Jueza Vigésimo Tercera de Garantías Penales de Pichincha, por encontrarse de turno, se lleva a cabo la Audiencia de Formulación de Cargos en contra del entonces Coronel de Policía Nacional Edwin Rolando Tapia Coronado, diligencia en la cual el ex Fiscal a cargo del caso Miguel Jurado Fabara, inicia su intervención indicando que el procesado, ha sido detenido el día miércoles 06 de octubre del 2010, a las 15h30, en circunstancias de que existía una orden de detención emitida por el doctor Galecio Luna Santacruz, Juez Vigésimo Cuarto de Garantías Penales de Pichincha; luego de esto manifiesta que existe evidencia recopilada de la cual se desprende suficientes elementos de convicción que llevarían a determinar una participación directa del justiciable Tapia Coronado; razón por la cual da inicio a la Instrucción Fiscal por el cometimiento del delito tipificado y sancionado en el artículo 130 del Código Penal, esto es atentado contra la seguridad interna del estado, así mismo, solicita como medida cautelar la prisión preventiva e indica que la duración de la Instrucción Fiscal es de 90 días por tratarse de “un delito no flagrante”.

Actuaciones judiciales que devienen en ilegales e inconstitucionales, pues a pesar de no ser un delito flagrante, se detiene al entonces procesado Tapia Coronado por un supuesto delito flagrante, por lo cual se realiza una audiencia de formulación de cargos ante un Juez de la Unidad de Flagrancias, soslayando la Resolución No. 61-09, de fecha 27 de octubre del 2009, dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura, que manda: Art.- 1.- *“Crear los Juzgados de Garantías*

Penales Vigésimo Primero, Vigésimo Segundo y Vigésimo Tercero de Pichincha con sede en la ciudad de Quito; y, los Juzgados de Garantías Penales Vigésimo Sexto, Vigésimo Séptimo y Vigésimo Octavo en la ciudad de Guayaquil, estableciendo la competencia exclusiva de dichos jueces o juezas para conocer todos los casos de delitos y contravenciones flagrantes....”. Así también se violó el debido proceso pues el Código de Procedimiento Penal en el artículo 217 indica cual es el procedimiento, para iniciar una instrucción fiscal en un delito no flagrante.

A cuatro días de culminar la Instrucción Fiscal, esto es el 03 de enero del 2011 a las 09h00, ante el doctor Freddy San Martín Jordán, Juez Décimo Quinto de Garantías Penales de Pichincha, se lleva a cabo la audiencia de vinculación y formulación de cargos en contra de siete miembros policiales más para quienes la Fiscalía hace extensiva su investigación, concediendo así el Juez 30 días adicionales a Fiscalía y a las partes procesales para la presentación de elementos de cargo y de descargo que pudieran beneficiar a sus intereses.

El mismo 03 de enero del 2011, el Juez Tercero de Garantías Penales hace conocer la inhibición para continuar con el juzgamiento del proceso legal que se ventilaba en contra de Marco Roberto Tibán Gualá y varios agentes de policía, ya que las dos investigaciones se habían iniciado por el mismo delito, esto es atentar contra la seguridad interna del estado, consecuentemente el Juez Décimo Quinto de Garantías Penales, acumula los procesos números: 17265-2010-0931- E.CH, y 2010-972-NRS.

Con fecha 02 de febrero del 2011 a las 14h53, el Juez Encargado Décimo Quinto de Garantías Penales de Pichincha señala para el día viernes 04 de febrero del 2011, a efectos de que se lleve a

cabo la audiencia de vinculación y formulación de cargos en contra del Cabo Segundo de Policía Carlos Enrique Tasichana Lara, audiencia en la cual se ordena la prisión preventiva y se lo vincula en la Instrucción Fiscal iniciada para investigar los hechos acaecidos el 30 de septiembre en las instalaciones de la Asamblea Nacional.

Estos actos de vincular en reiteradas ocasiones a diferentes personas en distintas fechas, angustiaron la defensa de los procesados, de manera especial de las personas que se encontraban privadas de su libertad, pues no se estaba dando cumplimiento al principio constitucional de celeridad procesal, entrando en conflicto el derecho de la Fiscalía de imputar a otras personas con la celeridad de los casos.

El 11 de marzo del 2011, el ex representante de la Fiscalía General del Estado, solicita al Juez de la causa se señale día y hora para que se lleve a cabo la audiencia preparatoria del juicio y de formulación del dictamen, la que se realiza el 24 de marzo del 2011 a las 09h00, dentro de la cual el ex Fiscal Miguel Jurado Fabara, acusa a los señores Edwin Rolando Tapia Coronado como autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 130 del Código Penal, a Ower Patricio Simancas Quinche y Mario Flores Navarrete en calidad de cómplices del delito antes indicado, a Marco Roberto Tiban Gualá, Francisco Novoa Ramos y Tasichana Lara, en calidad de encubridores; absteniéndose de acusar a los procesados señores José Luís Heredia Flores, Gabriel Alfonso Lucero Portilla, Jean Paul Revelo León, Segundo Fausto Carrasco Lara y Edison Xavier Zapata Oyola.

Acusación Fiscal que se mantuvo para los mentados ciudadanos ante el Segundo Tribunal de

Garantías Penales de Pichincha, conformado por los doctores Renato Vásquez Leiva en su calidad de Presidente, Luís Manosalvas Sandoval como Juez y Xavier F. Andrade Castillo como Juez Ad-hoc.

3.2.1 Análisis de la imputación de la Fiscalía.

La Fiscalía, en la audiencia de formulación de cargos en contra del Oficial de Policía en Servicio Pasivo Edwin Rolando Tapia Coronado, como se mencionó en líneas anteriores desde un principio tipificó los hechos con el artículo 130 del Código Sustantivo Penal, referente al atentado contra la seguridad interna del estado; lo que como elementos de cargo refiere: al parte de aprehensión, a lo narrado por el detenido en la misma audiencia, a la orden de detención dictada en contra del procesado, los recortes de periódicos de los días posteriores al 30 de septiembre que hacen referencia a los hechos suscitados el indicado día, el informe técnico pericial de reconocimiento del lugar de los hechos, memorandos en los cuales se autoriza la obtención de los videos de las instalaciones de la Asamblea Nacional, versiones de varios asambleístas, así como la del Secretario General de la Asamblea Nacional y varios empleados de dicha institución pública; la versión del procesado, documentación remitida por el doctor Luís Enriquez Villacres, informes de asambleístas, certificación emitida por el Secretario General de la Asamblea Nacional y varias grabaciones en CD que remitiera el ex Presidente de la Asamblea Nacional Fernando Cordero.

Estos son los elementos que aportó Fiscalía para que se inicie la Instrucción Fiscal, pues a su criterio contaba con elementos suficientes para dar inicio a la etapa procesal del juicio que luego sería signado con el No. 931-2010-E.CH.

La Fiscalía hace un mal uso de los elementos con los que acusa a Tapia Coronado, pues utilizó su propia versión en contra del procesado, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 77 numeral 7 letra c) de la Constitución que establece que las personas no declaren en contra de sí mismo, o en asuntos que puedan ocasionar una responsabilidad penal en su contra. Por otro lado los recortes de periódico no son prueba alguna con la cual se justifique el cometimiento de un hecho doloso, y pese a que la certificación que emite el ex Secretario General de la Asamblea Nacional en la que indica que la ex Presidenta de la Asamblea Nacional fue quien decidió suspender la sesión del pleno que debía llevarse el 30 de septiembre del 2010, se continuó acusando por impedir la reunión de la Asamblea Nacional, cuando en realidad la misma se dio inicio y posteriormente fue suspendida por quien desempeñaba la calidad de Presidenta Encargada.

Ya en la audiencia oral, pública y contradictoria de juzgamiento, el ex Fiscal Miguel Jurado Fabara, al referirse a la teoría del caso manifestó:

“el caso que nos ocupa se inicia en virtud de un oficio remitido por el doctor Luis Enriquez Villacrés, quien al investigar el presunto hecho ocurrido en el Regimiento Quito No. 1, presume que se habían configurado otros tipos penales, en el caso concreto, el impedimento inminente de ingresar a las instalaciones de las sesiones ordinarias de la Asamblea Nacional, hecho suscitado el 30 de septiembre; este Fiscal solicitó que cada caso se siga por cuerda separada; por los hechos que fueran de dominio público, se conoce que presuntos miembros policiales de la Escolta Legislativa, y del Regimiento Quito No. 2, habrían impedido el ingreso a los señores Asambleístas, quienes pretendían ingresar a su lugar de trabajo, a la casa de la democracia, al lugar donde tenían que funcionar, donde se procesan las leyes que rigen este país; este impedimento evidente se produce en la calle Piedrahita entre Av. Gran Colombia y 6 de Diciembre, que de primera mano se conoce que solo estaba convocada una sesión ordinaria; que posteriormente vamos a advertir que no solo estaba convocada la sesión No. 62, para la tarde, sino

también de la Comisión de Justicia; que al tratar de ingresar varios Asambleístas, asesores y público en general al recinto legislativo, han sido agredidos brutalmente por ciudadanos, entre los que estaban miembros de la Escolta Legislativa, quienes además de inferir calumnias, e injurias concretaron sus actos positivos lanzando gas lacrimógeno, causando heridas a los asistentes en particular a la Asambleísta Marisol Peñafiel; que la Escolta Legislativa, por la disposición segunda de la Ley Orgánica, publicada en el Registro Oficial No. 642, de 27 de julio del 2009, que rige su destino, tenía la obligación de precautelar la integridad física de los Asambleístas, funcionarios, asesores, e incluso de todas las personas que ese día y todos los días visitan la casa de la democracia; que esta disposición le otorga el Jefe de la Escolta Legislativa, su deber de ciudadano y obligación jurídica primaria de cumplir con la seguridad de los señores Asambleístas, y cuidar las instalaciones de la Asamblea, y que esté a órdenes directas de quien ostenta la calidad de Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional, que en esa época era la licenciada Irina Cabezas Rodríguez; que estos hechos fueron recogidos por todos los periódicos de prensa escrita, se atentó a la seguridad interna del Estado, porque los sujetos de la infracción actuaron concertadamente a efectos de impedir la reunión de la Asamblea, en su sentido más lato, no solo el hecho fáctico de comparecer a una reunión”.

Más adelante ya en los debates de la audiencia de juzgamiento Fiscalía manifiesta:

“... que a priori se ha probado con esto; que la Asamblea Nacional, varios de sus asambleístas no pudieron ejercer sus funciones, porque el término reunirse no hace relación a que solamente existía cuando se reúne el pleno de la Asamblea, para el tipo eso es irrelevante; que se adelantó la investigación practicando la primera experticia de reconocimiento del lugar de los hechos, que fue introducida a juicio mediante acuerdo probatorio, el lugar Asamblea Nacional; que los elementos del tipo penal del artículo 130 del Código Penal, delito inmerso dentro de los delitos contra la seguridad del Estado; el bien jurídico protegido, para lo que se requiere calificar al Estado, se llama Asamblea Nacional, (...) que hay también las comisiones legislativas, que son permanentes, por lo que para que se realicen hay que tener libre acceso al recinto legislativo, que ese día la comisión no se pudo reunir, ni recibir a ninguna persona; impedir la reunión del Congreso, significa perturbar la labor de los señores Asambleístas; que el tipo penal que la fiscalía acusa es el artículo 130 del Código Penal, que en la última línea dice: “el acto existe desde que hay tentativa punible”, que se trata de un delito de actividad que ha producido un resultado material; (...) que la policía aquel día en la Asamblea existió una medida de hecho, que impidió el ingreso

de Asambleístas, asesores, asistentes y público en general; que estamos frente al hecho consistente y probado de que cuando no permitieron el ingreso de los señores asambleístas a cumplir su función diaria, estos conocían de antemano lo que pasaba en su entorno, y al saber previamente cuál era el panorama a nivel nacional; por lo que considera que los miembros de la Escolta y los señores del Regimiento Quito No. 2, atentaron contra la seguridad e integridad física de los Asambleístas; que éstos hechos han sido evidenciados en vídeos, que han sido probados con testigos, que han sido acreditados por peritos; que el Jefe de la Escolta Legislativa no impidió que sus subalternos realicen actos de violencia; que no existe un momento en donde se acredite visualmente o testimonialmente que sea restringido el acceso, que solo para algunas personas, porque los asambleístas de la bancada de gobierno sufrieron las agresiones; que el Coronel Tapia admitió, que omitió sus deberes cuando dijo estar de brazos caídos; ...”

Manifiesta que se ha probado el ilícito con los siguientes elementos probatorios: 1. Diligencia del reconocimiento de los hechos; 2. Reconstrucción de los hechos; 3. Testimonios de los señores Carlos Velasco Enríquez, José Javier Valdivieso, Irina Cabezas, Carlos Velasco, Francisco Vergara Ortiz, Juana Marisol Peñafiel, Rossana Alvarado Verónica Cáceres, Silvia Salgado, Aníbal Patricio Silva Ramírez, Iván Yerovi, Nelson Córdova, Ana María Cañizares, Paco Velasco Andrade, José Espinoza, Dora Aguirre; 4. Informes periciales de audio y afines, así como el cotejamiento fisonómico. 5. Con un documento que certifica quienes fueron asambleístas electos a esa fecha. 6. Certificación de la abogada Verónica Cáceres, en la que se indica que la Comisión de Justicia había convocado a reunión el 30 de septiembre del 2010; 7. Certificación suscrita por el Dr. Andrés Segovia, sobre los integrantes de la Comisión de Justicia.

Para concluir la fiscalía con su acusación indicó:

“...que el hecho concreto tiene cumplido este primer elemento del delito; actos humanos, a actos exteriores realizados por sujetos activos que se materializa en las diferentes formas que ha señalado; que

el acto debe ser típico, esto tiene que ver con el principio de legalidad, que en la especie también se cumple; que la tipicidad tiene elementos objetivos y subjetivos, entre el dominio del acto; 'El que se alzare contra el gobierno', lo que significa que no se requiere un sujeto calificado; que los acusados ostentan la calidad de miembros de la Policía Nacional; que el delito del Art. 130 son delitos pluri ofensivos, porque exigen la concurrencia de varias personas, que se los llama también delitos de convergencia; que el sujeto pasivo tampoco es calificado, por lo que cualquier persona puede ser objeto de este delito; que el verbo rector es "el que se alzare", alzarse, verbo rector, el verbo tiene otro complemento, "contra un gobierno legalmente constituido", por lo que se trata de un delito grave contra la seguridad del estado, que se trata de un delito colectivo, que exige la participación concertada de varios sujetos; que alzarse significa desobedecer; que alzarse debe ser patente frente al público, notorio, por lo que se trata de un delito doloso, porque los sujetos de la infracción se conciertan para impedir la sesión del Congreso e impedir su funcionamiento; que la forma de alzarse, no es taxativa en la norma, por lo que el tipo permite que sea por cualquier forma y que se utilice cualquier medio; que la forma como se configuró el tipo, es impedir el ingreso de Asambleístas, funcionarios al recinto legislativo, desprotegiendo, no garantizando la seguridad de las personas, funcionarios y del recinto, poniendo en riesgo las instalaciones, dar manifestaciones contrarias a su función, solidaridad con actitudes de hecho, ingreso de funcionarios, agrediendo físicamente o utilizando la fuerza física en contra de las personas, que estaban dentro del recinto legislativo, reporteros y asistentes y asesores, irrupción violento para desalojar el CCTV, borrar las imágenes; que el bien jurídico protegido es el funcionamiento de los poderes del estado y el régimen legalmente constituido; en cuanto a los elementos subjetivos del tipo tenemos que la conducta de los acusados es dolosa, porque sabían de antemano que lo que estaban haciendo era ilegal; en cuanto a la antijuricidad, tenemos que advertir que los procesados no se encuentran beneficiados por causas de justificación; en cuanto a la culpabilidad, considerando que el acto es típico y antijurídico, los acusados no han demostrado que sean inimputables ni tampoco han justificado que sean beneficiarios de ningún error de prohibición vencible o invencible, si les era exigible a los procesados tener una conducta apegada a derecho, porque tenían la posibilidad cierta de discernir; que no se ve en los videos que el ingreso haya sido restringido, que se haya solicitado las tarjetas de identificación para el ingreso; en cuanto a la punibilidad al ser un delito inminentemente doloso, se hará respecto de cada uno de los acusados."

Luego de revisar el expediente penal al cual se hace alusión, se encuentra que existe un acuerdo probatorio, como es el de reconocimiento del lugar de los hechos, pero se encuentra además que

no se cumplió con lo dispuesto en el artículo 286.5 del Código de Procedimiento Penal, pues se exhibieron varios videos para probar la teoría de Fiscalía, pero no se acreditó que los videos hayan sido íntegros y fidedignos, consecuentemente no se garantizó su fidelidad y autenticidad.

Se toma en cuenta testimonio de personas que perjuraron, pues existen varias contradicciones en sus testimonios, hecho éste que vulnera los derechos de los procesados, ya que la prueba se torna en ilegal y no reúne los requisitos de los artículos 86 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

En este punto se puede notar de mejor manera que el tipo penal, de atentado contra la seguridad interna del Estado, presenta deficiencias, pues se nota como Fiscalía en primer lugar habla de un impedimento a la reunión de la Asamblea Nacional, y luego cambia su posición e indica que no solo era la reunión del Pleno de la Asamblea Nacional, sino también de sus diferentes comisiones y hasta habla de reuniones de los Assembleístas con los trabajadores; es decir, no hay una correcta tipificación del hecho mismo a ser punible.

3.3 Análisis de las resoluciones judiciales en el caso

La primera resolución judicial que encontramos es la referente a la decisión tomada en la audiencia pública de formulación de cargos, la misma que en su parte pertinente nos refiere:

“...solicito la práctica de esta Audiencia de Calificación de Cargos, al tenor de lo establecido en el literal a del Artículo 2 de la Resolución de la Ex Corte Suprema de Justicia de 14 de noviembre del 2007, publicada en el Registro oficial Numero 221 de 28 de noviembre del 2007, así como el numeral 3, de la Tercera Resolución, de la Ex Corte Suprema de Justicia, Resolución No 423 de fecha 11 de septiembre del

año 2008, y la resolución ampliatoria numero No. 61-09, del Pleno del Consejo de la Judicatura de fecha 03 de junio del 2010...”, más adelante se encuentra: “Luego de escuchar a los sujetos procesales que han intervenido en esta audiencia oral y pública de Formulación de Cargos se resuelve: En base a la solicitud realizada por la Fiscalía General del Estado, a lo manifestado por el señor agente de policía, tomando en cuenta las evidencias exhibidas en esta sala de audiencias, se establece la existencia del delito tipificado en el **Art. 130 del Código Penal**, así como también la existencia de indicios y presunciones graves sobre la participación del detenido en el mismo. En consecuencia por encontrarse reunidos los requisitos establecidos en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal y amparada en que se trata de un delito grave que ha causado conmoción social y en virtud de lo dispuesto en el inciso cuarto del Art. 171 del CPP, en la que se establece que la prisión preventiva puede ser sustituido por otras medidas alternativas a esta, en delitos que no sean contra la seguridad del estado y que dicho delito no sea sancionado con reclusión, por tratarse en este caso de un delito contra la administración pública reprimido con reclusión mayor de 4 a 8 años, acogiendo la solicitud de fiscalía ya que de conformidad al art 33 del CPP, es quien de manera exclusiva ejerce la acción penal pública, y amparada en lo que establece el artículo 77 No. 1 de la Constitución de la República, se **ORDENA LA PRISIÓN PREVENTIVA** del procesado, Coronel EDWIN ROLANDO TAPIA CORONADO, cuyos datos personales constan en la Instrucción Fiscal.- Quien por motivos de seguridad y con el fin de precautelar la integridad física del detenido será trasladado la Cárcel Número Cuatro de esta ciudad de Quito. Gírese la correspondiente Boleta Constitucional de Encarcelamiento.- Conforme lo determina el Art. 223 del Código de Procedimiento Penal, el plazo de duración de la Instrucción Fiscal es de 90 días por tratarse de un delito no flagrante”. La resolución referida se encuentra signada con el acta No. 427-2010, de fecha 07 de octubre del 2010, a las 14h30, y suscrita por la Dra. Tania Molina González Jueza Vigésimo Tercera de Garantías Penales de Pichincha, a esa fecha, Dr. Miguel Jurado Fabara ex Fiscal, Teniente Coronel Washington Vallejo, en su calidad de agente aprehensor, Dr. Ramiro

Borja Borja Abogado patrocinador del procesado a esa fecha, Coronel de Policía Nacional hoy en Servicio Pasivo Edwin Rolando Tapia Coronado, en su calidad de procesado, y Dr. Darwin Lescano León Secretario del Juzgado a esa fecha.

La resolución es impugnada por la defensa del procesado, alegando que las resoluciones de la Ex Corte Suprema de Justicia se encontraban derogadas, ya que existe la disposición reformativa y derogatoria dentro del Código Orgánico de la Función Judicial de la cual reza: “1.- *Deróguese todas las disposiciones generales y especiales que se opongan a la presente Ley, especialmente las siguientes: ... 13.- Las siguientes resoluciones, instructivos o reglamentos dictados por la Corte Suprema de Justicia o el Consejo Nacional de la Judicatura, que se opongan a este Código y en especial:*”; así mismo alega a su favor el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal que a la letra dice: “*Cuando el Fiscal cuente con la información necesaria y los fundamentos suficientes para deducir una imputación, enviará a la sala de sorteos la petición al Juez de Garantías Penales, a fin de que señale día y hora para la Audiencia de Formulación de Cargos, acto en el cual solicitará de estimar pertinente, las medidas cautelares personales y reales...*”; y, entre otros alegatos la defensa señala la Resolución 61-09 de fecha 27 de octubre del 2009, dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura misma que expresa : “*Art.1.- Crear los Juzgados de Garantías penales Vigésimo Primero, Vigésimo Segundo y Vigésimo Tercero de Pichincha con sede en la ciudad de Quito; y, los Juzgados de Garantías Penales Vigésimo Sexto, Vigésimo Séptimo y Vigésimo Octavo en la ciudad de Guayaquil, estableciendo la competencia exclusiva de dichos jueces o juezas para conocer todos los casos de delitos y contravenciones flagrantes...*”.

Es decir se ha irrespetado el debido proceso, pues al existir normas claras para los procedimientos

en delitos tanto flagrantes como en no flagrantes, no fueron aplicadas las mismas, derivando en un estado de indefensión de la persona, distrayéndole además de su Juez natural, derechos que han sido consagrados en la Constitución del Ecuador, y en el Pacto de San José de Costa Rica, referente a los Derechos Humanos, en los cuales se establece que ninguna persona podrá ser juzgada ante un Juez que no sea el competente.

La resolución referente a la vinculación y formulación de cargos de los señores Mario Flores Navarrete, José Luís Heredia Flores, Edison Javier Zapata Oyola, Jean Paúl Revelo León, Gabriel Lucero Protilla, Ower Patricio Simancas Quinche, Segundo Alfonso Carrasco Lara, el Juez Décimo Quinto de Garantías Penales de Pichincha, Dr. Freddy San Martín Jordán, resuelve:

“De las investigaciones realizadas por Fiscal de se ha determinado participación de Miembros Policiales que pertenecen a la Escolta Legislativa, los mismos que son los encargados de custodiar los bienes y personas que laboran en el mencionado sitio, más aun que del proceso se desprende que existe una convocatoria a sesión No. 62 del Pleno de la Asamblea Nacional para el día 30 de septiembre del 2010 a las 17 horas, constando además la inasistencia a la convocatoria de dicha sesión que no se le ha podido realizar.- Es de conocimiento público el impedimento que tuvieron los Asambleístas y todo el personal que labora en ese Recinto Legislativo para poder ingresar a la Sede Legislativa.- El Art. 2 del Código de Procedimiento Penal al hablar sobre la legalidad manifiesta que nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la Ley Penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.- En la presente audiencia el señor Fiscal ha procedido a tipificar el delito cometido presuntamente por los hoy procesados.- Referente A que la Constitución de la Republica manifiesta que la prisión preventiva será de carácter excepcional, no es menos cierto que el Art. 76 de la misma constitución de la Republica al hablar sobre garantías básicas del derecho al debido proceso. En su Nrl. 3 textual mente manifiesta: “nadie podrá ser Juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no este tipificado en la ley como infracción penal, administrativo o de otra naturaleza; no se le aplicara una sanción no prevista por la Constitución o la Ley.- Solo

se podrá Juzgar a una persona ante un Juez o Autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (...) Por cuanto en la presente audiencia oral y pública el señor Fiscal de Pichincha ha dado inicio a la vinculación con la respectiva Instrucción fiscal de los procesados (...) el suscrito Juez de Garantías penales considera que se encuentran reunidos los requisitos estatuidos en el Art. 167 en concordancia con el Art. 168 del Código de Procedimiento Penal, por lo que dispongo la medida cautelar de carácter personal de los procesados antes mencionados debiendo para lo cual oficiarse al señor Jefe de la Policía Judicial de Pichincha a fin que se procesa a sus inmediatas localizaciones y capturas de los procesados antes referidos, hecho que sea, quedarán a órdenes de esta Autoridad...”.

La resolución sobre el llamamiento a juicio tomada por el Juez Décimo Quinto de Garantías Penales de Pichincha dentro del caso en referencia menciona en su parte pertinente lo que paso a transcribir:

“CUARTO: En la audiencia preparatoria y sustentación del dictamen el señor Fiscal de causa luego de un análisis jurídico acusa a Edwin Rolando Tapia Coronado, a Mario Flores Navarrete, Simancas Quinche Ower Patricio, Francisco Javier Novoa Ramos, Marco Tiban Guala en los grados de autor cómplices y encubridores del delito tipificado y sancionado en el Art. 130 del Código Penal, absteniéndose de acusar a los procesados Edison Javier zapata Oyola, Gabriel Alfonso Lucero Portilla, José Luis Heredia Flores, Jean Paúl Revelo León y Segundo fausto Carrasco Lara QUINTO: Preciso es anotar que la Legislación es el conjunto de cuerpos legales o de leyes por las cuales se gobierna un Estado o una materia determinada. Las mismas que se encuentran jerárquicamente sometidas a la Constitución de la República, que es la norma principal que dicta los preceptos básicos bajos los cuales se rige un estado de derecho. Las demás leyes deben estar en perfecta armonía con la Constitución ya que de no estarlo serian nulas sus disposiciones. Debe entenderse por leyes todas las normas rectoras del estado y de las personas a quienes afectan, dictadas por la autoridad a quien esté atribuida esta facultad. En consecuencia y en este sentido la legislación de un país estaría constituida, dentro de un régimen constitucional, no solo por las normas establecidas por el ordenamiento legislativo, sino también por la disposiciones dictadas por el poder administrador en todos sus grados y dentro de sus atribuciones específicas SEXTO: En los delitos contra la seguridad interior del estado que se refiere el Art. 130 del Código Penal implica todo movimiento de fuerzas por reunión de personas

sean civiles, militares o policiales con el objeto de atacar o resistir a una institución pública pertenecientes al Gobierno Nacional, en este caso la Asamblea. Esta clase de delitos no es solamente querido, sino dolosamente realizados. El Art. 226.3 del Código de Procedimiento Penal manifiesta que concluidas las intervenciones de los sujetos procesales el Juez de Garantías Penales anunciara de manera verbal a los presentes su resolución, la que se considerara como notificada en el mismo acto, el artículo 76 de la Constitución de la República manifiesta que en todo proceso en el que se determine derecho y obligaciones de cualquier orden, se asegurara el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas, (...) El suscrito Juez considera que la relación o nexo causal entre el delito y la conducta de los hoy procesados se ha demostrado plenamente con los elementos constitutivos puntualizados por Fiscalía en esta audiencia los mismos que apreciados a la luz de la sana crítica se los admite como veraces y permiten presumir la culpabilidad de los hoy procesados en el delito investigado, acogiendo en su totalidad el dictamen fiscal emitido por el Dr. Miguel Jurado Fabara y de conformidad a los estatuido en el Art. 232 del Código de Procedimiento Penal DICTO AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO EN CONTRA DE”

El hecho curioso, y la contradicción inentendible por parte de la Fiscalía General del Estado, fue que para solicitar una audiencia de vinculación y formular cargos en contra de varias personas, debió como requisito previo reunir elementos que lleven a presumir de manera directa o indirecta que determinadas personas cometieran un injusto, pero más sucede que se vincula a la Instrucción Fiscal, a varias personas de quienes el Fiscal asevero ante el Juez tener elementos de convicción que llevaran a determinar una responsabilidad penal; pero resulta que en la respectiva audiencia de formulación y sustentación de dictamen, indica que no se hallaron méritos suficientes para formularles una acusación; cabe preguntarse si existía la seriedad del caso, si hace 30 días en la audiencia de vinculación decía que existen elementos que han llevado a presumir su participación, luego de un mes han desaparecido los elementos?, o simplemente es una mala práctica de la Fiscalía que lleva a un retardo injustificado en la administración de justicia, y solo

quiso ganar 30 días más para preparar de una mejor manera su teoría del caso, o es su “gran” carga de trabajo, lo que lleva a formular cargos y luego decir que no hay méritos suficientes para ser llamado a juicio.

La sentencia emitida por el Segundo Tribunal de Garantías Penales, al realizar su análisis encontramos en el acápite VI la fundamentación dogmática sobre la existencia del delito y nos dice:

“La infracción acusada se encuentra tipificada en el Art. 130 del Código Penal que dice:.- 'Art. 130.- El que en cualquier forma o por cualquier medio se alzare contra el Gobierno, con el objeto de desconocer la Constitución de la República, deponer al Gobierno constituido, impedir la reunión del Congreso o disolverlo, o provocar la guerra civil, será reprimido con reclusión mayor de cuatro a ocho años'. Énfasis del Tribunal.- Bien jurídico protegido: es el orden constitucional y la vida democrática. Por orden constitucional se entiende el funcionamiento armonioso de los órganos establecidos por la Constitución 'como ejecutores de sus preceptos y guardianes de su cumplimiento'. Se trata de la organización política de la República, ya que se lesiona la estabilidad, total o parcial, de la Constitución, la seguridad de las autoridades nacionales y el libre ejercicio de las facultades constitucionales.- La democracia se puede afirmar que está en el gobierno del pueblo, en el sentido de que abarca a todas las personas, pero que se determina esencialmente en la práctica, en la manera en que puede manifestar su voluntad.- Con esta introducción normativa y dogmática, el Tribunal, considera que por mandato legal, es obligación del señor representante de la Fiscalía, sobre quien descansa el ejercicio de la acción penal y el impulso de la acusación en la sustanciación del juicio, probar su hipótesis de adecuación típica, en aplicación del Principio de Separación de Partes, siendo el Tribunal un tercero imparcial, conforme lo impone el modelo acusatorio oral. Bajo estas premisas el Tribunal, debe entrar a analizar si en el caso de autos se ha demostrado o no la existencia del delito, entendido éste como un acto típico, antijurídico y culpable, donde cada categoría dogmática tiene sus propios elementos que le dan contenido material al injusto, por lo que, se debe empezar por el análisis de cada categoría dogmática en el orden secuencial indicado”.-

Sobre los elementos constitutivos del tipo el Tribunal refiere: “a) **Sujeto activo**, o autor del hecho, para cuya determinación el Tribunal acude al tipo penal acusado que como sujeto activo del delito describe a: **El que** en cualquier forma o por cualquier medio se alzare contra el Gobierno, (...)’, luego, el tipo penal no requiere un sujeto calificado, por lo que puede ser sujeto activo de este delito cualquier persona y, en el presente caso, los acusados (...) son personas naturales, como cualquier otro ciudadano, no calificados en razón de cargo, función o filiación.-

b) Sujeto Pasivo, o titular del bien jurídico, que por tratarse de un delito contra la seguridad interior del Estado, entonces es el propio Estado representado por los poderes constituidos el sujeto pasivo. Y, en el caso específico de autos, según consta en la acusación fiscal, es la Asamblea Nacional en el ejercicio de sus funciones específicas determinadas en la Constitución y en la Ley Orgánica de la Función Legislativa.-

c) Conducta, determinada por el verbo rector de la conducta prohibida que en el caso es el delito tipificado en el artículo 130 del Código Penal, y según la imputación acusatoria, el verbo rector es “**impedir**” y la conducta propiamente dicha ‘impedir la reunión del Congreso’, que actualmente y bajo el nuevo marco constitucional ha sido sustituido por la Asamblea Nacional.- A efectos de demostrar el verbo rector de la conducta prohibida las partes procesales actuaron prueba de cargo y de descargo. El señor Fiscal de la causa, Dr. Miguel Jurado Fabara, actuó prueba testimonial y documental que a continuación se detalla...-

d) Elementos normativos, en el caso del tipo penal acusado, es reunión del Congreso, hoy Asamblea Nacional. Entonces, para encontrar en el ordenamiento jurídico la definición o lo que

debe entenderse como reunión de la Asamblea Nacional, el Tribunal se remite a la Ley Orgánica de la Función Judicial, que en su Art. 124, parte pertinente, dice: **'Se denomina sesión, a cada una de las reuniones que realiza la Asamblea Nacional o las comisiones especializadas permanentes y ocasionales'**". Las negrillas son del tribunal.

Sobre los elementos del tipo subjetivo en lo referente al Coronel en Servicio Pasivo Edwin Rolando Tapia Coronado el Tribunal realiza el siguiente análisis: ***"b.I. Conocimiento y voluntad de realización de los elementos constitutivos del tipo objetivo, en relación al ciudadano EDWIN ROLANDO TAPIA CORONADO: El Tribunal considera que, tanto el conocimiento como la voluntad de ataque al organismo político del Estado: Asamblea Nacional, están demostrados. Se desprenden del hecho que el acusado Jefe de la Escolta Legislativa, estaba en la Asamblea el día de los hechos, dispuso el cierre de las puertas y materialmente sus subordinados ejecutaron actos tendientes a impedir el libre acceso de asambleístas al recinto legislativo. El Crnl. Rolando Tapia con su accionar incumplió sus funciones específicas determinadas en la Disposición Especial Segunda de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, que manifestó ante el Tribunal conocer a plenitud, es decir, estaba consciente de su misión fundamental, de atender, en el recinto legislativo, la seguridad de las y los asambleístas, personal asesor, funcionarios, empelados, visitantes e instalaciones de la Asamblea Nacional, pero contrario sensu, pidió a los asambleístas que evacuen la Asamblea por cuanto no podía garantizar su seguridad y se unió a la actitud asumida por sus compañeros policías de 'brazos caídos', de todo lo cual se desprende su conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo objetivo, razones por las que el Tribunal, considera que se encuentran probados los elementos del tipo subjetivo; y consecuentemente se encuentra configurada la categoría dogmática de tipicidad en la conducta que se juzga."***

Sobre la categoría dogmática de la antijuricidad nos dicen: *"Comprobados los elementos propios de*

la primera categoría dogmática, se debe continuar con el subsiguiente análisis de la categoría dogmática de la antijuricidad. En cuanto a la antijuricidad formal (desvalor de acción), y la antijuricidad material (desvalor de resultado) del acto típico acusado, los acusados, no han demostrado encontrarse beneficiados por ninguna causal de justificación (desvalor de acción) (...) Los acusados tampoco han desvirtuado la no producción del resultado de lesión del bien jurídico protegido (desvalor de resultado), puesto que, efectivamente los acusados participaron activamente en los actos tendientes a obstruir el normal funcionamiento de la Asamblea Nacional, para cuyo efecto ejecutaron actos preparatorios dirigidos a esa finalidad; y, con ello se encuentran configurados también los presupuestos de la categoría dogmática de la antijuricidad, siendo procedente por ello proceder a analizar la culpabilidad de los acusados como juicio de reproche.”

Sobre la culpabilidad de los procesados encontramos: “...*que la dogmática penal moderna ya no la considera como la relación psicológica entre el autor y el resultado, sino eminentemente normativo como juicio de reproche que hace la sociedad a quien ha realizado un acto típico y antijurídico, dicho juicio tiene como presupuestos los siguientes elementos: La imputabilidad; la conciencia actual o potencial de la antijuricidad; y, la exigibilidad de otra conducta”.*

Del estudio realizado a la sentencia, se nota que la misma ha sido fundamentada, es decir, reúne los requisitos mínimos legales para ser considerada como tal, se expresa quien fue el Tribunal Juzgador, realiza un antecedente, recoge lo manifestado en la teoría del caso por las partes procesales, se menciona las pruebas actuadas dentro de la respectiva audiencia oral de juzgamiento, las disposiciones legales aplicables al caso, y para finalizar, concluye exponiendo los motivos por los cuales los Juzgadores dan por probada la teoría del caso de Fiscalía y hallan culpables a los sentenciados.

De lo que si adolece la sentencia, es de una nulidad; pues uno de los miembros que integró el Segundo Tribunal de Garantías Penales, actuó sin jurisdicción y competencia, ya que no fue nombrado por el Consejo Nacional de la Judicatura a esa fecha, ni se encontraba dentro del banco de conjueces, como lo manda el Código Orgánico de la Función Judicial, sino que fue nombrado como Juez A-hoc, por parte del Presidente Tribunal de Garantías Penales, figura jurídica y administrativa que no es recogida por la Ley pertinente, hecho por el cual la sentencia carecería de validez y eficacia legal, pero que sin embargo se encuentra en firme y ha sido cumplida por los sentenciados.

3.3.1. Motivación de los jueces y aplicación de principios y garantías

La motivación de la resolución judicial no es solamente el explicar, ya que hay diferencia entre fundamentar y explicar. Fundamentar es justificar los motivos que llevan al razonamiento, en el cual se usa presupuestos fácticos y normativos; en cambio, al explicar se necesita solo indicar los motivos o antecedentes que causaron la acción, es decir, señalar la lógica del juzgador para la toma de la decisión, donde no intervienen connotaciones intelectuales. Siendo así que la motivación de la sentencia es un elemento intelectual, que contiene críticas, valoraciones y lógica, es en definitiva el razonamiento de los hechos y de derecho en el cual el juez se basa para adoptar una decisión.

Sobre el tema nos refiere el Magister Abogado Nicolás Salas Parra, en su ensayo sobre la motivación de las resoluciones en materia Penal lo siguiente:

“La motivación es justificación, exposición de las razones que el órgano judicial o de poder público ha

dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable, y constituye así, una exigencia del Estado de Derecho, en cuanto modelo de Estado enemigo de la arbitrariedad del poder. En todo caso, es de referirse a que el término motivar, referido a las decisiones, para algunos autores es ambiguo. Así, Atienza dice que puede significar explicar o mostrar las causas –los motivos- de la decisión (contexto de descubrimiento); o, también, aportar razones que permitan considerar una decisión como correcta o aceptable (contexto de justificación), intercambio cordial de pensamientos acerca de la motivación mantenida con Perfecto Andrés Ibáñez, en los que no nos vamos a detener en este ensayo.”

El artículo 76 numeral 7 letra 1) de la Carta Política del estado dice: *“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.*

Es así que la motivación de las resoluciones judiciales se vuelve una garantía de defensa para las partes procesales, y una garantía para la administración de justicia; pues transmite confianza a la ciudadanía y permite que se haga un control interno, resolución que limita la discrecionalidad o arbitrariedad de los jueces, toda vez que al ser pública la resolución, la ciudadanía sería un ente controlador de la administración de justicia.

La motivación de las resoluciones judiciales en el Estado de derecho no es considerado como un mero formalismo, sino al contrario, permite a quienes han accedido al sistema judicial conocer los motivos y el razonamiento en los que se funda el juzgador para aplicar la norma ajustándole a los hechos, así se asegura que la decisión tomada se encuentra enmarcada dentro de la ley, respetando el derecho a la defensa, el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

“Si entendemos a la motivación como instrumento para evitar la arbitrariedad del poder, esta adquiere, además, una particular importancia merced a la evolución que ha conocido el Estado de Derecho en el denominado “neoconstitucionalismo”, un modelo de Estado que encuentra su legitimidad (externa) en la protección de los individuos y sus derechos, y que, al consagrar esos derechos en el nivel jurídico más alto como es la Constitución de la República, condiciona también la legitimidad (interna) de los actos del poder a la protección de esos derechos; así, la motivación cobra entonces una dimensión político jurídica, de tutela de los derechos fundamentales.”. (Salas Parra)

Se puede hablar que la motivación de la resolución, es una de las características más grandes del derecho anglosajón; pues la jurisprudencia es la primera fuente del derecho, y al basarse en los precedentes judiciales, se necesita que los mismos sean de gran calidad jurídica, que contenga in extenso un análisis de las garantías constitucionales y legales a ser aplicadas, mismas que deben estar debidamente razonadas.

Entonces se dirá que las sentencias deben reunir la voluntad del Estado expresada por medio de un Juez, y la integridad de un documento en físico; la voluntad estatal pronunciada por el Juez, donde se realiza un histórico de los hechos y un juicio de valor, donde el juzgador elige entre la tesis del actor o del demandado, hecho que debe ir de manera conjunta con la lógica ya que el Juez luego de identificar la tesis de caso contrastada a la realidad, debe conjugar con la norma legal aplicable y dictar la sentencia que en derecho y justicia, sentencia que deberá ser notificada a las partes procesales mediante documento escrito.

Toda sentencia contiene la discrecionalidad del juez, pues al realizar una valoración de la teoría del caso, pruebas, y normas jurídicas, su criterio puede tornarse en un libertinaje judicial, ya que

no se hizo el análisis según los parámetros antes indicados, razón por la cual se obliga que la motivación de las sentencias sea coherente, independiente y justa; y para reunir los últimos tres requisitos se necesita de una motivación: expresa, clara, completa, legítima y lógica.

Expresa: Pues se debe señalar los fundamentos que soportan la tesis del Juez.

Clara: Lo que manifieste el Juez debe ser comprensible, claro y examinable, evitando un lenguaje confuso, al menos que sea necesario aplicar términos técnicos.

Completa: Contener tanto los hechos como el derecho de las partes procesales, anunciar las pruebas procesales evacuadas en el proceso, mismas que deben ser valoradas de manera crítica y conforme a la ley, posterior se indicará las conclusiones a las que llega el Juez.

Legítima: Es decir, basarse en pruebas válidas y legales, ya que la valoración referente a las pruebas realizadas por el Juez debe ser del total, en caso de incumplimiento tendríamos una verdad a medias, y lo que se necesita es que la verdad probatoria derive en certeza, eliminando todo tipo de duda al Juez; y, por último.

Lógica: Para lo cual se requiere que el Juzgador utilice su experiencia, la sana crítica y razonamientos lógicos.

Veamos si la sentencia dictada por el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, dentro del caso práctico que se ha analizado en líneas anteriores reúne los principios del sistema

garantista:

- a) Principio de retiburividad en el texto de la sentencia sí encontramos el castigo que se les aplica a quienes fueron hallados culpables del cometimiento del delito, pero existe la duda si en verdad se cometió el delito o simplemente los administradores de justicia fallaron a favor del Estado por la presión que el Gobierno ejercía sobre los mismos, por el temor de perder sus cargos públicos o incluso por las mejores condiciones de trabajo a las que accedieron luego de dictar el fallo.
- b) Principio de legalidad, ya que al momento del cometimiento de la infracción, si se encontraba tipificado el hecho como un delito, en el artículo 130 del Código Penal, y que ahora en el Código Orgánico Integral Penal se lo tipifica en el artículo 336.
- c) Principio de necesidad pues al existir un hecho tipificado, se requiere de la sanción y en el presente caso el artículo 130 del Código Penal lo sanciona con reclusión mayor de cuatro a ocho años; mientras que el Código Orgánico Integral Penal, sanciona con una pena privativa de libertad de cinco a siete años si el delito no contiene elementos del tipo de manera especial, caso contrario su pena se agrava de siete a diez años de privación de la libertad si el delito se ha cometido de conformidad con una de las cuatro causales del artículo 336 ibídem.
- d) Principio de lesividad que la norma penal si lo reúne pues regula las acciones relevantes de las personas, y protege el bien jurídico Estado como tal, es decir los Jueces a su entender se impidió la reunión del Congreso por parte de un grupo de Policías, y al

momento de dictar sentencia lo que hicieron es reconocer una violación en su bien jurídico Estatal.

- e) Principio de materialidad de igual manera el Tribunal juzgador estableció que para su sana crítica existieron las acciones para cometer el delito, pese a que Fiscalía haya manifestado que primero si se materializo el delito, y posteriormente dijo que el delito se había cometido con una tentativa, y que la defensa de los acusados manifestaron que jamás se ha probado la existencia de actos idóneos previos al cometimiento de un delito, peor aún la existencia del mismo.
- f) Principio de culpabilidad el Tribunal ha indicado que las personas actuaron con conciencia y voluntad para cometer el delito, sabían que su conducta era contraria a derecho y no se encuentran inmersos en ninguna causa de justificación que los pueda librar de una responsabilidad penal, pero la defensa ha señalado que los actos realizados por sus patrocinados jamás fueron dolosos y que peor aún condujeron al cometimiento de un delito.
- g) Principio de jurisdiccionalidad como ya se revisó la defensa de los procesados ha alegado la distracción de su Juez natural de los sentenciados, pero que pese a sus argumentos el Tribunal de Garantías Penales que dictó sentencia no declaro la nulidad por motivos jurisdiccionales, es más a decir de los procesados el Tribunal juzgador se encontraba ilegalmente integrado; hecho que es contrarrestado por los Juzgadores pues en su sentencia indican encontrarse habilitados para ejercer su jurisdicción y competencia.

- h) Principio acusatorio toda vez que Fiscalía siempre mantuvo cargos en contra de las personas en las diferentes instancias, razón por la cual el juicio llego hasta etapa de juzgamiento, debiendo indicar que no se presentó ni el Procurador del Estado, ni el Presidente de la Asamblea Nacional en ese entonces como acusadores particulares en la causa referida.

- i) Principio de la carga de la prueba el Tribunal Penal realizó una valoración y enunciación de las pruebas aportadas por las partes procesales, valoración que ha sido en diferentes ocasiones refutada por la defensa, tanto por su validez cuanto por la valoración de la misma.

- j) Principio contradictorio, este se ha cumplido toda vez que dentro de la sentencia se puede notar claramente que tanto acusador como acusados han presentado prueba tanto de cargo como de descargo, así mismo han podido rebatir las teorías propuestas por cada uno.

CONCLUSIONES.

- El artículo 130 del Código Penal, referente al “Atentado Contra la Seguridad Interna del Estado” fue creado en 1965, tiempo en el cual gobernaba la Junta Militar, integrada por Ramón Casto Jijón, Luís Cabrera Sevilla, Guillermo Freile Posso y Marcos Gándara, quienes se caracterizaron por tener un carácter represivo en la sanción de los delitos, año desde el cual no se han hecho reformas a la disposición legal en mención.
- Uno de los defectos del artículo 130 del Código Penal, es la tipificación de una “tentativa punible”, ya que el primer inciso del artículo en mención refiere a un delito en el cual debe existir un resultado, como es el desconocer la Constitución, impedir la reunión de la Asamblea Nacional o provocar la guerra civil, a pesar de lo cual se indica que existe el delito desde el grado de tentativa, a sabiendas que la tentativa no requiere de resultado.
- El artículo 130 del Código Penal no tiene validez jurídica, pues la tipificación del atentado contra la seguridad interna del Estado, proviene de un poder ilegítimamente constituido como es la Junta Militar de 1963; pero si tiene una eficacia jurídica ya que la norma es cumplida por todas las personas, y a su vez existen los órganos de justicia competentes para hacer cumplir la misma.
- El artículo 130 del Código Penal, protege a todo tipo de gobierno, mientras que el artículo 336 del Código Orgánico Integral Penal, ampara únicamente al gobierno legítimamente constituido.
- La primera gran reforma al artículo 130 del Código Penal se da 49 años después de su entrada a vigencia, la que se expidió en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de fecha lunes 10 de febrero del 2014, que contiene el nuevo Código Orgánico Integral

Penal, en el cual se sanciona y tipifica al delito “Atentado Contra la Seguridad Interna del Estado” como “Rebelión”.

- El artículo 336 del Código Orgánico Integral Penal referente a la Rebelión, cumple con el principio de estricta legalidad, mencionado por Ferrajoli, ya que la norma es dirigida a los hechos y no a personas.
- El artículo 336 del Código Orgánico Integral Penal permite a las personas ejercer su derecho a la resistencia ante un Gobierno, garantizando así la aplicación directa del artículo 98 de la Constitución de la República del Ecuador.
- El artículo 336 del Código Orgánico Integral Penal tiene validez jurídica, ya que ha sido dictado de conformidad con la Constitución y en un gobierno legítimamente constituido. Al no entrar en vigencia aún la normativa legal, no se puede hablar de eficacia jurídica, razón por la cual se debe esperar para ver si o no cumplida por las personas y aplicada por los administradores de justicia.
- El artículo 336 del Código Orgánico Integral Penal cumple con la finalidad del derecho penal de limitar el poder punitivo del Estado, ya que reconoce los derechos de las personas y se limita para sí mismo al establecer una protección solo a los gobiernos legítimos.

RECOMENDACIONES.

Se debe realizar reformas al Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 336, a efectos de eliminar el término de “reunión” de la Asamblea Nacional, por “sesión”, ya que no existe dentro de la Ley Orgánica de la Función Legislativa la figura de “reunión”. Por otro lado, la Corte Constitucional, mediante sentencia vinculante, deberá indicar en que consiste el “derecho a la resistencia” que establece el art. 336 del COIP, ya que no se sabe qué hechos son considerados como resistencia, y que no lleguen a ser considerados como acciones constitutivas de un hecho penal.

Esta sentencia vinculante se fundamentaría en el hecho de que la Corte Constitucional está en capacidad de interpretar la Constitución y dictar este tipo de sentencias, misma que tendrá un efecto obligatorio para las instancias judiciales, se unifica los criterios y limita la interpretación de los jueces.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBÁN Gómez Ernesto, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, tomo II, parte especial, ediciones Legales, Junio 2011.
- BENAVENTE Chores Hesbert, La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio, Bosch Editor, Barcelona-España, 2011.
- BUSTOS Ramírez Juan, Derecho Penal, parte general, volumen I, II, III, IV, V, Editorial Jurídica del Ecuador, primera edición 2008.
- CARBONEL Miguel, Teoría del neoconstitucionalismo, Editorial Trotta, 2007.
- CHIRIBOGA B. Héctor J. y Chiriboga V. Jaime L., Diccionario Militar, Fuerza Terrestre, Comando General, tercera edición 2000.
- Código de Procedimiento Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a febrero del 2011.
- Código Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a abril del 2010.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).
- DONNA Edgardo Alberto, Teoría del delito y de la pena, Editorial Astrea, 2º edición, tomos I y II.
- ESPINOSA CUEVA Carla, Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral, V&M gráficas, primera edición, enero 2010.
- FERRAJOLI Luigi, Derecho y Razón Teoría del garantismo penal, Editorial Trotta, sexta edición 2004.

- FERRAJOLI Luigi, Derechos y Garantías, La Ley del más débil, Editorial Trotta, sexta edición 2009.
 - PACHECO Osorio Pedro, Delitos contra el Estado, editorial Temis, Bogotá-Colombia 1986.
 - PEÑA Cabrera Alonso Raúl, Derecho Penal Peruano, Teoría General de la Imputación del Delito, editorial Rodhas, edición junio, 2005.
 - Proceso judicial seguido por parte del Estado Ecuatoriano, en contra del Coronel de Policía de E.M. (s.p.), Edwin Rolando Tapia Coronado.
 - REYES ECHANDÍA Alfonso, Tipicidad, Editorial Temis S.A., 2° reimpresión de la sexta edición, 1999
- Registro Oficial No. 449 publicado el 20 de septiembre del 2008, mediante el cual se expide la Constitución de la República del Ecuador 2008.
- ROXIN Claus, La Teoría del Delito en la Discusión Actual, Editora Jurídica Grijley, 2007.
 - RUBIO LLORENTE Francisco, Derechos fundamentales y principios constitucionales, Editorial Ariel, 2° reimpresión, 2006.
 - Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52, de 22 de Octubre del 2009, en el cual se publica la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
 - Suplemento del Registro Oficial No. 180, de lunes 10 de febrero del 2014, en el cual se publica el Código Orgánico Integral Penal.
 - Varios Autores, Lecciones de Derecho Penal, parte especial, Universidad Externado de Colombia, 2011.

- Varios Autores, El nuevo constitucionalismo en América Latina, Editora Nacional, Corte Constitucional del Ecuador, 1º edición, 2010.
- ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo, editores Edilex S.A., 1º edición, 2011.
- ZAVALA Egas Jorge, Teoría y Práctica Procesal Constitucional, editores Edilex S.A., mayo 2011.