

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

DISERTACION PREVIA A LA OBTENCION DEL TITULO DE

ABOGADO

**“CONCURSO REAL DE INFRACCIONES FRENTE A LA
PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN UN ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA”**

BRENDA LIZET ESPINOSA SALAZAR

DIRECTOR: DR. CRISTIAN ZAMBRANO RUILOVA

QUITO, 2017

Quito, 09 de noviembre de 2016

Señor doctor
Íñigo Salvador Crespo
Decano de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Señor doctor
Gonzalo Vaca Dueñas
Secretario Abogado de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

En contestación al oficio No. 005-SJG-2016, de 01 de diciembre de 2016, a través del cual se me corrió traslado con la designación de Profesor Informante de la disertación de abogacía titulada "CONCURSO REAL DE INFRACCIONES FRENTE A LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA" de la estudiante Brenda Lizet Espinosa Salazar, me permito, dentro del plazo señalado para el efecto, presentar mi informe en los siguientes términos:

- A) La materia concursal siempre ha generado controversia de posturas, sobre todo cuando los legisladores son todo menos eruditos en la materia. Es normal hallar en nuestros códigos disposiciones concursales que no se apegan a lo doctrina, cuando lo verdaderamente importante es la normativización de la dogmática penal.
- B) La tesis sobre la que debo informar contiene un muy buen trabajo en cuanto al desarrollo del concurso ideal y real de infracciones, aunque olvida por completo tratar un tema previo que le da vida y forma a estas dos instituciones: el concurso de leyes, para cuya solución la estudiante debió analizar la regla de especialidad, la regla de subsidiariedad, regla de consunción y regla de alternatividad. Dejar este tema en el aire representa olvidar la base del concurso de infracciones. ✓✓
- C) El tema de la realidad ecuatoriana está bien manejado, sobre todo cuando se lo relaciona con los principios fundamentales del Derecho Penal, siendo para esta disertación el más importante el principio de proporcionalidad, al cuál se le da un uso dogmáticamente correcto.
- D) Conuerdo con las conclusiones de la estudiante, sin embargo, el título de la tesis es: "Concurso real de infracciones frente a la proporcionalidad de la pena en un estado constitucional de derechos y justicia", empero, el enfoque concreto que se le da al tema es en delitos relacionados al tráfico de drogas, por lo cual me hubiese gustado leer la opinión de la estudiante sobre este mismo tema pero relacionado a otros delitos.

- E) La postura de la tesis es defendible. Es por ello que considero que al menos en su contenido escrito, debe ser aprobada. Por ahora falta escucharla para verificar si de forma oral puede mantener la misma solvencia.

- F) Por todas las consideraciones expuestas, califico con 8 sobre 10 la disertación de abogacía cuyo análisis, lectura e informe se me ha encomendado.

Atentamente,



Dr. Felipe Rodríguez Moreno
Profesor Informante

Quito, 16 de enero de 2017

Doctor
Gonzalo Vaca Dueñas
SECRETARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
En su Despacho.-

Señor Secretario Abogado:

En cumplimiento de lo requerido mediante oficio No. 005-SJC-2016, de 2 de diciembre de 2016, procedo a presentar mi informe de la disertación de Abogacía titulada "Concurso real de infracciones frente a la proporcionalidad de la pena en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia" de la señorita Brenda Lizet Espinosa Salazar.

Expongo las razones que justifican la calificación que se consignará en el párrafo final:

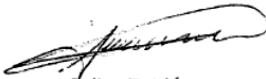
- La disertación es valiosa en cuanto a investigación, sin embargo resulta insuficiente en cuanto a argumentación. El análisis de la estudiante podía ser más profundo.
- Cuando en el segundo capítulo la estudiante analiza la realidad ecuatoriana frente a la aplicación del concurso real de infracciones a partir de varios casos no se comprende la metodología utilizada para la seleccionar, resumirl y analizar los casos. Si bien la casuística es escasa con respecto al concurso real de infracciones y en la práctica judicial solamente se registra una indebida aplicación en casos con respecto al tráfico de estupefacientes, el análisis es un tanto desordenado. En todo caso es evidente el conocimiento del tema por parte de la estudiante.
- La autora señala que "La Constitución tiene una doble función, que podría ser contradictoria pues por una parte protege derechos y por otro lado restringe los derechos de quienes actúan de manera contraria a la ley," afirmación realizada por la Asamblea Nacional en la exposición de motivos al aprobar el COIP, que no es analizada a profundidad, en relación al tema.

- Al estudio le falta profundidad en la sección destinada al estudio del concurso real y los derechos y garantías constitucionales con relación al Derecho Penal.
- La estudiante afirma que "Las personas están legitimadas a acudir a los órganos jurisdiccionales competentes y obtener una resolución motivada que se apegue a derecho, en virtud de lo cual es obligación de las autoridades judiciales garantizar la observancia de las normas." En este punto, la estudiante no realiza un análisis diferenciado sobre la tutela judicial efectiva, el derecho de protección a obtener respuestas motivadas con el conjunto de derechos que conforman el debido proceso que se debe observar al sustanciarse un proceso penal.
- En cuanto al principio de legalidad, la autora hace una completa sistematización de legislación y doctrina sobre el tema, pero es insuficiente el análisis propio.
- Falta profundidad en el análisis de la finalidad de la pena.
- La autora sostiene que con la aplicación indebida que propició la Corte Nacional de Justicia, a través de su jurisprudencia vinculante de 2015, se desvirtúa la finalidad de la pena. No se comprende la conclusión del análisis de la Resolución No. 12 -2015 de la Corte Nacional, no obstante ofrece una reflexión interesante cuando comenta que resulta absurdo descartar el concurso real de infracciones y permitir que se aplique la acumulación figura propia del concurso real, pues de la simple lectura del artículo 20 y del artículo 55 se desprende que la acumulación de penas es una consecuencia cuando existen delitos autónomos e independientes.
- Muy acertada la parte en que se identifica la violación de derechos constitucionales. Hace bien la autora en recordar que la acumulación de penas es una consecuencia del concurso real de infracciones.
- Es acertado el criterio de la estudiante de que no se puede aplicar el concurso real de infracciones al delito de tráfico de estupefacientes, se trata de un solo delito por lo tanto no cumple con las circunstancias que manda la ley, que sean delitos autónomos e independientes.

- Podía analizarse con mayor detenimiento la inobservancia del principio de proporcionalidad de la pena.

Por lo expuesto, califico la presente disertación con el puntaje de 8/10 (ocho sobre diez puntos).

Atentamente,



Salim Zaidán
DOCENTE

AGRADECIMIENTO

A mi familia, por su apoyo incondicional; de manera especial a mi hermano que ha sido un ejemplo para mí y me ha enseñado el valor del esfuerzo y la dedicación.

A mi director, Dr. Cristian Zambrano Ruilova, por guiarme y ayudarme durante este valioso proceso.

DEDICATORIA

“Dedico esta disertación a todas las personas que me han acompañado en este camino y me han convertido en alguien mejor”

RESUMEN

Esta disertación analiza la figura del concurso real de infracciones tipificado en el artículo 20 del Código Orgánico Integral Penal, desde la doctrina, la normativa, y su aplicación práctica en el Ecuador, pues cuando se encontraba en vigencia el Código Penal de 1971 solamente se había considerado el concurso ideal de infracciones, y existía una explicación poco clara sobre la concurrencia de varias infracciones.

La investigación permite entender el concurso real de infracciones y las circunstancias específicas que deben existir para que pueda ser aplicado desde la doctrina, así como también, un análisis a profundidad de los pronunciamientos judiciales al respecto, con mayor énfasis de la resolución N° 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia, a través de la cual se sienta un precedente jurisprudencial, permitiendo la acumulación de penas tipificada en el artículo 55 del COIP para el delito de tráfico ilegal de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, negando totalmente que se pueda aplicar concurso ideal y mucho menos real, a pesar de que la acumulación de penas es la consecuencia del concurso real de infracciones.

La resolución de la Corte Nacional de Justicia realiza una interpretación errónea del COIP, inobservando principios fundamentales del Derecho Penal, y su aplicación lleva como consecuencia la inobservancia del principio de legalidad y de proporcionalidad.

ABSTRACT

This Investigation analyzes the figure of the real concurrence of crimes typified in article 20 of the Criminal law (Codigo Organico Integral Penal), from the doctrine, the normative, and the practical application in Ecuador, the criminal law from 1971 had the ideal concurrence of crimes, and an unclear explanation of the concurrence of several infringements.

The investigation allows to understand the real concurrence of crimes and the specific circumstances that must exist so that it can be applied from the doctrine, as well as an in-depth analysis of judicial pronouncements, with emphasis on the Supreme Court Resolution No. 12- 2015, through which a jurisprudential precedent is established, allowing the accumulation of penalties typified in article 55 of COIP for the crime of illegal trafficking of narcotic and psychotropic substances, totally denying the application of ideal concurrence and less real, even though the accumulation of penalties is the consequence of the real concurrence of crimes.

The Supreme Court Resolution misinterprets the COIP, disregarding fundamental principles of Criminal Law, and its application leads to Breach of the principle of legality and proportionality.

INDICE

PORTADA

| | |
|--|------|
| AGRADECIMIENTO | VII |
| DEDICATORIA | VIII |
| RESUMEN | IX |
| ABSTRACT..... | X |
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| I PARTE..... | 3 |
| 1.1 Unidad y Pluralidad de Delitos | 3 |
| 1.1.2 Unidad de Hecho | 6 |
| 1.1.3 Delito Continuado..... | 9 |
| 1.1.4. Concurso de Delitos..... | 10 |
| 1.1.4.1 Concurso Real de Delitos | 12 |
| 1.1.4.2 Concurso Ideal de Delitos..... | 13 |
| 1.1.4.3 Diferencia entre Concurso Real y Concurso Ideal | 14 |
| 1.1.5 Axiomas..... | 14 |
| 1.1.5.1 No hay crimen sin ley | 15 |
| 1.1.5.2 No hay ley penal sin necesidad..... | 16 |
| 1.1.5.3 No hay necesidad sin lesión..... | 17 |
| II PARTE | 18 |
| 2. Realidad Ecuatoriana frente a la aplicación del Concurso Real de Infracciones | 18 |
| 2.1 Derechos y Garantías Constitucionales con relación al Derecho Penal | 30 |
| 2.2.1. Cumplimiento de la Normativa | 34 |
| 2.1.2 Legalidad. | 35 |
| 2.2.3. Proporcionalidad..... | 38 |
| 2.2 Concurso Real de Infracciones en el COIP | 40 |

| | |
|--|----|
| 2.3 Finalidad de la pena contemplada en el COIP y en la Constitución de la Republica del Ecuador | 43 |
| 2.3.1 Teorías Absolutas de la pena | 44 |
| 2.3.2 Teorías Relativas de la pena | 44 |
| 2.3.3. Teorías mixtas o de la unión..... | 47 |
| 2.3.4. Finalidad de la Pena en el Ecuador..... | 47 |
| III PARTE..... | 51 |
| 3. Efectos de aplicación del Concurso Real de Infracciones..... | 51 |
| 3.1. Violación de Derechos Constitucionales | 58 |
| 3.2 Inobservancia del principio de proporcionalidad de la pena | 63 |
| 3.3 Incumplimiento de los fines de la pena | 66 |
| Conclusiones y Recomendaciones | 68 |
| Bibliografía | 72 |
| Anexos | 77 |

INTRODUCCIÓN

El derecho penal no se trata solamente de un conjunto de normas que regulan una conducta humana, como lo menciona Ernesto Albán en su obra Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, también se trata de un mecanismo de control social que utiliza el Estado para asegurar un orden de paz ejerciendo el *Ius Puniendi* o poder punitivo.

“Mecanismo indispensable de defensa social, que recoge, encausa y limita la reacción instintiva y primitiva de la sociedad, frente a hechos injustos y violentos que lesionan intereses fundamentales... al sancionar el Estado al delincuente, a través de los mecanismos legales, se evita que la sociedad reaccione en forma igualmente violenta e injustificada.” (Albán, 2015, pág. 6)

El poder punitivo que tiene el Estado para sancionar conductas tipificadas, es ejercido por el sistema penal que es *“el conjunto de agencias que coinciden en la cuestión criminal”* (Zaffaroni, 2014, pág. 9) pero este tiene una limitación, que es la ley; el Estado, actúa a través de sus dependencias al margen de lo que dispone la normativa, esto es fundamental en el derecho penal, ya que se rige por el principio de legalidad, como dispone el Código Integral Penal de ahora en adelante COIP, artículo 5 *“no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla”*.¹

Actualmente nos regimos por el COIP, promulgado el 10 de febrero de 2014 que entró en vigencia el 10 de agosto del mismo año, incluyendo en su contenido el concurso real de infracciones en el artículo 20; la Corte Nacional de Justicia sentó un precedente jurisprudencial, en virtud de que, en cinco ocasiones se resolvió de la misma manera con respecto a la aplicación de la acumulación de penas, prevista en el artículo 55 del COIP² para el delito de tráfico de estupefacientes, siempre y cuando se perpetre el delito con diferentes sustancias estupefacientes, por lo que en las cinco resoluciones se impuso una sanción para cada sustancia a pesar de que se trata de un solo delito, y al sentar un precedente jurisprudencial, de ahora en adelante como manda la Constitución su aplicación es de carácter obligatorio, por ende, en todos los casos se tendrá

¹ Código Orgánico Integral Penal, (COIP) publicado en el Registro Oficial No. 180, en fecha 10 de febrero del 2014. Vigente desde el 10 de Agosto 2014.

² Art. 55.- *Acumulación de penas.- La acumulación de penas privativas de libertad procede hasta un máximo de cuarenta años.*

que resolver de igual forma, lo cual puede traer como consecuencia la vulneración de derechos constitucionales; considerando que la Corte Nacional, después de un extenso análisis llega a la conclusión de que, para el caso de tráfico de estupefacientes no se puede aplicar concurso ideal y mucho menos real de infracciones, sin embargo, se aplica la acumulación de penas, que es la consecuencia del concurso real de infracciones, figura que la Corte Nacional, ha considerado que no se aplica al caso.

Frente a esta situación he planteado la investigación de la presente disertación en la cual, en el primer capítulo, realicé un explicación doctrinaria de todo lo que comprende el concurso real de infracciones, los elementos que se deben considerar para entender el concurso real, su diferenciación del concurso ideal, y todas las figuras en las que se analiza la existencia de varios delitos, las cuales son necesarias conocer, para realizar un análisis adecuado que pueda demostrar las hipótesis planteadas.

En el segundo capítulo realicé un análisis de cómo es en la práctica la aplicación del concurso real de infracciones y los problemas que podría generar al no ser aplicado adecuadamente, y que en nuestra realidad se podrían presentar dificultades que el legislador no consideró al momento de crear la norma; así como planteo un caso hipotético en el cual exista concurrencia de infracciones.

Finalmente en el tercer capítulo realizo un análisis de casos en los cuales ya se ha aplicado el concurso real de infracciones, con énfasis en la resolución N° 12 del pleno de la Corte Nacional mediante la cual se sienta un precedente jurisprudencial, a través del cual se pueden ver vulnerados ciertas garantías contempladas en el COIP y la Constitución de la República del Ecuador, así como también se puede afectar el principio de proporcionalidad, generando incumplimiento de los fines de la pena.

I PARTE

1.1 Unidad y Pluralidad de Delitos

Para desarrollar la presente disertación es necesario tener un panorama claro sobre el concurso de infracciones, diferenciar los dos tipos que contempla el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), y definir bajo qué circunstancias se puede aplicar o no; la importancia, de la aplicación del concurso de infracciones en cualquiera de sus tipos recae en la pena³ que el Juez va a imponer, el jurista Zaffaroni manifiesta que:

“Cuando un sujeto comete un delito solo puede aplicársele una pena, en tanto que si ha cometido varios delitos habrá lugar para la imposición de varias penas, y ello por cuanto de mediar una conducta habrá un delito, y cuando haya varias conductas habrá varios delitos.” (Zaffaroni, 2014, pág. 669),

Se aplican varias penas en virtud de que, por cada delito que se investigue y se logre demostrar la materialidad y autoría, el Tribunal competente aplica la sanción que corresponde a al delito conforme se encuentre dispuesto en la normativa penal.

Durante la vigencia del Código Penal de 1971⁴ y el Código de Procedimiento Penal de 2000⁵, si un sujeto cometía varios delitos dependiendo del caso aplicaban las reglas para concurrencia de infracciones, contenidas en el artículo 81 del Código Penal,⁶ sin embargo, no existía una diferenciación precisa sobre los tipos de concurso que existen, y la determinación de la sanción

³ En la presente disertación se utilizarán los términos pena y sanción como sinónimos

⁴ Código Penal publicado en el Registro Oficial Suplemento 147 de 22-ene.-1971, actualmente derogado

⁵ Código de Procedimiento Penal publicado en el Registro Oficial Suplemento 360 de 13-ene.-2000, actualmente derogado

⁶ Art. 81.- *En caso de **concurrencia de varias infracciones**, se observarán las reglas siguientes:*

1.- Si concurren varios delitos reprimidos con penas correccionales, o uno o más de estos delitos con una o más contravenciones, se acumularán todas las multas y penas de prisión correccional y de policía; pero de manera que la multa no pueda exceder del doble de la más rigurosa; y la prisión correccional, de seis años;

2.- Cuando concorra un delito reprimido con reclusión con delitos reprimidos con prisión correccional o una o más contravenciones, se impondrá la pena señalada al delito más grave;

3.- Cuando concurren varios delitos reprimidos con reclusión, se impondrá la pena mayor. Cuando concurren varios delitos reprimidos con reclusión mayor especial, se acumularán las penas por un máximo de treinta y cinco años;

4.- Las penas de comiso especial en virtud de varias infracciones concurrentes, serán siempre acumuladas;

5.- Cuando haya concurrencia de varias contravenciones se acumularán todas las penas merecidas por el contraventor, pero no podrán exceder del máximo de la pena de policía; y,

6.- Cuando un solo acto constituya varias infracciones únicamente se impondrá la pena más rigurosa que será hasta de treinta y cinco años, si se trata de infracciones sancionadas con reclusión mayor especial. (el resaltado me corresponde)

que abarca los diferentes delitos, dependía de las penas que el Código Penal determinaba para los delitos sean estas de prisión, reclusión, reclusión mayor, etc.

En la mayoría de casos en los que existía concurrencia de infracciones se investigaba por el delito que tenía la pena mayor, entonces el Tribunal de Garantías Penales aplicaba una única sanción para todas las infracciones cometidas; actualmente con la promulgación del COIP, se incorpora en el artículo 20 al concurso real de infracciones, con el fin de que se investiguen y se juzguen todos los delitos cometidos siempre y cuando sean autónomos e independientes, de tal manera que no queda en la impunidad ninguna infracción, beneficio evidente para la víctima que busca justicia sobre todas las acciones que le han causado un perjuicio, sin embargo cuando se perpetra un delito no solo se debe considerar a la víctima, también se debe tomar en cuenta los derechos y garantías de las que goza el infractor quien no por violar la ley pierde sus derechos fundamentales.

Si una persona comete varios delitos se presentan dos supuestos; primero cuando un único acto lesiona varios bienes jurídicos (concurso ideal) y segundo cuando se trata de varios actos que de forma autónoma e indistinta lesionan varios bienes jurídicos (concurso real), pueden surgir confusiones al respecto para lo cual hay que tener claro lo que implica un único acto y qué se considera como varios.

El hombre en su vida diaria realiza movimientos corporales que en conjunto se pueden considerar como una sola acción, lo mismo ocurre al momento de que se comete un delito, pues varias acciones pueden ser vistas como un solo delito o como varios. A pesar de que la definición del delito a lo largo de los años ha generado polémica tomaré en cuenta una de las definiciones más acertadas y completas, del jurista Mir Puig, quien considera todos los elementos del delito y permite entender de una manera más clara lo que es.

Según Santiago Mir Puig (2015, pág. 148) el delito es *“un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable, añadiéndose a menudo la exigencia de que sea punible”*, esta definición abarca todos los elementos, es decir que se trata de una manifestación externa de la voluntad de una persona, que se encuentra tipificado en una norma y evidentemente se trata de una actuación contraria a la ley, si una persona incurre en esa conducta estará sujeta a una imputación personal y se le podrá aplicar una sanción que se encuentre prevista en el mismo cuerpo normativo.

El elemento que es trascendental y se debe tomar en cuenta en la presente disertación es la de comportamiento humano, conducta penalmente relevante, que puede tener varias interpretaciones y no se lo debe entender cómo un movimiento corporal único realizado por una persona, en realidad puede estar compuesto de varios elementos y, tratarse de un conjunto de acciones, esto es en el sentido positivo, sin embargo la conducta o comportamiento humano, también tiene un sentido negativo, es por esto que hay hechos comisivos y omisivos, *“invirtiendo los términos, el concepto negativo, para buscar un supraconcepto común, en el delito omisivo defina la acción, no por la conducta activa en sí, sino por la no realización de la conducta que normativamente hubiera sido la correcta, ósea la de evitar el resultado”* (Luzón, 2012, pág. 135)

Es por ello que la no realización de una conducta o el no actuar frente a una situación también puede tratarse de un delito, dependiendo de cómo se encuentra tipificado en la norma, para aclarar el tema me permito utilizar un ejemplo, en el supuesto de que a un hospital llega un paciente con una herida de bala en el pecho cerca del corazón y se requiere sea operado de inmediato a fin de extraer la bala, y salvarle la vida, el médico de turno decide operarlo, sin embargo por la premura y a fin de atender a la gran cantidad de heridos que hay en la sala de urgencias sin tomar precauciones termina rápidamente la operación para extraer la bala y deja una gasa dentro del paciente, lo cual le provoca una infección grave y debido a su mal estado fallece, entonces nos encontramos frente a un caso de negligencia médica ya que por la acción que realizó el doctor de turno esta persona falleció.

En un segundo supuesto bajo las mismas condiciones el médico pudiendo operarlo, al darse cuenta de que existen muchos pacientes decide NO proceder con la cirugía para extraer la bala a la persona herida y a causa de esto fallece, entonces debido a que el médico no realizó lo que tenía que hacer provocó la muerte de una persona y también se trata de una negligencia médica, pero en este caso por omisión.

Para que en determinadas circunstancias la falta de actuación de un sujeto sea considerado como un delito hay que tomar en cuenta la forma en la que se tipifico o si la normativa penal contempla el delito en su forma omisiva, es decir cuando se configura el tipo penal en su forma negativa, por el no actuar del sujeto activo, entonces el delito en sentido negativo puede ser por omisión o por comisión por omisión.

1.1.2 Unidad de Hecho

Para el derecho penal resulta de gran importancia entender la configuración del tipo penal, a fin de determinar si cuando una persona realiza varios actos⁷ se trata de un solo delito o de varios delitos, entonces, un hecho puede estar dividido en muchas acciones y aun así seguir siendo un único delito, por lo que se evidencia que acción, hecho y delito son términos que se relacionan, pero conceptualmente son diferentes, pues si se los trata como sinónimos se puede caer en la falacia de petición de principio⁸.

Al separar acciones y hechos en función de su mera apariencia externa perceptible por los sentidos: la división del proceso en el que un sujeto se ve inmerso en múltiples fotogramas –si se nos permite el símil- no conduce más que a contar con una pluralidad de secuencias cada una de ellas carente de sentido por sí misma. Ninguna de ellas constituye un hecho. (Sánchez, Íñigo, Ruiz, 2015 pág. 100.)

Es evidente que los términos hecho acción y delito tienen un significado diferente, pero no se los debe desvincular, entonces puede existir pluralidad de hechos, en el que un sujeto realiza varias acciones pero estas en conjunto son las que configuran el delito, que pasa por una fase de ejecución, lo que conocemos como iter criminis *“los diferentes hechos constitutivos del delito no pasan, sin momentos intermedios, de la nada al ser: por el contrario, su realización recorre una serie de estados o fases, atraviesa, en definitiva, un camino”* (Cobo del Rosal, 1984, pág. 36)

Como lo manifiesta Percy Garcia Caveró primero existe una fase de ideación o propósito serio de cometer un delito, es decir es una planeación cuando la persona tiene en su mente la idea de cometer un delito, en esta etapa no puede estar sujeto a una sanción, pues las ideas no delinquen, y esta etapa no es relevante para el Derecho Penal, la segunda fase a la que nos enfrentamos son los actos preparatorios, en la cual ya existe una actuación por parte de quien tiene la intención de delinquir, como por ejemplo para secuestrar a alguien, comprar sogas, cintas y las herramientas

⁷ Al hablar de varias acciones no se considera los movimientos musculares que realiza una persona para ejecutar un acto pues esto no es relevante para el Derecho Penal, sino las acciones en concreto que implican un delito.

⁸ *Se incurre en este sofisma de dos maneras: a. porque se utiliza como premisa lo mismo que afirma la conclusión o algo cuya verdad depende de ella. b. porque se utiliza como premisa algo cuya verdad no está probada.* (García, 2000, pág. 323)

necesarias para cometer el delito, sin embargo el Derecho Penal tampoco puede sancionar esta situación, y lo hace únicamente en casos excepcionales, posteriormente tenemos ya la fase de ejecución, lo que implica ya la utilización concreta de los medios elegidos para el cometimiento de un acto delictivo, de tal forma que el delito queda consumado, este puede ser sancionado conforme a normativa penal vigente, sin embargo por cuestiones ajenas a la persona puede darse el caso de que el delito no llegue a consumarse, pese a que la persona ha realizado todo lo posible en sus manos para que se cometa el delito pero esto no ha sucedido, entonces estamos frente a la tentativa y esta si tiene una sanción, cuya pena es menor a si el acto se hubiera consumado. (García Caverro, 2012, págs. 731-759)

Como vemos existen varias fases en las que un sujeto realiza una serie de acciones para delinquir y todas esas acciones en conjunto son las que configuran un delito y a falta de una de ellas ya no se trata de unidad de hecho o unidad de acción y no se puede juzgar ni sancionar ya que no existe una conducta delictiva que pueda ser reprochable a un sujeto.

Existen dos vertientes con respecto a la determinación de qué acciones conforman la unidad de hecho, primero el criterio de la concepción natural de la vida, la valoración sobre que implica una unidad de hecho depende de la sociedad, y es lo que en el diario vivir se consideraría como una conducta determinada, y se toman en cuenta dos elementos, la unidad de propósito y la conexión espacio temporal, esta vertiente es aplicable en el sistema anglosajón, en el cual la costumbre jurídica y la jurisprudencia tienen un rol principal para los Jueces, que deben impartir justicia; la segunda sostiene que la valoración está determinada por lo que se encuentra tipificado en la norma, para la presente disertación esta es la única teoría que se podría considerar ya que únicamente se puede hablar de delito si se encuentra en la norma penal y mientras exista unidad de hecho se tratará de un solo delito sujeto a la imposición de una sola pena. (Mir Puig, 2015, págs. 667,668)

Jescheck (2002, pág. 766), manifiesta que la unidad de acción se puede dar en tres situaciones, en primer lugar cuando se cumple los requisitos mínimos que exige el tipo penal, implique o no la realización de varias acciones en el caso de que un sujeto A se acerca a otro sujeto B, buscando la noche, con un arma blanca y lo apuñala tres veces seguidas, el sujeto B cae al suelo, y es trasladado inmediatamente a un hospital, sin embargo en el camino, en la ambulancia

debido a la gravedad de sus heridas fallece, entonces podemos decir que A ha matado a B, y será juzgado por el delito de asesinato, existen varios actos en esta situación, para que se entienda como configurado el delito el sujeto A ha tenido que incurrir en una serie de acciones que no necesariamente todas constituyen diferentes delitos, estas acciones en conjunto han permitido que se considere la infracción de asesinato.

Lo único que tomamos en cuenta como delito es la acción de haber dado muerte a otra persona con una agravante, conforme manda la normativa penal, no se considera si primero lo lesiono o en qué momento murió la persona, tampoco se analiza si el sujeto A ataco al sujeto B con el propósito de matarlo o únicamente de lesionarlo, el conjunto de acciones realizadas por el sujeto A configuran el delito, lo que se toma en cuenta es lo que manda la ley, se analiza si el hecho corresponde y se subsume a un tipo penal, a fin de que el Tribunal competente sancione esta conducta.

En segundo lugar puede darse el caso de que, el tipo penal presupone la realización de varias conductas que por separado no siempre constituyen un delito (Jescheck, 2002, pág. 766), por ejemplo el caso en que la norma penal presupone que un delito es falsificar documentos y utilizarlos, entonces estamos frente a dos conductas que por separado no se considerarían como un delito, sin embargo la realización de estas dos conductas juntas presuponen un único delito, por lo tanto se trata de unidad de acción, son hechos que constituyen un solo injusto penal y atentan contra un solo bien jurídico y por ende tendrá una pena única .

Por ultimo existe el caso de delito permanente, *“implica una persistencia en el resultado del delito, durante la cual mantiene su actuación la voluntad criminal”* (Jiménez de Asúa, 2002, pág. 582), el delito se realiza de manera ininterrumpida, es el caso de tenencia o porte de armas, el delito durará, el tiempo que el autor tenga a su alcance un arma de fuego sin autorización, evidentemente no se trata de una sola acción es un conjunto de acciones que se repiten a través del tiempo pero constituyen unidad de acción ya que se trata de un solo delito.

En los anteriores casos expuestos se puede observar la existencia de sentido típico, lo que implica que varias acciones realizadas por una misma persona se consideran como un único tipo penal, pues la persona ejecuta una serie de acciones y estas en conjunto configuran la infracción.

1.1.3 Delito Continuado

“Consiste en varias violaciones de la misma ley o disposición penal, cometidas en el mismo momento de acción o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal” (Jiménez de Asúa, 2002, pág. 584). El delito continuado nace como una respuesta a las excesivas penas que se imponían, cuando un infractor cometía el mismo delito por varias ocasiones, pues así tenemos el clásico ejemplo del ladrón que por hurtar por más de tres ocasiones, se podía sancionar inclusive con la pena de muerte, lo cual no estaba realmente justificado ni era proporcional al daño que el ladro había causado, sin embargo al delito continuado se lo debe separar de lo que conocemos como concurso de delitos, carecería de sentido que si se comete el mismo delito por varias ocasiones, se aplique un concurso de delitos y se acumulen las penas por cada vez que el infractor cometió exactamente el mismo delito, pues lo único que varía es el sujeto pasivo, y no sería practico que se investiguen todas las acciones cuando se trata del mismo tipo penal; existen varias teorías al respecto del delito continuado, sin embargo la más acertada es la jurídica, pues lo que se debe considerar es aquello que la ley determina. (Freire Gavilán, 2013, pág. 4)

Dentro del delito continuado también se debe analizar la unidad de acción, pues estamos considerando que varios actos que cada uno en sí mismo constituyen un delito, en conjunto van a seguir constituyendo el mismo delito, por lo que si se podría hablar de que en el delito continuado existe unidad de acción, por otro lado en el delito continuado para que sea considerado, es necesario que se analice la finalidad con la que se perpetran las diferentes acciones, pues el propósito con el que se las realiza es fundamental para determinar si es que todas estas acciones se pueden unificar, tomando en cuenta que la ley debería ser la base del delito continuado a pesar de que su nacimiento es factico y con el fin de disminuir un abuso del uso del ius puniendi, para que los juzgadores tengan claro que infracciones se pueden considerar como delitos continuados, en la ley penal debe existir una norma que explique claramente lo que es esta figura jurídica y en qué casos se aplica o si es que es facultad de los Jueces que sea aplicado o no.

Es claro que no se trata de concurso de infracciones, ya que aunque existan varias acciones que se realizan en tiempos distintos, se trata de la afectación a una norma penal en específico y se considera como un solo delito, ya que se trata del mismo verbo rector y del mismo bien jurídico, es el mismo delito perpetrado en distintos momentos pero de manera continuada.

En el caso de que a una persona se le entregan 5 celulares sin facturas, conoce que han sido robados de una tienda, y los pone a la venta en la calle, de tal forma que durante 4 días logra vender cuatro celulares, al quinto día un comprador descubre que los celulares son robados y lo denuncia a la policía, el delincuente con el fin de no ser detenido se oculta por una semana y con el objetivo de vender el ultimo celular lo vende a través de internet, el infractor cometió el delito de receptación, en este caso se está violando la misma norma a través de actos parciales, que lesionan un mismo bien jurídico protegido⁹, en fechas distintas, es fundamental en este delito que exista identidad de resolución, es decir que para que se trate de delito continuado, el autor mantenga la misma motivación durante los distintos actos, o como lo menciona Jescheck que exista unidad del dolo. Esto implica que aunque sean acciones distintas se trata de un solo hecho punible, el delito continuado se consuma con el primer acto parcial pero no se agota hasta que se realiza el último acto

1.1.4. Concurso de Delitos

Las modalidades de delitos que se abordaron anteriormente tienen en común que pese a que se trate de una pluralidad de actos, se los unifica y se trata de un solo delito, y lo que se juzga es por una sola infracción, sin embargo existen situaciones en las que pese a que exista pluralidad de acciones no se las puede unificar bajo un mismo tipo penal, por lo que se trata de diferentes infracciones, y en este caso al tratarse de delitos autónomos e independientes, es concurso o concurrencia de delitos, en virtud de que *“la realización de un comportamiento (o de varios) puede caer dentro del ámbito de regulación de diferentes tipos penales... ante esta situación tenemos que decidir cómo se presenta la relación entre las infracciones a efectos de determinar no solo la imputación del hecho, sino también la pena aplicable al caso concreto”* (García Caveró, 2012, pág. 763), pese a que estamos frente a pluralidad de acciones, estas carecen de unidad de sentido típico, únicamente coinciden en el tiempo en el cual han sido cometidos, por lo que se trata de una pluralidad de delitos

⁹ Conforme manifiesta Jescheck, no cabe delito continuado cuando se trata de bienes jurídicos altamente personales, ya que en cada acto es diferente el injusto de la acción y del resultado (Jescheck, 2002)

Es evidente que se trata de los actos de una misma persona, pues si intervienen más se trataría de coautoría, encubrimiento o complicidad, que según la doctrina se definen como:

Coautoría: *“No es más que un autor que coopera con otro u otros autores a ejecutar la acción típica. En ella no hay accesoriedad, puesto que su responsabilidad no depende de la del otro copartícipe”* (Jiménez de Asúa, 2002, pág. 578).

Encubrimiento: *“Se constituye cuando un tercero apoya al autor tras la terminación del hecho pero con anterioridad al advenimiento de la condición”* (Thomas, 1996, pág. 602).

Complicidad: *“La realiza quien presta al autor una cooperación secundaria realizando actos previos o accesorios, a sabiendas de que favorece la comisión del delito pero sin que su auxilio sea necesario”* (Jiménez de Asúa, 2002, pág. 578).

En el caso de que intervengan más personas y su actuación durante las infracciones se acople a una de las figuras mencionadas con anterioridad, se les debe imponer una pena conforme a las reglas que establezca el cuerpo normativo penal.

En el derecho penal pueden existir cientos de casos que aunque guarden cierta similitud siempre va a ser distintos, para ello la doctrina diferencia estas situaciones, con el fin de que no exista confusión en cuanto al procedimiento, la investigación y la sanción aplicable, entonces si una persona para robar a alguien lo mata estamos frente a un robo agravado, que es un tipo penal, pero en el caso de que el mismo sujeto ingresa a una casa para robar y dispara su arma provocando una lesión en la víctima y rompe un jarrón japonés avaluado en \$20.000 dólares, y se lleva las joyas que habían en la casa, estamos frente a tres delitos distintos y en este caso se puede hablar de concurso de delitos.

Tomando en cuenta que el Derecho Penal busca la protección del bien jurídico y en caso de ser vulnerado se pueda restablecer la vigencia de la expectativa que se tiene acerca del cumplimiento de la normativa, ya que al cometer un delito se ha contrariado la norma, entonces al cometer varios delitos de qué manera se debe juzgar para restablecer el orden, no se puede juzgar solamente por un delito ya que los demás quedarían en la impunidad es necesario que se analice el cometimiento de todos los delitos y se determine una pena que sancione correctamente todas las

infracciones cometidas, se considera en gran medida la gravedad de la situación, y en base a esto imponer la pena, que no debe ser desproporcional o excesiva. (Jescheck, 2002, pág. 762)

1.1.4.1 Concurso Real de Delitos

Cuando los hechos se suceden en el tiempo y no es posible abarcar toda su gravedad aplicando un solo tipo, procede en cambio apreciar tantos delitos como hechos aislados, dotados de sentido típico se identifiquen; es decir, se aprecian todos los delitos por separado. Un claro ejemplo es el caso en el que un sujeto A entra a un banco y amenaza a los empleados del banco para que le entreguen el dinero, una vez que obtiene lo que buscaba sale huyendo, pero se lleva a uno de los empleados del banco, y lo retiene durante dos semanas y durante este tiempo debido a los malos tratos que recibió el empleado le ocasionan una lesión permanente, en este caso el delincuente será juzgado por tres delitos, en primero lugar por robo, en segundo lugar secuestro y en tercer lugar por lesiones permanentes, se lo puede juzgar dentro de un mismo proceso, pero es necesario que se separen los delitos, ya que no existe una infracción que englobe todas estas acciones, se tendrá que hacer una investigación previa a fin de recabar pruebas que permitan demostrar el hecho e imponer una pena.

Para definir si estamos frente a un concurso de delitos o no se debe determinar si al producirse varios hechos estos implican unidad en sentido típico, al cometerse en una misma línea de tiempo, pero en el caso de que no exista unidad en sentido típico se debe considerar si se está cometiendo varios delitos que son autónomos e independientes entre sí, esto depende como se encuentre tipificado cada delito, si las diversas acciones que ha realizado un sujeto se subsumen en distintas infracciones, se puede hablar de concurso real de delitos, pero también es fundamental que estas diversas acciones sean independientes una de la otra de tal forma que no se confunda con el concurso ideal.

“Existe Concurso Real, si el autor, al llevar a cabo varios delitos independientes, ha creado los presupuestos de su enjuiciamiento simultaneo” (Cobo del Rosal, 1984, pág. 647)

Siempre que hablemos de concurso real de infracciones nos vamos a enfrentar a varios delitos que son autónomos e independientes, es decir que según como fueron cometidos no guardan

unidad de sentido típico, ni si quiera de forma parcial, por lo que frente a esta situación, el Derecho Penal se encuentra en la obligación imperante de brindar una solución, que para el presente caso es aplicar el concurso real, es decir que por cada delito se impone la sanción correspondiente con el fin de acumular todas las penas lo cual implica que no se va a dejar en la impunidad ninguna acción cometida que se encuentre tipificada en la ley penal. (García Falconí, 2014, pág. 210)

1.1.4.2 Concurso Ideal de Delitos

Se puede afirmar que hay cierta unidad de la actuación, en virtud de que hay una coincidencia temporal, pero aparte de esto hay que considerar, que se trata de delitos autónomos que no se pueden englobar en un solo delito, como el caso en el que un sujeto entra a una tienda con el propósito de robarse la caja chica, el dueño de la tienda al percatarse de la situación se acerca, y el infractor toma la caja chica bruscamente para golpear al dueño de la tienda provocándole lesiones muy graves, y posteriormente sale corriendo, en este caso existen dos delitos, uno de lesiones y otro por robo, sin embargo se cometen a través de dos acciones que se vinculan, aquí lo que se juzga es por el delito que tenga la pena más grave.

“En el concurso ideal de delitos la misma conducta penalmente relevante realiza varios tipos penales, que pueden ser de la misma o de distinta naturaleza o que permite diferenciar los casos de concurso ideal de delitos (infracciones a la misma ley penal) de los casos de concurso ideal heterogéneo (infracciones a distintas leyes penales)”. (García Caveró, 2012, pág. 781)

El concurso ideal de delitos necesariamente va a presuponer unidad de acción, que como lo que habíamos revisado anteriormente, quiere decir que con una misma acción, se lesionan dos o más bienes jurídicos protegidos, nos enfrentamos a varios delitos distintos y autónomos. Para que exista concurso ideal de delitos según Percy García Caveró puede ser en los siguientes casos

- **Identidad Completa:** ocurre cuando los diversos tipos penales concurren plenamente en la misma acción
- **Identidad parcial:** esta puede darse hasta la fase de agotamiento de un delito, y debe tratarse de acciones que busquen asegurar el ataque a un bien
- **Identidad por vinculación:** aquí existen dos acciones independientes pero se vinculan por medio de otra acción.

Una vez verificado la existencia del concurso ideal de infracciones, únicamente se va a imponer la pena del delito más grave, a fin de proteger el bien jurídico más importante. (García Caverro, 2012, págs. 781-783)

1.1.4.3 Diferencia entre Concurso Real y Concurso Ideal

Cuando hablamos de pluralidad de conductas, abarca varias acciones u omisiones que son penalmente relevantes, pero depende como se desarrolle cada situación, para que el juez pueda determinar qué tipo de concurso aplicar y consecuentemente la sanción adecuada.

En el concurso ideal el infractor actúa bajo la “idea” de una única¹⁰ acción que afecta varias normas penales, existe unidad de acción, pero hay pluralidad de infracciones a la ley, como se explicó anteriormente a través de un mismo acto se cometen varios delitos (Jescheck, 2002, pág. 774), se sanciona con la pena del delito más grave, sea el caso de concurso ideal homogéneo o heterogéneo, se trata de una única pena correspondiente a un solo delito que es el más grave pese a que se haya comprobado la existencia de varias infracciones, ya que se trata de una sola acción que ha provocado que existan varios delitos o bien de varias acciones que tienen una vinculación entre sí pero aun así se trata de varias infracciones.

Mientras que en el concurso real no nos enfrentamos a una única acción, son actos independientes que lesionan varios bienes jurídicos y por ende se trata de delitos distintos, y se vuelve irrelevante la conexión entre las infracciones concurrentes la finalidad del sujeto activo es la de cometer varias infracciones a diferencia del concurso ideal, que actúa bajo la premisa de que con sus actos provocara un único resultado (un delito en particular). Con relación a la sanción que se puede imponer se trata de una acumulación aritmética, se suman las penas de cada delito, depende de cada legislación que exista un límite o no de hasta cuantos años se pueden sumar penas.

1.1.5 Axiomas

Los axiomas garantistas en el Derecho Penal, son formados a partir de once términos: *pena, delito, ley, necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa*. Estos

¹⁰ De acuerdo con Jiménez de Asua, al referirnos al acto o acción no solo implica lo que hace el sujeto como expresión de su voluntad, también involucra el resultado que genera. (Jiménez de Asua, 2002)

axiomas no expresan como es el sistema penal, si no como debería ser determinando las reglas bajo las cuales debería operar el derecho penal. La función de estos principios es condicionar o vincular al sistema penal para que no haya un ejercicio absoluto del poder punitivo. Son diez los principios que surgen de los once términos anteriormente descritos, que se encuentran encadenados entre sí, sin embargo, para el presente trabajo solamente se va a explicar tres, que son fundamentales para esta disertación¹¹. (Ferrajoli, Derecho y razón : teoría del garantismo penal, 2011, pág. 93)

1.1.5.1 No hay crimen sin ley

"Un hecho sólo se puede castigar si la punibilidad estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho" (Roxin, 1997, pág. 137).

Este axioma se refiere al principio de legalidad, pues pese a que existan conductas que según la sociedad se consideren moralmente incorrectas, mientras no se encuentren tipificadas en una norma penal, no podemos hablar de un delito y esta conducta no podría ser juzgada, es así que antes de que se incorpore el etnocidio como un delito, si una persona destruía la identidad cultural de un pueblo, no podía ser procesada en virtud de que no se encontraba en el cuerpo normativo penal como un delito.

De esta forma se garantiza seguridad jurídica para las personas, pues una vez publicada la norma, se entiende que el individuo conoce que si adecua su conducta a un hecho punible tendrá una sanción, de esta forma también se evita que existan arbitrariedades por parte del Estado, y así se limita el poder punitivo. (Roxin, 1997, pág. 136)

Sin embargo si se promulga una norma penal que contiene un delito, resulta impensable que se pueda modificar las circunstancias de este delito, o que se pueda crear otros delitos sin reformar el cuerpo normativo, entonces para el caso del delito de tráfico de estupefacientes, si se aplica acumulación de penas, cuando el delito se perpetra con más de una sustancia, por cada sustancia se aplican diferentes penas y estas se acumulan, de tal forma que se modifica las

¹¹ *Nullum crimen sine lege previa* correspondiente al principio de legalidad, *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* correspondiente al principio de necesidad o de economía del derecho penal y *nulla necessitas sine iniuria* correspondiente al principio de lesividad o de la ofensividad del acto

circunstancias del tipo penal y se impone sanciones mucho más graves de lo que el legislador previno para este delito.

1.1.5.2 No hay ley penal sin necesidad

Este axioma se refiere a que el derecho penal es de ultima ratio, en virtud de que a través de esta rama del derecho se limitan derechos fundamentales como la libertad, consagrado en la Constitución de la Republica, se lo debe utilizar cuando sea estrictamente necesario, de tal manera que no exista un abuso por parte de la autoridad con relación a la imposición de la pena o al momento de juzgar una conducta, siempre que no exista otro medio menos lesivo para sancionar una conducta moralmente reprochable se debe acudir al derecho penal. Este axioma surge para proteger la dignidad humana, siendo este el pilar la base de toda norma jurídica y mucho más para una norma penal. (Nader Kuri, 2008, págs. 27,28)

Cuando una persona actúa de forma contraria a la ley produce un resultado negativo en la sociedad pero no por esto se le puede aplicar penas, que a largo o corto plazo afecten su humanidad, en un sistema garantista es fundamental que haya una mínima intervención penal. Es claro que la necesidad de crear una norma penal es analizada en la Asamblea Nacional al ser el órgano competente para crear normas según lo manda nuestra Constitución, entonces el legislador será quien cree o no una norma, si no hay necesidad entonces no se debe crear una ley penal, pues por ejemplo en Bolivia no es necesario que exista un delito enfocado a la protección de la fauna y flora marina, al no existir mar no existe bien jurídico protegido; la necesidad no puede ser mal entendida y establecida por presiones sociales o políticas, sino bajo consideraciones legítimas.

En el presente caso a través de la Resolución N° 12-2015 la Corte Nacional se ha atribuido funciones que realmente no le competen, ya que si se permite una acumulación de penas se está aplicando sanciones más graves de las que en principio se habían previsto al promulgar el COIP, entonces si el propio legisla si se permite un Al aplicar de manera arbitraria el concurso real de infracciones sin tomar en cuenta circunstancias especiales que rodeen la situación del infractor se está contraviniendo este axioma causando un perjuicio al delincuente y afectando su forma de vida de manera permanente.

1.1.5.3 No hay necesidad sin lesión

Este axioma propugna que para que un bien jurídico sea protegido, debe existir una afectación o debe existir lesividad hacia un ser humano, como lo manifiesta Ferrajoli, este principio se asocia al anterior y busca reducir al mínimo la intervención penal en la sociedad, para lo que se toma en cuenta es el bien jurídico, ya que se debe determinar que bienes jurídicos deben ser estricta y necesariamente protegidos por el derecho penal y cuáles no, de tal forma que se determina que hechos son penalmente reprochables. (Ferrajoli, Derecho y razón : teoría del garantismo penal, 2011)

El bien jurídico que protege el derecho penal lo determina el legislador, no los crea, estos ya existen en la vida humana, pero deben ser protegidos a través de la norma, ya que responden a intereses colectivos, pero la decisión acerca de que bienes se debe proteger a través del derecho penal y que bienes no se los debe dejar a otras ramas no recae meramente en hechos que se repiten continuamente en el tiempo, o situaciones que surgen en determinado momento, esta decisión debe basarse en el beneficio social que conlleva proteger un bien jurídico, no solamente para el sujeto pasivo, también para el sujeto activo, ya que por proteger a un grupo de individuos no se le puede causar un perjuicio mayor a una persona. (García Cervera, 2012, págs. 119,120)

“Bien jurídico es, por tanto, todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones” (Welzel, 1956, pág. 6). El Derecho Penal, únicamente protege bienes jurídicos de acciones que puedan ser lesivas, resulta ilógico que se pretenda castigar a una persona por usar un determinado corte de cabello, o por ejercer una religión determinada, pues tales acciones no perjudican a nadie, entonces al no ser lesivas el legislador no tiene la necesidad de convertirlas en hechos punibles, pues no existe un bien jurídico que proteger.

Jescheck f (2002) manifiesta que el derecho penal no solamente está orientado a proteger bienes jurídicos también busca que la conducta de las personas se adecua a lo que demanda el ordenamiento jurídico entonces el delito no solo es una falta al bien jurídico sino también al deber que presupone la norma.

La importancia de este principio para la presente disertación recae en que el derecho penal primero considera el bien jurídico que se debe proteger para determinar si se sanciona o no una

conducta y la pena correspondiente al delito, pero al momento de aplicar el concurso real de infracciones de manera indiscriminada y sin parámetros claros, se puede estar aplicando una pena excesivamente alta con relación a la lesión o afectación causada.

II PARTE

2. Realidad Ecuatoriana frente a la aplicación del Concurso Real de

Infracciones

En el Ecuador existe un fuerte sentimiento de inseguridad por parte de la población, conforme la encuesta del Barómetro de las Américas realizado por el Proyecto de Opinión Pública de América Latina (LAPOP), este estudio refleja que el 27.5% de la población ha sido víctima de

la delincuencia y es el segundo país de América Latina con el mayor porcentaje de victimización (Proyecto de Opinión Pública de América Latina, 2014). La delincuencia es un hecho en la realidad ecuatoriana, a diario se denuncian una gran cantidad de delitos, durante el año 2015 únicamente en la provincia de Pichincha existieron cinco mil seis casos con sentencia absolutoria, trescientos ochenta y cuatro con sentencia absolutoria para uno de los procesados y condenatoria para otros, en los casos en los que existían varios procesados y catorce mil ochocientos cuarenta y siete con sentencia condenatoria, lo que da un total de veinte mil doscientos treinta y siete casos que han sido resueltos¹², sin embargo la cifra de delitos denunciados es mucho más alta ya que no todos los delitos se resuelven en sentencia, hay muchos casos que son desestimados y tienen que ser archivados por diferentes motivos.

Conforme lo dispone el artículo 581 del COIP¹³ una infracción puede llegar a conocimiento de la Fiscalía para que se dé inicio a la investigación previa¹⁴, a través de la denuncia, informes de supervisión, y providencias judiciales, si la denuncia¹⁵ no se presenta ante la Fiscalía, la institución que recepto la denuncia tiene un plazo de veinte y cuatro horas para notificar a la Fiscalía correspondiente en virtud del tipo de delito que se trate, a fin de que inicie la investigación,

El Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional Por Procesos del año 2012 determina que la Fiscalía Provincial está dividida de la siguiente forma

- Servicio De Atención Integral
 - Atención al Público
 - Atención Delitos Flagrantes
 - Atención Peritaje Integral

¹² Datos obtenidos de la Dirección Nacional de Estudios Jurimetricos Y Estadística Judicial – Consejo de la Judicatura.

¹³ Art. 581.- *Formas de conocer la infracción penal.- Sin perjuicio de que la o el fiscal inicie la investigación, la noticia sobre una infracción penal podrá llegar a su conocimiento por:*

1. Denuncia: Cualquier persona podrá denunciar la existencia de una infracción ante la Fiscalía, Policía Nacional, o personal del Sistema integral o autoridad competente en materia de tránsito. Los que directamente pondrán de inmediato en conocimiento de la Fiscalía.

2. Informes de supervisión: Los informes de supervisión que efectúan los órganos de control deberán ser remitidos a la Fiscalía.

3. Providencias judiciales: Autos y sentencias emitidos por las o los jueces o tribunales. (...)

¹⁴ Se trata de delitos de acción pública

¹⁵ Art. 421.- Denuncia.- La persona que llegue a conocer que se ha cometido un delito de ejercicio público de la acción, podrá presentar su denuncia ante la Fiscalía, al personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal o ciencias forenses o ante el organismo competente en materia de tránsito.”

- Actuaciones Administrativas
- Fiscalías Especializadas¹⁶
- Protección a Víctimas

Dependiendo de qué delito se trate se lo dirige a la fiscalía especializada correspondiente, a fin de que, a través de una resolución fiscal se dé inicio a la investigación previa, para esto se crea un expediente en donde se encuentren los documentos procedentes de las partes que intervienen en la investigación y la constancia de las diligencias que realice el fiscal, una vez que existen suficientes elementos de convicción con respecto a la existencia del delito, es necesario que se dé inicio a la instrucción a través de la audiencia de formulación de cargos a petición del fiscal, posteriormente en el momento procesal adecuado se presentaran las pruebas al tribunal a fin de determinar la autoría y la existencia material del delito y sentencien conforme a derecho. Sin embargo, puede existir la posibilidad de que una persona cometa varios delitos que sean autónomos e independientes, entonces se puede aplicar el Concurso Real de infracciones.

Una vez que la noticia criminis llega a conocimiento de la Fiscalía y es asignado a una especializada, el Fiscal inicia la investigación por la infracción que en virtud del catálogo de delitos le fue asignado, el Fiscal únicamente va a iniciar la investigación por el delito que le corresponde investigar, y si durante la investigación presume que existe otro delito el fiscal tiene la potestad de notificar, acerca de la existencia de un presunto delito a fin de que sea sorteado a la fiscalía especializada correspondiente y se realice una investigación al respecto recabando elementos de convicción; sin embargo en las provincias y ciudades pequeñas, en donde debido a la falta de talento humano solamente exista una sola unidad en la cual el o los fiscales podrán conocer e investigar todas las infracciones que se presume han sido cometidas.

El concurso real de infracciones no puede ser aplicado por la Fiscalía, ni por los Jueces de Garantías Penales, por razones que ya explicaré más adelante; la competencia, para aplicar esta figura le corresponde a los Tribunales de Garantías Penales, por lo que cuando un mismo sujeto comete varios delitos se deben seguir procesos paralelos que en el momento procesal adecuado

¹⁶ Estrategia Institucional en Violencia de Género, Soluciones Rápidas, Patrimonio Ciudadano, Personas y Garantías, Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Administración Pública, Accidentes de Tránsito, Delincuencia Organizada, Adolescentes Infractores, Fe Pública y Comisión de la Verdad. Conforme consta en la página web de la Fiscalía General del Estado en el siguiente link <http://www.fiscalia.gob.ec>

debe llegar a conocimiento de un solo Tribunal, a fin de que imponga una sanción que abarque todos los delitos cometidos y que cumpla con el límite de 40 años establecido en el COIP.

Mientras se encontraba vigente el Código Penal, cuando varios procesos a nombre de una persona, diferentes Tribunales conocían las infracciones y dictaban las correspondientes sentencias las cuales se cumplían de manera paralela, en esta situación el infractor termina cumpliendo una sola sanción y uno o varios de los delitos, que a pesar de que fue sancionado por un Tribunal competente se podría decir queda en la impunidad, ya que aunque todos los delitos han sido juzgados en la práctica se cumple una sola pena, ya que estas no se acumulan. Con la vigencia del COIP, se ha mantenido esta forma de proceder por parte de los Tribunales, sin considerarse el concurso real de infracciones.

Cuando Fiscalía tiene conocimiento del cometimiento de distintas infracciones se pueden dar varios supuestos¹⁷ considerando la existencia de las Fiscalías Especializadas mencionadas anteriormente, cuando se perpetran diferentes delitos no siempre el mismo fiscal podrá realizar la investigación de todas las infracciones, únicamente de aquellas que le correspondan conforme al catálogo de delitos emitido por la Dirección de Actuación y Gestión Procesal de Fiscalía.

El primer supuesto es que, al investigar el cometimiento de varios delitos, todos estén a cargo de una fiscalía especializada, lo que quiere decir que una persona es responsable de varias infracciones que pueden ser, asesinato, tenencia ilegal de armas y violación a la intimidad, estos deben ser investigados en la Fiscalía especializada de personas y garantías y, la investigación estará a cargo del mismo fiscal siempre y cuando los tres delitos sean asignados a la misma unidad.

Una vez que el fiscal recabe suficientes elementos de convicción que permiten demostrar al Juez la autoría y existencia material del delito, es necesario que se realice la formulación de cargos

¹⁷ Estas situaciones son hipotéticas, ya que en Fiscalía generalmente se investiga por el delito que tenga mayor pena, pese a que exista una presunción de que se han cometido varias infracciones y aunque la normativa penal permite a través del concurso real de infracciones que se investiguen todos los delitos que se supone han sido perpetrados, en la práctica por la división en fiscalías especializadas, se vuelve más complejo. Fiscalía no posee un mecanismo para aplicar el concurso real de infracciones; por otro lado la Dirección de Actuación y Gestión Procesal, que es el departamento encargado de coordinar el funcionamiento de Fiscalía no ha emitido ninguna resolución que establezca un proceso o directriz para la correcta aplicación del concurso real de infracciones.

y en esta determine las infracciones cometidas, el artículo 591 del COIP¹⁸ permite que se inicie la instrucción cuando LA o EL fiscal solicita al Juez de Garantías Penales convoque la audiencia de formulación de cargos, y de ser el caso dictar auto de llamamiento a juicio, el artículo 591 claramente dispone que solo la formulación de cargos le corresponde a un solo fiscal sin embargo como consta en el artículo 595¹⁹ la formulación de cargos puede contener varias infracciones por lo que el Tribunal que resulte sorteado para resolver la causa conforme lo dispone el COIP tendría que conocer todas las infracciones en un único proceso.

Es claro que esta situación se podrá evidenciar en caso de que coincidan todos los elementos anteriormente mencionados, esto realmente se da en muy pocos casos, debido a que antes de la promulgación del COIP, al no contemplar claramente la figura del concurso real de infracciones, si se perpetraban varios delitos únicamente se investigaba por el delito que tenga mayor pena, como el siguiente caso en el cual pese a que de la investigación realizada se presume la existencia de otros delitos, únicamente se consideró aquel que tenía la sanción más alta.

Sentencia Condenatoria dictada por el Tribunal Noveno de Garantías Penales en la Causa Penal No. 140-2012, en contra de Roberto Segarra Daba, William Jaigua Erazo y Carlos Cristhian Mantilla Cevallos por el delito de asesinato, de la descripción de los hechos se desprende lo siguiente:

- El 22 de agosto del 2011, cuatro personas, ingresaron al domicilio del denunciante y dispararon a CARLOS DANIEL BARBERAN RAMIREZ, de 32 años de edad, matándolo; hirieron a CRISTHIAN BARBERAN RAMIREZ, de 24 años de edad y a su esposa JESSICA ALEXANDRA GARCIA ZAMORA.
- El día de la aprehensión se encontró en el registro del inmueble se encontró un revólver calibre 0.38, dinero y una moto.
- Se realizó una Inspección Ocular al celular Carlos Cristhian Mantilla Cevallos, en donde se encontraron fotografías posando con varias armas de fuego.

¹⁸ Art. 591.- *Instrucción.*- Esta etapa se inicia con la audiencia de formulación de cargos convocada por la o el juzgador a petición de la o el fiscal, cuando la o el fiscal cuente con los elementos suficientes para deducir una imputación.

¹⁹ Art. 595.- *Formulación de cargos.*- La formulación de cargos contendrá: [...] 2. La relación circunstanciada de los hechos relevantes, así como la infracción **o infracciones penales** que se le imputen. [...] (el resaltado me corresponde)

- Se realizó un allanamiento en la vivienda de uno de los acusados, en donde se encontraron varias armas de fuego, de las cuales no se justificó documentación alguna que permita o autorice que se porten las armas encontradas. En la escena del crimen no se encontró vainas que correspondan a las armas que se encontraron en el allanamiento.
- Se realizó de igual forma otro allanamiento en la casa de otro de los atacantes, en donde se encontró una pistola marca Glock de 0.9 mm, y en el lugar de los hechos donde ocurrió el crimen, Criminalística realizó el levantamiento de varias vainas calibre 9 mm, al igual que se levantó vainas de las cuales no se podía identificar el arma de la que fueron disparadas.

Resulta evidente que en el presente caso existen varios delitos como el asesinato, las lesiones y porte de armas sin autorización, sin embargo la pena con la que se sanciona, únicamente es por el delito de asesinato.

El análisis del Tribunal, se enfoca en explicar que a través de las pruebas aportadas se ha demostrado la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los acusados, de tal forme que en la sentencia en el considerando DECIMO, determina lo siguiente:

[...]Por lo anterior, este Tribunal concluye que se ha llegado a determinar con certeza la responsabilidad penal de los procesados ROBERTO SEGARRA DABA, WILLIAM JOEL JAIGUA ERAZO y CARLOS CRISTHIAN MANTILLA CEVALLOS, por las pruebas presentadas en el juicio, especialmente, el testimonio del TESTIGO PRESENCIAL DE LOS HECHOS CRISTHIAN HERNALDO BARBERAN RAMIREZ, quien fue claro en manifestar que los procesados fueron quienes causaron la muerte de su hermano CARLOS DANIEL BARBERAN RAMIREZ, y además le profirieron las heridas a su conviviente ALEXANDRA GARCIA ZAMORA y a su persona con la intención de victimarle[...]

Además en el considerando DECIMO SEXTO, en el cual se realiza un análisis del acto típico del asesinato el Tribunal considera que “*es indubitable, por las circunstancias en que se cometió el crimen de la víctima CARLOS DANIEL BARBERAN RAMIREZ, y se profirió en el mismo acto, las heridas a JESSICA ALEXANDRA GARCIA ZAMORA y CRISTHIAN HERNALDO BARBERAN RAMIREZ*”, a pesar de que el Tribunal considera la concurrencia de infracciones, exceptuando el porte de armas sin autorización, en este considerando solo analiza el delito de asesinato, e inclusive cita como es definido este delito según la doctrina.

A pesar de que la Fiscalía en su argumentación cita el artículo 81 del Código Penal, considerando que existe concurrencia de varias infracciones, el Tribunal no lo toma en cuenta, ni realiza ningún análisis al respecto y la sanción que se impone es de 25 años conforme lo disponía el artículo 450 del cuerpo legal vigente²⁰ en la época en la que se cometió el delito.

Por costumbre jurídica y economía procesal en la mayoría de los casos se sigue manejando de la misma forma, no se ha previsto un proceso que facilite la aplicación del concurso real de infracciones por los Tribunales de Garantías Penales.

El segundo supuesto a considerar es en el caso de que se cometan varios delitos autónomos e independientes por una misma persona, pero que su investigación corresponde a diferentes fiscalías especializadas, esto se da en el caso de que una misma persona cometa los delitos de abuso de confianza, robo, falsificación de documentos y asesinato, en este caso estos cuatro delitos van a ser investigados en diferentes fiscalías según la asignación correspondiente.

El último supuesto es cuando se trata de delitos flagrantes, conforme al artículo 527 del COIP

“Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia, la persona que comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida.”

Durante la audiencia de calificación de flagrancia contemplado en el artículo 529 del COIP, en primer lugar es necesario calificar la legalidad de la aprehensión, y si el fiscal lo considera necesario, formular cargos siguiendo los parámetros que dispone el artículo 595, el Fiscal al momento de formular cargos debe analizar en conjunto todos los hechos que se presentan de la ejecución del delito o de los delitos, por ende en flagrancia el Fiscal puede y debería acusar por todos los delitos que se hayan cometido de los cuales existan elementos de convicción que en su debido momento puedan probar la materialidad y la responsabilidad penal del infractor, no como

²⁰ Art. 450.- Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor especial de **dieciséis a veinticinco años** [...] (el resaltado me corresponde)

ocurre con las Fiscalías Especializadas, en las cuales el conocimiento de una infracción no depende del sujeto activo, si no del catálogo de delitos.

El concurso real de infracciones solamente puede ser aplicado por los jueces de los Tribunales de Garantías Penales, en virtud de que la aplicación o no, influye en la pena que se va a determinar y esa labor únicamente corresponde al Tribunal después de un debido proceso, sin embargo facilitaría este proceso que un solo Fiscal realice la formulación de cargos por todos los delitos cometidos, entonces es importante que exista en una capacitación para los fiscales a fin de que sepan en qué casos ellos pueden formular cargos por varios delitos y solicitar la aplicación del concurso de infracciones, y también es importante que exista un proceso en la Fiscalía mediante el cual a pesar de que hayan Fiscalías Especializadas, en caso de existir varios delitos todos sean investigados, formando cierta armonía entre la investigación e inicio de los distintos procesos penales, correspondientes a un único infractor.

Con el fin de que exista una aplicación adecuada del concurso real de infracciones, este se debería considerar por los Jueces de Garantías Penales, al momento de realizar el auto de llamamiento a juicio, de tal forma que se califique si coexisten los elementos necesarios para aplicar un concurso real, determinando si se trata de delitos autónomos e independientes que pueden ser atribuibles a un mismo infractor, de esta forma sería más sencillo la aplicación por parte de los Tribunales.

La función de Fiscalía y de los Jueces de Garantías Penales, sería de calificar la existencia o no de un concurso real de infracciones, de tal forma que cuando el proceso llegue a conocimiento del Tribunal, este cuente no solo con elementos de convicción con respecto a la materialidad y responsabilidad penal de los delitos cometidos, sino también para proceder a imponer una sanción.

Para explicar mejor la situación del concurso real de infracciones voy a considerar el siguiente caso hipotético:

La empresa INDUSTRIAS TORRE FUERTE S.A. (ITF) debidamente constituida en el año 2006 se dedica a la venta de materiales para construcción, la Gerente de la empresa Diana Sotomayor, el 24 de febrero de 2015 descubrió que existen irregularidades con respecto al pago a sus proveedores y con las ventas que está realizando la empresa, ya que existen faltantes y

transacciones que no han sido autorizadas, por lo que ha solicitado un informe detallado sobre la situación económica de la empresa ITF al contador Daniel Pérez, justificando ingresos y egresos, solicitando que este informe esté listo hasta el 5 de marzo de 2015.

Daniel Pérez era el Gerente Financiero y estaba a cargo del pago de roles al personal, y tenía pleno conocimiento acerca de las transacciones con otras empresas y proveedores, en general manejaba prácticamente el 100 % de la economía de IFT, a pesar de que era la única persona encargada del ámbito financiero no tenía la documentación para justificar el dinero que faltaba en la empresa ITF, ya desde hace dos años se estaban realizando transacciones no autorizadas y se estaban desviando fondos de la empresa a terceros, y el responsable era Daniel Pérez ya que como Gerente Financiero era el único que tenía acceso a las claves de los bancos .

Frente a esta situación Daniel Pérez se contacta con Hugo Andrade y le ofrece una suma de catorce mil dólares para dar muerte a la Gerente de la empresa ITF Diana entonces se realizan varias transferencias a nombre de una tercera persona llamada Ricardo Reyes, esto se da en virtud de que Hugo Andrade había robado los documentos de un joven de 22 años y había alterado los documentos para poder abrir una cuenta bancaria a nombre de Ricardo Reyes, pero que la imagen de identificación de los documentos sea de Hugo Andrade. Para efectuar este delito Daniel Pérez rento un vehículo Grand Vitara SZ y lo entrego a Hugo Andrade, quien se puso en contacto con Andrés González y le ofreció cinco mil dólares por ir a la empresa y dispararle a Diana Sotomayor.

El 4 de marzo a las 10 am ingresa el señor Andrés González sacando un arma de fuego y la dispara contra la señora Diana Sotomayor, después de este hecho sale en precipitada carrera y se sube a un vehículo Chevrolet SZ color gris, sin placas, que estaba estacionado a pocos metros de la empresa, vehículo que era conducido por Hugo Andrade. Diana Sotomayor es inmediatamente trasladada al hospital más cercano, sin embargo en el camino los paramédicos informan que ha fallecido.

Las autoridades del hospital proceden a notificar a la policía en virtud de que se trata de una mujer con una herida por arma de fuego, por lo que acuden dos agentes de la DINASED para realizar el levantamiento del cadáver y notifican a Fiscalía sobre el cometimiento del delito, y se abre una investigación previa en la Unidad de Personas y Garantías N°3 conforme lo dispone el artículo 442 *“La Fiscalía dirige la investigación preprocesal y procesal penal e interviene hasta*

la finalización del proceso. La víctima deberá ser instruida por parte de la o el fiscal sobre sus derechos y en especial, sobre su intervención en la causa.”

Durante esta etapa pre procesal, el Fiscal conforme manda el artículo 461 dispone la identificación y levantamiento de cadáver, con el fin de tener información detallada con respecto a la causa de muerte, de igual forma recepta las versiones de las personas que presenciaron este hecho delictivo y que conocían a la occisa. En la versión tomada al padre de Diana Sotomayor, se descubre que existían sospechas con respecto a la situación económica de la empresa y que habían solicitado a Daniel Pérez informes económicos que debían ser entregados al día siguiente del fallecimiento de Diana Sotomayor, en virtud de lo cual el Fiscal solicita que se realice un peritaje contable a la empresa.

Como resultado del peritaje solicitado por el Fiscal se descubre lo siguiente:

- Una cuenta a nombre de Daniel Pérez denominada cuentas por cobrar, en la cual constaba la cantidad de US \$280,000,00
- Giros y transferencias a terceras personas y a la cuenta personal de Daniel Pérez llegándose a determinar que el perjuicio económico fue de US \$368.480,00 descomponiéndose de la siguiente manera: Banco de Guayaquil US \$243.262,00, Banco del Pichincha US \$107.218,00, Banco Internacional US \$18.000,00 dando un total de US \$368.480,00 en perjuicio de la empresa ITF, todas las transferencias fueron autorizadas y realizadas por el Gerente Financiero Daniel Pérez.
- Las transferencias bancarias realizadas por el señor Pérez a terceros son a nombre de : Ricardo Reyes José Salgado y otros; al señor Ricardo Reyes se le realizan varias transferencias en diferentes bancos que suman un total de US \$14.000,00,

De este peritaje se desprende que el señor Daniel Pérez cometió el delito de abuso de confianza tipificado en el artículo 187 *“Abuso de confianza.- La persona que disponga, para sí o una tercera, de dinero, bienes o activos patrimoniales entregados con la condición de restituirlos o usarlos de un modo determinado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.”* (COIP)

El Fiscal con el fin de encontrar pruebas que vinculen a todos los sospechosos, solicita a los agentes de la DINASED, que realicen una extracción de información de los teléfonos personales de los sospechosos, de esta petición se desprende lo siguiente:

- Se obtuvo mensajes, llamadas salientes y entrantes entre números que corresponden a los señores Hugo Andrade, Andrés González y Daniel Pérez
- Se encontraron mensajes en los cuales Hugo Andrade le solicita a Daniel Pérez que deposite el dinero convenido en una cuenta a nombre de Ricardo Reyes en el Banco de Guayaquil con número 21467362, de igual forma Daniel Pérez le proporciona información sobre Diana Sotomayor a Hugo Andrade

Se consideran estas pruebas, junto con las transferencias realizadas para demostrar que se cometió el delito de sicariato.

“Art. 143.- Sicariato.- La persona que mate a otra por precio, pago, recompensa, promesa remuneratoria u otra forma de beneficio, para sí o un tercero, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

La misma pena será aplicable a la persona, que en forma directa o por intermediación, encargue u ordene el cometimiento de este ilícito.”(COIP)

El Fiscal en esta etapa pre- procesal solicita las versiones de todos los sospechosos, uno de ellos es Ricardo Reyes, ya que se han hecho transferencias bancarias a su nombre, el día de la versión llegó un joven estudiante de 22 años, que respondía al nombre de Ricardo Reyes y su número de cédula y documentos coincidían con el número de cuenta al que se realizaron las transferencias bancarias, Ricardo Reyes en su versión manifestó que no tiene conocimiento del hecho y presentó una denuncia con fecha 22 de octubre de 2014 acerca del robo de sus documentos personales. Por lo que el Fiscal dispuso que se realice el cotejamiento fisionómico de la fotografía de certificados biométricos a nombre de Ricardo Reyes y de Hugo Andrade con los documentos que se encontraba en Banco de Guayaquil, por la apertura de la cuenta bancaria, de este peritaje se concluye que:

- La fotografía del documento de identidad utilizado para abrir la cuenta corriente en el Banco de Guayaquil pertenece a Hugo Andrade, ya que el contorno de la cara, frente, cejas,

ojos, nariz, boca y mentón son los mismos en la cedula de identidad utilizada en el Banco y en el certificado biométrico

El Fiscal también solicito que se realice un análisis de textos y firmas que estaban en la documentación de apertura de la Cuenta Corriente No. 2914673602, las mismas que le pedían se determine si pertenecían al señor Ricardo Reyes, y de este análisis se pudo determinar que las firmas proporcionadas en el Banco de Guayaquil no guardan similitud gráfica ni morfológica con las firmas indubitadas tomadas al señor Ricardo Reyes

Frente a esta situación se desprende que existen tres delitos tipificados en el COIP,

- Robo de los documentos de Ricardo Reyes

“Art. 189.- Robo.- La persona que mediante amenazas o violencias sustraiga o se apodere de cosa mueble ajena, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitarlo, en el momento de cometerlo o después de cometido para procurar impunidad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.” (COIP)

- Falsificación de documentos

“Art. 328.- Falsificación y uso de documento falso.- La persona que falsifique, destruya o adultere modificando los efectos o sentido de los documentos públicos, privados, timbres o sellos nacionales, establecidos por la Ley para la debida constancia de actos de relevancia jurídica, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.”(COIP)

- Falsificación de firmas

“Art. 327.- Falsificación de firmas.- La persona que altere o falsifique la firma de otra en un instrumento privado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.”(COIP).

En este caso existen varias infracciones que son autónomas e independientes, son cometidos por un mismo autor pero son acciones totalmente distintas que cada una produce un delito distinto, ya que son **verbos rectores diferentes**, entonces se puede tratar de un concurso real de infracciones, por la forma en la que se encuentra dividida la Fiscalía en unidades especializadas,

cada delito tendría que ser investigado por la Fiscalía especializada correspondiente e iniciarse un proceso penal por cada delito y una vez que se demuestre la materialidad y autoría de todos los delitos, acumularse en un solo proceso y que el Tribunal de Garantías Penales que conozca este proceso aplique el concurso real de infracciones; sin embargo esto resulta más complejo, en virtud de que no se ha contemplado un procedimiento a seguir en el caso de concurrencia de infracciones.

Lo que ocurre actualmente con el concurso real de infracciones y su aplicación, es que a través de un precedente jurisprudencial, se lo está aplicando erróneamente, y se están vulnerando principios del derecho penal que se encuentran en la Constitución, la resolución N° 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia²¹ que declara este precedente jurisprudencial es con respecto al delito de tráfico ilegal de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en virtud de que han existido cinco fallos en los que se ha mantenido un mismo criterio jurídico con respecto a un mismo punto, a fin de supuestamente asegurar la existencia de seguridad jurídica y garantizar el derecho a un debido proceso y evitar la vulneración de derechos reconocidos en la Constitución del Ecuador, se reconocen estas sentencias como precedente jurisprudencial, y obligatoriamente deben ser aplicadas; más adelante, explicare la resolución y como esta carece de legitimidad y vulnera derechos constitucionales.

2.1 Derechos y Garantías Constitucionales con relación al Derecho Penal

La Constitución tiene una doble función, que podría ser contradictoria pues por una parte protege derechos y por otro lado restringe los derechos de quienes actúan de manera contraria a la ley y a causa de esto han vulnerado derechos de terceros, la Constitución del Ecuador es garantista, es decir que tiene como fin asegurar el cumplimiento y protección de derechos, en el ámbito penal hablamos de garantismo penal, *“técnicas establecidas para la defensa de los derechos de libertad, sobre todo la libertad personal, frente a intervenciones policiales o judiciales arbitrarias”* (Ferrajoli, Garantismo Penal, 2006, pág. 10)

²¹ Precedente Jurisprudencial publicado en el Registro Oficial N° 592 del 22 de septiembre de 2015

El Derecho Penal es de última ratio, lo que quiere decir que únicamente se aplica en casos en los que es estrictamente necesario, y se encuentra en la Constitución del Ecuador²² en el artículo 195 determina que:

*“La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y **mínima intervención penal**, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal”* (el resaltado me corresponde)

En concordancia con la Constitución, el COIP²³ en el artículo 3 explica el principio de mínima intervención penal, la importancia de este principio recae en que la aplicación del Derecho Penal trae como consecuencia en la mayoría de casos la privación de la libertad, y el derecho a la libertad es de rango constitucional, está contemplado en el artículo 66

“Se reconoce y garantizará a las personas: 14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente” (Constitución de la República del Ecuador)

Este principio de mínima intervención penal tiene un fundamento utilitarista, considerando que se prefieren sanciones penales menos graves siempre y cuando cumplan el mismo fin que otras sanciones fuertes, buscando mayor bienestar con menor costo social, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, bajo el que nos regimos en el Ecuador, como así lo determina la Constitución, este principio es fundamental, ya que también se constituye como un límite al *ius puniendi* que tiene el Estado, de tal forma, que no exista un abuso del Derecho Penal, el cual es necesario, ya que protege derechos de las víctimas y de los procesados, así como se evita que exista la venganza privada, que al ser una respuesta emocional carece de proporcionalidad y traería como consecuencia la vulneración de derechos fundamentales (Carnevali, 2008)

²² Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008

²³ Art. 3.- Principio de mínima intervención.- La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.

El Derecho Penal de ultima ratio se basa en el principio de subsidiariedad considerando que la pena que sea más grave será aplicada subsidiariamente, por ende solo se considera la pena más grave si penas alternativas menos lesivas no son suficiente, es por ello que se entiende que el Derecho Penal es el último recurso que se puede utilizar, y este postulado debe ser considerado al momento de legislar pues a través del órgano legislativo se crean las normas penales que contienen la descripción de tipos penales con su correspondiente sanción (Araujo, s.f.)

[...]el principio de mínima intervención penal, tendrá aplicabilidad en todos y cada uno de los deberes y atribuciones conferidos por la ley al Fiscal, cuyo límite son: el interés social y la protección de las víctimas; ejes rectores desde los cuales debe partir su ponderación acerca de si la conducta que investiga y, que de hallar fundamentos, acusará, es de aquellas cuyo efecto lesivo podría encontrar solución en otras áreas del Derecho, antes de activar todo el aparato estatal de administración de justicia penal, por esencia sancionador y represivo.[...] “ (Araujo, s.f.)

Cuando una persona adecua su conducta a un hecho tipificado en el COIP, dependiendo de la gravedad de la infracción se le impone una de las sanciones previstas en el cuerpo normativo que pueden ser privativas o no privativas de libertad, sin embargo para que un Tribunal condene a un infractor debe contar con las pruebas necesarias que realmente demuestren dentro de un proceso penal que se ha cometido el delito y siempre con respeto de las normas fundamentales.

“El derecho penal debe crea, mediante el rechazo de la violencia y la arbitrariedad, un espacio de juego dentro del cual se pueda decidir libremente y adoptar sus resoluciones según su propia discrecionalidad. Por ello el derecho penal no solo limita, pues, la libertad, sino que también crea libertad” (Jescheck, 2002, pág. 3)

A través del Derecho Penal no solo se disminuye la violencia por parte de los infractores, también se evita la venganza privada, por lo tanto es necesario que existan garantías mínimas pues al enfrentar la situación en la que se debe demostrar la responsabilidad de una persona frente a un hecho punible y que como consecuencia se le privará de su libertad existen una serie de garantías que contempla la constitución y el COIP, para el proceso penal a fin de que el juzgador imponga una sanción basada en las pruebas aportadas que demuestren la materialidad de la infracción y el o los autores, en todas las etapas se debe precautelar los derechos de la víctima y del procesado, y

uno de los mecanismos para evitar la vulneración de derechos es el debido proceso entendido como:

“una garantía ciudadana de carácter constitucional, que debe aplicarse a todo tipo de procesos, es un principio jurídico procesal o sustantivo, según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso y a permitirle tener la oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez de garantías penales” (Santos Basantes, 2009, pág. 13)

Este es un derecho fundamental del que gozan todas las personas, y al ser de rango constitucional es de directa e inmediata aplicación, por lo que toda autoridad pública con competencia tiene la obligación de aplicarlo conforme lo dispone el artículo 11 numeral 3 de la Constitución²⁴, ya que el más alto deber del estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos que están consagrados en la Constitución (artículo 16) de tal forma que se evite aplicar una sanción a quien no corresponde para lo que se debe respetar las reglas que manda la Constitución y Tratados Internacionales como requisitos mínimos para asegurar que exista debido proceso.

“El debido proceso es un derecho constitucional, por tanto, es de rango superior e impregna a todo el sistema jurídico de un país; en consecuencia nada ni nadie puede sustraerse de él. Todos los actos y procedimientos de los funcionarios de los órganos de poder público deben ceñirse a él, de lo contrario, atentarían contra el estado de derecho” (Cueva Carrión, 2013, pág. 61)

Considerando que el Derecho Penal utiliza como sanción, la prisión, esto implica que una persona al haber afectado derechos de terceros puede ser sancionada a través de la privación de su libertad, el cual es un derecho constitucional, pero este puede ser limitado en los casos previstos en la ley, esta es la sanción más fuerte que existe en el Ecuador, por lo que deben existir medidas que protejan a los ciudadanos de una mala aplicación de esta sanción, es por ello que existe a parte de las garantías del debido proceso el Habeas Corpus contemplado en el artículo 89 de la

²⁴ Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte

Constitución²⁵ y el Recurso de revisión establecido en el artículo 658 del COIP²⁶, como una forma de extinguir la pena y ratificar la inocencia de una persona.

No obstante de las garantías contempladas en la Constitución, el COIP en el Art. 5 dispone que se consideran las siguientes principios: Legalidad, Favorabilidad, Duda a favor del reo, Inocencia, Igualdad, Impugnación procesal, Prohibición de empeorar la situación del procesado, Prohibición de autoincriminación, Prohibición de doble juzgamiento, Intimidad, Oralidad, Concentración, Contradicción, Dirección judicial del proceso, Impulso procesal, Publicidad, Inmediación, Motivación, Imparcialidad, Privacidad y confidencialidad, Objetividad. (COIP)

Todas y cada una de las garantías deben ser aplicadas en un proceso, sin embargo para la presente disertación y con el fin de determinar qué derechos constitucionales pueden ser vulnerados con lo dispuesto por la Corte Nacional²⁷ en su resolución N°12-2015, únicamente voy a explicar a profundidad aquellas garantías que se ven afectadas por esta resolución.

El debido proceso se encuentra en el artículo 76 de la Constitución, las siguientes garantías son fundamentales para el desarrollo de la presente disertación:

2.2.1. Cumplimiento de las Normas

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

En el Ecuador existe un pasado que se caracterizó por una ausencia de protección por parte del poder público hacia los ciudadanos y muchas veces lleno de abusos, torturas, desapariciones forzadas entre otras situaciones que generaron inseguridad y violación de derechos humanos, el Estado que tenía la obligación de proteger y garantizar estos derechos, los estaba vulnerando,

²⁵ Art. 89 La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad.

²⁶ Art. 658.- Procedencia.- El recurso de revisión podrá proponerse en cualquier tiempo, ante la Corte Nacional de Justicia, después de ejecutoriada la sentencia condenatoria por una de las siguientes causas: 1. Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta. 2. Si existen, simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre una misma infracción contra diversas personas sentenciadas que, por ser contradictorias, revelen que una de ellas está errada. 3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados.[...]

²⁷ Resolución de la Corte Nacional de Justicia 12 Publicación: Registro Oficial Suplemento 592, 22-sep-2015

existen muchos casos que han llegado a ser investigados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha demostrado la responsabilidad del Estado Ecuatoriano y a través de las sentencias correspondientes emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha tomado medidas necesarias para reparar los daños y evitar que se repita²⁸, y tras una lucha constante se ha logrado disminuir este tipo de arbitrariedades, pese a que nos encontramos en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, lleno de garantías, aún existen casos de injusticia, corrupción, vulneración de derechos etc.

Es por eso que en la búsqueda de erradicar estas situaciones el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos que están consagrados en la Constitución²⁹ a través de los órganos de administración de justicia, y de las autoridades públicas, deben proteger derechos y exigir su cumplimiento, mediante resoluciones motivadas y apegadas a derecho.

Las personas están legitimadas a acudir a los órganos jurisdiccionales competentes y obtener una resolución motivada que se apegue a derecho, en virtud de lo cual es obligación de las autoridades judiciales garantizar la observancia de las normas, en este caso cuando la Fiscalía inicia el proceso penal, es deber de los Jueces de Garantías Penales, observar y acatar las normas, como se dispone en el numeral 1 del artículo 76 de la Constitución, se debe respetar los derechos de las partes, por lo tanto no solo debe vigilar el cumplimiento en general del ordenamiento jurídico para la víctima, sino también para el procesado.

2.1.2 Legalidad

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 del trámite propio de cada procedimiento.

En el Derecho Penal uno de los principios fundamentales bajo los cuales se rige y se podría decir es su columna vertebral es el de Legalidad, no se puede hablar de que una persona ha

²⁸ Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador Serie C No. 129

²⁹ Artículo 16 Constitución del Ecuador 2008

cometido un delito si este no se encuentra tipificado previamente en una norma penal, y no se le puede aplicar una sanción que de igual forma que no se encuentre en la ley.

Este principio se lo debe entender en dos sentidos uno formal y otro material. La legalidad formal como lo indica su nombre se refiere a la forma en la que se crea un delito, únicamente se puede promulgar una ley a través del órgano competente que es la Asamblea Nacional del Ecuador (Pérez, 2009, pág. 255) y a través de una ley orgánica, conforme al procedimiento legislativo que dispone la Constitución de la República del Ecuador, tampoco puede ser una norma de rango inferior siguiendo el orden jerárquico que prevé la Norma Suprema en el artículo 425. La legalidad material abarca tres ámbitos³⁰, para que se pueda imputar una conducta delictiva e imponer una sanción, estas deben estar tipificadas y se debe seguir el procedimiento correspondiente que conste en la normativa penal al momento en el que se produce la infracción.

Según lo manifiesta Stalin Raza Castañeda, la importancia del principio de legalidad recae sobre dos puntos importantes, en primer lugar como una seguridad y garantía en favor de los destinatarios de la norma, a fin de evitar un ejercicio represivo por parte del Estado y segundo como cumplimiento del principio constitucional de reserva de ley contemplado en el numeral 2 del artículo 132 de la Carta Magna³¹ (Raza, 2016, pág. C1)

Este principio garantiza la existencia de seguridad jurídica, de tal forma que si una persona actúa de una forma determinada y esta conducta corresponde a un tipo penal tipificado en el COIP, el sujeto tiene pleno conocimiento de que ha actuado de manera contraria a la ley y que su conducta debe ser sancionada con una pena prevista en el COIP para el delito que ha cometido, la seguridad jurídica también la tiene la persona que es víctima y en contra de quien se ha vulnerado sus derechos, pues a través de la sentencia justa y motivada emitida por el tribunal se puede asegurar que exista una reparación del perjuicio causado al vulnerar un bien jurídico protegido.

³⁰ *nullum crimen sine previa lege penale, nulla poena sine previa lege penale, nemo damnetur nisi per legale iudicium*

³¹ Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos: [...]2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes [...]

De igual forma en el artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos³² manda que:

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.

De igual forma se establece en el Artículo 11 numeral 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³³:

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Beccaria manifiesta que: “Careciendo los jueces criminales de la cualidad de legisladores, no tienen derecho alguno para interpretar las leyes penales” (Beccaria, 2006, pág. 9), no es competencia de los jueces en el Derecho Penal interpretar extensivamente las normas, pues únicamente se debe realizar la interpretación en el sentido literal de la norma, así lo dispone el artículo 13 del COIP:

Art. 13.- Interpretación.- Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas:

1. La interpretación en materia penal se realizará 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 (el resaltado me corresponde)

³² Convención Interamericana sobre Derechos Humanos Acuerdo Ministerial 202, Registro Oficial 801, 06-ago-1984

³³ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Registro Auténtico 1948, 10-dic-1948

En este sentido la norma penal también prohíbe la utilización de analogía para crear infracciones penales o ampliar los límites que la misma norma dispone, lo cual realiza la Corte Nacional en la Resolución N° 12-2015, puesto que se crea un precedente jurisprudencial a través de la analogía (*in malam partem*), ya que se está aplicando una sanción que no se encontraba prevista en el COIP, a través de varios casos, pretendiendo cubrir un supuesto vacío legal; pues a través de esta resolución se considera que si se comete tráfico de varias sustancias estupefacientes y psicotrópicas, se de imponer una pena por cada sustancia, creando sanciones que no se encuentran en la norma penal, afectando el principio de legalidad en su sentido formal y material.

2.2.3. Proporcionalidad

La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza

El principio de proporcionalidad en materia penal tiene su antecedente histórico en la ley del talión comúnmente conocida como "ojo por ojo, diente por diente", el sentido de este principio recae, en que antiguamente no se concebía a la proporcionalidad al momento de imponer una sanción, y existían las penas como las corporales que buscaban hacerle un daño físico al infractor, y estas lesiones que se provocaban no respondían a la proporcionalidad, sino únicamente a imponer una sanción que perjudique al infractor, no se consideraba si a través de este tipo de sanciones realmente graves se cumplían o no los fines de la pena, siendo arbitrarias e inútiles. (Yenissey, 2008, pág. 87)

Es por ello que este principio guarda una estrecha relación con los fines que debe cumplir la pena, ya que al imponer una pena que sea muy alta con relación a la infracción cometida, como el COIP, lo prevé en el libro tercero de ejecución de las penas, el infractor no se rehabilitara ni reinsertara en la sociedad, que son los objetivos que tiene nuestro sistema penitenciario.

[...]El principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos. (Carbonell, 2008, pág. 10)

Para la presente disertación este es uno de las garantías más importantes, en virtud de que él precedente jurisprudencial que ha sentado la Corte Nacional de Justicia, afecta directamente a este principio, considerando que se aplican sanciones más altas de las que se encuentran tipificadas en el COIP, como se explicó anteriormente, si se aplica la acumulación de penas en el delito de tráfico ilegal de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, el Juez tendría la potestad de imponer una sanción de hasta cuarenta años que es el máximo permitido por la ley, esta sanción es un 25% más alta de la sanción más grave que existe para delitos como: genocidio, exterminio esclavitud, desaparición forzada, delitos de lesa humanidad, femicidio, sicariato asesinato, delitos en los cuales se afecta el bien jurídico protegido más importante que es la vida; entonces, resulta evidente que se está afectando la proporcionalidad.

El legislador es quien determina un rango en el cual el juzgador dependiendo de las circunstancias bajo las cuales se comete el delito puede imponer una sanción, para el delito en cuestión el rango que el legislador dispuso y considero como proporcional al delitos si bien depende de la cantidad con la que se trafica el máximo que se prevé en el artículo 220 numeral 1 es de trece años, sanción que es un 32,5 % menor a la que los jueces tienen la facultad de imponer que es de cuarenta años.

Conforme la entrevista realizada al Dr. Arturo Donoso docente de la Facultad de Jurisprudencia la pena de 40 años prácticamente es una cadena perpetua pues una persona que es sentenciada con esta sanción a los 30 años, podrá salir a las 70 años, y realmente es cuestionable si se justifica tal sanción para el delito de narcotráfico, que vulnera el bien jurídico protegido de la salud pública, la Corte Nacional de Justicia a pesar de que trata de justificar y cita normas y doctrina sobre la proporcionalidad, en ningún momento justifica que la pena de 40 años, que no fue prevista por el legislador para este delito, sea una medida adecuada que ayude a proteger el bien jurídico vulnerado y que realmente una sanción tan grave como esta ayude a prevenir el cometimiento de nuevos delitos.

2.2 Concurso Real de Infracciones en el COIP

“Artículo 20.- Concurso real de infracciones.- Cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años.”

Es evidente que la redacción del artículo es muy vaga, en comparación con el Código Penal Alemán, en el Título III, *Fijación de la pena en los casos de varias infracciones legales*, desarrolla que se entiende por unidad de hecho, pluralidad de hechos, conformación de la pena global y conformación posterior de la pena global³⁴; para considerar el concurso real de delitos deben existir parámetros claros para que el juzgador no tenga duda con respecto a la aplicación, tomando en cuenta que el juez solamente se puede regir a lo que se encuentra contemplado en la norma, en base al principio de legalidad y de NO interpretación extensiva y prohibición de analogía³⁵, no se puede aplicar otra normativa o casos análogos.

Antes de que entre en vigencia el COIP, frente a la concurrencia de delitos en virtud de que no existía el concurso real de infracciones se juzgaba por el delito que tenga mayor pena, es evidente que el COIP en este tema deja muchos vacíos legales, ya que frente a un caso real se presentarían dificultades para aplicar.

Es necesario establecer que la concurrencias de infracciones no es lo mismo que la conexidad de delitos, establecida en el Art. 21, numeral 4 literal b, c y 4-A, del Código de Procedimiento Civil³⁶, se refiere a la competencia que tiene un juez para conocer una causa penal, pero es distinta a la figura jurídica del concurso real de infracciones

³⁴ Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, traducida por la profesora Claudia López Díaz

³⁵ Art. 13 Interpretación.- *Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas:*

1. *La interpretación en materia penal se realizará 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. (COIP)*

³⁶ Art. 21.- *Reglas de la competencia territorial.- En cuanto a la competencia de los jueces de garantías penales y tribunales de garantías penales, se observarán las reglas siguientes:[...] 4. Hay conexidad cuando:*

La conexidad se puede dar por diversas razones como “*temporalidad, de concierto previo entre sus autores, unidad de la persona responsable o de cierto enlace causal entre los mismos*” (Soto, 2011, págs. 6,7), en el COIP en el artículo 406 dispone las siguientes situaciones como conexidad:

“1. Se imputa a una persona la comisión de más de un hecho punible con una o varias acciones u omisiones realizadas con unidad de tiempo. 2. Se imputa a una persona la comisión de varios hechos punibles si se han cometido con el fin de consumir u ocultar otros.” (COIP)

La conexidad que existe por unidad de la persona responsable es lo que conocemos como concurso ideal y el real, esta conexidad únicamente se utiliza para determinar la competencia del Juez, entonces cuando exista concurso de infracciones debe existir un solo proceso penal, es decir que si existen diversos procesos iniciados por diferentes fiscales estos se deben acumular y el juez competente para conocer TODOS los delitos será el que este conociendo el delito más grave, pues así lo dispone la norma, y es algo que anteriormente también lo teníamos incorporado, entonces la conexidad determina la competencia del Tribunal, mientras que el concurso sirve para definir la pena que se debe aplicar

Si bien es cierto que en el artículo 89 del Código Penal, se explicaban ciertas reglas en caso de concurrencia de varias infracciones, estas reglas no eran claras y no respondían a lo que la doctrina determina frente a la concurrencia de infracciones

Al no considerar el concurso real como tal el Tribunal aplicaba la sanción que correspondía al delito más grave, o en todo caso se aplicaban sanciones que se cumplían paralelamente, entonces con respecto al concurso real de infracciones algo que está claro es quien tendrá la competencia para resolver sobre el concurso real de infracciones, sin embargo no se sabe precisamente frente a que situaciones aplicar y en cuales no procede, como claramente lo explica el Código Alemán,

a) El hecho punible ha sido cometido por dos o más personas en concurso o cooperación entre ellas o ha intervenido más de una a título de participación;

b) Se impute a una persona la comisión de más de un hecho punible con una acción u omisión o varias acciones u omisiones, realizadas con unidad de tiempo y lugar; y,

c) Se impute a una persona la comisión de varios hechos punibles; cuando unos se han cometido con el fin de consumir u ocultar otros;

4-A. Cuando se hubieren cometido infracciones conexas de la misma o distinta gravedad, en un mismo lugar o en diversos lugares, habrá un solo proceso penal ante la jurisdicción donde se consumó el delito más grave.[...]

tampoco se puede saber si puede ser a petición del Fiscal, del acusador particular, o incluso de oficio una vez que el juez tenga conocimiento de que existen varias causas regidas bajo el COIP, en contra de un mismo sujeto, y esto es algo que debería estar claro en las funciones o atribuciones que tienen los sujetos antes mencionados, incluso podría existir la posibilidad de que este vacío sea subsanado a través de la dirección de gestión procesal de la Fiscalía o de los Tribunales de Garantías Penales, sin embargo al respecto del concurso real de infracciones no se ha emitido ninguna resolución, ni se ha elevado a consulta, al existir el precedente jurisprudencial, que aplica el concurso real de infracciones de una manera equivocada e inconstitucional, se ha mantenido esa línea sin considerar que las sentencias que han permitido que se cree este precedente vulnera derechos constitucionales y contraviene principios fundamentales en Derecho Penal.

La Corte Nacional de Justicia a través de la resolución que declara el precedente jurisprudencial decide lo siguiente;

“Al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia sicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal.”

El precedente jurisprudencial se lo declara obviamente en base al Art. 185 de la Constitución en concordancia con el Art. Art. 182 del Código Orgánico de la Función Judicial

"Art. 185.- Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala."

A pesar de que el procedimiento para declarar este precedente jurisprudencial se apega a derecho, ya que existen cinco fallos que mantienen el mismo criterio sobre el mismo punto de derecho, la aplicación de este criterio constituye una violación de derechos constitucionales, ya que la forma en la que se tiene que aplicar el concurso real de infracciones en el tema de estupefacientes, como se enuncio anteriormente genera una violación del debido proceso, transgrediendo el principio de legalidad, de prohibición de analogía, de no interpretación extensiva, de irretroactividad de la norma y de proporcionalidad; es decir, que la Corte Nacional de Justicia está declarando un precedente jurisprudencial violatorio de Derechos.

2.3 Finalidad de la pena contemplada en el COIP y en la Constitución de la República del Ecuador

El Derecho Penal es un pilar fundamental en la sociedad que permite disminuir la violencia, pero no solo la violencia que genera el cometimiento de un delito, sino la violencia que generaría una venganza privada frente a una infracción, para ello el Derecho Penal tiene que ser un instrumento mediante el cual se logre la defensa y garantía de todos, a través de un debido proceso como se explicó anteriormente, y que finalice con la imposición de una pena, que se trata del tercer nivel de acción en el Derecho Penal. (Ferrajoli, Garantismo Penal, 2006, pág. 22)

“El término pena deriva del término en latín poena y del griego poine que significa multa” (Gómez de Silva, 1988), el significado de la palabra pena también ha sido considerado como un castigo que es impuesto por una autoridad, sin embargo a lo largo de los años ha ido variando de ser un castigo que provoque dolor al infractor, hasta convertirse en un mecanismo que permita la rehabilitación para el delincuente. Jakobs define a la pena como *“la reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma* (Jakobs, 1997, pág. 8)”. La pena es entendida como una sanción que impone el Estado en ejercicio del ius puniendi, cuando una persona realiza un acto que sea contrario a la ley, esta debe ser impuesta por un órgano judicial posterior a un debido proceso como ya se explicó anteriormente.

La finalidad de la pena puede variar, según el sistema penitenciario que mantenga cada país, y existen tres teorías al respecto, las absolutas, relativas y mixtas.

2.3.1 Teorías Absolutas de la pena

Esta teoría establece que la pena es un fin en sí mismo, nunca puede constituirse como un medio para conseguir un fin, esta se justifica en sí misma, no se puede ver al infractor como un instrumento para lograr un fin, ya que se menoscabaría su dignidad humana. *Entonces la función que va a cumplir es restablecer el daño causado por el delito cometido, ya que el delito es un daño tanto para la sociedad ya que se ha atentado contra la ley y un daño para la víctima*, (Kant, 1994), por lo que el Estado al imponer la pena restablece el orden social y retribuye a la víctima, se debe imponer una pena por razones de justicia o por mandato de la ley. Las características fundamentales de estas teorías son tres, en primer lugar está la proporcionalidad, la pena impuesta debe ser equivalente al daño causado y en segundo la pena no persigue fines que tengan que ver con la prevención del delito, si no únicamente que este sea reparado, y tercero la pena tiene que ser ejecutada, pero también debe ser ejecutada en su totalidad. (Rivera, 2009, pág. 8)

Estas teorías no pueden dar una respuesta de la finalidad de la pena el por qué existe, y únicamente se enfoca en la validez del derecho, supone que al imponer una pena se restablece el derecho que ha sido violado. *“Justificar la pena con la pena misma en cuanto justa retribución de la infracción del orden jurídico, es incompatible con el reconocimiento de la positividad y de la instrumentalizad del derecho.”* (Rivera, 2009, pág. 10)

2.3.2 Teorías Relativas de la pena

Estas teorías buscan determinar para que se debe castigar, la pena deja de ser vista como un fin, se la entiende como un medio para lograr un fin, la pena es considerada como un instrumento que va a ayudar a evitar el delito no solo la reincidencia delos delincuentes sino que otras personas tampoco lo cometan, estas teorías son llamadas relativas ya que la pena encuentra su justificación si es para la consecución de un fin este es la prevención a futuro de que se cometan delitos, el fin de la pena debía ser impedir al infractor causar nuevos delitos y, al mismo tiempo ,

retraer a los demás a cometerlos. Sin embargo, estas teorías difieren en ciertos puntos, por lo que existen dos teorías acerca la prevención. (Rivera, 2009, pág. 11)

Teoría de la prevención especial: Según esta teoría no se busca retribuir el delito cometido, tiene un enfoque hacia futuro no mira el pasado, importa el sujeto que ha infringido la norma, y conseguir que no vuelva a delinquir, esta opera al momento de la ejecución de la pena, el fin de la pena se entiende que va a ser el reeducar moralmente al delincuente quien es considerado como un sujeto inmoral, dentro de esta teoría se desarrolla que es importante la individualización y diferenciación de los delincuentes para lo cual se realizan investigaciones sociológicas y antropológicas de los mismo, y dentro de esta teoría existe la prevención especial negativa y positiva.

Cuando se impone una pena, esta debe generar una influencia sobre el autor, de tal modo que este no vuelva a delinquir y se abstenga de realizar actos futuros contrarios a la ley, esto es lo que llamamos prevención especial negativa. (Ferrajoli, Derecho y razón : teoría del garantismo penal, 2011)

Esta teoría es influenciada por la doctrina desarrollada por Lombroso quien consideraba que existen delincuentes natos, por lo que para conseguir su neutralización o eliminación se podría realizar las siguientes penas:

Penas de muerte, penas y medidas de reclusión a perpetuidad, cumplimiento íntegro de penas privativas de libertad, determinadas modalidades “duras” de ejecución de penas privativas de libertad, medidas de segregación por tiempo indeterminado y toda la gama de intervenciones de carácter médico-quirúrgico que incapaciten determinadas aptitudes o inclinaciones del transgresor. (Rivera, 2009, pág. 15)

Por otro lado, también se desarrolla la prevención especial positiva, esta teoría establece que para que una persona no vuelva a delinquir se le debe aplicar programas de resocialización y de reeducación, supone un cambio forzoso en la conducta del delincuente, no importa su voluntad.

Teoría de la prevención general: esta teoría ya no se enfoca únicamente en la persona que delinque, sino que su destinatario es la sociedad, se considera a la pena como una amenaza no solo

para el infractor sino para toda la sociedad, se concretiza al momento que alguien comete un delito y este es sancionado, así la colectividad tiene conciencia de que si delinque también será castigado, por lo que en respuesta debería elegir no infringir la ley. Existen dos tipos de prevenciones, una es la prevención general negativa (disuasivo) y otra la prevención general positiva (expresiva). (Araujo 2013-01)

La prevención general positiva consiste en la reafirmación de valores y reglas en la sociedad, es decir que ante el colectivo se respeta el derecho, la pena implica el rechazo a la desautorización de la norma y se aplica en contra de la persona que ha actuado de manera contraria a la ley, en si la imposición de la norma tendrá tres funciones una informativa de lo que está prohibido y lo que está permitido, otra dirigida reforzar y mantener la confianza en la capacidad del orden jurídico para imponerse y una tercera para crear y fortalecer en los ciudadanos una actitud de respeto por el derecho.

Becaria también defiende que las personas privadas de su libertad deben cumplir su pena bajo condiciones adecuadas de salud, educación, fomentando un ambiente propicio para la reeducación del delincuente, por ende no es concebible que se violen derechos de las personas privadas de su libertad por el hecho de que han actuado de manera contraria a la ley, pues este hecho no les quita su dignidad humana, es así como también dispone la Constitución del Ecuador en el artículo 51 que las personas privadas de su libertad tienen derecho a “Contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar su salud integral en los centros de privación de libertad. Atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas”. El hecho de promover un ambiente con los diversos ámbitos mencionados, ayuda a la rehabilitación de la persona, esto se muestra en los dos cuerpos normativos mencionados, ya que ambos desarrollan políticas educativas, sociales, culturales y laborales para las personas privadas de su libertad.

Por otro lado la prevención general negativa tiene una visión intimidadora de la pena, busca evitar que potenciales delincuentes actúen de manera contraria a la norma, la pena es vista como una amenaza que tiene como fin último el disuadir al colectivo de que cometan actos delictivos.

2.3.3. Teorías mixtas o de la unión

Estas teorías combinan elementos característicos de las teorías absolutas y de las teorías relativas, en las que la retribución mira al pasado y la prevención al futuro, estas dos deben combinarse ya que los efectos de la pena no son estáticos sino estos surgen tanto al momento de establecer la pena como hacia el futuro, en estas teorías se rescata la idea de la retribución de la pena en sentido de que se la debe visualizar como una pena justa, es decir es fundamental que se respete la proporcionalidad entre el delito y la pena que se va a imponer, se busca proteger los derechos de las personas pero incurriendo en penas que sean merecidas, existe un límite de la pena, pero la justificación de la pena no se agota aquí, ya que la función de la pena también es la de prevenir a futuro que se cometan nuevos delitos.

Sin embargo al tratar de combinar estas teorías se contraponen ciertos elementos como lo establece Roxin ya que la pena no tiene un fin único y tampoco se le puede atribuir una sola función es por esto que se desarrolla la teoría dialéctica de la unión esta consiste en atribuirle una función en cada momento de la pena, así tenemos primero al momento de la conminación legal, en este momento la pena va a tener la función de proteger bienes jurídicos, es decir existe una prevención general de la pena ya que la ley es abstracta se aplica para todas las personas, por lo que el colectivo al saber que si realiza algún acto va a ser sancionado con una pena determinada en la ley, se va a abstener de actuar de cierto modo, esta es la función intimidadora de la pena. (Citado en CARDENAS, s.f.). Segundo tenemos el momento de la determinación judicial aquí se culmina con la prevención general ya que cuando el juez impone una sanción se ratifica que se está cumpliendo con la ley lo cual queda como precedente para el colectivo de lo que sucede si delinquen, también abarca la prevención especial ya que la pena se concretiza únicamente sobre el individuo que ha delinquido, y el tercer momento es el de la ejecución, en el cual se debe dar una resocialización y reeducación del delincuente, para que no reincida. (Rivera, 2009, pág. 16)

2.3.4. Finalidad de la Pena en el Ecuador

La Constitución en el artículo 201 dispone lo siguiente

El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad.

En el COIP en los arts 666 y 667 se determina lo que se entiende por Sistema Nacional de Rehabilitación Social, es el conjunto de principios, normas, políticas de las instituciones, programas y procesos que se interrelacionan e interactúan de manera integral, para la ejecución penal, y este debe cumplir con cuatro funciones:

- Protección de Derechos de los PPL
- Desarrollas las capacidades de los PPL de modo que cumplan con sus responsabilidades al recuperar su libertad
- Rehabilitación integral de los PPL durante el Cumplimiento de la condena
- Reinserción social y económica de los PPL (COIP)

Las personas privadas de su libertad se someten a un tratamiento que consta de 5 ejes.

Primero está el eje laboral, los trabajos que realicen los PPL no pueden ser aplicados como una sanción y todas las actividades que realicen dentro de este ámbito deben ser remuneradas.

El segundo eje es de educación, cultura y deporte: dentro de este ámbito se organizarán actividades educativas, es obligatorio que los internos tengan niveles de educación inicial, básica y bachillerato y esto estará a cargo del sistema nacional de educación.

También existe la posibilidad de que se imparta educación superior y técnica a través de Institutos o universidades públicas o privadas, con los que los centros mantengan algún convenio, por último se determina que se deben promover actividades culturales, deportivas y otras de apoyo que se programen, en las cuales participen los PPL

El tercer eje dentro del tratamiento es el de salud, los PPL tienen derecho a la salud por lo que los centros de privación de libertad brindarán programas de prevención, tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos, esto estará a cargo del

sistema nacional de salud, que es responsable de la atención médica y de las prestaciones farmacéuticas y complementarias derivadas de esta atención.

El cuarto eje que se trata es el de vinculación familiar y social, el objetivo de este eje es fortalecer el núcleo familiar y las relaciones sociales, para lo cual se establece un régimen de visitas el cual busca fortalecer o restablecer las relaciones con la familia y la comunidad, se garantiza que las visitas se realicen en un ambiente en el cual el interno pueda tener privacidad e intimidad.

Por ultimo tenemos el eje de reinserción, el cual se desarrolla dentro de los regímenes semiabierto y abierto con el fin de generar autoconfianza y autonomía de las personas para permitirles una óptima rehabilitación

Conforme lo dispone la norma durante el año siguiente a su libertad, se prestará el apoyo necesario a la persona liberada para reincorporación a la sociedad, su reinserción laboral y la prevención de la reincidencia.

El COIP tiene rasgos de las dos teorías explicadas anteriormente, por lo que podríamos considerar que se apega a las teorías mixtas, sin embargo las disposiciones del COIP en su gran mayoría corresponden a un sistema de prevención especial positiva es decir que la finalidad de la pena es que la persona no vuelva a delinquir, es prevención especial ya que se enfoca únicamente en la persona que ha cometido el delito pero no en la sociedad, el mecanismo más apropiado para que una persona no sea reincidente es decir que no vuelva a infringir la ley es la resocialización y reeducación, mediante esto se puede conseguir un cambio en la conducta de la persona privada de libertad, el COIP dispone que los organismos realicen programas en diferentes ámbitos como laboral, educativo y social para las personas privadas de su libertad de tal modo que mientras cumplen su pena en un centro de rehabilitación, realizan actividades que ayudan al desarrollo de sus capacidades, como lo determina la Constitución de la Republica en el artículo 201 *“El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad.*

La única norma que corresponde a las teorías absolutas es en la que se dispone que si un PPL tiene un trabajo un porcentaje de su remuneración corresponde a la víctima o a la familia

como parte de indemnización por los daños causados, en todo proceso penal existe la posibilidad de que se pida indemnización por daño y perjuicios, sin embargo esta indemnización no es parte de la pena la finalidad de la pena, por lo que desde mi punto de vista negaría que el COIP se base en las teorías absolutas, no se ve a la pena como un daño o una retribución para las víctimas de la infracción penal, pues en el caso de un asesinato sería impensable que se busque retribuir a la víctima ya que para este caso es el occiso, en realidad lo que se busca es que el delincuente no vuelva a cometer otro delito y que se respete la ley.

No se toma en cuenta expresamente la prevención general que es aquella enfocada a la sociedad es decir la imposición de una pena va a tener como objetivo que la sociedad se abstenga de actuar en forma contraria a la ley, pero esto se entiende como un efecto que surge de la ejecución de la pena ya que se hace conciencia de que si se infringen las normas penales existe una consecuencia, sin embargo la prevención general no es el fin que busca el COIP que tenga la pena pues la forma en la que se ejecuta esta direccionada a una prevención especial positiva.

El COIP se ajusta más a los parámetros que establece la Constitución de la República del Ecuador, se enfoca a la rehabilitación integral del delincuente, con miras a generar un cambio en las personas privadas de su libertad, se trata de una prevención especial, o pena rehabilitadora.

Nuestro sistema penal como ya se explicó anteriormente no se trata solo de un sistema castigador, en realidad su fin principal es la rehabilitación, por lo que el tiempo de la pena tiene una estricta relación a este fin, pues para delitos que son muy graves las penas son mayores, ya que no es lo mismo asesinar o violar a una persona que falsificar documentos, la rehabilitación de la persona que ha afectado al bien jurídico más importante que es la vida, necesitará más tiempo para cumplir con este objetivo que aquella que ha falsificado documentos. Bajo la misma lógica una persona que comete varios delitos y afecta a varios bienes jurídicos requiere más tiempo para ser rehabilitado y por ello la pena tiene que ser mayor, entonces al existir delitos autónomos e independientes se aplica el concurso real de infracciones y como consecuencia de esto la acumulación de penas.

Sin embargo si se desvirtúa este mecanismo que permite la norma y se lo aplica bajo las consideraciones equivocadas como lo hace la Corte Nacional de Justicia, y como lo hicieron los Jueces que dictaron las sentencias que permitieron sentar este precedente jurisprudencial, los fines

de la pena no se pueden cumplir ya que la sanción a imponerse es desproporcional y lo que genera es que una persona pase más tiempo del que debe en un centro de rehabilitación y este exceso en lugar de tener efectos positivos en el infractor como se espera, produce efectos negativos y la consecuencia más probable es la reincidencia.

III PARTE

3. Efectos de aplicación del Concurso Real de Infracciones

La incorporación del concurso real de infracciones en el COIP no representa un perjuicio para nuestra sociedad, de hecho existen muchos países en los cuales ya se lo utiliza y funciona perfectamente, como por ejemplo Alemania que como se explicó anteriormente determina claramente cuando se aplica el concurso real de infracciones, definiendo las circunstancias que deben coexistir para que esta figura sea aplicada por el órgano judicial.

Por otro lado también esta España entonces exista una amplia jurisprudencia sobre la aplicación de concurso real de infracciones, y esta descrito en el Código Penal Español³⁷, *en el Capítulo II De la aplicación de las penas sección 2.ª Reglas especiales para la aplicación de las penas*; en donde, el cuerpo normativo de manera extensa desarrolla cuando se aplica la acumulación de penas y que circunstancias específicas deben existir, es así que el trabajo del juzgador es evaluar las pruebas aportadas e imponer una o varias sanciones según sea el caso siempre respetando las reglas del debido proceso, y conforme lo dispone el propio Código Penal el juzgador determine en la sentencia el grado y extensión concreta de la pena impuesta.

Como referencia de lo explicado anteriormente la siguiente sentencia es un ejemplo del concurso real de infracciones en España, que ha sido aplicado de manera correcta adecuada:

| |
|--|
| ROJ: STS 1484/2007 - ECLI:ES:TS:2007:1484 |
| Nº Sentencia: 167/2007 |
| Tipo Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal |
| Municipio: Madrid -- Sección: 1 |
| Ponente: LUIS ROMAN PUERTA LUIS |
| Nº Recurso: 10953/2006 -- Fecha: 27/02/2007 |
| Tipo Resolución: Sentencia |
| Resumen: Delito de maltrato habitual y agresión sexual, diferencias. Delito de detención ilegal y coacciones. |

Cuando se relata los hechos, se desprende que se han cometido varios delitos por el mismo actor, en virtud de lo cual, se investigó cada infracción cometida y en base a las pruebas aportadas el juzgador impuso la pena correspondiente para cada delito, y siguiendo las reglas especiales de aplicación de las penas se impuso una sanción global acumulando las penas para cada delito.

La aplicación del concurso real de infracciones puede ser aplicado de distintas formas pues todo dependiendo de cómo se desarrolle cada caso, pero lo fundamental para que exista el concurso real de infracciones es que se trata de diferentes delitos realizados por el mismo agente, como se explicó en la segunda parte con el caso hipotético, su aplicación evidentemente genera beneficios, para la víctima, para el procesado, incluso para los jueces cuya labor es una correcta administración

³⁷ Código Penal Español «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995 Última modificación: 28 de abril de 2015 Referencia: BOE-A-1995-25444

de justicia, sin embargo si en cumplimiento de sus funciones, los jueces fallan transgrediendo el ordenamiento jurídico, va a generar más perjuicios que beneficios, e inclusive vulnerar derechos constitucionales.

La Corte Nacional de Justicia a través de la Resolución N°12-2015, publicada en el Registro Oficial N° 592 de fecha 22 de septiembre de 2015, declara un precedente jurisprudencial sobre la aplicación del artículo 55 del COIP, basado en las siguientes Resoluciones:

1. Resolución No. 1140-2015, correspondiente a la sentencia dictada el 06 de agosto de 2015, las 08h10, en el proceso No. 0385-2014, por recurso de casación.

Tribunal conformado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional ponente, doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional, y doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional.

2. Resolución No. 1211-2015, correspondiente a la sentencia dictada el 25 de agosto de 2015, las 12h05, en el proceso No. 396-2014, por recurso de casación.

Tribunal conformado por la Jueza Nacional doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, doctora Zulema Pachacama Nieto, Conjueza Nacional, y doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional ponente.

3. Resolución No. 1223-2015, correspondiente a la sentencia dictada el 27 de julio de 2015, las 08h00, en el proceso No. 0598-2014, por recurso de revisión.

Tribunal conformado por la Jueza Nacional doctora Gladys Terán Sierra, doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional ponente, y doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional.

4. Resolución No. 1255-2015, correspondiente a la sentencia dictada el 31 de agosto de 2015, las 10h00, en el proceso No. 1962-2014, por recurso de casación.

Tribunal conformado por la Jueza Nacional ponente doctora Gladys Terán Sierra, doctor Vicente Robalino Villafuerte, Juez Nacional, y doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional.

5. Resolución No. 1256-2015, correspondiente a la sentencia dictada el 31 de agosto de 2015, las 08h15, en el proceso No. 1133-2014, por recurso de revisión.

Tribunal conformado por la Jueza Nacional ponente doctora Gladys Terán Sierra, doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional, y doctor Roberto Guzmán Castañeda, Conjuez Nacional.

Sin embargo existe una particularidad y es que después de un extenso análisis, se llega a la conclusión de que no se trata de concurso real ni ideal, pero si acumulación de penas, sin embargo, la acumulación de penas como se explicó en el primer capítulo es consecuencia de la aplicación de la figura del concurso real de infracciones es decir que para la Corte Nacional de Justicia y para los jueces de Tribunales que emitieron las sentencias sobre tráfico ilegal de estupefacientes, no existe antecedente para la proceder a la acumulación de penas, interpretan extensivamente el COIP, y no analizan integralmente el cuerpo normativo pues el artículo 20 que contiene el concurso real de infracciones dispone que:

La Corte Nacional de Justicia decidió que;

“Al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia sicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal.”

Esta decisión se basa en las siguientes consideraciones:

- El delito de narcotráfico se ha considerado como un delito de lesa humanidad en virtud del grado de afectación que tiene, pues se ha convertido en un tema de salud pública ya que el perjuicio que genera es muy alto, y el Estado tiene la obligación garantizar formas y métodos jurídicos que permitan aminorar los impactos negativos que, en todos los órdenes, promueve e impulsa el narcotráfico.
- Considerando que se les encuentra a dos sujetos, el sujeto A en tenencia, sin autorización, de marihuana en 10.000 gramos, de clorhidrato de cocaína en 5.000 gramos, de pasta base de cocaína en 2.000 gramos; y, de heroína 20 gramos. Mientras que B es encontrado teniendo, sin autorización, 21 gramos de heroína.
- No sería adecuado tratar estas dos situaciones de la misma forma ya que evidentemente la comercialización, y consumo de las sustancias que posee el sujeto A van a generar un daño mayor que la venta o consumo de la sustancia que posee el sujeto B, aplicarles una Ubicar

a la situación de A, con fines punitivos, como la de quien ha cometido el delito de poseer varios tipos de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en cantidades correspondientes a alta escala y aplicarle pena privativa de libertad por 7 años, sería ignorar el contenido del tipo penal, dejar sin sustento legal a la diferenciación entre sustancias, sus cantidades, y la complejidad del acto para así imponer la pena. 24. Frente a esto, ubicar a la situación de B, con fines punitivos, como la de alguien que ha cometido el delito de poseer sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en gran escala, y aplicarle pena privativa de libertad por 10 años, como si su acto fuere más dañoso que el de A, sería ignorar deliberadamente la capacidad de daño que puede cometer la actividad de A y la de B, así como, no haber avanzado en materia de garantías, particularmente en lo atinente a la proporcionalidad de la pena, algo que sustenta Código Orgánico Integral Penal cuando, en su exposición de motivos

- En primer lugar se diferencia el concurso real de infracciones del concurso ideal, que como ya se analizó anteriormente, depende si se trata de una sola acción que genera el cometimiento de varios delitos o de varias acciones que implican varios delitos autónomos e independientes; y, se descarta la posibilidad de aplicar una de las dos figuras; el concurso ideal en virtud de que del ejemplo citado se trata de una actuación pero no trasgrede a varios tipos penales. Pues se adecua a uno solo, y con respecto al concurso real, no procede, ya que no se trata de delitos autónomos e independientes.
 - Consideran que la construcción del tipo penal y su punición resulta de la combinación: acción nuclear, tipo de sustancia catalogada sujeta a fiscalización, y la cantidad de la sustancia, lo que exige sumar la pena adecuada a cada acto, sustancia y cantidad, hasta el límite máximo previsto en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal.

No resulta del todo lógico por parte de la Corte Nacional, considerar que en virtud de que la salud pública se ve afectada con este delito, procede dictar este precedente que vulnera derechos constitucionales y no se apega a derecho, pues el narcotráfico no es algo que únicamente se vive en el Ecuador pues "El comercio de drogas ilícitas es un negocio global de dimensiones multimillonarias. La ONU calcula que, a nivel mundial, hay más de 50 millones de personas que consumen regularmente heroína, cocaína y/o drogas sintéticas...." (BBC MUNDO) este problema

es mucho más fuerte en otros países, para lo cual se han tomado medidas a nivel internacional para combatir este fenómeno que aqueja a la sociedad, pero todos los mecanismos, políticas, procesos, etc que se han adoptado han sido conforme a derecho.

Un claro ejemplo son los programas que han desarrollado la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)³⁸, orientados a apoyar y proteger a las víctimas de la drogadicción, así como también aportar con asistencia a los gobiernos para que puedan combatir el problema del narcotráfico.

El Ecuador no es uno de los principales productores y consumidores de droga, como México o Colombia, sin embargo el fenómeno del narcotráfico, se ha convertido en un problema, que día a día crece, y es evidente que se debe intentar erradicar, a través de los recursos que el Estado tiene a su alcance, y sin que esto implique que el Estado a través de sus órganos de administración de justicia pueda omitir la correcta aplicación de la normativa vigente, ni interpretar las normas a conveniencia y a través de actos legales, tomar decisiones que vulneren derechos constitucionales.

Así como el narcotráfico hay muchos delitos contra los cuales se deben tomar medidas para que disminuyan y en el caso utópico desaparezcan, como es el asesinato, violación, tráfico de armas, etc., siempre a través de mecanismos legales y legítimos.

Los efectos que genera la aplicación del concurso real de infracciones es que no solo es una forma en la cual se asegura que no existan delitos que queden en la impunidad, también sirve como un mecanismo de prevención, ya que una persona antes de delinquir tiene conciencia de que si comete un delito tendrá una pena determinada, y si comete varios delitos deberá ser juzgado por todos y se le va a aplicar todas las penas que le correspondan.

Sin embargo cuando se incorpora en una norma penal un proceso nuevo, que no ha sido aplicado anteriormente, que tiene una carga doctrinaria fuerte, y que como consecuencia implica una sanción más alta, debido a que se trata de varios delitos, debe existir una capacitación previa

³⁸ La UNODC desarrolla proyectos y presta asistencia técnica en los siguientes temas:

* Justicia de menores, Reforma penal, Reforma de la justicia penal, Justicia restaurativa, Alternativas a la prisión, Apoyo a las víctimas, Violencia de género, Monitoreo de desempeño del sistema de justicia penal
Las actividades de proyectos en diferentes países incluyen una serie de intervenciones, tales como:

* Educación y formación, Consultoría, Reformas legislativas, Suministro de recursos a las organizaciones no gubernamentales, Preparación de informes y manuales sobre las mejores prácticas en el área

para todos los funcionarios que ejerzan su competencia en el ámbito penal, es decir el personal de las siguientes Instituciones: Fiscalía, Juzgados de Garantías Penales, Tribunales de Garantías Penales, Jueces de Garantías Penitenciarias.

El COIP trajo muchos cambios, por lo que, se dieron capacitaciones a los Funcionarios Públicos en la rama durante el año 2015 previo a que entrara en vigencia el cuerpo legal antes mencionado, pero en la práctica resulta casi imposible que se tenga un conocimiento pleno de la nueva normativa, ya que aunque existen temas que se mantienen iguales también trae novedades que deben ser estudiadas y previo a la vigencia ya debe existir procedimientos que faciliten la aplicación, es tan claro que no se pudo abarcar y actualizar a los jueces y fiscales sobre el COIP que actualmente la Escuela de la Función Judicial oferta capacitaciones³⁹, como el Programa: Código Orgánico Integral Penal COIP-Actualización 2016 o el Curso Sobre Formas Extremas De Violencia De Genero: Femicidio Y Trata, que están dirigidos para Jueces Penales, Fiscales, Defensores Públicos a nivel nacional, e inclusive una Institución puede solicitar que se realice una capacitación sobre algún tema que exista desconocimiento, y existe la particularidad de que sobre el concurso de infracciones no se ha realizado ni se ha solicitado un esclarecimiento o capacitación al respecto, se lo ha aplicado como las autoridades suponen debería ser aplicado sin tomar en cuenta qué es y qué implica el concurso real de infracciones, al ser incorporado tampoco se hizo un análisis jurisprudencial⁴⁰ ni doctrinario que permita tener bases referenciales sobre cómo se lo debe aplicar y que efectos generaría.

La importancia de la Resolución N° 12 -2015 de la Corte Nacional, recae en que, los jueces determinan que no existe concurso real de infracciones, ni concurso ideal, lo cual no objeto, sin embargo se llega a la conclusión de que si es posible la aplicación del artículo 55 del COIP, sobre acumulación de penas, resulta absurdo descartar el concurso real de infracciones pero permitir que se aplique la acumulación figura propia del concurso real, pues de la simple lectura del artículo 20 y del artículo 55 se entiende que la acumulación de penas es una consecuencia cuando existen delitos autónomos e independientes. *“la acumulación de penas de ser excepcional, es decir*

³⁹ Si bien es cierto que el conocimiento de una nueva ley es responsabilidad de los funcionarios públicos que van a aplicarla, el Estado a través de los mecanismos que dispone debe facilitarles insumos que mejoren este aprendizaje y este debe ser uniforme para todos los organismos que tienen esta responsabilidad.

⁴⁰ Este análisis se refiere a jurisprudencia internacional como España

cuando concurren varias acciones autónomas e independientes con relación de temporalidad (concurso real)” (García Falconí, 2014)

3.1. Violación de Derechos Constitucionales

La Corte Nacional de Justicia realiza una interpretación equivocada de la norma penal y una violación evidente de las garantías del debido proceso; se menciona que no se puede aplicar concurso ni ideal ni real al delito de tráfico de estupefacientes tipificado en el artículo 220 del Código Penal, sin embargo, se aplica el artículo 55 del mismo cuerpo legal sobre acumulación de penas; el artículo 20 del COIP, dispone lo siguiente:

“Artículo 20.- Concurso real de infracciones.- Cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años.” (el resaltado me corresponde)

La acumulación de penas es una consecuencia del concurso real de infracciones, así lo ha señalado la doctrina⁴¹, y claramente así lo dispone el COIP, en el artículo 20 y lo desarrolla también en el artículo 55, sin embargo, la Corte Nacional, sin tener fundamentos razonables, que se sustenten en la doctrina o en la jurisprudencia, considera que la acumulación de penas es una figura distinta al concurso real y al ideal.

Resulta evidente que no se puede aplicar el concurso real de infracciones al delito de tráfico de estupefacientes, se trata de un solo delito por lo tanto no cumple con las circunstancias que manda la ley, que sean delitos **autónomos e independientes**, pues para que sea aplicable se tendría que considerar ilegalmente el tráfico de cada sustancia como delitos diferentes, o se tendría que considerar cada verbo del tipo penal como infracciones diferentes, es decir existiría el delito de ofertar sustancias estupefacientes y psicotrópicas, otro delito de almacenar sustancias estupefacientes y psicotrópicas, otro delito de exportación de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, y así con todos los verbos contenidos en el artículo 220, sin embargo esto no procede

⁴¹ Como lo manifiesta Jescheck, Manuel Cobo del Rosal, Jiménez de Asua, García Falconí, el concurso real de infracciones se basa en el principio de acumulación, por lo tanto frente al cometimiento de varios delitos por una misma persona, se imponen las penas previstas en el Cuerpo Normativo Penal, y estas se acumulan.

en virtud de que el tipo penal presupone que todas esas acciones por separado o en conjunto constituyen el delito de tráfico ilegal de estupefacientes, un solo delito no varios⁴².

Otro aspecto que se debe considerar dentro de este punto es como fue elaborado el COIP, pues una de las diferencias formales que tiene con el Código Penal de 1971, es que todos los delitos tienen su propia denominación, y el artículo 220 del COIP, dispone lo siguiente:

*Art. 220.- **Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.** - La persona que directa o indirectamente sin autorización y requisitos previstos en la normativa correspondiente:*

1. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera:

a) Mínima escala de uno a tres años.

b) Mediana escala de tres a cinco años.

c) Alta escala de cinco a siete años.

d) Gran escala de diez a trece años.[...](el resaltado me corresponde)

La forma en la que fue elaborado este delito presupone que aunque existan varios verbos se trata de un solo delito, y aunque se trafique con varias sustancias se trata de un mismo delito, para lo cual es importante considerar la norma anterior sobre este tema, pues en la Ley De Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas⁴³ de 1990, en el artículo 62 establece al tráfico ilícito de la siguiente manera:

Quienes compren, vendan o entreguen a cualquier TITULO, distribuyan, comercialicen, importen, exporten o, en general, efectúen tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópicas y otras sujetas a fiscalización, serán reprimidos con reclusión mayor

⁴² Considerando esto también resulta impensable que se pueda aplicar el concurso ideal, ya que aunque se trate de una sola acción, esta genera un solo delito no varios

⁴³ Ley De Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, publicada en el Registro Oficial 523 de 17-sep.-1990, actualmente derogado

extraordinaria de doce a diez y seis años [...] Se entenderá por tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópicas u otras sujetas a fiscalización toda transacción mercantil o toda entrega, a cualquier TITULO, de dichas sustancias, realizada en contravención a los preceptos de esta Ley.

El Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, CONSEP, define y trata como sustancias sujetas a fiscalización a través de listas o cuadros emitidos por este organismo.

En aplicación de la Ley de Sustancias Estupefacientes ya derogada, los jueces solamente sancionaban por el delito de tráfico imponiendo solamente una pena a pesar de que traficaba con varias sustancias estupefacientes como por ejemplo:

- Sentencia dictada por el Tribunal Penal de Imbabura, con fecha 7 de abril de 1999, publicada en el Registro Oficial 381 de 01 de agosto de 2001, en la cual se demuestra que el infractor cometió el delito de tráfico ilícito con cocaína y otras sustancias psicotrópicas, por lo que el Tribunal impone la pena de seis años.
- Sentencia dictada por el Tribunal Penal de Cotopaxi, con fecha 12 de diciembre de 2005, publicada en el Registro Oficial 178 de 23 de abril de 2010, en este caso el delito se el delito se comete con heroína y clorhidrato de cocaína y la sanción impuesta es de ocho años
- Sentencia dictada por el Tribunal Segundo Penal de Los Ríos, con fecha 4 de febrero de 2008, publicada en el Gaceta Judicial 12 de 30 de noviembre de 2012, en este caso la infracción se perpetra con clorhidrato de cocaína y marihuana y la sanción impuesta es de ocho años

En ninguno de los tres casos se consideró la existencia de diferentes sustancias, ni en el 2001, ni en el 2005 y mucho menos en el 2012, pues las consideraciones que hacen los diferentes Tribunales es en base a si la conducta se adecua o no al tipo penal y si existen pruebas que demuestren la materialidad y autoría de la infracción, ya que es claro que el delito de tráfico de estupefaciente es uno solo independiente de la sustancia, y de igual forma lo contempla el COIP, en virtud de lo cual es claro que se está violando el principio de legalidad, pilar fundamental en el

Derecho Penal, y está contemplado en el artículo 76 numeral 3 ya que ninguna persona puede ser sancionada por un delito que al momento de cometerse o se encontraba tipificado en la ley penal.

De lo que se puede evidenciar que, al pretender imponer varias penas a lo que doctrinaria y legalmente se considera y se ha considerado como un único delito, se transgrede el principio de legalidad, ya que de casos análogos se cubre un supuesto vacío legal que los mismos jueces crearon desobedeciendo la normativa penal⁴⁴ que dispone una prohibición de crear sanciones de casos análogos.

El delito de tráfico de estupefacientes es claro, si una persona incurre en una de las conductas descritas en el artículo 220.1, dependiendo de **la cantidad** de la sustancia se puede hablar de mínima, mediana, alta y gran escala, que para entender esto el Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas emitió las siguientes tablas:

| SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES | | | | | | | | |
|---------------------------------|---------|--------|-----------------------|--------|------------------------|--------|-----------|--------|
| Escala (gramos) Peso neto | Heroína | | Pasta base de cocaína | | Clorhidrato de cocaína | | Marihuana | |
| | Mínimo | Máximo | Mínimo | Máximo | Mínimo | Máximo | Mínimo | Máximo |
| Mínima escala | >0 | 0,1 | >0 | 2 | >0 | 1 | >0 | 20 |
| Mediana escala | >0,1 | 0,2 | >2 | 50 | >1 | 50 | >20 | 300 |
| Alta escala | >0,2 | 20 | >50 | 2.000 | >50 | 5.000 | >300 | 10.000 |
| Gran escala | >20 | | >2.000 | | >5.000 | | >10.000 | |

| SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS | | | |
|--------------------------|-------------|-----------------------------------|-------------------|
| | Anfetaminas | Metilendioxifenetilamina (MDA) | Éxtasis (MDMA) |

⁴⁴ Artículo 13.- Interpretación.- Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas:

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. (COIP)

| Escala | | Máximo | Mínimo | Máximo | Mínimo | Máximo |
|----------------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|
| Mínima escala | >0 | 0,090 | >0 | 0,090 | >0 | 0,090 |
| Mediana escala | >0,090 | 2,5 | >0,090 | 2,5 | >0,090 | 2,5 |
| Alta escala | >2,5 | 12,5 | >2,5 | 12,5 | >2,5 | 12,5 |
| Gran escala | >12,5 | | >12,5 | | >12,5 | |

Fuente Resolución No. 002-CONSEP-CD-2015 del Consejo Directivo Del Consejo Nacional De Control De Sustancias Estupefacientes Y Psicotrópicas, publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 628 con fecha 16 de noviembre de 2015

El artículo 220 del COIP determina que si una persona realiza uno de los verbos de este artículo que son: ofertar, almacenar, intermediar, distribuir, comprar, vender, enviar, transportar, comercializar, importar, exportar, tener, poseer o en general efectuar el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, ya comete el delito se trata de un tipo penal que se perpetra cuando el sujeto incurre en cualquiera de los verbos que se enuncian, o solamente en uno; la otra parte a considerar, en esta norma es la pena que el legislador estableció para el delito y esta varía según la escala en la que se trafica que puede ser mínima, mediana, alta y gran escala, imponiendo la pena más grave para el tráfico a gran escala, pero la norma no dispone que la pena se aplica en base a la sustancia con la cual se efectúa el delito, considerando que si una persona trafica con marihuana, con pasta base de cocaína y con anfetaminas, ya cometió el delito y se trata de un solo delito, al cual se le debe aplicar una sola pena.

Sin embargo en las sentencias que se utilizaron para crear el precedente jurisprudencial mediante resolución N° 12-2015 de la Corte Nacional, consideran que si se perpetra este delito se debe juzgar por acto, sustancia y cantidad, con el fin de que de esta manera se aplique la acumulación de penas, aunque absurdamente niegan que exista concurso real de infracciones.

La misma Corte Nacional de justicia en la Resolución 12-2015, manifiesta lo siguiente:

*El interés práctico y/o medular del tema en cuestión, estriba, sobre todo, en la medida de la pena a imponer al sujeto activo del delito; para lo cual, se presentan o son posibles varias hipótesis a saber: i) **Que cada una de las infracciones realizadas se punen por separado; acumulándose las sanciones que resulten (principio de acumulación);** ii) **Que se imponga la pena correspondiente al delito más grave; haciéndola objeto de una agravación (principio de asperación);** iii) **Que se condene a la pena del delito más grave, sin tomar en consideración las correspondientes a los otros delitos realizados (principio de absorción);** y, iv)*

Que se imponga una pena determinada, distinta a la que está conminada para cada uno de los delitos realizados, independiente del número de éstos y de la forma en que ocurren (principio de la pena unitaria). (el resaltado me corresponde)

Carece de todo sentido que la misma Corte Nacional considere el principio de acumulación de las penas cuando hay concurrencia de infracciones que deben ser juzgadas por separado al ser delitos diferentes, pero niegue sin fundamento la relación entre el concurso real de infracciones y la acumulación de penas, dándoles un tratamiento diferente, por encontrarse en artículos diferentes, pero sin establecer argumentos lógicos jurídicos que permita diferenciar estas instituciones.

Aplicar de esa forma el concurso real de infracciones genera inobservancia del debido proceso, se está afectando en primer lugar el principio de legalidad, como ya se explicó tanto en su sentido formal como en sus sentido material, y al considerar a un solo delito, como delitos diferentes; *“la prohibición de analogía, también se constituye en una derivación de principio de legalidad”* (García Falconí, 2014, pág. 177) se está desobedeciéndose la prohibición de analogía, contenida en el artículo 13 del COIP, al crear delitos y sanciones de casos análogos.

3.2 Inobservancia del principio de proporcionalidad de la pena

Considerando que la Resolución de la Corte Nacional, determina que:

*“Al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada **con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia sicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal.**”* (el resaltado me corresponde)

El límite establecido en la norma penal es de cuarenta años, por lo que si únicamente aplicamos el artículo 55 sin ninguna consideración previa, una persona que comete el delito de tráfico de estupefacientes, con diferentes sustancias, en cantidades iguales o diferentes se le puede llegar a imponer una sanción de CUARENTA AÑOS; sanción aparte de ser ilegal, como se explicó anteriormente, rompe totalmente con el principio de proporcionalidad, puesto que como manifiesta Claus Roxin, considerando solamente el derecho material frente a delitos graves la sanción será

más alta que para delitos menos graves y las consideraciones⁴⁵ frente a estos dos tipos de delitos serán distintas. (Roxin, 1997, págs. 267-270)

El delito de tráfico de estupefacientes genera perjuicios a la sociedad, no solo para aquellos que consumen, también tiene consecuencias sociales, políticas y económicas, pues el cometimiento de este delito al generar grandes cantidades de dinero por la extensa comercialización que existe de las drogas, provoca que se cometan más infracciones, como el lavado de activos, concusión, cohecho, entre muchos delitos más que se pueden perpetrar, por otro lado también puede elevar los niveles de corrupción en un país; por lo que, si es necesario que se tomen medidas al respecto, pero estas deben ser las adecuadas.

En virtud de lo expuesto se presenta una interrogativa, con respecto a la sanción que los jueces pueden llegar imponer si alguien comete este delito, realmente se puede disminuir el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas imponiendo una pena excesivamente alta, desproporcional, e ilegal, puesto que en el supuesto de que exista un caso en el que se ha traficado con heroína, clorhidrato de cocaína, marihuana y anfetaminas en gran escala, como lo dispone el artículo 220.1 del COIP, la pena para cada sustancia, puede ser de diez a trece años, suponiendo que el Juez considera que la pena que se debe aplicar es de 10 años por cada sustancia, con fundamento en el precedente jurisprudencial y en aplicación del artículo 55 se aplica una sanción de 40 años, para lo que evidentemente se trata de UN solo delito, esta pena es un 25% mayor que la pena más alta contemplada en el COIP.

Considerando que la pena más alta para una SOLA infracción es de treinta años, como para los delitos de: Genocidio, exterminio, persecución, apartheid, agresión, delitos de lesa humanidad, contemplados en el título IV Infracciones En Particular Capítulo Primero Graves Violaciones a los Derechos Humanos y Delitos Contra el Derecho Internacional Humanitario Sección Primera; es impensable considerar que existe proporcionalidad al imponer una sanción tan alta que llega a ser mayor de las permitidas en el Código, me refiero a las penas correspondientes a un solo delito.

Anteriormente cuando se encontraba vigente el Código Penal ya era desproporcional la pena para el delito de tráfico de estupefacientes, pues la pena de dieciséis años para este delito era mayor o igual que la pena para delitos como: violación, homicidio simple, homicidio

⁴⁵ Una de las consideraciones es que la tentativa solamente se considera para delitos graves.

preterintencional, tortura, entre otros, por lo mismo el legislador en el COIP disminuye la pena, de tal modo que la pena máxima para este delito es de diez a trece años, entonces resulta mucho más cuestionable si las penas que se están aplicando son proporcionales al delito de tráfico.

La pena más alta permitida por el COIP, según el artículo 20 y el 55 es de cuarenta años, siempre y cuando exista una concurrencia de delitos, es decir se haya cometido varios delitos autónomos e independientes, y en el presente caso como se ha demostrado el tráfico ilegal de estupefacientes de la forma en la que se encuentra redactado en el COIP, es uno solo, al guardar unidad típica de acción la cual *“En esta propuesta la unidad de acción se deriva de la redacción del tipo penal dada por el legislador cuando diversos actos son valorados como unidad en ese tipo penal”* (Galvan, 2010, pág. 92), pues el legislador creó un tipo penal llamado tráfico ilícito de estupefacientes psicotrópicas, por ende no se puede cambiar la infracción contenida en el COIP y a través de analogía crear nuevos delitos y sanciones.

La misma Corte Nacional cita el artículo 3 numeral 4 literal a de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas⁴⁶ de 1988, en el cual se dispone que las sanciones deben ser proporcionales conforme a la gravedad del delito, entonces si la Corte tiene pleno conocimiento de que la sanción debe ser proporcional al perjuicio que genera el delito resulta impensable que no se tome en cuenta que se pueda llegar a imponer una pena de cuarenta años que equivale a una cadena perpetua.

La inobservancia del principio de proporcionalidad, genera también incumplimiento de derechos constitucionales, pues al imponer una sanción que no corresponde se afecta su dignidad y su derecho a la honra, *“En definitiva, el principal logro del principio de proporcionalidad con relación al Derecho penal es que al infractor no se lo trate como un ser u objeto aislado del entorno social y no se minimice su dignidad y honra cuando es sometido a un proceso penal”* (Farid, 2006, pág. 33)

Esto ocurre mientras los jueces sigan creyendo correcto aplicar el artículo 55 como una figura distinta al concurso real de infracciones, que en el supuesto no consentido, se considere que

⁴⁶ "Artículo 3 DELITOS Y SANCIONES

[...] 4. a) Cada una de las Partes dispondrá que por la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo se apliquen **sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos**, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso."

la acumulación de penas cabe cuando se demuestra que se cumplen las condiciones para que exista concurso real de infracciones conforme lo dispone el COIP, la pena a aplicarse no podría exceder de veintiséis años, puesto que el artículo 20 en su parte pertinente manda “*se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave*”, por lo tanto para el delito del artículo 220.1 la pena más grave es de trece años, por ende en aplicación del concurso real de infracciones, la pena más alta sería de veintiséis años, lo cual sigue siendo desproporcional, en virtud de que la sanción de veintiséis años, se encuentra prevista para delitos que lesionan el bien jurídico protegido vida, dentro de este punto, mientras que el narcotráfico lesiona el bien jurídico protegido salud pública.

La salud pública si bien es cierto es fundamental, y en aras de que este bien sea protegido se han tomado ciertas medidas legítimas, sin embargo el precedente anteriormente descrito, realiza un análisis al respecto y determina que la salud pública si es un bien jurídico alto que necesita de una protección especial, no se lo puede comparar con delitos de lesa humanidad que por el impacto y el perjuicio enorme que provocan tienen las sanciones más altas, y la norma permite que no se aplique para estos delitos la prescripción, y el juicio en ausencia de tal modo que, puedan ser investigados en cualquier momento bajo cualquier circunstancia.

La pena está definida por el legislador, es el encargado de determinar la dosimetría de la pena, pues a través del COIP establece una base y un techo, entre los cuales los operadores de justicia pueden imponer la pena, sin embargo no pueden crear nuevas penas que sean más bajas o más altas, de las que el legislador dispuso, ya que rompe con el principio de proporcionalidad, entonces cuando a través de una resolución se permite la imposición de una pena que puede llegar a los 40 años y que sobrepasa el límite impuesto por el legislador de 13 años para el tráfico a gran escala.

3.3 Incumplimiento de los fines de la pena

El fin de la pena según la Constitución de la República es la de rehabilitar y reinsertar a una persona en la sociedad, para lo cual conforme desarrolla el COIP en su parte pertinente, que los Centros de Rehabilitación Social, deben contar con mecanismos que promuevan las habilidades y cumplan con las necesidades, cumpliendo con el eje Laboral, de educación, cultura y deporte, de Salud, Vinculación familiar y social y que finalmente la persona sea reinsertada en la sociedad, es

decir que el infractor a través de un sistema de disciplina, tome conciencia de las acciones cometidas.

El incumplimiento de la fin de la pena, guarda una estrecha relación con la proporcionalidad, pues si se impone una sanción excesivamente alta a una persona, se está regresando a los sistemas represivos y vengativos que tenían como objetivo único, el castigar a quien ha infringido la ley, rompiendo con los límites que la ley le impone a *ius puniendi* que goza el Estado.

Entonces no se puede pretender que el infractor confié en el sistema, que está vulnerando su derechos fundamentales y que en principio debía proteger, pues en palabras del jurista Ernesto Albán *“Hay que aprovechar el tiempo de permanencia de los condenados en las cárceles para producir una transformación de su personalidad tanto en el orden moral y psicológico, como en el educativo y laboral”* (Albán, 2015, pág. 11), pero como se puede producir este cambio si por parte del infractor va a existir una desconfianza con el sistema judicial penal, que ilegal, injusta, desproporcional y arbitrariamente le ha impuesto una pena que no le correspondía.

Las personas privadas de su libertad como lo determina la Constitución, se encuentran en una situación de vulnerabilidad, y por esa misma razón el Estado tiene la obligación de proveerle de un sistema laboral, educativo, cultural, etc. que promueva una transformación del delincuente, sin embargo, si a una persona de 30 años se le impone una sanción de 40 años, prácticamente es una cadena perpetua, considerando que la tasa de mortalidad en el Ecuador es hasta los 70 años aproximadamente,⁴⁷ de tal forma resulta imposible que se reinserte en la sociedad y mucho menos que se rehabilite, pues si una persona ya conoce que va a ser privado de su libertad durante toda su vida prácticamente, carecería de motivación para cumplir con el programa de rehabilitación, en vista de que cuando sea puesto en libertad, no tendría nuevas oportunidades.

Bajo las mismas consideraciones, en el presente caso, en un principio se buscaba proteger el bien jurídico de la salud pública, sin embargo una persona que sea privada de su libertad por un tiempo excesivo, injusto e ilegal, que ya no tiene posibilidades de reinsertarse en la sociedad, seguirá delinquirando en los centros de privación de libertad, ya sea directa o indirectamente, pues

⁴⁷ Información obtenida de INEC - Defunciones 2014, disponible en digital en: <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/vdatos/> ingresado el 16/10/2016

puede dedicarse al manejo del narcotráfico desde la cárcel y asegurar de este modo tener una cantidad de dinero seguro en base a lo que ya conoce que es el delito de tráfico de estupefacientes, o de otro modo se puede dedicar al tráfico de drogas dentro de la cárcel, pues ya tiene conocimientos previos de cómo se maneja el narcotráfico, por lo que resultaría sencillo continuar dentro de los centros de privación de la libertad.

Por último es importante destacar que el principio de proporcionalidad guarda una estrecha relación con el cumplimiento de los fines de la pena, puesto que es un seguro para que no se apliquen penas arbitrarias, ilegales e ilegítimas como en el presente caso, ya que conforme lo dispone el COIP a partir del artículo 666, sobre la ejecución de penas, el sistema penitenciario, se ha reformado con la Constitución del 2008, pretendiendo una mayor protección a los PPL, brindándoles mecanismos que les permitan mantener una vida digna una vez que sean liberados, de tal forma que cuenten con bases educativas, laborales y culturales, pues lo debe hacer el sistema penitenciario es reeducar al delincuente, sin embargo si a futuro la persona carece de oportunidades, por responsabilidad de los órganos de justicia, resultaría imposible cumplir con la readecuación y reinserción del infractor, pues el fin último de la pena como ya quedo claro es en favor del delincuente, pero si el sistema le falla, carece de sentido creer que se logre cumplir con este fin.

Conclusiones y Recomendaciones

La presente disertación tuvo su enfoque en analizar la figura del Concurso Real de Infracciones contenido en el artículo 20 del COIP, y determinar si su aplicación podría vulnerar derechos constitucionales e inobservancia de las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76 de la carta magna, para lo cual era necesario revisar la resolución N° 12-2015 dictada por la Corte Nacional de Justicia que guarda una estrecha relación con el concurso real de infracciones.

De la investigación realizada se pudo determinar que el concurso real de infracciones permite que, frente a una concurrencia de infracciones, ningún delito cometido quede en la impunidad, sin embargo, este solo puede ser aplicado cuando se cumplen las circunstancias que manda la ley, es decir que se trate de delitos autónomos e independientes cometidos por un solo sujeto en una unidad de tiempo.

La aplicación del concurso real de infracciones le corresponde al Tribunal de Garantías Penales, pues es su competencia imponer la sanción correspondiente, siempre y cuando se demuestre la materialidad y responsabilidad de la infracción, sin embargo para facilitar este proceso, debería estar dentro de las funciones de los Fiscales solicitar se aplique concurso real de infracciones, pues al ser quien inicia e impulsa la acción, resulta lógico que sea el Fiscal quien ponga en conocimiento de los jueces a través de la acusación fiscal que una persona ha cometido varios delitos y que debe ser juzgado por todos los delitos.

Por otro lado también le corresponde tener participación en el conocimiento de esta figura al Juez de Garantías Penales, como un filtro que califique si se cumple o no con los requisitos que determina la norma penal para que exista concurso real de infracciones, de tal forma que en el auto de llamamiento a juicio cuenten todas las infracciones de las que se le acusa a una persona y estén sean puestas en conocimiento del mismo Tribunal de Garantías Penales, de tal forma que imponga una sanción global que acumule todas las penas correspondientes a cada delito hasta el límite que determina la ley.

En la aplicación fáctica de esta figura a pesar de que la Corte Nacional en la Resolución N° 12-2015 establece que para el tráfico de sustancias estupefacientes, no se trata de concurso real de infracciones sino que lo que corresponde es la acumulación de penas establecida en el artículo 55 del COIP, lo cual como se demostró y conforme lo determina la doctrina y el COIP, esta es una consecuencia del concurso real de infracciones, en virtud de lo cual existe una errónea interpretación de la norma por parte de la Corte Nacional, ya que sin diferenciación alguna ni argumentación lógica, establece que para el tráfico de estupefacientes cabe acumulación de penas pero no hay concurso real de infracciones.

A pesar de que la Corte Nacional de Justicia define que el tráfico de estupefacientes es un solo delito y niega sin lógica alguna la existencia de concurso real de infracciones, al imponer varias sanciones a un mismo delito, la Corte considera que se puede fraccionar de alguna forma el artículo 220 del COIP para que los jueces consideren la se impone sanciones en base a la sustancia con la que se trafica, cuando lo que realmente sucede es que se trata de una sola conducta penalmente reprochable que recae sobre diversos objetos pero que se sujeta a una única pena.

Esta resolución vulnera, en primer lugar el principio de legalidad, en su sentido formal y material, y como consecuencia de esto se desobedece la prohibición de analogía, pues se está creando sanciones que no estaban previstas cuando se promulgó el COIP a través de un precedente jurisprudencial, haciendo el rol de legislador cuando eso está totalmente fuera de sus funciones, sin embargo lo que sería adecuado por parte de la Corte Nacional, sería sugerir la reforma del COIP, para que de este modo se incorporen sanciones más altas de lo previsto.

Otra de las garantías que se ve afectada es el principio de proporcionalidad, pues no existe dosimetría entre el bien jurídico protegido (salud pública) y la sanción que se puede llegar a aplicar, que en acumulación de penas es de 40 años, la sanción más alta estimada en el COIP, para un delito que puede ser combatido a través de otros mecanismos menos lesivos, cayendo en un sistema represivo, totalmente contrario al Estado Constitucional de Derechos y Justicia, bajo el cual nos regimos.

Esta desproporción se evidencia al comparar la sanción de 40 años que puede llegar a ser aplicada, con la sanción para los delitos más graves que contempla actualmente el COIP, por lo que resulta absurdo que una persona sea sentenciada con una pena de 40 años por traficar con varias sustancias, mientras que un sujeto que ha asesinado tenga una sanción menor, cuando este sujeto a atentado contra el bien jurídico protegido más importante, que es la vida.

Por otro lado quien define la proporcionalidad entre la conducta típica y la pena le corresponde al legislador, pues es quien ha establecido el rango bajo el cual los administradores de justicia deben regirse para aplicar una pena, que para el caso del tráfico de drogas el máximo es de 10 a 13 años, mientras que la Corte Nacional en uso de casos análogos define un nuevo máximo que es de 40 años, se trata de una sanción 300% mayor de lo que el COIP dispone.

Como se explicó anteriormente, para este delito desde la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas ya derogadas, existía cierta desproporción pues la pena máxima era de dieciséis años, pena que en COIP, el legislador decide disminuir de tal forma que el máximo sea de trece años, por lo que la Corte Nacional rompe totalmente con el principio de proporcionalidad al aceptar que en este delito cabe acumulación de penas.

Como consecuencia de la vulneración del principio de proporcionalidad, resulta evidente que el fin de la pena determinado en la Constitución y en el COIP, que pretende que el infractor

sea rehabilitado y reinsertado a la sociedad, no se va a cumplir pues se trata de una sanción tan alta que vulnera los derechos del delincuente, afectando su dignidad y derecho a una vida digna al aplicarle una sanción arbitraria, ilegal y desproporcional.

Bibliografía

- Albán, E. (2015). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano tomo I Parte General*. Quito: Ediciones Legales S.A.
- Araujo, P. (2013-01). *TEORIA DEL DELITO Y LA PENA. apuntes de clase*. Quito, Pichincha, Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Araujo, P. (s.f.). *Paulina Araujo Granda Abogados*. Recuperado el 26 de abril de 2016, de http://www.araujoasociados.net/index.php/articulos/93-derecho-penal-minimo-y-garantista#_ftnref4
- Beccaria, C. (2006). *De los Delitos y de las Penas*. Bogota: Temis.
- Carbonell, M. (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. [Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- Cárdenas, M. (s.f.). *Derecho & Cambio Social*. Recuperado el 13 de abril de 2016, de http://www.derechoycambiosocial.com/revista002/pena.htm#_edn14
- Carnevali Rodriguez, R. (2998). Derecho Penal Como Ultima Ratio Hacia Una Política Criminal Racional. *Ius Et Praxis* , 14(1), 13-48.
- Cobo del Rosal, M. (1984). *Derecho Penal parte general*. Valencia: Universidad de Valencia.
- Cueva Carrión, L. (2013). *El debido proceso* (segunda ed.). Quito: Ediciones Cueva Carrión.
- Farid, M. (2006). *La Proporcionalidad de la Pena en el Ecuador, Monografía Curso de Especializacion*. Quito: Universidad Andina Simon Bolivar.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo Penal*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, Facultad de Derecho.
- Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y razón : teoría del garantismo penal* (novena ed.). Madrid: Trotta.
- Freire Gavilán, P. A. (2013). *El Delito Continuado, tesis de maestria*. España: Universidad de Sevilla.
- Galvan, F. (2010). *Concurso de Delitos Analisis Comparado*. Salamanca: UNIVERSIDAD DE SALAMANCA.
- García Cavero, P. (2012). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Jurista Editores.
- García Falconí, R. J. (2014). *Código orgánico integral penal comentado*. Quito: Latitud Cero.
- García, R. (2000). *Uso de Razón*. Recuperado el 23 de abril de 2016, de <http://www.usoderazon.com/>
- Gavilanes, M. (2013). *La aplicación constitucional del Principio de*. Quito: Universidad San Francisco de Quito.
- Gómez de Silva, G. (1988). *Breve diccionario etimológico de la lengua española*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal* (segunda ed.). Madrid: Ediciones Jurídicas S.A.

- Jescheck, H.-H. (2002). *Tratado de derecho penal Parte General* (quinta ed.). Granada: Comares.
- Jiménez de Asúa, L. (1956). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada.
- Jiménez de Asúa, L. (1980). *La Ley y el Delito* (DECIMA ed.). Buenos Aires: Sudamericana.
- Jiménez de Asúa, L. (2002). *Introducción al derecho penal*. Mexico: Editorial jurídica Universitaria.
- Kant, I. (1994). *La metafísica de las costumbres* (segunda ed.). Madrid: Editorial Tecnos.
- Luzón, D. (2012). *Lecciones de derecho penal : parte general* (segunda ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mir Puig, S. (2015). *Derecho Penal Parte General* (décima ed.). Barcelona: Reppertor.
- Nader Kuri, J. (2008). *La Responsabilidad Penal de los Juzgadores*. Ciudad de Mexico: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Pablo Sánchez-Ostiz, E. Í. (2015). *Universidad de Navarra*. Recuperado el 2016 de febrero de 23, de <http://www.unav.es/penal/iuspoenale>
- Pérez, A. O. (2009). *Introducción al derecho penal* (septima ed.). Bogota: Temis.
- Proyecto de Opinión Pública de América Latina. (2014). *Vanderbilt University*. Recuperado el 2016 de febrero de 17, de <http://www.vanderbilt.edu/lapop-espanol/>
- Raza, S. (15 de Septiembre de 2016). Acumulacion de Penas por Delitos de Drogas. *Revista Judicial Diario La Hora*, págs. C1- C2.
- Rivera, I. (2009). *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política* (segunda ed.). Buenos Aires: Editorial Del Puerto.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Marid: Civitas S.A.
- Santos Basantes, J. (2009). *El debido proceso penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Soto, F. (2011). *Ministerio de Justicia*. Recuperado el 2016 de febrero de 9, de http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344034144?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1954_0264.pdf&blobheadervalue2=1288774374043

Thomas, H.-H. J. (1996). *Tratado de Derecho Penal*. Granada: Comares.

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Roque de Palma.

Yenissey, I. (2008). *Universidad de Castilla - la Mancha*. Recuperado el 12 de 10 de 2016, de <http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis./N%FAmero%203>

Zaffaroni, E. (2014). *Manual de Derecho Penal Parte General* (segunda ed.). Buenos Aires: Ediar.

Jurisprudencia

Sentencia Condenatoria dictada por el Tribunal Noveno de Garantías Penales en la Causa Penal No. 140-2012

Resolución de la Corte Nacional de Justicia 12 Publicación: Registro Oficial Suplemento 592, 22-sep-2015

Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador Serie C No. 129

Sentencia Condenatoria N° 167/2007, dictada por Tribunal Supremo. Sala de lo Penal en la causa N° STS 1484/2007

Sentencia dictada por el Tribunal Penal de Imbabura, con fecha 7 de abril de 1999, publicada en el Registro Oficial 381 de 01 de agosto de 2001

Sentencia dictada por el Tribunal Penal de Cotopaxi, con fecha 12 de diciembre de 2005, publicada en el Registro Oficial 178 de 23 de abril de 2010

Sentencia dictada por el Tribunal Segundo Penal de Los Ríos, con fecha 4 de febrero de 2008, publicada en el Gaceta Judicial 12 de 30 de noviembre de 2012

Plexo Normativo

Código Orgánico Integral Penal, (COIP) publicado en el Registro Oficial No. 180, en fecha 10 de febrero del 2014. Vigente desde el 10 de Agosto 2014.

Código Penal publicado en el Registro Oficial Suplemento 147 de 22-ene.-1971, actualmente derogado

Código de Procedimiento Penal publicado en el Registro Oficial Suplemento 360 de 13-ene.-2000, actualmente derogado

Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008

Convención Interamericana sobre Derechos Humanos Acuerdo Ministerial 202, Registro Oficial 801, 06-ago-1984

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Registro Auténtico 1948, 10-dic-1948

Código Penal Español «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995 Última modificación: 28 de abril de 2015 Referencia: BOE-A-1995-25444

Ley De Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, publicada en el Registro Oficial 523 de 17-sep.-1990, actualmente derogado

Anexos

Entrevista a la Dra Diana Fernández, Jueza de Tribunales de Garantías Penales del canton Quito, Pichincha-Ecuador

1. ¿De qué forma se ha aplicado el Concurso real de infracciones en los Tribunales de Garantías Penales?

Aquí en el Tribunal Cuarto no hemos tenido casos de concurso real de infracciones, como se encuentra tipificado en el COIP, pues por costumbre jurídica cuando hay varios delitos se juzga por el delito que sea más grave y se impone esa sanción.

De igual forma no conozco algún caso que haya sido analizado en otro Tribunal, pues no es la práctica común.

En otros países si se aplica adecuadamente como en Colombia, donde el Fiscal es quien indica todos los delitos cometidos en la formulación de cargos.

2. La Corte Nacional de Justicia sentó un precedente jurisprudencial sobre el delito de tráfico de estupefacientes, tipificado en el artículo 220 numeral 1 del COIP ¿Cuál es la relación de este precedente con el concurso real de infracciones?

En primer lugar la Corte niega el concurso real de infracciones pero admite que se trata de acumulación de penas lo cual no tiene sentido pues la acumulación es consecuencia del concurso real, la relación está en que a pesar de que la Corte en la resolución pretenda negar al concurso real, es evidente que para acumular penas debe existir un concurso real previo y para que exista concurso real, tal cual se manifiesta en la norma debe existir varios delitos autónomos e independientes cometidos por un mismo sujeto.

En segundo lugar hay que tener claro que en el caso del tráfico de estupefacientes no se trata de varios delitos es un solo delito, a pesar de que la Corte conoce que es un delito y así lo manifiesta en la resolución, le aplica una figura que solo cabe frente a varios delitos, entonces si se está dividiendo al delito tipificado en el artículo 220 numeral 1 en base a la sustancia

3. ¿Considera usted que a través de esta norma se vulnera derechos constitucionales del procesado?

Si totalmente, esta Resolución de la Corte es inconstitucional, pues afecta la legalidad formal, afecta derechos del procesado, sin considerar que el Derecho Penal no va contra la persona si no contra el acto delictivo, cumpliendo la Corte una función de legislador y afectando la prohibición de analogía que está en el COIP, sin embargo, a pesar de que sea inconstitucional, al ser un precedente los jueces estamos obligados a aplicarlo.

Entrevista al Dr. Arturo Donoso, Docente de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

1.- Cuando entró en vigencia el COIP, se consideraba al tráfico de estupefacientes como un solo delito independientemente de la sustancia con la que se trafique, ¿Considera usted, que a través de esta resolución de la Corte Nacional se afecta el principio de legalidad, en el momento que el Juez impone una pena distinta para cada sustancia estupefaciente como si fueran varios delitos distintos?

Hay que hacer una primera aclaración, tanto en la anterior normativa penal como en la actual, se sigue cometiendo el mismo error de tener un tipo penal abierto, que se remite a una lista que en un momento puede tener unas sustancias y en otro momento otras, el tema del tráfico ilícito de estupefacientes es un tema de política criminal y penal que ni siquiera corresponde a países como el nuestro, si no a otros intereses y ahí se rompen todos los principios del derecho penal, entonces de todas maneras dejando a un lado este debate hay que indicar lo siguiente:

1. Sigue siendo un tipo penal abierto ya que depende de la lista de sustancias prohibidas que se mantenga vigente.
2. Cuando alguien es acusado de tráfico obviamente puede tener varias sustancias, pero se trata de una sola conducta, no hay diferentes actos ni diferentes conductas, por lo tanto, la Resolución a la

que se alude de la Corte Nacional, es una resolución absolutamente contra la doctrina penal, porque una cosa es la concurrencia de infracciones real o idea y otra cosa que haya diferentes objetos sobre lo que recae la conducta.

No existen diferentes bienes jurídicos, solamente uno dentro de una conducta, por lo que es absurdo desde el punto de vista penal y jurídico en general, decir que hay una concurrencia de infracciones porque alguien tiene varias sustancias, esto es ir contra todas las doctrinas y por tanto una decisión inconstitucional porque se viola el principio *nullum crimen sine conducta*.

2.- Si la pena máxima para estos delitos es de 13 años, en aplicación la acumulación se podría imponer una pena hasta de 40 años. ¿Considera usted, que aplicar una sanción de 40 años vulneraría el principio de proporcionalidad; considerando que esa pena es mayor a la de los delitos de: genocidio, exterminio esclavitud, desaparición forzada, delitos de lesa humanidad, femicidio, sicariato asesinato, delitos en los cuales se afecta el bien jurídico protegido más importante que es la vida?

Lo que ha pasado con el COIP es que se cambia la política penal y se quiere por represión aumentar las penas, entonces para poder un poco “sustentar” aunque no se logra en la ley, porque va contra la Constitución, cuando se puede llegar a una pena de 40 años lo que equivale a la reclusión perpetua, lo cual es inconstitucional porque no hay resocialización ni rehabilitación posible en este caso.

Se atenta contra la Constitución, primero ya que se prohíbe la pena de muerte y como manifiesta la criminóloga latinoamericana Lola Aniyar de Castro la cárcel es una muerte lenta, peor de la forma en la que se cumple y segundo lugar porque la reclusión perpetua es inconstitucional porque dice que el fin de toda pena es la rehabilitación y resocialización, si una persona a sus 18 años es sancionada con una pena de 40 años, cuando quede libre a los 58 años todo proyecto de vida habrá terminado y sería equivalente a una reclusión perpetua, lo que resulta evidente que se vulnera el principio de proporcionalidad.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

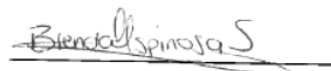
DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Brenda Lizet Espinosa Salazar, C.I. 171841211-5 autora del trabajo de graduación titulado: “*Concurso Real de Infracciones Frente a la Proporcionalidad de la Pena en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia*”, previa a la obtención del grado académico de ABOGADA en la Facultad de JURISPRUDENCIA:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través del sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 30 de enero de 2017



C.C. 171841211-5


REPÚBLICA DEL ECUADOR
 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
 IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

No. **171841211-5**



CÉDULA DE CIUDADANÍA
 APELLIDOS Y NOMBRES
ESPINOSA SALAZAR BRENDA LIZET
 LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA QUITO SANTA PRISCA
 FECHA DE NACIMIENTO **1993-10-27**
 NACIONALIDAD **ECUATORIANA**
 SEXO **F**
 ESTADO CIVIL **SOLTERO**




INSTRUCCIÓN **SUPERIOR** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE** E333313222

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
ESPINOSA AGUIRRE JORGE WASHINGTON

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
SALAZAR VASQUEZ NANCY PATRICIA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO 2015-10-05

FECHA DE EXPIRACION
2025-10-05




DIRECTOR GENERAL FINA DEL CEDULADO

LCM 15 00 305 28 00065259


REPÚBLICA DEL ECUADOR


**CERTIFICADO DE VOTACIÓN, DUPLICADO,
 EXENCIÓN O PAGO DE MULTA**

ELECCIONES 23 DE FEBRERO DEL 2014
 171841211-5 014 - 9028

ESPINOSA SALAZAR BRENDA LIZET
PICHINCHA QUITO
MAJORITY MAJORITY

1 Multa: 51 Cost: Rep: 0 Tar: USD: 51

DELEGACION PROVINCIAL DE PICHINCHA - 00809
5088747 16/11/2016 13:41:42