

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO

“ANÁLISIS CRÍTICO DE LA TIPOLOGÍA DEL FRAUDE PROCESAL
EN RELACIÓN A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO BIEN
JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ECUADOR”

DISERTANTE: PEDRO GABRIEL CARRILLO MINIGUANO.

DIRECTORA: DRA. MARÍA PAULINA ARAUJO GRANDA.

QUITO, 2019

Quito, 5 de junio del 2019

Señor Doctor

Efrén Guerrero Salgado, PhD

DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Presente.-

De mis consideraciones:

Me permito comparecer en calidad de directora de la disertación del señor estudiante **PEDRO GABRIEL CARRILLO MINIGUANO**, intitulada como "*Análisis crítico de la tipología del fraude procesal en relación a la tutela judicial efectiva como bien jurídico protegido en el Ecuador*", indicando a Usted lo siguiente:

1. El aporte académico cumple las normas necesarias para su presentación, no solo por la importancia del tema de investigación, sino por la prolijidad y seriedad con la cual ha sido elaborado.


Su autor no ha escatimado en consultar la mayor cantidad de soportes bibliográficos, así como arribar a conclusiones personales que engrandecen el debate penal, serio y meditado, del país. No está por demás indicar que el aporte académico, de la mano con su reflexión dogmático-práctica, concluye con una propuesta de proyecto de reforma legal, que bien podría ser canalizado ante la Asamblea Nacional.

2. En este orden de ideas, el tema investigado demuestra la solvencia del discente en criticar técnicamente las normas aprobadas y conjugarlas con su criterio personal de enmienda, que respete nuestro esquema penal de mínima intervención y de protección efectiva de bien jurídicos.

3. Por lo aquí contenido, la calificación de todo el período de investigación, que ha culminado exitosamente con la redacción de la disertación, es de 10/10

Sin más por el momento, aprovecho la oportunidad para expresarle mis sentimientos de consideración y respeto.

Muy atentamente,



Ma. Paulina Araujo Granda
DOCENTE DEL ÁREA PENAL

Quito, 21 de junio de 2019

Señor Doctor:

Efren Guerrero Salgado

DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA PUCE

En su despacho.-

De mi consideración:

Atento a la designación realizada, en mi calidad de informante de la disertación intitulada "*Análisis crítico de la tipología del fraude procesal en relación a la tutela judicial efectiva como bien jurídico protegido en el Ecuador*", elaborada por el señor Pedro Gabriel Carrillo Miniguano, una vez que he analizado sus resultados, me permito presentar el informe respecto a esta disertación, en los siguientes términos:

El autor de la disertación inicia su tesina refiriéndose a la definición de la tutela judicial efectiva de manera breve, pasando por el denominado "antecedente histórico inmediato" que corresponde, según el autor, a la Constitución del año 1998, de donde se extraen elementos para analizar a la tutela judicial efectiva en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

En el desarrollo de los caracteres de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental se parte el análisis de este derecho como bien jurídico protegido por la ley penal, análisis del cual no se encuentra mayor profundidad para dar contenido dogmático a este bien jurídico, pues bien se pudo acudir mas a conceptos de Derecho Penal Parte Especial al identificar y delimitar este bien jurídico, para analizarlo críticamente en la tesis.

En el análisis de la tutela judicial efectiva como bien jurídico supraindividual no se encuentra con total claridad por qué el autor de la disertación lo considera como tal, es decir, desde la visión del titular del bien jurídico o desde la visión de protección del Estado. Esto porque mas allá del interés que tenga el Estado en proteger este bien jurídico para todos los ciudadanos (y en ese sentido se lo pueda entender como colectivo o universal), se debe determinar para escoger el criterio de bien jurídico individual, colectivo, institucional, de control o la clasificación que fuere, quién puede reclamar su vulneración en un caso concreto: ¿El Estado? ¿Toda la sociedad? ¿la persona a quien directamente se vulneró este derecho? Ésta será la diferencia entre quien puede denominarse víctima o no en un caso concreto.

En un segundo capítulo el autor analiza el tipo penal de fraude procesal, que si bien analiza de manera adecuada al tipo penal, es un poco insuficiente el momento de explicar si se trata de un delito de peligro o resultado, de consumación permanente o instantánea, cómo esta conducta lesiona o pone en peligro de manera concreta a la tutela judicial efectiva.

Finalmente, en el tercer capítulo, el autor desarrolla lo que serían los argumentos para una propuesta de reforma a la primera, segunda y tercera modalidad del delito de fraude procesal, propuesta cuyos argumentos jurídicos son adecuados y serán puestos a prueba cuando el autor defienda su disertación.

A pesar de las observaciones realizadas, que solo servirán para enriquecer el texto con miras a una mejoría de su contenido y posible publicación, y que el autor haga una adecuada defensa de su tesis, concluyo que el trabajo de disertación presentado es completo en sus contenidos y cumple con los objetivos que el mismo se plantea, realizándolo dentro de las normas que para este tipo de documentos ha establecido la Universidad.

Con estos antecedentes, la calificación que consigno respecto a la disertación
revisada es de **8 puntos sobre 10**.

Particular que pongo en su conocimiento para los fines pertinentes.



Nicolás Salas Parra

Docente



24 JUN 2019

Quito, 20 de junio de 2019

Señor doctor
Efrén Guerrero
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PUCE
Ciudad. -

Señor Decano:

He sido designado como profesor informante de la tesina intitulada "ANÁLISIS CRÍTICO DE LA TIPOLOGÍA DEL FRAUDE PROCESAL EN RELACIÓN A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ECUADOR" preparada por el señor Pedro Gabriel Carrillo Miniguano, alumno de la facultad; al respecto, manifiesto:

EL trabajo de investigación, está comprendido por tres capítulos, de los cuales, considero que los principales puntos de cada uno de ellos, son los que se detallan a continuación:

Primer Capítulo: La tutela judicial efectiva como bien jurídico protegido, en el que se analiza la definición, los antecedentes históricos, y los caracteres.

Segundo Capítulo: El fraude procesal como tipo Penal en el Código Orgánico Integral Penal en el que se resalta la definición como institución y tipo penal, los antecedentes históricos y legislativos más relevantes en el Ecuador, y aquellos pre-legislativos del artículo 272 de nuestro actual ordenamiento penal.

Tercer Capítulo: Propuesta de Reforma Legal para el artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal.




Considero que este capítulo es el de mayor aporte del trabajo de investigación, incluso al analizar el sustento constitucional para la propuesta de reforma legal al delito de fraude procesal y la propuesta de reforma integral para la primera, segunda y tercera modalidad del delito en cuestión.

Considero que la bibliografía utilizada es suficiente, un trabajo investigativo bien concebido con extraordinaria dirección en la investigación jurídica.

Por lo expuesto, califico con la nota de 10 /10 puntos al trabajo de investigación realizado por el estudiante.

Atentamente,



Dr. José Molina Gallegos

DEDICATORIA:

A la memoria de Verónica Dolores Carrillo Miniguano (+) y Ma. Dolores Guachamín (+).

A mi familia querida: Julián, Sonia, Esteban y Sabrina.

A quienes me cuidan y aconsejan como solo una madre lo haría: Ivette y Mariví.

A mis maestros: José y Ma. Paulina.

A todos y cada uno de mis amigos.

A Jennifer, por toda su inexplicable paciencia a lo largo de estos años.

AGRADECIMIENTOS:

Mi primer sentimiento de gratitud al concluir este trabajo es para la Dra. María Paulina Araujo Granda. Sin su ejemplo de honestidad, esmero, paciencia y virtud, ni una sola letra se hubiese escrito.

A mi familia querida por siempre acompañarme, tolerarme y guiarme.

A José, Juan Andrés, Ana María, Andrea, Pablo, Andrés y Evelyn; ellos me han enseñado que con tesón y compañerismo siempre se avanza, que el trabajo de uno, es el de todos.

A mis profesores, en especial a los que supieron sacar lo mejor de mí, ellos saben quiénes son.

A mis amigos: Camelia, Camila, Daniela, Dayana, Guillermo, Niki, María Andrea, Mishelle, Valeria, Julianne, Reno, Christian, Sebastián y Daniel.

A todos ellos: ¡Gracias por tanto y perdón por tan poco!

RESUMEN

El presente trabajo de disertación tiene cuatro objetivos principales: 1) Demostrar la capacidad académica y legislativa que el Derecho Penal tiene para proteger a la tutela judicial efectiva, 2) Establecer cuáles son los elementos constitutivos que el delito de fraude procesal posee en su estructura normativa, 3) Identificar los errores que el legislador cometió al estructurar esta infracción; y, 4) Describir las soluciones para las deficiencias legislativas identificadas.

Para cumplir con las finalidades propuestas, se estructuró este aporte académico a través de tres capítulos. En el primero, se examina a detalle el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y cuáles son los requisitos para que, a través de la teoría del bien jurídico protegido, pueda ser resguardado por el Derecho Penal.

En el segundo, se analizan los elementos constitutivos del delito de fraude procesal y la relación que éste tiene con la tutela judicial efectiva, dando como resultado la identificación de tres defectos normativos que hacen que su redacción sea deficiente, oscura y contradictoria.

Finalmente, para solventar los inconvenientes que el artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal presenta en su tipificación, se decidió esbozar en el tercer capítulo, un proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, que observe de forma adecuada el contenido, alcance, ámbito de actuación y caracteres esenciales que la tutela judicial efectiva posee.

ABSTRACT

The present dissertation has the following four objectives: 1) To demonstrate both academic and legislative capacity of criminal law to guard the effective judicial protection, 2) To establish the constitutive elements which abuse of legal process has on its normative structure, 3) To identify the punitive lawmaker's mistakes on the writing of the infraction and 4) To describe the solutions to the identified legislative shortcomings.

In order to achieve these goals, a three chapters degree work was made. On the first chapter there is an examination of the effective judicial protection fundamental right, and which are the requirements to criminal law could be safe through the protected legal goods theory as well.

Then there's an analysis of the abuse of legal process constitutive elements and its relationship with the effective judicial protection, which results in the identification of three normative flaws that make a deficient, dark and contradictory writing.

Finally, to resolve the issues that article 272 of the Organic Criminal Code has on its classification, a third chapter outlines a project of one Organic Law to amend the Organic Criminal Code which properly follows the content, significance, sphere of action and essential characteristics of the effective judicial protection.

TABLA DE CONTENIDOS

PRIMER CAPÍTULO

1. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	12
1.1. DEFINICIÓN DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	12
1.2. ANTECEDENTE HISTÓRICO INMEDIATO: CONCEPTO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 1998.....	15
1.3. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE	19
1.4. CARACTERES DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	22
1.4.1. DERECHO FUNDAMENTAL	22
1.4.2. DERECHO PRESTACIONAL.....	23
1.4.3. DERECHO DE OBLIGATORIA CONFIGURACIÓN LEGAL.....	23
1.4.4. DERECHO DE TITULARIDAD COLECTIVA.....	25
1.5. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DERECHO PENAL	26
1.6. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO BIEN JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL	31

SEGUNDO CAPÍTULO

2. EL FRAUDE PROCESAL COMO TIPO PENAL EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL	34
2.1. DEFINICIÓN DEL FRAUDE PROCESAL COMO INSTITUCIÓN Y TIPO PENAL	34
2.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS MÁS RELEVANTES DEL FRAUDE PROCESAL EN EL ECUADOR.....	39

2.2.1. ANTECEDENTE PRE-LEGISLATIVO DEL ARTÍCULO 272: ANTEPROYECTO DE CÓDIGO ORGÁNICO DE GARANTÍAS PENALES	43
2.2.2. BREVE DESCRIPCIÓN DEL PROCESO DE FORMACIÓN DEL DELITO DE FRAUDE PROCESAL EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.....	46
2.3. EL DELITO DE FRAUDE PROCESAL EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL	51
2.3.1. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO PENAL DE FRAUDE PROCESAL.....	52
2.3.1.1. CONDUCTA TÍPICA.....	52
2.3.1.1.1. ELEMENTO OBJETIVO	53
2.3.1.1.1.1. MODALIDADES DEL FRAUDE PROCESAL.....	54
2.3.1.1.2. ELEMENTO SUBJETIVO	56
2.3.1.2. SUJETOS INTERVINIENTES EN EL DELITO.....	58
2.3.1.2.1. SUJETO ACTIVO	59
2.3.1.2.2. SUJETO PASIVO.....	60
2.3.1.2.3. EL ESTADO Y SU ROL	61
2.3.1.3. OBJETOS DEL DELITO	62
2.3.1.3.1. OBJETO MATERIAL	62
2.3.1.3.2. OBJETO JURÍDICO O BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	63

TERCER CAPÍTULO

3. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL PARA EL ARTÍCULO 272 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.....	66
3.1. SUSTENTO CONSTITUCIONAL PARA LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL AL DELITO DE FRAUDE PROCESAL.....	66
3.1.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA NORMA PENAL: EL MANDATO DE DETERMINACIÓN COMO MECANISMO DE SEGURIDAD JURÍDICA	67
3.1.2. OBSERVANCIA PARCIAL DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	73
3.2. PROPUESTA DE REFORMA INTEGRAL PARA LA PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA MODALIDAD DEL DELITO DE FRAUDE PROCESAL.....	76
3.2.1. ESBOZO DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA REFORMATORIA AL ARTÍCULO 272 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL	78
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	89

INTRODUCCIÓN

La idea de esta disertación nació algunos años atrás, cuando la Facultad de Jurisprudencia, a través de la cátedra de Derecho Penal Parte Especial: Delitos en particular, entregó al autor las herramientas básicas y necesarias para revisar las diversas infracciones que existen en el Código Orgánico Integral Penal.

Así, el artículo 272, que tipifica y sanciona al fraude procesal como conducta punible, fue centro de atención, ya que la defraudación procedimental no es una institución que se puede estudiar únicamente a través del Derecho Penal, sino que para entenderla a profundidad, se requieren conocimientos de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal.

Fue de este modo que surgió el tema del presente aporte académico, en el cual el lector hallará una inédita composición tripartita para comprender la operatividad del *ius puniendi*. En la primera sección, se estudia la definición, antecedentes legislativos, situación normativa actual y los caracteres esenciales que facultan a la tutela judicial efectiva para llegar a ser un objeto jurídico de relevancia penal.

En el segundo capítulo, se explica el concepto, antecedentes históricos, normativos, pre-legislativos y legislativos del delito de fraude procesal que, en conjunto a sus elementos constitutivos, se encuentra previsto en el artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal.

En el último apartado, se exponen las dos razones principales que sustentan la propuesta de reforma legal que se plantea y el esbozo de proyecto de Ley Orgánica Reformatoria que avalaría de forma técnica que delito de fraude procesal pueda proteger de manera clara, completa y coherente a la tutela judicial efectiva.

Los fundamentos dogmático, histórico y jurisprudencial para la realización de la presente disertación no se limitan al Derecho Penal nuclear; también se usa material científico del conocido como Derecho Penal accesorio, del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal. Razón por la cual se asegura una perspectiva integral y crítica, no hecha hasta la fecha en Ecuador, del delito de fraude procesal.

Asimismo, la tecnicidad investigativa que este trabajo garantiza se debe al enfoque jurídico con el que fue redactado y al uso de los métodos exegético, dogmático, histórico y comparativo.

Precisamente por este cúmulo de razones e ideas es que, después casi cinco años de entrada en vigor del Código Orgánico Integral Penal, este es el primer trabajo de pregrado que estudia las consecuencias, defectos y soluciones que la antitécnica relación del fraude procesal con la tutela judicial efectiva ha ocasionado en el Ecuador.

*“80. La verdad es indivisible, y por lo tanto no puede conocerse a sí misma;
quien quiere conocerla, tiene que ser mentira”*

Franz Kafka – Aforismos.

*“Siempre la verdad. Siempre escondida o transfigurada la cabrona verdad:
unas veces detrás de palabras, otras detrás de actitudes y a veces hasta
detrás de toda una vida fingida y rediseñada sólo para esconder o
transfigurar la verdad”*

Leonardo Padura – Máscaras.

*“Posiblemente algún desconocido había calumniado a Joseph K. pues, sin
que éste hubiese hecho nada punible, fue detenido una mañana”*

Franz Kafka – El Proceso.

1. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Hacer referencia a los antecedentes históricos de una institución, es una tarea bastante delicada, debido a que se busca la razón, fundamento o motivación que la originó; por eso es que toda: “(...) visión global de la historia constituye una genealogía del presente. Selecciona y ordena los hechos del pasado (...) casi siempre con el fin, consciente o no, de justificarla” (Fontana, 1982, 9).

Siendo así, se debe señalar que a lo largo del presente capítulo, se estudiará la institución de la tutela judicial efectiva en su calidad de derecho fundamental, con el afán de llegar a establecer si ésta puede ser objeto de protección de la ley penal. Para ello, se esquematizará esta tarea a través de los siguientes enfoques: conceptualización, antecedente histórico más relevante a nivel nacional, caracteres esenciales y la salvaguarda que el Derecho Penal podría otorgarle.

1.1. DEFINICIÓN DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Etimológicamente el objeto de estudio se compone de tres palabras: tutela, judicial, y efectiva. Por su parte la Real Academia de la Lengua Española, no nos da un concepto de la institución que se desarrolla; sin embargo, el Diccionario de la Lengua Española (2018), en su tercera acepción, conceptualiza al primer vocablo de esta triada (tutela), como la “[d]irección, amparo, o defensa de una persona con respecto a otra”; mientras que a la segunda palabra (judicial), la define, precisando que es lo “[p]erteneciente o relativo al juicio, a la Administración de Justicia o a la judicatura”; para finalmente delimitar al tercer concepto (efectiva), indicando que es todo aquello que es: “eficaz”¹, o también todo lo que sea “[r]eal y verdadero, en oposición a [lo] quimérico, dudoso o nominal”.

La combinación de los significados citados en el párrafo anterior, nos dan sustento para construir un primer concepto: la tutela judicial efectiva es toda aquella dirección, amparo o defensa que la Administración de Justicia debe realizar a favor de todas las personas que se

¹ Por su parte la palabra *eficaz* es entendida por el citado Diccionario como sinónimo de *eficacia*, palabras que quiere hacer referencia a todo lo que tiene “[c]apacidad de lograr el efecto que se desea o se espera” (Diccionario de la Lengua Española, 2018).

hallen dentro de un juicio; siendo que, el fin de ésta, es lograr de manera real y verdadera, los efectos esperados o deseados por el Estado.

Vale recalcar que ésta definición tiene una naturaleza un poco más gramatical que jurídica. Por otro lado, la doctrina extranjera en la persona de Martin Diz (2014) ha señalado que:

El derecho a la tutela efectiva de la justicia ha de ser un derecho fundamental constitucional, con carácter de derecho prestacional de configuración legal y que demandaría que los poderes públicos dispongan un sistema público de Administración de la Justicia integrado por todas aquellas opciones legalmente establecidas para la resolución jurídica de conflictos destinados a tutelar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos en cuanto realización de la justicia (p. 169).

Hacemos notar que el concepto hecho por Diz se encuentra fundamentado en las modalidades de resolución de conflictos, llámense estas heterocompositivas y autocompositivas. La primera, consiste en que los conflictos son conocidos y resueltos por una persona ajena a las partes, en contraposición a la otra postura, en la cual, las partes son las que resuelven entre sí su conflicto.

En cambio, Soledispa Toro (2017, 20), en contraste a algunas definiciones dadas por la doctrina, describe a la previsión literal de la institución como:

(...) el derecho de todas las personas a tener acceso al sistema judicial y a ejercer, en el seno del proceso, todas sus facultades para que los órganos jurisdiccionales estudien su pretensión y emitan una resolución motivada conforme a derecho que, acogiendo o desestimando dicha pretensión, establezcan la verdad oficial (...) es un derecho complejo integrado por una diversidad de elementos o, si se prefiere, un conjunto global de los diferentes derechos que asisten a las personas ante los órganos judiciales.

García Morillo (2016) en una definición más sencilla, pero no por ello menos actualizada, conceptualiza a la tutela judicial efectiva como: “(...) un derecho complejo integrado por una diversidad de elementos o, si se prefiere, un conjunto global de los diferentes derechos que asisten a las personas ante los órganos judiciales” (p. 317).

Para cerrar las definiciones realizadas por la dogmática foránea, se cita a Sánchez Rubio (2003), quien además de dar su concepto, hace notar como ejemplo, la incidencia que la institución en análisis ha tenido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Lo hace al siguiente tenor:

El derecho a la tutela judicial es el derecho que en mayor medida ha sido tratado por el T.C., y por ello, su estudio obliga a acudir a la abundante producción jurisprudencial de este Alto Tribunal (...) Para este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho de todas

las personas a tener acceso al sistema judicial y a obtener de los tribunales una resolución motivada, no permitiéndose el que por parte de éstas se pueda sufrir indefensión al no permitírseles ejercer todas las facultades legalmente reconocidas (p. 7).

Desde la óptica nacional, la autora, Vanesa Aguirre (2010) es enfática en describir a la tutela judicial efectiva como aquel derecho humano, que se hace efectivo mediante el proceso jurisdiccional, mismo que debe reunir un conjunto de condiciones mínimas que aseguren que el accionar de las partes o sujetos procesales sea justo y equitativo, siendo lo más relevante el obtener una sentencia que esté revestida de resguardos suficientes que aseguren su eficacia, es decir el cumplimiento de lo decidido, ya que de lo contrario lo único que se tendría es una declaración de buenas intenciones.

La misma autora, en otro artículo académico, compone una definición mucho más completa:

(...) la *tutela judicial efectiva* [es] el [derecho fundamental] de acudir al órgano jurisdiccional del Estado para que este otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada -que se dirige a través de una *demanda*- sin que esta respuesta deba ser necesariamente positiva a la pretensión. Queda claro, en consecuencia, que es un derecho de carácter autónomo, independiente del derecho sustancial, que se manifiesta en la facultad de una persona para requerir del Estado la prestación del servicio de administración de justicia, y obtener una sentencia, independientemente de que goce o no de derecho material (Aguirre Guzmán, 2010, 8).

Por su parte, Jorge Zavala Egas (2016) demarca a la institución en estudio como aquel derecho fundamental de protección que todas las personas poseen para proteger cualquier tipo de derechos de la injerencia del poder público, y así evitar la amenaza de lesión o efectiva vulneración que éstos podrían sufrir.

Para la presente investigación asumimos a la tutela judicial efectiva como un derecho fundamental de protección, de carácter prestacional; y que, configurado legalmente, consiste en que todos los sujetos jurídicos, ya sea por sus propios y personales derechos o, en representación de un tercero, obtengan amparo equitativo desde que acceden (voluntariamente o no) a los órganos encargados de administrar justicia, hasta que se desvinculan de éstos.

El alcance de este concepto se centra en que ninguna de las partes o sujetos procesales puede prevalecer sobre su contraria, en complemento a que la tutela judicial efectiva siempre será un mecanismo que permitirá la obtención de una resolución debidamente motivada, la cual además de poner fin al proceso jurisdiccional, servirá de título habilitante para ejecutar todas

las medidas jurídicamente necesarias que faciliten el cumplimiento de lo decidido por la Administración de Justicia.

1.2. ANTECEDENTE HISTÓRICO INMEDIATO: CONCEPTO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 1998

Una vez que se ha logrado una definición doctrinaria de la tutela judicial efectiva, corresponde señalar cuál fue su antecedente histórico más relevante en el Ecuador. Siendo así, se puede decir que una parte de la doctrina nacional está de acuerdo en señalar que fue la Constitución Política de 1998 la primera en reconocer íntegramente a esta institución como derecho fundamental con la literalidad que hoy tiene y con la cual se la estudia.

Eso se muestra en el criterio que expresa Aguirre Guzmán (2010), para quien está claro que:

(...) a partir de la Constitución de 1830 (año en el que el país adopta su nombre separándose de la Gran Colombia), no se encuentran antecedentes o mención expresa del derecho a la tutela judicial efectiva (...) La mención *expresa* aparece recién en la codificación constitucional de 1998, y se introduce como parte del derecho al debido proceso (p. 23).

Para complementar lo dicho en el párrafo anterior, se debe mencionar que es en el Título III (De los derechos, garantías y deberes), Capítulo 2do (De los derechos civiles), artículo 24 (Debido proceso), numeral último (número 17) de la Constitución ecuatoriana de 1998, en donde se encontró por primera vez la expresión: *tutela efectiva en el ámbito judicial*. El texto que se usó fue el siguiente:

(...) Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menos cabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

(...)

17. Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva e imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley (Constitución Política del Ecuador, 1998).

Empero, es oportuno precisar que aquel *reconocimiento dependiente* del debido proceso, no significó que se estuviese “(...) aseverando que el “ámbito” en el que estaba inicialmente el derecho “integrante” del debido proceso, significó su desconocimiento” (Aguirre, 2010, 16).

En ese mismo sentido, Soledispa Toro (2017) indica que el:

(...) derecho al debido proceso y a los otros derechos enlistados en el [artículo] 23 se lo hacía “sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes”, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva, aun cuando configuraba como un derecho componente del derecho al debido proceso, gozaba por igual de reconocimiento constitucional (p. 222).

Superada esta idea, debemos señalar que la doctrina nacional y extranjera es abundante en brindarnos ejemplos de cómo la tutela judicial efectiva ha sido aplicada y desarrollada. Tomaremos dos de estos ejemplos, uno positivo y otro negativo, para lograr hacer un adecuado contraste de la dogmática con la realidad.

El primero es un ejemplo negativo, lo consideramos así debido al erróneo enfoque que muestra -en este punto concordamos con Aguirre (2010, 16), nos referimos al voto salvado contenido en la Resolución 002-2004-DI-2004 del Tribunal Constitucional del Ecuador, criterio jurisprudencial que es de los pocos que define, lamentablemente de manera indebida, a la tutela judicial efectiva, razón por lo cual será observado y comentado.

En su parte pertinente señala:

(...) no se limita al simple acceso a los órganos de justicia [lo que resulta trascendental, en todo caso], sino a que se le permita a la persona hacer efectivos sus derechos e intereses, lo que se logra dentro de un proceso cuya sustanciación “incluye la presentación y contradicción de las pruebas” ([artículo]. 194 CE). En cuanto a la necesidad de la defensa, el derecho a la tutela judicial efectiva exige que la composición de la litis contenga un adecuado elemento de contradicción que brinde al juez un cabal conocimiento de la realidad (oír a las partes y de permitirle probar sus asertos, considerando sus afirmaciones y elementos probatorios) [Tribunal Constitucional, resolución 002-2004-DI, 2004, voto salvado].

La primera precisión que se debe realizar es que se haya pensado que el mero hecho de que todas las personas accedan a los órganos de Administración de Justicia deba ser considerado, sin más, como un mecanismo para que éstas puedan hacer efectivos sus intereses.

Vista así, la tutela judicial efectiva es entendida como un sinónimo de derecho de acceso a la jurisdicción², lo cual dicho sea de paso, es confundir uno de sus alcances con la totalidad de los abarcados por el mismo; y, además, en dicho voto salvado se da por sentado que toda persona por el simple hecho de ejercer su derecho de acción, tiene garantía de que todas sus pretensiones deben ser aceptadas por los órganos jurisdiccionales, últimos que no aplicarían

² Palabra sinonimia del denominado derecho de acción. El cual, es un “(...) derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante una sentencia, a través de un proceso” (Devis Echandía, 2012, 169).

las normas adjetivas para la resolución de conflictos, sino que las estarían usando únicamente para reafirmar la pretensión del accionante.

Como es evidente, esto desemboca en una desnaturalización de las normas procesales, ya que éstas “(...) sirven de medio para la aplicación o realización de las normas objetivas materiales; y son normas instrumentales, porque sirven de instrumento para la realización del derecho objetivo en los casos concretos” (Devis Echandía, 2012, 4).

Además, este mal uso de la Función Judicial resulta “(...) manifiestamente incorrect[o], dada la aceptación casi universal de la teoría abstracta del derecho a la jurisdicción, porque identifica el derecho a la tutela judicial efectiva con el de obtener una sentencia *favorable*” (Aguirre, 2010, 30).

Creemos que esta confusión se debió a que, en aquel entonces, se incorporaron al ordenamiento jurídico instituciones no nacionales y/o doctrinarias, sin el debido análisis y contextualización, mismas que, como se señaló, ocasionaron más problemas que aciertos.

Pasemos al segundo ejemplo, que parte de igual forma de la primicia del reconocimiento textual de la tutela judicial efectiva como institución, pero que en contraste del comentario anterior, muestra consecuencias positivas.

Buena parte de la doctrina española destaca que el apareamiento textual de la tutela judicial efectiva por primera vez ocurrió en su Carta Política de 1978, específicamente en el párrafo primero de su artículo 24, mismo que resalta el derecho que todas las personas tienen a la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de intereses o facultades legítimas sin que en ningún caso pueda producirse indefensión o vulneraciones (Diez-Picazo Ponce de León, s.f.).

La formación de aquella norma no estuvo exenta de discusiones y correcciones de toda clase; de éstas, la más relevante, y que empata con uno de los caracteres que se redactará en un acápite posterior, es aquella propuesta del congresista López Rodó, para quien la tutela judicial efectiva debía desarrollarse por medio de una serie de:

(...) presupuestos procesales, como son la personalidad de las partes, la competencia del Juez, la no litis pendencia, que puede en determinados casos impedir este acceso a los tribunales. Por lo tanto, no puede redactarse este precepto en términos absolutos sin hacer esa salvedad de las condiciones establecidas en las leyes procesales (Diez-Picazo Ponce de León, s.f.).

Esta observación lamentablemente no tuvo eco. Finalmente, la redacción que hoy por hoy contiene a la institución de la tutela judicial efectiva en el ordenamiento jurídico español, es aquella que se encuentra en el numeral primero del artículo vigésimo cuarto, de la Sección Primera (De los derechos fundamentales y de las libertades públicas), del Capítulo II (Derechos y libertades), del Título I (De los derechos y deberes fundamentales), de la Constitución española de 1978, que reza:

1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminando por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertenecientes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.³

No se puede culminar este ejemplo, sin mencionar la inusual justificación que este artículo tuvo, pues los congresistas consideraron que el cambio realizado fue producto de una simple enmienda de estilo, es decir, de una variación en la cual únicamente se mejoró la redacción, cuando en realidad "(...) se había pasado de reconocer, constitucionalmente, el derecho al acceso a los tribunales a consagrar un derecho a la tutela judicial efectiva, con un salto cualitativo, que quedó sin justificar" (Diez-Picazo Ponce de León, s.f.).

A pesar de esta omisión, en España tuvo un efecto positivo el apareamiento referido, debido al compromiso, amplio estudio y constante preparación de los miembros del Tribunal Constitucional en la elaboración de sus resoluciones y su constante renovación de criterios.

Finalmente, cabe destacar que los ejemplos usados en los párrafos precedentes nos ayudan a verificar que en el momento en que la tutela judicial efectiva es incorporada en algún ordenamiento jurídico, genera perspectivas disímiles y contrarias a lo que se esperaba; este hecho impone a la doctrina un deber de investigación y actualización permanente para que la institución sea correctamente aplicada tanto en la legislación como en la jurisprudencia.

³ Por cuestiones metodológicas se cita la norma en su totalidad y no únicamente su numeral primero, que es aquel concerniente a la *tutela judicial efectiva*.

1.3. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE

Como se anunció en párrafos anteriores, revisaremos de forma sintética cuál es el actual tratamiento de la tutela judicial efectiva en la Constitución del Ecuador. Su ubicación le corresponde al artículo 75, Capítulo octavo (Derechos de protección), del Título II (Derechos), al tenor del siguiente texto:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Al respecto cabe hacer cuatro precisiones. La primera, es que en Ecuador la tutela judicial efectiva es considerada un *derecho de protección*, esto quiere decir que una de sus finalidades en el ordenamiento jurídico es la de:

(...) precautar, amparar o tutelar todos los demás derechos civiles, políticos, sociales y económicos que la Constitución reconoce o cualquier otro derecho contenido en un precepto infraconstitucional. Se trata de derechos igualmente, con la diferencia que los de protección son creados para instrumentar la defensa de los demás derechos, se trata de aquellos que se exigen sean cumplidos por los jueces y autoridades administrativas, a efectos de amparar a los demás (Zavala Egas, 2016, 10).

La segunda puntualización se direcciona a hacer notar que, a diferencia de lo que sucedía desde 1998, la actual Constitución reconoce que la tutela judicial, además de ser efectiva, debe garantizar la imparcialidad, la inmediación, la celeridad y la gratuidad de la administración de justicia; es por eso que, parte de la doctrina ha señalado que:

(...) las dos Constituciones incorporan como elementos del derecho a la tutela, que ésta sea *efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de las personas*. Sin embargo, la Constitución de 2008 añade dos elementos: la *gratuidad* en el acceso a la justicia y la sujeción de la tutela a los *principios de inmediación y celeridad* (Soledispa Toro, 2017, 224) [La letra cursiva es propia del texto].

Dentro de la misma idea de contraste que se ha utilizado en el párrafo precedente, se encuentra la tercera precisión; ésta, ya ha sido esbozada *ut supra* y se describe como la independencia que la tutela judicial efectiva ha logrado, es decir su paso de garantía del debido proceso a derecho fundamental independiente. En ese sentido se ha pronunciado Zavala Egas (2016):

(...) es acertado que el constituyente haya puesto en dos artículos diferentes a los derechos de protección o de defensa como son la tutela judicial efectiva y el debido proceso no obstante su conexión íntima. Con otras palabras, el artículo 75 reconoce el derecho fundamental a la tutela, mientras que el artículo 76 comprende el debido proceso que sólo se entiende satisfecho si se cumplen las garantías que son sus concreciones en los numerales 1) al 7), sin el cumplimiento de [los] cuales no habrá debido proceso ni tampoco tutela judicial efectiva (pp. 12 - 13).

Es por eso que si se revisan los artículos 76 (debido proceso) y 77 (debido proceso en materia penal) -que también debe ser examinado- de la Constitución, ya no se va a encontrar ningún numeral o enunciado que, de manera dependiente, o subsumida en otro artículo, contenga a la clase de tutela que se estudia, como sucedió en la Carta Política de 1998.

Finalmente, consideramos adecuado señalar cual es el *telos* de la institución que se estudia, para lo cual debemos recordar que el Ecuador actualmente es considerado como un "(...) Estado constitucional de derechos y justicia" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 1).

Tal modelo de Estado a criterio de Ávila (2009), consiste en un cambio de paradigma y se expresa a través de tres componentes distintos pero interdependientes. El primero, el Estado constitucional; el segundo, el Estado de justicia; y, el tercero, el Estado de derechos.

El estudio del Estado constitucional, pretende responder tres preguntas: ¿Quién es la autoridad?, ¿Cómo se hacen las normas? y, ¿Qué contenido deben tener? Mismas que encuentran su respuesta en las directrices tanto orgánicas como dogmáticas del texto constitucional.

Por su parte, el Estado de derechos, tiene como objetivo determinar cuáles son las herramientas necesarias para conocer en dónde se encuentran las normas y para qué fueron expedidas. Así, lo primero a tener en cuenta es que los sistemas jurídicos y las fuentes de Derecho se han diversificado y ampliado, al punto en que se reconocen junto a las decisiones de todos los poderes públicos, al Derecho consuetudinario de las comunidades indígenas.

Esto implica que el sistema formal no es el único Derecho existente, ni la ley la única fuente de derechos, sino que vivimos en una pluralidad jurídica, es decir, estamos en un Estado de varios Derechos y no de un solo Derecho.

De esta manera, el común denominador de las normas está en que todas buscan el reconocimiento, promoción y garantía de los derechos constitucionalmente establecidos,

haciendo que la persona o los grupos de personas sean el eje fundamental del quehacer estatal.

Es así que, en este paradigma de órgano políticamente organizado, los derechos, como creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al Estado, someten y limitan a todos los poderes (incluyendo al constituyente).

Por último, el enfoque de Estado de justicia supone contestar la pregunta que gira entorno a porqué se necesita un Estado, la cual se entiende satisfecha, primero, cuando el Estado, en su quehacer institucional, se direcciona a la solidaridad y a la protección de los derechos de los menos favorecidos; y, segundo, que el resultado de la aplicación del Derecho se corresponde con la realización de la justicia, evitándose las concepciones y aplicaciones arbitrarias e injustificadamente desproporcionales.

Hechas estas precisiones, se puede señalar que la tutela judicial efectiva, al ser debidamente contextualizada dentro del Estado constitucional de derechos y de justicia, debe ser considerada como una de las finalidades fundamentales para su elemental desarrollo, imponiéndose así ciertas obligaciones, como por ejemplo la necesidad de que la potestad jurisdiccional, de juzgar y ejecutar lo juzgado, pertenezca únicamente al Estado (Aguirre, 2010, 6) en conjunto a la obligación de respeto y debida protección de los derechos fundamentales.

Entonces, es acertado afirmar que, la finalidad del derecho fundamental que se comenta, es proteger las facultades procesales de todas las personas que, de manera voluntaria o forzada, acceden a un proceso judicial; ya que como lo señala la profesora Araujo Granda (2010), es la única forma en que “(...) el Estado est[aría] verdaderamente respondiendo a sus obligaciones, [las cuales] deben sustentarse en la estructura de un Estado [constitucional] de derechos y de justicia” (p. 317).

Sin más que añadir, entramos a revisar cuales son las principales características que a nuestro criterio la tutela judicial efectiva debe poseer, para lograr diferenciarse de otras instituciones que desarrollan las potestades estatales.

1.4. CARACTERES DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1.4.1. Derecho fundamental

Iniciamos indicando que el tema de los *derechos fundamentales* en sí mismo es de ardua y constante discusión, razón por la cual no corresponde adentrarnos en el mismo; sin embargo, es importante señalar que para autores como Sánchez González (2015, 21), los derechos son demandas de abstención o actuación que, al derivarse de la dignidad de la persona, deben ser reconocidas tanto por la comunidad internacional como por la legislación interna de cada Estado.

Asimismo, en representación de la doctrina nacional, Salgado Pesantes (2014) ha señalado que los derechos fundamentales son: “(...) una facultad que puede ser entendida como una pretensión, una potestad o poder. Esta facultad es para hacer algo o no hacer, para exigir a otro alguna cosa. O también para que la sociedad y el Estado respeten mis [derechos]” (pp. 73-74).

De esta forma, una de las características distintivas de los derechos fundamentales se encuentra en el origen que tienen, es decir, su procedencia de la dignidad humana, siendo que éstos son, hoy por hoy, el límite material que se “(...) impone al poder público, determinando, a la vez, los fines básicos que dicho poder debe perseguir en su acción diaria” (Pérez Tremps, 2016, 125).

En este sentido se debe tener siempre presente lo que indica Oyarte (2014), esto es que, el “(...) hecho [de] que una Constitución reconozca o no estos derechos fundamentales no condiciona ni la existencia de estos ni la posesión o ejercicio de ellos por parte de toda persona humana” (p. 116).

Ventajosamente, en la actualidad este suceso no ocurre debido a la existencia del artículo 75 de la Constitución, el cual, como ya se ha dicho, reconoce de forma independiente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el ordenamiento jurídico nacional.

Además, sería muy difícil que se exprese que la institución que se estudia no es un derecho fundamental, ya que además de ser una facultad proveniente de la *dignitatis humanae*, es un mecanismo por medio del cual se garantiza que el Estado, a través de sus diversos organismos, va a proteger y regular, en equivalencia de condiciones, los derechos procesales de todas las personas que requieran del sistema de administración de justicia.

1.4.2. Derecho prestacional

En párrafos anteriores se hizo referencia a lo dicho por Zavala Egas, quien asegura que la tutela judicial efectiva es un derecho de protección, lo que visto desde otra perspectiva implica que éste es un derecho prestacional, ya que debe existir un sujeto obligado que preste (brinde) dicha salvaguarda, y que en la presente investigación académica es el Estado.

Es así que en el siglo pasado, el profesor Robert Alexy (1993) explicaba que “(...) los derechos prestacionales en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que -si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría también obtenerlo de los particulares” (p. 482).

Esta noción, a pesar de la certeza parcial que muestra, ha sido complementada y superada, es por eso que una parte de la doctrina, recogida por la Corte Constitucional Colombiana, señala de forma textual que:

Por regla general, los derechos de prestación son derechos programáticos, debido a que los derechos de prestación exigen un esfuerzo presupuestal y logístico del Estado que sólo se puede realizar con la debida planeación y arbitrio de recursos mediante el procedimiento fijado por la Carta Política. Gradualmente, los derechos de prestación con contenido pragmático se les van dando condiciones de eficacia que hace posible que emane un derecho subjetivo. Por eso, a nivel teórico, en efecto, el estado inicial de un derecho de prestación es su condición pragmática la cual luego tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo (Corte Constitucional de Colombia, 1995, No. T-207/95).

Lo citado, al ser relacionado con el objeto de este estudio, permite señalar que la tutela judicial efectiva, a la par de lo indicado en la característica precedente, exige al Estado que se destinen recursos, planifique y desarrollen los presupuestos de eficacia necesaria que permitan a todas las personas gozar de éste en condiciones adecuadas; convirtiéndose así en una facultad de exigencia o derecho subjetivo de las personas hacia el ente estatal.

1.4.3. Derecho de obligatoria configuración legal

Al usar el ejemplo de la realidad española, se transcribió lo dicho por el congresista López Rodó, para quien la tutela judicial efectiva no podía redactarse en términos absolutos, en lo que dicho sea de paso, tenía razón.

Es por esto que, un derecho fundamental que deba ser configurado legalmente, obliga a que el establecimiento de las condiciones para su ejercicio le “(...) corresponde [delimitarlas] al

legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades” (Goig Martínez, 2015, 414).

Este concepto, aplicado a la realidad nacional, pareciera contradictorio debido a que se tiene el mandato del numeral 3, del artículo 11 de la Constitución, el cual ordena que:

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 (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El texto citado nos trae a colación una pregunta: ¿La tutela judicial efectiva al ser un derecho fundamental establecido en la Constitución es de directa e inmediata aplicación?

La respuesta a esta pregunta ha sido ya dada por la doctrina, tanto en sentido positivo como en sentido negativo; el primero de éstos, señala que sí, efectivamente debe ser salvaguardado por todas las personas que lo apliquen y que no es necesaria su configuración legal, criterio que tiene parte de verdad, pero que peca en generar abstracciones muy ambiguas y desatinadas del contenido y alcance de la institución, como se mostrará con el ejemplo que se citará más adelante.

En cambio, la tendencia a la que nos adscribimos, es la que responde negativamente a la pregunta formulada, debido a que parte de la doctrina ha hecho bien en resaltar que la tutela judicial efectiva no es de directa e inmediata aplicación, dado que no le corresponde ser un:

(...) derecho ejercitable directamente a partir de la Constitución, ni tampoco un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional (...) sino un derecho a (...) obtenerla por los cauces procesales existente y con sujeción a lo establecido en la ley, la cual puede fijar límites al acceso a la jurisdicción siempre que estos tengan justificación en razonables finalidades de garantía de bienes e intereses constitucionalmente protegidos (Aguirre Guzmán, 2010, 21 - 22)

De esta última consideración se puede concluir que la institución en estudio posee un carácter *sui generis*, debido a que a pesar de ser un derecho fundamental, requiere un adecuado desarrollo legislativo o también llamado configuración legal.

No hacerlo así, impediría su aplicación o propiciaría su uso indiscriminado, como ya mencionamos cuando nos referimos a la perspectiva positiva de la inmediata y directa aplicabilidad de la tutela judicial efectiva.

Un ejemplo que se puede traer a colación, es el descrito en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España:

(...) Como hemos dicho en multitud de ocasiones, los derechos que reconoce y consagra el [artículo] 24 de la Constitución, en sus dos párrafos, no pueden interpretarse de forma tan amplia que supongan cobijo o salvaguardia de todas las normas procesales, de manera que toda violación o vulneración que de ellas pueda producirse se convierta por sí sola en un problema de orden constitucional. Por el contrario, debe sostenerse que sólo los estrictos derechos que el precepto constitucional consagra como fundamentales permiten poner en marcha la justicia constitucional, de suerte que el resto de las vicisitudes a que la aplicación de las leyes procesales pueda conducir, dan origen a cuestiones que deben ventilarse en la misma jurisdicción en que se produzcan (Tribunal Constitucional de España, 1986, STC41/1986).

Siendo así, podemos afirmar que no toda lesión de un derecho procesal es una violación a la tutela judicial efectiva; pero sí, que toda aplicación de ésta, debe tener un obligatorio contenido legal y adjetivo. De esta manera se facilita su correcta aplicación y se logra bloquear, en la medida de lo posible, su abuso.

Este rasgo de obligatoria configuración legal, como se ha dicho, es un distintivo *sui generis*, y tiene su fundamento en el denominado proceso de constitucionalización de las diversas ramas jurídicas, que en el presente caso sería del Derecho Procesal, tal cual lo sostiene Díez-Picazo Ponce de León, s.f.

Finalmente, creemos que el fundamento de la idea expresada en estas líneas se encuentra en el argumento de que la Constitución es la condición de unidad y validez de todo el ordenamiento jurídico de determinado país, lo que se explica en las siguientes premisas:

a) Toda norma jurídica debe fundamentarse, formal y materialmente, en una de rango superior; y, b) Todas las normas, sin importar su jerarquía, contenido y/o origen, deben encontrar su mecanismo de unificación en una única norma que es la Constitución (Oyarte, 2014, 2 - 3).

1.4.4. Derecho de titularidad colectiva

Como último punto, nos corresponde analizar la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva, es decir a quien pertenece. Podemos iniciar detallando que éste, al ser un derecho fundamental, les pertenece a todas y cada una de las personas por el simple hecho de ser humanos, ya que como hemos visto este tipo de potestades derivan de la dignidad humana.

Goig Martínez (2015, 421) enseña que el derecho a la tutela judicial efectiva es uno de los que se encuentra estrechamente vinculado a la dignidad de las personas, siendo que sus titulares son todos, y que además es lógico extender su titularidad y ejercicio a todas las personas sin hacer distinción o discriminación alguna.

Criterio que incluso coincide con nuestra realidad, ya que el artículo 10 de la Constitución estipula: “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Asimismo, el cumplimiento y protección de este derecho fundamental concuerda plenamente, tal cual se ha dicho, con la capacidad de administrar justicia, ya que el Estado tiene que estructurarse como un mecanismo por medio del cual se evite la aplicación arbitraria e injusta del Derecho.

Antes de cerrar esta sección, corresponde hacer una precisión, a pesar de que la tutela judicial efectiva corresponde a toda la sociedad, su ejercicio se halla condicionado a la voluntad particular de cada una de las personas que decide usarla, o se circunscribe en un titular que ha sido obligado a comparecer ante los órganos jurisdiccionales.

Ha quedado descrito en líneas generales qué es, cuál es su definición y en qué consiste la tutela judicial efectiva como derecho fundamental. Ahora, debemos abordar la posibilidad de su salvaguarda por parte del Derecho Penal, utilizando para este cometido la teoría del bien jurídico protegido.

1.5. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DERECHO PENAL

Dentro de la dogmática jurídico-penal un tema en abundante ebullición y discusión es aquel relativo a la teoría de los bienes jurídicos. Para buena parte de la doctrina, a la que nos adscribimos, el Derecho Penal tiene la función esencial y legítima de protegerlos; mientras que otro grupo, como lo señala sintéticamente Roxin (2016, 435) es aquel compuesto por aquellos juristas que afirman que no hay posibilidad de que los objetos jurídicos salvaguardados existan antes que el legislador intervenga (Hirsch); o que, al ser tan diversas

sus definiciones, no se pueda conseguir su concepto material (Stratenwert); o que lo realmente importante sea la confirmación de la vigencia de la norma (Jakobs).

Sin mucho que abundar, y ya asumida nuestra postura, expliquemos qué es un bien jurídico, y cómo este concepto se relaciona con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, recordando siempre que la institución del *bien* (luego un bien jurídico) nace a partir de los estudios de Birnbaum en 1834, quien buscaba “(...) designar el objeto de tutela jurídico-penal” (Polaino Navarrete, 2010, 36).

Vale advertir que de los múltiples autores que se citarán, cada uno de estos tiene diversos criterios, en los cuales, uno de sus puntos de concordancia es la aceptación de la existencia del objeto que legitima el ejercicio del poder punitivo.

Etimológicamente, un bien para el Diccionario de la Lengua Española (2018) es todo: “(...) aquello que es apto para satisfacer, directa o indirectamente, una necesidad humana”; por otro lado, la palabra: jurídico, es enmarcada como todo lo que: “(...) atañe al derecho o se ajusta a él” (Diccionario de la Lengua Española, 2018).

Al agrupar estas dos definiciones podemos afirmar que en primer término, un bien u objeto⁴ jurídico es todo lo que puede ser materia de conocimiento, sensibilidad o percepción por parte de las personas; y que, relacionado con la Ciencia Jurídica, sirve para satisfacer, directa o indirectamente, las necesidades humanas, tanto en su faceta individual, como en la colectiva.

Por su parte, el Diccionario del Español Jurídico (2017) entiende que un bien jurídico es aquella:

Condición necesaria, o al menos útil, para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad. Los bienes jurídicos pueden consistir en objetos materiales e inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser socialmente valiosos y por ello dignos de protección jurídica, por otras ramas del derecho o incluso por el derecho penal.

El texto inmediatamente destacado, coincide con lo dicho por Muñoz Conde y García Arán (2007), para quienes:

⁴ Por su parte, un objeto, según el mismo Diccionario ya referido, es: “Todo lo que puede ser materia de conocimiento o sensibilidad de parte del sujeto, incluso este mismo” (Diccionario de la Lengua Española, 2018); y, “Aquello que sirve de materia o asunto al ejercicio de facultades mentales” (Diccionario de la Lengua Española, 2018), estas ideas son la primera y cuarta significación, correspondientemente.

(...) no todas las acciones que atacan bienes jurídicos son prohibidas por el Derecho penal, ni tampoco todos los bienes jurídicos son protegidos por él. El Derecho penal se limita a castigar únicamente las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, de ahí su carácter <<fragmentario>>, pues de toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento jurídico, el Derecho penal sólo se ocupa de una parte o fragmento, si bien la de mayor importancia (p. 77).

Es decir que desde ésta óptica, lo que salvaguarda la ley criminal es el bien jurídico protegido de relevancia penal, el cual debe respetar el contenido del “(...) [principio] de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal” (Mir Puig, 2006, 120). Para el autor citado un bien jurídico es un “(...) objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate” (2006, 161).

Desde otra perspectiva, se presenta el criterio de Muñoz Conde y García Arán (2007), para quienes los “(...) bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social” (p. 59).

Para Polaino Navarrete (2010), los objetos jurídicos tutelados por el Derecho Penal son los que “(...) aluden a aquellos bienes y valores, personales o sociales, imprescindibles para el desarrollo de la vida comunitaria del ser humano en Sociedad” (p. 35).

Asimismo, en Latinoamérica se tiene el criterio de Zaffaroni, Alagia & Slokar y (2005), para quienes el bien jurídico protegido consiste en la existencia de:

(...) la *relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto*. Si bien por lo común se mencionan los bienes jurídicos conforme a los objetos (patrimonio, libertad, etc[étera]), su esencia consiste en la relación de disponibilidad del sujeto con estos objetos y no en los objetos mismos. Somos nosotros los que podemos hacer uso de nuestra salud, de nuestra libertad, de nuestro honor, de nuestra propiedad (...) y justamente lo que se ofende en un pragma conflictivo es esa posibilidad de disponer en la que nadie debe interferir (p. 369) [Las cursivas son propias del texto].

En cambio en la doctrina nacional, se tiene el criterio de la profesora Araujo Granda (2010), quien adecuadamente sostiene que el *objeto jurídico* -que equivale al objeto de protección de la ley penal- es aquel que establece un mecanismo de conexión o puente “(...) entre la ley penal y la Constitución de un Estado, y en base a él y su protección y tutela, es que se legitima el *ius puniendi*, por tanto, todas las actuaciones de los órganos del Estado que lo ejercen (p. 113).

Guardamos como penúltimo criterio, debido a su precisión, el dado por el maestro Claus Roxin (2010), en los siguientes términos:

(...) los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.
(p. 56) [Las negrillas son propias del texto].

El mismo jurista, en un estudio posterior reelabora el concepto, y considera que:

(...) se pueden definir los bienes jurídicos como realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin. La distinción entre realidades y fines apunta a que los bienes jurídicos no necesariamente le vienen dados al legislador, como ocurre por ejemplo con la vida humana, sino que también puede ocurrir que sean creados por él, como sucede por ejemplo en el caso de los impuestos (Roxin, 2016, 437 - 438) [Las cursivas son propias del texto].

A la par, y a modo de síntesis, podemos señalar que a nuestro criterio un bien jurídico protegido de relevancia penal es toda aquella abstracción [1], realidad fáctica [2] u objeto material o inmaterial [3] que, debido a su alto valor social, requiere de la intervención de la ley penal; misma que, para lograr su objetivo, debe fundamentarse en los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y, en las directrices que la Constitución otorgue.

Lo dicho, nos posiciona ante el último mecanismo que el Derecho tiene para lograr (o facilitar) la disposición, protección y/o dirección (sentido político-criminal) de la triada antes descrita.

Para avanzar con el siguiente escalafón, y verificar si la tutela judicial efectiva es un bien jurídico protegido de relevancia penal, debemos indagar de dónde viene aquel sustrato que se subsume en su origen.

Según una buena parte de la doctrina, representada por el ya mencionado profesor alemán, Claus Roxin (2010, 56) el concepto del bien jurídico es previo a la intervención del legislador penal, pero no es previo al texto de la Constitución.

Es decir que, en “(...) efecto: la legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que éstos son (...) [reconocidos] por la Constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación” (Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2008, 486). Sin embargo, en la mayoría de los casos, es la Constitución la fuente de los bienes jurídicos que pueden llegar a alcanzar protección penal.

Consecuentemente, el mecanismo por el cual se plasma aquella realidad es la tipificación de conductas punibles denominadas infracciones (delitos o contravenciones). En el Ecuador, como ya se ha mencionado en párrafos anteriores, es el artículo 75 de la Constitución el que

reconoce el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, es decir, ésta ha sido asumida por el Poder Constituyente como un bien jurídico protegido.

Mientras que la relevancia penal, que la sociedad ha decidido darle a aquel derecho, se muestra en el texto del Código Orgánico Integral Penal⁵, tanto en su exposición de motivos, como en su articulado. Una de las razones que la Asamblea Nacional presentó para redactar la actual ley penal, fue que: “La Constitución del 2008, aprobada en las urnas, impone obligaciones inaplazables y urgentes como la revisión del sistema jurídico para cumplir con el imperativo de justicia y certidumbre” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Dentro de aquella exposición de motivos, también se encuentra el aspecto del imperativo constitucional, que de manera concreta plantea la absoluta necesidad de que:

(...) las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; caso contrario carecerán de eficacia jurídica. Desde este mandato, surge la necesidad de adecuar y actualizar el derecho penal, con todos sus componentes (sustantivo, adjetivo y ejecutivo), al nuevo estándar constitucional.

En consecuencia es indispensable determinar la correspondencia constitucional de los bienes jurídicos protegidos y las garantías de quienes se someten a un proceso penal en calidad de víctimas o procesados para que estén adecuadamente regulados y protegidos. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

En este mismo orden de ideas, la segunda muestra de la importancia penal que se le ha dado al derecho estudiado, se refleja en la Sección primera (Delitos contra la tutela judicial efectiva), del Capítulo V (Delitos contra la responsabilidad ciudadana), del Título IV (Infracciones en particular), de su Libro I (La infracción penal), ya que es allí en donde se tipifican nueve delitos que tienen como bien jurídico protegido inmediato a la tutela judicial efectiva.

Precisamente, nuestra atención va direccionada a un ilícito en particular, éste es el denominado como **fraude procesal**, delito que se compone de dos incisos y ocupa, dentro del articulado, el número 272, y que será abordado en detalle en el segundo capítulo de la presente disertación.

⁵ Publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 180 del 10 de febrero de 2014; y, puesto en vigor, de acuerdo a la Disposición Final, a los 180 días contados desde la publicación de tal texto, es decir a partir del 10 de agosto de 2014.

Como se puede comprobar, toda esta construcción legislativa es coincidente con lo descrito en párrafos superiores, en especial con la idea de los bienes jurídicos protegidos de relevancia penal y con su derivación de la Constitución.

Cerramos este sub-acápite mencionando que, al menos en este singular y específico caso, las figuras penales que se tipificaron dentro de este apartado tienen como bien jurídico protegido inmediato a uno que, efectivamente, se encuentra reconocido en el texto Constitucional⁶.

Ya que, de no ser así, además de que se estaría violando lo previsto en el artículo 84 de la Constitución⁷, se incurriría en la falta, como lo señala la profesora Araujo Granda (2014, 45), del elemento de: “(...) antijuridicidad [a pesar de que aquello] es precisamente a lo que nos estamos enfrentando, en la mayoría de casos, a partir” de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal.

1.6. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO BIEN JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL

Una vez analizada la tutela judicial efectiva como derecho fundamental y como objeto de protección del Derecho Penal, corresponde reforzar la idea de su titularidad, es decir, a quien (o quienes) le corresponde. Una parte, pero no la totalidad de este tema, fue ya desarrollado en el momento que tratábamos los caracteres de ésta.

Tengamos en cuenta que el profesor de la Universidad de Bonn, Urs Kindhäuser (2013), a la par de definir al bien jurídico protegido, centra su atención en los tipos de titularidad que éstos pueden llegar a poseer:

[Un bien jurídico protegido es el conjunto de] (...) aquellas condiciones jurídicamente garantizadas al particular para su libre desarrollo en una sociedad configurada de forma correcta.

⁶ Ya en el segundo capítulo al topar la “*Responsabilidad Ciudadana*” como objeto jurídico protegido mediato, se hará notar las fallas que el legislador ecuatoriano ha tenido; esto, dentro de la temática de la pluriofensividad que produce la conducta punible del fraude procesal.

⁷ La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Si ese bien es garantizado (en primera línea) a un portador definido, entonces es un bien jurídico individual. Y si él sirve indistintamente al libre desarrollo de muchas, personas, entonces se trata de un bien jurídico universal (p. 73 - 74).

La cita anterior nos ayuda a entender que la "(...) concepción del bien jurídico descrita (...) no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico" (Claus Roxin, 2010, 57 - 58).

Y es aquello precisamente lo que se tiene, ya que bajo el criterio de la titularidad, se puede decir que existen dos tipos de objetos jurídicos protegidos de relevancia penal: los individuales y los supraindividuales, también denominados colectivos o universales.

Además, la concepción personalista o monista del objeto jurídico resulta "(...) ser demasiado egocéntrica o individualista y sólo sería asumible en una sociedad que careciera de intereses comunes. Esta teoría parte de una desacertada dicotomía entre individuo y sociedad, como si los intereses de uno le fueran ajenos al otro" (Feijoo Sánchez, 2008, 146).

Al ser así, podemos señalar que respecto a este tipo de bienes, la doctrina que más actualizada y desarrollada se encuentra es la de Derecho Penal accesorio en contraste con la de Derecho Penal nuclear, o también denominado: clásico. En la primera de éstas subdivisiones, uno de sus autores más representativos, es Carlos Martínez-Bujan Pérez (2007) quien, al referirse al tema *in comento* señala que:

(...) se impone ante todo una distinción básica dentro de los bienes supraindividuales o colectivos: de un lado, hay bienes jurídicos generales, que se caracterizan por ser intereses pertenecientes a la generalidad de las personas que se integran en la comunidad social; de otro, hay bienes jurídicos que -en expresión moderna que ha cobrado fortuna- se han denominado <<difusos>>, que, a diferencia de los anteriores, no son intereses que afectan a la totalidad de las personas (p. 165 - 166).

En otras palabras, existe una sub-clasificación de los bienes jurídicos supraindividuales, basada en la totalidad de personas a las que les corresponde, ya que, si es a toda la sociedad, será un objeto jurídico colectivo; mientras que, si le pertenecen a una parte de ésta, será un objeto jurídico de carácter difuso.

Sin pretender ahondar más en esta temática en particular -la de los bienes jurídicos colectivos y difusos-, pasamos a revisar el criterio de García Cervero (2007, 86), quien haciendo un análisis de la doctrina de años pasados considera que los bienes jurídicos supraindividuales (también llamados universales) representan los intereses que todos los seres humanos tenemos, ya que sin la debida protección de estos no podríamos vivir en sociedad.

En complemento, es oportuno precisar que en caso de que se piense que esta titularidad es una novedad, o un tema de tratamiento exclusivo del Derecho Penal accesorio, es porque no se tiene en cuenta algo que en la doctrina nacional ya se ha advertido. Araujo Granda (2014), en relación a lo dicho por Juan Bustos Ramírez, es acertada en indicar que:

(...) los códigos penales siempre han reconocido la existencia de bienes de diferente naturaleza, tales como la fe pública, la administración de justicia o la seguridad del Estado; de ahí que no es que la concepción liberal negara la existencia de bienes jurídicos supraindividuales (p. 36).

Con estos aportes doctrinarios, hacemos bien en definir a criterio propio que un bien jurídico supraindividual es toda aquella abstracción, realidad fáctica u objeto material o inmaterial, cuya titularidad corresponde a la totalidad o parte de un grupo (definido o no) de personas.

Todo lo expuesto, nos permite afirmar que la tutela judicial efectiva es un bien jurídico supraindividual y colectivo de relevancia penal; ya que sería inconcebible la interacción de las personas en sociedad, sin un mecanismo que les permita tener certeza de los derechos procesales que poseen y de la manera en que sus diferencias van a resolverse a través del acceso a los organismos encargados de administrar justicia.

Es por eso que la previsión del fraude procesal como conducta punible es plenamente coincidente con lo expuesto por García Caveró (2007), quien destaca la importancia de que la “(...) protección penal no puede reducirse, pues, a bienes jurídicos individuales (expectativas para la interacción entre sujetos individuales), sino que también debe garantizar las condiciones de participación en sistemas sociales complejos (bienes jurídicos universales)” (p. 102).

Concluimos señalando que es deber del Estado, y más aún si es uno cuya estructura es de derechos y de justicia:

(...) [el] garantizar penalmente no solo las condiciones individuales necesarias para tal coexistencia (como la protección de la vida y la integridad física, de la libertad de actuación, de la propiedad, etc[étera].), sino también las instituciones estatales que sean imprescindibles a tal fin (una Administración de justicia que funcione, unos sistemas fiscales y monetario intactos, una Administración sin corrupción, etc[étera]) (Roxin, 2016, 437).

2. EL FRAUDE PROCESAL COMO TIPO PENAL EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Una vez que se ha analizado el derecho a la tutela judicial efectiva desde enfoques conceptuales, históricos, de identificación de sus caracteres esenciales y del reconocimiento de su idoneidad para que la ley punitiva lo proteja como objeto jurídico, procedemos a examinar todo lo referente al contenido, sentido y alcance del artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal, que contiene los elementos del delito de fraude procesal.

Esta labor se realizará partiendo de su definición doctrinaria y normativa, para luego precisar sus antecedentes históricos, histórico-legislativos y pre-legislativos más relevantes y, concluir con el análisis de los elementos básicos de su tipicidad, en los cuales se harán ciertas precisiones personales, que se espera aporten al estudio técnico del Derecho Penal.

2.1. DEFINICIÓN DEL FRAUDE PROCESAL COMO INSTITUCIÓN Y TIPO PENAL

El fraude procesal, como institución, puede ser estudiada desde cuatro enfoques. Primero, desde lo semántico; segundo, a partir del Derecho Procesal; tercero, a través de la dogmática punitiva, y cuarto, por medio del análisis legislativo comparado que se obtiene de los Códigos Penales de otros países.

Gramaticalmente, la conducta está compuesta de dos palabras. La primera, fraude, a criterio de la Real Academia de la Lengua en su Diccionario de la Lengua Española (2018) tiene tres acepciones: 1) Acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete; 2) Acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros; y, 3) Delito que comete el encargado de vigilar la ejecución de contratos públicos, o de algunos privados, confabulándose con la representación de los intereses opuestos.

Desde lo jurídico-penal, Rodríguez Mourullo (2008, 303) señala que el término fraude, al ser la raíz terminológica del verbo defraudar, aglutina las ideas de: 1) Engaño (acción contraria a la verdad); 2) Abuso de confianza (conducta contraria a la rectitud); y, 3) Perjuicio (daño realizado en contra de la persona que se comete la acción falaz). Así, el elemento unificador de todos los delitos que hacen referencia a la defraudación, es el uso doloso del engaño, para conseguir un beneficio y ocasionar un perjuicio.

Por su parte, el vocablo procesal, es un adjetivo que se refiere a todo lo perteneciente o relativo al proceso (Diccionario de la Lengua Española, 2018), el cual, a su vez, es entendido como el conjunto de actos y trámites seguidos ante un juez o tribunal, tendentes a dilucidar la justificación en derecho de una determinada pretensión entre partes y que concluye por resolución motivada (Diccionario de la Lengua Española, 2018).

En este hilo de ideas, el procesalista Devis Echandía (2012, 137), define al proceso como el conjunto de actos coordinados que se realizan ante funcionarios competentes de los órganos jurisdiccionales del Estado para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, defensa o realización coactiva de los derechos de los intervinientes. La finalidad de estas actuaciones es lograr la certidumbre, satisfacción o conocimiento de un derecho (áreas no penales) o la investigación, prevención, procesamiento y represión de una infracción (campo punitivo).

Ambos significados gramaticales nos permiten precisar que el fraude procesal es toda conducta (activa u omisiva) contraria a la verdad, rectitud y leyes que tienen que observarse en el decurso de los procedimientos que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales y que otorgan certeza jurídica a una determinada situación fáctica.

Bajo esta óptica, la finalidad de quien comete fraude procesal es perjudicar el normal transcurso del proceso judicial, mediante acciones que vulneran la licitud de las conductas legalmente debidas y previstas.

Asimismo, si articulamos las palabras fraude y proceso, desde el enfoque penal y procesal, respectivamente, podemos definir al fraude procesal como la conducta lesiva o engañosa que se contrapone a la verdad y a la rectitud que todos los actos coordinados que se realizan ante órganos jurisdiccionales estatales deben tener, para lograr la declaración, defensa o realización coactiva de los derechos de los intervinientes.

No se pase por alto que los principios rectores del ámbito procesal en nuestro país son la buena fe y la lealtad, según lo prescribe el artículo 26 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009), que reza:

Art. 26.- PRINCIPIO DE BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL.- En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el

progreso de la litis. La parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley.

Abundando en lo dicho hasta aquí, Priori Posada (2008), desde la dogmática del Derecho Procesal, define al fraude procesal como una:

(...) de las conductas lesivas al principio de buena fe procesal o de moralidad y se sustenta en el uso del engaño para obtener un provecho ilícito en perjuicio de un tercero. Ese engaño puede suponer la alteración de los hechos que sustentan un acto procesal o todo un proceso, o la influencia ilícita en la voluntad de un órgano jurisdiccional, de opinión (Ministerio Público) o pericial (p. 333).

Vale aclarar que este autor, considera que el fraude procesal es una conducta genérica, y que para entender su verdadero alcance, se debe hacer una distinción entre **fraude en el proceso** y **fraude por el proceso**. El primero consiste en aquellos actos que se presentan en el trámite de un procedimiento, es decir, son aquellos que recaen sobre un acto procesal en concreto, por ejemplo, adulterar un documento que es introducido como elemento probatorio.

El segundo enfoque por su parte, se presenta al usar un proceso en sí, o sea, se usa de forma inadecuada la totalidad de los actos adjetivos, a través del desvío de los fines lícitos y no lesivos a los derechos de los intervinientes. En suma, se busca obtener una sentencia firme con efecto de cosa juzgada o proceder a la ejecución de un bien perteneciente a un tercero, con el fin de apropiárselo de manera fraudulenta.

Sea cual fuere el tipo de fraude, en los dos se otorga a un acto ilícito, o a la totalidad de éstos, la apariencia de legalidad y claridad (Priori Posada, 2008, 334).

Gozaíni (2008, 310 - 311) considera que esta conducta constituye una negación manifiesta del Derecho, ya que pretende modificar el curso normal que teleológicamente inspira la *litis*, buscando una finalidad que por la vía normal no se podría lograr, de tal modo que, en el fraude procesal, se exige conciencia de la actitud contraria al orden formal de los actos y a la buena fe adjetiva que se deben observar. De este modo, lo particular de la figura, es la consecuencia desleal que persigue el sujeto activo.

A nuestro criterio, consideramos que el fraude procesal es una inconducta que afecta al Derecho Adjetivo, en vista de que consiste en el cúmulo de conductas dolosas que atentan contra la verdad histórica (en conjunto a su reflejo, la verdad procesal) [1], al normal desarrollo de un acto procesal [2], al de un conjunto determinado de actuaciones procedimentales [3] o al de todo un procedimiento [4].

Como se ha indicado, el propósito de quien lo comete, es obtener un resultado que normalmente no lo hubiese conseguido por la vía legal o al cual nunca hubiese arribado el órgano jurisdiccional. A la par, supone la violación de los principios de lealtad y buena fe procesal, al tenor del artículo 26 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Desde el Derecho Penal, Barreto Ardila (2006, 36) explica que el fraude procesal se da a través de cualquier medio fraudulento que induce a error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, en la medida que se falte a la lealtad y al deber ciudadano de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (art. 95.7 C N)⁸.

En lo pertinente al Ecuador, hasta la elaboración del presente aporte académico, no ha sido factible hallar material bibliográfico suficiente que estudie al fraude procesal o le dedique un análisis pormenorizado en la Parte Especial del Código Orgánico Integral Penal y esta es justamente la razón que motiva esta disertación.

A pesar de lo dicho en el párrafo precedente, podemos construir un concepto del actuar fraudulento a partir del criterio de Araujo Granda (2010, 309), quien en torno al fraude aduanero, lo define como el cúmulo de:

(...) conductas [que] están relacionadas estrechamente al fraude, debido a que el propósito del sujeto activo es engañar o tratar de engañar al organismo encargado de la administración de las aduanas, con la finalidad de eludir o intentar eludir, total o parcialmente, el cumplimiento no solo de las obligaciones tributarias sino además de las obligaciones documentales, para así obtener una ventaja personal o para terceros en las prácticas desleales, especialmente en el ámbito comercial.

Con base en lo citado, afirmamos que el fraude procesal es una conducta que está específicamente relacionada con la argucia, en sentido genérico, debido a que el propósito del sujeto activo es engañar o tratar de engañar al organismo encargado de administrar justicia, eludiendo o intentando eludir, total o parcialmente, el cumplimiento no solo de obligaciones de carácter procesal, sino además de generar una desviación en el normal

⁸ Aquel artículo al que la cita se refiere corresponde a la Constitución Política de Colombia de 1991, la cual en su capítulo quinto (De los deberes y obligaciones), artículo 95, numeral 7 ordena que toda "(...) persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: (...) 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia" (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 95).

transcurso del procedimiento jurisdiccional. Así, lo que busca el sujeto activo es obtener una ventaja personal o para terceros.

Dentro del Derecho Penal comparado, existen solamente dos legislaciones que estructuran al fraude procesal como tipo penal. En primer lugar se halla Colombia, que en su artículo 453 del Libro Segundo (Parte Especial, De los delitos en particular), del Título XVI (Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia), del Capítulo Octavo (Del fraude procesal y otras infracciones) de la Ley 599 de 2000⁹ (Código Penal) reconoce a la infracción al siguiente tenor:

(...) Fraude procesal. El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años (Código Penal de Colombia, 2000, artículo 453).

Otro país que le da relevancia penal a esta conducta es Perú, y lo hace por medio de dos preceptos de su Código Penal¹⁰. Primero, el artículo 416 del Libro Segundo (Parte especial. Delitos), Título XVIII (Delitos contra la administración pública), Capítulo III (Delitos contra la administración de justicia), Sección I (Delitos contra la función jurisdiccional) que textualmente prevé:

Fraude procesal (...) Artículo 416°. - El que, por cualquier medio fraudulento, induce a error a un funcionario o servidor público para obtener resolución contraria a la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años (Código Penal Peruano, 1991).

Segundo, el artículo 197 que se encuentra en el Capítulo V (Estafa y otras defraudaciones), Título V (Delitos contra el patrimonio), del Libro Segundo (Parte especial. Delitos) que en su parte pertinente reza:

Casos de defraudación (...) La defraudación será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa cuando:

1. Se realiza con simulación de juicio o empleo de otro fraude procesal (Código Penal Peruano, 1991).

⁹ Publicada en el Diario Oficial 44097 del 24 de julio del 2000.

¹⁰ Publicado el 03 de abril de 1991 en el Decreto Legislativo N° 635.

Nuestro país, desde el 10 de agosto del 2014, si bien reconoce como conducta delictiva al fraude procesal, principalmente lo define en su Libro I (La infracción penal), Título IV (Infracciones en particular), Capítulo V (Delitos contra la responsabilidad ciudadana), de la Sección Primera (Delitos contra la tutela judicial efectiva), artículo 272, de la manera que sigue:

(...) **Fraude procesal.**- La persona que con el fin de inducir a engaño a la o al juez, en el curso de un procedimiento civil o administrativo, antes de un procedimiento penal o durante él, oculte los instrumentos o pruebas, cambie el estado de las cosas, lugares o personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Con igual pena será sancionada quien conociendo la conducta delictuosa de una o varias personas, les suministren alojamiento o escondite, o les proporcionen los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido, o les favorezcan ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecerlos (Código Orgánico Integral Penal, 2014) [Las negritas son propias del texto].

Aunque más adelante estudiaremos en detalle todos los elementos constitutivos de este tipo penal, por el momento es necesario indicar que, a nuestro entender, hay tres conductas punibles plenamente diferenciadas y, el segundo inciso -en esencia-, se corresponde a lo que en el ex Código Penal se consideró como una forma de participación criminal, denominada encubrimiento. Véase el acápite 2.3. de la presente disertación.

2.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS MÁS RELEVANTES DEL FRAUDE PROCESAL EN EL ECUADOR

Desde el inicio de la vida Republicana hasta la entrada en vigor del Código Orgánico Integral Penal, el Ecuador nunca tuvo, en la literalidad que hoy presenta, al fraude procesal como conducta punible, es decir, ninguno de sus cinco Códigos Penales: 1837, 1871, 1889, 1906 y 1938¹¹ -cada cual con sus respectivas reformas- lo contemplaron como conducta jurídica de relevancia punitiva.

¹¹ Al respecto de esta Ley Penal, Albán Gómez (2015, 57) señala que el: "(...) Código Penal de 1938 rigió por setenta y seis años [hasta el 2014] y durante este tiempo fue objeto de numerosas reformas. Estas han sido tantas que se volvió indispensable el realizar **codificaciones**, incorporando las reformas realizadas y rectificando, a consecuencia de ello, la numeración del articulado. Las distintas codificaciones se publicaron en 1953, la primera; en 1960, la segunda y en 1971, la tercera; pero debe quedar claro que no se trató de nuevos códigos, sino simplemente de codificaciones, que no han requerido por lo tanto un acto legislativo formal, como el que se exige para la aprobación de una nueva ley".

Sin embargo, al leer al pie de la letra los dos incisos del delito *in examine*, podemos relacionar su redacción con algunos artículos de las codificaciones derogadas, las cuales serán citadas textualmente, ya que así se cumple el requisito de fidelidad histórica que este acápite precisa.

Por cuestiones metodológicas, iniciaremos el contraste con el segundo párrafo del artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal, es decir, la sanción a quien, *conociendo la conducta delictuosa de una o varias personas, les suministra alojamiento o escondite, o les proporciona los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido, o les favorece ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito o el esclarecimiento del acto punible, ocultan o alteran la verdad, con propósito de favorecerlos.*

El Código Penal de 1837 en sus numerales 1, 2 y 3, del artículo 56, de la Sección I (De las personas punibles), del Capítulo III (De las personas punibles y excusables, y de las que responden de las acciones de otro), prescribió que eran encubridores:

- 1.- Los que con conocimiento del hecho cometido receptan o encubren a todos o algunos de los autores, cómplices o auxiliadores, u ocultan las armas, instrumentos, o utensilios, con que se hubiese cometido el delito, o los efectos en que este consista.
- 2.- Los que compran, expendan, o distribuyen alguno, o algunos de dichos efectos, sabiendo que proceden de delito.
- 3.- Los que, aunque no tengan conocimiento de delito determinado, que se haya cometido, protegen de cualquier modo a los malhechores, sabiendo que lo son, o les facilitan lugar de reunión, o de seguridad (Código Penal del Ecuador, 1837).

En complemento de este supuesto se tuvo, en la misma codificación, su excusa legal absoluta, en el artículo 58, la cual al tenor ordenó que:

(...) los encubridores de sus ascendientes o descendientes en línea recta, o de sus maridos o mujeres, o de sus parientes, dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad, no sufrirán por esto pena alguna, excepto si ocultaren, compraren o expendieren o distribuyeren alguno o algunos de los efectos en que consiste el delito, sabiendo su procedencia, en cuyo caso serán castigados con la pena señalada a los encubridores en el artículo anterior (Código Penal, 1837).

En cambio, en la Ley Penal de 1871¹², el artículo 80, del Capítulo VI (De la participación de otras personas en el mismo crimen o delito), del Libro I (De las infracciones y penas en general), señaló que serían castigados como cómplices aquellos que conociendo “(...) la conducta criminal de los malhechores que cometen pillajes o violencia contra la seguridad del Estado, la paz pública, las personas o las propiedades, les suministraren habitualmente alojamiento, escondite o lugar de reunión” (Código Penal del Ecuador, 1871).

En cuanto a la Ley punitiva de 1889¹³, podemos señalar que, al igual que en el caso anterior, se repite su contenido en el artículo 80, del Capítulo VI (De la participación de otras personas en el mismo crimen o delito), del Libro I (De las infracciones y penas en general).

Ya en el siglo XX, el Código Penal de 1906¹⁴, en el Capítulo II (De las infracciones y penas en general), del Libro I (De las infracciones y penas en general), en su artículo 14 contempló que serían encubridores los que:

(...) conociendo la conducta criminal de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o del delito cometido; o les favorecen ocultando los instrumentos pruebas materiales de la infracción, o inutilizando el cuerpo del delito para evitar su castigo; y, los que, estando obligados, por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen del cuerpo del delito, o el esclarecimiento del hecho punible, ocultan o alteran la verdad, con propósito de favorecer al delincuente (Código Penal del Ecuador, 1906).

Como penúltimo antecedente del inciso segundo, citamos al artículo 48 del Capítulo II (De las personas responsables de las infracciones), del Título III (De la imputabilidad y de las personas responsables de las infracciones), del Libro I (De las infracciones, de las personas responsables de las infracciones y de las penas en general), del Código Penal de 1938¹⁵:

(...) Son encubridores los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite, o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o les favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión; y, los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito, o

¹² Publicado a través del Decreto Legislativo 0 Registro Auténtico N° 1871 de 3 de noviembre de 1871. Última modificación: 4 de enero de 1889.

¹³ Publicado a través del Decreto Legislativo 0 Registro Auténtico N° 1889 de 4 de enero de 1889. Última modificación: 18 de abril de 1906

¹⁴ Publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 61 de 18 abril de 1906. Última modificación: 20 de agosto de 1960.

¹⁵ Publicado en el Registro Auténtico de 1939 el 22 de marzo de 1938. Última modificación: 20 de agosto de 1960.

el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente (Código Penal del Ecuador, 1938).

El último antecedente normativo relevante, se obtiene del artículo 44 de la Codificación Penal de 1971¹⁶, el que se ubicó en el Capítulo II (De las personas responsables de la infracción), del Título III (De la imputabilidad y de las personas responsables de las infracciones), del Libro I (De las infracciones, de las personas responsables de las infracciones y de las penas en general), que reza:

(...) Son encubridores los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite, o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente (Codificación Penal del Ecuador, 1971).

Para cerrar esta sección, evidenciamos que todos los antecedentes legislativos citados se remiten a la figura del encubrimiento y no al fraude procesal -como ya se indicó- o a alguna institución parecida, como se hubiese esperado.

Sensu contrario, si centramos nuestra atención en la composición gramatical del primer inciso del artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal, vemos que sus antecedentes normativos relevantes son dos y no seis como en el caso anterior.

El primero se encuentra en el Código Penal de 1938 en el Libro II (De los delitos en particular), del Título III (De los delitos contra la administración pública), del Capítulo VIII (De los delitos contra la actividad judicial), en el artículo 271:

(...) Todo aquel que en el decurso de un procedimiento civil o administrativo, o antes o durante un procedimiento penal, a fin de inducir a engaño al juez, mude artificialmente el estado de las cosas, lugares o personas, y si el hecho no constituye otra infracción reprimida más gravemente por este Código, será reprimido con prisión de seis meses a dos años y multa de cincuenta a doscientos sucres (Código Penal del Ecuador, 1938).

En segundo lugar, se tiene a la Codificación Penal de 1971, la que en su Capítulo VIII (De los delitos contra la actividad judicial), Título III (De los delitos contra la administración pública), Libro segundo (De los delitos en particular) tipificó el siguiente comportamiento:

¹⁶ Publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 147 de 22 de enero de 1971. Última modificación: 10 de febrero de 2014.

(...) Todo aquel que en el curso de un procedimiento civil o administrativo, o antes de un procedimiento penal, o durante él, a fin de inducir a engaño al juez, cambie artificialmente el estado de las cosas, lugares o personas, y si el hecho no constituye otra infracción penada más gravemente por este Código, será reprimido con prisión de seis meses a dos años y multa de cincuenta a quinientos sucres (Codificación Penal del Ecuador, 1971).

Como se verifica, es notoria la similitud que las normas citadas guardan con el primer párrafo del tipo penal de fraude procesal; sin embargo, y a pesar de que pareciera que se ha revisado todos los antecedentes de relevancia, estimamos que nos hace falta uno de carácter pre-legislativo, que consta en el Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales, conforme procedemos a comentar.

2.2.1. ANTECEDENTE PRE-LEGISLATIVO DEL ARTÍCULO 272: ANTEPROYECTO DE CÓDIGO ORGÁNICO DE GARANTÍAS PENALES

Después de la promulgación de la Constitución de la República de 2008, fueron muchos los cambios normativos que se realizaron¹⁷, los cuales, al menos en teoría, buscaron la creación de un ordenamiento jurídico coherente y armónico con el *telos* constitucional propuesto.

En lo que respecta al ámbito penal, existieron muchas propuestas de reformas o codificaciones íntegras que buscaron establecerse como Código Penal; uno de ellos, el de mayor relevancia desde nuestro punto de vista, fue la propuesta coordinada por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, en el año 2009.

Este borrador fue denominado como *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales*, y, al igual que el Código Orgánico Integral Penal, abarcó diversas temáticas, las cuales se resumen en tres enfoques.

Primero, la constitucionalización del Derecho Penal, misma que consiste en que cada conducta típica, en conjunto con las diversas instituciones que confluyen para investigarlas, procesarlas, juzgarlas y penarlas, deben inspirarse a los lineamientos constitucionales, para

¹⁷ Por ejemplo: 1) Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 544 del 9 de marzo del 2009; y, 2) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 52 de 22 de octubre de 2009.

impedir así violaciones innecesarias a los derechos y para promocionarlos, de ser el caso (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2009, 46)¹⁸.

En segundo lugar se encuentra la actualización dogmática y normativa del Derecho Penal, es decir, la incorporación de los desarrollos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, para que puedan ser usados como herramientas de promoción de una nueva cultura penal y de consolidación de la justicia punitiva (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2009, 49).

La tercera arista, se centra en la necesidad de codificar y unificar la normativa que regula los tres niveles de acción del Derecho Penal (sustantivo, adjetivo y ejecutivo). Este esfuerzo buscó la redacción de un solo cuerpo legal de lo que tradicionalmente fue regulado de forma dispersa: la infracción, el procedimiento y la ejecución penal (Ávila Santamaría, 2015, 7)¹⁹.

De este Anteproyecto, dirigimos nuestra atención a tres tipos penales, dado que a nuestro juicio, guardan similitud con el que motiva la disertación: 1) Falso testimonio y perjurio; 2) Obstrucción a la justicia; y, 3) Encubrimiento. El objeto jurídico protegido de las conductas fue la tutela judicial efectiva, la cual se encontraba prevista en la Sección I (Delitos contra la tutela judicial efectiva), del Capítulo V (Delitos contra la responsabilidad ciudadana), del Título III (Los delitos), del Libro I (La infracción penal).

El primer caso que se trae a colación es el artículo 149 del Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales, el cual guarda similitud con el segundo inciso del artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal:

(...) **Falso testimonio y perjurio.**- Será sancionada con pena de restricción de libertad de hasta un (1) año, el testigo, perito o intérprete que ante un órgano competente falte a la verdad bajo juramento en su declaración, informe o traducción.

¹⁸ En este mismo sentido, Pazmiño Granizo (2015, 13) indica que el: “(...) programa penal de la constitución no es más que la matriz de derechos sobre la cual se atiza la ley penal, y sin la cual cualquier norma deviene en ilegítima”.

¹⁹ Esta intención incluso se reflejó en el actual Código Orgánico Integral Penal, ya que éste es un “(...) desafiante cuerpo normativo que integra la legislación sustantiva (Código Penal) con la adjetiva (Código de Procedimiento Penal) y ejecutiva (Código de Ejecución de Penas). A más de realizar un arduo ejercicio de integración, (...) [se] devuelve a una única norma penal toda la legislación criminal difuminada por todo nuestro ordenamiento jurídico a lo largo de nuestra historia republicana” (Pazmiño Granizo, 2015, 11); sin embargo, en la actualidad se puede encontrar normas de carácter punitivo en otras leyes, como por ejemplo: 1) Ley Orgánica Integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres, y 2) Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos.

Tendrá la misma sanción el que presente ante órgano competente a los testigos, peritos o intérpretes que incurran en las conductas señaladas, así como a quien incorpore como prueba documentos, objetos u otros medios de prueba falsos o adulterados.

Si el falso testimonio o perjurio se comete en causa penal en perjuicio del procesado, la sanción será de hasta dos (2) años de restricción de la libertad. La misma sanción tendrá el que presente a los testigos, peritos o intérpretes que incurran en las conductas señaladas, así como a quien incorpore como prueba documentos, objetos u otros medios de prueba falsos o adulterados (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2009, 160) [Las negritas son propias del texto].

La segunda figura penal que se asemeja con el primer inciso del delito de fraude procesal, es el artículo 150 del citado borrador:

(...) **Obstrucción de justicia.**- Será sancionada con pena de hasta seis (6) meses de restricción de libertad la persona que, hasta después de haberse cometido un delito en el que no hubiera participado y sin que mediara promesa anterior de hacerlo, ayudare a eludir las investigaciones, se niegue a proporcionar a la autoridad competente, antecedentes que conozca o que obren en su poder y que permitan esclarecer los hechos punibles investigados o enjuiciados.

La misma pena se aplicará al que ocultare o hiciera desaparecer o alterare los rastros o pruebas del delito, destruya, oculte o inutilice posibles medios de prueba a favor de imputado, o aporte antecedentes falsos a los órganos competentes. Si la comisión se produce en proceso penal, la pena será de hasta un (1) año de restricción de libertad (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2009, 160) [Las negritas son propias del texto].

Como último antecedente pre-legislativo, tenemos al artículo 151 del mentado Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales, el cual prevé como supuesto delictivo al encubrimiento, de la manera que sigue:

(...) **Encubrimiento.**- Será sancionada con pena de hasta tres (3) meses de restricción de libertad la persona que auxilie o procure ayuda a otra que haya cometido un delito.

No será punible el encubrimiento de los cónyuges y familiares del autor o cómplice hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2009, 161) [Las negritas son propias del texto].

Para cerrar el presente acápite debemos manifestar que, a nuestro criterio, el Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales elaborado por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, fue un hito en la dogmática punitiva del Ecuador, debido a que además de enfocarse en la constitucionalización, codificación y actualización del Derecho Penal (en sus tres niveles de acción), logró redactar un proyecto que estudió y valoró de forma coherente la realidad nacional.

Consecuentemente, de todas las conductas punibles que se redactaron en aquel borrador, las que merecieron nuestra atención fueron las falso testimonio y perjurio, encubrimiento y obstrucción a la justicia, debido a la similitud en la redacción que estas infracciones tienen con el actual delito de fraude procesal y a la igualdad de los objetos jurídicos que protegen, es decir, la responsabilidad ciudadana y el derecho a la tutela judicial efectiva²⁰.

Por las razones antes expuestas, vale aclarar que el tipo penal de obstrucción a la justicia del Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales fue el que se tomó como base, casi de manera textual, en el Proyecto de Ley de Código Orgánico Integral Penal que presentó la Función Ejecutiva y que se mantuvo hasta el Informe para primer debate que realizó la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional; después del cual, se lo eliminó y se decidió incluir al fraude procesal como conducta punible en el sentido que procedemos a explicar.

2.2.2. BREVE DESCRIPCIÓN DEL PROCESO DE FORMACIÓN DEL DELITO DE FRAUDE PROCESAL EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Para esta sección se hace necesario revisar siete documentos: Primero, el Proyecto de Ley de Código Orgánico Integral Penal, de fecha 12 de octubre de 2011, elaborado por la Función Ejecutiva; segundo, el Memorando N°. SAN-2011-1880, de 18 de octubre de 2011, suscrito por el Secretario General de la Asamblea Nacional, referente a la calificación de requisitos legales, determinación de prioridad y remisión a la Comisión Especializada permanente de Justicia y Estructura del Estado del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal; tercero, el Informe para primer debate del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, de 14 de junio de 2012; cuarto, el Informe para segundo debate del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal de 4 de octubre de 2013; quinto, el texto final del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal que fue aprobado por el pleno de la Asamblea Nacional el 17 de diciembre de 2013; sexto, el veto parcial remitido por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional el día 16 de enero de 2014; y, séptimo, el texto definitivo de la actual codificación punitiva.

²⁰ Aquella precisión es explicada más a detalle en el numeral 2.3.1.3.2. de la presente disertación.

Del Proyecto de Ley de Código Orgánico Integral Penal²¹, que fue remitido por la Presidencia de la República a la Asamblea Nacional mediante el oficio N° T.6136-SNJ-11-1297, de fecha 12 de octubre de 2011, se pueden extraer dos normas que son, a nuestro criterio, la estructura primigenia del actual artículo 272. Estas son el artículo 33 (numerales 3 y 4), relativos a la participación criminal, y el artículo 277, concerniente a la obstrucción de justicia.

El artículo 33, en su numeral tercero, señaló como encubridores a:

(...) quienes, conociendo la conducta infractora del autor o cómplice, le suministre habitualmente alojamiento, escondite o lugar de reunión; quienes proporcionen los medios para que el autor o cómplice se aproveche de los efectos de la infracción cometida; quienes favorezcan, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o utilizando las señales o huellas de la misma, para evitar su sanción; y quienes estando obligados debido a su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de los vestigios, señales o huellas de la infracción, o su esclarecimiento, ocultaren o alteraren la verdad con el propósito de favorecer al infractor (Presidencia de la República, 2011, 44).

En cambio, el numeral cuarto, contempló la excusa legal absolutoria²² por encubrimiento:

(...) en beneficio del cónyuge o conviviente de la persona infractora; de sus ascendientes, descendientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o de sus afines hasta el segundo grado; de sus amigos íntimos y de quienes hubieren recibido grandes beneficios por parte de la persona infractora antes de la comisión de la infracción (Presidencia de la República, 2011, 66).

El segundo artículo relevante del Proyecto de Ley de Código Orgánico Integral Penal es el 227:

(...) **Obstrucción de justicia.** - Quien hasta después de haberse cometido una infracción en la que no hubiera participado y sin que mediara promesa anterior de hacerlo, ayude a eludir las investigaciones, se niegue a proporcionar a la autoridad competente antecedentes que conozca o que obren en su poder y que permitan esclarecer los hechos punibles investigados o enjuiciados, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La misma pena se aplicará al que ocultare o hiciera desaparecer o alterare los rastros o pruebas de la infracción, destruya, oculte o inutilice posibles medios de prueba a favor del imputado o aporte antecedentes falsos a los órganos competentes.

²¹ El mentado texto no debe confundirse con el Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales elaborado por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Esta distinción ya fue señalada en el acápite 2.2.1. de la presente disertación; inclusive se manifestó que, desde nuestra óptica, este texto es un antecedente pre-legislativo del actual Código Orgánico Integral Penal.

²² En el vigente Código Orgánico Integral Penal no existe excusa legal absolutoria alguna de estas características.

Si la comisión se produce en el decurso de un procedimiento civil o administrativo, o antes de un procedimiento penal o durante él a fin de inducir a engaño al Juez, se cambie artificialmente el estado de las cosas o lugares, será sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a un año.

La servidora o servidor policial que produzca cualquier alteración a los elementos de prueba será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años (Presidencia de la República, 2011, 103) [Las negritas son propias del texto].

Esta segunda norma se ubicó en la Sección primera (Infracciones contra la tutela judicial efectiva), del Capítulo IV (Infracciones contra el Estado, su organización, administración y seguridad), del Título III (De las infracciones en particular).

Después de que fue ingresado el documento que envió el Presidente de la República, el Secretario General de la Asamblea Nacional informó al entonces Presidente de la Comisión Especializada permanente de Justicia y Estructura del Estado, que dicho Proyecto reunía todos los requisitos del artículo 56 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, y que, al ser una propuesta prioritaria para el Ecuador, se la debía remitir para el trámite legal respectivo (Consejo de Administración de la Legislatura, 2011).

Aproximadamente ocho meses después, el 14 de junio de 2012, el Presidente de la Comisión Especializada permanente de Justicia y Estructura del Estado informó²³ al Presidente de la Asamblea Nacional, que después del análisis de 183 observaciones, 11 foros nacionales, 28 comisiones generales y 39 sesiones, la Comisión tenía listo el informe para primer debate (Comisión Especializada permanente de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, 2012).

Resaltamos que al comparar este Informe de Primer Debate elaborado por el Legislativo con su antecedente (Proyecto de Ley de Código Orgánico Integral Penal), encontramos cuatro novedades en el ámbito de nuestro estudio:

- 1) Los grados de participación que una persona podía tener en una infracción quedaron limitados a los de autor y cómplice.
- 2) El capítulo en el que se encontraba el delito de obstrucción a la justicia (artículo 227), fue redefinido con el nombre de Delitos contra la Responsabilidad Ciudadana, correspondiéndose al Capítulo Quinto.

²³ Mediante Oficio No. 950-CEPJEE-P

3) Las conductas típicas contrarias a la tutela judicial efectiva, en comparación a su modelo anterior, fueron clasificadas en “delitos contra la tutela judicial efectiva” y en “contravenciones contra la tutela judicial efectiva”. Se eliminó el denominador único de infracciones contra la tutela judicial efectiva.

4) La conducta típica de obstrucción a la justicia fue eliminada.

A los dieciséis meses (4 de octubre de 2013) y después de varias observaciones presentadas por los asambleístas nacionales, el Presidente de la Comisión encargada, remitió²⁴ a la entonces Presidenta de la Asamblea Nacional, el informe para segundo debate del Proyecto de Ley de Código Orgánico Integral Penal²⁵.

Es en este momento de formación del Código Orgánico Integral Penal en el que se cuenta por vez primera con la conducta típica de fraude procesal, estructurada al siguiente tenor:

Artículo 270.- Fraude procesal. La persona que con el fin de inducir a engaño a la o el juez, en el decurso de un procedimiento civil o administrativo, antes de un procedimiento penal o durante él, oculte los instrumentos o pruebas, cambie el estado de las cosas, lugares o personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años (Comisión especializada de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, 2013, 128) [Las negritas son propias del texto].

En lo que respecta a la ubicación de esta ley preceptiva, aquella fue establecida en la Sección Primera (Delitos contra la tutela judicial efectiva) del Capítulo Quinto (Delitos contra la responsabilidad ciudadana), del Título IV (Infracciones en particular), del Libro Primero (La infracción penal).

Como siguiente paso, la Asamblea Nacional aprobó el texto final de Proyecto de Ley de Código Orgánico Integral Penal para que pudiera ser enviado al Presidente de la República. En este documento, el tipo penal descrito *ut supra* pasó a tener el número 272, sin que se evidenciara modificación alguna en su contenido (Asamblea Nacional, 2013).

²⁴ Mediante Oficio No. 248-CEPJEE-P

²⁵ En las tablas 2, 3 y 4 del Informe para Segundo Debate del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal se pueden revisar cuáles fueron los documentos que sirvieron de fundamento para su elaboración.

Al culminar esta labor en sede Legislativa, inició la revisión del borrador de Código Penal por parte del entonces Presidente de la República quien, en ejercicio de sus facultades previstas en el artículo 137 de la Constitución y 64 de la Ley Orgánica la Función Legislativa, decidió vetarla parcialmente. Así, el 16 de enero de 2014, a través del Oficio N° T. 6136-SGJ-14-46, se puso en conocimiento de la Asamblea Nacional las objeciones que se realizaron al Proyecto de Ley del Código Orgánico Integral Penal.

Dentro del texto que el Ejecutivo envió se encuentra el ordinal XX, que es aquel que veta al artículo 272, el cual, a pesar de su extensión, procedemos a citarlos de manera textual debido a que rescata ciertas falencias del trabajo legislativo:

XX

Sobre el artículo 272 del proyecto

Este artículo tipifica el fraude procesal, sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años a quien, con el fin de inducir a engaño al juez en cualquier procedimiento, oculte los instrumentos o prueba o cambie el estado de las cosas, lugares o persona. Sin embargo, nada dice de qué ocurre con la persona que oculte al presunto responsable del cometimiento de un delito y contra quien se ha librado boleta de detención, prisión preventiva o sentencia condenatoria a pena privativa de libertad, conducta que es más grave.

En este proyecto de Código se ha determinado que los partícipes en una infracción son autor y cómplice, excluyendo al encubridor. Esto, obedeciendo a una postura doctrinaria aceptada por la mayoría de países, que establecen que el encubridor no es partícipe de un delito, ya que su actuación se da de manera superviniente a la consumación del hecho, ya sea para ocultar a la persona, para ayudar a aprovecharse del producto de la infracción o para entorpecer el accionar de la justicia cambiando el estado de las cosas. Si bien estoy de acuerdo con esta postura, se debe tipificar un delito en que las conductas mencionadas anteriormente seas perfectamente punibles, con el fin de sancionar a quien realice estas acciones de encubrimiento.

Por lo que propongo que se incluya como segundo inciso de este articulado el siguiente:

“Con igual pena será sancionada quien, conociendo la conducta delictuosa de una o varias personas, les suministren alojamiento o escondite, o les proporcionen los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido, o les favorezcan ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecerlos” (Presidencia de la República, 2014, 14) [Las negritas y la letra cursiva son propias del texto].

Una vez que ésta y otras objeciones llegaron a la Asamblea Nacional, se decidió que eran adecuadas para el Proyecto de Ley de Código Orgánico Integral Penal y que debía procederse a su publicación.

Habiendo expuesto el proceso de formación del artículo 272, para cerrar esta parte consideramos necesario hacer ciertas observaciones, dado que a pesar de que el veto menciona que se debió tipificar y sancionar el encubrimiento, no se lo hace en un artículo distinto al del fraude procesal, sino que antitécnicamente se lo introduce allí, es decir, se lo asume como una forma más de defraudación procedimental.

Adicionalmente, hay una falta de innovación en relación a las nuevas perspectivas que el Derecho Penal ofrece, pues el artículo 272 es una copia, casi textual, del artículo 80 del Código Penal de 1871 y de los artículos 14, 48 y 44 de los Códigos Penales de 1906, 1938 y 1971, respectivamente.

Como última observación, se constata la incoherencia en la objeción legislativa del Ejecutivo, ya que fue él quien suscribió y presentó el Proyecto de Ley del Código Orgánico Integral Penal en el que el encubrimiento era una de las formas de participación criminal (artículo 33 numerales 3 y 4); mientras que al redactar el veto, en lugar de reafirmar lo que propuso, decidió que esta figura debía ser un tipo penal de carácter autónomo y que no era necesario contar con su respectiva excusa legal absolutoria.

Por lo detallado en líneas precedentes, procedemos al análisis pormenorizado de los elementos constitutivos del delito contenido en el artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal.

2.3. EL DELITO DE FRAUDE PROCESAL EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Antes de iniciar el desarrollo de la presente sección, debemos advertir al lector que cada una de las instituciones o elementos que se abordarán, por su propia naturaleza, podrían constituirse en insumos de otra disertación, razón por la cual se los abordará de manera sintética, puntual y en conexión con el delito *in examine*.

2.3.1. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO PENAL DE FRAUDE PROCESAL

Desde la doctrina de la Teoría del Delito, son numerosos los criterios que detallan cuáles deben ser las partes que todo tipo penal debe tener, es decir, los elementos habilitantes para la imposición de una pena. Para el presente aporte académico, hemos considerado asumir un enfoque, en el cual establecemos como requisitos indispensables a los siguientes: 1) Conducta típica; 2) Sujetos; y, 3) Objetos.

No está por demás indicar que autores como Encalada Hidalgo (2015, 48 - 49), han indicado que el artículo 272 del actual Código Penal cuenta con los siguientes elementos constitutivos, 1) Sujeto activo: No calificado; 2) Sujeto pasivo: No calificado, es decir, la sociedad en general y la administración de justicia; 3) Verbo rector: Cambiar el estado de las cosas, lugares o personas; 4) Objeto jurídico: La tutela judicial efectiva; 5) Objeto material: Las cosas, lugares o personas cambiadas; 6) Elementos normativos: Juez, procedimiento civil, administrativo y penal; 7) Elementos valorativos: No hay; y, 8) Otras circunstancias: Con el fin de inducir a engaño al juez y en el decurso de un procedimiento civil, administrativo o penal.

2.3.1.1. CONDUCTA TÍPICA

Ernesto Albán Gómez (2015, 137) detalla que durante décadas el concepto de conducta típica o tipicidad ha sido objeto de innumerables discusiones, las cuales, hasta la llegada del finalismo (imponiéndose al causalismo), consideraban que en esta categoría se describía únicamente a los elementos objetivos y normativos del tipo penal, en tanto que el aspecto subjetivo, con el cual actuó el sujeto activo (dolo o culpa), debía ser analizado como uno de los niveles de la culpabilidad.

Sin embargo, en la actualidad un importante sector de la doctrina coincide con lo dicho por Claus Roxin (2010, 303), quien indica que la conducta típica constituye una unidad de factores internos y externos, que no se pueden separar, en otras palabras, inexorablemente se deberá contener dos elementos que modifiquen el mundo externo y que el legislador los considere como antijurídicos: El elemento objetivo y el elemento subjetivo (Araujo Granda, 2010, 100).

Esto quiere decir que la tipicidad es la correspondencia que un determinado actuar humano tiene con la descripción que la ley penal hace de un supuesto de hecho, que se compone de una descripción objetiva del hecho punible (elemento objetivo) y, por un nexo psicológico entre el agente y el resultado punible que se ha realizado (elemento subjetivo) (Encalada Hidalgo 2015, 41 - 43).

El Código Orgánico Integral Penal, por su parte, como lo señala Salas Parra (2015, 84), coincide con la distinción hecha entre los dos elementos, puesto que en su sección primera del artículo 25 al 28, determina que la tipicidad es la descripción de los elementos de las conductas penalmente relevantes y, en sus artículos 26 y 27, conceptualizan al dolo y a la culpa.

2.3.1.1.1. ELEMENTO OBJETIVO

Ahondando un poco más en este primer presupuesto, Albán Gómez (2015, 138) sostiene que este componente del delito consiste en una descripción de los componentes externos que pueden ser captados fundamentalmente por los sentidos.

Esto implica que la tipicidad objetiva es la descripción “(...) abstracta y genérica de la conducta prohibida, la cual debe ser redactada en la ley de tal modo que todos los ciudadanos hacia quienes está dirigida la norma puedan comprender, sin lugar a dudas, cuál es el hecho punible” (Encalada Hidalgo, 2015, 44).

Es por eso que, a nuestro entender, las instituciones que permiten una mejor apreciación de la exteriorización del accionar delictivo son:

1) Verbo rector: Este elemento indica cual es la conducta activa u omisiva (Muñoz Conde & García Arán, 2010, 260) que el legislador considera lesiva, en consecuencia, todos los delitos pueden tener diversas formas de manifestarse (modalidades) y, a cada una de éstas, le corresponde uno o varios verbos rectores (Albán Gómez, 2015, 138); es decir que un tipo penal, al ser la descripción de un hecho punible, podría albergar varias conductas penadas en un solo artículo (Encalada Hidalgo, 2015, 47).

2) Circunstancias complementarias: Esta parte del delito, se encarga de saciar los requisitos que el elemento objetivo debe tener, ya que el cometimiento de una conducta punible no se circunscribe únicamente al accionar previsto por el verbo rector, sino que se

debe complementar y limitar a las circunstancias específicas que describen el modo en que la infracción se va a perpetrar.

Por ejemplo, cuando se comete el delito de acusación o denuncia maliciosa (artículo 271 del Código Orgánico Integral Penal), no basta que se proponga una denuncia o acusación particular (verbo rector), sino que es necesario que los hechos narrados en ésta no se hayan podido probar (primera circunstancia complementaria) y que la malicia haya sido declarada judicialmente (segunda circunstancia complementaria).

En otros términos, para saciar los requerimientos objetivos del tipo penal, se debe constatar que la conducta del sujeto activo se adecuó a lo descrito por el verbo rector y a lo previsto por sus circunstancias complementarias.

Consecuentemente, al aplicar los criterios expuesto al delito **fraude procesal**, se obtiene que éste se presenta en **tres modalidades**, de las cuales solo dos tienen verbo rector y circunstancias complementarias diáfananamente estructurados, como a continuación se expone.

2.3.1.1.1. MODALIDADES DEL FRAUDE PROCESAL

Primer supuesto:

La primera modalidad de fraude procesal se encuentra en el primer inciso del artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal (2014), al siguiente tenor:

(...) La persona que con el fin de inducir a engaño a la o al juez, en el curso de un procedimiento civil o administrativo, antes de un procedimiento penal o durante él, oculte los instrumentos o pruebas, cambie el estado de las cosas, lugares o personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Su tipicidad objetiva consiste en:

Verbo rector (núcleo del tipo): 1) Inducir a engaño al juzgador.

Circunstancias complementarias: 1) En el curso de un procedimiento civil; 2) En el curso de un procedimiento administrativo; 3) Antes de un procedimiento penal; 4) Durante un procedimiento penal; 5) Inducción que se manifiesta por medio del ocultamiento de los instrumentos o pruebas; y, 6) Cambiando el estado de las cosas, lugares o personas.

Segundo supuesto:

La segunda modalidad del delito que se estudia, se halla en el segundo inciso del artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal (2014):

(...) Con igual pena será sancionada quien conociendo la conducta delictuosa de una o varias personas, les suministren alojamiento o escondite, o les proporcionen los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido, o les favorezcan ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión.

A nuestro criterio, esta composición objetiva **no tiene un verbo rector** (núcleo del tipo) nítidamente inidentificable, sino que más bien se encuentran varias circunstancias complementarias que podrían influir en la transparencia del curso procesal, a saber:

Circunstancias complementarias: 1) Suministrar alojamiento o escondite; 2) Proporcionar medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; 3) Favorecer ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción; e, 4) Inutilizar las señales o huellas del delito para evitar su represión.

Es oportuno destacar que la anomalía detectada en esta variante del fraude procesal, podría deberse a que ese texto fue una copia, casi literal, del articulado que definía a una forma de participación criminal y no a un tipo penal, según lo revisados en el acápite 2.2.2.

Tercer supuesto:

La tercera variante del tipo penal del artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal (2014), se encuentra descrita en su segundo inciso de la siguiente forma:

(...) los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecerlos.

Objetivamente su estructura es:

Verbo rector (núcleo del tipo): 1) Ocultar o alterar la verdad

Circunstancias complementarias: 1) Con el propósito de favorecer al reo; 2) Estar obligado en razón de su profesión, empleo, arte u oficio; o, 3) Estar obligado a practicar el examen de las señales o huellas del delito o el esclarecimiento del acto punible.

Sujeto activo²⁶: Calificado.

2.3.1.1.2. ELEMENTO SUBJETIVO

Una vez que se ha explicado el elemento objetivo del tipo penal que contiene al ilícito de fraude procesal, corresponde estudiar el contenido subjetivo del delito, el cual, conforme se describe, éste ya no se refiere a la:

(...) exteriorización de la conducta, sino a la vinculación cognoscitiva y/o volitiva de la persona, es decir, la construcción del tipo penal basado sea en la culpa o en el dolo, que en muchos casos consta en la misma descripción normativa y en otros, el intérprete del tipo lo debe deducir por la redacción de su parte objetiva (Araujo Granda, 2010, 104).

Esta referencia bibliográfica sintetiza el criterio de buena parte de la doctrina, la cual entiende que las conductas punibles tienen su causa en el dolo o en la culpa. Inclusive, y fuera de toda discusión dogmática, la legislación nacional acoge en su redacción esta distinción bajo una regla de descarte, que se puede deducir del artículo vigésimo séptimo del actual Código Penal.

En este sentido, el artículo 27 del Capítulo I (Conducta penalmente relevante), del Título I (La infracción penal), del Libro I (La infracción penal), del Código Orgánico Integral Penal (2014) prescribe que: “(...) [a]ctúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código”.

Es decir, todo tipo penal que en su redacción no tenga como elemento subjetivo a la culpa²⁷, se lo deberá entender como doloso; razón por la cual el número de éstos será mayor que el de aquéllos.

Al aplicar este enfoque en la conducta típica *in examine*, hacemos bien en afirmar que es un delito doloso, toda vez que en ninguna parte de su redacción (inciso primero o segundo)

²⁶ En esta última modalidad agregamos este criterio al análisis a pesar de que pertenece a otro de los elementos constitutivos del delito (sujetos) y para destacar una de las varias diferencias que hemos planteado. Para una explicación más detallada véase el numeral 2.3.1.2.1.

²⁷ En este supuesto se pueden encontrar varias normas del Código Orgánico Integral Penal, como por ejemplo: 1) Artículo 145: Homicidio culposo, 2) Artículo 146: Homicidio culposo por mala práctica profesional; y, 3) Artículo 377: Muerte culposa; preceptos legales que incluso coinciden con lo explicado por buena parte de la doctrina, dado que los: “(...) delitos imprudentes sólo son punibles cuando la (...) ley conmina expresamente con pena de actuación imprudente” (Roxin, 2010, 996).

encontramos referencia, expresión o palabra que lo describa o permita interpretarlo como culposo.

Por lo dicho, resulta pertinente estudiar al dolo con un poco más de detenimiento partiendo por su definición.

Roxin (2010), entiende al dolo como: “(...) el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo” (p. 308), es decir, el dolo es conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal y querer realizar la conducta prevista en la norma (Encalada Hidalgo, 2015, 53)

En lo que respecta a la legislación penal nacional, el Código Orgánico Integral Penal (2014) señala que actúa con dolo: “(...) la persona que tiene el designio de causar daño” (artículo 26), por lo que, la esencia del dolo es la intención, designio o propósito de causar daño a un bien jurídico (Albán Gómez, 2015, 143).

En segundo lugar se debe tomar en cuenta que la dogmática ha realizado varias clasificaciones de este elemento subjetivo, de las cuales consideramos que las más relevantes han sido explicadas por dos autores nacionales. El primero, Albán Gómez (2015, 144 - 146) quien, bajo el criterio del vigor constante en la intención de causar daño, señala que el dolo podrá ser directo, indirecto, eventual y específico:

1) Dolo directo: En esta variedad se muestra el deseo que la persona tiene de que el resultado punible se presente como una consecuencia necesaria de su acto, es decir que su accionar debele sin duda el resultado que se quiere.

2) Dolo indirecto: Se lo puede constatar en el momento en que el sujeto activo del delito no desea determinado resultado dañino, pero sabe que éste se encuentra inexorablemente unido al acto principal que se realizará. También es conocido por ciertos doctrinarios, como dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias.

3) Dolo eventual: Concibe al supuesto fáctico en el que, producto de una actuación, se acepta el resultado que se produce pero que no se lo tenía presente como una consecuencia inevitable (dolo indirecto) de su actuar, sino como una probable.

4) Dolo específico: Se presenta cuando la norma penal no solo se limita a señalar el núcleo y demás elementos de carácter objetivo, sino que también, incluye ciertas circunstancias específicas; así pues, el aspecto subjetivo no se agota con el dolo, ya que además de probarse

éste, se deberá demostrar que el autor ha obrado con las motivaciones, propósitos o estados de ánimo que la ley señala.

Araujo Granda (2010, 104 -106), en síntesis de lo escrito por Jescheck, Rodríguez Devesa y Sáinz Cantero, sostiene que dentro del elemento subjetivo doloso existen dos posibilidades que deben ser analizadas en el momento de determinar la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado:

1) El elemento subjetivo constituido por una tendencia interna trascendente: Consiste en la existencia dentro del sujeto activo de una finalidad que va más allá de la necesaria para realizar el hecho típico, por ejemplo, el ánimo de lucro al apoderarse de una cosa ajena.

2) El elemento subjetivo constituido por una tendencia intensificada: Este elemento es común en el ámbito del Derecho Penal accesorio²⁸ puesto que, a diferencia del anterior, la ley no exige que se persiga un resultado ulterior al previsto por el tipo, sino que basta que el agente subsuma, con un determinado sentido subjetivo, su conducta al supuesto reprochable, por ejemplo, un acto de disposición de un administrador o de un directivo de una empresa de un patrimonio que no le pertenece, evento en el que es claro que la adecuación a los elementos del tipo tiene una finalidad vinculada a los llamados delitos de tendencia, que en el Ecuador, suelen ser figuras agravadas.

En conclusión, y al realizar estas precisiones académicas y normativas, el artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal además de constituirse en un delito doloso, es uno en el cual se requiere de un dolo específico y una tendencia interna trascendente, dado que el actuar del sujeto activo debe reflejar el objetivo de: 1) Inducir en engaño al juez (primer inciso); 2) Evitar la represión de uno o varios delincuentes (segundo inciso); o, 3) Alterar la verdad, con propósito de favorecer (segundo inciso).

2.3.1.2. SUJETOS INTERVINIENTES EN EL DELITO

Albán Gómez (2015, 102) explica que la comisión de un delito implica inexorablemente la concurrencia de dos sujetos, uno activo y otro pasivo; empero, consideramos que, desde nuestra realidad, a ellos dos se les debería sumar el Estado (la sociedad en su conjunto), representado por la Fiscalía General.

²⁸ *Verbi gratia* el Derecho Penal Económico

Con esta triada de intervinientes, podemos establecer claramente quiénes son los sujetos que interactúan y se vinculan de una manera recíproca y necesaria (Araujo Granda, 2010, 107), por lo que el tipo penal supondría la presencia de tres sujetos: “(...) el **sujeto activo** (quien realiza el tipo), el **sujeto pasivo** (el titular del bien jurídico-penal atacado por el sujeto activo) y el **Estado** (llamado a reaccionar con una pena)” (Mir Puig, 2006, 219).

2.3.1.2.1. SUJETO ACTIVO

Este sujeto es el responsable de la infracción penal, es decir, quien realiza la acción prohibida u omite la acción que se esperaba (Muñoz Conde & García Arán, 2010, 259), generando de esta manera “(...) una relación especialmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delito en la Parte Especial o que constituyen fases de imperfecta ejecución de los mismos” (Mir Puig, 2006, 368).

Albán Gómez (2015) sostiene que es el:

(...) **agente que ejecuta el acto delictivo** y que debe, en consecuencia, sufrir la pena correspondiente (...) en muchos casos [es] un solo individuo; pero en otros casos serán varios los que realizan el acto en conjunto o que cooperan a su realización. En tales situaciones deberá establecerse el grado en que cada uno intervino en la ejecución del delito, lo cual determinará la pena que deba recibir (p. 102) [Las negritas son propias del texto].

Por lo tanto, podemos asumir como sujeto activo, a aquellas personas que adecúan su conducta (dolosa o culposa) en la descripción del tipo, produciendo la consecuente lesión o puesta en peligro del objeto jurídico que el legislador busca tutelar penalmente (Araujo Granda, 2010, 107).

Adicionalmente, a este interviniente se lo puede clasificar en calificado, cuando, para ser sujeto activo, se necesita alguna calidad en especial, como por ejemplo, el juez en el prevaricato o el funcionario público en el peculado; y, en no calificado, cuando cualquier persona puede ser responsable del delito (Encalada Hidalgo, 2015, 45).

Según las explicaciones precedentes, existen dos tipos de infracciones: 1) De sujeto activo no calificado, las que pueden ser cometidas por cualquier individuo sin distinción alguna; y, 2) De sujeto activo calificado, que únicamente pueden ser perpetradas por cierto número limitado de personas, dado que para constituirse como tal, deberán cumplir ciertas características que la tipología requiere, a este último también se lo conoce como delito propio o *delictum proprio* (Araujo Granda, 2010, 107).

Por lo expuesto, concluimos que el sujeto activo del fraude procesal es mixto (no calificado y calificado) dado que en la mayoría de su redacción se entiende que “(...) la conducta puede ser realizada por cualquier persona: no se requiere que tenga una calidad específica” (Hernández-Romo Valencia, 2010, 20); sin embargo, su tercera modalidad, ubicada en el segundo inciso, obliga a que los individuos que la cometan lo hagan en “(...) razón de su profesión, empleo arte u oficio” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, artículo 272).

2.3.1.2.2. SUJETO PASIVO

Araujo Granda (2010, 109) define a este partícipe como la persona sobre quien recae la acción u omisión que lesiona o pone en peligro el objeto jurídico tutelado, también conocido como víctima o afectado; Mir Puig (2006, 220), en referencia a otros planteamientos, expresa que el sujeto pasivo es el titular o portador del interés cuya ofensa se vulnera con el cometimiento del delito.

Una parte de la doctrina ecuatoriana describe a este individuo de una forma mucho más completa dado que, además de usar diversos criterios académicos, se enfoca en la realidad local:

Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado por la comisión del delito. También puede ser una sola persona o pueden ser varias. En el lenguaje criminológico suele llamársele víctima, y el Código Orgánico Integral Penal ha recogido este vocablo, aunque en algunos casos pudiera no coincidir inevitablemente con el sujeto pasivo (...) [e]n el orden procesal, el sujeto (...) pasivo es la víctima (Art. 441) (Albán Gómez, 2015, 103) [Las negritas son propias del texto].

Al igual que con el sujeto activo, al pasivo se lo puede clasificar en calificado, cuando se requiere de una característica especial para serlo, como por ejemplo, en el delito de femicidio, ser mujer; en el estupro, ser menor de 18 años y mayor de 14; y, en no calificado, cuando no se requiere calidad alguna, sino que cualquier persona puede serlo, incluido el Estado (Encalada Hidalgo, 2015, 45).

En este mismo orden de ideas y para saber cuál es el sujeto pasivo del delito de fraude procesal hay que contestar dos preguntas: ¿Cuál es el bien jurídico protegido de esta infracción? y ¿A quién le corresponde la titularidad de la tutela judicial efectiva?

A pesar de que estas interrogantes fueron ya contestadas a profundidad en los numerales cinco y seis del primer capítulo de la presente disertación, no está por demás recordar, a modo de conclusión, que en relación a la primera incógnita, el artículo 272 del Código

Orgánico Integral Penal salvaguarda el derecho a la tutela judicial efectiva y con respecto a la segunda, que el objeto jurídico inmediatamente referido goza de una titularidad supraindividual.

2.3.1.2.3. EL ESTADO Y SU ROL

A juicio de Araujo Granda (2010, 112) al cometerse un hecho punible, es el Estado (ente política y jurídicamente organizado) el encargado de aplicar la pena correspondiente a determinado caso, a través del procedimiento punitivo que la legislación nacional tiene previsto para el efecto.

En ese sentido, el actual ordenamiento jurídico reconoce que será la Fiscalía General la encargada de ejercer la vindicta pública, debiendo dirigir:

(...) 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.

Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley (Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 195).

Dicho mandato constitucional se desarrolla en el Título II (Acción penal) del Libro II (Procedimiento), del Código Orgánico Integral Penal (2014), mismo que prescribe que la acción penal es de carácter público (artículo 409), mientras que su ejercicio será público y privado.

El primero le corresponde a la Fiscalía sin necesidad de denuncia previa y, el segundo, solo a la víctima mediante querrela (Código Orgánico Integral Penal, 2014, artículo 410). Consecuentemente, la labor de la Fiscalía General del Estado se circunscribe únicamente a las infracciones de ejercicio público de la acción penal.

En las otras palabras, ésta institución no se encuentra legitimada para ejercer la acción penal privada, sino que los únicos habilitados serán las víctimas por medio de la respectiva querrela, siempre que se trate de los delitos de: 1) Calumnia; 2) Usurpación; 3) Estupro; y, 4) Lesiones que generen incapacidad o enfermedad de hasta treinta días, con excepción de

los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar (Código Orgánico Integral Penal, 2014, artículo 415).

Por lo tanto, al no encontrarse enumerado dentro de los cuatro supuestos del párrafo precedente el delito de fraude procesal, podemos concluir que es una infracción de ejercicio público de la acción penal, cuya titularidad le corresponde única y exclusivamente a la Fiscalía, órgano que será el responsable de investigar (fase preprocesal) y, de ser el caso, procesar a la persona que lo haya perpetrado. Esta labor es necesaria, trascendente e irremplazable (Albán Gómez, 2015, 115).

2.3.1.3. OBJETOS DEL DELITO

Una vez que han quedado descritos dos de los tres elementos constitutivos de todo delito, corresponde explicar el último de ellos, los objetos, que puede dividirse en material y jurídico, último que también suele ser denominado como bien jurídico protegido.

2.3.1.3.1. OBJETO MATERIAL

Desde una perspectiva dogmática, Araujo Granda (2010, 113) explica que este tipo de objeto debe estar presente en toda norma sancionadora, ya que “(...) es considerado como la persona o cosa sobre la cual recae físicamente la acción, de ahí que se lo llama también “objeto de acción”, que en ocasiones puede coincidir con el sujeto pasivo de la conducta infraccional”.

Albán Gómez (2015), por medio de una explicación más didáctica, refiere que es:

(...) la persona o cosa **sobre la cual se ejecuta o recae la acción material** del delito. En algunos casos, cuando se trata de delitos contra las personas, el objeto material se confunde con el sujeto pasivo de la infracción. Así ocurre en el homicidio, las lesiones o la violación. (...) otros casos en que el objeto material es una cosa: los bienes sustraídos en el robo (...) finalmente, [hay] delitos en los que no existe objeto material alguno; tal es el caso de las injurias o el perjurio, en los que la acción delictiva puede ser puramente verbal (p. 111) [Las negritas son propias del texto].

Aplicando los criterios antes expuestos en la valoración del delito de fraude procesal, entendemos que sus objetos materiales se agrupan en cinco supuestos: 1) Juez (primer inciso); 2) Instrumentos o pruebas (primer inciso); 3) Cosas, lugares o personas (primer inciso); 4) Instrumentos o pruebas materiales de la infracción (segundo inciso); y, 5) Señales o huellas del delito (segundo inciso).

El único de ellos que llama nuestra atención es el primero, dado que la autoridad jurisdiccional a la que se busca inducir en error es la herramienta que se usa para delinquir, a pesar de que este supuesto ya no es novedoso, dado que los objetos tutelados por la ley penal muchas veces recaen:

(...) en una realidad material y requieren de un sustrato para su perfecta comprensión, por ejemplo en los delitos como el atentado a la autoridad, en el que el bien jurídico protegido es la seguridad interna del Estado, el objeto de la acción es la persona de la Autoridad o funcionario sobre la cual recae el delito (Araujo Granda, 2010, 113).

2.3.1.3.2. OBJETO JURÍDICO O BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Como último tema de este acápite, nos corresponde referirnos al objeto jurídico o bien tutelado por la ley penal en el caso del delito de fraude procesal, actividad que ya fue realizada en el primer capítulo de la presente disertación; sin embargo, consideramos necesario complementar el análisis con otros matices.

El primero hace referencia a su uso como criterio distribuidor de las infracciones, dado que los tipos penales están agrupados en las codificaciones en función del bien jurídico que protegen, por ejemplo, delitos contra la vida (Encalada Hidalgo, 2015, 46), cumpliéndose así, la finalidad de estructurar a la Parte Especial del Derecho Penal y facilitar la interpretación teleológica de las conductas punibles (Roxin, 2010, 54 - 55).

A pesar de lo dicho, hay casos en los que la ubicación de una infracción en determinado título o capítulo es debatible, esto se advierte especialmente en el caso de los delitos pluriofensivos, que son aquellos que afectan simultáneamente a más de un bien jurídico, por lo que no resulta sencillo establecer cuál es el objeto de relevancia penal preponderante; inclusive, existen casos en los que es discutible la naturaleza misma de determinados bienes jurídicos (Albán Gómez, 2018, 4).

Lo señalado nos habilita a explicar a la pluriofensividad como segundo matiz para analizar a la tutela judicial efectiva como objeto jurídico de relevancia penal en el delito de fraude procesal.

Araujo Granda (2014, 10 - 11) explica que esta característica hace que las infracciones tengan una objetividad jurídica plurivalente, puesto que lesionan o ponen en peligro a un bien jurídico abstracto pero que, a la vez, vulneran derechos de las personas que asumen la calidad de sujetos pasivos de los ilícitos.

A pesar de lo discutible que pueden resultar las dos razones que expondremos, nos permitimos afirmar que la infracción tipificada en el artículo 272 es pluriofensiva, por los siguientes argumentos:

1) Teleológico:

Si se revisa el sitio en el que se ubica el delito de fraude procesal en el Código Orgánico Integral Penal, se podrá notar que se encuentra en el Título IV (Infracciones en particular), del Capítulo V (Delitos contra la responsabilidad ciudadana), Sección Primera, que contiene a los delitos contra la tutela judicial efectiva.

Es decir que, teleológicamente, todos los delitos que se hallan tipificados desde el artículo 268 hasta el 276, además de proteger a la tutela judicial efectiva, salvaguardan a la responsabilidad ciudadana, por lo tanto, dentro de la esfera de protección del fraude procesal se encuentran la tutela judicial efectiva y la responsabilidad ciudadana.

Aunque no nos corresponde ahondar mucho en este tema, cabe mencionar que es la primera vez que el legislador ecuatoriano concibe a la responsabilidad ciudadana como un objeto jurídico protegido, cuando ésta, en su sentido más lato, consiste en la deuda u obligación de responder por los derechos políticos que las personas tienen en virtud de su calidad de miembros activos de un Estado.

Araujo Granda (2014, 138) sostiene que resulta llamativo que la Asamblea Nacional legisle sobre un bien jurídico que no cuenta con un contenido mínimo en la Constitución, debido a que no se corresponde con ningún derecho fundamental, sino a la lógica operatividad de la regla social de convivencia en un Estado de Derecho.

Al ser así, la responsabilidad ciudadana no podría cumplir con los principios de subsidiariedad y fragmentariedad que se requieren para dotarlo de relevancia penal, ya que conforme se explicó en el primer capítulo de esta investigación, se requiere que todo bien jurídico se derive de la Constitución.

2) Confianza en el accionar del Estado:

A pesar de la falla legislativa que se expuso en el numeral anterior, creemos que el artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal sí podría ser un delito pluriofensivo, debido a la característica de derecho prestacional que la tutela judicial efectiva posee.

Recordemos que en el capítulo anterior se señaló que es obligación del Estado destinar recursos, planificar y desarrollar todos los presupuestos de eficacia que permitan a las personas gozar del derecho a una tutela judicial efectiva.

Lo cual, al ser relacionado con la fe pública (que si es un bien jurídico), resulta plenamente concordante ya que ésta:

(...) presupone la existencia de una verdad oficial, cuya creencia está determinada por una obligación jurídica que ordena tener por ciertos determinados hechos o acontecimiento sin lugar a objetar su verdad; es decir, la fe pública está dotada de una función específica de carácter público tendiente a fortalecer la presunción de verdad de los hechos o actos sometidos a su amparo (Corte Constitucional del Ecuador, 2016, Sentencia N° 036 – 16 - SEP - CC).

Por lo tanto, y al ser la tutela judicial efectiva un derecho de carácter prestacional, afirmamos que quien comete fraude procesal, además de lesionar a este derecho fundamental, estaría vulnerando a la fe pública, ya que se lesiona la confianza que las personas tienen del accionar estatal y de los actos que están sometidos a su control, como lo son aquellos que provienen de los órganos jurisdiccionales.

Incluso, se podría agregar en este grupo de objetos jurídicos a la responsabilidad ciudadana, pero como ya se describió, ésta trae el problema de determinación de una víctima individualizable y/o una institución objetivable, debido a las características de abstracto, difuso y etéreo que posee (Araujo Granda, 2014, 180).

Todo lo dicho hasta aquí, nos habilita a exponer en el siguiente capítulo, lo relativo a varias propuestas personales, que giran en torno a una adecuada estructuración y sobre todo, una correcta aprehensión, del sentido, contenido y alcance del delito de fraude procesal.

3. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL PARA EL ARTÍCULO 272 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Una vez que se ha analizado a la tutela judicial efectiva como bien jurídico protegido de relevancia penal en el primer apartado y a los elementos constitutivos del delito de fraude procesal en el segundo, nos corresponde exponer en esta última sección las razones que justificarían la necesidad de reformar el artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal y el proyecto de ley que haría viable esta tarea.

3.1. SUSTENTO CONSTITUCIONAL PARA LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL AL DELITO DE FRAUDE PROCESAL

A lo largo de la presente disertación, hemos afirmado que la Carta Política de un Estado es la condición de unidad y validez de todo su ordenamiento jurídico, por lo que no deberían existir leyes que se configuren, promulguen y apliquen al margen de sus condiciones y presupuestos. Sobre todo, si se trata de normas que tipifican y sancionan conductas delictivas, ya que éstas, deben circunscribirse dentro de un Derecho Penal subsidiario, fragmentario y de mínima intervención²⁹.

Desde este enfoque, consideramos que el delito de fraude procesal, en su primera y segunda modalidad conforme consta en el segundo capítulo³⁰, inobserva el principio de legalidad (en correspondencia con el de seguridad jurídica) y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que el ámbito de protección que ofrecen a su bien jurídico tutelado es incompleto, deficiente y oscuro.

Por lo cual, resulta meritorio estudiar cada uno de los mandatos constitucionales que se inobservan, relacionarlos con las variantes de la conducta típica *in comento* y elaborar soluciones a los conflictos planteados.

²⁹ Artículo 195 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

³⁰ Cfr. Sección 2.3.1.1.1

3.1.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA NORMA PENAL: EL MANDATO DE DETERMINACIÓN COMO MECANISMO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Araujo Granda (2010, 62) detalla que el principio de legalidad, o también llamado de normatividad, es el punto de partida y de legitimidad del Derecho Penal, sea éste nuclear o accesorio, ya que el único habilitante para determinar conductas punibles, con sus respectivas sanciones, es la ley.

Tanto es así, que será solo la norma de rango legal, debidamente expedida y promulgada, el único mecanismo por medio del cual se origina y manifiesta el poder punitivo, en otras palabras, solo ésta es la fuente de Derecho Penal (Rodríguez Moreno, 2018, 107).

Asimismo, se puede afirmar que la mayoría de la doctrina es concordante en señalar que en la actualidad el principio de legalidad es usado como un límite a la persecución y sanción de las conductas delictivas, y ya no como una herramienta del Estado para efectivizar la lucha contra la delincuencia (García Cavero, 2012, 138 - 139).

En consecuencia, resulta apropiado estudiar este principio con más minucia partiendo por su definición. Advertimos al lector que este tema podría ser, incluso, el objeto de otra disertación, razón por la cual su análisis se direccionará a la vinculación que guarda con el delito de fraude procesal.

El principio de legalidad según lo explica Roxin (2010, 137) es un medio a través del cual se evita la punición discrecional, no calculable sin ley o basada en una que sea imprecisa o retroactiva.

Zaffaroni, Alagia & Slokar (2008, 92) señalan que este mandato de optimización se define a partir de la prohibición que la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre tienen para habilitar el *ius puniendi*, ya que la única forma en que éste podrá accionarse es la ley, la cual debe garantizar que los ciudadanos no sean sorprendidos por la arbitrariedad que los tipos penales puedan poseer.

Por su parte, Araujo Granda (2010) manifiesta que el tema en análisis se encuentra sintetizado en el aforismo latino *nullum crimen nulla poena sine lege*, mismo que implica:

(...) que sólo la ley positiva puede contemplar las conductas que se consideran dañinas para un grupo social y sólo este mandato jurídico puede del mismo modo contemplar la sanción que los jueces y tribunales impondrán al responsable de tal hecho antijurídico y culpable (p. 62).

En cambio, García Caveró (2012, 138) afirma que, basado en los criterios de Yacobucci, Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga, el principio de legalidad es un mecanismo por medio del cual se garantiza la imparcialidad estatal, en tanto que, determina de manera general, y antes de la realización del delito, las características de la conducta prohibida y la reacción penal que cabe contra el sujeto activo de la infracción, así, se le da al ciudadano la garantía de que el ente política y jurídicamente organizado tiene una actuación limitada, es decir, sin subjetividades, sesgos políticos o intereses estratégicos.³¹

Una vez que se han revisado todos estos criterios, nosotros consideramos que el principio de legalidad implica la existencia de la ley, debidamente discutida, promulgada y publicada, como único medio legítimo de creación, procesamiento y represión de conductas punibles, es decir, que tanto en el aspecto sustantivo, adjetivo y ejecutivo del Derecho Penal, serán únicamente las normas de rango legal, en conjunto a las de carácter constitucional (que son su condición de unidad y validez), las que habilitarían la actuación clara del poder punitivo.

Siendo que esta intervención tiene como objetivo final: 1) La determinación de la materialidad de la infracción; y, 2) La investigación, procesamiento y sanción de los responsables del hecho ilícito.

En el ordenamiento jurídico nacional, este principio halla su previsión *supra* legal en el artículo 76, numeral tercero, de la Constitución de la República del Ecuador (2008), el cual ordena que, como garantía del debido proceso, en todo procedimiento en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará que 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.

³¹ En un sentido similar, y en función del citado Yacobucci, Rodríguez Moreno (2018) expresa que la racionalidad de la norma penal se expresa en una valoración compartida y: "(...) alejada del fragor de los instintos, de los miedos o de los odios suscitados frente a un conflicto concreto. La ley representa un sentido prudente que pretende evitar la arbitrariedad de la reacción meramente emocional frente a un suceso concreto" (pp. 108 - 109).

Disposición que, dentro de la naturaleza penal de nuestro estudio, halla su desarrollo legal en el numeral primero del artículo cinco del Código Orgánico Integral Penal (2014) como un principio limitador del ejercicio del *ius puniendi*, al siguiente tenor:

(...) [e]l derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

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

Si se realiza una lectura privativa de la norma citada, se podría inferir que el ámbito de cobertura del principio de legalidad es únicamente el procedimental, lo cual no es así, ya que éste, también se debe ocupar de las aristas sustantivas y ejecutivas del Derecho Penal.

Toda vez que ya ha sido definida la institución en estudio nos corresponde precisar, de forma muy sucinta, cuáles son sus manifestaciones, para esta tarea asumimos el criterio de García Caveró (2012, 142), quien es enfático en señalar que la doctrina acepta casi de forma unánime que el principio de normatividad tiene cuatro formas de expresión:

1) Reserva de ley (*Lex scripta*): Esta manifestación se dirige directamente al órgano de administración de justicia, el cual, tiene la prohibición de usar el Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena (Roxin, 2010, 140), es decir, que la única fuente inmediata que podrá usarse para aplicar el Derecho Penal, será la ley estatal (García Caveró, 2012, 143).

2) Ley previa (*Lex praevia*): A diferencia de la expresión anterior, en esta se obliga a la Función Legislativa, que al crear leyes punitivas debe prohibir su retroactividad (Roxin, 2010, 140), a excepción de los casos en los cuales aquella forma de aplicación de la norma penal resulte más favorable para el *reo*, es decir, cuando se suprima algún delito o se atenúe alguna pena; dando como resultado, el conocimiento previo a los ciudadanos acerca de la ilicitud que sus acciones les pueden acarrear (Mir Puig, 2006, 107).

3) Prohibición de analogía (*Lex stricta*): Al igual que en la primera manifestación del principio de normatividad, esta prohibición se direcciona al organismo jurisdiccional (Roxin, 2010, 140), el cual, está en la obligación de no aplicar la ley penal a supuestos no

contemplados expresamente en ella, a pesar de que éstos, puedan ser muy similares o parecidos. Cabe precisar que esta restricción, se refiere a una forma de aplicación de las normas punitivas y, según cierto sector de la dogmática, a una invocación más beneficiosa que dependerá del contexto en el que el ilícito ha sido cometido (Muñoz Conde & García Arán, 2010, 121).

4) El mandato de certeza o determinación (*Lex certa*): Finalmente, el ente estatal obligado a observar esta consecuencia del principio de legalidad es el Órgano Legislativo, en éste, recae la prohibición de crear normas punitivas indeterminadas o imprecisas (Roxin, 2010, 140), tanto es así que todos los presupuestos que configuran la conducta penalmente relevante deberán ser totalmente claros y coherentes (García Cavero, 2012, 146).

Y es precisamente esta última expresión del principio de legalidad la que nos servirá para analizar la actual necesidad de reformar el delito de fraude procesal, ya que éste, en conjunto a sus circunstancias complementarias, contraviene el mandato de certeza, debido a que no determina de forma suficientemente clara y específica, cuáles serán sus presupuestos de aplicabilidad y las sanciones que podrán imponerse a quienes la cometan (Mir Puig, 2015, 117).

La relevancia de este mandato es tal, que inclusive se encuentra materialmente expuesto en uno de los elementos constitutivos del delito, nos referimos a la tipicidad de la conducta punible, la cual, parte del juicio de valor que el legislador realiza, y que acompañado de una correcta técnica jurídico-penal, desemboca en la promulgación y, de ser el caso, aplicación de la ley penal en un caso concreto (Araujo Granda, 2010, 63).

Sin embargo, este enfoque eminentemente dogmático no resulta útil por sí solo, pues, para fundamentar la propuesta de reforma legal que expondremos, necesitamos buscar algún supuesto normativo de rango constitucional que pueda corresponderse al mandato de determinación como expresión del principio de legalidad.

La respuesta a esta necesidad, reside en el derecho a la seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de la actual Constitución. Esta disposición, ordena que todas las normas jurídicas, incluyendo las de contenido punitivo, deben ser claras, lo cual, únicamente se consigue si la ley es determinada y unívoca.

El tenor literal del enunciado constitucional al que hacemos referencia, es el siguiente: “[...] [e]l derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 82).

En consecuencia, la seguridad jurídica debe ser una cualidad inherente que todas las normas, instituciones y el sistema jurídico -en general- deben poseer; porque es de allí de donde nace la certeza o certidumbre que el sujeto tiene de las consecuencias de sus actos y de las acciones del resto de las personas (Zavala Egas 2011, 220).

Ya en el Derecho Penal, su aplicación cobra vital importancia, pues en esta área jurídica, éste es un elemento legitimante y esencial de la norma punitiva, cuya finalidad es la creación de resguardo y confianza en el Estado como titular del *ius puniendi* y, en específico, de los legisladores como sus garantes (Urquizo Olaechea, 2001, 1335).

Al aplicar estos criterios al delito que ha motivado el presente aporte académico, consideramos que su primera y segunda modalidad no observan el mandato de determinación (categoría dogmática) traducido en el derecho constitucional a la seguridad jurídica en su faceta de claridad de la ley (categoría normativo-constitucional) por las siguientes razones:

Primera modalidad³²:

Como consta en el numeral 2.3.1.1.1. de la presente disertación, el elemento objetivo de esta primera variedad del ilícito de fraude procesal posee un verbo rector y seis circunstancias complementarias, de éstas, la cuarta (en el decurso de un procedimiento administrativo) al ser vinculada con el núcleo del tipo (inducir a engaño al juzgador) resulta totalmente oscura, ya que en los procedimientos de orden administrativo no existen jueces, es decir, no hay autoridad jurisdiccional que, en representación del Estado, pueda brindar tutela judicial efectiva, y sobretodo, pueda ser inducida a error como lo requiere el artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal.

³² La idea que se va a argumentar en los siguientes tres párrafos, será explicada a detalle en el numeral 3.1.2. de la presente disertación, ya que la oscuridad de esta variante de fraude procesal se debe a la deficiente observancia del ámbito de protección que el derecho a la tutela judicial efectiva requiere.

En cambio, en donde sí existe un organismo jurisdiccional que administre justicia y ejecute lo juzgado es en el procedimiento contencioso-administrativo, mismo que no debe confundirse con el proceso administrativo, ya que en éste último, únicamente se encuentra un funcionario que actúa como autoridad resolutoria de controversias no jurisdiccionales, las cuales son ajenas al ámbito de protección previsto por el derecho a la tutela judicial efectiva.

La confusión que acabamos de describir, ratifica que el legislador nacional al momento de redactar este tipo penal no pensó en estas dificultades, ni tampoco, en brindar la seguridad jurídica que su actuación debía garantizar para lo cual, como lo señala Mir Puig (2015, 117), era totalmente necesario evitar el uso de cláusulas generales o absolutamente indeterminadas, como las usadas en el presente caso.

Segunda modalidad:

De la misma manera, esta variante del fraude procesal es reiterativa en demostrar las fallas normativas, ya que su aplicación es obscura e improcedente, dado que, como lo señalamos al hablar de su tipicidad, no tiene verbo rector o núcleo del tipo que complete o sacie su elemento objetivo, es decir que, nunca se tendrá el conocimiento certero de cual o cuales son las conductas (activas u omisivas) que el legislador quiso que se consideraran reprochables.

En consecuencia, lo que se podría obtener de esta infracción es un ámbito punitivo ilimitado, ya que será el criterio arbitrario y discrecional de la Fiscalía General del Estado y de los órganos de administración de justicia, los que decidan que se investigará, procesará y sancionará. Generándose así dudas y estancamientos en las expectativas que los sujetos tienen del ordenamiento jurídico (Urquiza Olaechea, 2001, 1340) y de la seguridad que este les debe otorgar.

Expuestas estas razones, podemos afirmar que la primera y segunda modalidad del delito de fraude procesal no brindan la seguridad jurídica que los administrados requieren, tampoco cumplen con el mandato de determinación -como expresión del principio de legalidad- que todas las normas penales deben observar.

Una ley imprecisa y poco clara nunca podrá proteger al ciudadano de la arbitrariedad, ya que permite que el juez pueda hacer cualquier interpretación o abstracción de ella para evadir los presupuestos legislativos planteados (Roxin 2010, 169).

Finalmente, hacemos notar que el derecho a la seguridad jurídica tiene una estrecha relación con el bien jurídico tutelado por el artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal, ya que, según la Corte Constitucional del Ecuador, únicamente habrá:

(...) tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de los derechos si el órgano jurisdiccional, previo a dictar sentencia, ha observado la Constitución y la Ley; si ha aplicado normas claras, predeterminadas y públicas; si el proceso judicial se ha desarrollado con estricto respeto del debido proceso constitucional y si las partes han obtenido una sentencia motivada y fundada en derecho [Corte Constitucional del Ecuador, Caso N° 0586-11-EP, Sentencia N° 0121-13-SEP-CC, 2013].

Y es justamente aquella vinculación entre claridad de las normas y tutela judicial efectiva la que nos otorga la antesala necesaria para explicar el segundo sustento constitucional que justificaría la necesidad de reformar el delito de fraude procesal por la propuesta de articulado que expondremos en el acápite 3.2. del presente aporte académico.

3.1.2. OBSERVANCIA PARCIAL DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En el primer capítulo habíamos asumido la postura de que la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de protección y de obligatoria configuración legal que asegura que todos los sujetos jurídicos, por sus propios y personales derechos, o en representación de terceros, obtendrán amparo equitativo de los órganos encargados de administrar justicia.

Asimismo, se explicó que uno de sus cuatro caracteres principales es el ser prestacional, en otras palabras, que será el Estado quien se encargue de destinar recursos, planificar y desarrollar los presupuestos de eficacia necesaria que permitan a las personas el goce de este derecho en condiciones adecuadas; convirtiéndose así, en una facultad de exigencia o derecho subjetivo de los sujetos hacia el ente política y jurídicamente organizado.

Cabe precisar que no todo el aparataje estatal es el encargado de garantizar este derecho, sino que únicamente le corresponde, por mandato constitucional, a los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial, mismos que con exclusividad se encargarán de administrar justicia (Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 167) y ejecutar lo juzgado conforme las reglas determinadas por la competencia (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, artículo 150).

En consecuencia, esta potestad pública le corresponde de forma privativa a la Corte Nacional de Justicia [1], cortes provinciales de justicia [2], tribunales y juzgados que establezca la ley [3] y los juzgados de paz [4]; conforme lo prescribe la actual Constitución de la República del Ecuador en su artículo 178.

Por lo tanto, el ámbito de actuación en el cual se debe observar, garantizar y desarrollar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, es el jurisdiccional, que se encuentra circunscrito a las competencias que cada una de las instituciones citadas tenga.

Ya en lo concerniente a nuestro estudio, el legislador penal debió tener presente que al crear supuestos delictivos que tengan como bien jurídico protegido al derecho fundamental en cuestión, se tendría que observar a cabalidad este particular, caso contrario, se redactarían tipos penales violatorios a la tutela judicial efectiva, como lo es, el delito de fraude procesal, en especial en su primera modalidad.

A continuación, explicaremos las razones que sostienen la afirmación realizada.

Al analizar en el segundo capítulo de este aporte académico la primera variante del artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal, se explicó que poseía seis circunstancias complementarias, de las cuales, solamente cuatro se refieren, y de manera parcial, a la tutela judicial efectiva como bien jurídico, éstas son: 1) En el decurso de un procedimiento civil, 2) En el decurso de un procedimiento administrativo, 3) Antes de un procedimiento penal; y, 4) Durante un procedimiento penal.

Como se puede notar en los elementos de la tipicidad objetiva que se citaron, solo se hace referencia a la materia civil, penal (antes y durante ésta) y administrativa; es decir que se reduce u observa de forma parcial, el espacio en el que se desarrolla la tutela judicial efectiva, como si la facultad jurisdiccional no se circunscribiera también a otras ramas del Derecho, como la constitucional, de familia, mercantil, laboral, etcétera.

Al respecto de esta afirmación, caben hacer tres precisiones de importancia. La primera se refiere al cometimiento de defraudación procesal antes de un procedimiento punitivo; lo cual pareciera ser contradictorio, ya que quedó registrado que la tutela judicial efectiva únicamente actúa en el ámbito jurisdiccional, es decir, dentro de un proceso y no previo a uno.

Sin embargo, se debe recordar que para que un órgano de justicia penal pueda accionarse, la Fiscalía General del Estado debe, en uso de sus facultades no jurisdiccionales, investigar al responsable del hecho en conjunto a la materialidad de la infracción que se le imputa, ya que solamente así, se podría determinar si ésta debía ser, o no, procesada.

En consecuencia, si se quiere proteger de manera adecuada al derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito penal, se debe tomar en cuenta esta relación de interdependencia mutua que existe entre el trabajo de la Fiscalía y el que realiza el órgano jurisdiccional, es decir que, las competencias del uno se encuentran habilitadas y protegidas por las del otro y viceversa.

Por lo tanto, se puede reconocer que en este caso el legislador punitivo hizo bien en redactar esta circunstancia complementaria, debido a la relevancia que ésta tiene en el momento de brindarse tutela judicial efectiva en el Derecho Penal.

La segunda aclaración se refiere a la materia administrativa, ya que, como se afirmó en el numeral anterior, en este tipo de procedimientos, no existe autoridad que administre justicia y ejecute lo juzgado, sino que lo único que hay es un servidor público con competencia resolutoria de conflictos no jurisdiccionales.

A pesar de que esta actividad no corresponde al presente estudio, proponemos que un ilícito que tipifique y sancione conductas defraudatorias administrativas, podría ser redactado al siguiente tenor:

Artículo (...)- Fraude administrativo.- La persona que con el fin de inducir a engaño a un servidor público, en el curso de un procedimiento administrativo, oculte los instrumentos o pruebas, cambie el estado de las cosas, lugares o personas, será sancionada con pena privativa de libertad de (...) a (...) años.

En lo que respecta a su ubicación, y siguiendo la función teleológica del bien jurídico explicada por Roxin, esta propuesta debería ubicarse en la Sección Tercera (Delitos contra la eficiencia de la administración pública), Capítulo Quinto (Delitos contra la responsabilidad ciudadana), Título IV (Infracciones en particular), Libro Primero (La infracción penal) del Código Orgánico Integral Penal.

Ya que su objeto jurídico sería el correcto funcionamiento de la Administración Pública, el cual encuentra su condición de unidad y validez en el derecho a un debido proceso

administrativo, conforme se prevé en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008.

Finalmente, la tercera precisión es una consecuencia de las dos anteriores, dado que, al tipificar una conducta como la defraudación administrativa (segunda aclaración), sería necesario reformarse el delito de fraude procesal con la propuesta que presentaremos (primera aclaración) y derogarse el artículo 292 del Código Orgánico Integral Penal (2014), último que como prohibición conductual tipifica lo siguiente:

(...) Alteración de evidencias y elementos de prueba.- La persona o la o el servidor público, que altere o destruya vestigios, evidencias materiales u otros elementos de prueba para la investigación de una infracción, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Como se podrá notar, lo dicho nos demuestra otro error legislativo, debido a que la redacción de un tipo penal en los términos inmediatamente expuestos³³, es idéntica a la descripción punible que el artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal hace del fraude procesal, ya que en esencia, la alteración o destrucción de vestigios, evidencias materiales u otros elementos de prueba para la investigación de una infracción, es una conducta punible que atenta contra la tutela judicial efectiva, y no, contra la eficiencia de la administración pública, como su inexplicable ubicación nos hace suponer.

3.2. PROPUESTA DE REFORMA INTEGRAL PARA LA PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA MODALIDAD DEL DELITO DE FRAUDE PROCESAL

Una vez que han quedado expuestas todas estas contradicciones, nos corresponde explicar cuál sería la solución que se requiere para obtener una norma clara, que brinde seguridad jurídica y que observe de manera completa el ámbito de protección que el derecho a la tutela judicial efectiva requiere.

En el caso de la **primera modalidad** del fraude procesal, se debe sustituir su texto por el siguiente articulado:

³³ Cabe mencionar que el delito de alteración de evidencias y elementos de prueba se encuentra ubicado en la Sección Tercera (Delitos contra la eficiencia de la administración pública), Capítulo Quinto (Delitos contra la responsabilidad ciudadana), Título IV (Infracciones en particular), Libro Primero (La infracción penal) del Código Orgánico Integral Penal.

Artículo. (...)- Fraude procesal.- La persona que con el fin de inducir a engaño al juzgador, en el decurso de un procedimiento jurisdiccional no penal oculte los instrumentos o pruebas, cambie el estado de las cosas, lugares o personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

En el caso de que se cometa cualquiera de los supuestos descritos en el inciso precedente antes de un procedimiento jurisdiccional penal o durante él, se sancionará a dicha persona con la misma pena privativa de libertad.

Se podrá notar que con la redacción que presentamos, el ámbito de protección de la tutela judicial efectiva sería completo, y no limitado al campo civil, penal o administrativo. Asimismo, la **segunda y tercera variante** del delito en cuestión, debe ser reformada por el siguiente artículo:

Artículo. (...)- Encubrimiento.- Se sancionará con pena privativa de libertad de uno a tres años a la persona que conociendo la conducta infractora de uno o varios sujetos, les favorezca real o personalmente, suministrándoles alojamiento o escondite, proporcionándoles los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido, o ayudándoles a ocultar los instrumentos o pruebas del delito, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión.

Serán sancionados con la misma pena privativa de libertad del inciso precedente, los que estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas de la infracción o del esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer a la persona infractora.

Ya que así se solucionará los problemas que se han expuesto, y se garantizará a los ciudadanos la seguridad jurídica que ellos requieren.

Finalmente, y a pesar de que este ámbito también es ajeno al presente estudio, debemos mencionar que los datos históricos que se detallaron en el numeral 2.2. de la presente disertación, demuestran que el delito de encubrimiento siempre debe estar acompañado de su respectiva excusa legal absolutoria, la cual, podrá agregarse como reforma al Código Orgánico Integral Penal y ser redactada al siguiente tenor:

Artículo (...)- Excusa legal absolutoria del delito de encubrimiento.- Está exenta de responsabilidad penal la persona que cometiese encubrimiento en favor de su cónyuge, pareja de hecho, ascendiente o descendiente hasta el cuarto grado de consanguinidad o hasta el segundo grado de afinidad.

Lo dicho en el párrafo anterior, no excluye la posibilidad de que se inicie la investigación respectiva, el eventual procesamiento penal y la ejecución de la pena,

en el supuesto de que se haya cometido alguna otra infracción que no sea la de encubrimiento.

A pesar de que hayan quedado expuestas todas estas propuestas, consideramos que no es suficiente, ya que estas soluciones solo pueden llevarse a la práctica si se las presenta en forma de Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, el cual, deberá seguir el proceso previsto en la Sección tercera (Procedimiento legislativo), Capítulo segundo (Función legislativa), Título IV (Participación y organización del poder) de la vigente Constitución de la República del Ecuador.³⁴

3.2.1. ESBOZO DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA REFORMATIVA AL ARTÍCULO 272 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Reafirmando el enfoque práctico de esta disertación, creemos que el texto que se deberá poner en consideración de la Asamblea Nacional para que sea discutido, aprobado y, de ser el caso, publicado, se lo debería redactar en los siguientes términos³⁵:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

El 10 de febrero de 2014, a través del suplemento al Registro Oficial N° 180, se publicó el Código Orgánico Integral Penal, mismo que desarrolla, en una sola codificación, los supuestos normativos de la Parte General, Especial, Procesal y Ejecutiva del Derecho Penal.

Asimismo, la exposición de motivos del Código Orgánico Integral Penal señala que éste nació de la voluntad de constitucionalizar todas las manifestaciones del *ius puniendi*, es decir, todas las normas del Derecho Penal deberán hallar en la vigente Carta Política su condición de unidad y validez.

El artículo a ser remplazado se sitúa específicamente en el Título IV (Infracciones en particular), Capítulo V (Delitos contra la Responsabilidad Ciudadana), Sección primera

³⁴ En concreto nos referimos a los artículos: 120 numeral 6, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139 y 140 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

³⁵ El formato de proyecto de ley reformativa que presentamos, en su aspecto formal, tomo como ejemplo la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal, publicada en el tercer suplemento del Registro Oficial N° 598 del 30 de septiembre de 2015.

(Delitos contra la tutela judicial efectiva), artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal, mismo que a la letra ordena lo siguiente:

“Art. 272.- Fraude procesal.- La persona que con el fin de inducir a engaño a la o al juez, en el decurso de un procedimiento civil o administrativo, antes de un procedimiento penal o durante él, oculte los instrumentos o pruebas, cambie el estado de las cosas, lugares o personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Con igual pena será sancionada quien conociendo la conducta delictuosa de una o varias personas, les suministren alojamiento o escondite, o les proporcionen los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido, o les favorezcan ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecerlos”.

Consecuentemente, la presente reforma busca armonizar el citado artículo del actual Código Penal con las disposiciones constitucionales de: 1) Derecho a la tutela judicial efectiva; y, 2) Seguridad jurídica, en su faceta de claridad y aplicabilidad de las normas.

Hechas estas precisiones, consideramos adecuado reformar al citado tipo penal en los siguientes términos y bajo el amparo de las siguientes consideraciones.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe que éste “(...) es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”.

Que el artículo 11, numeral 9, de la Constitución de la República del Ecuador señala que el “(...) ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

Que el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que toda “(...) *persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley*”.

Que el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador establece que el “(...) *derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes*”.

Que el artículo 83, en sus numerales 1 y 9, de la Constitución de la República del Ecuador manda que son “(...) *deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente (...) 9. Practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios*”.

Que el artículo 120, en su numeral 6, de la Constitución de la República del Ecuador faculta que la “(...) *Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley: (...) 6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio*”.

Que el artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador determina que la “(...) *Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica*”.

Que el informe para segundo debate del 04 de octubre de 2013 elaborado por la Comisión Especializada de Justicia y Estructura del Estado es el primer documento que tipifica al delito de fraude procesal en la legislación punitiva del Ecuador.

Que lo que se quiso vetar con la objeción presidencial presentada el 16 de enero de 2014 fue la ausencia de la tipificación del encubrimiento, por lo que se señala claramente que “(...) *nada dice de qué ocurre con la persona que oculte al presunto responsable del cometimiento de un delito y contra quien se ha librado boleta de detención, prisión preventiva o sentencia*

condenatoria a pena privativa de libertad, conducta que es más grave, (...) se ha determinado que los partícipes en una infracción son autor y cómplice, excluyendo al encubridor. Esto, obedeciendo a una postura doctrinaria aceptada por la mayoría de países, que establecen que el encubridor no es partícipe de un delito, ya que su actuación se da de manera superviniente a la consumación del hecho, ya sea para ocultar a la persona, para ayudar a aprovecharse del producto de la infracción o para entorpecer el accionar de la justicia cambiando el estado de las cosas. Si bien estoy de acuerdo con esta postura, se debe tipificar un delito en que las conductas mencionadas anteriormente seas perfectamente punibles, con el fin de sancionar a quien realice estas acciones de encubrimiento”; es decir que, la conducta del fraude procesal, en estricto sentido, nunca fue observada por el Presidente de la República.

Que a pesar de haber decidido sancionar las acciones de encubrimiento no se toma en cuenta su respectiva excusa legal absolutoria que si se encontró en el Proyecto de Ley de Código Orgánico Integral Penal presentado por la Función Ejecutiva y como constaba en los Códigos Penales anteriores.

Que mediante el suplemento del Registro Oficial N°180 del 10 de agosto de 2014 se publicó el Código Orgánico Integral Penal, el cual, en su artículo 1, manda que este Código “(...) tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales”.

Por todas y cada una de las consideraciones expuestas se expide la siguiente:

LEY ORGÁNICA REFORMATORIA PARA EL ARTÍCULO 272 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Artículo único.- Sustitúyase el artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal, ubicado en el Libro primero (La infracción penal), Título IV (Infracciones en particular), Capítulo V (Delitos contra la Responsabilidad Ciudadana), Sección primera (Delitos contra la tutela judicial efectiva), por los siguientes artículos:

Artículo. 272 A.- Fraude procesal.- La persona que con el fin de inducir a engaño al juzgador, en el decurso de un procedimiento jurisdiccional no penal oculte los instrumentos o pruebas, cambie el estado de las cosas, lugares o personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

En el caso de que se cometa cualquiera de los supuestos descritos en el inciso precedente antes de un procedimiento jurisdiccional penal o durante él, se sancionará a dicha persona con la misma pena privativa de libertad.

Artículo. 272 B.- Encubrimiento.- Se sancionará con pena privativa de libertad de uno a tres años a la persona que conociendo la conducta infractora de uno o varios sujetos, les favorezca real o personalmente, suministrándoles alojamiento o escondite, proporcionándoles los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido, o ayudándoles a ocultar los instrumentos o pruebas del delito, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión.

Serán sancionados con la misma pena privativa de libertad del inciso precedente, los que estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas de la infracción o del esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer a la persona infractora.

Artículo 272 C.- Excusa legal absolutoria del delito de encubrimiento.- Está exenta de responsabilidad penal la persona que cometiese encubrimiento en favor de su cónyuge, pareja de hecho, ascendiente o descendiente hasta el cuarto grado de consanguinidad o hasta el segundo grado de afinidad.

Lo dicho en el párrafo anterior, no excluye la posibilidad de que se inicie la investigación respectiva, el eventual procesamiento penal y la ejecución de la pena, en el supuesto de que se haya cometido alguna otra infracción que no sea la de encubrimiento.

Disposición derogatoria única: Deróguese el artículo 292 del Código Orgánico Integral Penal, ubicado en la Sección Tercera (Delitos contra la eficiencia de la administración pública), Capítulo Quinto (Delitos contra la responsabilidad ciudadana), Título IV (Infracciones en particular), Libro Primero (La infracción penal).

Disposición final primera: La sustitución hecha mediante esta ley al artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal entrará en vigor desde la fecha en que sea publicada en el Registro Oficial del Ecuador.

Disposición final segunda: La disposición derogatoria hecha mediante esta ley al artículo 292 del Código Orgánico Integral Penal entrará en vigor desde la fecha en que sea publicada en el Registro Oficial del Ecuador.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

- La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental, de protección, de carácter prestacional y de obligatoria configuración legal, que consiste en que todos los sujetos jurídicos, ya sea por sus propios y personales derechos, o en representación de un tercero, obtendrán amparo equitativo desde que acceden (de forma voluntaria o no) a los órganos encargados de administrar justicia hasta que se desvinculan de éstos.
- El reconocimiento local de la tutela judicial efectiva, en comparación a otros derechos fundamentales, es reciente. Su primera aparición fue en la Constitución de 1998, en la cual tenía la calidad de garantía del debido proceso, mientras que en la actual Carta Política, es un derecho autónomo ubicado en el artículo 75.
- La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de protección único en su especie, ya que a pesar de tener rango constitucional, no puede ser aplicado de forma directa e inmediata. Por lo tanto, siempre que se lo quiera emplear, se deberá verificar cuáles son los cauces procesales que la ley ha desarrollado para el efecto.
- La teoría del bien jurídico protegido de relevancia punitiva, en conjunto a los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y mínima intervención penal, otorgan el sustento científico necesario para que el fraude procesal –que es una de las conductas más lesivas a la tutela judicial efectiva- sea tipificado y sancionado.
- Partiendo de una perspectiva estrictamente dogmática, el fraude procesal consiste en el cúmulo de conductas dolosas que atentan el normal desarrollo de un acto procesal, al conjunto determinado de actuaciones procedimentales o a la totalidad de un procedimiento jurisdiccional. La finalidad del sujeto que la comete es conseguir una ventaja para sí mismo o para un tercero.
- En este orden de ideas, el Código Orgánico Integral Penal, en su Sección Primera (Delitos contra la tutela judicial efectiva), Capítulo V (Delitos contra la

responsabilidad ciudadana), Título IV (Infracciones en particular), Libro I (La infracción penal) prevé, en dos párrafos, al fraude procesal como una conducta típica, antijurídica y culpable.

- Para establecer los elementos constitutivos del fraude procesal se debe analizar su tipicidad, a los sujetos que intervienen en su cometimiento y a los objetos que interactúan en su perpetración, ya que una vez que éstos son identificados y satisfechos, la sanción penal será habilitada.
- La tipicidad se divide en objetiva y subjetiva. La primera permite vislumbrar las tres modalidades que el fraude procesal tiene, de las cuales, solo dos son completas, es decir, poseen verbo rector y circunstancias complementarias³⁶. Por su parte, la segunda clasificación, nos faculta afirmar que el artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal es una infracción que requiere de un dolo específico y una tendencia interna trascendente, dado que, el actuar de su sujeto activo debe reflejar el objetivo de inducir en engaño al juez (primer inciso), evitar la represión de uno o varios delincuentes (segundo inciso) o alterar la verdad con el propósito de favorecer (segundo inciso).
- Por otra parte, el sujeto activo del fraude procesal es mixto (calificado y no calificado), ya que en su primera y segunda modalidad cualquier persona lo puede cometer, mientras que la tercera variante solo puede ser desarrollada por aquellos individuos que lo hagan en razón de su profesión, empleo, arte u oficio. En contraposición, su sujeto pasivo es la sociedad en general, puesto que el bien jurídico inmediato que ésta conducta típica protege es de titularidad colectiva. Finalmente, el último agente que interviene en esta infracción es el Estado, por el hecho de que la defraudación procedimental es un delito de ejercicio público de la acción penal.
- En el fraude procesal existen dos objetos, uno jurídico y otro material. El primero describe al bien que la ley penal va a tutelar –que en la presente infracción es la tutela

³⁶ La primera se compone de un verbo rector y seis circunstancias complementarias; la segunda solo posee cuatro circunstancias complementarias, es decir, tiene un elemento objetivo deficiente; y la tercera mantiene un núcleo del tipo y tres circunstancias complementarias.

judicial efectiva-, mientras que el segundo describe a la persona o cosa sobre la que recae el accionar delictivo, que en el caso del artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal se compone de cinco supuestos: 1) Juez (primera modalidad); 2) Instrumentos o pruebas (primera modalidad); 3) Cosas, lugares o personas (primera modalidad); 4) Instrumentos o pruebas materiales de la infracción (segunda modalidad); y, 5) Señales o huellas del delito (tercera modalidad).

- El fraude procesal es un delito pluriofensivo ya que de acuerdo al enfoque teleológico del bien jurídico, se protege a la tutela judicial efectiva y a la responsabilidad ciudadana³⁷; a éstos, se podría sumar la fe pública -que también es un objeto jurídico-, debido a que las personas que acceden a los organismos de administración de justicia confían plenamente en el actuar de aquellos.
- El delito de fraude procesal es inconstitucional ya que en su primera y segunda modalidad inobserva el mandato de determinación (categoría dogmática), la garantía de claridad de las normas (categoría normativo-constitucional correspondiente al derecho a la seguridad jurídica) y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.
- Asimismo, la primera modalidad de la defraudación procedimental es oscura, ya que, al vincular su cuarta circunstancia complementaria (en el decurso de un procedimiento administrativo) con el núcleo del tipo (inducir a engaño al juzgador), no se la podría aplicar, pues, en los procedimientos de orden administrativo no existen jueces o autoridad jurisdiccional a la que se pueda inducir en error.
- De igual forma, la primera modalidad del fraude procesal inobserva el ámbito de actuación que la tutela judicial efectiva posee, debido a que el delito en cuestión, lo reduce a los procedimientos de orden civil y/o penal, a pesar de que éste es un derecho que se debe salvaguardar de manera íntegra.
- En cambio, la segunda variante del artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal es reiterativa en demostrarnos las diversas fallas legislativas, porque su tipicidad

³⁷ Este bien jurídico protegido no tiene contenido mínimo en la Constitución, es decir, no respeta los principios de subsidiariedad y fragmentariedad.

objetiva solo posee circunstancias complementarias y no verbo rector, por lo cual su ámbito de aplicación es ilimitado, discrecional y arbitrario.

- Por otro lado, se ha constatado que la redacción del artículo 292 del Código Orgánico Integral Penal es idéntica a la del fraude procesal ya que, en esencia, la alteración o destrucción de vestigios, evidencias materiales u otros elementos de prueba para la investigación de una infracción es un acto punible que atenta contra la tutela judicial efectiva y no contra la eficiencia de la administración pública, como su confusa ubicación en la Ley Penal nos haría suponer.
- El Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al artículo 272 del Código Orgánica Integral Penal que proponemos es el mecanismo más adecuado para: 1) Modificar el texto de la primera modalidad del fraude procesal, 2) Agregar verbo rector a su segunda variante, 3) Implementar la respectiva excusa legal absolutoria para el delito de encubrimiento; y, 4) Derogar el delito de alteración de evidencias y elementos de prueba (artículo 292). Con ello, se obtendrá una tipificación que proteja de manera íntegra a la tutela judicial efectiva, observe el mandato de determinación y respete el principio de seguridad jurídica.

RECOMENDACIONES

- Divulgar en los diversos espacios académicos que la tutela judicial efectiva posee un desarrollo histórico, legislativo y dogmático que se remonta a la Carta Política de 1998, en la cual era considerado como una garantía del debido proceso; mientras que su actual previsión constitucional, le da la calidad de derecho fundamental independiente.
- Poner a consideración de la academia, operadores de justicia, estudiantes y demás doctrinarios, que la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental, prestacional, de obligatoria configuración legal y de titularidad colectiva.
- Difundir dentro del foro nacional que la teoría del bien jurídico protegido de relevancia penal otorga el sustento material necesario para que se pueda tipificar y sancionar al fraude procesal como una conducta lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva.
- Recomendar a los profesores, estudiantes, fiscales y administradores de justicia, que siempre que se vaya a estudiar o aplicar una norma perteneciente a la Parte Especial del Derecho Penal (Infracciones en particular), se verifique si su bien jurídico protegido tiene origen constitucional y cumple con los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y mínima intervención penal.
- Conminar a la Asamblea Nacional para que ésta, en uso de sus atribuciones, realice una discusión mucho más exhaustiva, técnica y pormenorizada al momento de tipificar y sancionar conductas de importancia penal.
- Comunicar a los diversos órganos judiciales que actualmente el delito de fraude procesal, en su primera modalidad, es únicamente aplicable dentro de procedimientos civiles y/o penales y no en el resto de procesos jurisdiccionales como tampoco en aquellos de orden administrativo.

- Propagar entre los diversos organismos judiciales que la segunda variante del fraude procesal genera un ámbito ilimitado y arbitrario de aplicación, puesto que no posee verbo rector.
- Gestar en la Asamblea Nacional el inicio del respectivo procedimiento de reforma legal al artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal para que, bajo los lineamientos propuestos en la presente disertación, se proceda a sustituir la actual redacción que contiene al delito de fraude procesal.

BIBLIOGRAFÍA:

Aguirre Guzmán, V. (2010). *El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos*. *Foro*, 5-43. Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2976>

Aguirre, V. (2010). *La tutela judicial efectiva como derecho humano: una aproximación a su concepción y situación en el Ecuador*. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10644/925>

Albán Gómez, E. (2015). *Manual de Derecho Penal ecuatoriano Tomo I Parte General*. 1ª edición. Quito: Ediciones Legales.

Albán Gómez, E. (2018). *Manual de Derecho Penal ecuatoriano Tomo I Parte Especial*. 1ª edición. Quito: Ediciones Legales.

Alexy, Robert. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Araujo Granda, Ma. Paulina. (2010). *Derecho Penal Económico: Los Delitos Socioeconómicos en la Legislación Ecuatoriana*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Araujo Granda, Ma. Paulina. (2010). *El Derecho como ciencia. Manual de metodología y técnicas de la investigación jurídica*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Araujo Granda, Ma. Paulina. (2014). *La nueva Teoría del Delito económico y empresarial en Ecuador: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ávila, R. (2009). *Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2701/34.pdf>

Barreto Ardila, H. (2006) *Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia*. En Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Colombia: Universidad Externado de Colombia. Pp. 36 – 37.

Devis Echandía, H. (2012). *Compendio de Derecho Procesal*. 15ª edición. Vol. I. Bogotá: Editorial Temis.

Diez-Picazo Ponce de León, L. (s.f.). *Derecho y cambio social*. Recuperado de <https://www.derechoycambiosocial.com/revista010/tutela%20judicial%20efectiva.htm>

Encalada Hidalgo, P. (2015). *Teoría constitucional del delito. Análisis aplicado al Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Feijoo Sánchez, B. (2008). *Bien jurídico y delitos socioeconómicos*. En J. Boix Reig, & P. Lloria García, *Diccionario de Derecho Penal Económico* (págs. 143-155). España: Iustel.

Fontana, J. (1982). *Historia: análisis del pasado y proyecto social*. Barcelona: Crítica.

García Cavero, P. (2007). *Derecho Penal Económico Parte General* (Vol. I). Lima: Grijley.

García Cavero, P. (2012). *Derecho Penal Parte General*. 2ª edición. Lima: Jurista Editores.

García Morillo, J. (2016). *El derecho a la tutela judicial*. En López Guerra, L; Espín, E; García Morillo, J; Pérez Tremps, P & Satrústegui, M. *Derecho Constitucional Volumen I El Ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. (págs. 313 - 332). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Goig Martínez, J. M. (2015). *El derecho a la tutela judicial efectiva. Las garantías del artículo 24 de la Constitución*. En S. Sánchez González, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*. (págs. 385-422). Valencia: Tirant lo Blanch.

Gozaíni, A. (2008). *Malicia y temeridad en el proceso*. Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores.

Hernández-Romo Valencia, P. (2010). *El fraude procesal penal. Una nueva visión*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Martín Diz, F. (2014). *Revista Europea de Derecho Fundamentales*. Recuperado de <http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/article/view/96>

Martínez-Buján Pérez, C. (2007). *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. (2009). *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales. La constitucionalización del derecho penal*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Mir Puig, S. (2006) *Derecho Penal Parte General*. 8ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor.

Mir Puig, S. (2015) *Derecho Penal Parte General*. 10ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor.

Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2007). *Derecho Penal Parte General*. 7ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal Parte General*. 8ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Oyarte, R. (2014). *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*. 1ª edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Pazmiño Granizo, E. (2015). *La constitucionalización de la justicia en Ecuador: la experiencia del Código Orgánico Integral Penal*. En Ávila Santamaría, R (compilador). *Código Orgánico Integral Penal. Hacia su mejor comprensión y aplicación*. (págs. 11 – 19). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y Corporación Editora Nacional.

Pérez Tremps, P. (2016). *Los derechos fundamentales*. En López Guerra, L; Espín, E; García Morillo, J; Pérez Tremps, P & Satrústegui, M. *Derecho Constitucional Volumen I El Ordenamiento constitucional. Derecho y deberes de los ciudadanos*. (págs. 125 - 142). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Polaino Navarrete, M. (2010). *Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿Dos funciones excluyentes?* En Jakobs, G; Polaino Navarrete, M & Polaino-Orts. *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*. (págs. 30 - 55). Lima: Ara Editores.

Priori Posada (2008). *El Principio de la Buena Fe Procesal, el Abuso del Proceso y el Fraude Procesal*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17419/17699>

Real Academia Española & Consejo General del Poder Judicial. (2017). *Diccionario del Español Jurídico*. Consultado en <http://dej.rae.es>

Real Academia Española. (2018). *Diccionario de la Lengua Española*. Consultado en <http://dle.rae.es>

Rodríguez Moreno, F. (2018). *Curso de Derecho Penal. Parte General. Introducción al Derecho Penal* (Tomo I). Quito: Cevallos Editora Jurídica.

Rodríguez Mourullo, G. (2008). *Defraudación*. En J. Boix Reig, & P. Lloria García, *Diccionario de Derecho Penal Económico* (págs. 303-306). España: Iustel.

Roxin, C. (2010). *Derecho Penal Parte General* (Vol. I). (D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, & J. de Vicente Remesal, Trads.) Madrid: Civitas.

Roxin, C. (2016). *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?* (Ortiz de Urbina Gimeno, I. Trad.) En Hefendehl, R; Hirsch, A & Wohlers, W. *La teoría del Bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalatorios dogmático?* (págs. 433 - 448). Madrid: Marcial Pons.

Salas Parra, N. (2015). *El esquema del delito en el Código Orgánico Integral Penal*. En Ávila Santamaría, R (compilador). *Código Orgánico Integral Penal. Hacia su mejor comprensión y aplicación*. (págs. 81 - 89). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y Corporación Editora Nacional.

Salgado Pesantes, H. (2014). *Introducción al Derecho*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Sánchez Gonzáles, S. (2015). *Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. En S. Sánchez Gonzáles, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales* (págs. 19 - 46). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Sánchez Rubio, M. A. (2003). *Derecho a la tutela judicial efectiva Prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=854367>

Soledispa Toro, A. (2017). *Tutela judicial efectiva para víctimas de delitos sexuales en el sistema penal ecuatoriano*. Repositorio Institucional del Organismo de la Comunidad Andina, CAN. Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/6021>

Urquizo Olaechea, J. (2001). *Principio de determinación de la Ley Penal*. Recuperado de <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/3principio-de-determinacion-de-la-ley-penal.pdf>

Urs, K. (2013). *Los tipos de delito en el derecho penal económico*. En J.-M. Silva Sánchez, & F. Miró Llinares, *La teoría del delito en la práctica penal económica* (págs. 68-82). España: La Ley.

Zaffaroni, E; Alagia, A & Slokar, A. (2005). *Manual de Derecho Penal Parte General* 1ª edición. Buenos Aires: EDIAR.

Zaffaroni, E; Alagia, A & Slokar, A. (2008). *Derecho Penal Parte General*. 2ª edición. (Primera reimpresión). Buenos Aires: EDIAR.

Zavala Egas, J. (2011). *Teoría de la seguridad jurídica*. Recuperado de https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/Documents/iurisdictio_014.pdf

Zavala Egas, J. (2016). *Introducción al COGEP Reflexiones sobre los derechos fundamentales de protección*. Perú: Zavala Egas División académica.

Documentos previos a la redacción del Código Orgánico Integral Penal:

Asamblea Nacional del Ecuador (2013). *Proyecto de Código Orgánico Integral Penal*. Recuperado de <https://leyes.asambleanacional.gob.ec/>

Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional del Ecuador (2012). *Informe para primer debate del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal*. Recuperado de <https://leyes.asambleanacional.gob.ec/>

Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional del Ecuador (2013). *Informe para segundo debate del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal*. Recuperado de <https://leyes.asambleanacional.gob.ec/>

Consejo de Administración Legislativa (2011). *Memorando No. SAN-2011-1880*. Recuperado de <https://leyes.asambleanacional.gob.ec/>

Presidencia de la República. (2011). *Proyecto de Ley de Código Orgánico Integral Penal*. Recuperado de <https://leyes.asambleanacional.gob.ec/>

Presidencia de la República. (2014). *Objeción parcial al Proyecto de Código Orgánico Integral Penal*. Recuperado de <https://leyes.asambleanacional.gob.ec/>

Normativa nacional:

Asamblea Nacional del Ecuador. *Código Orgánico Administrativo*. (07 de julio de 2017). Registro Oficial Suplemento: [N° 31 de 2017].

Asamblea Nacional del Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial*. (09 de marzo de 2009). Registro Oficial Suplemento: [N° 544 de 2009].

Asamblea Nacional del Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*. (22 de mayo de 2015). Registro Oficial Suplemento: [N° 506 de 2015].

Asamblea Nacional del Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. (10 febrero de 2014). Registro Oficial Suplemento: [N° 180 de 2014].

Asamblea Nacional del Ecuador. *Ley Orgánica de la Función Legislativa*. (27 de julio de 2009). Registro Oficial Suplemento: [N° 642 de 2009].

Asamblea Nacional del Ecuador. *Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico Integral Penal*. (30 de septiembre de 2015). Registro Oficial Tercer Suplemento: [N° 598 de 2015].

Codificación Penal de Ecuador. (1971). (22 de enero de 1971). Registro Oficial Suplemento: [N° 147].

Código Penal de Ecuador. (1837). (14 de abril de 1837). Registro Auténtico: [Decreto Legislativo N° 0].

Código Penal de Ecuador. (1871). (03 de noviembre de 1871). Registro Auténtico: [Decreto Legislativo N° 0].

Código Penal de Ecuador. (1889). (04 de enero de 1889). Registro Auténtico: [Decreto Legislativo N° 0].

Código Penal de Ecuador. (1906). (18 de abril de 1906). Registro Oficial Suplemento: [N° 147].

Código Penal de Ecuador. (1938). (22 de marzo de 1938). Registro Auténtico: [Ley N° 7].

Congreso Nacional del Ecuador. *Código de Procedimiento Penal*. (13 de enero de 2000). Registro Oficial Suplemento: [N° 360 del 2000].

Congreso Nacional del Ecuador. *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. (18 de marzo de 1968). Registro Oficial: [N° 228 de 1968].

Constitución de la República del Ecuador. (2008). (20 de octubre de 2008). Registro Oficial: [N° 449 de 2008].

Constitución Política del Ecuador. (1998). (11 de agosto de 1998). Registro Oficial: [N° 1 de 1998]. Recuperado de http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo15.pdf

Normativa extranjera:

Código Penal de Argentina. (1921). (29 de octubre de 1921). Boletín Oficial de la República Argentina: [Ley Núm. 11.179]. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/norma.htm>

Código Penal de Bolivia. (2017). (15 de diciembre de 2017). Boletín Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia: [Ley Núm. 1005]. Recuperado de <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/index.php/normas/descargar/157168>

Código Penal de Chile. (1874). (12 de noviembre de 1874). Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984&idParte=0&r=6>

Código Penal de Colombia. (2000) (24 de julio de 2000). Diario Oficial de Colombia: [Ley Núm. 599 de 2000]. Recuperado de <http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/FullDocumentVisualizer/LexInteramerican/aFullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=273>

Código Penal de España. (1995) (23 de noviembre de 1995). Boletín Oficial del Estado: [Ley Orgánica Num. 10/1995]. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&tn=1&p=20190302&acc=Elegir>

Código Penal de Paraguay. (1997). (01 de diciembre de 1997). Gaceta Oficial de la República del Paraguay: [Ley Núm. 1160]. Recuperado de <http://www.gacetaoficial.gov.py/index/getDocumento/53491>

Código Penal de Perú. (1991). (08 de abril de 1991). Diario Oficial El Peruano: [Decreto Legislativo Núm. 635]. Recuperado de http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf

Código Penal de Uruguay. (1967). (26 de octubre de 1967). Diario Oficial. [Decreto Núm. 698/967]. Recuperado de <http://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>

Código Penal de Venezuela. (2000). (20 de octubre de 2000). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela: [Núm. 5494 Extraordinario]. Recuperado de https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo6.pdf

Constitución española. (1978). (29 de diciembre de 1978). Boletín Oficial del Estado: [Núm. 311 de 1978]. Recuperado de: <https://www.boe.es/legislacion/constitucion.php>

Constitución Política de Colombia. (1991). (13 de junio de 1991). Gaceta Constitucional: [Núm. 114 de 04 de julio de 1991]. Recuperado de https://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm

Sentencias:

Corte Constitucional de Colombia (12 de mayo de 1995) *Sentencia No. T-207/95* [MP Alejandro Martínez Caballero]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-207-95.htm>

Corte Constitucional de Ecuador (03 de febrero de 2016). *Sentencia N° 036-16-SEP-CC. Caso N° 0610-14-EP* [MP Alfredo Ruiz Guzmán]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/036-16-SEP-CC.pdf>

Corte Constitucional del Ecuador (19 de diciembre de 2013) *Sentencia No. 0121-13-SEP-CC. Caso N° 0586-11-EP* [MP Fabián Marcelo Jaramillo]. Recuperado de http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2013/121-13-SEP-CC/REL_SENTENCIA_121-13-SEP-CC.pdf

Tribunal Constitucional de España. (02 de abril de 1986). *Sentencia 41/1986* Recuperado de <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/604>

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

CÉDULA DE CIUDADANÍA No. 172325216-7

APellidos y Nombres: CARRILLO MINIGUANO PEDRO GABRIEL

Lugar de Nacimiento: PICHINCHA QUITO CHAUPICRUZ

Fecha de Nacimiento: 1996-07-02

Nacionalidad: ECUATORIANA

Sexo: M

Estado Civil: SOLTERO





INSTRUCCIÓN BÁSICA PROFESIÓN / OCUPACIÓN ESTUDIANTE V3343V2222

APellidos y Nombres del Padre: CARRILLO TOAPANTA JULIAN RENE

APellidos y Nombres de la Madre: MINIGUANO GUACHAMIN SONIA PILAR

Lugar y Fecha de Expedición: QUITO 2014-07-08

Fecha de Expiración: 2024-07-08

Director General: *[Signature]*

Firma del Cedulado: *[Signature]*




CERTIFICADO DE VOTACIÓN
24 - MARZO - 2019

0025 M JUNTA No. 0025 - 108 CERTIFICADO No. 1723252167 CÉDULA No.

CARRILLO MINIGUANO PEDRO GABRIEL
APELLIDOS Y NOMBRES

1723252167

PROVINCIA: PICHINCHA

CANTÓN: QUITO

CIRCUNSCRIPCIÓN: 1

PARROQUIA: COTOCOLLAO

ZONA: 1





ELECCIONES SECCIONALES Y CPCCS
2019

CIUDADANA/O:

ESTE DOCUMENTO ACREDITA QUE USTED SUFRAGÓ EN EL PROCESO ELECTORAL 2019

[Signature]
PRESIDENTE/E DE LA JRV

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, **Pedro Gabriel Carrillo Miniguano**, con C.C. **1723252167**, en mi calidad de autor del trabajo de graduación intitulado: "*Análisis crítico de la tipología del fraude procesal en relación a la tutela judicial efectiva como bien jurídico protegido en el Ecuador*", previo a la obtención del título profesional de Abogado en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador:

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 de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 01 de julio de 2019.


Pedro Gabriel Carrillo Miniguano.
C.C.: 1723252167.