

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE

ABOGADO

**“LA ELIMINACIÓN DE LA EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA EN
ACTIVIDADES DEPORTIVAS DENTRO DEL CÓDIGO ORGÁNICO
INTEGRAL PENAL”**

NOMBRE: PEDRO LUCAS GUADALUPE OÑATE

DIRECTOR: DR. MARCELL CHAVEZ

QUITO, MAYO 2017

*Serif: Por favor agregar al expediente del estudio aliti, previo a contener por el trámite respectivo.
Tomar nota de la recomendación de publicación del Trabajo.
Gracias.
30/05/2017*



CARDENAS
ASESORIA LEGAL

Quito, DM, 30 de mayo de 2017

Señor, Doctor
Gonzalo Vaca Dueñas
SECRETARIO – ABOGADO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
Presente.-

De mi consideración:

En contestación a su gentil oficio N°. 038-SJG-2017 de fecha 12 de mayo de 2017, sobre la designación hecha a mi persona como profesor informante de la Disertación de abogacía titulada "LA ELIMINACIÓN DE LA EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA EN ACTIVIDADES DEPORTIVAS DENTRO DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL", previo a la obtención del título de Abogado; luego de revisar el ejemplar adjunto entregado, a usted informo:

1. Pertinencia:

Desde la perspectiva del Derecho Deportivo la tesis desarrollada es un aporte importante en un problemática actual, la misma que requiere de estudios más pormenorizados, pero que denotan la intención de autor de apartarse de temas desgastados e ingresar en un ámbito de la investigación jurídica muy nueva en nuestro país y por ende complicada en su realización.


2. Sobre el tema y contenidos:

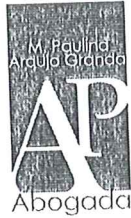
- a) Es una tesis que trata un tema netamente penal, aplicada a la realidad deportiva, es decir tiene pertinencia con una investigación jurídica.
- b) Sobre el contenido de la obra, cabe señalar que pese a la falta de fuentes de consulta específicas en la legislación y doctrina ecuatoriana, el trabajo del autor está orientado a un análisis correcto sobre la excusa legal absolutoria, contextualizada dentro del ámbito jurídico deportivo, ya que se lo confronta con el régimen disciplinario, característica esencial del sistema sancionador en el deporte.



- c) Sobre las conclusiones y recomendaciones el autor reconoce las diferencias entre estos dos campos jurídicos, los cuales generan a este momento de vigencia del COIP, un régimen diferente para la aplicación en juzgamientos de los hechos deportivos que causaren daños a la integridad de terceros, sin embargo resultan limitadas la recomendaciones hechas en el trabajo de investigación, ya que es de esperar una propuesta real y práctica para la eventual reforma del Código Orgánico Integral Penal.
3. Nota:
- Sobre la nota del trabajo escrito de disertación objeto de este informe es de nueve sobre diez (9/10). Por tal razón sugiero la publicación del trabajo de investigación realizado por el señor Pedro Lucas Guadalupe Oñate.

Atentamente,


MSc. Giovanni Cárdenas Galarza
DOCENTE
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PUCE



Quito, 22 de mayo del 2017

Señor Doctor
Iñigo Salvador Crespo
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
Presente.-

De mis consideraciones:

En contestación al atento oficio No. 0039-SJG-2017, de 12 de mayo del presente año, suscrito por el señor Secretario Abogado de la Facultad y, encontrándome dentro del plazo correspondiente, me permito emitir el informe requerido en relación a la Disertación de Abogacía realizada por el señor estudiante **PEDRO LUCAS GUADALUPE OÑATE**, intitulada: *“La eliminación de la excusa legal absolutoria en actividades deportivas dentro del Código Orgánico Integral Penal”*, en los siguientes términos:

1.- ASPECTO CUALITATIVO DE LA INVESTIGACIÓN

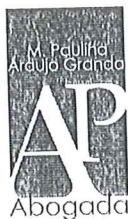
Revisado minuciosa y exhaustivamente como ha sido el trabajo investigativo, no cabe duda que la oferta académica propuesta por el señor Guadalupe es muy interesante y demuestra una preocupación más que válida, en torno a la manera en cómo la Asamblea Nacional enfocó la estructuración de nuestro régimen penal actualmente vigente.

Para esto, el autor centra su legítima preocupación en la eliminación de dos excusas legales absolutorias que cobijaron a las actividades deportivas en el ex Código Penal, mismas que excluyeron de suyo la punición de conductas que, aunque se conectaban con la vulneración de dos bienes jurídicos: la integridad personal y la vida, no tuvieron relevancia penal, cuando sus agentes demostraban haber actuado bajo el amparo de los reglamentos correspondientes.

Hasta aquí, el planteamiento genérico se muestra por demás relevante; sin embargo, por la desprolijidad formal al redactar la disertación, que va desde groseras faltas de ortografía, pasando por la confusión de instituciones penales y constitucionales y,

Juan González 35-26 y Juan Pablo Sanz
Edificio Vizcaya II Torre Norte Oficina 4-A
Quito-Ecuador
Teléfono: 593 (2) 2242275
www.araujoasociados.net
paulina@araujoasociados.net

Recibido 22/05/2017



mayor detalle la pertinencia de un sistema de causas de justificación en materia penal”, supone una ignorancia del propósito de una causa de justificación y la consecuente eliminación de la antijuridicidad de una conducta típica, que dicho sea de paso, no es un asunto conectado al Derecho Constitucional, sino que forma parte de la política penal del Estado y su manera de enfrentar el fenómeno delictivo. En tal caso, si quería acudir a los principios de interpretación constitucional, debió desarrollar la ponderación de bienes jurídicos, que de todos modos se alejan de la temática central de la disertación.

También en la página 12, dentro del número 1.1 “La responsabilidad como presupuesto de la punibilidad”, hace referencia al maestro Beling; pero nada dice acerca de su magno aporte de la doctrina del Delito-Tipo, que es justamente lo que se esperaba en esta disertación, que hace una crítica del trabajo legislativo de creación del Código Orgánico Integral Penal.

Como referencia, debo decir que la doctrina del Delito-tipo (*Tatbestand*) o “delito-tipo jurídico penal” de Beling, para ser integralmente comprendida, precisa de una delimitación de varias instituciones, que permitan al fin de cuentas distinguir las implicaciones del principio de adecuación en la definición del delito y, además, la distinción entre los elementos “normativo” y “subjetivo” de la tipología.

- e) En el tercer párrafo de la página 14, puedo entender que el señor Guadalupe Oñate asume que dentro del texto de la Constitución se pueden *delimitar delitos y penas*. Esto no es del todo correcto; es más, la mayor parte de constitucionalistas hacen notar que la Constitución, hasta por su manera de aprobación, no puede asumir la competencia, que está reservada única y exclusivamente a la *ley*.

No está por demás indicar que Ecuador, no solo reconoce como derecho fundamental a la legalidad de las infracciones (y no solo las penales) (Numeral 3 del artículo 76 de la Constitución), sino que también establece la *reserva de ley* dentro de las atribuciones de la Asamblea, justamente para la creación de las infracciones y respectivas sus consecuencias jurídicas. (Cfr. numeral 2 del artículo 132 de la CE)

- f) En la página 25, consta la siguiente afirmación: “ (...) en respeto del principio de mínima intervención del derecho penal, evitándose la proliferación de tipos penales represivos”. Me pregunto yo qué tipo penal no es represivo, si la pena en sí misma

st



ver con su texto, que al fin de cuentas normativiza la autonomía de las organizaciones deportivas y la administración de los escenarios y sitios para la práctica del deporte.

- m) En la página 54, cuando intenta explicar al elemento subjetivo culposo, lo equipara a la violación de reglas; esto nos expone a una no delimitación puntual acerca de los alcances del dolo (y sus tres tipos) y la violación del deber de cuidado.
- n) En la página 58, no se expone con propiedad y concreción la diferencia que existe entre los delitos y las contravenciones.

Para terminar, debo decir que el último capítulo logra solventar parte de los errores descritos en los literales anteriores; empero, por estar desprovisto de citas precisas, hace prevalecer los errores de forma por sobre el contenido material de la disertación que, como lo señalé en el inicio del presente informe, es interesante y válido.

2.- ASPECTO METODOLÓGICO: ERRORES DE FORMA EN EL MANEJO DE LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO

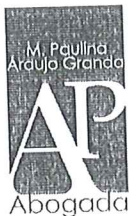
En relación a los aspectos metodológicos que debieron observarse en el trabajo académico, debo indicar que se constatan graves falencias.

2.1 Faltas de ortografía:

Hay gran cantidad de faltas de ortografía, entre las que resalta la omisión de tildes. El autor en algunas páginas tilda las mayúsculas y en otras no. Las mayúsculas siempre deben ser tildadas.

Pido a usted señor Decano constatar, a manera de ejemplo, los errores ortográficos en las siguientes páginas: *carátula* (no tilda la palabra “disertación” ni la palabra “título”), *tabla de contenidos* (no tilda la palabra “capítulos”) y luego, la palabra “*introducción*”, tampoco la tilda.

En el contenido del trabajo, hay faltas, *entre otras*, en las páginas: 19, 20, 21, 24, 41, 44, 50, 51, 53 (coloca todo en mayúsculas la frase en latín), 56, 62, 64, 74 y 77.



3.- RELEVANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

La Disertación de Abogacía presentada, se consolida en un trabajo aceptable en lo que respecta al planteamiento de una reconsideración acerca de las excusas legales absolutorias, vinculadas con las actividades deportivas *reconocidas* en el Ecuador; empero, se debió haber expuesto lo que ocurriría también en aquellas actividades que aún no logran ser reguladas de forma adecuada.

4.- BIBLIOGRAFÍA REVISADA

La bibliografía que consta al final de la disertación se muestra, en su mayor parte, coincidente con su contenido. Por otro lado, las entrevistas realizadas y que constan como anexos, son un muy valioso aporte para el trabajo.

5.- CALIFICACIÓN

Todo lo señalado en el presente informe me permite calificar la disertación escrita con la nota de **7/10**, recalcando una vez más que me reservo el derecho, en el curso de la defensa oral, de cuestionar al autor acerca de aspectos básicos de la teoría del delito y fundamentos constitucionales del *ius puniendi*.

Aprovecho señor Decano la oportunidad para expresarle mis sentimientos de consideración y respeto.

Muy Atentamente,

M. Paulina Araujo Granda, PhD ©
DOCENTE DEL ÁREA PENAL

AGRADECIMIENTO

A Dios por siempre estar a mi lado guiándome, cuidándome y acompañándome.

A mi Colegio Virgilio Drouet por hacer que siempre recuerde que: “El premio al esfuerzo es el triunfo”, y a María Elena Barragán quien abrió las puertas de un nuevo y exitoso mundo.

A la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y su Facultad de Jurisprudencia, por todo lo vivido, aprendido y establecido.

Al Doctor Arturo Donoso Castellón por ser mi maestro, jefe y mi gran amigo.

Al Doctor Marcell Chávez por su invaluable apoyo en la dirección de esta disertación y su amistad sincera.

Al Doctor Giovanni Cárdenas por su gran apoyo, su enseñanza y amistad.

DEDICATORIA

A mis padres, Rosita Oñate y César Guadalupe, quienes son mi inspiración, fuerza y sostén.
Por todo lo que hacen cada día, esto es para ustedes. Les amo.

A mi hermano Cesitar, por todo su apoyo, cariño y ejemplo. Orgulloso de poder ser tu
colega nano.

A mi hermano Matías, por todo apoyo, compañía y amor.

A mis abuelitos Marujita, Lidita y Papá Gualbertito, por su ejemplo y cariño.

A toda mi familia, por su apoyo y preocupación.

RESUMEN

La presente disertación es un análisis sobre la eliminación de la excusa legal absolutoria deportiva del ordenamiento jurídico ecuatoriano, sus implicaciones jurídicas y la importancia de un reintegro de dicha figura. El Código Penal derogado establecía en sus artículos 462 y 473 la excusa legal absolutoria en materia deportiva, en donde se preveía que el homicidio y las lesiones causadas por un deportista, en el acto de un deporte y en contra de otro deportista, no sería penado en los casos en los que claramente no existió intención ni violación de los respectivos reglamentos y, siempre que se trate de un deporte no prohibido en la República del Ecuador.

Actualmente, la excusa legal absolutoria deportiva no se encuentra prevista en el Código Orgánico Integral Penal, lo cual da lugar a que cualquier daño a la integridad física de un deportista, en la práctica de un deporte y bajo las reglas de juego, pueda constituirse en delito y se deba responder penalmente por ello. Por tal razón, en esta disertación, se analiza a fondo la relevancia de dicha figura, las razones que tuvo el legislativo para eliminarla y la realidad jurídica actual derivada de aquello. Finalmente, se analiza no solo el reintegro de la excusa legal absolutoria deportiva, sino la posibilidad de incorporar en el COIP un título que verse sobre delitos deportivos.

ABSTRACT

This dissertation is an analysis on the elimination of the absolatory legal sport excuse from the Ecuadorian legal system, its legal implications and the importance of a reinstatement of said figure. The absolatory legal sport excuse was established in the articles 462 and 473 of the repealed Criminal Code, where it was envisaged that homicide and injuries caused by an athlete, in the act of a sport against another athlete, would not be punished in cases where there was clearly no intention or violation of the respective regulations and, provided that it is not a sport forbidden in the Ecuadorian Republic.

At present, this absolatory excuse is not provided for in the Integral Criminal Code, which causes that any damage to the physical integrity of an athlete, in the practice of a sport and under the rules of the game, can be constituted a criminal offense and must be held criminally liable for it. For this reason, we analyze in depth the relevance of this figure, the reasons that the legislative power had to eliminate it and the current legal reality derived from it. Finally, we analyze not only the reinstatement of the legal excuse, but also the possibility of incorporating a title that deals with sports crimes in the COIP.

Tabla de contenidos

AGRADECIMIENTO.....	ii
DEDICATORIAiii
RESUMEN.....	.iv
ABSTRACT.....	v
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: LA RESPONSABILIDAD PENAL Y LA EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA ...	10
1.1. La responsabilidad como presupuesto de la punibilidad.....	12
1.2. Los fundamentos de la responsabilidad penal.....	15
1.3. La culpabilidad como factor decisivo de la responsabilidad jurídico-penal.	19
1.4. Las condiciones objetivas de la punibilidad.....	24
1.5. Las Excusas Legales Absolutorias	26
1.6. Clases de Excusas Legales Absolutorias.....	28
1.6.1. Encubrimiento entre parientes.....	29
1.6.2. Sustracciones entre parientes	29
1.6.3. La regularización fiscal	30
1.6.4. Retracción del falso testimonio	31
1.6.5. Denuncia del cohecho	31
1.6.6. Evitar la propagación de incendios	32
1.6.7. Comunicación del lugar de estancia en la sustracción de menores por uno de sus progenitores.....	32
1.6.8. Revelación útil de la rebelión.....	33
1.6.9. Revelación útil de la sedición.....	33
1.6.10. La prescripción.....	34
1.6.11. Delitos cometidos en operaciones encubiertas.....	34
CAPÍTULO II: DEPORTE Y DERECHO PENAL.....	36
2.1. El Derecho Penal y su conexión con el deporte	38
2.2. La violencia en el deporte	40
2.3. Las conductas permitidas en el deporte.....	45
2.3.1. El dopaje.....	48
2.4. El Delito Deportivo	50

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo versa sobre la eliminación de la excusa legal absolutoria en actividades deportivas dentro del Código Orgánico Integral Penal en el Ecuador. La eliminación de esta excusa legal absolutoria, sin duda, genera un serio problema, el cual se centra en la práctica deportiva, especialmente en deportes de contacto, ya que siempre existe la posibilidad de generarse daños en la integridad física de los deportistas. Con la eliminación de la excusa legal absolutoria en deportes del COIP, cualquier daño a la integridad física de un deportista, en la práctica del deporte, podría constituirse en un delito.

La excusa legal absolutoria deportiva no se encuentra contemplada dentro del Código Orgánico Integral Penal, lo cual da lugar a que cualquier daño a la integridad física de un deportista, en la práctica del deporte, pueda constituirse en delito, desde lesiones hasta asesinato. El Código Penal derogado establecía en su artículo 462 la excusa legal absolutoria en materia deportiva, en donde se preveía que el homicidio causado por un deportista, en el acto de un deporte y en la persona de otro deportista en juego, no sería penado al aparecer claramente que no hubo intención ni violación de los respectivos reglamentos, y siempre que se trate de un deporte no prohibido en la República del Ecuador. Consecuentemente, podemos observar que dicha disposición constituía un eximente de responsabilidad para los homicidios causados entre deportistas dentro de la práctica de un deporte legalmente reconocido.

En tal razón, es necesaria la incorporación de una excusa legal absolutoria referente a actividades deportivas dentro del Código Orgánico Integral Penal, que verse sobre casos de homicidio originados dentro de actividades deportivas de contacto, lesiones y delitos deportivos en general. Esto constituirá una respuesta efectiva al vacío legal existente dentro del ordenamiento jurídico penal ecuatoriano.

Desde el punto de vista teórico el Derecho Penal se sanciona conductas que contravengan la coexistencia pacífica y libre de los ciudadanos, pero como lo señala el mismo Roxin "(...) dado que la Ley penal limita al particular en su libertad de acción, no está permitido prohibir más de lo necesario para conseguir la coexistencia pacífica y libre". Esto se asegura con el carácter de última ratio, por lo que no habría necesidad de acudir al Derecho Penal, sino en los casos donde ya no sea posible con otras alternativas sociales, controlar resultados

libres de conductas que pueden englobarse en alguno de los tipos penales, encontrándose recogidas en nuestro Código Penal (Prieto, 2009, págs. 2-3). Así, se trata de un tema recurrente en la doctrina penal, el cual trata las acciones que se producen en un acto deportivo cuando se lesiona un bien jurídico. Dentro de la actividad deportiva se permite la utilización del contacto físico, e incluso la violencia en algunos casos, como parte integrante de dicha actividad.

La conducta deportiva que provoca lesiones y violencias conforme al reglamento, no contraviene el derecho, es decir, no lesiona el interés legítimamente protegido por el Estado, (bienes jurídicos), de allí que el acto no sea punible. Esta juricidad de las violencias o lesiones intradeportivas, tienen un fundamento, que las hace de naturaleza impune y por lo tanto no reprimibles ni perseguidas por el Derecho Penal (Loayza Gamboa, 2006). Debido a esto, pueden producirse lesiones corporales al realizar determinadas actividades. Estas se pueden justificar, siguiendo la clasificación de Morillas Cueva, mediante la ilicitud jurídica excepcional, la costumbre, la adecuación social, el fin reconocido por el Estado, las normas culturales, la inexistencia de figura delictiva, el consentimiento, el derecho profesional, el riesgo permitido, el móvil no contrario a derecho o la acción consciente a riesgo propio (Prieto, 2009, pág. 5).

En razón de enriquecer a la presente investigación se utilizó métodos cualitativos en el desarrollo del mismo, como, por ejemplo: la búsqueda de ejemplos relacionados a excusas legales absolutorias en deportes en el derecho comparado, con el fin de contrastar diferentes realidades y conocer los diferentes tipos de tratamientos y soluciones que se le da a este problema; y entrevistas a profesionales del derecho especializados en Derecho penal y deportivo, los cuales contribuyan a fortalecer la tesis propuesta dentro de la presente investigación.

Dicho esto, la presente investigación se estructura en tres capítulos. El primer capítulo se centra alrededor de la responsabilidad penal en general y en un primer acercamiento a la excusa legal absolutoria. Este capítulo contiene un estudio sobre la responsabilidad penal, la culpabilidad y punibilidad, en relación a las excusas legales absolutorias. Además se realiza una investigación referente a las excusas sobre su origen, elementos y aplicación.

CAPÍTULO I: LA RESPONSABILIDAD PENAL Y LA EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA

El concepto de responsabilidad es probablemente uno de los pilares fundamentales de todo ordenamiento jurídico, de hecho, si no se hablase de responsabilidad sería extremadamente difícil entender el derecho, por cuanto nos faltaría el elemento por el cual reacciona el aparato judicial frente a la infracción de un determinado precepto jurídico, y es que, inclusive en la actualidad, se concibe al derecho desde una de sus facetas más importantes: el elemento coactivo, siendo este, claramente identificable en todas las ramas del derecho sea civil, penal, administrativo, constitucional, laboral etc., cada uno con sus propias peculiaridades y consecuencias respectivas.

Dentro del Derecho penal, en particular, uno de los principales dilemas a los que se enfrentan los ordenamientos jurídicos contemporáneos radica esencialmente en el detalle de los denominados catálogos de delitos, que configuran el ya conocido juicio de reproche que realiza el Estado frente a una conducta socialmente desaprobada. Sobre esta conducta individualizada, se han elaborado sendas teorías que circunscriben la responsabilidad del sujeto y la graduación de su pena o sanción. Precisamente, las principales teorías que se han desarrollado dentro de la ciencia penal (criminal) han sido elaboradas como reacción a una preocupación inevitable dentro de la praxis jurídica: la vaguedad e indeterminación de ciertos delitos que dan lugar a no pocos obstáculos por parte de los jueces para poder justificar sus decisiones en materia penal.

Por tal consideración y con el objeto de paliar aquella falta de certeza o indeterminación frecuente dentro de los ordenamientos jurídicos, y sobre cuya determinación y claridad se ha desarrollado un vasto sistema doctrinario que hasta la actualidad se encuentra en constante evolución, desde la formulación clásica de la teoría del delito, hasta los nuevos sistemas garantistas, la teoría de la responsabilidad pretende encontrar su propia rama científica dentro del macro Derecho penal reconociéndose en la actualidad como axioma ineludible al estudiar la teoría del delito contemporáneo.

como el orden social, paz social, legalidad, utilidad social. Por tal consideración iniciaremos el desarrollo de la responsabilidad penal, como presupuesto de la punibilidad, íntimamente relacionada con los fines del Derecho penal, así como su concepción y desarrollo dentro de la teoría del Derecho penal general; para con ello, analizar a detalle el sistema garantista penal establecido dentro del nuevo modelo del constitucionalismo contemporáneo, en el cual se ha logrado vislumbrar con mayor detalle la pertinencia de un sistema de causas de justificación en materia penal, en la medida de que ellas logran obtener una motivación basada en diversos principios tales como: la paz social, oportunidad, ponderación de bienes, legalidad, mínima intervención del Derecho penal entre otros; y que, en definitiva, pretenden proteger tanto los bienes jurídicos considerados trascendentales por la sociedad así como también aquellas garantías mínimas que subyacen del nuevo sistema constitucionalista acentuado especialmente dentro del plano penal.

1.1. La responsabilidad como presupuesto de la punibilidad

En la formulación clásica de la teoría del delito, el elemento responsabilidad no fue analizado con la pertinencia que se merecía; este presupuesto, simplemente se equiparaba como un “status” en la definición del delito (Nino, 1980), en tal sentido, Beling, uno de los prominentes tratadistas de la teoría clásica del delito, en su obra *Lehre vom Verbrechen* definió al delito como aquella acción adecuada a un tipo antijurídico y culpable y sujeto a sanción penal (1906). Este principio claramente conocido y enseñado dentro de las facultades de derecho al tratar el delito, ha sido plenamente aceptado como las condiciones esenciales en la estructura del delito.

Dentro del caso que nos atañe, la responsabilidad, en esta primera fase de la doctrina clásica penal, se integra dentro del presupuesto de la acción, y es considerada como un comportamiento corporal (considerado como el aspecto externo), realizado voluntariamente (aspecto interno) por parte de un agente humano, y que, en definitiva puede consistir tanto en el hecho de hacer como omitir algo (lo que se denominaría la acción por omisión) (Nino, 1980, pág. 40). Bajo tal contenido, la responsabilidad se asocia con el comportamiento humano que encamina la acción u omisión, así pues, para Beling (1906) un hombre es “imputable” cuando este posee la capacidad general de dirigir la acción con conocimiento de su posible carácter antijurídico.

pág. 43), de ahí que, en esta fase, el principio de legalidad se haya afianzado de una manera tan trascendental que, en la actualidad, y al menos dentro de los sistemas occidentales romanos, sea considerado como uno de los principios básicos del Derecho penal; es por esta razón que Feuerbach considera a la ley como el elemento intimidatorio por excelencia para los ciudadanos en la pretensión del cometimiento de algún hecho delictivo.

Por otra parte, el principio de legalidad jugó un papel preponderante en la formación de los primeros estados democráticos, ya que, solamente a través de este, se logró plasmar los valores superiores del ordenamiento jurídico referentes a valores políticos, a la libertad, la justicia y la igualdad y cuya protección se daba en la ley, la cual permitía y disciplinaba las sanciones tanto en el ámbito penal como el administrativo (Lopez Barja de Quiroga, Tratado de Derecho Penal, 2010), y, especialmente, dentro del ámbito penal, se ha considerado que es la norma, la única que debe contener todos los presupuestos que condicionan la pena, y que definen y precisan el comportamiento así como también la graduación de la responsabilidad mediante una pena expresamente indicada, de allí que las cláusulas o conceptos jurídicos indeterminados constituyen una falta de certeza y, en última instancia, a la violación del principio de legalidad penal.

Es probable que el desarrollo de la legalidad, así como los subprincipios que se derivan de ella en materia penal haya significado una de las trascendentales garantías que posee el procesado en los procesos judiciales modernos, al permitirse conocer a todos los ciudadanos el catálogo de delitos y penas establecidas por parte del órgano legislativo bajo los presupuestos condensados, dentro de un cuerpo normativo superior (Constitución). No obstante, el pretender que una ley pueda regular plenamente todas las circunstancias atinentes al delito y el establecimiento de responsabilidades a los agentes, es algo irreal, más aún cuando inclusive en la actualidad poseemos leyes penales en blanco o leyes remisorias que configuran una verdadera incertidumbre y angustia al procesado. Teniendo en cuenta que la ley es obra del intelecto humano y que siempre debe tender a ser perfectible, la doctrina penal comenzó a cuestionar el macro poder que ilusoriamente se le adjudicó a la ley, para desencantarse por criterios más empíricos que habían sido oportunamente aplicados dentro del sistema anglosajón, y es que, a través de los casos jurisprudenciales, en los cuales se articulaban los delitos y las penas mediante casos previamente resueltos (Lopez Barja de

pena, y en otro sentido la graduación de esta. Así, para Bacigalupo el principio de culpabilidad: “por un lado condiciona el si de la pena; por el otro el cuanto de la misma”. Lo dicho se traduce en que solamente puede considerarse una pena debidamente impuesta cuando el actor obró con el elemento de culpabilidad en su accionar, así como también, la graduación de la pena no puede superar la culpabilidad del autor.

Tal concepción revolucionó la teoría misma del Derecho penal al orientar el estudio del derecho mismo, ya no hacia la producción del acto lesivo, sino hacia el autor y las circunstancias que motivaron el cometimiento del delito, así como el comportamiento de este frente al escenario producido y sus posibles alternativas. En ese sentido se ha referido López Barja de Quiroga (2010) quien respecto del principio de culpabilidad refiere lo siguiente:

“hoy día, mayoritariamente, se considera que existe culpabilidad cuando la persona en el caso concreto pudo actuar de otra manera, ha infringido la norma cuando podía no haberlo hecho; ha actuado contra derecho y podía actuar conforme al mismo. (...) para reprochar a una persona un hecho es preciso que en las circunstancias del caso hubiera tenido una alternativa, de modo que pese a dicha alternativa decidió infringir la norma cuando podía haber actuado de un modo distinto” (Lopez Barja de Quiroga, Tratado de Derecho Penal, 2010)

Nótese el cambio de paradigma dentro de la construcción del delito mismo al incluirse el elemento de la culpabilidad como un acápite propio de la estructura del delito. De ahí que, en el Derecho penal clásico encontramos a la acción y la producción del delito como elementos significativos del delito, sin embargo, dentro de la teoría general del delito actual, encontramos como elemento conexo del delito a la culpabilidad mediante la cual se fundamenta y se gradúa la pena tomándose en consideración las alternativas que pudo haber tenido el agente y la libertad de este en su decisión de obrar.

En este escenario, la responsabilidad penal constituye un fundamento integrante de la culpabilidad, inclusive para algunos tratadistas ambos presupuestos se confluyen como sinónimos (Montes Huapaya, s.f.), y es que, desde su concepción se encuentran varios matices concordantes entre sí, como por ejemplo, al análisis del merecimiento de la pena, algo que es plenamente analizado por el principio de culpabilidad, o el estudio de la finalidad

“La responsabilidad designa, tras la antijuridicidad, una valoración ulterior y que por regla general da lugar a la punibilidad, en el marco de la estructura del delito. (...) la responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto. Quien cumple los requisitos que hacen aparecer como responsable a una acción típicamente antijurídica se hace acreedor, desde los parámetros del Derecho penal, a una pena. Los presupuestos de la responsabilidad jurídicopenal son, entre otros, la culpabilidad”. (Roxin, Política criminal y sistema del derecho penal, 2002)

Este enfoque metodológico propugnado por Roxin, dota de autonomía a la responsabilidad, y va más allá de su mera independencia como presupuesto, sino que, adicionalmente se reconocen dos “datos” que se engloban dentro de la responsabilidad: la culpabilidad del sujeto y la necesidad preventiva de la sanción penal que se deduce en la ley. En el primer escenario, Roxin afirmaba que, el sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico penal pese a que, todavía, le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era, psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme al derecho (Roxin, Derecho Penal, Parte General , 2010, pág. 792). Tal afirmación hace énfasis en reconocer la plena capacidad del agente y su conocimiento de la infracción que pretende cometer, siendo de este modo plenamente culpable por cuanto en sus decisiones (fuero interno) decidió deliberadamente proceder con la consumación del injusto penal.

Con respecto a la necesidad preventiva de la sanción penal, Roxin considera que la pena debe constituir un mecanismo disuasorio, siendo inoportuno la exposición de fundamentaciones especiales, de este modo, la responsabilidad “se da sin más con la existencia de la culpabilidad”. Sin lugar a dudas los fines de la pena constituye un tema “ciertamente complejo” (Roxin, Política criminal y sistema del derecho penal, 2002), sin embargo, se ha logrado acordar que la “prevención” y el carácter preventivo del Derecho penal debe ser encausado dentro de la técnica legislativa en la regulación de las penas; y es, dentro de ese nuevo escenario, que la responsabilidad y la culpabilidad se encuentran como elementos independientes pero necesarios para viabilizar el denominado juicio de reproche, y, como elemento de aporte a nuestro estudio, ambos presupuestos permitirán, mediante esta

de establecer las circunstancias por las que un autor de un hecho ilícito se hace acreedor o no a una pena preestablecida.

Es por tal importancia, dentro del presupuesto metodológico del delito, que la responsabilidad se encuentre tan íntimamente ligado al principio de culpabilidad por cuanto es mediante este principio que se logra examinar al autor del acto y las circunstancias que lo rodean, solo así se podrá afirmar que tal agente pudo actuar libremente. En consideración a estas premisas, (Ferri, 1933) establece que: “los actos del hombre pueden serle imputados, y el es, por tanto, responsable de ellos, porque vive en sociedad”. Precisamente, en este contexto, la culpabilidad, más allá de la discusión doctrinaria que se centra en el libre albedrío, juega un papel trascendental al momento de establecer una responsabilidad penal.

El principio de culpabilidad ineludiblemente se deriva de la libertad de decisión del hombre, y es que, solamente si una persona con capacidad de discernir y entender las consecuencias de una acción que, posee otra alternativa, es menester el reproche del autor que ha formado su voluntad que condujo a tal o cual hecho, por tal razón para Mezger la culpabilidad debe darse en el razonamiento reflexivo de las alternativas que pudo haber tenido el agente así pues, “Cuando se trata de reprocharle la conducta al autor, en el juicio de culpabilidad surge la interrogante de ¿si podía actuar de otra manera? El reproche personal será legítimo si se reconoce en el individuo la suficiente libertad de elección de manera que hubiera podido actuar también de manera diferente de la que ha actuado” (Mezger , 1958).

La culpabilidad tiene como objetivo el desentrañar la situación en la que se encontraba el individuo, así como las relaciones subjetivas de este sujeto con los resultados; tal escenario permite determinar cómo hubiera debido actuar o las posibilidades no lesivas que podía haber ejecutado para satisfacer una situación específica. Esta falta derivada de una decisión claramente emanada por el imputado generaría como consecuencia lógica la sanción penal del acto o circunstancia.

Siguiendo esta lógica, la culpabilidad debe entenderse desde dos puntos de vista; como el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamenta frente al sujeto la reprochabilidad personal de su conducta antijurídica como un juicio valorativo sobre la situación fáctica a que tal fenómeno se refiere; pero como tal juicio es de reproche, en última

Lo transcrito nos da una clara idea que la finalidad esencial del principio de culpabilidad se da en relación a la cuestión de, bajo qué presupuestos existe la culpabilidad y por lo tanto el establecimiento de reglas que puedan determinar a una persona responsable de una acción jurídico-penal. Esta finalidad es la que se conoce como la culpabilidad en la fundamentación de la pena, es decir, en esta fase lo que nos interesa descubrir es si el agente puede ser imputable por cuestiones atinentes a su capacidad de culpabilidad y por la posibilidad de conocimiento de la prohibición, elementos que eclosionan de las actitudes internas jurídicamente desaprobadas.

En segundo lugar, la culpabilidad como medición o graduación de la pena atañe a los “conjuntos de momentos que poseen relevancia”, es decir, aquellos momentos de magnitud de la pena en el caso concreto; de allí que el legislador ha creado diversos grados de culpabilidad que, si bien no es objeto de nuestro estudio, se derivan de la aplicación del principio de culpabilidad en su faceta de medición a graduación de la pena.

Partiendo de este punto, la culpabilidad se centra en demostrar la capacidad de la persona para actuar de otro modo en el momento concreto de que se trate, de allí que la pena que se derive debe necesariamente ser justificada mediante condiciones y supuestos claramente identificables que permitan generar una noción irrefutable de que el agente actuó de entre todas las opciones o alternativas que dispuso, con pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas que se podrían derivar de dicho acto. Esto, en doctrina es lo que Roxin denominaba el principio de culpabilidad empírico-normativa (Derecho Penal, Parte General, 2010).

Considerando todo lo expuesto en previas líneas se puede colegir que el principio de culpabilidad es un elemento que atañe a la responsabilidad al permitir fundamentar la pena, así como también establecer la graduación de la misma, sin embargo, conforme la progresiva constitucionalización de los derechos y garantías mínimas penales y con la aplicación cada vez más frecuente del Derecho penal mínimo, se ha dado casos en los que el legislador, a pesar de que se ha logrado determinar la voluntad y conocimiento del agente en el cometimiento de un delito así como la pertinencia de una sanción, no ha determinado la consecuencia de la acción u omisión en una ley penal.

general, constituyen la pérdida de la potestad punitiva del Estado frente a un acto delictivo claramente identificable. En ese sentido Frank Von Liszt define al delito como un “acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena” (Universidad Nacional Autónoma de México)

Cuando dentro de un delito se constata la tipicidad del acto, la antijuridicidad y la culpabilidad, el juez está llamado a observar la concurrencia o no de excenciones de penalidad o del delito, es decir, circunstancias impositivas de ejecución de la pena que por respeto del principio de legalidad deben encontrarse enmarcadas dentro de la legislación. Partiendo de esta reflexión, es imperativo indicar que la doctrina reconoce ciertos condicionamientos gravosos que, en última instancia generan la exclusión o extinción de la pena.

Bajo estos parámetros, siguiendo la división establecida por parte de Lopez Barja de Quiroga, se pueden establecer como “condicionamientos” de la punibilidad, los siguientes:

- “Condicionamientos de carácter material. - En los cuales se incluyen 1) las condiciones objetivas de punibilidad y 2) las excusas legales absolutorias.
- Condicionamientos de carácter procesal. - integrados por: 1) Causas personales de exclusión de la jurisdicción penal y 2) Condiciones de perseguibilidad.” (Lopez Barja de Quiroga, Tratado de Derecho Penal, 2010, pág. 741)

1.4. Las condiciones objetivas de la punibilidad

Se conocen como condiciones objetivas de la punibilidad aquellas circunstancias, condiciones, o preceptos ante cuya presencia el legislador supedita la existencia del delito en relaciones en tipos penales concretos. (Lopez Barja de Quiroga, Tratado de Derecho Penal, 2010). Para Bustos Ramirez (2004), las condiciones objetivas de punibilidad: “Son circunstancias objetivas las que, por razones de estricta utilidad en relación al bien jurídico protegido, condicionan la imposición de la pena o la extensión de la misma”.

Por su parte, Antolisei considera a las condiciones de punibilidad como “casos excepcionales en los que el delito, aun siendo perfecto, no es sometido a pena si no se verifica un determinado acontecimiento futuro e incierto”, y agrega, “siendo la punibilidad una consecuencia normal de la comisión de un delito, no excluye que el ordenamiento

- c) La exigencia que la rebelión o sedición lleguen a tener efecto para la punibilidad agravada de la seducción de tropas.
- d) Exigencia de la declaración de quiebra en el delito de quiebra fraudulenta. (San Martín Castro, s.f.)

Claramente podemos observar en estos ejemplos situaciones de restricción de pena estatuidas por el legislador que no pertenecen al tipo del injusto y, por ende le son externas a él a pesar de que la doctrina hable acerca de condiciones de punibilidad propias e impropias, para efectos del presente trabajo, hemos logrado establecer la finalidad de los presupuestos que condicionan la punibilidad como elemento integrante de la teoría del delito.

1.5. Las Excusas Legales Absolutorias

Luis Cousiño, en su libro “Derecho penal chileno”, nos aproxima a esta institución señalando que la misma proviene del Art. 65 del Código Penal francés, en el cual se establece que: “No podrá excusarse ningún crimen ni delito, ni mitigarse ninguna pena, sino en los casos y circunstancias en que la Ley declara excusable el hecho, o permite que se le aplique una menos rigurosa”. De allí se desprende la denominación de EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA, la cual es aceptada y acogida por España y gran parte de Latinoamérica.

Por otro lado, la doctrina jurídico-penal alemana prefiere tratar o denominar a esta institución con el epígrafe de CAUSAS PERSONALES DE EXCLUSIÓN DE PENA (persönlichen Strafausschliessungsgründe), denominación que se comparte en Italia con Bettiol (Cousiño, 1975). Luis Jiménez de Asúa define a esta institución como aquellas causas de impunidad, las cuales hacen que, a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública. (Jiménez de Asúa, 1979) Por cuanto antecede, entendemos al día de hoy que las excusas legales absolutorias son circunstancias ajenas a la infracción en las que ley manda, por utilidad público o social, que no se aplique una sanción en determinados contextos.

finalidad proteger a la sociedad de determinadas conductas y prevenir comportamientos que no se ajusten a derecho, las excusas legales absolutorias nacen como consecuencia particular en la que el legislador entiende que el castigo o la sanción establecidas como penas o medidas de seguridad, dependiendo el caso, no se encuentran en armonía con los fines de la pena, ni de las prevenciones generales ni especiales.

En esta figura el Estado ha renunciado a la imposición de una pena por razones de conveniencia social o política pero subsisten los caracteres constitutivos y valorativos del delito. Alfredo Etcheberry sostiene que, en suma, el delito existe, pero lo que ocurre es que la consecuencia natural, que es la responsabilidad penal, no se produce por mandato expreso de la ley. Es decir, el efecto propio de las excusas es impedir que la responsabilidad penal nazca. (Etcheberry, 2005) En síntesis, las excusas legales absolutorias aluden a circunstancias que determinan la impunidad de un acto típico, antijurídico y culpable por razones de política penal.

1.6. Clases de Excusas Legales Absolutorias

Acorde con la fundamentación o las razones que engloba la política criminal, las excusas legales absolutorias poseen una amplia y diversa clasificación, es así que, por ejemplo para Marco Francia las excusas legales se agrupan en dos contenidos sustanciales: 1) excusas absolutorias sustentadas en la prevención general; y, 2) excusas absolutorias sustentadas en la prevención especial (Marco Francia, 2011). Esta clasificación, como podemos observar, viene dada en razones de política criminal y la finalidad del Derecho penal actual.

Por su parte, y a criterio de López Barja de Quiroga, las excusas legales absolutorias obedecen a un desarrollo progresivo que se ha dado dentro de la evolución doctrinaria del delito iniciada por Silvela, y, en tal consecuencia, sin perjuicio de aquellas, propias de cada ordenamiento jurídico, enlista como las excusas legales absolutorias, las siguientes:

- a) Encubrimiento de parientes
- b) Sustracción entre parientes
- c) Regularización fiscal
- d) Retracción en el falso testimonio

En este caso, la exoneración de la responsabilidad penal, se enfoca en el respeto a la unidad de la familia, así como también en evitar posibles rencores o rencillas que puedan suscitarse de forma permanente.

Por otra parte, y en relación a los elementos que deben manifestarse dentro de este eximente de responsabilidad, la doctrina ha señalado que la excusa solo puede darse bajo los siguientes presupuestos: 1) Que la excusa sea aplicable a personas unidas por una relación de afectividad como el matrimonio o la unión de hecho, y 2) que la excusa es aplicable también al supuesto de hermanos, siempre y cuando no exista convivencia entre ellos (Lopez Barja de Quiroga, Tratado de Derecho Penal, 2010, pág. 475).

1.6.3. La regularización fiscal

La regularización fiscal, al igual que aquella que se realice con la seguridad social y el fraude de subvenciones, constituyen sistemas que se encuentran con mayor intensidad dentro del sistema europeo, ya que, por ejemplo, en el caso del Ecuador, las deudas tributarias no son susceptibles de persecución penal. Empero, y por el uso de estas figuras dentro de sendos tipos penales es importante proceder a un análisis oportuno de dichos presupuestos, desde la perspectiva del derecho español.

Una vez realizada la acotación pertinente, indicaremos que el art. 305. 4 del Código Penal español regula la presente excusa de la siguiente forma:

“quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquel dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias”. (Universidad de Alicante, 2010).

La exención de responsabilidad en el cohecho tiene como fundamento la utilidad social, pretende ser una norma que evite la corrupción de la autoridad o el funcionario, mediante la incitación a la denuncia sin que ello pueda suponer alguna responsabilidad dentro del hecho ilícito, en el que, efectivamente intervino. En estos casos, López Barja de Quiroga expresa la presencia de tres condiciones: a) que el haber accedido a realizar el cohecho sea ocasional, b) de carácter temporal, es decir, que la denuncia se realice antes de la apertura al procedimiento y c) que la denuncia sea realizada ante la autoridad que tenga el deber de proceder con la averiguación del delito de cohecho, pudiendo ser la policía, la fiscalía, o el juez que sustancie la causa (Lopez Barja de Quiroga, Tratado de Derecho Penal, 2010, pág. 747).

1.6.6. Evitar la propagación de incendios

Al igual que las anteriores excusas legales absolutorias, nuestro ordenamiento jurídico no contempla la presente causa de exclusión de responsabilidad penal, sin embargo, esta exención es una de las más opcionadas y se enfoca en excluir la pena si el incendio, inicialmente, ocasionado en mínimas proporciones, se propaga por acciones involuntarias, imposibles de predecir por el autor.

1.6.7. Comunicación del lugar de estancia en la sustracción de menores por uno de sus progenitores.

El Código Penal español, en su art. 225 señala que: *“Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena”* (Universidad de Alicante, 2010).

El fundamento de la presente excusa claramente es la utilidad que reporta, la cual es evitar agravar un conflicto familiar al imponer alguna pena privativa de libertad a un miembro del núcleo familiar.

de la facción, se hubieren separado espontáneamente, o en la primera amonestación de la autoridad (Asamblea Nacional del Ecuador, 2009).

1.6.10. La prescripción

Sin necesidad de entrar en debate entre las diferencias entre la prescripción de la pena o la prescripción del delito, señalaremos que la naturaleza esencial que reviste a la prescripción es la exclusión del *ius puniendi* del Derecho penal, en efecto, si nos encontramos frente a un hecho típico, antijurídico y culpable, la prescripción ataca al elemento de la punibilidad, lo que imposibilita la imposición de una pena. Es por tal razón que se ha considerado a la prescripción como una “causa de exclusión de la punibilidad”. (Lopez Barja de Quiroga, Tratado de Derecho Penal, 2010)

Para López Barja de Quiroga, la prescripción es efectivamente una causa de exclusión de la punibilidad por cuanto debe darse de forma personal y objetiva, afirmando que “los plazos son objetivos y generales y lo que ocurre es que en unos casos concurre una causa de interrupción que no concurre en otros casos” (ob. cit).

1.6.11. Delitos cometidos en operaciones encubiertas

Para finalizar el análisis de los tipos de excusas legales absolutorias reconocidas tanto por la doctrina como el derecho comparado, encontramos, dentro del sistema penal ecuatoriano, probablemente una de las pocas excusas absolutorias que aún se mantienen con ocasión de la reciente reforma del sistema penal ecuatoriano. Este es el cometimiento de delitos en operaciones encubiertas que se encuentra establecido dentro del artículo 483 del Código Orgánico Integral Penal que cito:

“En el curso de las investigaciones de manera excepcional, bajo la dirección de la unidad especializada de la Fiscalía, se podrá planificar y ejecutar con el personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, una operación encubierta y autorizar a sus agentes para involucrarse o introducirse en organizaciones o agrupaciones delictuales ocultando su identidad oficial, con el

CAPÍTULO II: DEPORTE Y DERECHO PENAL

El deporte es una actividad que debido a su importancia social a lo largo de la historia, las sociedades han procurado proteger y cultivar. El deporte, como lo explica Alfonso Sarmiento Castro, ha dejado de ser una actividad social de segundo orden o un simple pasatiempo y se ha convertido en una actividad de alta trascendencia como medio educativo no sólo para quienes lo practican sino para quienes lo presencian, fortalece el cuerpo y el espíritu. (1989, págs. 131-166) Por tal razón, los Estados han reconocido al deporte como una actividad esencial en el desarrollo integral de las personas.

En el Ecuador, por ejemplo, el deporte es reconocido en la Constitución como un derecho el cual poseen todas las personas. Así el artículo 24 de la Carta Magna prevé que las personas tienen derecho a la recreación y al esparcimiento, a la práctica del deporte y al tiempo libre. Además, es considerado como un elemento trascendental en la consecución del buen vivir; dicho esto, el Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017 del Ecuador, en su objetivo 3 desarrolla lo previsto en el artículo 340 de la Constitución, reafirmando la importancia del deporte como pilar fundamental en la formación y el desarrollo integral de las personas.

El Estado ecuatoriano por mandato constitucional³ reconoce al deporte como una actividad lícita y se obliga a proteger, promover y coordinar dicha actividad, esto por cuanto se considera al deporte una actividad de suma importancia la cual contribuye a la salud, formación y desarrollo integral de las personas; así, el Dr. Jorge Carreño Luengas afirma que:

“Desde el punto de vista de la comunidad, el deporte crea una sociedad sana, con virtudes capaces de llevarla a la superación; y desde el punto de vista internacional, el deporte se ha convertido en un lazo de unión entre los pueblos, en vínculo

³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 381. Registro Oficial 449. Publicado el 20-oct-2008.

se deberá diferenciar entre los delitos deportivos y las infracciones administrativas y el lugar en donde debe establecerse ampliamente la figura conocida como la violencia del deporte, así como aquellas conductas que son permitidas en general por el deporte y que no implican una sanción tanto penal como administrativa, con lo cual lograremos definir si dentro de la legislación ecuatoriana, se ha abordado apropiadamente los delitos deportivos y sus diferentes matices. Por tal consideración es importante advertir que dicho capítulo será desarrollado en su gran mayoría desde una óptica del derecho comparado, ello por cuanto el Derecho penal deportivo ha gozado de mayor desarrollo dentro de la doctrina comparada contemporánea.

2.1. El Derecho Penal y su conexión con el deporte

Una de las principales críticas que se ha hecho al Derecho penal contemporáneo es sin lugar a dudas su constante ampliación dentro de las instituciones sociales, o lo que, en palabras de Ferrajoli se denomina “la crisis inflacionaria del Derecho penal” (Ferrajoli, 2013), y es que, en el derecho contemporáneo, se observa con preocupación el creciente desarrollo de tipos penales supuestamente “específicos” pero que en la práctica pueden claramente ser subsumidos en tipos penales previamente dispuestos.

Tal ampliación a más de contrariar las políticas penales que propugnan enfáticamente el establecimiento de un Derecho penal mínimo como resultado de la constante promoción de los derechos fundamentales y la introducción del garantismo penal dentro de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, tiene como consecuencia la generación de políticas que atentan contra la seguridad individual de los ciudadanos y una percepción represiva e irracional de los programas penales en los deportistas y en general de todos los ciudadanos.

En el Ecuador la producción desmedida del catálogo de delitos con la promulgación del COIP ha inferido en la ampliación del sistema penal, es decir se ha pasado de un sistema penal de *ultima ratio* a un modelo desmedido e injustificado de proteccionismo extremo; sin embargo el COIP, específicamente en el tema que nos ocupa, no ha presentado la misma evolución ni tratamiento precautelatorio hacia los bienes jurídicos pendientes de las interacciones deportivas, por tanto, no se puede gozar de un tecnicismo oportunamente aplicado en el sentido y alcance deseado por la doctrina, legislación y jurisprudencia

ser resuelta una determinada situación. Es así que, cuando una acción se encuentre comprendida dentro de la reglamentación de un deporte y no exista la conciencia y voluntad de causar una lesión o peor aún la muerte de un adversario, esta debe ser tratada y resuelta por el Derecho penal deportivo o derecho disciplinario, en razón al tratamiento que la propia Constitución le da al deporte.

En correspondencia a esta especial relación que existe entre el deporte y el Derecho Penal, Alberto Rodríguez-Mourullo e Ismael Clemente señalan dos puntos relevantes por los cuales el Derecho Penal no ingresa a castigar cualquier acción dentro del deporte. Estos son:

- Porque la colectividad ha decidido no sancionar penalmente determinadas conductas deportivas peligrosas a pesar de que encajarían en ciertos tipos penales; y,
- Siempre que dichas conductas no supongan un peligro mayor que el «habitual» en el deporte, el que la sociedad está dispuesta a aceptar en ese ámbito, o el que ya ha previsto a través de normas positivas como los reglamentos deportivos. (Rodríguez-Mourullo & Clemente, 2004)

Así, en palabras de J.M. Paredes Castañón, citado por Rodríguez y Clemente: “en determinados sectores de la vida social, es preciso aceptar —y autorizar, por lo tanto— riesgos superiores a los comúnmente admitidos como lícitos, en virtud de la existencia de intereses preponderantes”. (Rodríguez-Mourullo & Clemente, 2004); esto, debido a su importancia, las especiales circunstancias que engloba y los derechos que están inmersos en el deporte. El sancionar penalmente cualquier acción dentro de una actividad deportiva acarrearía graves consecuencias para el deporte ya que todos aquellos deportes que impliquen contacto podrían llegar a desaparecer. Esto por cuanto los deportistas, al conocer y entender la realidad jurídico-penal actual y sus serias implicaciones en responsabilidad penal por la práctica deportiva, ciertamente no pensarán dos veces en dedicarse a otras actividades menos riesgosas.

2.2. La violencia en el deporte

La concurrencia masiva que proyecta las actividades deportivas ha generado, como consecuencia paralela, ciertos impases derivados de la violencia de los espectáculos, especialmente debido a ciertas minorías que promueven actividades ilícitas dentro de los

atención debido a su escasa dimensión, su carácter esporádico, y a que han despertado una reacción oficial muy marginal (...) se trata de enfrentamientos violentos entre grupos, en los que también desempeñan un papel importante factores como la planificación y la reiteración de la violencia.” (2000, págs. 25-39)

La hipótesis traída a colación por Albrecht nos permite identificar dos de los principales componentes de la violencia de deporte: 1) que el hecho criminológico únicamente se puede dar dentro de escenarios deportivos 2) que el delito de violencia en el deporte, así como sus diversas derivaciones contravienen la paz y el orden público, motivación que exige la intervención del Derecho penal dentro de esta faceta social.

El primer elemento que hemos identificado, la delimitación del ámbito geográfico donde se desarrolla el delito de violencia del deporte, pretende evitar confusiones con uno de los delitos clásicos con los que se solía subsumir este tipo de conductas punibles; el delito de lesiones. Así, anteriormente, la violencia en el deporte no era punible como tal, ya que se consideraba que actos de violencia entre jugadores, espectadores, dirigentes de clubes, debían ser encasillado como “lesiones deportivas” (Broudeur, 1956).

Actualmente y con la progresiva masificación de los eventos deportivos, ya no solamente puede hablarse de un mero delito de lesiones, por cuanto, y como hemos visto, este fenómeno comparte características como la planificación previa, el amplio número de espectadores que se involucran dentro de las contiendas, así como también los efectos secundarios que repercutían sobre aquellos espectadores no violentos y sus familias; en ese sentido, y como uno de los principales antecedentes encaminados para contrarrestar los efectos perjudiciales provocados por la violencia dentro de los escenarios deportivos; podemos señalar el Convenio Europeo sobre la violencia e irrupciones de espectadores con motivo de manifestaciones y especialmente de partidos de fútbol.

Este instrumento de carácter supranacional se considera el verdadero referente para combatir la violencia deportiva ya que, no solamente logró encasillar los hechos ilícitos de forma detallada sino que además pretendió emitir directrices claras para prevenir la proliferación de violencia en los escenarios deportivos. Así pues, el convenio, entre otras cosas, dispone:

- Se exigió a todos los clubes que dejen de colaborar de cualquier manera a sus grupos de aficionados violentos. (FIFA, 2008)

Ahora bien, dentro de la legislación penal ecuatoriana, es sancionada la violencia en escenarios deportivos dentro del artículo 397 del Código Orgánico Integral Penal, el cual se encuentra previsto de la siguiente manera:

Art. 397.- Contravenciones en escenarios deportivos y de concurrencia masiva.- Será sancionada hasta con cien horas de trabajo comunitario y prohibición de ingreso a todo escenario deportivo y de concurrencia masiva hasta un año:

1. La persona que durante el desarrollo de un evento masivo invada violentamente y sin autorización el terreno de juego o el escenario.
2. La persona que arroje objetos contundentes a la cancha, al escenario principal, a los graderíos, a los lugares de tránsito o acceso.
3. La persona que introduzca de manera subrepticia a escenarios deportivos o de concurrencia masiva armas blancas, petardos, bengalas o material pirotécnico prohibido.

La o el dirigente deportivo o dirigente de barras de los clubes participantes en los eventos deportivos en que se produzcan actos de violencia y no los denuncie ante la autoridad competente.

Este artículo está dirigido a combatir la violencia producida en escenarios deportivos. En su redacción podemos notar que dicho artículo sanciona la conducta de ciertos espectadores problemáticos, teniendo especial énfasis en el fútbol, deporte que aglutina una mayor cantidad de espectadores en el Ecuador. Es importante señalar la responsabilidad que este artículo impone a dirigentes deportivos o de barras de denunciar cualquier acto de violencia que se produzca en eventos deportivos y así luchar contra cualquiera de sus manifestaciones alrededor del deporte.

Por todo lo expuesto, podemos concluir que la violencia en el deporte es un fenómeno social que ha logrado importantes cuotas de notoriedad a partir de la masificación de los eventos deportivos, incremento que, desgraciadamente no ha sido oportunamente regulado por el Derecho penal. Solamente, y a partir de la década de los ochenta del siglo pasado se ha

entrenadores o deportistas, enfocándose en la promoción de la ética deportiva y sancionando las conductas prohibidas mediante el derecho administrativo deportivo sancionatorio o derecho disciplinario deportivo. Efectivamente, dentro de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, su artículo 166 prevé el régimen administrativo sancionador, en donde se establece que el incumplimiento de las disposiciones consagradas en dicha Ley por parte de los dirigentes, autoridades, técnicos en general, así como las y los deportistas, dará lugar a que el Ministerio Sectorial imponga sanciones, respetando siempre el debido proceso, el derecho a la defensa y los derechos y normas consagrados en la Constitución. Las sanciones que puede imponer el Ministerio Sectorial, previsto en el artículo 166, son las siguientes:

- a) Amonestación;
- b) Sanción económica;
- c) Suspensión temporal;
- d) Suspensión definitiva; y,
- e) Limitación, reducción o cancelación de los estímulos concedidos.

Como bien señala Omeñaca “en la competición deportiva de <alto nivel> se ha creado un mito que resulta especialmente peligroso en el medio educativo: “ganar es lo que vale”. En esta situación es frecuente encontrarse con casos de violencia en cualquier actividad deportiva, sea cual sea la categoría y sea cual sea la edad de los participantes. Los niños y niñas tienden a imitar las conductas que se reproducen continuamente en los grandes eventos deportivos, destacando aquellas donde aparecen altercados violentos. Peleas, insultos, menosprecios, juego sucio, son algunos de los ejemplos que inundan cada uno de los espacios deportivos cada día de competición” (Omeñaca, 2004).

Pero entonces ¿Cuáles son las conductas permitidas dentro del deporte? Efectivamente, esta pregunta tiene un sin número de respuestas cuanto deportes existen ya que las conductas permitidas irán de la mano en relación al deporte del que se trate. En esta ocasión, hablemos sobre las Artes Marciales Mixtas o MMA (por sus siglas en inglés Mix Martial Arts) pues en este deporte es conocido como “VALE TODO”. Este deporte al ser el más agresivo de todos y a pesar de que mucha gente piense que no existen reglas para su práctica, el MMA tiene

Los deportistas pueden realizar todo aquello que no se encuentre determinado en estos 31 numerales. Así, un peleador de Artes Marciales Mixtas tiene muy claro cuáles son los actos o conductas prohibidos en el deporte. Es así como en cada deporte se desarrollan reglas específicas de práctica deportiva, pudiendo determinar cuáles son las conductas prohibidas para cada deporte.

Ahora bien, dentro del título que nos atañe analizaremos también una de las principales actividades que atentan contra el *fair play* y es una práctica prohibida dentro de todos los deportes, tanto de forma nacional como internacional y cuya regulación se debate entre considerarse como una infracción disciplinaria, o, por el contrario, si tal conducta debe ser tipificada por el Derecho penal; esta conducta es lo que se denomina como el dopaje.

2.3.1. El dopaje

Uno de los escándalos que mayor incidencia ha tenido dentro del ámbito deportivo en los últimos años es sin lugar a dudas el descubrimiento de los casos de dopaje, de hecho, Valls Prieto pone como ejemplo, que desde 1996 al 2006 todos los ciclistas que han alcanzado el podio en el Tour de Francia, a excepción de Lance Armstrong, han estado relacionados con casos de dopaje. (2009, pág. 14). Pero ahora sabemos que ni Armstrong puede ser deslindado de aquello.

La magnitud de los casos destapados dentro del escenario deportivo internacional ha generado una preocupante interrogante: ¿Cuál debe ser el tratamiento legal que debería darse a esta conducta que contraviene los cánones de ética y juego limpio en los deportistas?, para poder arribar a una respuesta adecuada a la interrogante planteada es imperativo establecer un criterio que englobe el alcance y sentido a lo que se debe considerar por dopaje.

Para Heger, citado por Valls Prieto, el dopaje visto desde una concepción penal, debe ser definido como el uso de sustancias o métodos que aumentan la capacidad del deportista más allá de lo que se considera juego limpio o de lo que permitiría su condición física natural, o bien, el uso de un conjunto determinado de sustancias y métodos calificados como dopantes. (Valls Prieto, 2009) En base a esta definición, una conducta prohibida dentro de las

2.4. El Delito Deportivo

La creciente ampliación del Derecho penal dentro de las diversas esferas sociales ha generado una interesante consecuencia: su especialización. De esta forma y en palabras del tratadista Alberto Rodríguez, el Derecho penal moderno se caracteriza por ser expansivo, tendiendo a tipificar cada vez un mayor número de conductas que anteriormente solamente se circunscribían dentro de su propio ámbito y bajo sus propias normativas internas (Rodríguez & Clemente, 2004, pág. 53).

Mayoritariamente la doctrina penal en materia deportiva ha reconocido la existencia de tres delitos que solamente se dan dentro de las actividades del deporte; estos son: el dopaje, las lesiones deportivas y el fraude deportivo; estos tipos penales poco desarrollados en nuestro país, a excepción del dopaje, que como ya vimos, en el Ecuador no se configura como delito sino más bien como una sanción administrativa, serán analizados a continuación.

2.4.1. Lesiones deportivas

Sin lugar a dudas uno de los primeros tipos penales en haber sido expedido en materia deportiva, es el delito de lesiones deportivas. Como es bien sabido, la práctica del deporte puede generar actos lesivos en contra del mismo deportista, así como también de su contraparte. Sin embargo, ya desde el inicio mismo de la tipificación de esta clase de delitos, se denotó que, a pesar de hechos fortuitos o de fuerza mayor, la existencia de lesiones que se deriven de la imprudencia, la inobservancia deliberada de las normas de conducta o inclusive la exteriorización de dolo, merecen ser reprimidas por parte del Derecho penal.

Una mejor forma de entender la aplicación de esta clase de delitos, dentro del plano factico, nos presenta Broudeur, para quien el delito de lesiones se podría configurar de la siguiente forma:

“Es evidente que si un boxeador por impericia en su arte o profesión pugilística o por inobservancia del reglamento del juego aplica un golpe prohibido a su rival, causándole grave daño en el cuerpo o en la salud , queda de hecho comprendido en el artículo transcrito, y lo mismo puede decirse del futbolista que por patear

la arena deportiva; el fraude deportivo se diferencia de estos por cuanto engloba a los elementos de la dirigencia del deporte, y las formas de financiamiento de estos.

Se podría decir, en términos coloquiales, que los delitos de fraude deportivos refieren esencialmente a un catálogo de delitos societarios, así pues:

“cuando se falsean las cuentas u otros documentos para causar un perjuicio económico a los accionistas o a terceros se está lesionando el bien jurídico patrimonio ya sea de los socios, lo cual es accionistas, o a terceros, que pueden ser otras sociedades.” (Valls Prieto, 2009, págs. 1-25).

Un claro caso de esta tipología de delitos es el famoso caso “Fifa Gate”, donde se determinó que para la elección de los mundiales de Rusia 2018 y Catar 2022 se entregaron sobornos para la elección de dichas sedes; sin embargo, una investigación internacional, reveló una red internacional de lavado de activos mediante la institución de control del fútbol mundial (FIFA), la cual, hasta el día de hoy sigue en investigaciones. (RTVE, 2016).

Este “White collar crime” motiva la existencia de normas penales especiales para su oportuna sanción, ya que en muchos casos sus castigos no exceden de sanciones disciplinarias o administrativas; si bien el falseo de cuentas, documentos, valores así como el ingreso de dinero blanqueado a las arcas deportivas puede ser subsumido en otros delitos como por ejemplo el delito de lavado de activos o abuso de confianza; es imperativo establecer una categoría específica para estos nuevos delitos deportivos que no solamente lesionan el bien jurídico patrimonio, sino que además su repercusión puede soslayar gravemente la reputación del equipo o club deportivo.

De forma general en Latinoamérica y como consecuencia del destape del caso “FIFA gate” se ha demostrado la ineficacia de los sistemas penales nacionales, ya que muchos de los co-responsables en cada una de sus sedes fue imputado por delitos mucho menores en equivalencia con los crímenes realizados a escala mundial.

- a) Que haya un deber que el sujeto está obligado a observar. Es decir, no hay culpa sino en relación a normas de conducta que deben ser observadas.
- b) Que el deber que le ha sido impuesto al sujeto y que este tiene la obligación de observar, sea violado por él.
- c) Que la violación del deber impuesto al sujeto dependa de la falta de precauciones debidas y posibles, y dé lugar a la realización no querida de un hecho previsto por la ley como delito.
- d) Que el sujeto por su comportamiento incauto o desatento, no prevea la posible realización del resultado, o que, aún habiéndola previsto, confíe en que no se verificará.
- e) El resultado, previsible o previsto, pero no querido, se vincula a la conducta del sujeto por el nexo causal. (1975, págs. 424-430)

El tratadista argentino Sebastián Soler, citado por Serrano y Martínez en la obra “El dolo en materia penal”, agrega que la existencia de la culpa depende de: 1) el poder de evitación del error con el cual se llega a una negligencia o imprudencia por parte del sujeto y; 2) se debe excluir los riesgos naturales de ciertas actividades y los daños causados por ellas, no son fuente de responsabilidad penal. (1970, págs. 74-75)

La actividad deportiva posee riesgos naturales que nacen de su práctica y generan ciertos daños aceptados socialmente y que, al respetar la reglamentación de cada deporte, no ingresan en materia de responsabilidad penal. Concurriría responsabilidad penal por culpa, en este caso, si en la práctica de un determinado deporte existiría, por parte de un deportista, una violación a las reglas que rigen ese deporte y que, fuera de la reglamentación y producto de una conducta que infrinja su deber objetivo de cuidado genere un resultado dañoso en otro deportista.

Por otro lado, el dolo es definido en palabras de Luis Jiménez de Asúa, citado por Serrano y Matinez, como:

“la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso

2.6. El COIP vs el ejercicio del deporte en el Ecuador

El Código Orgánico Integral Penal fue aprobado por el Pleno de la Asamblea Nacional, el 17 de diciembre de 2013 en su Sesión No. 257, con 101 votos a favor, 28 en contra, 0 en blanco y 1 abstención, de 130 asambleístas presentes en la sesión. (Asamblea Nacional, 2013) Para que entre en vigor el COIP se estableció una *vacatio legis* de 180 días. El 28 de enero del 2014, conoció y se pronunció el Pleno de la Asamblea Nacional sobre el veto parcial del Ejecutivo, enviando al Registro Oficial para que sea publicado. Así, el 10 de febrero de 2014 es publicado este controvertido cuerpo normativo.

Ahora bien, para desarrollar el título que nos corresponde debemos observar qué sucedió antes de que se aprobara el COIP en relación al deporte. El asambleísta Virgilio Hernández lideró una campaña de más de un año ante la Comisión de Justicia y Estructura del Estado presidida por el Asambleísta Mauro Andino, para disminuir la violencia en los Estadios o escenarios deportivos. Esta campaña tuvo como resultado la incorporación de contravenciones y agravantes que pretenden combatir la violencia en los escenarios deportivos. (Asamblea Nacional, 2013)

Una vez que las propuestas del asambleísta Hernández fueron acogidas dentro del proyecto del COIP, veamos cómo se dispusieron en el Código que hoy nos rige las agravantes y contravenciones en relación a la violencia en los escenarios deportivos y sus consecuencias. Primero, el artículo 47 numeral 4 prevé lo siguiente:

Art. 47.- Circunstancias agravantes de la infracción.- Son circunstancias agravantes de la infracción penal:
4. Aprovecharse de concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, *evento deportivo* o calamidad pública, fenómeno de la naturaleza para ejecutar la infracción. (El resaltado me pertenece)

Aquí se establece que cualquier infracción penal resultará agravada cuando el sujeto activo se aproveche dolosamente de un evento deportivo para ejecutar una infracción. Un evento deportivo engloba muchas realidades, ya sea fuera o dentro de la cancha, es decir involucra tanto a deportistas como a espectadores o a cualquier persona que se haya agrupado por

todo escenario deportivo y de concurrencia masiva hasta un año:

1. La persona que durante el desarrollo de un evento masivo invada violentamente y sin autorización el terreno de juego o el escenario.
2. La persona que arroje objetos contundentes a la cancha, al escenario principal, a los graderíos, a los lugares de tránsito o acceso.
3. La persona que introduzca de manera subrepticia a escenarios deportivos o de concurrencia masiva armas blancas, petardos, bengalas o material pirotécnico prohibido.

La o el dirigente deportivo o dirigente de barras de los clubes participantes en los eventos deportivos en que se produzcan actos de violencia y no los denuncie ante la autoridad competente.

Si bien este último artículo se refiere a contravenciones en escenarios deportivos, este no será incluido en el análisis que se realizará a continuación ya que su contenido excluye a los deportistas, enfocándose exclusivamente en los espectadores. Por otro lado, los artículos 47 numeral 4, 140 numeral 9 y 152 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal, tienen una relación directa con el ejercicio del deporte en el Ecuador.

Así como fueron incorporadas estas agravantes y contravenciones en el nuevo cuerpo normativo COIP, los legisladores dejaron de lado las excusas legales absolutorias relacionadas a homicidio o lesiones en temas deportivos. El derogado Código Penal de 1938 en su última codificación de 1971, contemplaba las siguientes excusas legales absolutorias deportivas:

Art. 462.- El homicidio causado por un deportista, en el acto de un deporte y en la persona de otro deportista en juego, no será penado al aparecer claramente que no hubo intención ni violación de los respectivos reglamentos, y siempre que se trate de un deporte no prohibido en la República.

En caso contrario, se estará a las reglas generales de este Capítulo, sobre homicidio.

Art. 473.- En las circunstancias del Art. 462, cuando se trate de heridas o lesiones, se estará a lo que allí se establece.

argentina Daniela Krukower y la japonesa Ayumi Tanimoto. Transcurridos 1 minuto y 56 segundos de iniciado el combate, la japonesa se adjudica un waza-ari⁶ y cae sobre la argentina produciéndole una luxación en el codo derecho, abandonando inmediatamente la contienda y dándole el triunfo a la japonesa⁷.

Para aplicar lo previsto en el COIP al ejemplo, hay que conocer cuál es el tiempo de incapacidad que produce dicha lesión. Entonces, ¿Cuál es el tiempo mínimo de recuperación para una luxación de codo? Varios estudios y profesionales de la salud dan como tiempo mínimo para recuperar la capacidad funcional del codo lesionado seis semanas. (Fraile , 2013) Por ejemplo, el ex capitán del Barcelona de España, Carles Puyol, sufrió en el año 2012 una luxación del codo izquierdo en un partido contra el Benfica. Esta lesión lo tuvo separado de las canchas por seis semanas, en donde fue dado de alta.⁸

Retomando el ejemplo de las judocas, la lesión producida en el combate es superior a treinta y un días y menor de noventa días. Por tal razón, se aplicaría el numeral 3 del artículo 152 del COIP el cual establece una pena privativa de libertad de uno a tres años, pero por haberse producido en un “evento deportivo” la ley penal ecuatoriana prevé que dicha lesión debe sancionarse con el máximo de la pena y además dicha pena deberá ser aumentada en un tercio. Es decir que, de encontrarse culpable a la judoca que produjo la lesión, en aplicación directa del principio de legalidad, le correspondería el máximo de la pena aumentada en un tercio, es decir 4 años de pena privativa de libertad.

Con la publicación del Código Orgánico Integral Penal la práctica del deporte en el Ecuador se convirtió en un campo minado. Con la eliminación de las excusas legales absolutorias deportivas para homicidio y lesiones, los deportistas quedaron susceptibles de ser responsables penalmente, no solo cuando violen o sobrepasen los reglamentos que rigen el deporte, sino en cualquier momento de su ejercicio deportivo en el cual se produzcan lesiones

⁶ En el Judo hay tres clases de puntuaciones desde la posición de pie: el yuko (caída de costado), el Waza-ari (caída de espalda pero sin mucha fuerza) y el ippon (derribar al contrario y hacerlo caer de espaldas con mucha fuerza). Dos Waza-aris equivalen a un ippon.

<http://www.marca.com/juegos-olimpicos/judo/todo-sobre.html>. Entrada: 17/01/2017. Hora: 16:58

⁷ Argentina Krukower fuera de las medallas por lesión en el codo.

<http://www.terra.com/deportes/articulo/html/fox123151.htm>. Entrada: 17/01/2017. Hora: 16:46

⁸ Puyol recibe el alta seis semanas después de la luxación en el codo.

<http://www.20minutos.es/deportes/noticia/puyol-recibe-alta-barca-1650257/0/#xtor=AD-15&xts=467263>. Entrada: 21/01/2017. Hora: 23:24

CAPÍTULO III: LA EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA EN LA NORMA PENAL ECUATORIANA

3.1. La excusa legal absolutoria como eximente de la responsabilidad criminal

Desde los anales de la construcción de la teoría del delito, se han identificado la existencia de ciertos elementos interdependientes y necesarios para la conformación de un ilícito penal; así, el delito se conjuga en aquella acción u omisión dolosa o imprudente, típica, antijurídica y culpable de la cual se derivan, principalmente, los elementos previamente referidos (Lopez Barja de Quiroga, Tratado de Derecho Penal, 2010). Dicho esto, estos cuatro elementos que integran la teoría clásica del delito y sobre los cuales se han elaborado un sinnúmero de jurisprudencias, así como la expedición de una amplia gama de doctrina comparada, es importante analizar, para efectos del presente tema, el elemento de la exclusión de la pena, sobre la cual se construye lo que conoceremos como las excusas legales absolutorias y su alcance dentro de la doctrina comparada.

Por regla general, todo delito lleva consigo la expedición de una pena, este es un aforismo que claramente se deriva del principio *nullum crime sine pena* (no hay delito sin pena), cobrando importancia al analizar el elemento de la punibilidad que, a criterio de Roxin, se configura como una cuarta categoría del delito y se enfoca en el estudio del merecimiento de la pena por parte del imputado. (Roxin, Derecho Penal Parte General, 1997). La punibilidad, a criterio de Barja de Quiroga, implica que la acción u omisión cometida debe encontrarse no solamente preexistente en una ley, respetándose así el principio de legalidad, sino que además, ésta deberá contar con una pena determinada y aplicable por parte de las autoridades. (Lopez Barja de Quiroga, Tratado de Derecho Penal, 2010, pág. 737).

Actualmente la teoría general del delito se inclina por reconocer a la punibilidad como otra categoría del delito, pues se entiende que un ilícito no puede encontrarse apartado de una pena, caso contrario nos encontraríamos con una sanción administrativa, civil o disciplinaria. Por esta consideración, la pena es el elemento que diferencia a un delito, de una sanción administrativa o disciplinaria, ámbitos del Derecho; en consecuencia, la punibilidad se ubica en el mundo normativo y pretende investigar si tal o cual hecho se

“(…) Se trata, según la opinión doctrinal más generalizada, de circunstancias personales que, por estrictas razones de utilidad o conveniencia, determinan la exclusión de la pena en un comportamiento antijurídico y culpable (…) respecto a su fundamento es comúnmente señalado que [las causas de exclusión de la punibilidad] (…) estriba fundamentalmente en consideraciones de política criminal” (Olga Sanz, 2014).

Por consiguiente, estamos ante una inacción del Estado respecto de la aplicación de la pena previamente prevista en la Ley por considerarse que no debe ser objeto de sanción penal, excluyendo la pena y con ello la responsabilidad penal. Debe tenerse clara la diferencia entre las causas de justificación y las causas que eliminan la culpabilidad o punibilidad. A manera de sintetizar ésta diferenciación, en las primeras no hay delito y en las segundas hay delito y delincuente, mas no pena.

El tratamiento de las excusas absolutorias no ha tenido unanimidad de criterio en su tratamiento, toda vez que para algunos tratadistas las han considerado como causas de justificación o inculpabilidad y otros han sostenido que se trata de causa de inexigibilidad *sui generis*. El primer tratadista en acuñar el termino de excusas absolutorias al conjunto de categorías dogmáticas, personales y complejas evidenciadas dentro del Derecho penal español fue el penalista Luis Silvela, quien advirtió la existencia dentro del Código Penal de 1870 de ciertas causas que producen el efecto de eximir de responsabilidad criminal a la persona que ejecuta un hecho castigado por la ley (Lopez Barja de Quiroga, Tratado de Derecho Penal, 2010, pág. 742), además “(…) no tienen denominación especial en nuestro Derecho, (y) pueden ser, con bastante propiedad, designadas bajo el nombre de excusas absolutorias” (Cabeza Olmeda, 2014); en este sentido, no estamos ante un acto legítimo, como el que aparece en las causas de justificación, sino en un fundamento transitorio que responde a la convivencia social, considerando que para el legislador le es más útil tolerar el delito, que castigarlo.

En similar forma Mapelli Caffarena define a las excusas absolutorias como aquellas “(…) auténticas condiciones personales extrínsecas capaces de excluir la aplicación efectiva de la pena frente a un hecho típico antijurídico y culpable por razones de

3.2. La excusa legal absolutoria deportiva en el derecho comparado

La actividad deportiva, al igual que otras actividades humanas no ha pasado desapercibida por el derecho en general, y más precisamente por el Derecho penal, ello tomando en consideración la creciente masificación de las lides deportivas, así como el considerable redito económico que se ha producido como consecuencia de esta actividad. Esta situación es descrita de forma oportuna por Javier Valls Prieto quien afirma:

“El deporte ha conseguido una relevancia social muy importante tras la segunda guerra mundial. Ya a principios del siglo XX comienza a cobrar importancia, aunque es con el desarrollo de los medios de comunicación cuando alcanza relevancia mundial (...) y es esa notoriedad pública lo que interesa a los patrocinadores que están dispuestos a invertir grandes sumas de dinero (...) la actividad deportiva, como toda actividad humana, no se encuentra libre de conductas que pueden englobarse en alguno de los tipos penales que, en la actualidad, se encuentran recogidos en nuestro Código Penal”. (Valls Prieto, La intervención del derecho penal en la actividad deportiva., 2009)

Durante mucho tiempo se consideró que dentro de la esfera deportiva no podría existir un delito como tal, sino únicamente “resarcimientos” derivados de responsabilidades civiles, esto por cuanto, y conforme lo expondremos dentro del acápite pertinente, se consideraba que la actividad deportiva no podía encasillarse sobre los supuestos clásicos de la teoría del delito como el dolo o la culpa del imputado, ya que son los propios deportistas quienes al conocer los riesgos de la actividad misma, aceptan las posibles y reales consecuencias que pueden producirse.

Para Paz y Miño, tratadista ecuatoriano en derecho deportivo, los delitos deportivos no gozan de parámetros universales, habiéndose dejado de lado una discusión científica y normalizadora de aquellas conductas típicas penalmente que acontecen dentro de la esfera del deporte; en lo pertinente el tratadista señala:

3.2.1. España

Dentro del sistema jurídico español, los delitos deportivos han tenido un avance significativo desde el ámbito jurisprudencial, pues con la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1951 se marcó un precedente en la esfera deportiva. Esta sentencia versó sobre un defensa, miembro de un equipo que perdía un partido de fútbol, el cual pateó a un jugador del equipo contrario movido por la frustración del momento, ocasionándole una rotura de hígado y riñón. En razón a esto, el Tribunal Supremo analizó el caso y determinó que no existió ánimo de jugar el balón, que existió quebrantamiento del reglamento del deporte y por tal, condenó al agresor por delito de lesiones. (Cárdenas Gálvez, 2012)

Otra jurisprudencia relevante en el ámbito deportivo español fue la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1992, en la que se estableció que:

"en materia de juegos o deportes la idea de riesgo que cada uno de ellos pueda implicar - roturas de ligamentos, fracturas óseas, etc.-, va ínsita en los mismos y consiguientemente quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre claro es que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales ya que de ser así podría incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas dolosas o culposas". (Cárdenas Gálvez, 2012)

Estas sentencias han sido de trascendental importancia para el tratamiento de la responsabilidad penal de los deportistas en relación a lesiones y homicidios producidos en prácticas deportivas. Así, dentro del ordenamiento jurídico español, se hace un análisis de cada caso en concreto, donde se toman en cuenta criterios como la intencionalidad, el respeto a los reglamentos del juego, si se desarrolló dentro de la práctica deportiva, los riesgos permitidos del deporte, la mínima intervención penal, entre otros.

Al referirnos al delito de lesiones deportivas, la doctrina jurídica española clasifica a los deportes en relación a los participantes o involucrados dentro del escenario deportivo, así tenemos: los deportes de riesgo bilateral y unilateral. Un deporte de riesgo bilateral

la práctica deportiva. Esto bajo el criterio de que, si se respeta las reglas propias del juego y no existe la intención de causar un daño, no cabe por el principio de intervención mínima, imputar penalmente a un deportista, responsabilidad penal.

3.2.2. Guatemala

El ordenamiento jurídico guatemalteco sí consagra una excusa legal absolutoria deportiva. En su Código Penal (Decreto No. 17-73), su Título VI llamado “Del delito deportivo”, consagra dos artículos muy bien definidos que tratan sobre la responsabilidad penal en relación a la práctica deportiva. Estos artículos se encuentran previstos de la siguiente manera:

Artículo 152. (Delito por dolo o culpa). Quien, aprovechando su participación en el ejercicio de cualquier deporte, causare, de propósito y con infracción a las reglas o indicaciones correspondientes un resultado dañoso, será responsable del hecho resultante e incurrirá en las sanciones que este Código señala para cada caso. Si el resultado dañoso se causare sin propósito pero con infracción de las reglas o indicaciones respectivas, el responsable será sancionado a título de culpa.

Artículo 153. (Eximente). Quien, en deportes violentos debidamente autorizados por la autoridad, que tengan por finalidad el acometimiento personal, sin infracción de las reglas o indicaciones respectivas, causare lesiones a su contrincante, no incurre en responsabilidad penal. Tampoco incurre en responsabilidad penal quien, en ejercicio de un deporte debidamente autorizado, sin infracción de las reglas o indicaciones del caso y sin propósito, causare un resultado dañoso.⁹

El primer artículo citado, establece las condiciones para que exista responsabilidad penal en la práctica deportiva, haciendo una clara distinción en relación a quienes actúan dolosa o culposamente. Los primeros, deberán responder por el hecho resultante y serán sancionados con lo previsto para cada caso en el Código Penal de su país, cuando el resultado dañoso sea producto de la intención del jugador, sumado al quebrantamiento de los reglamentos del deporte. Por otra parte, serán sancionados a título de culpa, quienes no teniendo la intención

⁹ Código penal guatemalteco. Decreto No. 17-73. Artículos 152 y 153.

5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público. (El resaltado me pertenece)

6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcional a la agresión.

7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

8. Se obre bajo insuperable coacción ajena.

9. Se obre por miedo insuperable.

10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la infracción típica o que de concurren los presupuestos objetivos de una causal de responsabilidad.

11. Se obre con error invencible sobre la licitud de la conducta.¹⁰

Sobre este artículo, lo pertinente a nuestro tema recae sobre su numeral 5. En este numeral se establece que, no existe responsabilidad penal cuando se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público. Este numeral tiene un alcance general, pues no solo ampara al deporte, sino a todas aquellas actividades lícitas desarrolladas dentro del Estado colombiano. El deporte al ser una actividad lícita y promovida por el Estado, por lo tanto todas aquellas personas que practican deporte se encuentran amparadas por este artículo, siempre que no exista un quebrantamiento de la reglamentación de cada deporte.

Ahora bien, Sergio Quiñones, jurista colombiano, explica cuál es la razón por la que en la legislación colombiana no existe una normativa específica, como la contenida en nuestro código penal derogado, la cual contenga una excusa legal en relación a la práctica deportiva. Al respecto manifiesta que:

“esto obedece a una técnica legislativa que regula de una manera deductiva los casos, estableciendo pautas o principios generales que regulen las diferentes hipótesis. De esta manera se abarca un cúmulo de actividades no solo deportivas sino recreativas, médicas,

¹⁰ Código penal colombiano. Ley 599. Diario Oficial No. 44097 del 24/07/2000. Artículo 32.

diligencia que merece cada acto y el resultado dañoso producido debe ser accidental, es decir, no debe existir intención por causar el resultado.

Así Chile, pese a no contar con una excusa legal absolutoria deportiva en su ordenamiento jurídico, posee esta exención de responsabilidad criminal que ampara al deporte como actividad lícita y a sus practicantes, de responsabilidad criminal. Pero esto, bajo las circunstancias específicas señaladas en el párrafo anterior.

3.2.5. Perú

Para el ordenamiento jurídico penal peruano, los delitos de deportes son prácticamente inexistentes. Para Changaray Segura la carencia de un tratamiento legislativo oportuno respecto de los delitos deportivos en general responde a una creciente aceptación de las diferentes teorías que enmarcan la responsabilidad dentro de la actividad deportiva, en lo pertinente nos indica:

“Uno de los múltiples problemas jurídicos que se presenta en la jurisprudencia y dogmática penal, es sin duda la posibilidad de sancionar conductas deportivas (dolosas, culposas y preterintencionales); y en el mismo lado la evaluación de aquellas causas que excluirían tal posibilidad. No existen normas penales específicas que posibiliten la solución del problema de manera uniforme, y prueba de ello son las jurisprudencias dispares y doctrinas diversas”. (Changaray Segura, 2012)

El Código Penal peruano, publicado el 8 de abril de 1991, reconoce dentro de su Capítulo Tercero, titulado “CAUSAS QUE EXIMEN O ATENUAN LA RESPONSABILIDAD PENAL”, como eximente de responsabilidad penal, el acto permitido por la ley¹². Así pues, mediante esta previsión legal, se ha logrado que no se pene ciertos acontecimientos deportivos y particularmente las lesiones deportivas, asegurándose que si la producción de un resultado dañoso se da dentro del marco reglamentario de cada deporte, no puede ser considerado como un delito por cuanto lo que sucedió fue un acto permitido por la ley.

¹² Código penal peruano. Decreto Legislativo N° 635. Artículo 20 numeral 8.

3.3.1. Teoría del fin reconocido por el Estado.

La teoría del fin reconocido por el Estado guarda relación con el sistema constitucional contemporáneo, el cual entiende al Derecho penal como el último instrumento al que la sociedad debe recurrir para proteger aquellos bienes jurídicos considerados como los más relevantes para una sociedad, ponderando en la mayoría de los casos la promoción de otros mecanismos menos lesivos y más utilitarios para el Estado (Carnevali Rodríguez, 2014).

En la misma dirección, José Ríos Corbacho indica que los seguidores de esta teoría señalan que el Estado y la sociedad tienen como uno de sus intereses primordiales el mejoramiento de la salud y el desarrollo integral de la raza humana a través de la práctica del deporte. En razón a esto, argumenta que en las lesiones producidas dentro de deportes violentos se debe acudir a la exclusión de la antijuridicidad, pues dichas acciones guardan conformidad con las normas de cultura reconocidas por el Estado. Pero se precisa, que dicha justificación no cubre a aquellos casos en que los daños a la integridad corporal sean el resultado de una práctica irregular del deporte (Ríos Corbacho, 2011).

Así entendemos que esta teoría sustenta la no responsabilidad penal en el deporte, pues al ser el deporte un medio indispensable para la consecución de ciertos fines reconocidos por el Estado, este lo reconoce, promueve y protege. Esto en ningún momento quiere decir que se deja por fuera del ordenamiento jurídico a la actividad deportiva, ya que se precisa, dentro de esta teoría, que la justificación que contiene no alcanza o cubre a aquellos casos en los que el resultado dañoso sea el resultado de la violación de las reglas del deporte, pues en dicho caso se estará a lo que la normativa penal prevea.

3.3.2. Teoría del ejercicio profesional.

La teoría del ejercicio profesional, guarda estrecha relación con el ejercicio profesional del deportista, reconociéndose la pertinencia de su accionar siempre y cuando este sea ejecutado con apego a las normas profesionales que rigen su disciplina; respecto de

negligente y no busca causar un daño sino conseguir un triunfo legítimo mediante la técnica y la práctica de sus destrezas deportivas.

3.3.3. Teoría del consentimiento

Una tercera teoría denominada como la Teoría del consentimiento dado por la víctima o la aceptación de los riesgos se enfoca en el sujeto pasivo de la acción, señalándose que dentro de la práctica profesional no se puede imputar de una sanción al sujeto activo de la infracción ya que es la propia víctima la que “ha decidido participar de forma libre y voluntaria, conociendo previamente las condiciones riesgosas que la práctica conllevaba, sabiendo que los riesgos pueden ser considerablemente superiores en relación a los estándares medios aceptados socialmente” (Ingles Yuba, 2012).

Al respecto, Ríos Corbacho, explica que el fundamento de la impunidad de esta teoría se halla:

“en el consentimiento prestado, explícita o presuntamente, por los deportistas, que no será normalmente un consentimiento en ser lesionado, en la lesión concreta sufrida, sino en el riesgo en que la lesión se produzca, en la puesta en peligro de un bien jurídico, la integridad corporal, disponible con tal de que se observen mínimamente las reglas de juego o *lex artis*” (Ríos Corbacho, 2011)

Así, vemos que esta teoría no se refiere a consentir ser lesionado, sino en el consentimiento y la aceptación del riesgo de que un resultado dañoso se produzca en la práctica de un determinado deporte. Siendo ese riesgo, el aceptado y permitido por el Estado y la sociedad, sin el quebrantamiento de las reglas que rigen a cada deporte, pues el quebrantamiento de estas dejarían sin valor el consentimiento prestado por el sujeto pasivo.

Entonces, esta teoría entiende al consentimiento como aquella autorización dada por el participante para ejecutar una actividad que potencialmente puede comprometer su integridad, pero que no se enmarca dentro de una actividad ilegal. Respecto de lo anotado, el Derecho penal italiano ya desde 1932 reconocía la teoría del consentimiento

la destreza en el ataque y en la defensa (Cfr, Id.). Por tal razón, es absurdo querer tratar la práctica deportiva, en primera instancia, con un código penal.

3.4. Presunción de Inocencia y la excusa legal absolutoria deportiva

La presunción de inocencia no es simplemente un principio sino un derecho reconocido en favor de todos los seres humanos. Este derecho encuentra su antecedente moderno más remoto en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, producto de la Revolución Francesa de 1789. (Aguilar García, 2013, págs. 11-12) Este hecho histórico marcó un antes y un después dentro de los procesos penales, dejando atrás la presunción de culpabilidad reinante dentro del sistema inquisitivo e instaurando un sistema con un debido proceso donde para ser culpable era necesaria una sentencia.

En el Ecuador la presunción de inocencia se consagra como derecho fundamental en el artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República, en dicho artículo con claridad se establece que se presumirá la inocencia de toda persona, y además que deberá ser tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. De la misma forma, varios instrumentos internacionales que forman parte del Bloque de Constitucionalidad, forman parte del derecho positivo ecuatoriano, pues consagran la presunción de inocencia.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵, ratificado y publicado el 24 de enero de 1969 en el Registro Oficial 101; la Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos¹⁶, ratificada el 24 de julio de 1984 y publicada el 6 de agosto del mismo año en el Registro Oficial 801; y la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁷, firmada y publicada el 10 de diciembre de 1948, consagran el derecho que poseen todas las personas a las que se les impute un delito, de ser considerados inocentes hasta que se demuestre lo contrario. Dicho esto, el estado natural de las personas es el estado de inocencia, quedando

¹⁵ Artículo 14. 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se apruebe su culpabilidad conforme a la ley.

¹⁶ Artículo 8. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. (...)

¹⁷ Artículo 11. 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

una máxima intervención penal. En relación a lesiones y homicidio culposo ocasionados en la práctica deportiva, sin importar el contexto de su producción, el Derecho penal es el primer llamado *–prima ratio–* a intervenir.

Al respecto, María De la Cruz Domínguez afirma que la nueva tendencia judicial de nuestra sociedad es “*resolver sus problemas a golpe de mazo*”, es decir, existe una distorsionada sobreutilización del Derecho Penal. Esta sobreutilización, afirma De la Cruz, puede responder a una necesidad de recalcar la seguridad, pero “abusar del ámbito criminal puede llegar a suponer que una conducta que podría simplemente ser castigada en la vía administrativa o resuelta en la vía civil, termine siendo castigada más severamente en la vía penal”. (De la Cruz, 2014)

Esta intervención *prima ratio* del Derecho penal en la práctica deportiva supone una inobservancia al principio de presunción de inocencia. Al producirse una lesión u homicidio culposo dentro de una práctica deportiva, los deportistas que se vean involucrados en esta situación serán considerados como los “presuntos homicidas o agresores”, lo que implica una presunción de culpabilidad. La correcta práctica del deporte, al poseer ciertas particularidades especiales, estaba protegida por excusas legales absolutorias las cuales garantizaban que el estatus de inocencia de los deportistas solo sea vencido al tener una sentencia que indicara lo contrario.

3.5. Excusa legal absolutoria deportiva en el Ecuador

La idea de que las personas no pueden recibir un trato igual a los demás cuando se ven involucradas en una tragedia deportiva tiene su origen hace ya muchos años. Hernández Terán nos pone como ejemplo la antigua Grecia, y el pensamiento de Demóstenes; quien decía que en los juegos no se comete un delito si uno de los hombres que en ellos actúa mata al otro, porque su intención no ha sido matar, sino superar al adversario. Como vemos aquí se hace énfasis en el hecho de que no ha existido intención de matar, y por ende no hay delito.

Los boxeadores, por ejemplo, no eran condenados como responsables de matar a su contrincante si el hecho acaecía durante un combate. Tampoco podían darse reclamos por lesiones ocurridas como producto de juegos. Todo esto va de la mano de la definición de

hubo intención ni violación de los respectivos reglamentos, y siempre que se trate de un deporte no prohibido en la República.

En caso contrario, se estará a las reglas generales de este Capítulo, sobre homicidio.

Art. 473.- En las circunstancias del Art. 462, cuando se trate de heridas o lesiones, se estará a lo que allí se establece.

Estas excusas legales absolutorias deportivas estuvieron vigentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano hasta el 10 de febrero del 2014 cuando entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal. En este cuerpo normativo, estas excusas legales fueron eliminadas u olvidadas de ser incorporadas, dejando un vacío legal y dando paso a que cualquier daño a la integridad física de un deportista, en la práctica del deporte, pueda constituirse en delito, desde la configuración de lesiones hasta homicidios culposos.

En la entrevista realizada por el autor al Presidente de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado, Ab. Mauro Andino, quien llevo a cabo el proyecto y aprobación del COIP, se le preguntó si en los debates llevados a cabo para la aprobación de dicho cuerpo normativo se trató sobre la eliminación de las excusas legales absolutorias deportivas para homicidio y lesiones previstas en los artículos 462 y 473 del Código Penal derogado; a lo cual respondió que el proyecto del COIP remitido por el Ejecutivo a la Asamblea Nacional no incluía la categoría jurídica señalada, lo cual fue considerado por los miembros de la Comisión de Justicia como correcto puesto que la filosofía planteada en el proyecto hacía innecesaria su inclusión (Andino, 2017). Es decir, la Comisión de Justicia no trató las excusas legales absolutorias deportivas ya que el proyecto enviado por el Ejecutivo no contenía dicha figura.

Ahora bien, en relación a cuál fue la razón para haber eliminado o no tomar en cuenta la excusa legal absolutoria deportiva del COIP, el Ab. Mauro Andino afirma lo siguiente:

“El Código Orgánico Integral Penal reconoce como conductas penalmente relevantes a aquellas que se cometen con intencionalidad o dolo, por lo que únicamente se sancionan las conductas culposas en los casos específicos señalados en el propio cuerpo legal, en tal virtud, lo que antes podría entenderse como una excusa legal absolutoria, con la nueva visión del COIP sería innecesaria incluir puesto que no se

práctica deportiva. Las lesiones son delitos de resultado y conductas penalmente relevantes¹⁸ cuando producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables, así lo dispone el COIP; al producirse lesiones en el ámbito deportivo y con la eliminación de la excusa legal absolutoria deportiva, cualquier deportista que lesione a otro deportista, dentro de la práctica de dicho deporte, podrá responder penalmente por el delito de lesiones.

Es así como se configura la realidad jurídica actual en el Ecuador en relación al tema deportivo y su relación con el Derecho penal. Con la eliminación de estas excusas legales absolutorias deportivas, no existe ningún impedimento legal para que los deportistas o cualquier persona presente una denuncia cuando, dentro de una práctica deportiva, se produzcan lesiones o la muerte de un deportista. Dentro de las lesiones, aunque la intención del deportista no haya sido la de lesionar y no exista violación de las reglas de juego, este podrá responder penalmente pues al ser un delito de resultado, el mismo se configura por el solo hecho de existir la lesión y ni hablar del homicidio culposo, pues este se configura cuando no ha existido la conciencia y voluntad de cometer el delito.

Con esta realidad, ¿Cuál será el futuro de los deportes de contacto? ¿Qué les depara a los deportes de combate? ¿Van a desaparecer? Efectivamente, los deportes de contacto y combate son los más afectados con esta realidad, por dar algunos ejemplos tenemos: el fútbol, rugby, box, artes marciales y un sinnúmero de deportes practicados y reconocidos por el Estado ecuatoriano, los cuales, por lo que el deporte representa para toda la sociedad, requieren recuperar la protección que poseían hasta el 2014, año en que se derogó el Código Penal y se publicó el COIP, el cual eliminó del ordenamiento jurídico las excusas legales absolutorias deportivas.

3.6. Reintegro de la excusa legal absolutoria

El reintegro de la excusa legal absolutoria deportiva al ordenamiento jurídico ecuatoriano ha sido, a lo largo del desarrollo de esta investigación, una de sus principales interrogantes. Aunque existen posturas como la del Presidente de la Comisión de Justicia, Ab. Mauro Andino, quien considera innecesario el reintegro de esta figura al ordenamiento jurídico penal

¹⁸ COIP. **Art. 22.**- Conductas penalmente relevantes.- Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.

Haciendo un alcance del principio de legalidad en materia penal, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la Corte Constitucional sostiene que:

“toda conducta humana tachada como punible, debe encontrarse previamente prescrita en las codificaciones respectivas y contar con la sanción punitiva mínima y máxima a la que haya lugar; de igual manera debe brindar certeza acerca de todos los elementos normativos y subjetivos que integran el tipo; así se configura el Derecho penal de acto, conforme a las actuaciones previamente tipificadas.” (Corte Constitucional, 2016, págs. 29-30)

En efecto, en relación a homicidio culposo y lesiones, el COIP guarda conformidad con lo descrito por la Corte. Así, actualmente las lesiones que se produzcan en un evento deportivo, serán sancionadas con el máximo de la pena, aumentada en un tercio y el homicidio culposo se constituirá en asesinato¹⁹. Es por esto que, en razón al principio de legalidad, el reintegro de esta figura se torna necesaria para la protección del deporte y sus practicantes, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Ahora, en cuanto al principio de presunción de inocencia, este se encuentra previsto en la Constitución en su artículo 76 numeral 2. En este se establece que se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada²⁰. De la misma manera, dentro del COIP, se prevé este principio en el artículo 5 numeral 4, donde se reitera que toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario²¹.

Al respecto la Corte Constitucional señala que:

“La presunción de inocencia es definida como aquel principio jurídico penal que establece como regla general la inocencia de la persona. Conviene señalar que ello

¹⁹ Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180. Publicado el 10 de febrero de 2014. Artículo 140, numeral 9

²⁰ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. Publicada el 20 de octubre de 2008. Artículo 76, numeral 2

²¹ Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180. Publicado el 10 de febrero de 2014. Artículo 5, numeral 4

Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes²². Es decir, este derecho se traduce en la certeza del derecho escrito, en la confianza en el ordenamiento jurídico y el conocimiento y previsión de las consecuencias jurídicas. Por lo tanto, la eliminación de la excusa legal absoluta deportiva representa un ataque directo a este derecho constitucional ya que cambio la realidad jurídica aplicable a los deportistas, quedando en la nada su conocimiento y previsión de la situación jurídica actual en relación a la responsabilidad penal dentro de su práctica deportiva.

Por otra parte, para tener una visión más completa, la Corte Constitucional ha destacado tres puntos relevantes sobre la noción de este derecho, así manifiesta que:

“1) El mismo constituye un derecho y una garantía (...) Así este derecho materializa el respeto a los derechos y asegura que una situación jurídica no será cambiada sino de conformidad con los procedimientos legalmente establecidos. Por lo tanto, este derecho se enlaza a la confianza de los particulares con el orden jurídico y la sujeción de todos, situación que se ve relacionada con el derecho al debido proceso en la garantía de cumplimiento de normas, como ya se ha indicado previamente.

2) Este derecho determina las condiciones que debe tener el poder estatal para producir un sistema jurídico, en cuanto a la validez y eficacia, capaz de alcanzar sus objetivos, evitando aquellos aspectos del poder que pueden dañar la seguridad del ordenamiento normativo. Es de esta manera que se constituye como un elemento esencial en la vida social, pues su observancia en cuanto a la creación y aplicación normativa en los diferentes procesos judiciales otorga confianza no solo a quien recurre a los operadores de justicia para demandar un derecho, sino también para la persona contra quien se dirige la acción, respecto de que el administrador de justicia competente se abstenga de realizar actos o resoluciones arbitrarias.

3) La seguridad jurídica es la garantía dada al individuo, por el Estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, brindándole protección y reparación.

²² Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. Publicada el 20 de octubre de 2008. Artículo 82

	deportistas como a operadores del sistema penal (fiscales, jueces).
--	---

En razón a lo desarrollado a lo largo de esta investigación, creemos que la razón por la que la Comisión de Justicia y en especial la de su Presidente, Ab. Mauro Andino, quienes sostienen que la “filosofía planteada” en el COIP hace innecesaria la inclusión de la excusa legal absolutoria deportiva, carece de una apreciación global de la realidad jurídica aplicable a los casos deportivos concretos. Debido a esto y con el respaldo de esta disertación, creemos necesaria la inclusión de esta figura dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Para este reintegro, creemos que lo mejor es tomar en cuenta aquellas legislaciones donde han desarrollado estas excusas legales y las han plasmado en sus normas penales. Así tenemos, por ejemplo, el Código penal guatemalteco, citado ya dentro de esta investigación, el cual posee un capítulo titulado “Del delito deportivo”. Dentro de este capítulo se establece claramente, en dos artículos²³, cuándo un deportista responderá penalmente; y lo más importante, estable una excusa legal absolutoria deportiva de la siguiente manera:

Artículo 153. (Eximente). Quien, en deportes violentos debidamente autorizados por la autoridad, que tengan por finalidad el acometimiento personal, sin infracción de las reglas o indicaciones respectivas, causare lesiones a su contrincante, no incurre en responsabilidad penal. Tampoco incurre en responsabilidad penal quien, en ejercicio de un deporte debidamente autorizado, sin infracción de las reglas o indicaciones del caso y sin propósito, causare un resultado dañoso.

Otro gran ejemplo y uno de los primeros en prever de forma autónoma el delito deportivo fue el desarrollado en el Código de Defensa Social Cubano de 1936 en su artículo 449, Libro II, título IX “Delitos contra la vida y la integridad corporal y la salud”. En este se preveía lo siguiente:

“Art.449. A) El que aprovechando la ocasión de tomar parte en un deporte autorizado, causare de propósito y con infracción de las reglas aprobadas del juego un daño a

²³ Código penal guatemalteco. Decreto No. 17-73. Artículos 152 y 153

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En esta disertación se han arribado a las siguientes conclusiones y recomendaciones:

- Las excusas legales absolutorias tienen como objetivo esencial impedir la imposición de la pena por cuestiones de conveniencia o utilidad social, quedando así el sujeto activo excluido desde el primer momento de la aplicación de una pena. Estas excusas legales han sido reflexionadas por el legislador y plasmadas en el ordenamiento jurídico previamente.
- Dentro del sistema penal ecuatoriano, las excusas legales absolutorias deportivas han estado presentes desde 1938. Siendo el COIP el código que las elimina del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Esto supone un verdadero retroceso para el Derecho penal y un ataque directo al normal desarrollo de la práctica del deporte.
- El deporte es una actividad de suma importancia dentro de nuestra sociedad pues es considerado parte fundamental en el desarrollo integral de los individuos. Por esta razón se ha reconocido al deporte como un derecho constitucional y además como parte esencial en la consecución de uno de los objetivos primordiales del Estado, el Buen Vivir. Al haber eliminado la excusa legal absoluta deportiva se ataca directamente este derecho, pues expone a sus practicantes a responder penalmente por aquellos resultados dañosos que puedan darse dentro de una práctica deportiva, pese a que estos se hayan producido sin intención alguna y respetando las reglas del deporte. Un ejemplo muy claro resulta el homicidio culposo producido dentro de una práctica deportiva.
- El derecho al deporte, el cual es reconocido y promovido por el Estado, al mismo tiempo está siendo vulnerado con la eliminación de la excusa legal absoluta deportiva del ordenamiento jurídico ecuatoriano. El Estado reconoce al deporte y sus reglas, como una actividad lícita y la promueve; por lo tanto, el sancionar penalmente aquellos resultados dañosos propios de cada práctica deportiva, es decir el riesgo

el principio de mínima intervención y el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal. Esto en la actualidad solo es historia.

- Si un deportista, en la práctica de un deporte, posee *animus laendi*, es decir posee el ánimo de causar daño a su rival, deberá ser sancionado penalmente, pues una lesión o muerte intencionada debe ser castigada. Por otra parte, si no existe intencionalidad en el acto y se respetan las reglas del deporte, no existe la necesidad de activar el ámbito penal pues bastaría con la aplicación de los reglamentos del deporte en concreto.

- El Ecuador debería plantear la posibilidad de incorporar al COIP un título que verse sobre delitos deportivos y claramente establecer en este, como se ha visto en otras legislaciones, cuando existiría o no responsabilidad penal dentro del ejercicio del deporte. Así contaríamos con una excusa legal absolutoria deportiva que responda y este acorde a nuestra realidad y necesidades.

- Cabeza Olmeda, A. (2014). *Las excusas absolutorias en Derecho Español Doctrina y Jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Caffarena, M. B. (1990). *Estudio juridico-dogmatico sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- Cárdenas , G. (02 de 02 de 2017). Derecho del Deporte y Excusales legales absolutorias . (P. Guadalupe, Entrevistador)
- Cárdenas Gálvez, F. (30 de 10 de 2012). *Noticias jurídicas*. Recuperado el 29 de 03 de 2017, de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4804-la-responsabilidad-penal-por-las-lesiones-deportivas/>
- Carnevali Rodriguez, R. (2014). *Derecho penal como ultima ratio, hacia una política criminal racional* . Obtenido de <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n1/art02.pdf>
- Carreño , J. (1989). La actividad deportiva como causal de justificación. En A. Cancino, *Deporte y delito* (págs. 55-69). Bogotá: Universidad Externado de Colombia .
- Cerezo Mir, J. (2010). Obtenido de Comentarios al nuevo Código Penal español de 1995: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-c3.html
- Changaray Segura, T. R. (2012). Tratamiento jurídico de las lesiones deportivas en el Código Penal Peruano periodo 1991-2010. *Tesis*. Lima, Peru: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Cisterna Gonzalez, I. (2008). *Las condiciones objetivas de punibilidad en el Derecho Penal Chileno*. Obtenido de http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-cisterna_i/pdfAmont/de-cisterna_i.pdf
- Consejo de Europa. (3 de febrero de 1986). *CONVENIO EUROPEO SOBRE LA VIOLENCIA E I*. Obtenido de <http://www.judicatura.com/Legislacion/1515.pdf>
- Corte Constitucional. (2016). Desarrollo jurisprudencial de la. 29. Quito, Ecuador. Recuperado el 03 de 04 de 2017, de file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Desarrollo_Jurisprudencial%20Corte%20Constitucional.pdf
- Cousiño, L. (1975). *DERECHO PENAL CHILENO*. Santiago: Judíica de Chile .
- Crespo, E. D. (20 de octubre de 2001). *Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*. Obtenido de <http://dpenal.to.uclm.es/wp-content/uploads/2013/10/Demetrio-Crespo-Eduardo-%C2%ABCulpabilidad-y-fines-de-la-pena-con-especial-referencia-al-pensamiento-de-Claus-Roxin%C2%BB-Revista-de-Derecho-Penal-Buenos-Aires-Instituto-de-Ciencias-Penales-2007-2-pp.-19>

- Muñoz Conde, F. (2015). *Derecho penal: parte especial*. Madrid: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2004). *Derecho Penal parte general*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Nino, C. S. (1980). *Los limites de la responsabilidad penal*. Buenos Aires: Astrea.
- Olga Sanz, I. (septiembre de 2014). *La excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal*.
Obtenido de <http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/14545/Olza%20Sanz,%20I%C3%B1igo.pdf>
- Omeñaca, R. (2004). *Pedagogia de los valores en la educación física*. Madrid: C.C.S.
- Organización Mundial de la Salud. (2002). Obtenido de http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/67411/1/a77102_spa.pdf
- Organización Mundial de Propiedad Intelectual. (19 de octubre de 1930). *Codice Penale Italiano*.
Obtenido de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=229521
- Paz y Miño, O. (12 de mayo de 2012). Obtenido de La violencia en escenarios y espectáculos deportivos y los delitos deportivos: www.derechoecuador.com
- Quiñones, S. (26 de 03 de 2017). Excusal legal absolutoria/Colombia. (P. Guadalupe , Entrevistador) Pasto, Colombia .
- Ranieri , S. (1975). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: TEMIS.
- Reyes Calderon, J. A. (2002). *Tratado de la Teoría del Delito*. Mexico : Cardenas Editor Dsistribuidor.
- Ríos Corbacho, J. (2011). La incidencia del derecho penal en las lesiones deportivas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10:1-10:20. Recuperado el 9 de 04 de 2017, de <http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-10.pdf>
- Rodríguez-Mourullo, A., & Clemente, I. (2004). *Laboratoire de Droit du Sport*. Recuperado el 09 de 01 de 2017, de <http://laboratoire-droit-sport.fr/wp-content/uploads/2013/10/Derecho-Penal-dopaje-y-lesiones-2004.pdf>
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid: Reus S.A.
- Roxin, C. (2002). *Política criminal y sistema del derecho penal*. Bueno Aires: Hammurabi SRL.
- Roxin, C. (2010). *Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Civitas.
- Rozo Baez, J. (1987). Derecho y deporte: Las leyes deportivas. *Revista Escuela de Administracion de Negocios*, 62-65. Recuperado el 6 de 04 de 2017
- RTVE. (05 de diciembre de 2016). *Cronologia del Caso FIFA*. Obtenido de <http://www.rtve.es/deportes/20161205/cronologia-del-caso-fifa/1196300.shtml>

ANEXOS

ENTREVISTAS

Las entrevistas que se presentan a continuación han sido enfocadas al tema central de esta disertación y transcritas textualmente. Las figuras que han sido entrevistadas son las siguientes:

- AB. MAURO ANDINO (Asambleísta por Chimborazo y Presidente de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado)
- MSC. GIOVANNY CÁRDENAS GALARZA (Experto en Derecho del Deporte)
- DR. ARTURO DONOSO CASTELLÓN (Actualmente Asesor Jurídico General de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador)
- DR. SERGIO DIOGENES QUIÑONES RODRIGUEZ (Actualmente es fiscal de la Unidad de Delitos Contra la Administración Pública en Pasto-Colombia)

A continuación, se presentan las entrevistas realizadas:



AB. MAURO ANDINO (Asambleísta por Chimborazo y Presidente de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado)

- Es abogado desde hace más de 30 años.
- Asambleísta de Alianza País por Chimborazo

El Código Orgánico Integral Penal reconoce como conductas penalmente relevantes a aquellas que se cometen con intencionalidad o dolo, por lo que únicamente se sancionan las conductas culposas en los casos específicos señalados en el propio cuerpo legal, en tal virtud, lo que antes podría entenderse como una excusa legal absolutoria, con la nueva visión del COIP sería innecesaria incluir puesto que no se trata de una conducta dolosa. Sin embargo, si se en el contexto de la práctica deportiva se cometiera una posible infracción penal podría observarse los casos puntuales previstos en el COIP sobre infracciones culposas como es el caso del homicidio culposo.

3. El COIP incorporó como circunstancias agravantes de la infracción penal, las infracciones que se produzcan en eventos deportivos.

- **¿Por qué se considera como agravante de infracción penal el que se de en un evento deportivo?**

Lo señalado en el COIP se refiere a la intención dolosa de aprovecharse a una gran concentración de personas para el cometimiento de un delito, puesto que esta conducta podría representar peligro para todas las personas presentes en el evento, incrementar el nivel de vulnerabilidad de las víctimas, así como se evidencia la intencionalidad de evitar la sanción penal por el cometimiento de una infracción que en otro contexto permitiría con mayor facilidad la identificación del sujeto activo.

- **¿Los eventos deportivos engloban tanto a deportistas cómo espectadores?**

La circunstancia agravante se refiere al momento y el lugar que se aprovecha dolosamente para el cometimiento del delito, no se refiere específicamente a las calidades de los posibles infractores o víctimas, eso está definido en cada tipo penal, lo que interesa en este caso es que la conducta penal se ha ejecutado con la intención de aprovecharse de una circunstancia que podría colocar a las personas en un estado de alta vulnerabilidad.

- **¿Usted considera que afectaría a los deportistas esta nueva realidad jurídica sumada a la eliminación de la excusa legal absolutoria deportiva?**

De ninguna manera, puesto que las conductas perseguidas y sancionadas por la legislación se refieren a conductas dolosas, por lo tanto constituyen un instrumento necesario para evitar la impunidad. Las normas previstas en el COIP están pensadas para proteger los derechos de las víctimas así como el respetar las garantías procesales de las personas procesadas.



MSC. GIOVANNY CÁRDENAS GALARZA (Experto en Derecho del Deporte)

- Ex - futbolista profesional.
- Comunicador Social.
- Abogado especializado en Derecho del Deporte.
- Master Internacional en Negocios y Administración del Fútbol.
- Master en Tecnologías para la Práctica y Gestión docente.
- Director General del Estudio Jurídico Deportivo DG CárdenasLegal.
- Ex - Subsecretario del Ministerio del Deporte del Ecuador.
- Socio Activo de la Asociación Latinoamericana de Derecho del Deporte.
- Docente en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y Universidad de Las Américas.

PREGUNTAS:

1. ¿Qué es el derecho deportivo?

Bueno, el derecho deportivo a diferencia del derecho del deporte es el derecho que se refiere a las instituciones deportivas a su organización tanto administrativa, financiera pero fundamentalmente a su normativa reglamentaria. Es decir, a todo lo que tiene que ver con el estatuto de una organización deportiva, todo lo que tiene que ver sus reglamentos federativos que son los que de alguna manera están rigiendo tanto la actividad deportiva como la actividad administrativa de esas organizaciones.

El derecho deportivo con la diferencia de que el derecho del deporte en cambio es un derecho que abarca más, por ejemplo, la legislación nacional de un país o tratados

4. Con la eliminación de la excusa legal absolutoria deportiva del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la cual eximía, bajo ciertas condiciones especiales, de responsabilidad penal en lesiones y homicidio a los deportistas. En su opinión:

- **¿Cuál era la utilidad que esta figura brindaba al deporte?**

En primera instancia pensar que no existía dolo, es decir, en el deporte posiblemente se pueda establecer que es un tema más bien de culpa. No es cierto? o posiblemente incluso se eximía la culpa, sino que se establecía que lo que era es ir en contra de normas específicas disciplinarias. Es decir, por más que en una acción de un deportista se haya cometido, por decir algo, una lesión a un deportista se consideraba simplemente para efectos de sanciones deportivas un acto en contra de un reglamento disciplinario no había mala fe, no había dolo. Para efectos de eso entonces se excluía toda responsabilidad de quien hacía como actor en estos actos, esa era la ventaja que tenía el tema deportivo, pero con las legislaciones que han hecho de alguna forma han dado oídos a jurisprudencias que se han venido dando creo que ya efectivamente ahora si se puede establecer la mala fe en el ámbito deportivo y ya ha habido varias sentencias a nivel de tribunales no deportivos sino de tribunales, por ejemplo penales en algunos países, por ejemplo, en España donde ya se establece que se puede determinar un tipo penal en alguna actividad deportiva.

- **¿Existe alguna afectación al ejercicio del deporte en el Ecuador?**

A mi criterio, no. Muchas veces la disputa es entre la autonomía y la soberanía. La autonomía con relación a los reglamentos deportivos y la soberanía con relación a las normas legales generales. Obviamente el deporte no puede estar fuera de la normativa de nuestro país, en este caso, por lo mismo, a mí me da la impresión de que mucho de los casos se ha abusado de esta autonomía deportiva para efectos de dejar impune, por ejemplo, acciones en el caso penal. Si se puede establecer la mala fe. El tema es que el deporte parece ser que esta fuera de esa normativa y entonces el tratamiento es a nivel deportivo. Pero, sin embargo, de aquello hoy se traspasa algunos temas, por ejemplo, hoy existen ya en los escenarios deportivos donde se hace fútbol profesional la presencia de fiscales que van a establecer también el inicio de acciones al respecto.

estudiarse al respecto de la legislación nacional y además de la aplicación de los jueces de esa norma en sentencias que se vayan dando porque hay que decir algo también, es muy difícil que el deportista, por ejemplo, que se sienta agredido que haya sido agredido en la cancha acuda a los órganos de justicia ordinaria, es muy difícil, y eso posiblemente no corresponda a un tema legal sino a un tema cultural. El deportista que ha sido, yo que sé, de alguna forma agredido en una cancha no es que espera que se acabe el partido y se va a la fiscalía o a denunciarlo eso también hay que tomar en cuenta porque es un tema cultural no hay una cultura de denuncia, por ejemplo, o posiblemente no hay un acompañamiento legal para efectos de esto con los deportistas.

Un deportista sabe lo básico y no va más allá, muy poco maneja, por ejemplo, los códigos federativos disciplinarios peor aún va a conocer el tema del COIP porque tiene acceso a la justicia, tal vez, en buena hora sí, porque se estaría desvirtuando el tema deportivo, no es cierto?? Qué pasa si en una falta grave a un jugador el juez no lo sanciona pero el si hace una denuncia y posiblemente nos encontramos con que incluso tendría no sé, acciones como por ejemplo una detención provisional y además tendría un agravante por lo del COIP entonces qué esperar qué: Qué los deportista tengan miedo a nivel penal y que estén detenidos para que el juego sea demasíadamente limpio? Le veo muy complicado y difícil. **Pregunta el entrevistador:** Pero si es que eso pasaría, no ayudaría a que el deporte a la final desapareciera? y Msc. Giovanni Cárdenas Galarza responde: “el problema es que son las reglas deportivas frente a las reglas del código integral penal siempre lo hemos establecido así. Son deportes de contacto, obviamente no son deportes de violencia, ni son deportes de agresión son deportes de contacto pero el contacto va a traer fricciones o va a traer algún tipo de perjuicio para el que ha sido agredido deberíamos establecer y por eso es tan delgada la línea entre el deporte y el tema penal en el tema disciplinario. Es un tema muy importante que hay que tratar.

7. ¿Cree que esta figura que fue eliminada debería ser reintegrada al COIP?

El problema es que estamos dándole demasiado tratamiento específico al deporte. Yo creo que estas actividades si tienen que ver principalmente con el hecho de que el



DR. ARTURO DONOSO CASTELLÓN (Actualmente Asesor Jurídico General de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador)

- Doctor en Jurisprudencia, PUCE, Quito, 1978
- Miembro correspondiente del Instituto Mexicano de Criminología, 1984
- Catedrático Universitario de pre y posgrado
- Director Nacional de Rehabilitación Social, Quito, 1982 – 1984
- Director de Asesoría Jurídica (hoy Subsecretaría Jurídica) Presidencia de la República, 1992 – 1996
- Magistrado Conjuez de la Primera Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, 1999; Magistrado titular de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, 2000 – 2004
- Asesor de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, 2006 – 2007

PREGUNTAS:

- 1. ¿Cuál es la vinculación entre deporte y derecho penal? ¿Existe alguna vinculación?**

En primer lugar, toda actividad humana incluyendo la deportiva en cualquiera de las disciplinas tiene siempre una relación jurídica. ¿Por qué? Porque un deporte cualquiera que este sea, en cualquier disciplina, tiene que tener reglas para regular la

universales. Pero en el caso de las excusas legales absolutorias no se trata de un tema como las causas de justificación en donde estén o no estén en la norma, aunque por seguridad jurídica las incluyen en las normas, las causas de justificación estén o no en la norma como sucede en el COIP que suprimió la autorización del titular del derecho pueden ser invocadas porque son supra legales están a nivel de los derechos y garantías fundamentales del ser humano y por tanto no es que nacen con la ley, sería una barbaridad. La ley es un instrumento del derecho, no es el derecho. Es un instrumento, es el continente. El contenido es lo jurídico, puede estar en la ley o no y en determinadas situaciones las causas de justificación pueden o no estar con la autorización del titular del derecho pero como son supra legales y no es que nacen porque un legislador las ponga en la norma pueden ser invocadas como un derecho humano fundamental.

En el caso de las excusas legales absolutorias, la diferencia fundamental es que, son temas directamente no de política criminal sino de política penal en el sentido de que el Estado considera que bajo determinadas situaciones o circunstancias la norma penal castigadora, la de la punibilidad no es aplicada, entonces las excusas legales absolutorias, generalmente empiezan con un enunciado como: no será punible o no se aplicará pena alguna porque esas son las excusas legales absolutorias y, por tanto, en este caso, si se trata de un instrumento normativo en el derecho continental europeo en el anglosajón no; porque son los precedentes judiciales del más alto nivel, pero en el derecho continental europeo tiene que estar en la norma el enunciado de cuáles son las excusas legales absolutorias y la explicación y requisitos de cada una claramente establecidas y enunciadas y determinadas en la ley. Ahora, en el caso de la práctica de un deporte es imposible que se practique un deporte si es que encima de los que lo están practicando hay el temor de que el derecho penal intervenga más allá del ámbito razonable. Cuál es ese ámbito razonable? El hecho de que como antes habíamos señalado lo jurídico tiene relación con la actividad deportiva como tiene relación con todas las actividades humanas. En el caso del deporte las normas que rigen la práctica de un deporte en cualquier disciplina son suficientes para la práctica de ese deporte y los efectos que se puedan producir durante el ejercicio del deporte

deportiva, que decía la ley antes ahora ya no existe en la ley ecuatoriano, que debía ser aceptado en el ámbito de la República del Ecuador o al menos sea tolerado, entonces, con esos cuatro requisitos procedía de una forma muy sana, muy racional, lógica la existencia de la excusa legal absolutoria de la lesión o el homicidio en el deporte.

- **¿Existe alguna afectación al ejercicio del deporte en el Ecuador?**

Si combinamos la supresión de la causa de justificación de la autorización del titular del derecho con el tan mentado, repetido y hasta abusado término de posición de garante para las infracciones penales culposas en que incluso mucho de los autores en forma inaudita les llevan a la culpa casi a la función del dolo por lo menos del dolo eventual, digo que, en las prácticas de los deportes por esta situación que se está viviendo que en mi opinión es una exageración y esperemos que pronto pase estas rachas de moda penal que no tienen sentido y que son novelerías. Pero la autorización del titular del derecho, por ejemplo, para una práctica deportiva de riesgo como es el andinismo obviamente quien entra a esa práctica sabe que hay un riesgo controlado pero es propio de la práctica del deporte como, por ejemplo, el vencer la ley de la gravedad cuando uno con clavijas sube contra la ley de la gravedad a cimas o a cumbres que son prácticamente oblicuas casi en ángulo recto al suelo con lo cual hay una evidente situación de peligro por la presencia de la gravedad, entonces quien practica eso sabe que está sometido a un riesgo y, como ya la técnica la tecnología sofisticada de la práctica de las disciplinas deportivas ha ido perfeccionando los mecanismos para controlar sino minimizar esos riesgos, es obvio, que si alguien respeta todos los manuales de procedimiento y todas las reglas para la práctica de ese deporte obedeciendo a un instructor capacitado lo que pase nunca puede ser de responsabilidad del instructor, pero con la supresión de la autorización del titular del derecho si hay esa posibilidad de responsabilizar en cualquier caso al instructor por lo que pueda pasar. Si trasladamos esto al otro ámbito, recalco, con la clara diferencia entre una causa de justificación y la excusa legal absolutoria estamos ante la situación de que en cualquier caso con un criterio subjetivo la lesión o la muerte de un deportista en la práctica de un deporte pueda llevar a que

peligroso para una represión subjetiva, para una manipulación judicial y para persecuciones. Entonces, por eso este problema de la suspensión de la excusa legal absolutoria en deporte no es casual ni es que no se ha buscado. Es buscada con fines de política penal perversos.

4. ¿Cree que esta figura que fue eliminada debería ser reintegrada al COIP?

Ya está de alguna manera contestada. Yo creo que yendo un poco más allá no solamente que debe ser reincorporada por lo menos hacer unas reformas urgentes a esa norma normativa penal tan defectuosa, tan peligrosa sino que y eso habría que hacer como un paliativo inmediato, pero además hay que hacer en profundidad una reforma integral un estudio más que reforma integral, un estudio y una normativa penal que busque el equilibrio y la armonía partiendo de la realidad de que la sociedad ecuatoriana es una sociedad pacífica y segura. Cuando nos quieren hacer creer que hay mucha inseguridad eso también es un mecanismo perverso de represión porque son lo que llaman campañas de ley y orden que provienen de los centros de poder que quieren aumentar el poder dictatorial el poder totalitario y autoritario y eso se traslada al control social sobre todo de las grandes masas débiles o como ejemplo en alguno de las clases medias altas con motivos espiatorios para demostrar con ellas la eficacia del sistema penal lo cual no demuestra nada sino simplemente son muestras de los aumentos de represión en todo nivel. Entonces, mientras no haya un cambio de políticas en este sentido tanto criminal como penal el peligro de este tipo de reformas que recalco no son casuales se vuelven una amenaza para la convivencia social pacífica. Recalco, más que nada en un país como el nuestro, que es una sociedad segura, una sociedad tranquila. Muchos de los fenómenos criminales que se dan en nuestro país son importados, por influencia de gente que no pertenece a la cultura ecuatoriana y que además ha influido a nuestros conciudadanos. Eso se refleja en una evidencia gravísima, el aumento de la población penal del Ecuador que no debería pasar de 12.000 encarcelados y que tenemos como 26.000, lo cual es una muestra clarísima una demostración de lo que estoy diciendo de las políticas perversas de represión penal.

Art. 473.- En las circunstancias del Art. 462, cuando se trate de heridas o lesiones, se estará a lo que allí se establece.

En razón a esto, se formulan las siguientes preguntas:

1. En la legislación colombiana ¿Existe la figura de la excusa legal absolutoria deportiva o una parecida?

En la legislación penal colombiana, si existe una norma análoga que permite la excusa legal absolutoria como la que Ud. plantea. Actualmente el tema está regulado por el artículo 32 del Código Penal que establece las causales de ausencia de responsabilidad de la siguiente manera:

Art. 32. Causales de ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

1. En los eventos de fuerza mayor o caso fortuito.
2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.
3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
5. **Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.**
6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcional a la agresión.
7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.
8. Se obre bajo insuperable coacción ajena.
9. Se obre por miedo insuperable.

4. ¿Cuándo se podría otorgar responsabilidad penal a un deportista, en la práctica de un deporte en Colombia?

Se podrían presentar eventos en donde no se sancionen a deportistas, por ejemplo como cuando un jugador de fútbol, en medio partido lesiona a un antagonista, sin quebrantar las reglas de juego, caso en el cual se le aplica la causal para exonerarlo de responsabilidad, pero no para otro competidor compañero del lesionado, que reacciona contra el primero y también le vulnera su integridad personal en una clara vindicta, caso en el cual no procede a aplicarle la exonerante. (De la Pava Marulanda, 2007). Otro ejemplo sería, cuando un competidor de automovilismo que lanza su vehículo intencionalmente hacia varias personas, que se encuentran indefensas al borde de la carretera para causar la muerte de uno de ellos.

5. ¿Cuál ha sido el tratamiento en la dogmática penal?

El manejo de la causal en la Dogmática se caracteriza por la crítica que han hecho los tratadistas como FERNANDEZ CARRASQUILLA que dice que se regula principio una conducta que está reconocida por la ley abonando la idea de que nos encontramos frente a una dilogía impensable. Una situación no puede no ser ilícita y tener una justificación. Lo ilegal puede ser el comportamiento abusivo del derecho que excede el ámbito de legitimidad.

En sentido contrario CARBONEL MATEU, que considera que el ejercicio de un derecho es una causal general de justificación en la que se contiene el reenvío de la ley penal a las cláusulas permisivas de todo el derecho extrapenal público y privado. Así mismo VICENTE ARENAS, que dice que quien cumple lo que la ley ordena o practica una actividad permitida por ella realiza un acto justo, aunque pueda parecer lesiva del derecho ajeno.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

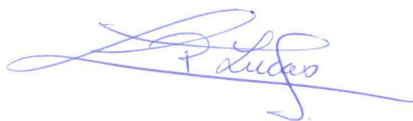
DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Pedro Lucas Guadalupe Oñate, con cédula de ciudadanía No. 1721605119, autor del trabajo de graduación intitulado: **“LA ELIMINACIÓN DE LA EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA EN ACTIVIDADES DEPORTIVAS DENTRO DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”**, previa a la obtención del grado académico de ABOGADO en la Facultad de JURISPRUDENCIA:

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

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

Quito, 1 de junio del 2017



Pedro Lucas Guadalupe Oñate

CC: 1721605119

INSTRUCCIÓN **BACHILLERATO** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE** A1111A1111

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE **GUADALUPE R CESAR GUALBERTO**

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE **ÑOATE AROSTEGUI ROSA NATALIA**

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN **QUITO**
2011-03-11

FECHA DE EXPIRACIÓN **2021-03-11**

Roberto
DIRECTOR GENERAL

P. Lucas
FIRMA DEL CEDULADO

000571614




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

CEDULA DE CIUDADANÍA **172160511-9**

APELLIDOS Y NOMBRES **GUADALUPE OÑATE PEDRO LUCAS**

LUGAR DE NACIMIENTO **CHIMBORAZO RIOBAMBA LIZARZABURU**

FECHA DE NACIMIENTO **1992-09-16**

NACIONALIDAD **ECUATORIANA**

SEXO **M**

ESTADO CIVIL **Soltero**






REPÚBLICA DEL ECUADOR

CERTIFICADO DE VOTACIÓN
 ELECCIONES GENERALES 2017
 2 DE ABRIL 2017

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

009 JUNTA No.

009 - 035 NÚMERO

1721605119 CEDULA

GUADALUPE OÑATE PEDRO LUCAS
 APELLIDOS Y NOMBRES

PICHINCHA PROVINCIA

QUITO CANTÓN

RUMIPAMBA PARROQUIA

CIRCUNSCRIPCIÓN: 1

ZONA: 4

