

## **ESCUELA DE JURISPRUDENCIA**

**Tema:**

**EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN LOS CASOS DE CUSTODIA ILEGAL DE  
NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES**

**Proyecto de investigación previo a la obtención del título de Abogada**

**Línea de Investigación:**

Política y derecho para la participación social y el establecimiento de las relaciones justas.

**Autora:**

Kassandra Anabell Martínez Ortega

**Director:**

Ab. Mg. Christian Danilo Gavilanes Domínguez

Ambato – Ecuador

Mayo 2020

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR**  
**SEDE AMBATO**  
**HOJA DE APROBACIÓN**

**Tema:**

**EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN LOS CASOS DE CUSTODIA ILEGAL DE  
NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES**

**Línea de Investigación:**

Política y derecho para la participación social y el establecimiento de las relaciones justas.

**Autora:**

Kassandra Anabell Martínez Ortega

Christian Danilo Gavilanes Domínguez, Ab. Mg.

**CALIFICADOR**

Juan Carlos Manjarres Buenaño, Ab. Mg.

**CALIFICADOR**

Nathalia Viviana Lescano Galeas, Ab. Mg.

**CALIFICADOR**

Edgar Santiago Morales Morales, Ab. Mg.

**DIRECTOR DE LA ESCUELA DE JURISPRUDENCIA**

Hugo Rogelio Altamirano Villarroel, Dr.

**SECRETARIO GENERAL PUCESA**

Ambato- Ecuador

Mayo 2020

## DECLARACIÓN DE AUTENCIDAD Y RESPONSABILIDAD

Yo, Kassandra Anabell Martínez Ortega, con C.C. 1805433396, autora del trabajo investigativo de graduación titulado: “EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN LOS CASOS DE CUSTODIA ILEGAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES”, previa la obtención del título profesional de **ABOGADA**, en la escuela 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 entrar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
2. Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE Ambato, el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Ambato, Mayo 2020



KASSANDRA ANABELL MARTINEZ ORTEGA

C.C. 1805433396

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios y a mi familia que sin su fuerza no podría dar, ni un solo paso en mi vida y por su fortaleza en corazón y mente.

A los docentes de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador-Ambato, quienes durante esta etapa han sabido ser mi inspiración para el cumplimiento de este sueño.

A mi tutor, el Magister Christian Danilo Gavilanes Domínguez quien con su alto nivel académico y don de gente ha sabido guiarme y ser un excelente profesional y amigo.

A toda la comunidad universitaria.

## DEDICATORIA

Esta investigación, se la dedico a Dios, a mi madre Pilar Ortega quien sin su ejemplo de mujer no terminaría esta etapa y por enseñarme a que la base del éxito está en ser buena persona.

A mis abuelitos María Riera y Víctor Aguinosa, por ser mi guía y enseñarme que todos mis actos estén encaminados al servicio a Dios. A mis hermanos Diana y Andrés, por ser mi ejemplo a seguir y con una sonrisa iluminar mi alma, mi mente y mi espíritu, por ser parte importante de mi formación y de mi fiel creencia de ser más y nunca conformarme. Y finalmente a mi tío Alejandro que con su don de gente me enseñó a creer en Dios y acudir siempre a él en toda dificultad.

## RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo, el análisis del error de prohibición y su aplicación en los casos de custodia ilegal de niñas, niños y adolescentes; lo que implica su posible exoneración como infracción penal por no existir dolo. La investigación evidencia como problema: la existencia de casos de custodia ilegal, sin existir la intención de causar daño sino por causas de generosidad a niños en situación de abandono. Esta investigación, se realizó a través de los métodos de investigación teórico inductivo y prácticos como son el exegético y el comparativo, que pretende determinar si es factible o no la aplicación del error de prohibición en los casos de custodia ilegal, y su exoneración como infracción penal únicamente en casos de ausencia de dolo; mediante un enfoque cualitativo, se recolectó la información necesaria para la demostración de la problemática. Entre los resultados relevantes de la fase de diagnóstico, se muestra que los parámetros jurídicos que, se considerarían para sancionar este tipo de conductas serían: Investigaciones de cómo, se desarrolla la comunidad de quien incurre en la custodia ilegal, la evaluación de sus condiciones específicas como, su grado académico o su nivel de rusticidad; y la eliminación de cualquier presunción de delitos como tráfico de niños verificando que durante su crianza, nunca existió la vulneración de sus derechos. Por tanto, resulta necesario considerar estas circunstancias como una conducta protectora de la vida de un niño y como resultado la eliminación de una infracción penal.

**Palabras claves:** error de prohibición, custodia ilegal, exoneración, dolo, antijuridicidad.

## **ABSTRACT**

The aim of this study is to analyze the mistake of prohibition and its application in illegal custody cases of children and teenagers, which implies a possible exoneration of criminal offenses in the absence of willful intent. The problem identified in the study was the existence of illegal custody cases of children and adolescents, which are based on harmless intentions when offering generosity to children in a situation of abandonment. This study uses theoretical, inductive and practical research methods, such as the exegetical and comparative methods, to determine whether or not it is feasible to apply the mistake of prohibition in illegal custody cases and its exoneration as a criminal offense in the absence of willful intent. The qualitative approach was used to collect the data needed to determine the problem. The most relevant result in the diagnostic phase shows that the legal parameters that need to be affected in order to punish this type of conduct are research of the community's development of those who commit illegal custody, evaluation of their specific conditions such as academic degree or level of hardiness, and the violation of any presumption of crimes such as trafficking children, verifying that their rights were never violated during their childhood. Therefore, it is necessary to consider these circumstances as safeguards to protect children's lives and the result of eliminating a criminal offense.

**Key words:** mistake of prohibition, illegal custody, exoneration, intent, illegality

**Índice**

PRELIMINARES	
<b>DECLARACIÓN DE AUTENCIDAD Y RESPONSABILIDAD</b> .....	iii
<b>AGRADECIMIENTO</b> .....	iv
<b>DEDICATORIA</b> .....	v
<b>RESUMEN</b> .....	vi
<b>ABSTRACT</b> .....	vii
<b>Índice</b> .....	viii
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>CAPITULO I. ESTADO DEL ARTE Y LA PRÁCTICA</b> .....	3
1.1. El error de prohibición como análisis a la custodia ilegal .....	3
1.2. Custodia .....	21
1.3. Influencia del derecho penal en el derecho de familia .....	31
<b>CAPÍTULO II. DISEÑO METODOLÓGICO</b> .....	38
2.1. Metodología de la investigación .....	38
2.2. Técnicas e instrumentos de recolección de la información .....	39
2.3. Población y muestra .....	40
<b>CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN</b>	41
3.1. Presentación de resultados.....	41
3.2. Análisis General.....	53
<b>CONCLUSIONES</b> .....	55
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	57
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	58
<b>ANEXOS</b> .....	64

**Índice de ilustraciones**

Ilustración 1. Elementos del concepto del delito.....	3
Ilustración 2. El dolo .....	8
Ilustración 3. Errores de prohibición .....	15

**Índice de tablas**

Tabla 1. Teoría del delito.....	4
Tabla 2. Derecho comparado del error de prohibición con otras legislaciones	17
Tabla 3. Elementos del tipo penal .....	37
Tabla 4. Población y muestra .....	40
Tabla 5. Entrevistas a los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Ambato.....	42

## INTRODUCCIÓN

El error de prohibición según el jurista español Fernández (2008), se basa en la conducta de una persona, que actúa al desconocer el cometimiento de un delito por error, esto deduce la ausencia de dolo; en consecuencia para que exista una infracción penal, la conducta sería típica, antijurídica y culpable.

En relación a la aplicación del error de prohibición en una actividad punible, la tratadista ecuatoriana León (2013), menciona que esta figura, se entiende como una institución congruente con la democracia, al permitir diferenciar la capacidad de actuar del sujeto en su vinculación con el delito, demuestra así, la diferencia entre la valoración de la conducta y su determinación como dolosa o no, lo que depende de su capacidad de comprensión de la norma.

El error de prohibición es la falta de conciencia de la antijuridicidad, es decir, que no sabe que su actuación no está permitida por la norma penal; en este sentido, se considera como una de las causas consideradas como no punibles. Por tanto la aplicación del error de prohibición en la custodia ilegal en los casos de acuerdos consuetudinarios, de situación de abandono y orfandad por personas con cierto grado de rusticidad, que actúan sin dolo, demanda de un estudio para poder establecer sí, se podría fundamentar parámetros jurídicos para la exoneración del delito de la no legalización de custodias familiares en razón de no existir dolo; más bien por causas de generosidad y acogimiento a niñas, niños y adolescentes en situación de abandono, con el fin de brindarles su derecho a una familia, un hogar seguro y tener un desarrollo integral.

En el presente trabajo investigativo, se pretende determinar si es viable la aplicación del error de prohibición en las custodias ilegales del Ecuador y su posible exoneración como delito por no existir dolo.

El método general a esgrimirse en la presente investigación, se basó en el diseño cualitativo. Con respecto al método teórico que empleó la investigación fue el teórico inductivo que analizó normativa nacional y realizó un análisis bibliográfico en razón del uso doctrinario; y el método práctico exegético, basado en la interpretación de normativa jurídica en base al estudio de la custodia ilegal, en normativa ecuatoriana.

Por lo expuesto en las preguntas de estudio, se denotan: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos y teóricos del error de prohibición en una conducta prohibida por la ley?; ¿se podría aplicar el error de prohibición en los casos de custodia ilegal de niñas, niños y adolescentes en el Ecuador?; ¿qué parámetros jurídicos podrían ser considerados para la aplicación del error de prohibición en los casos de custodia ilegal de niñas, niños y adolescentes?; De tal manera para dar respuesta a estas preguntas, se realizaron las siguientes tareas: es la fundamentación jurídica y teórica del error de prohibición en una conducta prohibida por la ley; así también, relacionado con el estado del arte y la práctica, se expone el diagnóstico de la aplicación del error de prohibición en los casos de custodia ilegal de niñas, niños y adolescentes en el Ecuador. En el mismo tenor de ideas, se pretende la determinación de los parámetros jurídicos para la aplicación del error de prohibición en los casos de custodia ilegal de niñas, niños y adolescentes.

Las custodias ilegales sin dolo generan la inexistencia de un delito, por ende a la posibilidad de la aplicación del error de prohibición, por ser una forma de exoneración de la infracción penal; como resultado, se determinaron parámetros jurídicos para la aplicación del error de prohibición en custodias ilegales del Ecuador y su posible exoneración como delito por no existir dolo.

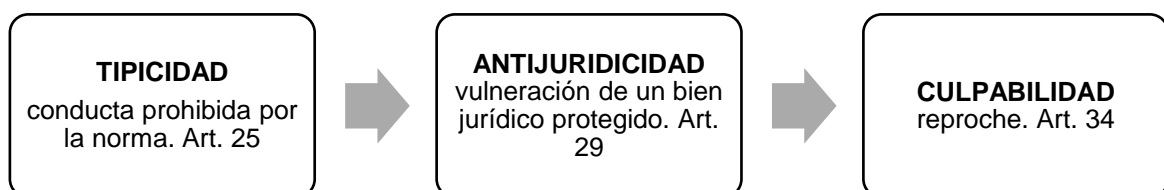
## CAPITULO I. ESTADO DEL ARTE Y LA PRÁCTICA

### 1.1. El error de prohibición como análisis a la custodia ilegal

El delito es una conducta humana penalmente relevante, la cual sería típica, antijurídica y culpable. Tal conducta es el sustantivo del delito, además, que esta solo sería humana. Por otra parte, García (2014) establece que: “la definición de conducta penalmente relevante, se liga más a la producción del resultado lesivo, que a la determinación de la conducta por parte del tipo penal específico”, (p. 295) consecuencia para calificar a la conducta humana como penalmente relevante, se enfocaría en el resultado lesivo, descriptible y demostrable de la acción u omisión, así como lo establece el artículo 22 del (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Es así que, su concepto jurídico establece dos elementos: la existencia de voluntad y exteriorización en el mundo según (Zaffaroni, 2009), en este sentido para que una conducta sea considerada como penalmente relevante, se tenía que exteriorizar mediante resultados lesivos, descriptibles y demostrables, al ser esta conducta por acción u omisión. En términos generales todo delito, se encuentra denotado por tres elementos, descritos a continuación

Ilustración 1. Elementos del concepto del delito



*Fuente: Elaboración propia en base a Zaffaroni (2009) y Código Orgánico Integral Penal (2014).*

### 1.1.1. Tipicidad

Los hechos cometidos por el hombre, para que puedan ser sancionados con una pena, estarán tipificados en la ley, esta descripción legal constituye la tipicidad, para Franco (2011) el precepto legal trata de resumir una conducta humana, describiéndola mediante una fórmula dada, el hacer o no, constituyéndose un delito, considera que la tipicidad constituye una figura descriptiva, absolutamente separada de la culpabilidad y antijuridicidad, es decir, si la muerte fue contraria a la norma o si en realidad fue en legítima defensa, es una función que le incumbe a la antijuridicidad.

La tipicidad es un elemento esencial del delito, por tanto, toda conducta que no, se subsume en los tipos penales, aun al ser la conducta antijurídica y culpable, esta es atípica, y por tal es no punible; para que un delito sea perfecto cumplirá con los tres elementos indicados anteriormente. Dentro de la teoría de la tipicidad de Ernest Beling y la estructuración de la teoría tripartida del delito, la tipicidad es netamente objetiva, y constituye la descripción y delimitación de la conducta prohibida; de este modo el tipo penal alcanza sin duda una posición dominante en la estructura del delito, como punto de referencia para el juicio de antijuridicidad y de culpabilidad; de tal manera la tipicidad es el soporte más importante en la función de la garantía de la ley penal. Citado en (García, 2014)

A fin de comprender la tipicidad resulta necesario identificar la acción u omisión, su parte objetiva y subjetiva, así también, su relación con la antijuridicidad y la culpabilidad.

Tabla 1. Teoría del delito

<b>ACCIÓN u OMISIÓN</b>	<b>TIPICIDAD</b>	<b>ANTI JURIDICIDAD</b>	<b>CULPABILIDAD</b>
- <b>Acción</b> , la voluntad del movimiento corporal y su relación con la finalidad del acto. Establecido en el Art. 23 del COIP.	<b>OBJETIVA</b>  - <b>Sujeto Activo.</b> - persona que realiza la acción.  - <b>Sujeto Pasivo.</b> - titular del bien jurídico vulnerado.	<b>Causas de Justificación (Art. 30 COIP)</b>  -Estado de necesidad - Legítima defensa -Consentimiento - Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.	<b>Imputabilidad,</b>  Se excluye por causas de inimputabilidad. (COIP, art. 35)  -Trastorno mental -Responsabilidad en embriaguez o intoxicación

<b>-Omisión dolosa,</b> cuando no, se realiza una acción pero tiene la capacidad de actuar. (COIP, art.28)	<b>-Verbo Rector.-</b> acción típica  <b>-Elementos normativos</b> (Propios de la norma)  <b>-Elementos Valorativos.</b> (conocimiento y voluntad)  <b>- Delitos de resultado,</b> relación de causalidad y el criterio de la teoría de imputación objetiva.		-Personas menores de 18 años.  <b>Error de prohibición</b>  <b>Exigibilidad,</b> se excluye por causas de inculpabilidad.
	<b>SUBJETIVA</b> <b>-Dolo,</b> conocimiento y voluntad de hacer daño <b>-Culpa,</b> infracción al deber objetivo de cuidado.		

*Fuente: Elaboración propia, según García (2014)*

Dentro de la tipicidad, se encuentran dos principios, el de la subsunción y legalidad, este último, se basa en la existencia de una ley que representa la justicia; en este sentido Donna (2008) indica que: "... no creemos que el principio de legalidad no esté unido de manera determinante al problema de la prevención, sino que está más ligado en este aspecto al de culpabilidad", (p.352) en consecuencia el principio de legalidad exige que la sanción, se base en una norma escrita, que determine con fidelidad y precisión la conducta punible.

En cuanto a la semántica del principio de subsunción, el resultado delictivo cuyo hecho sería objeto de explicación causal, este tendrá que ser identificado como un evento, siempre que el resultado en cuestión no consiste más que en una modificación perjudicial relativa a una determinada propiedad.

#### 1.1.2. Teoría de la imputación objetiva

La teoría de la imputación objetiva referente al desconocimiento de la ley, ha proclamado varias figuras argumentativas en las cuales, para que una persona actúe con dolo, tendrá conocimiento de la prohibición y voluntad para hacerlo. Es importante destacar que la teoría de la imputación objetiva representa una transformación en lo que respecta a la teoría del delito, principalmente en la tipicidad; desde la perspectiva de Franco (2011) "el objeto de esta moderna

doctrina es la configuración del nexo objetivo que ha de existir entre acción y resultado para que pueda confirmarse la responsabilidad del autor por la lesión del bien jurídico protegido”, (p.101) de tal manera esta teoría nace como un intento de solventar problemas provenientes en el nexo tanto de la acción como del resultado, y trata de solucionar los problemas de la causalidad, con respecto al injusto penal.

En cuanto a la utilidad de la imputación objetiva, se denota en la delimitación del injusto referente a los delitos, que protegen los bienes jurídicos colectivos, según Castro (2006), los criterios pertenecientes a la imputación de la conducta, se basan en la disminución del riesgo, creación del riesgo y riesgo permitido, además, de aplicarse estos criterios de imputación de la conducta, también, se analizan los parámetros para la ejecución del riesgo en el resultado típico como son: el fin de protección de la norma y la conducta alternativa acorde a derecho.

Desde el punto de vista de Franco (2011): “un resultado causado por el agente sólo, se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro, también, se ha realizado en el resultado concreto”, (p. 105) entonces, si el resultado, se muestra como un acto peligroso instaurado por el autor, este es imputable, de tal manera, se efectúa el tipo objetivo. Pero desaparecería la imputación, si la trascendencia del tipo no, se encuentra dentro de la evasión de tales peligros y sus consecuencias.

En este sentido Franco (2011) establece que, se entiende por imputación objetiva al “conjunto de elementos normativos que sirven para regular el nexo causal, que a su vez pertenece a la parte objetiva de la tipicidad”, (p. 107) no obstante, la teoría de la imputación objetiva es un regulador sistemático del nexo causal, de tal manera, se verifica que el autor con su acción elevó el riesgo permitido, es materializado dicho riesgo en un resultado punible por la norma penal; de modo que, se traslada al tema en estudio, una custodia ilegítima encaminada a la protección de los derechos del niño abandonado, no elevaría el riesgo permitido y por ende no tiene un resultado punible por la norma.

En cuanto a la acción, que lesiona o pone en peligro el bien jurídico, esta sería imputada al sujeto que actúa o que omite, pues la norma, se encuentra dirigida a toda persona, incluye a niños y dementes, es así que dicha imputación, se efectiviza tanto en el aspecto objetivo así como en el subjetivo. (Donna, 1995)

De esta forma la imputación no sólo, se enfoca en la acción humana y sus causas excluyentes, sino también, a las causas de eliminación del injusto, por tanto, se analiza si el autor actuó en estado de necesidad justificante o de legítima defensa. Es decir, se analiza si el sujeto actuó de acuerdo al deber que tenía, o enmarcado en alguna excepción para violar la norma.

No obstante, si un individuo mata a otra persona porque es obligado a hacerlo no, se lidia la imputación de primer nivel, sino la de segundo nivel, es esta la culpabilidad. Bajo esta premisa no, se considera el deber, sino el poder real del individuo de actuar acorde a la ley, aquí aplica la expresión popular "debes, porque puedes".

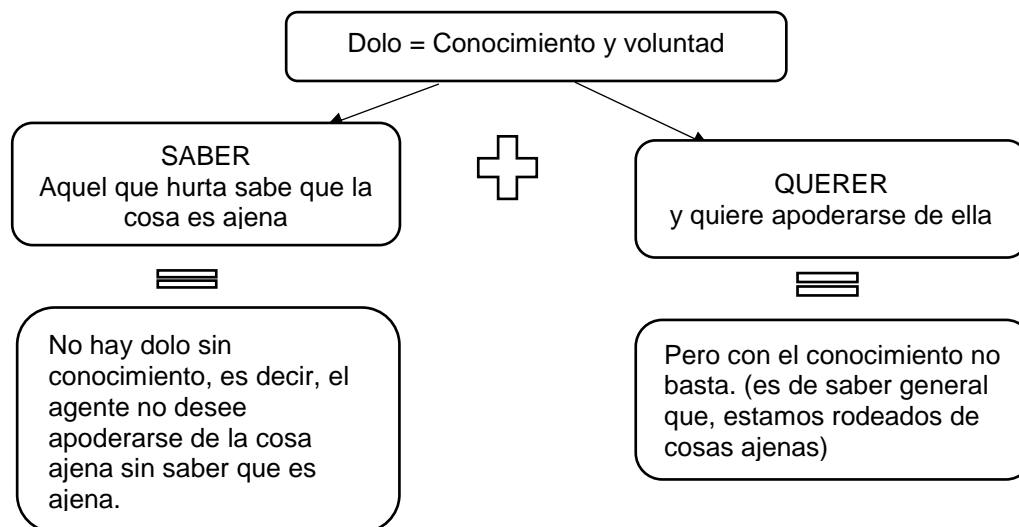
### 1.1.3. Teoría del Dolo

El dolo, también, llamado teoría de la voluntad y del conocimiento, conlleva una acción como un comportamiento encaminado voluntariamente a un fin, desde el punto de vista de Meini (2014): entiende aquel como una "forma de culpabilidad, abarcaba el conocimiento del injusto o, lo que es lo mismo, el sujeto que actuaba con dolo conocía la ilicitud de su acto", (p.212) por ende, el conocimiento de esta prohibición, al ser de carácter penal, es la figura conocida como *dolus malus* ó dolo malo. Por esta razón el dolo fue admitido como el conocimiento y la voluntad de ejecutar el tipo objetivo.

Dentro del análisis de Franco (2011) "la infracción de la norma más grave desde el punto de vista subjetivo sería la intención de lesionar el bien jurídico", (p.150) es decir, la conciencia del ilícito es fundamental para la construcción del delito, esto determinaría la voluntad del querer maligno. Según Donna (1995) ello significa que, el autor operó con conocimiento ilícito comprobable. No obstante, el enfoque del punto de la conciencia de ilicitud, está basado en dos elementos: el dolo y la naturaleza constitutiva.

En definitiva, la teoría del dolo, se basa en la conciencia del ilícito; desde el punto de vista de Zaffaroni (2009): “el dolo implica el requerimiento de una finalidad típica y, por lo tanto, junto con la culpa importan una limitación al poder punitivo, pues excluyen cualquier posibilidad de responsabilidad objetiva”. (p.108) El propósito es determinar que el dolo es conocimiento y voluntad por ende, se explica a continuación:

Ilustración 2. El dolo



Fuente: Elaboración propia, según Zaffaroni (2009)

#### 1.1.4. Teoría de la Culpa

La teoría de la culpa ubica a la conciencia de la ilicitud afuera del dolo; perteneciente así, al tipo subjetivo no relacionado con ningún elemento de la conciencia del ilícito. Conforme lo establece Donna (1995) la conciencia de la ilicitud es un componente de la culpabilidad, es un simple juicio de la posibilidad del autor de reconocer, es decir, lo prohibido de su actuar. Asimismo, para Meini (2014): “el dolo y la culpa dejaron de ser formas de culpabilidad y fueron admitidas como formas del comportamiento, lo que justificó su traslado de la culpabilidad a la tipicidad (al injusto)”, (p.212) por tanto, el dolo sólo es el saber y el querer del tipo objetivo, separado así, del llamado *dolus malus*.

De igual forma la legislación ecuatoriana usa el término culpa para describir a los supuestos de imprudencia, sin embargo, el COIP (2014) indica que: “actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le

corresponde, produciendo un resultado dañoso (...)", (art. 27) de modo que el legislador acota al deber objetivo de cuidado como principal elemento de la culpa; es decir, para que esta, se constituya existirá la violación del deber objetivo de cuidado.

En cuanto a los presupuestos de la culpa, el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal (2014) determina las formas de infringir el deber objetivo de cuidado como son:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso procederá directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho (art. 146).

Cabe recalcar que el deber objetivo de cuidado, así como, lo establece el artículo 27 del COIP, se basa en la actuación de una persona que en momento de infringir está figura produce un resultado dañoso, de modo que la punición del autor por culpa está vinculado en la infracción de un deber general de cuidado, impuesto por el estado en la ejecución de acciones peligrosas para ciertos bienes jurídicos protegidos. Según López (1974) para la literatura tradicional penal, mira al elemento objetivo del delito culposo: "consistente en la producción del resultado típico, y del elemento subjetivo, equivalente a su previsibilidad y evitabilidad individual, agotando los presupuestos de punibilidad", (p. 25) mientras que el nuevo pensamiento, se introduce en el delito de imprudencia una nota condicional de la responsabilidad, pues la acción causal del resultado, se encuentra al margen de una valoración penal negativa.

#### 1.1.5. Antijuridicidad

La antijuridicidad, se basa en la vulneración de un bien jurídico protegido; en este sentido Vásquez (2012) indica que, en el juicio de desvalor del ordenamiento jurídico sobre el hecho, para determinar si es contrario a derecho, es importante

entender el valor de la antijuridicidad en el cometimiento de un delito, como en el caso de la presente investigación, donde las custodias ilegales son ejecutadas sin conocimiento del ilícito; más bien, con el fin de dar seguridad, amor y un hogar a un niño desamparado, lo que es contrario al dolo y muy cercano al cumplimiento del deber del ciudadano y el derecho de protección del desamparado.

La asignación de relevancia al conocimiento de la antijuridicidad en el concepto de delito es un mérito de la teoría neoclásica de que lo estudia. Desde el punto de vista de Cuesta (2007) “las críticas a la teoría clásica, que ubicaba en la culpabilidad dos elementos esencialmente distintivos (el dolo, eminentemente psicológico y la imprudencia, eminentemente normativa)”, (p.49) impulsan a la doctrina a buscar un elemento común para ambos.

Por otra parte, el objeto de la teoría de la antijuridicidad es establecer las condiciones para determinar una acción típica; no obstante, si la norma es violada con falta de conciencia de la antijuridicidad de su conducta, ésta no será calificada como un delito; en tal sentido el Código Orgánico Integral Penal (2014) establece que: “para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica amenazará o lesionará, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código”, (art. 29) y el sujeto no actuará por un error para que sea considerada como tal.

En términos generales, se presume la ilicitud de la conducta, como necesaria para analizar el inicio de la antijuridicidad con el tipo penal, por ejemplo, si con una pistola el sujeto A mata al sujeto B con dolo, no hay duda que es un homicidio. En cuanto a la búsqueda de alguna causal de justificación, se daría que el sujeto B haya previamente agredido de forma violenta al sujeto A y éste no tuvo otra alternativa de defensa que matar a su oponente; de modo que, se encuentran dentro de las exclusiones de la antijuridicidad según lo establecido en el COIP (2014): “no existe infracción penal cuando la conducta típica, se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa”. (Art. 30)

El estado de necesidad así, como lo establece el artículo 32 del COIP (2014), se basa en la protección de un derecho propio o ajeno y consecuencia de ello, se lesione o cause daño a otra, figura que cumplirá con ciertos requisitos como: “que el derecho protegido esté en real peligro; que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que, se quiso evitar; y que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.” (Art. 32 num 1-3) Según el punto de vista de Molina (2003) “los límites de creación de dichas normas procederán ante todo de la falta de peligrosidad del hecho, medida conforme al mismo criterio. Tiene sentido crear normas que atiendan al peligro según la representación del autor, no sería discutible.” (p.368)

En relación a la legítima defensa, se encuentra dirimida en el actuar de la persona, en defensa de cualquier derecho propio o ajeno, asimismo, cumplen con los requisitos establecidos en el COIP (2014) como son: “1. agresión actual e ilegítima. 2. Necesidad racional de la defensa. 3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho”. (Art. 33) De modo que la legítima defensa proviene de la acción defensiva, es antijurídica y constituye como resultado la eliminación de la culpabilidad.

Éste análisis está dirigido, entonces, a la licitud de la conducta, que tiene por fin desvirtuar la antijuridicidad, conocidas como causales de justificación o de exclusión del ilícito el Código Orgánico Integral Penal (2014), el cual establece que: “no existe infracción penal cuando la conducta típica, se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa. Tampoco existe infracción penal si, se actúa en cumplimiento de orden legítima y expresa de autoridad competente”. (Art. 30)

Así también, la antijuridicidad afirma que el autor de un hecho típico ha vulnerado una norma que exige su validez; de tal manera, si el resultado muestra que ha retrocedido a otra norma, en consecuencia de inexistencia de violación de la primera norma. Según Bustos (2004) “si la acción del demandado fue lícita, no hay que seguir adelante, por intenso que haya sido el daño causado. Sin antijuridicidad de la conducta, exactamente igual que en Derecho Penal, no cabe hablar de responsabilidad”. (p. 35)

Es menester, diferenciar la antijuridicidad formal de la material, así: la primera, se da si la acción, se enfrenta a un mandato normativo dentro de una norma penal; y, la segunda, se enfoca en el bien jurídico protegido y las normas.

Lo mencionado apoya a los casos de conductas típicas, que no ponen en riesgo un bien jurídico y por ende la conducta deja de ser antijurídica. Desde el punto de vista de Zaffaroni (2009) “la antijuridicidad es la característica de la conducta típica que resulta de la ausencia de causas de justificación y no la conducta misma, que es el objeto jurídicamente desvalorado”, (p.191) es así, que en la jurisprudencia argentina, en el hipotético caso de tenencia de droga por consumo propio, al no haber afectación de un bien jurídico (en este caso, la salud pública), la jurisprudencia sostiene que la conducta no fue antijurídica.

#### 1.1.6. Culpabilidad

La noción de culpabilidad aparece como la confusión entre los elementos vinculados del reproche individual, se tiene en consideración como, se habría comportado cualquier persona en el lugar del autor; de ahí parte la distinción, a los efectos del hecho al autor, dentro de esta encontramos la responsabilidad por el hecho, llamada así, a una lesión de la conducta solicitada en una colectividad; y la culpabilidad *stricto sensu*, referente al reproche fundamentado en las capacidades individuales del autor.

Desde la perspectiva de Franco (2011): “el principio de culpabilidad establece que la pena no puede imponerse al autor por la sola aparición de un resultado lesivo sino únicamente en tanto pueda atribuírsele el suceso lesivo como un hecho suyo”, (p.183) esto exige la categoría de la responsabilidad por el hecho, si bien el autor pudo actuar de otra forma, al derecho no le interesa tal poder, debido a las circunstancias en que, se encontraba. Luego, analizarán la culpabilidad individual para comportarse de acuerdo a la norma.

En relación a las causas de Inculpabilidad, Mir (1998) establece que, las causas son hechos que absuelven al autor en el juicio de reproche, al destruir el dolo o la culpa. Las Causas de Inculpabilidad destruyen el vínculo ético y psicológico que, se requiere para la existencia del delito, asimismo, el Código Orgánico Integral Penal (2014) establece que: “no existe responsabilidad penal en el caso

de trastorno mental debidamente comprobado”, (art. 35) así como, también, por responsabilidad en embriaguez o intoxicación y por personas menores a dieciocho años en conflicto con la ley penal, mismas que serán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

No obstante, se daría razón a instituciones que regula el Código Orgánico Integral Penal, y que eran discutibles, como el estado de necesidad, el miedo insuperable y el exceso en una causa de justificación. Por ende, se descarta su responsabilidad por esas causas, y no es necesario analizar la culpabilidad como tal.

#### **1.1.7. Error de Prohibición**

El error de prohibición es el desconocimiento de que la conducta está prohibida por la norma penal. Según Flórez (2017): “en la teoría causalista el conocimiento de la antijuridicidad, se ubica en el dolo y este a su vez, se ubica en la culpabilidad”, (p.14) lo que quiere decir, el error vencible de prohibición excluye al dolo por existir antijuridicidad inmersa en él, de tal manera, si el delito no contempla a la culpa (deber objetivo de cuidado), se excluye la culpabilidad; esto es respaldado por García (2012) quien, se refiere que: “el ordenamiento jurídico quiere analizar la evitabilidad de un error de prohibición, es saber si el atendió a las pretensiones naturales de conocimiento de derecho, moralidad y lesividad en su conducta”. (p.116)

Otra de las clases del error de prohibición es el error invencible que versa en la ausencia de la culpabilidad, de modo que el autor del hecho no pudo comprender la criminalidad del acto, pues él no podría de ninguna manera haber salvado su error, es así, exento de responsabilidad criminal. Asimismo, dentro de su clasificación, se encuentra el error de prohibición directo e indirecto, el primero, hace referente a que el autor del acto delictivo piensa que el hecho le está permitido, mientras que en el segundo, el autor conoce la norma prohibida, pero piensa que actúa de manera justificante.

Por tanto, no todos los errores de prohibición serían calificados de inexcusables. Se diferencia que el error vencible no, se excluye de la culpabilidad, solo supone una disminución de la pena, mientras que el invencible excluye de la

responsabilidad penal; no obstante, el delito, se muestra como una conducta intolerable desde el punto de vista ético y social, lo que conlleva a un estudio profundo de la aplicabilidad de la culpabilidad hacia un juicio justo del hecho y del autor. Esto implica un acercamiento a la posible realización del ideal en el sentido, tanto de la práctica jurídica penal como de la realización de la justicia en su amplia extensión, al juzgar como inocente al actor del supuesto delito sin haberlo realizado con culpabilidad.

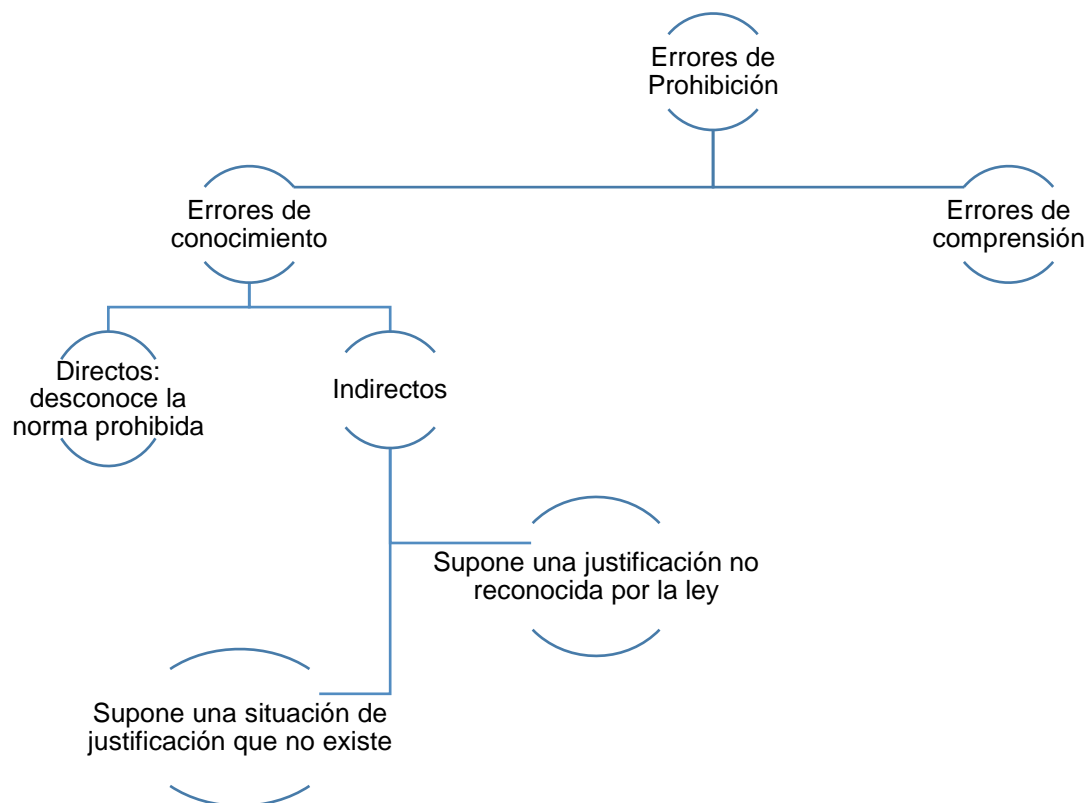
Según León (2013) expresa que el error de prohibición recae sobre la conciencia o conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, éste no elimina el dolo. En cuanto a, si es invencible la conducta que ya es típica y antijurídica, será inculpable con respecto al autor, es decir, habrá delito pero no reproche al dueño de ese acto típicamente antijurídico; por tanto, el error de prohibición es la falta de conciencia de la antijuridicidad, es decir, que debió conocer que su conducta, se encuentra prohibida por la norma penal y así, es considerada como una de las causas de inculpabilidad.

Con respecto a las características del error de prohibición, se encuentran: la objeción de conciencia del ilícito, concreta ignorancia que la conducta es contraria a derecho y la evitabilidad enfocada en la posibilidad de conocer la antijuridicidad de la conducta concreta. (Maza, 2018)

En cuanto a los requisitos del error de prohibición, García (2012) expresa que: “el reconocimiento de que no todos los ciudadanos de un país pueden “conocer e interiorizar” las prohibiciones, y mucho menos, desde su jerarquía de valores y culturas diferentes, adoptar un conocimiento de lo prohibido, a una práctica diferente de los valores y bienes protegidos”. (p.113) Para que exista el error de prohibición resulta preciso denotar el total desconocimiento de la infracción de la ley, es decir, la existencia de la antijuridicidad; además, es coherente que no todos los ciudadanos conozcan que su proceder es prohibido por la norma penal por su cultura y valores que no siempre causan daño, como es el caso de la custodia ilegal, al no hacerlo con dolo.

Ahora bien, es necesario tener un breve enfoque sobre la inculpabilidad, para lo que, Monge (2008) expresa: el concepto material de culpabilidad, se deduce de la función motivadora de la norma, no es necesario que el sujeto tenga capacidad de elección entre varias opciones, sino que sea un sujeto motivado por la norma; de modo que, la alteración de esta capacidad motivadora, se refleja en la culpabilidad, al excluirla o atenuarla. Por otra parte el error de prohibición establece diferentes clases, tales como:

Ilustración 3. Errores de prohibición



*Fuente: Elaboración propia, según Zaffaroni (2009)*

Desde la perspectiva de Meini (2014): “el error de prohibición invencible es una causa de exculpación que impide la atribución del injusto al sujeto y el consecuente reproche de culpabilidad”, (p.294) por otro lado, el error de prohibición vencible disminuye la culpabilidad del sujeto, y en resultado la pena. En relación al tipo vencible, Meini (2014) expresa que: “solo el error de tipo invencible explica la impunidad con el argumento de la atipicidad”. (p.294) Por tanto, mientras que el error de hecho vencible acarrea responsabilidad por

imprudencia, al igual que el error de tipo vencible, el error de prohibición vencible conlleva una consecuencia jurídica distinta a la atenuación de la pena.

En cuanto a la diferencia entre error de tipo y error de prohibición, según García (2014) el conocimiento del error de tipo, se enfoca en la tipicidad y por tal en el dolo, de tal manera que las consecuencias del error de tipo operan respecto a la tipicidad, a más de ello dentro de la legislación ecuatoriana este error, se encuentra tipificado en las reformas del COIP en su artículo 28 numeral 1; mientras que el error de prohibición no, se encuentra normado, y con respecto a sus consecuencias, estas operan sobre la culpabilidad.

Dentro del derecho comparado, se establece que, en la legislación ecuatoriana no, se encontraba establecida la figura del error de prohibición, sin embargo, con la reforma al COIP del año 2019 en el registro oficial suplemento 107 del 24 de diciembre del 2019, se establece en el artículo 35.1 el error de prohibición; a más de ello como manifiesta el Presidente de la Corte Provincial de Tungurahua, Paul Ocaña que: en la práctica no existe la aplicación del error de prohibición, ello a diferencia de otras legislaciones como, España cuyo Código Penal (1995) establece que: “el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”. (Art. 14 num 3) Esto indica que el error de prohibición es de vital importancia en la legislación española para excluir la responsabilidad criminal en casos de un error en la ilicitud del hecho, lo que conlleva a su legalidad al ser tipificado en su Código Penal por la importancia de su aplicación en momento de un óptimo juzgamiento.

En relación a la legislación de la República de Colombia el error de prohibición, se encuentra estipulado en el artículo 32, numeral 11 del Código Penal (2000) el que reza: “no habrá lugar a responsabilidad penal cuando: se obre con error invencible de la litud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena, se rebajará en la mitad. Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta“. (Art. 32 num 11) Adicional, el inciso 2 de este numeral trae incluida a la culpabilidad donde denota que, si el autor tuvo la oportunidad de conocer lo injusto de su accionar, se

suprime el error de prohibición al evitar de esta manera la ceguera jurídica. Ello, se resume en el siguiente cuadro comparativo.

Tabla 2. Derecho comparado del error de prohibición con otras legislaciones

Legislación ecuatoriana	Legislación española	Legislación colombiana
<p>No, se encontraba establecida la figura del error de prohibición, y en la práctica no existe su aplicación. Sin embargo, con la reforma al COIP del año 2019 en el registro oficial suplemento 107 del 24 de diciembre del 2019, el artículo 35.1 indica lo siguiente: Existe error de prohibición si la persona por error o ignorancia invencible, no prevea la ilicitud de la conducta. Si el error de prohibición es invencible no hay responsabilidad penal. Si el error de prohibición es vencible, se aplica la pena mínima prevista para la infracción, reducida en un tercio. (Art. 35.1)</p> <p>A más de ello el error de prohibición existe en su forma doctrinaria y es defendida por autores como José García Falconí (2012) en su libro: "Nuevas perspectivas de la sociología y del derecho penal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano" y por la Abogada Andrea León (2013) en su tesis: "Error de prohibición: nueva institución en la legislación penal ecuatoriana".</p>	<p>Si existe la figura del error de prohibición como error invencible, según lo establecido en el Código Penal (1995) de España legalmente en vigencia:</p> <p>"El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados." (Art. 14.3).</p>	<p>Si existe la figura del error de prohibición en su Código Penal (2000):</p> <p>"No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena, se rebajará en la mitad". (Art. 32.11)</p>

Fuente: Elaboración propia en base a Código Penal (1995) y Código Penal (2000)

### 1.1.8. Exoneración de la pena en el error de prohibición.

El error de prohibición es una causal que exime la responsabilidad, de modo que vicia la tipicidad, misma que, dentro de la teoría del delito está ligada a la culpabilidad; es decir, contrario al principio del desconocimiento de la ley no

exime el delito, dicho desconocimiento, se constituiría como un factor que excluye el hecho culpable del actor que ha vulnerado el tipo penal.

En la legislación ecuatoriana, se encuentra establecido este principio en el artículo 426 inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador (2008) que reza:

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidas en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos (art. 426 inc 2).

En concordancia con el Código Penal (1980) de Colombia estipula que: “la ignorancia de la ley penal no sirve de excusa, salvo las excepciones consagradas en ella”, (art. 10) sin embargo, dicha normativa no concordaba con la Constitución al no tener presente la diversidad cultural, claro ejemplo de esto, son las comunidades indígenas y su jurisdicción, lo que guarda relación con el punto de vista de Balanguera & Pallares (2011) al establecer que, el autor de un hecho punible no alegaría a su favor el desconocimiento de la norma, vulnera así, el principio de presunción de inocencia. Ello, en concordancia con la Constitución de la República del Ecuador (2008) que reza: “se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no, se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”. (Art. 76 num 2)

Evidentemente existen muchos factores que influirían si el juez dicte sentencia, de este modo, el juzgador estudiaría a fondo y comprobar que el error de prohibición podría ser aplicado, si existen factores como: su grado de instrucción, rusticidad, posición social, situación económica y laboral.

Para la aplicación adecuada del error de prohibición, es importante que, se evalúe la gravedad del delito cometido y la posibilidad de que exista un desconocimiento de la ley y una óptima investigación del caso para llegar a un

fallo. Según Flórez (2017) “el conocimiento del derecho en cuanto a las normas jurídicas (...), no están al alcance de toda la sociedad cuando, se tienen los problemas de desigualdad, pobreza, analfabetismo y abandono del estado”, (p.26) el autor citado, realiza un estudio sobre la “eficacia de la implementación del error de prohibición como eximente de responsabilidad en el delito de acceso carnal abusivo” (Flórez, 2017) donde explica sobre la eficacia en la aplicación del error de prohibición que realizaría el juez sobre las particularidades del actor, tanto culturales, económicas, como de grado de instrucción, es posible que el error de prohibición, se aplicase en un caso de violación a menores de 14 años, sin que ello signifique un mensaje de impunidad.

Cabe destacar que los derechos de los niños o el interés superior del niño siempre estarán sobre los derechos de la sociedad, por ello es importante que el estado, se esfuerce por un desarrollo óptimo de la educación, con el fin de erradicar la rusticidad y analfabetismo en todas las personas.

Lo que respecta a Jurisprudencia, La Corte Suprema de Justicia de Colombia (2014), en la Sentencia SP 8850-2014, citado por Flórez (2017) expresa que:

El error de prohibición difiere del error de tipo en que el agente conoce la ilicitud de su comportamiento, pero erradamente asume que el mismo le está permitido y que por lo tanto lo excluye de responsabilidad penal. En otras palabras, supone que hay unas condiciones mínimas pero serias que en alguna medida hagan razonable la inferencia subjetiva que equivocadamente, se valora. (p. 16)

En la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena (2002) en su sentencia C-370, se ejecutó un minucioso estudio sobre el error de prohibición enfocado a una persona perteneciente a una comunidad, la misma que dispone de una cultura definida y autoridad reconocida por el estado, además, sus territorios son entidades territoriales, y por ende, esas comunidades tienen derecho a gobernarse por autoridades propias; mientras que la Corte estipuló que: “quién no comparte los valores, costumbres y normas de la sociedad mayoritaria y especialmente del ordenamiento penal, es entonces, equiparada a una persona inmadura psicológicamente o lo que es peor, que su diversidad cultural es asimilada como un trastorno mental, situación que, claramente vulnera el carácter multiétnico que existe en nuestro país” citado por (Flórez, 2017)

En el ámbito nacional el Caso *Toledo & González vs Maldonado & Toledo R.* (2014) en cuanto al recurso de casación en el caso de aplicación del error de prohibición referente al delito de incendio de montes, arboledas y sementera, se expone que: “la valoración de la prueba por parte del tribunal de instancia, alega que, se han aplicado indebidamente las reglas la sana crítica, específicamente los artículos 84, 85, 86 y 87 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto han actuado bajo error de prohibición, en virtud a su rusticidad, de manera negligente y culposa, mas no dolosa”, de modo que el juez analiza la figura del error de prohibición pero no aprueba su aplicación en razón a la existencia de una contradicción en las versiones de los acusados.

Por tanto, no, se encontraban bajo error de prohibición, pues éste implica el desconocimiento del sujeto activo sobre la ilicitud de su conducta, de modo que si de hecho estos prendieron fuego al predio al pretender exterminar una plaga, como lo establecieron en sus versiones; a pesar de en el tribunal de casación manifestar haber prendido fuego como lo hacían tradicionalmente para quemar los desechos luego de limpiar el terreno; lo que demuestra, una contradicción en sus versiones y por ende, se encontraban consientes del acto que realizaban, y sabían los riesgos de su conducta; acto que evidencia que los recurrentes tuvieron el dominio factico del resultado típico, pues su voluntad de realización fue dirigida en forma planificada para alcanzar el fin propuesto que ocasiono la vulneración de las barreras del bien jurídico tutelado en el caso de la propiedad privada.

Por otra parte en el Caso *Villavicencio & otros Vs Dirección Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre* (2011) perteneciente al recurso de casación, se estudia el error de prohibición al establecer que: “el sujeto cree no quedar comprendido en la infracción punible al clasificar subjetivamente como lícito su propio actuar, no obstante, que su proceder es objetivamente contrario a la Ley”, este caso, se encuentra vinculado al delito de peculado por el cual fue condenado el recurrente, de modo que al no encontrarse los elementos del tripartito penal que son: conducta típica, antijurídica y culpable, la Primera Sala de lo Penal de la

Corte Nacional de Justicia, acepta el recurso de casación formulado por Edwin Gavilánez y ratifica su estado de inocencia y lo absuelve.

## 1.2. Custodia

### 1.2.1. La filiación

La filiación es una relación de parentesco entre padres e hijos para que cada persona conozca sus orígenes y, se sienta identificado con ellos. La palabra filiación proviene del latín *filiius*, *filii* que significa hijo, proveniente de la línea descendiente que, se establece entre dos personas, que conlleva a la relación o vínculo existente entre dos personas.

La filiación, se origina según Orellana (2007), en Roma donde, se basaba en: “el principio *mater semper certa est*, el cual a su vez es fundamento del Edicto *Unde Cognati*, por el cual, se establecían las obligaciones emergentes del parentesco de sangre que, se fijaban por el hecho de la concepción, así establecidas las relaciones con el padre, madre y parientes de ella”. (p. 6-7)

Por otro lado, en la edad media con el apogeo del cristianismo en relación a los hijos concebidos fuera del matrimonio, el derecho canónico favorece su legitimación al conceder el derecho de alimentos a todos los hijos. Posteriormente después de la segunda Guerra Mundial, varios de los países europeos añaden a sus constituciones derechos y normas para la protección legal de los hijos legítimos e ilegítimos, lo que marca una tendencia y es apoyada por las declaraciones internacionales entre ellas la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU en 1948.

Con respecto a la seguridad jurídica en la filiación, según González (2015): “el estado de filiación gozará de estabilidad y no estaría permanentemente sujeto a revisión”, (p.78) de lo contrario, crearía una incertidumbre en lo que llamamos el estado civil de la prole y afectaría la paz familiar.

Frente a la legislación ecuatoriana el artículo 99 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003) menciona la igualdad que tienen todos los hijos ante la ley, la familia y la sociedad, en concordancia con la Constitución de la República del Ecuador (2008) donde establece que: “las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción”. (Art. 69.6)

Complementario a este artículo, se establece en su numeral subsiguiente, la no exigibilidad de la declaración sobre la calidad de filiación al inscribir a un niño, a más de no ser necesario la presentación de ningún documento de identidad en donde haga referencia su filiación.

En cuanto a las clases de filiación, pese a existir una variedad de sistemas jurídicos, existen tres tipos de filiación: la filiación legítima que es dentro del matrimonio; la filiación ilegítima, fuera del matrimonio; y, la filiación adoptiva. Según Orellana (2007): “antes de la reforma de 1970, se establecía una distinción entre hijos adoptivos legítimos y adoptivos ilegítimos, que felizmente ha sido superada al establecer la existencia de hijos adoptivos simplemente”. (p.8)

En relación a la filiación legítima, Santamaria (1980) denota que: “ocurre si el hijo es concebido durante el matrimonio de sus padres”, (p.22) este tipo de filiación, también, dirime si el hijo es concebido antes del matrimonio, durante, o concluido éste. Por otra parte la filiación ilegítima o extramatrimonial corresponde a los hijos concebidos en una relación fuera del matrimonio, mismos que tienen los mismos derechos y obligaciones de un hijo legítimo; según Varsi (1999), se refiere a: “la maternidad y la paternidad de ambos hechos biológicos de los progenitores”, “el hijo extramatrimonial goza de hecho de status filii pero no del status familiae, es decir, tendrá un nombre, pero no las relaciones familiares completas”. (p.48)

En cuanto a la filiación adoptiva Santamaria (1980) lo define como: “vínculo jurídico que la ley asigna a unos sujetos de derecho cualificados, adoptante y adoptado, relación que permite proyectar la calidad de padre y/o madre sobre el menor en quien recae la adopción”, (p. 23) de modo que tienen los mismos derechos y obligaciones que le son inherentes, pero con respecto a sus derechos nupciales subsiste el impedimento matrimonial con sus consanguíneos de naturaleza.

De esta manera, se legitima el fin de la adopción que es el óptimo cumplimiento de conceder todos los derechos de una familia y su desarrollo integral. Es así que, en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

y Culturales (1966) habla sobre los derechos a fundar una familia más no necesariamente a procrearla.

### 1.2.2. La custodia en el Ecuador

La custodia hace referencia a los derechos y obligaciones que tienen los padres sobre los hijos, esta figura permite que los padres ejerzan de manera igualitaria las responsabilidades sobre su hijo, lo que respecta a la alimentación, salud, educación y formación. Según Méndez (2017): “en caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales”. (p.6) Es importante establecer que en este campo entra la opinión de los hijos menores de doce años, que será valorada por el Juez, considerado el grado de desarrollo, a menos de que sea perjudicial para su desarrollo integral.

En la legislación ecuatoriana la figura de custodia, se encuentra establecida en el concepto de la patria potestad según el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003) que reza: “la patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino, también, de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley”, (art. 105) esto en concordancia con el artículo 40 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) al mencionar que, el Estado resguardará a los progenitores y a los jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones; así también, vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos. Por otra parte, existen casos de personas que no son los padres del menor, pero desean tener su custodia, situación denominada como custodia no parental o a terceros; cuyo objetivo es obtener la custodia de un menor.

El origen de la custodia, se remota en el derecho de familia, que parte de la interacción con los términos: custodia legal, guarda, cuidado, guardia o tenencia lo que conlleva un régimen de patria potestad o responsabilidad paternal extendida al cuidado de personas incapaces; en inglés las expresiones son *child*

*custody* y *legal guardianship*, lo que más tarde, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), comenzó a utilizarse, también, para referirse a dichas realidades las expresiones *residence* y *contact* o *visitation*.

Es importante destacar que, algunas legislaciones muestran la diferencia entre tenencia y visita, para atribuir la tenencia a uno de los progenitores, en tanto que, al otro un sistema que facilite el contacto directo y la relación personal con sus hijos, estas últimas son exigencias del artículo 10 de la (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989)

En relación a la legislación ecuatoriana, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003) establece una diferencia entre tenencia, patria potestad y visitas en sus artículos 118, 105 y 122 respectivamente; al establecer que la tenencia es cuando el Juez en base al desarrollo integral del hijo de familia, confía su cuidado y crianza a uno de los progenitores; por otro lado la patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones de los padres relativos a sus hijos; mientras que el derecho a las visitas es un régimen o un sistema a través del cual, se mantiene un equilibrio entre los padres separados para ejercer sobre sus hijos los derechos de la patria potestad cumple así, el desarrollo integral del niño y salvaguarda su interés superior.

### 1.2.3. ¿Cuándo es legal la custodia?

En el Ecuador solo existe un tipo de custodia, la custodia no compartida ésta, se otorga con prioridad a la madre del menor y si el padre desea la custodia, entablará una demanda, en la cual, se justifique que los derechos del menor corren riesgo, al estar con su madre.

Respecto a los derechos de niñas, niños y adolescentes en el Ecuador, normativamente, se encuentran establecidos en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, es esta la herramienta principal para defender sus derechos, y así también, establecer derechos y obligaciones de los padres en varios sucesos como el divorcio o el abandono. Además, según el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003):

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás

parientes, especialmente cuando, se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías. No, se les privará de este derecho por falta o escasez de recursos económicos de sus progenitores (art.21).

Por otra parte, una custodia legal o como lo conoce el CONA (2003), en su artículo 106 numeral 3 y 4, la tenencia legal de un menor será asignada al progenitor que muestre mayor nivel de madurez psicológica, estabilidad emocional y que gocen de mejores condiciones para prestar al menor la dedicación que requiere y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral; si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija.

En el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) de la ONU, señala que los infantes no serán separados de sus padres en contra de su voluntad, aspecto que tiene concordancia con el CONA (2003) donde, se establece que: “la opinión de los hijos e hijas menores de 12 años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La opinión de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que, sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral”. (Art. 106 inc. último)

#### 1.2.4. ¿Cuándo la custodia es ilegal?

Desde el punto de vista de Calvo (2003) el número de adopciones transnacionales, se ha incrementado en los últimos tiempos, y este flujo migratorio ha desencadenado situaciones indeseables, tanto desde el punto de vista criminal, que incurren en comercio con menores con fines de adopción, como desde el punto de vista del tratamiento inadecuado de las figuras. Este panorama ha provocado que la comunidad internacional reaccione al crear un marco legal de seguridad, en el que los intereses de los menores prevalezcan sobre todos los demás.

De igual manera es necesario denotar que, Ecuador ha asumido el compromiso de velar por el bienestar de la niñez del país, a ello acota Gavilanes (2008), el cuidado, en especial, es a los menores en condiciones de mayor pobreza, asegura el proceso de educación inicial y garantiza la condición del niño; como

sujeto de derechos, conforme lo determinado en Convenciones Internacionales así como en la Constitución de la República del Ecuador y en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

A más de ello es importante enunciar la evaluación de la custodia del niño, desde la perspectiva de Jiménez, Sánchez & Ampudia (2018) la custodia es una evaluación realizada para facilitar información y, para emitir recomendaciones adecuadas sobre la asignación de la custodia, el régimen de visitas y la toma de decisiones de aspectos específicos del caso requerido por la autoridad competente. Es necesario, en este tema de investigación, estudiar la evaluación psicológica de la custodia de los niños que fueron acogidos en situación de abandono, por tanto, esta evaluación, se realiza con el fin de proporcionar información del estado mental de los niños a causa de abandono, orfandad o carencia de un derecho a la seguridad y crecer en un hogar, a más de ser éste un aspecto vinculante para la toma de decisiones de las autoridades competentes.

#### 1.2.5. El abandono y la orfandad de Niños, Niñas y Adolescentes

El abandono y el estado de orfandad de los menores es de vital trascendencia para esta investigación, pues de este problema social, radica la custodia ilegal de niñas, niños y adolescentes, al encontrarse vulnerables y ser acogidos por personas con intenciones de proporcionarles un hogar y respetar sus derechos constitucionales, al brindarles amor y un hogar seguro, sin tomar en cuenta la legalidad en la custodia. Por otra parte, es importante establecer los aspectos que conllevan esta situación como lo es, el enfoque socio-clínico que, según Moratilla & Taracena (2012), es una aproximación de generación de conocimiento, que crea una reflexión multirreferencial de las problemáticas psicosociales; su estrategia metodológica es la experiencia individual, pues a partir de esta, es posible observar las influencias socio-culturales y de las instituciones en el sujeto.

El interés es reflexionar sobre la vulnerabilidad social y la orfandad de los adolescentes, que al vivir en medios socio-culturales, se embarazan a temprana edad, y así, se agudiza su condición de desventaja social. Para ilustrar esta problemática, existen casos de adolescentes embarazadas antes de terminar la

educación secundaria, de modo que, se evidencia un caso de abandono y sus efectos adversos en la crianza de un menor. Dicho panorama frente a la realidad individual y particular que viven algunos niños y sus familias, permite concebir que existan diversos tipos de violencia. Según Pineda & Moreno (2008) establecen que, una de las formas de violencia es el abandono infantil u otras conductas de maltrato, que conllevan a la ruptura y separación del medio familiar.

Vale la pena mencionar que, el maltrato infantil, es uno de los problemas sociales más complejos, donde resulta necesario considerar aspectos como: la intencionalidad del acto u omisión, su efecto sobre el niño, su no apto desarrollo integral, el juicio valórico que hace la comunidad de la acción y los patrones socioculturales que llevan a la agresión.

#### 1.2.6. El derecho de desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes frente a la custodia.

El derecho al desarrollo integral es de vital importancia para las niñas, niños y adolescentes a fin de que en el artículo 44 de la Constitución del Ecuador (2008) menciona que, la familia proveerá de manera prioritaria el desarrollo integral de los niños/as, a través del ejercicio pleno de sus derechos, al atender el principio de interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los demás.

El desarrollo integral en los niños es necesario; dado que, su ausencia causaría daños irreversibles a lo largo de su vida; para ello desde el punto de vista de Gómez (2012) si un niño, se ve privado del cuidado de un adulto, porque lo abandonaron, tendría efectos irreversibles que causen depresión, estancamiento en su desarrollo integral e incluso la muerte.

En relación a la Declaración Universal de Derechos Humanos, Bernal (2015) señala que la familia, se constituye en el elemento natural y fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, el concepto ha cambiado con la evolución de la misma sociedad pero, se mantiene el precepto de considerar a la familia como derecho humano fundamental para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

No obstante, Badilla (1996) desarrolla un análisis integral de la familia, considerada como un derecho humano, enfatizado por la constitución y

garantizado por la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1981) destaca que: la familia es un elemento natural y fundamental de una sociedad. Pero la Convención no establece a que tipos de familia, se refiere, por ende, con la aplicación del principio jurídico de no distinción, la Convención determina la protección general para todo tipo de familias, independientemente de su constitución.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1981) establece la aplicación del principio general de igual protección y no discriminación en el matrimonio, menciona que: “la legislación nacional será cuidadosa de no establecer regulaciones que puedan considerarse restrictivas para cualquier tipo de familia, sobre todo aquellas encabezadas por mujeres en condiciones de pobreza”. (Art. 17 inc. 4)

Asimismo, Gómez (2012) al respecto menciona, la familia es aquella constituida por consanguinidad que establece un reconocido principio jurídico, de tal manera los hijos no vivirán con sus padres sólo si su interés superior así lo determine, como en caso de abandono o vulneración de sus derechos fundamentales.

En definitiva, el desarrollo integral del niño o niña es la base de una óptima custodia ya sea de sus progenitores o tutores. Es decir, el acogimiento permite la plena participación de un niño o niña en la vida familiar y asigna a quien lo reciben las obligaciones de velar por él, educarlo, alimentarlo, teniéndole en su compañía para así garantizar un óptimo desarrollo integral. (Ortega, 2017)

A modo de conclusión la custodia ilegítima no sería considerado como un delito, sino como un cuidado en circunstancias de abandono a un niño, porque protege un derecho establecido, en un ente internacional como, se denota en el artículo 6 de la Declaración de Derechos de la Niñez que indica la necesidad de los niños y niñas de crecer “al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material”. Si bien es cierto existe controversia en el tema de la vulneración al derecho de la identidad del niño al no crecer con sus padres progenitores o por haber sido producto de acogimiento por situación de abandono. No obstante, no existe la vulneración del derecho a la identidad, pues la identidad, se logra durante el desarrollo del

niño, a través de su historia personal, interacción familiar y el desenvolvimiento en el ámbito cultural y social, lo que lleva a la integración de una variedad de atributos vinculados con la identidad, derecho que hace del niño, un individuo único e irrepetible.

El derecho a la identidad está enfocado al auto reconocimiento de cada persona, para que, se distinga de los demás, por tener una nacionalidad y gozar de los derechos de ser ciudadano, como tener acceso a los servicios y prestaciones, aspecto que facilita el acceso a otros derechos, tales como: la salud, la alimentación, la educación, entre otros.

En la legislación ecuatoriana el derecho a la identidad es un derecho fundamental, establecido en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 45, inciso segundo, en concordancia con los artículos 8.1.y 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño. En cuanto al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003), se denota este derecho en su artículo 33, como un derecho de identidad correlacionado con un nombre, nacionalidad y relaciones de familia, en base a ley.

#### 1.2.7. Adopción ilegal y Supresión, alteración o suposición de la identidad y estado civil.

La adopción constituye un mecanismo de protección del infante por parte del Estado, específicamente enfocado para niños y niñas en situación de abandono, ello permite el fiel cumplimiento de sus derechos al brindarles así un óptimo desarrollo integral y su derecho a una familia, en base al interés superior del niño, por no haber recibido de su filiación legítima.

Por otra parte, el delito de la adopción ilegal dentro de la legislación ecuatoriana, se encuentra tipificada en el Código Orgánico Integral Penal (2014) en donde establece que:

La persona que facilite, colabore, realice, traslade, intervenga o, se beneficie de la adopción ilegal de personas será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años. La misma sanción, se impondrá a la persona que elude los procedimientos legales para el acogimiento o la adopción y con el fin de establecer una relación análoga a la filiación, induzca, por cualquier medio, al titular de la patria potestad a la entrega de una niña, niño o adolescente a otro (art. 107).

Es de vital importancia establecer que, la adopción ilegal está considerada como un delito de trata de personas según lo establecido por el artículo 91 numeral 5 del (Código Orgánico Integral Penal, 2014), el mismo que especifica que es considerado de este modo, únicamente si, se lo realiza con fines de explotación.

No obstante, un tema de gran controversia, es la existencia de adopciones ilegítimas o custodias ilegítimas, llamadas así, al cumplir los requisitos de una adopción ilegal ya enunciados con anterioridad; y, más bien acoger a un niño en situación de abandono para brindarle un hogar, así, se garantiza su derecho a una familia estable y bien conformada.

Esto conlleva a no legalizar la adopción por falta de cultura, de rusticidad o desconocimiento de los procesos; y, porque existe una relación de amor a la persona, como es el caso de los padrinos que acogen a sus ahijados en razón de la muerte de los padres. Según el punto de vista de Arroyo (2017) la adopción es un derecho que tiene cada ciudadano de formar parte de un grupo, el derecho de tener un padre, madre y hermanos, a pesar de haber sido abandonado por su familia legítima; aquí radica la importancia del Estado en garantizar los mecanismos adecuados para el desarrollo de un proceso armonioso de adopción, que ayude al fiel cumplimiento de los derechos del niño, niña o adolescente en un entorno familiar que brinde las condiciones necesarias para la estabilidad personal, emocional y psicológica, pero sobre todo un espacio lleno de amor.

Con relación a la Supresión, alteración o suposición de la identidad y estado civil, es un delito que atenta en contra de un derecho constitucional del niño o niña, el derecho a la identidad, mismo que, se encuentra establecido en el artículo 66, numeral 28 de la (Constitución de la República del Ecuador, 2008), en concordancia con el CONA (2003): “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley”. (Art. 33) Asimismo, establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) donde menciona que el niño será inscrito de forma inmediata después de su nacimiento y tendrá derecho en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

En cuanto a la sanción por la vulneración de los derechos antes mencionados, la legislación ecuatoriana en el COIP (2014) establece que:

La persona que ilegalmente impida, altere, añada o suprima la inscripción de los datos de identidad suyos o de otra persona en programas informáticos, partidas, tarjetas índices, cédulas o en cualquier otro documento emitido por la Dirección General de Registro Civil, Identificación y de Cedulación o sus dependencias o, inscriba como propia, en la Dirección General de Registro Civil, Identificación y de Cedulación a una persona que no es su hijo, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La persona que ilegalmente altere la identidad de una niña o niño; la sustituya por otra; entregue o consigne datos falsos o supuestos sobre un nacimiento; usurpe la legítima paternidad o maternidad de niña o niño o declare falsamente el fallecimiento de un recién nacido, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años (art. 211).

Por otra parte el reconocimiento a un hijo que no sea suyo implica el derecho a suceder de forma irrevocable del reconocido, así también, una postura contraria al arrepentimiento de reconocimiento. Esto apoya Trejo (2019) al indicar que, los padres que reconocen la paternidad, no destruirían este hecho por una manifestación contraria; el padre o la madre nunca serán titulares del derecho a la impugnación de paternidad, por ende no cabe una impugnación en caso de haber reconocido a un hijo como suyo y automáticamente lo convierte en un legitimario al ejercer su derecho a suceder; no obstante, la única forma de revertir el hecho sería la nulidad del reconocimiento por existir vicios de voluntad.

De tal manera, dentro del cometimiento del delito de supresión, alteración o suposición de la identidad y estado civil, cabe el derecho del niño a suceder; por tanto, si no existe dolo en el hecho, las personas que realizan este acto están sometidas a estas condiciones que, se encuentran dentro de un óptimo desarrollo integral y la garantía total del cumplimiento del interés superior del niño

### 1.3. Influencia del derecho penal en el derecho de familia

El derecho penal es una de las ramas del derecho dirigido a normar y concebir las capacidades punibles, en base al castigo que impone el Estado, por la violación de normas de conducta. Con respecto a su influencia es importante

establecer que, el derecho penal es público, para lo que denota Cruz (2017) "se vincula a otras ramas del derecho, por ser general; en este sentido, se relaciona íntimamente con ramas del derecho ligadas al Estado (como el derecho administrativo), así como las de carácter privado (como el derecho civil y el mercantil)". (p.7) De tal manera el derecho penal tiene gran trascendencia en todos las ramas del derecho ya sean públicas o privadas pero es importante resaltar su influencia en el derecho de familia.

Dentro del derecho de familia, derivado con el derecho penal, o viceversa, según Gorvein & Cuñarro (1997) éste, se basa en los casos de niñas, niños y adolescentes involucrados en situaciones delincuenciales, niños víctimas de maltrato, incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, obstaculización del régimen de comunicación con los hijos, entre otros. Los adolescentes que están más inmiscuidos en conflictos penales, son tomados por el sistema y aislados de toda posible recomposición social con su familia, mismo que provoca con ello su expulsión definitiva del núcleo original.

En consecuencia, existe una modalidad de trabajo en casos de violencia intrafamiliar, donde hoy el niño es golpeado, mañana abusado y luego, probablemente será un niño delincuente; es así que, la familia constituye el núcleo de la sociedad y la institución que más padece por las relaciones conflictivas que, se producen en ella. Así también, para el óptimo desarrollo de un niño, la composición de la familia es indispensable, ya sea por su composición, como por su derecho a encontrarse en un hogar con una figura paterna y materna para que exista una actitud de reparación y prevención más no de castigo.

Respecto a la penalización por los delitos inmersos en la figura de custodia ilegítima, según Gorvein & Cuñarro (1997): "está en crisis; la prisión ha agotado sus posibilidades y sólo es aceptable como un mal, que es necesario minimizar en lo posible, evaluando alternativas, y sigue una línea de abolición del aprisionamiento". (p.45) El derecho penal impone a esta ideología o supuesto tratamiento como una crisis de la prevención del derecho penal tradicional; por tanto, es importante que la penalización en derecho de familia, se evite a través del óptimo cuidado de la familia, su cuidado, su composición y su ecuánime

desarrollo. Un claro ejemplo sería el derecho a la adopción sin imponer trabas burocráticas, sino emplear profesionales capaces para aplicar el principio de celeridad, al encontrar a la brevedad posible, un hogar para el niño y así no vulnerar su derecho a la familia.

En las ramas del derecho encontramos el derecho del niño y adolescente, a ser oído y a que su opinión sea considerada en los procesos judiciales, según Kielmanovich & Benavides (2007) la Convención de Derechos del Niño, llegó a reconocer la aplicación de los derechos civiles y políticos a los niños y adolescentes, con excepción del derecho al voto activo y pasivo en las elecciones, lo que implica los derechos y responsabilidades de los padres. En lo relativo a la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas, se encuentran relacionados con el principio del interés superior del niño que tuvo su origen en el derecho común; con el fin de regular los conflictos entre los intereses de otros sujetos y los del niño, principalmente en materia de derecho de familia, para el adecuado ejercicio de la patria potestad por los padres y las decisiones sobre la custodia de los niños.

#### 1.3.1. El derecho penal y la protección de bienes jurídicos

La definición de bien jurídico ha cumplido importantes funciones en la dogmática penal, como criterio para la clasificación de los delitos y fundamentación para establecer el orden penal. Según Kierszenbaum (2009): “el derecho penal no crea bienes jurídicos, sino que, se limita a sancionar con una pena a ciertas conductas que lesionan ciertos bienes de cierta forma”, (p. 189) además, el bien jurídico fue especialmente fundado por el derecho constitucional y el derecho internacional, estas consideran al bien jurídico como un derecho.

El derecho penal protege un bien jurídico mediante la facultad jurídica que tiene una persona al exigir un comportamiento, sea éste activo u omisivo. Dentro de esta premisa, se refiere al derecho subjetivo de la vida, o el bien jurídico vida, de tal manera que, si una persona mata a otra ciertamente, se ha lesionado el derecho subjetivo vida. Sin embargo, el bien jurídico vida es diferente al derecho subjetivo vida, debido a que, el bien jurídico no, se relaciona con la facultad de una persona de exigir un comportamiento, sino es más un interés vital para el desarrollo y subsistencia de una persona en una sociedad.

Desde la perspectiva de Meini (2014) “el bien jurídico es una condición imprescindible para que las personas podamos desarrollarnos libremente en sociedad. Es valioso y merece protección jurídica”, (p.30) de tal manera el derecho penal como tal solo, se enfoca en la legitimidad de aquella norma destinada a proteger bienes jurídicos, según Kierszenbaum (2009):” la posibilidad de cualquier tipo de sanción respecto de pensamientos o comportamientos que no dañen a otro. Es una idea que tiende a la reducción del Derecho penal”. (p.194)

La función del Derecho penal, es un ente protector de derechos. De tal manera Kierszenbaum (2009) denota que: “la pena sólo “protege” en el sentido de una “comunicación” trabada entre infractor y sociedad y entre los miembros de la sociedad”. (p. 203) La pena demuestra que quien, se sujete a la norma está en lo correcto y quien la quebrante, en lo erróneo; se trata pues, de un intercambio de mensaje y respuesta.

### 1.3.2. La custodia y sus problemas frente al derecho de familia y derecho penal

La custodia antes mencionada, se encuentra establecida dentro del derecho de familia como vivir, cuidar y asistir a los hijos. En cuanto a la guarda y custodia, se atribuiría a uno de los cónyuges, compartida entre ambos o a una tercera persona; si los padres, se separan, divorcian o simplemente no están casados, es necesaria una regularización del cuidado y asistencia de los hijos, como la custodia compartida entre ambos.

En este sentido, el derecho de familia en el Ecuador y su relación con la custodia, se encuentra conexas con tres figuras, entre ellas: patria potestad, guarda y custodia. El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, CONA (2003) establece en su artículo 105, sobre la patria potestad y el objeto que conlleva el deber y derecho que tienen los padres sobre sus hijos para precautelar sus derechos y entre ellos el más importante, su desarrollo integral.

Ahora bien, el Ecuador, también, sanciona a aquellos padres que abandonan a sus hijos, el abandono, representa una categoría amplia que, se emplea para describir una variedad de conductas, tales como: dejar a un niño con otra persona sin brindarle manutención ni comunicación significativa durante un

período de tiempo, permitir un período mínimo de seis meses sin visitas periódicas a un niño; abandonar a un recién nacido en una puerta, en tachos de basura y al costado del camino; y no estar dispuesto a brindar atención, manutención o supervisión al niño.

Los aspectos antes mencionados conlleva al derecho penal en el Ecuador, a sancionar todo acto que, se encuentre prohibido por la norma penal, en consecuencia toda persona que abandone a un niño, niña o adolescente será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Al respecto el Código Integral Penal (2014) establece que: “la persona que abandone a personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad o a quienes adolezcan de enfermedades catastróficas, de alta complejidad, raras o huérfanas, se ubique en situación de abandono y ponga en peligro su vida o integridad física, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”. (Art. 153)

Asimismo, Ecuador protege los bienes jurídicos conforme a los delitos que contienen una custodia ilegal, como es el caso de la adopción ilegal al vulnerar el bien jurídico, dignidad humana, mismo que, se encuentra establecido en el artículo 11 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) que salvaguarda el reconocimiento de los derechos y garantías derivados de la dignidad de las personas, necesarios para su pleno desenvolvimiento.

Desde el punto de vista de Pérez (2007): “el respeto por la dignidad implica no interferir en la vida de los otros. Se entiende como un deber negativo: el deber del libre respeto hacia otros”, (p. 26) esto enfocado en no elevarse por encima de otros; a más de ello el autor habla sobre el respeto, al ser la dignidad humana la base del mismo, pues aquellos que, se respetan a sí mismos, respetarán a los demás. Lo que concuerda con el tema en estudio, pues si una persona acoge a un niño abandonado con respeto, amor y un desarrollo óptimo, se trata así como un hijo legítimo no, se vulnera su dignidad humana y por ende no, se cumple con la vulneración de un bien jurídico protegido.

En cuanto al delito de supresión, alteración o suposición de la identidad y estado civil existe una vulneración al bien jurídico, identidad, establecido en la Constitución de la República del Ecuador (2008) en su artículo 45, inciso segundo, en concordancia con el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003) en su artículo 33 y en la Convención de los Derechos del Niño en sus artículos 8.1.y 7.1.

Pese a inscribir a un niño como suyo vulnera el derecho a la identidad legítima del niño en situación de abandono, no existe tal vulneración, al ser la identidad parte del desarrollo del niño, a través de su historia personal e interacción familiar, aspectos que llevan al derecho a la identidad, al ser un bien jurídico basado en el auto reconocimiento de cada persona cumple su rol como ciudadano, perteneciente a una nacionalidad que conduce a derechos tales como: la salud, la alimentación, la educación, entre otros.

Por otra parte Pineda & Moreno (2008) establecen que, una forma de violencia genera la probabilidad de abandono infantil u otras conductas de maltrato que produce la ruptura y separación del medio familiar; de tal manera, el estado ecuatoriano juzga a esta forma de maltrato como un tipo penal.

En otros estados tienen excepciones al abandono de niños en las leyes, conocidas como de refugio seguro; estas leyes permiten a las madres o padres abandonar a sus hijos recién nacidos en lugares seguros como iglesias, hospitales y estaciones de bomberos, sin temor a ser acusados por abandono de niños.

Para concluir, a continuación, se explicarán los elementos del tipo penal referente a los delitos de la adopción ilegal y la supresión, alteración o suposición de la identidad y estado civil.

Tabla 3. Elementos del tipo penal

<b>Delito</b>	Adopción ilegal	Supresión, alteración o suposición de la identidad y estado civil
<b>Sujeto Activo</b>	Persona (No calificado)	Persona (No calificado)
<b>Sujeto Pasivo</b>	Personas (No calificado)	Niños, niñas y adolescentes (No calificado)
<b>Verbo Rector</b>	La persona que facilite, colabore, realice, traslade, intervenga o, se beneficie de la adopción ilegal de personas	La persona que ilegalmente impida, altere, añada o suprima la inscripción de los datos de identidad suyos o de otra persona
<b>Elementos complementarios</b>	Adopción ilegal	Supresión, alteración o suposición de la identidad y estado civil.
<b>Pena</b>	Pena privativa de libertad de diez a trece años.	Pena privativa de libertad de uno a tres años.

*Fuente: Elaboración propia*

## **CAPÍTULO II. DISEÑO METODOLÓGICO**

### **2.1. Metodología de la investigación**

El presente trabajo de investigación tiene un paradigma crítico propositivo, donde, se analizó diversos criterios jurídicos y doctrinarios acerca de la aplicación del error de prohibición en los casos de custodia ilegal de niñas, niños y adolescentes en el marco ecuatoriano.

El tipo de investigación fue descriptivo, pues, se investigó el argumento de varios autores y de la ley establecida en la legislación ecuatoriana, acerca de la exoneración de la pena en el error de prohibición, esto, encaminado a determinar su aplicación en los casos de custodia ilegal de niñas, niños o adolescentes y la posible forma de exoneración de esta conducta al no existir dolo, aspecto que implica la inexistencia de un delito.

Así también, conserva un enfoque cualitativo, pues la recolección de datos, se ha realizado con información copilada, con la finalidad de explicar el tema objeto de estudio, a más de ello, se empleó como técnica de investigación las entrevistas a Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Ambato, con el fin de obtener información directa vinculada al objeto de estudio, al ser una técnica de gran efectividad para el análisis de necesidades específicas e identificación de aspectos importantes relacionados con el tema de estudio.

Además, la presente investigación emplea dos métodos: primero, el método teórico inductivo que analiza los hechos de manera particular, es decir, los casos específicos donde el error de prohibición será aplicado en los casos de custodia ilegal de niñas, niños y adolescentes por causas de beneficencia o por su nivel de rusticidad, particular que implica la ausencia de dolo y por ende a la ausencia de un delito, ello conduce a las generalidades que sirven de fundamento para la presente investigación, es decir, este método permite establecer un criterio jurídico acerca de cuándo debe o no aplicarse el error de prohibición en los casos de custodia ilegal de niñas, niños y adolescentes.

Segundo, los métodos prácticos utilizados fueron: el exegético y el comparativo, el método práctico exegético, se empleó en la interpretación de normativa

jurídica en base al estudio de la figura del error de prohibición y la custodia, en la normativa ecuatoriana; y, el método práctico comparativo, se enfocó en la comparación de la aplicación del error de prohibición en otros países para generalizar la problemática de la aplicación del error de prohibición en los casos de custodia ilegal de niñas, niños y adolescentes siempre y cuando no exista dolo en el hecho.

## 2.2. Técnicas e instrumentos de recolección de la información

La modalidad de investigación fue la bibliográfica documental, con el propósito de detectar, ampliar y profundizar de forma dogmática las clases, conceptos y la forma de aplicación de la figura del error de prohibición, se basó en normativa, documentos (fuentes primarias), libros, revistas indexadas y otras publicaciones (fuentes secundarias). Además, su aplicación, se da por el estudio comparativo realizado del error de prohibición en la legislación ecuatoriana, española y colombiana.

Las técnicas empleadas para la recolección de la información y de datos, fueron las entrevistas aplicadas en base a un cuestionario de 6 preguntas referentes al tema de investigación y a su problemática; la entrevista fue dirigida a los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Ambato por el conocimiento y la experiencia en su labor cotidiana en este tipo de casos.

Respecto al campo jurídico, se recolectó la información por medio de 3 entrevistas integradas por 6 preguntas estructuradas referente al error de prohibición en los casos de custodia ilegal a los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Ambato, los mismos que proporcionaron la información a través de un oficio entregado al Coordinador del Consejo de la Judicatura de la Provincia de Tungurahua, por medio de su departamento de Talento humano, al ser la entidad competente. Previamente, se realizó una prueba piloto, posteriormente, se ajustó el instrumento y finalmente, se aplicó la entrevista a un docente especialista en materia de Derecho Penal mediante un cuestionario estructurado.

### 2.3. Población y muestra

En razón del carácter cualitativo propio de la investigación no fue necesaria la aplicación de fórmula al no buscar estadísticas, por tanto, se realizó la recolección de información mediante un muestreo no probabilístico intencional, por tener en cuenta el criterio del investigador al decidir de forma justificada quienes conformaron esta muestra: 3 Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Ambato, por tratarse de profesionales con mayor número de éxito en la resolución de los casos referentes al presente tema de estudio, según el juicio y sugerencia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, experto y autoridad del Consejo de la Judicatura.

Tabla 4. Población y muestra

<b>Población:</b>	Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Ambato:  12
<b>Muestra:</b>	Número de entrevistados: 3 - Dr. Sergio Frías - Dr. Raúl Araque - Dra. Cindy Escobar
<b>Total:</b>	3

*Fuente: Elaboración propia, a partir de la información obtenida en la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.*

## **CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **3.1. Presentación de resultados**

La investigación realizada posee un enfoque cualitativo, de tal manera que, se realizó la recolección de la información y para la validación, se empleó la técnica de la entrevista dirigida a los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Ambato, quienes disponen del conocimiento práctico y la experiencia suficiente para la recolección de la información que, se resume a continuación:

Tabla 5. Entrevistas a los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Ambato

Pregunta	Juez 1 Dr. Sergio Frías	Juez 2 Dr. Raúl Araque	Juez 3 Dra. Cindy Escobar	Análisis
1.- ¿Considera usted que la custodia ilegal de niñas, niños y adolescentes es una conducta que sería subsumida por un tipo penal?	Depende obviamente de que si, se rompen los parámetros de solidaridad de humanidad, de equidad que rigen en una organización de justicia en la materia de niñez y adolescencia, se calificaría este hecho como una infracción pero, se tiene en consideración de que deba existir dolo o intención positiva de causar daño o distraer al niño, niña de su entorno familiar en el cual desarrollaría, de tal manera debería la norma legal castigar, a quienes provocan este hecho.	Si hablamos de subsumir, hablamos de buscar en un solo tipo penal para la conducta como tal, yo considero que si, se podría definir un tipo penal de alguna manera que dé mayor facilidad al funcionario judicial a identificar el delito, en este caso tenemos varias figuras; entre ellas el tema de alteración de identidad, básicamente una especie de secuestro que, también, podría darse, en algunos casos, podría ser: que dejan a los familiares los niños y obviamente eso al fin y al cabo si bien le da protección al niño; pero de	Para que exista el tipo penal, se tomará en cuenta si existe dolo o culpa diferenciaremos esto, porque para que un hecho realizado por una persona sea considerado como un delito existiría dolo y estas circunstancias de la custodia ilegal, se analizaría previamente cuales son las circunstancias que rodean la situación de custodia ilegal, que como lo he dicho anteriormente no, se podría denominar de esta manera sino, es un cuidado que no, se encuentra regulado ni por la autoridad administrativa que es la Junta Cantonal de Protección de los derechos de niñas, niños y	De acuerdo con lo mencionado, los dos Jueces, el Doctor Sergio Frías y la Doctora Cindy Escobar, coinciden que existiría la intención de hacer daño para que una conducta, se considere de tipo penal; de tal manera, que sí, se respeta los parámetros de humanidad y equidad, que rigen una organización de justicia en materia de niñez y adolescencia, y, se analiza previamente si existe un adecuado cuidado al niño, niña o adolescente, esta conducta no violenta <sup>7</sup> ninguna norma, lo que conlleva a que la custodia

		<p>por medio no, se controla que es lo que ocurre con ese niño, entonces el estado tendría mayor control al respecto y tipificar adecuadamente cada una de estas conductas.</p>	<p>adolescentes ni por un Juez de familia.</p>	<p>ilegal no sería considerada de tipo penal. Por otra parte, el doctor Araque menciona que sí, se subsumiría un tipo penal para esta conducta a fin de otorgar mayor facilidad al funcionario público para controlar la protección de un niño abandonado y, en caso de haber sido encontrado por un ciudadano, quien, se encuentre en óptimas condiciones para no vulnerar su derecho a un desarrollo integral.</p>
<p>2.- ¿Cuáles serían los tipos penales que garantizarían el bien jurídico determinado para que los niños, niñas y adolescentes tengan una regulación jurídica con sus</p>	<p>El bien jurídico mismo que, se afecta aquí es la vida porque el niño tiene derecho a su desarrollo integral, a conocer a sus padres y todo esto es un</p>	<p>Considero yo, que lo que tiene que ver con los niños, el MIES ha tomado una determinación, por ejemplo, al respecto de si hay niños abandonados ubican la</p>	<p>Primero es importante determinar cuál fue la razón para que el niño haya llegado a esta situación de cuidado, a una persona que no es familiar del menor conforme con los antecedentes que, se han</p>	<p>Los tres jueces coinciden en esta interrogante al establecer que: Para garantizar el bien jurídico, vida, del niño dentro del cual, se encuentra su</p>

<p>representantes o progenitores?</p>	<p>entorno que, se genera a través del espacio adecuado en el cual, se desarrollaría el niño, y estamos frente a la vida, entonces ese tipo penal estaría inmiscuido dentro del tipo penal.</p>	<p>forma de encontrar familiares cercanos, tíos o sobrinos gente que esté en condiciones de ayudarlo pero, también, en el tema afectivo en donde haya una situación de consanguinidad o de afinidad que puedan de alguna manera garantizar un control y un cuidado adecuado de los niños; en este sentido yo considero que hacía allá iría la legislación básicamente asegurarse la protección en lo posible con familiares cercanos, porque existe la figura de custodia ilegal. Sería factible que, se garantice la posibilidad adecuada acorde al interés superior del niño.</p>	<p>señalado, generalmente hablamos de menores que, se encuentran en estado de orfandad presuntamente, es decir, menores que hasta el momento no, se tiene determinado si existe padre, madre o familiares que, se hagan cargo del menor eso es lo más importante. De igual manera es importante que existan medidas de prevención o que el ente conocer, de esta situación ponga en conocimiento al órgano competente, a fin de que, se inicie las investigaciones correspondientes y que, se tienda a regular la situación de este niño que presuntamente, se encontraría en una situación de riesgo al encontrarse en el cuidado de una persona que no pertenezca en su relación de afinidad o consanguinidad hasta</p>	<p>desarrollo integral, si existe un ente encargado para este control, conocido como: MIES, cuya obligación es garantizar los derechos del niño en forma general y más aún si el niño, se encuentre en situación de abandono. Su deber esta orientado a: encontrar a los familiares más cercanos hasta el cuarto grado de consanguinidad según lo establecido en el CONA, quienes brinden un adecuado control y cuidado a los niños abandonados, se garantiza así el interés superior del niño.</p>
---------------------------------------	---	---	---	---

			<p>el cuarto grado que, se encuentra previsto en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia porque conforme, se señala existen medidas de protección y entre estas tenemos, a la custodia familiar o emergente que es una orden de cuidado que, se los da a los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad.</p>	
<p>3.- ¿Considera usted que una persona que acoge a un niño sin regulación jurídica, solo por el hecho de protegerlo o mantenerlo comete una infracción penal?</p>	<p>En este caso seríamos muy prolijos y muy maduros al determinar que hechos serían ilegales depende sí, es que hablamos de personas que tienen un entendimiento, una capacidad, una preparación, un nivel cultural apropiado y adecuado dentro de la sociedad. Esto sería tomado como ilegal o</p>	<p>Si es familiar no considero una infracción penal, pero si es extraño considero que es la obligación del ciudadano notificar a las autoridades de la presencia de un niño, si esta autoridad ve la posibilidad de encargarle a dicho ciudadano, es diferente porque de por medio tendríamos una protección controlada o un encargo</p>	<p>Si la persona acoge al niño con ánimo de protegerlo, que no tiene ninguna intención de recibir ningún beneficio respecto del menor, la situación que esta descrita como tal no, se encontraría determinada o no reuniría los presupuestos de un delito por cuanto no existe el ánimo de beneficiarse de este menor, se podría entender que es una retención indebida prevista en el Código Orgánico de la</p>	<p>El Doctor Frías y la Doctora Escobar coinciden al establecer que una persona que acoge a un niño en situación de abandono no comete una infracción penal; Dado que, acoge al niño con el ánimo de protegerlo sin intención de recibir beneficio alguno por este acto; así, también, no existe dolo en su conducta, caracterizada por</p>

	<p>ilegítimo mientras que si hablamos de personas que su desarrollo integral o cultural no es el adecuado, se calificaría que no existe intención porque hablamos de que existe comunidades indígenas que generalmente la solidaridad es la que prima, por ejemplo, si papá y mamá fallecen y son recogidos por los padrinos o abuelitos y ese mismo acto ya es parte de la identidad cultural de estas comunidades y esto está basado en el principio de solidaridad que ellos lo tienen; entonces mal haría calificarse este hecho como ilegal. Mientras si existe una persona que tenga un grado académico y la</p>	<p>donde la autoridad va a estar pendiente de la situación, pero obviamente hay casos en los que, también, se justifica o protege a personas que trafican con niños por eso es necesario que las personas entiendan que si, se encuentra un niño en condiciones de abandono, se notificará a la autoridad; no está demás dar la protección y el apoyo pero si no está el familiar es inmediato.</p>	<p>Niñez y Adolescencia; y, que evidentemente no es considerada como una infracción penal sino, podría ser una situación de riesgo en donde las autoridades competentes como sería la Junta Cantonal ya señalada o el Juez pertinente quien conozca de esta situación tendría que tomar las medidas del caso para ordenar como ha señalado la medida de protección a favor de este menor que, se encuentra en esta situación de cuidado irregular por personas que no son sus familiares o por una institución que no, se encuentre facultada para esta situación.</p>	<p>la rusticidad en su nivel cultural y de entendimiento dentro de la sociedad, pues lo hacen como un acto de beneficencia basados en su principio de solidaridad de acoger a una persona en orfandad. Lo que conlleva a considerar que, este hecho no calificaría como ilegal.</p> <p>Por otra parte, si hablamos de personas con un grado académico capaz y conocimiento congruente que realicen una custodia ilegítima de un niño y no dé aviso a las autoridades, este sí, sería considerado como una infracción penal por el hecho que hay detrás de esta conducta, el cual daría paso a delitos como el tráfico de órganos</p>
--	--	---	--	--

	<p>capacidad de conocimiento y no pone al tanto a las autoridades, sería sancionada porque esto da lugar a que algo más grande como el tráfico de niñas, niños y adolescentes, o en actividades ilegales como es la pornografía infantil y lo que queremos es proteger a niños, niñas y adolescentes. Mientras que en las comunidades indígenas o ciertas personas con un nivel de rusticidad, se haría una investigación a nivel sociológico y antropológico de cómo funciona su comunidad para así tener antecedentes y poner de este modo regular esta conducta.</p>			<p>o pornografía infantil. A este criterio, se suma el Doctor Araque al establecer que: por las razones antes mencionadas, existiría una protección controlada, donde la autoridad estará vigilante al proceder, en caso que un ciudadano encuentre a un niño en situación de abandono y lo proteja.</p>
--	---	--	--	--

<p>4.- ¿Cuál es su criterio si un niño, niña y adolescente es acogido por una persona sin la necesidad de una disposición legal, y el acogiente lo reconoce como su hijo, comete una infracción penal?</p>	<p>Obviamente que comete una infracción penal porque aparenta una condición que no la tiene, falta a la fe pública, indica que tiene una condición que no nació ni de una adopción ni de un hecho natural y esto tiene que estar normado y lo que, se protege es, al niño por lo tanto si es que hace un reconocimiento sin tener la condición o la facultad para hacerlo será sancionado.</p>	<p>Obviamente hablamos que es una infracción penal porque alteramos la identidad de una persona, y de por medio violentamos todos los derechos del niño y muy a parte de la buena intención que existe de por medio, se impide que el estado cumpla su función de buscar a la familia y reinsertarla como tal.</p>	<p>Si porque podemos considerar una falsificación ideológica puesto de que, se afirma un hecho que no es real, al ir a inscribir al menor en el Registro Civil, al ser el acto de nacimiento real pero el contenido del mismo no es, entonces hablamos de una falsificación ideológica y eso es un delito.</p>	<p>Los tres jueces concuerdan en el siguiente aspecto: Si una persona acoge a un niño abandonado y lo reconoce como su hijo sin necesidad de una disposición legal, comete una infracción penal por el hecho de aparentar una condición que no la tiene, por no ser una adopción legal ni un hecho natural, se vulnera así los derechos del niño a su identidad e impide al estado que cumpla con su función de buscar una familia apta y reinsertión en la sociedad. Así también, se contempla el delito de falsificación ideológica al inscribirlo en el Registro Civil con datos falsos.</p>
--	--	--	--	---

<p>5.- ¿Considera que el desconocimiento de los procesos, disposiciones legales o regulaciones son un elemento subjetivo que radican en el dolo, con la finalidad de no considerar un proceso para la custodia ilegal?</p>	<p>La rusticidad es un elemento que antiguamente, se mantenía en la legislación penal y es real porque no todas las personas por más que los medios de comunicación, la educación llegue a toda la sociedad, hay personas que todavía desconocen de la existencia de una normativa que rige una sociedad y más bien ciertos espacios, se dejan llevar por formas de conducta que, se identifican por su cultura, con su forma de ser pero en su mayoría ya tenemos conocimiento y ya, se han difundido los derechos y las obligaciones de las personas por lo tanto siempre hay que diferenciar los dos espacios; los</p>	<p>Yo considero que sea un tema subjetivo, que tenemos una norma que cumplir y obviamente quien no cumple la norma está sujeto a sanciones, que la legislación permita otro tipo de sanciones si, se colabora con la justicia, es diferente. Pero si considero que no hay subjetividad mejor es bastante objetivo en cuanto a la aplicación.</p>	<p>Considero que no, que al menos en mi posición como Juez de familia somos regulados en los principios rectores del CONA, y uno de estos principios es el de humanidad, este principio esta sobre el principio de ritualidad, Y que es la obligación que es impuesta como jueces, de analizar los presupuestos fríos de una norma e ir más allá y analizar las condiciones de las personas pues para determinar una orden de cuidado que no ha sido con dolo, nosotros tenemos que conocer cuáles fueron los antecedentes de este cuidado, de la familia con la que ha estado en cuidado del menor, cuáles fueron las intenciones del cuidado del menor y cuales han sido los efectos de este cuidado entonces de alguna manera muy precipitada no, se podría</p>	<p>Los tres jueces expertos en el tema de niñez coinciden y concluyen: El desconocimiento de los procesos por el nivel de rusticidad o identidad cultural, sin existir dolo en su conducta, es un elemento subjetivo durante la aplicación para un proceso de custodia ilegal, cabe destacar que, los jueces de familia son regulados por los principios rectores del CONA; y, uno de estos es el principio de humanidad imponiéndolos a analizar los presupuestos fríos de una norma, los antecedentes de la custodia ilegal sin dolo, sus intenciones del cuidado del menor, la situación que a ellos les condujo acoger a</p>
--	---	--	--	--

	<p>espacios en que, se actúa de una manera con identidad cultural y otra que son las personas que ya conocen todas estas realidades, al conocer la existencia de normas, de leyes y de procedimientos; en estos dos casos existe distinción. El primer caso lo de la rusticidad que, se actué con principios de humanidad y de solidaridad comunitaria sería analizado de diferente manera. Y en este sentido la ley estaría más enfocado a la realidad humana y la condición en la cual, se desarrolla esta sociedad.</p>		<p>determinar, se realizaría varias investigaciones sea socialmente, psicológicas, medicas del entorno para conocer cuáles fueron los antecedentes, el desarrollo y cuales han sido las consecuencias de esta situación, es importante de igual manera conocer cuáles son las características o formaciones de las personas escogientes y no me refiero a una formación académico sino a una formación moral de las personas y cuál fue la situación que a ellos les llevo a acoger a un menor.</p>	<p>un menor y cuáles han sido sus efectos en el desarrollo integral del mismo. Por tal, en caso de que haya existido el respeto íntegro del interés superior del niño y el fiel cumplimiento de sus derechos, no existiría delito alguno.</p>
--	--	--	---	---

<p>6.- ¿Considera usted que el derecho penal ecuatoriano en su parte dogmática consideraría factores de desconocimiento de la ley, previo a aplicar una sanción de una infracción penal carente de dolo?</p>	<p>Absolutamente pues durante la conversación hemos llegado a ese análisis, pues hay casos como en las comunidades indígenas, que una madre daba a luz en poder de sus padres y la madre, se moría, automáticamente pasaba a ser considerada como hija de estos ciudadanos y ellos lo reconocían y no lo hacían con dolo, lo hacían con la más sana voluntad y deseo de que el niño tenga padres; en otras condiciones en cambio, se han provocado incendios en los cuales quemada la choza solo sobrevivía un niño y la comunidad le daban al pariente más cercano y, se criaba con él</p>	<p>Hay que entender que estamos en un estado de plurinacional en el cual tenemos varias legislaciones, hay comunidades indígenas en donde es una costumbre o un principio de solidaridad acoger a niños abandonados lo que no necesariamente, se considera un delito. En el caso de la rusticidad, la ley actualmente permite algunas consideraciones básicamente para atenuar la pena y si hablamos de un delito que de por medio hay una cuestión altruista que básicamente es proteger al niño, lo que obviamente por desconocimiento o emoción de cuando no, se</p>	<p>Es importante tomar en cuenta que en el Código Orgánico Integral Penal, existe la presunción del conocimiento que, se presumen en derecho que todas las personas conocemos las infracciones y las consecuencias de nuestros hechos punitivos, pero si usted me pregunta a mí, en mi formación como Juez de familia aplica los principios de diferente manera, que vemos las situaciones jurídicas muy diferentes a compañeros Jueces de otras Unidades por los principios rectores que a nosotros rigen, como ya dije anteriormente el principio de humanidad, es un principio muy indispensable porque considero que si, se evaluara todas estas condiciones como es el grado de formación académica, el grado de</p>	<p>Los tres Jueces expertos en el mencionado tema de estudio, coinciden al establecer que: el desconocimiento de la ley en personas miembros de comunidades indígenas o con cierto grado de rusticidad, tienen como costumbre o principio de solidaridad acoger a un niño abandonado ellos, se encontrarían dentro de una conducta carente de dolo. Por lo tanto, el derecho penal ecuatoriano tendrá que establecer parámetros jurídicos para exonerar una sanción a personas que realizan esta conducta, que incluya investigaciones de cómo, se desarrolla su comunidad, y la evaluación de todas sus condiciones,</p>
--	---	---	---	---

	<p>o en muchos casos, se acostumbran a entregar al padrino y esa es una costumbre, que lejos de las investigaciones que, se ha hecho, aun ocurren y que, se investigará cómo, se desarrolla la comunidad y como, se manifiestan estos casos y que hacen para que en base de estos conocimientos investigativos aplicarlos a la norma.</p>	<p>tiene una familia genera este tipo de delitos; la ley si prescribe determinados cambios de penas como trabajo comunitario, depende de las circunstancias. En casos como estos, se podría ser más específicos por el desconocimiento.</p>	<p>conocimiento, el grado de situación de la persona, su moralidad, cuáles fueron las intenciones para el cuidado del menor, pues si le encuentran a un menor abandonado en una situación de riesgo yo como Juez de familia mal podría ver si pienso que, se cometió una infracción penal como un secuestro o una detención ilegal, sin embargo, los jueces penales tienen otro tipo de formación. Por otra parte, se tomará en cuenta cuales fueron las circunstancias que le llevaron a una persona a acoger a un menor que, se encontraba en una situación de riesgo. Yo considero que sí, se tomó cuenta estas circunstancias realizadas como conductas que protegieron la vida de un niño.</p>	<p>como su grado académico o nivel de rusticidad y la eliminación de cualquier presunción de delitos como secuestro o tráfico de niños, con la verificación que durante su crianza, nunca existió la vulneración de sus derechos. Por lo tanto, se consideraría estas circunstancias como conductas que protegieron la vida de un niño.</p>
--	---	---	---	---

*Fuente: Elaboración propia a partir de los datos proporcionados por los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.*

### 3.2. Análisis General.

- Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Ambato

Los jueces de esta Unidad Judicial mencionaron la importancia de analizar la subsunción de la custodia ilegal como un tipo penal, pues señalan, para que una conducta sea subsumida por el tipo penal existirá la intención de causar daño. Acotan, también, que sí, se respetan los parámetros de humanidad y equidad, que rigen una organización de justicia en materia de niñez y adolescencia, esta conducta no violenta ninguna norma; por lo tanto, la custodia ilegal no sería establecida como un tipo penal.

Los jueces coinciden en que, una persona que acoge a un niño, niña o adolescente en situación de abandono no comete una infracción penal; por el hecho de acoger a un niño con el ánimo de protegerlo, más no con la intención de recibir ningún beneficio respecto al mismo; lo que conlleva a la inexistencia de dolo en su conducta, caracterizada por la rusticidad, en su nivel cultural y de entendimiento dentro de la sociedad, lo hacen como un acto de beneficencia basado en su principio de solidaridad de acoger a una persona en situación de abandono, lo que permite concluir que, esta conducta no calificaría como ilegal.

Sin embargo, los jueces expertos en este tema mencionaron que, es importante diferenciar a las personas con un grado académico capaz y conocimiento congruente que realizan una custodia ilegal y no dar aviso a las autoridades; este hecho sería considerado como una infracción penal porque detrás de esta conducta propiciaría delitos como el tráfico de órganos o pornografía infantil.

Por otra parte, existe una discrepancia en este tema, al coincidir los Jueces que, si una persona acoge a un niño abandonado y lo reconoce como su hijo sin necesidad de una disposición legal, comete una infracción penal por aparentar una condición que no la tiene, situación que no representa una adopción legal ni un hecho natural, se vulnera así el derecho del niño a su identidad e impide al estado que éste cumpla con su función de buscar una familia apta y reinsertarlo en la sociedad. El Código Orgánico Integral Penal describe a esta conducta como supresión, alteración o suposición de la identidad y estado civil de niños, niñas y

adolescentes; éste delito, se encuentra tipificado en su artículo 211, pero es importante establecer que, el enfoque de los expertos, se detona en la falsificación ideológica; es decir, en la mentira escrita al manifestar que es su hijo de forma natural, suscita condiciones que, se enumeran en los varios supuestos punibles. Se considera que, esto ocurre con las personas que conocen la existencia de normas, leyes y procedimientos.

Por otra parte, el desconocimiento de los procesos, disposiciones legales o regulaciones legales para un proceso de custodia legal está determinado por el nivel de rusticidad o identidad cultural, por carecer de dolo en su conducta. Los Jueces respecto al tema en mención, concuerdan que, son sujetos a los principios rectores del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, y uno de estos es el principio de humanidad, el mismo que permite analizar los presupuestos fríos de una norma, antecedentes de la custodia ilegal sin dolo, las intenciones del cuidado al menor, la situación que a ellos les condujo a socorrer a un niño. De tal manera, al existir el fiel cumplimiento de sus derechos, no habría delito alguno.

Los tres Jueces expertos en el presente tema de estudio coinciden que, el desconocimiento de la ley en personas miembros de comunidades indígenas o con cierto grado de rusticidad, tienen por costumbre o principio de solidaridad acoger a un niño abandonado, esto implicaría una conducta carente de dolo. Por lo tanto, el derecho penal ecuatoriano tendría que establecer parámetros jurídicos para la aplicación del error de prohibición en los casos de custodia ilegal de niñas, niños y adolescentes. Hablamos de error de prohibición por ser esta la figura que implica un desconocimiento de que, su conducta, se encuentra prohibida por la norma penal. En consecuencia, los Jueces dirimen y concluyen, que dentro de los parámetros que considerarían para sancionar este tipo de conductas serían: Investigaciones de cómo, se desarrolla su comunidad, la evaluación de sus condiciones como su grado académico o su nivel de rusticidad y la eliminación de cualquier presunción de delitos como secuestro o tráfico de niños, se verifica que durante su crianza, nunca existió la vulneración de sus derechos. Por lo tanto, resulta necesario considerar estas circunstancias como conductas que protegieron la vida de un niño y en resultado la eliminación de una infracción penal.

## CONCLUSIONES

1. Los fundamentos jurídicos y teóricos del error de prohibición en una conducta prohibida por la ley, se desarrollan dentro de lo estipulado en el artículo 29 en relación al artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal (2014); es decir, para que una persona sea culpable conocería que su conducta es antijurídica, por lo tanto, una conducta es penalmente relevante si existe dolo o culpa y por ende antijuridicidad; de modo que, para que exista el error de prohibición su conducta denotaría el total desconocimiento de la infracción penal, hecho que, se evidencia en la mayoría de ciudadanos por el limitado conocimiento respecto a la ley en el aspecto penal, ello debido a su nivel cultural y valores carentes de intencionalidad dañina como es el caso de la custodia ilegal, al no causar daño ni hacerlo con dolo.
2. La aplicación del error de prohibición en los casos de custodia ilegal en el Ecuador, se daría en las personas determinadas por el nivel de rusticidad o identidad cultural, que tienen por costumbre o principio de solidaridad y humanidad acoger a un niño en situación de abandono; lo que implicaría una conducta carente de dolo. De tal manera, la aplicación del error de prohibición, se realizaría en base a un análisis por parte de las autoridades competentes respecto a los principios rectores del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003), es uno de ellos, el principio de humanidad establecido en el artículo 256 inciso segundo, mismo que permite analizar los presupuestos fríos de una norma, los antecedentes de la custodia ilegal sin dolo, las intenciones del cuidado al menor, la situación que a ellos les condujo a socorrer a un niño; por cuanto al existir el fiel cumplimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes, ello permite concluir que, esta conducta no calificaría como ilegal.

3. Los parámetros jurídicos para la aplicación del error de prohibición en los casos de custodia ilegal de niñas, niños y adolescentes estarían basados en los principios rectores establecidos en el artículo 256 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003) como: el principio de humanidad en la aplicación del derecho, la priorización de la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento y el de moralidad, esto permite analizar los presupuestos fríos de una norma en base a las intenciones del cuidado al menor y los antecedentes de la custodia ilegal sin dolo, lo que conlleva a la estructuración de los siguientes parámetros jurídicos: investigaciones de, cómo, se desarrolla la comunidad de quien incurre en la custodia ilegal, la evaluación de sus condiciones específicas como: su grado académico o su nivel de rusticidad y la eliminación de cualquier presunción de delitos como secuestro o tráfico de niños basados en la normativa vigente del Código Orgánico Integral Penal (2014); se verifica que durante su crianza, nunca existió la vulneración de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Por tanto, resulta necesario considerar estas circunstancias como una conducta protectora de la vida de un niño y como resultado la eliminación de una infracción penal; se concluye con esta premisa que, resulta viable la aplicación del error de prohibición en los casos de custodia ilegal de niñas, niños y adolescentes.

## RECOMENDACIONES

1. Mediante la información obtenida durante la presente investigación, se consideró importante que, el derecho penal ecuatoriano en su parte dogmática, se considerarían factores de desconocimiento de la ley o el error de prohibición, previo a la aplicación de la sanción de una infracción penal carente de dolo.
2. Es importante que, el Estado y los funcionarios públicos que operan y están dentro de los procesos de protección a niñas, niños y adolescentes comprendan que ningún caso de custodia ilegal es igual, pues cada caso tienen una particularidad y ello permite que exista el fiel cumplimiento de los principios rectores del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en base al principio de humanidad en la aplicación del derecho, prioriza la equidad sobre la ritualidad del enjuiciamiento.
3. Es pertinente determinar una solución, pues al no existir parámetros jurídicos en el Ecuador para la aplicación del error de prohibición en los casos de custodia ilegal de las personas que por la rusticidad en su nivel cultural y de entendimiento dentro de la sociedad, origina la carencia de dolo en su conducta, este aspecto propicia la eliminación de una infracción penal.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arroyo, J. (04 de 07 de 2017). *Ensayo ¿qué factores dificultan que el proceso de adopción sea ágil, dinámico y efectivo en el país? comparación jurídica entre Ecuador y España*. Obtenido de Mi árbol de ideas: Obtenido de <https://libroscom.online/2017/07/05/ensayo-que-factores-dificultan-que-el-proceso-de-adopcion-sea-agil-dinamico-y-efectivo-en-el-pais-comparacion-juridica-entre-ecuador-y-espana/>
- Badilla, A. (1996). *El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Porvenir, San José, 21.
- Balanguera, M., & Pallares, L. (2011). Error de prohibición el derecho penal. *Revista Verba Iuris*, Vol. 1, Universidad Libre.
- Bernal, Á. (2015). La familia como derecho humano de la comunidad LGBTI en Colombia. *Revista Prolegómenos- Derechos y Valores*, 29-46.
- Bustos, J. (2004). La Antijuricidad, Presupuesto. De La Responsabilidad. *Revista de derecho*, 29-38.
- Calvo, F. (2003). *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*. España: Dykinson.
- Castro, C. (2006). *Lineamientos sobre la antijuricidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva*. España: Dykinson, S.L.
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, R.O. N° 737 (3 de julio de 2003).
- Código Orgánico Integral Penal (R.O. N° 180 del 10 de febrero de 2014).

Código Penal , Ley Orgánica 10/1995 (23 de Noviembre de 1995).

Código Penal , Colombia (Diario Oficial N° 599 23 de enero de 2000).

Código Penal, Diario Oficial N° 35.461 (Colombia-Bogotá 20 de febrero de 1980).

Constitución de la República del Ecuador, R.O. N° 449 (20 de Octubre de 2008).

Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica  
(Publicación D.O.F. 7 de mayo de 1981).

Convención sobre los Derechos del Niño, Obtenido en  
[https://www.unicef.org/ecuador/convencion\\_2.pdf](https://www.unicef.org/ecuador/convencion_2.pdf) (Resolución 44/25 20  
de noviembre de 1989).

Corte Constitucional, Sala plena de Bogotá- Colombia, Sentencia C-370 (M. P.  
Eduardo Montealegre Lynett 14 de mayo de 2002).

Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP8850 ( Sala de Casación Penal 09 de  
Julio de 2014).

Cruz, E. (2017). *Introducción al derecho penal*. México: IURE Editores, 2017.

Cuesta Aguado, P. (2007). *Conocimiento de la ilicitud. Aproximación al  
conocimiento de la antijuridicidad del hecho desde las teorías psicológicas  
del pensamiento intuitivo*. Madrid: Dykinson.

Donna. (1995). *Teoría del delito y de la Pena*. Argentina: Astrea de Alfredo y  
Ricardo Depalma.

Donna, E. (2008). *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni  
Editores.

- Fernandez, A. (2008). *El extranjero frente al derecho penal: el error cultural y su incidencia en la culpabilidad*. Sevilla: JM Bosch Editor.
- Flórez, M. (2017). *Eficacia de la implementación del error de prohibición como eximente de responsabilidad en el delito de acceso carnal abusivo*. Colombia: Universidad Católica de Colombia.
- Franco, E. (2011). *Fundamentos de derecho penal moderno*. Quito: Corporación de esritos y publicaciones (CEP).
- García Falconí, J. (2012). *Nuevas perspectivas de la sociología y del derecho penal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*. Quito: Rodín 2012.
- García, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal comentado*. Quito: Cero.
- Gavilanes, R. (2008). *Sistemas de atención infantil en el Ecuador: Programa Operación Rescate Infantil - Programa Nuestros Niños*. Quito: FLACSO-Sede Ecuador: Abya- Yala. Quito.
- Gómez, B. (2012). Adoptabilidad: el derecho del niño/aa vivir en familia. *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, 16.
- Gonzáles, M. (2015). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Piura: Editorial Dykinson, SL.
- Gorvein, N., & Cuñarro, M. (1997). *Mediación interdisciplinaria en derecho de familia y derecho penal: dos caras de una misma moneda*. Uruguay: Revista de la Facultad de Derecho UdelaR.
- Jiménez, F., Sánchez, G., & Ampudia, A. (2018). *Evaluación psicológica forense: la custodia de los menores*. Manual Moderno.

- Kielmanovich, J., & Benavides, D. (2007). *Derecho Procesal de Familia*. Costa Rica: Lexis Nexis.
- Kierszenbaum, M. (2009). El bien jurídico en el Derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. *Lecciones y Ensayos* , 187-211.
- León , A. (2013). *Error de prohibición: nueva institución en la legislación penal ecuatoriana*. Quito: Quito: Universidad de las Américas.
- López, Á. (1974). El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 25-60.
- Maza, J. (2018). *El Error de Prohibición en el Ordenamiento Jurídico Nacional es susceptible de aplicación*. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Meini, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal -Parte General. Teoría Jurídica del delito*. Lima: Fondo.
- Méndez, M. (2017). *Situación actual de la regulación de pensión alimenticia y custodia compartida de menores en Ecuador*. Quito: Universidad de las Americas, 2017.
- Mir, J. (1998). *Las causas de inculpabilidad en el nuevo código penal español*. España: Dykinson S.L.
- Molina, F. (2003). *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Barcelona: Edición para América Latina .
- Monge, A. (2008). *El extranjero frente al derecho penal : El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*. . Barcelona: Jose María Bosch Editor.

- Moratilla, M., & Taracena, B. (2012). Vulnerabilidad social y orfandad: trayectoria vital de una adolescente. *Revista latinoamericana de ciencias sociales, niñez y juventud*, 841-854.
- Orellana, M. (2007). Análisis del régimen legal de la Filiación en el Ecuador. Azuay: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Azuay.
- Ortega, G. (29 de Junio de 2017). *Enciclopedia Jurídica Online*. Obtenido de <https://espana.leyderecho.org/efectos-del-acogimiento-familiar/>
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16 de diciembre de 1966).
- Pérez, J. (2007). *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*. México D.F: ISBN.
- Pineda, L., & Moreno, J. (2008). Factores psicosociales asociados al abandono infantil de un grupo de adolescentes institucionalizadas en un centro de protección en la ciudad de Bogotá. *Psychologia. Avances de la disciplina*, 151-182.
- Santamaria, C. (1980). *Filiación Extramatrimonial Análisis de la Evolución Histórica de la Filiación Extramatrimonial y el Sistema Vigente en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana .
- Toledo y González vs Maldonado y Toledo R., 970-2011 (CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO 2014).

Trejo, J. (2019). *Pena privativa de libertad más grave en la inscripción como propia a una persona que no es su hija o hijo en el Registro Civil*. Babahoyo.

Varsi, E. (1999). *Filiación, Derecho y Genética*. Lima-Perú: Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima.

Vasquez , C. (2012). *Casos prácticos de derecho penal*. Dykinson S.L.

Villavicencio & otros Vs Dirección Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, 478-2011 (CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - PRIMERA SALA DE LO PENAL 18 de enero de 2011).

Zaffaroni, E. R. (2009). *Estructura básica del derecho penal*. Argentina: Ediar.

## ANEXOS

### CUESTIONARIO

Modelo: entrevista para Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Ambato.



### ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

#### TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LO OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA

NOMBRE:

GÉNERO:

CARGO:

TIEMPO DE EXPERIENCIA:

Señor(a) / Doctor (a) con la finalidad de ejecutar el Proyecto de Titulación con el tema: **“Error de prohibición en los casos de la custodia ilegal de niñas, niños y adolescentes”** previo a la obtención del título de abogada de los Tribunales del Ecuador, sírvase a responder las siguientes preguntas:

Entrevistas

1.- ¿Considera usted que la custodia ilegal de niñas, niños y adolescentes es una conducta que sería subsumida por un tipo penal?

2.- ¿Cuáles serían los tipos penales que garantizarían el bien jurídico determinado para que los niños, niñas y adolescentes tengan una regulación jurídica con sus representantes o progenitores?

3.- ¿Considera usted que una persona que acoge a un niño sin regulación jurídica, solo por el hecho de protegerlo o mantenerlo comete una infracción penal?

4.- ¿Cuál es su criterio si un niño, niña y adolescente es acogido por una persona sin la necesidad de una disposición legal, y el acogiente lo reconoce como su hijo, comete una infracción penal?

5.- ¿Considera que el desconocimiento de los procesos, disposiciones legales o regulaciones son un elemento subjetivo que radican en el dolo, con la finalidad de no considerar un proceso para la custodia legal?

6.- ¿Considera usted que el derecho penal ecuatoriano en su parte dogmática consideraría los factores de desconocimiento de la ley, previo a aplicar una sanción de una infracción penal carente de dolo?

**Entrevistas realizadas a Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.**



