

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLIVAR

SEDE-ECUADOR

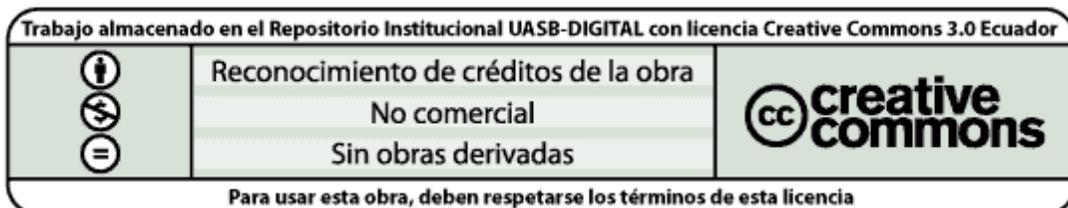
ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO TRIBUTARIO

LA PRESUNCIÓN DE DOLO EN EL DELITO TRIBUTARIO EN ECUADOR

BORIS FERNANDO BARRERA LOZANO

2011



CLAUSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACION DE TESIS/MONOGRAFIA

Yo, (BORIS FERNANDO BARRERA LOZANO), autor/a de la tesis intitulada (*LA PRESUNCION DE DOLO EN EL DELITO TRIBUTARIO EN ECUADOR.*) mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de (magíster en derecho mención derecho tributario) en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autoría de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaria General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 20/01/12

Firma.....

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE-ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO
TRIBUTARIO**

**LA PRESUNCIÓN DE DOLO EN EL DELITO
TRIBUTARIO EN ECUADOR**

BORIS FERNANDO BARRERA LOZANO

TUTOR: AB. CARMEN SIMONE LASSO

QUITO-ECUADOR

2011

RESUMEN

El presente trabajo investigativo comienza realizando un profundo análisis acerca de la institución jurídica del dolo en el ámbito penal común, abordando cuestiones relacionadas con su naturaleza jurídica (desde las concepciones y fundamentos de las teorías finalista y causalista de la acción), las diferentes clases o tipos de dolo aceptados hoy en día a nivel doctrinario y su regulación en las legislaciones de los países andinos, los elementos constitutivos de la conducta dolosa, para finalmente desentrañar la conceptualización de la presunción de dolo como tal, y su relación con la normativa penal tributaria vigente en nuestro país. De igual manera, se realiza un completo estudio respecto de la evolución que a lo largo de los diferentes Códigos Penales en la historia legislativa de Ecuador, ha tenido esta forma o especie de culpabilidad.

Posteriormente, y desde un enfoque Constitucional-Penal, la investigación se centra en el derecho fundamental a la inocencia y su presunción como garantía procesal destinada a la correcta observancia y respeto de los derechos humanos en el desarrollo de todo proceso penal, haciendo especial énfasis en los principios *Onus Probandi e In Dubio Pro Reo*, a partir de los cuales, ésta garantía encuentra su campo más amplio de aplicación en los diferentes procesos sancionatorios. Concluyendo con el análisis de la forma cómo se encuentra regulado el derecho a la inocencia en la Constitución de la República de Ecuador del año 2008.

La parte final de esta tesis abarca el tema relacionado con la defraudación fiscal, sus elementos y características esenciales, para luego llevar a cabo un estudio comparado entre las legislaciones de Ecuador y Argentina en lo referente a la presunción de dolo en este campo. Efectuando también un análisis de lo establecido en nuestra normativa penal tributaria acerca de los casos de defraudación fiscal y su estricta relación con el dolo como forma de culpabilidad. Del mismo modo, se enfatiza en el tema relacionado con la carga de la prueba en el proceso penal tributario a partir del examen de un caso concreto.

Dedicado:

A mis papás, por su eterno cariño y comprensión, por enseñarme cada día el camino correcto y ser un ejemplo en mi vida, por demostrarme constantemente su apoyo incondicional y sincero, y por estar siempre presentes en cada instante y etapa de mi existencia.

Agradecimientos

:

A Jehová, mi Dios, a quien le debo todo lo que soy, mi agradecimiento hacia Él por ser mi fuerza siempre, por guiar cada paso de mi vida y mostrarme el camino de la verdad.

Con especial gratitud a la Ab. Carmen Simone Lasso, por haber llevado a cabo con paciencia, dedicación y esmero, la dirección y tutoría de esta tesis; y, sobre todo, por brindarme su ayuda y apoyo en todo momento.

A todos quienes conforman la Universidad Andina Simón Bolívar Sede-Ecuador, por abrirme sus puertas y darme la oportunidad de emprender y cumplir este reto.

A todos y cada uno de mis compañeros y amigos que formaron parte del curso de la maestría en Derecho período lectivo 2010-2011, quienes hicieron de esta etapa de mi vida algo inolvidable. En especial a: Vladimir, Pamela, Ximena, Andrés, Bolívar, Edwin, Santiago, Claudio y Xavier M., gracias por su amistad.

ÍNDICE

Introducción	8
CAPÍTULO I	
EL DOLO Y SU EVOLUCIÓN NORMATIVA EN ECUADOR	
1.1 Naturaleza jurídica del dolo	10
1.2 Tipos de dolo	18
1.3 Requisitos esenciales del dolo	28
1.4 Presunción de dolo	39
1.5 Contenido y alcance del dolo en Ecuador desde sus orígenes hasta épocas actuales	44
CAPÍTULO II	
DERECHOS HUMANOS Y PROCESO PENAL	
2.1 El derecho fundamental a la inocencia	51
2.2 La presunción de inocencia como garantía procesal y el <i>Onus Probandi</i>	63
2.3 La presunción de inocencia como garantía procesal y el <i>In Dubio Pro Reo</i>	69
2.4 El derecho a la inocencia en la Constitución de la República de Ecuador del 2008	74
CAPÍTULO III	
EL DOLO EN EL DELITO TRIBUTARIO	
3.1 La defraudación fiscal	77
3.2 La carga de la prueba en el procedimiento sancionador tributario en Ecuador	106
Conclusiones	114
Recomendaciones	119
Bibliografía	121
Anexo único: Juicio Nro. 502- 07 recurrido en casación ante la Corte Nacional de Justicia	126

INTRODUCCIÓN

La protección de los derechos fundamentales del ser humano, constituye la base, objetivo y fundamento de la creación de los distintos Estados. El derecho de toda persona a ser considerada inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada por autoridad competente y conforme a la ley, es de trascendental importancia en todo ámbito del derecho. Ello, más aún en el campo sancionatorio fiscal, en donde por los intereses en juego y por las partes en conflicto (entre ellas el Estado a través de la administración tributaria) el irrespeto a este derecho fundamental podría ser tomado como instrumento de persecución política, económica, o de cualquier otra índole.

Sobre la base de lo expuesto, el presente trabajo académico tiene como propósito principal enfocar el estudio e investigación en la normativa penal común y normativa penal tributaria de nuestro país, para así llegar a conclusiones precisas y certeras acerca de la aplicación de la presunción de dolo en el campo impositivo, y de esta manera responder a la interrogante respecto de que si del análisis conjunto de nuestra normativa inherente al tema planteado, se puede afirmar que en el caso de los delitos tributarios en Ecuador es factible realmente llevar a cabo la presunción del accionar doloso de los agentes. Para ello se ha realizado una división en varios capítulos, el primero denominado *El dolo y su evolución normativa en Ecuador*, en el cual se realiza un análisis de esta institución jurídica, su estructura y su regulación en la historia legislativa penal. El segundo capítulo denominado *Derechos Humanos y Proceso Penal*, en el cual se destaca la trascendencia del derecho a la inocencia como parte de los derechos humanos reconocidos universalmente y los principales efectos que su aplicación conlleva dentro de todo proceso sancionatorio. En el último capítulo denominado *El dolo en el delito tributario*, se pone especial énfasis en la vinculación existente entre el ilícito de defraudación fiscal regulado actualmente en nuestra normativa, y la institución jurídica del dolo como forma o especie de culpabilidad en todo delito.

Dentro del presente trabajo investigativo ha sido necesario combinar distintas ramas del derecho, entre ellas: el Derecho Penal común, Derecho Constitucional y Derecho Penal Tributario; se ha acudido

también a la cátedra de derecho comparado, todo esto con el objetivo de obtener una visión más amplia y concisa del tema de investigación.

CAPÍTULO I

EL DOLO Y SU EVOLUCIÓN NORMATIVA EN ECUADOR

1.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL DOLO

Corresponde como punto previo al abordaje de la institución jurídica del dolo, hacer una brevísima referencia a otra institución en la que precisamente aquél tiene surgimiento, nos referimos entonces al delito penal propiamente dicho.

Ahora bien, no existe duda respecto a la facultad que tiene todo Estado para ante cierto tipo de conductas de sus miembros, imponer determinado tipo de sanciones, cuya gravedad e intensidad serán correlativas al hecho efectuado por el agente delictivo, todo esto en aras de cumplir con la función estatal de garantizar la protección y el respeto de los derechos de todos los ciudadanos en general, fomentando así la paz social y la vida en comunidad. Por lo tanto, la conducta del ser humano constituye la base o el fundamento de todo delito. Al respecto, Zaffaroni expresa: “Así como la especie ‘delito’ sólo puede darse en el género ‘conducta’, ésta debe estar necesariamente en la base de cualquier teoría del delito que se intente construir”.¹

Entonces, ciertas conductas pueden ser consideradas por un Estado concreto como lesivas o atentatorias contra determinados bienes jurídicos, respecto de los cuales dicho Estado está llamado a conferir su protección. Estas conductas previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, constituyen lo que en el ámbito jurídico se denominan como delitos.

Francisco Muñoz Conde haciendo referencia al delito afirma:

“(...) el concepto del delito responde a una doble perspectiva que, simplificando un poco, se presenta como un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano y como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor

¹ Eugenio R. Zaffaroni, *“Tratado de Derecho Penal, parte general”*, T. III, Buenos Aires, EDIAR, 2004, p. 47.

de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama injusto o antijuridicidad, al segundo culpabilidad. *Injusto o antijuridicidad* es, pues, la desaprobación del acto; *culpabilidad* la atribución de dicho acto a su autor”.²

De lo expresado por Muñoz Conde, sustraemos entonces los dos primeros elementos del delito en general: la antijuridicidad y la culpabilidad, refiriéndose el primero de ellos a la consideración de reprochable que según la ley penal respectiva recae sobre determinado acto constitutivo del delito como tal, por ser contrario al ordenamiento jurídico; por ejemplo, en el delito de homicidio, el hecho o acto antijurídico constituirá el causar la muerte de un ser humano; en el delito de violación, la antijuridicidad viene dada por el acceso carnal sin que medie el consentimiento de la persona violentada; entre otros supuestos más. La culpabilidad, por su parte, se podría definir como aquella por la cual el autor del hecho antijurídico puede ser plenamente responsable de las consecuencias que se deriven de su ejecución, siempre y cuando dicho acto no se halle justificado en modo alguno a través de la ley.

Las conductas calificadas como delictivas van acompañadas correlativamente de cierto tipo de sanciones, las cuales pueden propender hacia la búsqueda de distintos objetivos,³ siendo por lo tanto requisito esencial para su imposición, que las acciones que las originan estén previamente descritas o redactadas de forma clara y completa en la ley penal respectiva, situación que en el derecho penal se denomina como tipicidad.

Los tres elementos descritos en líneas anteriores, según Muñoz Conde (a los cuales el citado autor agrega la *punibilidad*) se caracterizan por tener un *carácter secuencial*; es decir: <<(…) Si del examen de los hechos resulta, por ejemplo, que la acción u omisión no es típica, ya no habrá que plantearse si es antijurídica, y mucho menos si es culpable o punible>>.⁴

² Francisco Muñoz Conde, *“Teoría General del Delito”*, 2º edición, Santa Fé de Bogotá, Temis SA, 1999, p. 2.

³ Por ejemplo, según la doctrina experta en el tema, en el caso de los delitos tributarios, la sanción lejos de buscar la rehabilitación social del infractor tiene como fin primero y último restablecer la correcta relación entre la administración y los contribuyentes.

⁴ Ver Francisco Muñoz Conde, *Teoría General del Delito*, p. 4.

Para concluir este sucinto análisis del delito, que como se expresó en un principio constituye el fundamento de estudio de la institución jurídica del dolo, puesto que un requisito esencial para que se pueda hablar de su configuración (excepto en los delitos culposos) será precisamente la presencia de dolo en la conducta del agente o autor, hacemos referencia a una definición del delito que me parece muy clara, que viene dada por Francesco Carnelutti quien afirma: “Bajo el perfil jurídico, pues, el delito es *un hecho castigado con la pena mediante el proceso*. Los tres términos, *delito, pena y proceso*, son rigurosamente complementarios; excluido uno, no pueden subsistir los otros (...).”⁵ De lo expresado por este autor, extraemos los tres elementos básicos del derecho penal, de entre los cuales se encuentra el llamado proceso penal, el mismo que adquiere relevancia en el presente trabajo investigativo cuando en el último capítulo del mismo, se haga referencia al régimen sancionatorio tributario respecto de los casos de defraudación fiscal.

Pues bien, corresponde ahora determinar en cuál de los elementos del delito encuentra su ubicación o fundamento la institución jurídica del dolo. Sobre el tema, debemos recalcar las varias teorías existentes dentro del campo penal, las mismas que tratan de explicar cuál es el verdadero alcance y contenido de cada uno de los elementos del delito en sí. De entre estas teorías destacamos dos: la primera que ubica o enmarca a la figura del dolo en el primer elemento del delito, la tipicidad (teoría finalista de la acción); y, la segunda que afirma que el dolo debe ser analizado a partir del tercer elemento del delito penal, la culpabilidad (teoría causalista de la acción). Aclarando que no es nuestra intención profundizar sobre el tema, por tratarse de cuestiones no directamente relacionadas con el objetivo principal del presente trabajo investigativo.

⁵ Francesco Carnelutti, “*Teoría General del Delito*”, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1952, p. 17.

TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN

Para quienes se inscriben dentro de la denominada teoría finalista de la acción, la conducta de todo ser humano bajo ningún supuesto puede producirse sin que previamente éste se hubiere propuesto un determinado fin a alcanzar con la misma; es decir, la conducta de los individuos en general no es producto del azar ni de la casualidad, sino por el contrario responde o es la culminación de un complejo proceso desarrollado en la *psiquis* de cada uno de los actores en una sociedad determinada. Entonces, según el pensamiento de esta corriente doctrinaria, toda conducta lleva implícita una voluntad destinada hacia el cumplimiento de un objetivo concreto. De lo expuesto, a partir de esta teoría y según Sebastián José Amadeo: “ (...) Se trasladó el dolo y la culpa de la culpabilidad al tipo penal subjetivo y se varió su contenido: en primer lugar, el tipo debía describir la conducta relevante, y para hacerlo no se podía limitar a su acontecimiento causal externo, sino que debía contener la descripción de la estructura final de la acción (...)”.⁶

Entre los principales defensores de esta teoría se encuentra Muñoz Conde, quien en su mentada obra expresa: “ (...) el legislador cuando describe una conducta de tipo penal (por ejemplo, ‘el que matare a otro’) no describe un simple proceso causal (también un rayo puede causar la muerte de otra persona), sino un proceso causal en la medida que se deriva de la realización de una acción final humana”.⁷

Hans Welzel, considerado como el principal difusor de esta teoría, al referirse en forma crítica a la teoría causalista de la acción (tesis antagónica de la teoría finalista) expone: “El error fundamental de la teoría causal de la acción consiste en que no sólo desconoce la función constitutiva, por antonomasia, de la voluntad rectora respecto de la acción, sino que incluso la destruye y la convierte en un mero proceso

⁶ Sebastián José Amadeo, *“La Acción en la Teoría del Delito”*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2007, p. 105.

⁷ Francisco Muñoz Conde, *Teoría General del Delito*, p. 10

causal desencadenado por un acto de voluntad cualquiera ('acto de voluntariedad'). El contenido de la voluntad (...) se convierte en un mero 'reflejo' del fenómeno causal externo en el alma del actor".⁸

TEORÍA CAUSALISTA DE LA ACCIÓN

Los partidarios de la teoría causalista de la acción, básicamente argumentan que la voluntad del agente o autor del hecho o acto en cuestión, no puede ser analizada a partir de la descripción que de ese hecho hace la norma penal, la cual únicamente debe limitarse a determinar de una forma general y abstracta los elementos externos (es decir, los relacionados exclusivamente con las características del acto en sí y no de su autor) que una determinada conducta deberá reunir para ser calificada como delictiva; esto en razón de que a la tipicidad solamente importa el acto humano voluntario mientras que la intencionalidad del agente hacia un objetivo específico deberá ser analizada en el elemento de la culpabilidad. En palabras de Boris Barrera Crespo: "La teoría causalista plantea que toda acción depende de la voluntad humana, pero que al momento de establecer su contradicción con el ordenamiento jurídico y de seleccionar a través de la tipicidad un tipo penal, no debe considerarse el contenido propio de la voluntad como es la finalidad".⁹

En este sentido, para los causalistas el concepto de acción abarca solamente el acto producido de forma voluntaria, es decir, aquél realizado sin ninguna interferencia de índole externa, mientras que el análisis de la voluntad que motivo al agente a su comisión, debe ser abarcado a partir de la culpabilidad. Como lo expone Mezger quien es citado por Hans Welzel: "(...) Para constatar la existencia de una acción basta la certeza de que el autor ha actuado voluntariamente. Lo que haya querido es aquí indiferente; el contenido de la voluntad es sólo relevante para el problema de la culpabilidad".¹⁰

⁸ Hans Welzel, *"Derecho Penal Alemán"*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1997, p. 48.

⁹ Boris Barrera Crespo, *"El Delito Tributario, Elementos Constitutivos y Circunstancias Modificadoras"*, Quito, Corporación Ed. Nacional, 2005, p. 29.

¹⁰ Citado por Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, p. 47.

Sebastián José Amadeo, haciendo una diferenciación entre las teorías causalistas naturalistas y normativistas¹¹ de la acción, expone respecto de los efectos que la aplicación de ésta última (vigente hoy en día) conlleva en el elemento de la culpabilidad, lo siguiente: “Según Frank, la culpabilidad ‘era al mismo tiempo una relación psicológica y un juicio de reproche al autor de la relación psicológica’, conservando el dolo y la imprudencia como formas clásicas de culpabilidad. Sin embargo, se agrega como integrantes de dicho concepto el de imputabilidad y causas de exclusión de la culpabilidad, desarrollándose también la idea de inexigibilidad”.¹²

Resulta interesante destacar que el gran maestro penalista ecuatoriano, Ernesto Albán Gómez, parecería optar por esta teoría, al definir al dolo en una de sus relevantes obras como: “(...) La forma más característica, grave y frecuente en que se manifiesta la culpabilidad”.¹³

MI CRITERIO

Pues bien, una vez expuestas las dos teorías más relevantes en el mundo del derecho penal atinentes a cuál debe ser la ubicación del dolo en los distintos elementos del delito, se podría concluir *prima facie* que ambas gozan de argumentos válidos. Así, por ejemplo, es muy cierto que en determinados tipos de delitos se hallan inmersos en su descripción ciertos factores que pueden ser considerados como subjetivos o inherentes a la forma en cómo debe actuar un determinado agente en la comisión de los mismos (por ejemplo: el delito de robo tipificado en nuestro Código Penal, artículo 550). Mas, por otro lado, parecen así mismo valederos los argumentos expuestos por la teoría causalista de la acción, acerca de que en la tipificación de todo delito sólo se deberá describir de manera abstracta el acto en sí, sin tener en

¹¹ Para profundizar sobre el tema, recomendamos la lectura de la obra del citado autor: Sebastián José Amadeo, *La Acción en la Teoría del Delito*.

¹² *Ibíd*em, p. 95.

¹³ Ernesto Albán Gómez, *“Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, parte general”*, Quito, Edic. legales SA, 2005, p. 196.

consideración ningún elemento relacionado con lo subjetivo de su autor (un ejemplo de esto sería el delito de lesiones tipificado en nuestro Código Penal, artículo 463).

Por nuestra parte, optamos por la tesis de la teoría causalista de la acción, principalmente porque consideramos de manera indudable que tanto el dolo como la culpa son formas de culpabilidad; esto por el sencillo motivo de que pese a que por ejemplo en nuestro Código Penal existen normas que a la hora de tipificar una acción como delito integran elementos subjetivos (el término *voluntad de apropiación*, entre otros), el mismo código y en referencia a todos los delitos sin excepción establece formas de culpabilidad (dolo y culpa) y, por ende, los requisitos esenciales para poder determinar cuándo una acción fue realizada intencionalmente o culposamente (falta de previsión o cuidado, por ejemplo).

Considero que si bien es correcto el criterio de la teoría finalista de la acción, acerca de que toda conducta humana está destinada a la consecución de un fin, y esto precisamente es lo que diferencia a este tipo de acciones de los movimientos realizados por seres irracionales (los cuales no abarcan una finalidad concreta), situación que se plasmaría en varios ejemplos usados en doctrina, como el delito de robo, secuestro etc., en los cuales, antes de la exteriorización del acto, se cumple un proceso previo en el interior de los agentes destinado al cumplimiento y optimización de la acción delictiva. Sin embargo, no siempre el contenido de la voluntad, esto es, la finalidad de la acción humana, será de contenido típico, como sucedería por ejemplo al hablar de la muerte de un paciente en una operación quirúrgica, en la cual el médico ha actuado con la debida diligencia y cuidado, no obstante, el fallecimiento se ha producido por causas naturales ¿qué finalidad tuvo este acto humano voluntario que en principio puede ingresar dentro del delito de homicidio tipificado en nuestro Código Penal?. Creemos así, que con el ejemplo propuesto, se pone de manifiesto que no siempre el acto humano lleva implícita una finalidad que puede ser considerada típica y, sin embargo, si puede producir un resultado típico.

Entonces, sobre la base de lo manifestado, compartimos el criterio de la teoría causalista de la acción, acerca de que sólo una vez constatado que el acto es típico y antijurídico, es decir, cuando la acción humana realizada de manera voluntaria produzca el resultado tipificado en la ley como delito y comprobada su antijuridicidad, corresponderá analizar si el agente en el caso concreto actuó de tal manera que sea factible atribuir sobre el mismo la responsabilidad correspondiente, es decir, verificar si actuó dolosamente o culposamente.

Consideramos entonces, que tanto el dolo como la culpa forman parte integrante del elemento de la culpabilidad en todo delito. Pues bien, vale en este punto recalcar la opinión doctrinaria diversa respecto a la necesidad de encontrar un punto de conexión que permita efectivamente integrar dentro de la culpabilidad a estas dos figuras algo disímiles entre sí, para lo cual hacemos referencia a Luis Jiménez de Asúa, quien a nuestro criterio aclara plenamente el asunto. Expone el mentado autor, que pese a existir tesis con criterios contrarios en lo referente a poder descifrar en el dolo y en la culpa un punto de encuentro que los abarque en el tercer elemento del delito: la culpabilidad, como por ejemplo: la tesis psicológica y de la conducta normativa, siendo así, que la primera de ellas argumenta que mientras el dolo implica una noción eminentemente psicológica, por su parte la culpa se caracteriza por su carácter normativo puesto que su valoración se deberá realizar a través de su confrontación con la norma penal correspondiente; no obstante lo dicho, para Jiménez de Asúa la solución a estas divergencias se la encuentra en considerar el carácter normativo tanto del dolo como de la culpa. Así, expresa: << a nuestro entender (...) tanto el uno como la otra son normativos. Y lo son hasta tal punto que la valoración es lo que los unifica. El proceso meramente psicológico, en el que se produce la *referencia* del juicio de culpabilidad, es la *intención* o la

negligencia. Tanto la una como la otra son (...) simples hechos psicológicos mientras no recaiga en ellos el juicio de culpabilidad>>. ¹⁴

1.2 TIPOS DE DOLO

En este apartado analizaré las distintas clases o tipos de dolo que hoy en día se han consolidado en materia penal común, sobre la base de los diversos aportes doctrinarios que han contribuido hacia un mejor entendimiento de esta compleja institución jurídica. Ahora bien, la división o clasificación doctrinaria sobre las clases de dolo no se ha mantenido al margen del debate y, así, se puede corroborar cómo han llegado a existir divisiones del dolo de lo más variadas, atendiendo muchas veces a conceptos disímiles y opuestos entre sí. Haciendo referencia a la obra de Luis Jiménez de Asúa,¹⁵ observamos que al dolo se lo ha llegado a clasificar doctrinariamente con fundamento en distintos criterios.

Hasta tal punto llegan las divergencias, que inclusive existen autores que ponen en duda la clasificación tripartita que en estos tiempos es comúnmente aceptada respecto del dolo, argumentando que en ciertos casos, en realidad no produce ninguna consecuencia ni efecto de índole jurídica, en razón de que en la mayoría de ordenamientos jurídicos no pasa de ser una mera clasificación doctrinaria que no está avalada en forma alguna por la ley penal. Así, por ejemplo, se expresa Ragués.¹⁶

¹⁴ Ver Luis Jiménez de Asúa, *“Teoría del Delito”*, México, IURE Ed., 2003, pp. 367- 370.

¹⁵ Así por ejemplo, por sus formas originarias y anticuadas: en *dolus generalis* y *dolus indirectus*; por su prueba: en dolo probado y dolo presunto; por su intensidad: en dolo impulsivo o pasional, dolo repentino, dolo deliberado, dolo premeditado; por su permanencia: en dolo inicial, dolo coetáneo y dolo subsiguiente; y, así, otras clasificaciones más expuestas por el citado autor. Ver *ibidem*, pp. 397-398.

¹⁶ Ramón Ragués al referirse a los efectos que se derivarían al suprimir el elemento volitivo del dolo eventual y comentando lo regulado en la legislación española, expone:“(…) cuando en relación con el dolo eventual se concluye que el elemento volitivo no tiene que desempeñar papel alguno y, a la vez, que para dicha modalidad de dolo basta con que el sujeto atribuya a su conducta la capacidad de realizar un tipo penal, la clasificación tripartita pierde todo su sentido”. Ver Ramón Ragués I. Vallés, *“El dolo y su prueba en el proceso penal”*, José María Bosch, edit., Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 184-186.

Sobre el tema, parece pertinente citar las palabras de Muñoz Conde,¹⁷ quien hace referencia a la nula diferencia existente entre los dos tipos de dolo directo a la hora de hablar de la gravedad del delito cometido.

Existen también autores que parecerían pronunciarse favorablemente respecto de la relevancia de esta división. Así, Schwartz expone: “Para valerme de una comparación, el dolo eventual es tan indispensable como complemento del dolo directo, como la *actio publiciana*, en el derecho romano lo fue de la *reivindicatio*”.¹⁸

Vale recalcar, entonces, que el consenso doctrinario generalizado en estas épocas, es el de aceptar la clasificación tripartita del dolo (dolo directo de primer y segundo grado, y dolo eventual) y considerar al resto de divisiones, como actualmente intrascendentes.¹⁹ Varios autores avalan esta clasificación, entre ellos: Zaffaroni,²⁰ Luis Jiménez de Asúa,²¹ Ernesto Albán Gómez,²² entre otros; lo que resalta la unanimidad existente.

Antes de entrar en el análisis de los diversos tipos de dolo aceptados en el mundo del derecho penal, debemos partir de una definición general de dicha institución jurídica.

Por dolo, desde un concepto amplio, puede entenderse a toda conducta encaminada hacia la consecución consciente (conocimiento previo de las circunstancias o elementos del tipo penal establecido en la ley y su antijuridicidad) y voluntaria (intencionalidad) de un resultado típico. Si bien este es el concepto de dolo aceptado doctrinariamente, no obstante, el mismo responde a una concepción amplia del

¹⁷ Expone el mentado autor: “(...) Las diferencias psicológicas no significan necesariamente diferencias valorativas penales: tan grave puede ser querer matar a alguien sin más, como admitir su muerte como una *consecuencia necesariamente unida* a la principal que se pretendía (robar).” Francisco Muñoz Conde, Teoría General del Delito, p. 45.

¹⁸ Citado por Luis Jiménez de Asúa, Teoría del Delito, p. 407.

¹⁹ Ernesto Albán Gómez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, parte general, pp. 196-197.

²⁰ El citado autor también acepta la existencia de lo que él llama *dolo de ímpetu*. Ver Eugenio R. Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, parte general, T. III, pp. 348 y 356-359.

²¹ Ver Luis Jiménez de Asúa, Teoría del Delito, p. 399.

²² Ver Ernesto Albán Gómez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, parte general, p. 197.

término, pues como a continuación analizaremos, no siempre el agente delictivo tiene como voluntad primera y última la producción de un fin típico, sino que la situación descrita puede sufrir ligeras o amplias variaciones según se trate de una u otra clase de dolo.

Una definición completa respecto del dolo, es la otorgada por Luis Jiménez de Asúa, ya que como el citado autor afirma, aquel concepto abarca varias de las diferentes posibilidades que pueden presentarse en la conducta dolosa.²³

Una vez definido claramente qué puede entenderse por dolo, nos centraremos en el análisis de sus diversos tipos: dolo directo y dolo eventual.

DOLO DIRECTO

Boris Barrera Crespo en referencia al dolo directo afirma: “El primero, (dolo directo) implica que el autor desea realizar precisamente el resultado prohibido o la acción típica, aun cuando no esté de acuerdo con alguna de las consecuencias accesorias de la misma, pero la admite como parte de aquélla que va a producir”.²⁴ (El agregado es mío)

Zaffaroni respecto del mismo tema manifiesta: “(...) el primero (o dolo inmediato) es en el que la voluntad abarca el resultado típico como fin ‘en sí’ (...)”.²⁵

Muñoz Conde por su parte expresa: “En el dolo directo el autor quiere realizar precisamente el resultado (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de simple actividad): el autor quería matar y mata, quería dañar y rompe la cosa, etc.”.²⁶

²³ Expone el citado autor: “ (...) es dolosa la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), cuando se realiza con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior (o de su no mutación), con consciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto (u omitir la acción debida) y con representación del resultado (o de la consecuencia del no hacer) que se quiere, o consciente.” Luis Jiménez de Asúa, Teoría del Delito, pp. 388-389.

²⁴ Boris Barrera Crespo, El Delito Tributario, p. 40

²⁵ Eugenio R. Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, parte general, T.III, p. 348.

²⁶ Francisco Muñoz Conde, Teoría General del Delito, p. 45.

De las definiciones citadas, podemos entender claramente el alcance y contenido del dolo directo, por el cual, el sujeto o agente delictivo a través de una acción voluntaria y consciente, tiene la intención de realizar o producir el tipo penal descrito en la ley, intención que puede presentarse bien sea de manera directa o indirecta, siendo este segundo caso el que da origen al llamado dolo directo de segundo grado o comúnmente conocido en doctrina como dolo de *consecuencias necesarias*.

Por dolo directo de segundo grado, podemos entender a aquél en el que el sujeto es motivado a la realización del tipo penal, no porque la producción del mismo sea su fin primero y último, sino porque para la consecución de otro fin primordial distinto del primero, será obligatoriamente necesaria la ejecución del hecho típico descrito en la ley, el mismo que a su vez surgirá como consecuencia de determinados medios empleados por parte del autor para alcanzar su objetivo principal. En pocas palabras, al hablar de dolo directo de segundo grado siguiendo a Zaffaroni nos referimos a aquél << (...) en que el resultado típico es una consecuencia necesaria de los medios elegidos>>.27

José Moisés Vergara, respecto del *dolo indirecto* (directo de segundo grado) expone un criterio que consideramos erróneo. Así, expresa el mentado autor: “Este tipo de dolo se ve cristalizado en aquellos casos en que el sujeto sabe y decide realizar un hecho típico determinado y que dará resultados típicos *indeterminados pero ciertos*, consecuencia del hecho típico querido”.28

No compartimos la definición de dolo indirecto que da este autor pues, según lo concibe la generalidad de la doctrina, no es de la esencia del dolo de segundo grado que el fin primordial al cual quiere llegar en primera instancia el agente sea necesariamente típico, es decir, puede serlo o no, esto en razón de que es perfectamente factible que el resultado u objetivo que el sujeto quiere alcanzar sea en principio lícito.

²⁷ Eugenio R. Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, parte general, T. III, p. 348.

²⁸ José Moisés Vergara Tejada, “Manual de Derecho Penal, parte general”, México DF, Ángel Ed., 2002, pp. 307-308.

Un ejemplo claro de lo que en materia penal podría implicar dolo de consecuencias necesarias que tiene en principio un fin lícito, sería la producción y comercialización clandestina de alcohol metílico o alcohol industrial para destinarlo al consumo humano.²⁹

DOLO EVENTUAL

Dentro de la clasificación mencionada en líneas anteriores, nos encontramos ahora frente al llamado dolo eventual, al que se lo podría definir como aquél en el que el agente delictivo no tiene una intención o voluntad cierta y precisa de producir un resultado atentatorio contra determinado bien jurídico (dolo directo), tampoco dicha producción se presenta ante este sujeto como algo certero y necesario para poder cumplir otro fin anhelado (dolo indirecto), sino que tal acaecimiento no irá más allá de lo probable o incluso posible (según las distintas teorías sobre el tema existentes) de llevarse a cabo efectivamente en la realidad, como consecuencia de una acción o hecho a realizarse por el citado agente, pese a lo cual éste actúa.

Vale aclarar, que sobre este tipo de dolo existen definiciones de lo más variadas e inusuales, que atenderán siempre a la concepción que sobre el mismo tengan los distintos autores que las han formulado en diferentes épocas, lo que también se verá influido en gran medida por las teorías referentes al dolo eventual a la cual cada uno de ellos se haya adscrito. Así, por ejemplo, Prins, quien es citado por Jiménez de Asúa, afirma: “En el *dolo eventual* el autor es responsable de las consecuencias de su acción porque él ha querido el resultado no ya como cierto (que es el caso del dolo determinado o indeterminado), si no como probable o posible (...).”³⁰

²⁹ En este hipotético caso, el fin primero y último de los sujetos que se dedican a dicha actividad, no es el causar la muerte de un determinado número de personas, sino inclusive puede tratarse de un fin en principio lícito (la obtención de los recursos necesarios para su subsistencia), no obstante, para poder alcanzar ese fin, los sujetos han elegido como medio la venta de este tipo de alcohol, que como consecuencias necesarias tendrá el causar la muerte de las personas que lo ingieran o provocarles al menos determinadas lesiones.

³⁰ Citado por Luis Jiménez de Asúa, Teoría del Delito, p. 404.

Enrique Bacigalupo, sobre el punto expone: "(...) el autor habrá obrado con dolo eventual cuando haya sabido que las consecuencias accesorias posibles de su acción no son improbables".³¹

Ahora bien, de lo manifestado se confirma la diversidad de criterios respecto del dolo eventual como tantos autores abarquen el tema, no obstante la esencia se mantiene; es decir, pese a que en este tipo de dolo, el sujeto no quiere directamente la realización del resultado típico, sin embargo, éste se representa el peligro de su producción al realizar una conducta determinada y pese a todo persiste en su accionar, que bien puede buscar la consecución de un *resultado lícito como ilícito*.³²

Uno de los puntos más conflictivos a la hora de hablar del dolo eventual, lo encontramos al referirnos a sus principales diferencias con otra institución jurídica que también forma parte del elemento de culpabilidad: la imprudencia o culpa consciente, diferenciación que se dará también dependiendo de a cuál de las varias teorías relacionadas con el dolo eventual nos suscribamos.

Sobre el tema, tomo partida del concepto de dolo eventual otorgado por Luis Jiménez de Asúa, ya que dicho criterio permite --según el citado autor-- conciliar tanto los argumentos de la teoría de la voluntad así como los de la teoría de la representación, no obstante, procederé también a hacer una ligera crítica respecto de lo que expone este doctrinario a la hora de hablar de las diferencias entre dolo eventual y culpa consciente.

Pues bien, Jiménez de Asúa expresa: "(...) Por eso, nosotros unimos, como se hizo en el concepto del dolo, ambas doctrinas --la de la voluntad y la de la representación-- y así el dolo eventual será la representación de la posibilidad de un resultado, cuyo advenimiento consciente la voluntad."³³ Definición con la que concuerdo, sin embargo, el autor hace una distinción algo confusa entre dolo eventual y culpa consciente que a continuación transcribo:

³¹ Enrique Bacigalupo, "*Derecho Penal, parte general*", Lima, Ara Ed., 2004, p. 313.

³² Ver Luis Jiménez de Asúa, *Teoría del Delito*, pp. 408-409

³³ Ver *ibídem*, p. 407.

“(…) La dificultad radica en que también en la llamada culpa consciente se representa el sujeto como posible el efecto. La diferencia está en que no le acepta, como en el *dolus eventualis* y, por el contrario, **si estuviere seguro** el autor de la producción del resultado, no proseguiría su conducta. En la culpa llamada con representación, el autor espera de su habilidad, o de **su fortuna**, que el resultado no sobrevenga (…)”.³⁴ (resaltado es mío)

Mi crítica va en el siguiente sentido: al decir el autor que el sujeto no actuaría si estuviere seguro de la producción del resultado lesivo, esta expresión parecería tener estricta relación con la denominada *primera fórmula de Frank*, respecto de la cual, Ramón Ragués concluye: “Debe afirmarse que concurre el consentimiento necesario para el dolo eventual cuando, habiendo previsto el autor como posible la realización del tipo, puede afirmarse que habría actuado igualmente de haberla previsto como segura”.³⁵

Ahora bien, la aplicación de la mentada fórmula podría ocasionar la violación de varios derechos constitucionales, entre ellos: la presunción de inocencia y el derecho a la igualdad, pues la consideración de que el agente hubiere actuado o no al prever el resultado como seguro, puede basarse en la mayoría de casos, en la posición social que éste ocupe en una sociedad determinada. Así, por ejemplo, expone Ramón Ragués: “Dado que la *fórmula* exige que el juez pruebe un hecho que nunca ha acaecido, y dada la poca credibilidad que merece la declaración del acusado, muchos autores opinan que el juicio se acaba llevando a cabo a partir de la personalidad del sujeto, esto es, los bandidos actúan dolosamente, los fumadores irresponsables lo hacen de modo imprudente”.³⁶

Tampoco resulta clara la concepción de Jiménez de Asúa, en lo referente a que en la culpa con representación el autor espera de su fortuna que el resultado no sobrevenga, expresión así mismo muy criticable, debido a que podría dar lugar a decisiones totalmente fuera de lugar. Esto en razón de que el término *fortuna* es muy amplio y, por lo tanto, en él podrían ingresar una serie supuestos inconcebibles, por

³⁴ Ibídem, p. 408.

³⁵ Ramón Ragués, El dolo y su prueba en el proceso penal, pp. 62-63.

³⁶ Ibídem, p. 64.

ejemplo, al hablar de la fortuna del sujeto delictivo basada en la buena suerte³⁷ o en sus creencias en poderes sobrenaturales y en fin, una serie de supuestos sumamente refutables; por lo que, como afirma Ramón Ragués: “(...) algunos autores deciden introducir límites objetivos a la confianza, exigiendo que ésta pueda considerarse racional para que lleve a la exclusión del dolo y entendiendo que, en caso contrario, concurren meras esperanzas intrascendentes”.³⁸

Por todo lo manifestado, consideramos junto parte de la doctrina, que para que efectivamente la confianza de no realización del resultado típico excluya al dolo y, por ende, solo se califique a una conducta como culposa, aquella deberá fundamentarse en bases sólidas, ciertas y posibles de cumplirse en la realidad. Un ejemplo claro de ello sería el usado por la doctrina penalista: la confianza del conductor de un vehículo en su pericia o habilidad para evitar un accidente de tránsito y con ello la muerte de los transeúntes. Generalmente en estos casos (no en todos como se demostrará con el ejemplo citado en lo posterior) se sanciona al agente delictivo únicamente por imprudencia y no por dolo.

Para finalizar este análisis sobre las distintas clases de dolo, a modo de resumen y como lo expone la generalidad de la doctrina penalista, se podría asociar al dolo directo de primer grado con la *intención*, al dolo directo de segundo grado con la *certeza*, y al dolo eventual con la *posibilidad* de producción de un resultado tipificado en la ley como delito.

PAÍSES ANDINOS

COLOMBIA

Art. 22. Dolo.- La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

³⁷ En este sentido el ejemplo propuesto por Ramón Ragués. Ver *ibídem*, p. 105.

³⁸ *Ibídem*, p. 106.

De la norma transcrita, podemos extraer las siguientes conclusiones: se exige para la existencia de dolo, tanto el conocimiento como la voluntad por parte del agente delictivo; así, también, se concluye que en el caso colombiano se aceptan las tres formas de dolo antes mencionadas, al decir la norma que *la conducta es dolosa cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable*; alternativa que dejaría la puerta abierta a la aplicación del denominado dolo eventual, así como al dolo directo de segundo grado, pues lógicamente también deberá existir dolo cuando el agente prevea como necesaria la producción del hecho punible y no solamente como probable. Resalta también la situación de que la norma colombiana hace referencia directa a lo que se manifestó en líneas anteriores, respecto de que sólo la confianza fundamentada por parte del agente en la no realización del hecho punible excluye el dolo; esto se puede desprender de la expresión *y su no producción se deja librada al azar*.

Así, también, a diferencia de lo que ocurre en nuestro actual Código Penal, la normativa colombiana regula al *conocimiento de la antijuridicidad*³⁹ del acto, como circunstancia eximente de responsabilidad.

Art. 32. numeral 11. Ausencia de Responsabilidad.- 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...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.

BOLIVIA

Art. 14. Dolo.- Actúa dolosamente el que realiza un hecho previsto en un tipo penal con conocimiento y voluntad. Para ello es suficiente que el autor considere seriamente posible su realización y acepte esta posibilidad.

Del artículo en cuestión, se concluye que al igual que en el caso colombiano, Bolivia exige para la configuración del dolo, tanto el conocimiento como la voluntad del agente delictivo en la comisión del hecho

³⁹ Esto implica el conocimiento del sujeto respecto de la ilicitud del acto a realizar, por estar tipificado en la ley como delito y ser contrario al ordenamiento jurídico

típico; así, también, observamos que Bolivia acepta los tres tipos de dolo recientemente analizados. No obstante lo señalado, existe cierta variación con la legislación colombiana respecto del dolo eventual, al utilizar la normativa boliviana la expresión *seriamente posible* y no el término *probable* (caso colombiano), lo que podría originar que en la legislación boliviana solamente tenga lugar el dolo eventual cuando el sujeto en su situación específica y sobre la base de las circunstancias propias de la misma, considere plenamente posible la realización o producción de un resultado tipificado en la ley como delito.

Sobre este punto, parecen pertinentes las palabras de Ramón Ragués, quien al referirse a un ejemplo propuesto por Schmidhauser acerca de un conductor que en su prisa por llegar prontamente a su destino, ocasiona un accidente de tránsito en el cual fallece el conductor del otro vehículo, concluye: << Dado que el conductor no pensó en la concreta posibilidad (<ahora, aquí y de esta manera>) de causar una muerte, sólo puede ser condenado por un homicidio imprudente >>. ⁴⁰

Finalmente, resulta novedoso el hecho de que la normativa boliviana también considere al *conocimiento de la antijuridicidad* del acto, como un requisito indispensable para poder hablar de culpabilidad y, por lo tanto, ante su ausencia eximir de responsabilidad penal al agente. Lo dicho se comprueba al decir la norma:

Art. 16. numeral 2.- El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo del tipo penal excluye la responsabilidad penal. Si el error fuera vencible, la pena podrá atenuarse conforme al artículo 39.

PERÙ

Cuestión relevante resulta el hecho de que el código peruano a diferencia de los otros dos códigos de los países andinos, no da una definición concreta de lo que puede entenderse por conducta dolosa, sino solamente se limita a decir:

⁴⁰ Ver Ramón Ragués, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 92.

Art. 11. Delitos y faltas.- Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley.

Pese a que no se aclare en el citado código cuáles son los requisitos necesarios que deben concurrir para la configuración del dolo, no obstante, implícitamente se podría deducir que los mismos --al igual que en el caso colombiano y boliviano-- serían tanto el conocimiento como la voluntad por parte del agente en la comisión del hecho delictivo. Esto debido a que por ejemplo entre las causas de exclusión de responsabilidad penal, se encuentran tanto el conocido por la generalidad de la doctrina como *error de tipo* y el llamado *error de prohibición* (artículo 14), ambos plenamente atribuibles o relacionados íntimamente con el grado de conocimiento que debe tener el agente o sujeto delictivo al momento de la ejecución del delito. Así, también, en el artículo 18 se habla del desistimiento voluntario del agente de proseguir los actos de ejecución del delito, cuestión que desde una perspectiva lógica hace referencia directa a la voluntad libre y espontánea con la que debe contar un individuo para realizar un hecho tipificado en la ley como delito. Finalmente, se puede decir que Perú no regula de manera expresa formas o tipos de dolo.

1.3 REQUISITOS ESENCIALES DEL DOLO

Corresponde ahora en este apartado, centrar la investigación en un punto trascendental; es decir, cuáles deben ser los requisitos indispensables para afirmar de manera fehaciente que en un caso concreto nos encontramos ante una conducta que puede ser calificada como dolosa y, por lo tanto, ser objeto de una sanción más drástica de la que se impondría frente a un comportamiento no doloso; punto sobre cuya trascendencia María del Mar Díaz Pita, haciendo referencia al homicidio en materia penal común, afirma: “Esclarecer, pues, cuándo estamos ante un homicidio doloso o cuándo ante uno imprudente

significa imponer una sanción de diez a quince años de prisión o de uno a cuatro años: la diferencia es palpable”.⁴¹

Sobre el tema abordado, resulta interesante destacar las distintas teorías que a lo largo de los siglos han intentado dar una explicación coherente y completa respecto de qué elementos convierten a una conducta en dolosa (sobre todo en lo atinente al dolo eventual). Algunas de ellas, otorgan mayor relevancia a lo que podría denominarse como elemento volitivo del dolo (la voluntad); mientras que otras, toman partida por lo que en doctrina se conoce como el elemento cognitivo (aspecto intelectual que implica conocimiento del hecho delictivo a efectuar); sin embargo, la mayoría de la doctrina considera fundamentales, al menos para la presencia del dolo directo e indirecto, a los dos elementos recientemente citados.

ELEMENTO VOLITIVO

La culpabilidad como elemento integrante de todo delito penal, tiene directa relación con la denominada responsabilidad subjetiva, a través de la cual, solamente cuando se pueda atribuir plenamente al agente la intención de realizar el hecho típico, o que el mismo se haya producido por su falta de previsión o cuidado, será factible aplicarle la sanción correspondiente, siendo importante entonces para la imposición de la pena, verificar tanto el *que* como el *por qué* del delito.

Es necesario recordar que se afirmó junto con la doctrina experta en el tema, que tanto el dolo como la culpa son considerados, por cierto sector de la misma, como formas de culpabilidad. Pues bien, de todo lo manifestado hasta este momento, se podría señalar al factor voluntad o elemento volitivo, como fundamental a la hora de hablar de la configuración de la conducta dolosa, pues afirmar lo contrario sería retornar a la antigua concepción de responsabilidad objetiva, según la cual, realizado el delito se impone la

⁴¹ María del Mar Díaz Pita, “La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización”, en Edgardo Alberto Donna, director, *Revista de Derecho Penal, Autoría y Participación-I*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 2005, p. 478.

sanción, sin tener en consideración los factores internos del individuo en su comisión, sino solamente el resultado producido; es decir, se torna relevante para la aplicación de la pena, la verificación del *que* del delito pero no del *por qué* de su ejecución.

Se puede afirmar que tanto el dolo como la culpa nacen como formas de culpabilidad durante el siglo XVIII,⁴² destacando los efectos positivos que el surgimiento de la culpabilidad como requisito para la atribución de responsabilidad origina en el derecho penal, sobre todo porque obedece a razones de justicia el que un imputado en un proceso no responda más allá de las consecuencias que su acción realizada con fundamento en su propia libertad y querer ha causado.

Para desentrañar el contenido del elemento volitivo del dolo, debemos partir de una definición general de lo que el mismo implica, por lo que siguiendo a la generalidad de la doctrina, lo definimos como: el propósito, objetivo o anhelo del agente delictivo de atentar, lesionar o ir en contra de un determinado bien jurídico protegido legalmente (sin ningún motivo válido y legítimo que lo justifique) a través de una acción voluntaria y consciente.

Es necesario también para otorgar un concepto preciso de este elemento, aclarar dos cuestiones básicas. La primera de ellas, como enseña Muñoz Conde, es distinguir entre lo que constituye el elemento volitivo del dolo propiamente dicho y, por otro lado, los *móviles* que motivan o inducen al agente a cometer el delito en sí, los mismos que como según afirma el citado autor: <<(…) solo en casos excepcionales tienen significación típica (…) y por lo general solo inciden en la determinación de la pena como circunstancias atenuantes o agravantes.>>⁴³ De lo expuesto por este doctrinario, concluimos que por

⁴² Sobre este punto, enseña José Vergara que : “(…) a partir de que el derecho penal empezó a ser exegéticamente reglamentado (a mediados del siglo XVIII) como lo es en la actualidad, se va tomando una postura de ‘responsabilidad por culpabilidad’, esto es, haciendo responsable al sujeto dependiendo del grado de determinación hacia el delito o de su falta de obediencia hacia la ley, apareciendo así el ‘dolo’ y la ‘culpa’ como formas de culpabilidad, que a la postre producirán el grado de responsabilidad (…)” Ver José Moisés Vergara, Manual de Derecho Penal, parte general, p. 300.

⁴³ Ver Francisco Muñoz Conde, Teoría General del Delito, p. 44.

ejemplo, el móvil que induzca a una persona a realizar un homicidio puede ser una venganza pasional, o lo que comúnmente se conoce el mundo delictivo como *ajuste de cuentas*, entre otros supuestos más.

Otra de las cuestiones que es necesario dilucidar sobre el elemento volitivo del dolo, como enseña Ramón Ragués, es la distinción que debe realizarse entre la voluntad de violentar el bien jurídico y la voluntad de llevar a cabo determinada acción.

“El discutido elemento volitivo del dolo no debe confundirse, desde luego, con la voluntariedad de la acción, presupuesto básico e imprescindible de cualquier infracción penal. Tal voluntariedad debe concurrir en todo caso para que pueda apreciarse una infracción penal: tanto quien da muerte a otro de un tiro en la nuca, como quien lo hace a consecuencia de su conducción descuidada, llevan a cabo un comportamiento voluntario --disparar o conducir-- y por ello su acción puede ser castigada”.⁴⁴

Sobre la base de lo expresado por este autor, podemos concluir que una cosa será entonces la voluntad de conducir un vehículo, y otra cosa muy diferente será la voluntad de a través de dicha conducción arrollar intencionalmente a un transeúnte. La primera situación se presentará tanto en aquél que actúa dolosamente como en aquél que actúa imprudentemente, por el contrario, la segunda circunstancia sólo se verificará en el delito doloso.

Concluimos manifestando la importancia del elemento volitivo o factor voluntad en la realización de un hecho típico (voluntad manifestada bien sea de forma directa o indirecta como en el dolo directo de primer y segundo grado, o inclusive de manera implícita como en el dolo eventual), ya que la ausencia del mismo, según lo concibe la mayoría de la doctrina, simplemente ocasionará que no se pueda calificar una conducta como dolosa, sino solamente en el mayor de los casos, como imprudente o inclusive no sujeta a sanción alguna. Lo manifestado lo podemos corroborar al hablar por ejemplo de las causas de exculpabilidad establecidas en nuestro Código Penal, que de modo directo se relacionan con la voluntad

⁴⁴ Ver Ramón Ragués, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 31.

libre y espontánea que deben tener los agentes en el momento de la comisión de un hecho típico. Un claro ejemplo también de la importancia del factor voluntad, lo encontramos por citar sólo un caso, en nuestro Código Tributario.⁴⁵

Para aclarar lo señalado, hacemos referencia a Zaffaroni, quien al tratar el tema acerca de la complementariedad entre los elementos cognoscitivo y volitivo del dolo, expone: <<De allí que el elemento intelectual del dolo, por sí mismo, no pueda fundar ningún reproche, porque todos poseemos los mismos elementos cognoscitivos del dolo de cualquier homicida. Éstos se manifiestan en la conducta final (...).>>⁴⁶ Interpretando las palabras de este autor, concluimos el papel decisivo del elemento volitivo en la comisión de un hecho delictivo, ya que por ejemplo, la mayoría de las personas sabemos que la evasión de impuestos es un delito, conocemos también la forma de evadirlos (llevar doble contabilidad, omisión dolosa de ingresos, etc.), no obstante, es lógico que algunos por su propia voluntad y querer (independientemente de las razones que los lleven hacia ello: un buen clima fiscal que origine una correcta cultura tributaria) cumplan cabal y puntualmente el pago de sus impuestos; otras, sin embargo, optarán por su evasión.

Ahora bien, pese a que el factor volitivo como parte integrante del dolo, no ocasiona ningún conflicto al tratarse del dolo directo (primer y segundo grado), no obstante, en lo atinente al dolo eventual la situación es algo más compleja, como se expondrá más adelante.

⁴⁵ Art. 317. Culpa o dolo de tercero.- *Cuando la acción u omisión que la ley ha previsto como infracción tributaria es, en cuanto al hecho, resultante del engaño de otra persona, por el acto de la persona engañada, responderá quien lo instó a realizarlo.* Del artículo en cuestión, se puede concluir como en el caso de los delitos tributarios (y en general de cualquier tipo de delito), la voluntad en la comisión de los mismos tiene un rol decisivo en la atribución de responsabilidad por las consecuencias que de ellos surjan, pues bajo ningún concepto se puede afirmar que quien actuó bajo engaño, haya querido realmente ejecutar determinado delito; situación que por ejemplo, en este caso concreto, según nuestra normativa, exime de toda culpabilidad a la persona engañada.

⁴⁶ Eugenio R. Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, parte general, T. III, pp. 300-301.

ELEMENTO COGNITIVO

Conocido por la generalidad de la doctrina penalista como el elemento intelectual del dolo, por el cual el sujeto o agente delictivo previo a la consecución de la acción respectiva, debe conocer y entender los aspectos o circunstancias esenciales del tipo penal establecido en la ley, solo así se podrá afirmar que la acción realizada puede ser calificada como dolosa.

Al aspecto intelectual exigido por la ley para la configuración del dolo, se lo podría calificar como muy amplio o complejo; en primer lugar, porque como lo afirma gran parte de la doctrina, la exigibilidad de conciencia que impone la ley no es únicamente con relación al hecho o conducta concreta, sino que abarca la capacidad plena de la que deben gozar los individuos en sus constantes relaciones con el mundo exterior. Por lo tanto, antes de proceder a la atribución de responsabilidad, se requerirá siempre de la constatación previa de su capacidad de entendimiento de todos y cada uno de los actos que llevan a cabo en su vida diaria, capacidad que a su vez generará su imputabilidad ante la comisión de cualquier acto considerado en la ley como delito. Según nuestro Código Penal,⁴⁷ esta capacidad no la tienen por ejemplo, los dementes, precisamente por la carencia de entendimiento de dichos sujetos sobre sus respectivos actos.

Lo expresado, obedece a una cuestión de orden lógico, ya que si la conducta dolosa exige que el sujeto o agente actúe con conocimiento y voluntad con relación a esa conducta específica, dicha exigencia no se podrá verificar en un agente con facultades mentales notoriamente afectadas o reducidas, o en determinadas personas que en razón de su edad, no han alcanzado aún el grado de desarrollo mental y psicológico necesarios para el efecto.

De lo manifestado, se puede concluir entonces que el aspecto intelectual o elemento cognitivo, recae en un primer momento en la capacidad de imputabilidad del agente; imputabilidad que en palabras

⁴⁷ Código Penal de Ecuador, art. 34.

de Ernesto Albán Gómez implica: <<(…) la capacidad que tiene una persona de realizar actos por los cuales se le puede formular un reproche de carácter penal (...)>>⁴⁸ Entonces, sólo una vez confirmada dicha capacidad a nivel general, corresponderá entrar en la determinación de la conciencia o elemento cognitivo de un individuo respecto a una conducta específica.

Pues bien, en lo que al elemento cognitivo en relación a una conducta dolosa propiamente dicha se refiere, existe también diversidad de criterios acerca del alcance que debe tener el mismo para considerar que efectivamente existió dolo en el accionar de un sujeto. Sin embargo de lo manifestado, se observa del análisis doctrinario, que existe cierto consenso en lo atinente a que el conocimiento de los agentes debe por lo menos recaer sobre los elementos o circunstancias principales en la estructura de todo delito.

Sobre el tema, es muy interesante la distinción que realiza Welzel, quien enseña que debemos saber identificar claramente entre aquellos conocimientos que pueden obtenerse únicamente a través de los sentidos y aquellos que requieren de una participación o esfuerzo intelectual de los agentes delictivos, <<(…) las circunstancias como ‘hombre’, ‘cosa’, ‘semoviente’, ‘matar’, son perceptibles por los sentidos. Estas circunstancias del hecho se denominan ‘descriptivas’. Pero lo que es ‘ajeno’, ‘falso’ (...) sólo parcialmente puede percibirse por los sentidos, en su mayor parte únicamente puede captarse en forma intelectual (las llamadas circunstancias normativas del hecho)>>⁴⁹.

En similar sentido a lo expresado por Welzel, se manifiesta Bacigalupo, quien respecto del conocimiento en el dolo de los elementos normativos (conocimiento que según Welzel requiere esfuerzo intelectual), afirma: <<Este conocimiento no debe ser técnico-jurídico; de lo contrario sólo los juristas (y como alguien dijo, sólo algunos) podrían obrar con dolo. Se trata de lo que ha dado en llamarse <conocimiento paralelo en la esfera del lego> (...)>>⁵⁰.

⁴⁸ Ernesto Albán Gómez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, parte general, p. 186.

⁴⁹ Ver Hans Welzel, Derecho Penal Alemán, pp. 90-92.

⁵⁰ Ver Enrique Bacigalupo, Derecho Penal, parte general, p. 311

Por lo tanto, según lo manifiestan estos autores, el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, sobre todo en lo referente a su significado, no debe ser cabal y completo, no se exige rigurosidad en este ámbito, sino solamente una leve noción y comprensión de su valoración en la realidad.

Una vez aceptada la situación de que para que se pueda configurar una conducta dolosa, el conocimiento del autor o agente delictivo debe por lo menos recaer sobre los elementos estructurales del hecho delictivo, para así excluir la presencia del error de tipo, que en palabras de Muñoz Conde (criterio que concuerda con lo expuesto por Welzel) implica: "(...) El error, igual que el dolo, debe referirse a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva (cosa, explosivo) o normativa (ajena, documento) (...);"⁵¹ surge otra discrepancia mucho más compleja y confusa que la anterior, que se refiere a que si el conocimiento del agente sobre la antijuridicidad del hecho que efectúa es un requisito necesario para poder hablar de la existencia de dolo.

Es necesario enfatizar que para los finalistas el conocimiento de la antijuridicidad pertenece al elemento de la culpabilidad y no integra el dolo, el cual abarca solamente al error de tipo, al ser parte integrante del primer elemento del delito (el tipo). Mientras que para los causalistas, el error siempre va inmerso en el dolo, el cual a su vez es parte integrante de la culpabilidad.

Ahora bien, el punto planteado es complejo, y es que considerar al conocimiento de la antijuridicidad como un requisito básico para poder hablar de la configuración de dolo (o según los finalistas para poder hablar de culpabilidad), es sin duda alguna otorgar demasiada amplitud al accionar de todos los individuos en una sociedad determinada y, por lo tanto, restringir el campo de aplicación de esta institución jurídica casi hasta su desaparición. Sin embargo de lo manifestado, la posición mayoritaria a nivel doctrinario es la de efectivamente considerar al conocimiento de la antijuridicidad del acto como un elemento más de la conducta dolosa (o como requisito de culpabilidad) e inclusive a nivel de la ley, como

⁵¹ Francisco Muñoz Conde, Teoría General del Delito, p. 48.

en el caso de los países andinos. Así lo expone, por ejemplo, Binding, quien es citado por Jiménez de Asúa: "(...) En el espíritu del agente ha de reflejarse no sólo el hecho incriminado, sino la norma incriminante".⁵²

Por nuestra parte, creemos que si bien es muy loable que actualmente a nivel doctrinario se considere al conocimiento de la antijuridicidad del acto como requisito esencial para que éste pueda ser calificado como doloso, esto porque, para ir en contra de lo establecido en un ordenamiento jurídico, será necesario que el sujeto previamente conozca su contenido. Sobre el tema, parecen pertinentes las palabras de Ragués: "(...) la manifestación de un defecto volitivo requiere que el sujeto exprese con su conducta el sentido social de negación de la vigencia de una norma penal: la norma afirma, por ejemplo, <no se puede matar> y el sujeto replica con su hecho <sí se puede matar>".⁵³

No obstante lo señalado, y cuando de aplicación práctica del derecho penal hablamos, el concebir la ausencia de dolo al no existir por parte del agente delictivo conocimiento de la antijuridicidad del acto, daría como consecuencia nefasta la prácticamente inaplicación de esta institución jurídica, pues como lo expone gran parte de la doctrina penalista, es absolutamente imposible que un determinado sujeto conozca todas y cada una de las leyes penales vigentes en la sociedad a la cual pertenece. Ni los legisladores que son los creadores de las leyes, ni los abogados que trabajan diariamente en relación con las mismas, llegan a un entendimiento cabal y completo de todas y cada una de las leyes penales, mucho menos tendrá este tipo de conocimiento una persona totalmente ajena al derecho; esto pese a que existan autores que respecto del conocimiento de la antijuridicidad manifiesten que no se requiere un conocimiento completo si no tan solo una cierta idea de lo que es justicia;⁵⁴ sin embargo, al aceptar esta noción, tendría lugar un nuevo conflicto: el desentrañar qué se puede entender por el término justicia, ya que para algunos,

⁵² Citado por Luis Jiménez de Asúa, Teoría del Delito, p. 392.

⁵³ Ramón Ragués, El dolo y su prueba en el proceso penal, p. 167.

⁵⁴ Así parece exponerlo, José Moisés Vergara, Manual de Derecho Penal, parte general, pp. 306-307.

cierta conducta puede ser considerada justa y, para otros, la misma conducta puede ser enmarcada dentro de lo notoriamente injusto.

Sobre el punto en cuestión, podemos manifestar también nuestra concordancia con lo manifestado por Zaffaroni,⁵⁵ quien en lo referente al conocimiento de la antijuridicidad del acto, manifiesta que únicamente se requiere un conocimiento potencial por parte del agente, es decir, no un conocimiento en sí, sino solamente una posibilidad de conocimiento. Y es que la posibilidad de conocimiento expuesta por Zaffaroni, deja resueltas muchas dudas, pues ésta se daría, por ejemplo, al ser debidamente promulgadas y socializadas las respectivas leyes,⁵⁶ o resulta lógico también que dicha posibilidad, no se la pueda atribuir a una persona totalmente ajena a la cultura del lugar donde tenga aplicación la ley en conflicto.⁵⁷

Un criterio interesante respecto del error de prohibición, es el otorgado por Boris Barrera Crespo, quien al comentar acerca de la rusticidad establecida en nuestro Código Penal como circunstancia atenuante de los delitos en general, se refiere también a dicha circunstancia pero en el campo penal tributario, sobre lo cual expone: <<Considerando que la naturaleza del derecho tributario impone la necesidad de estudios expertos para su comprensión, si el infractor, por su falta de instrucción, educación o cultura, demuestra absoluta ignorancia, es evidente la posibilidad de hablar o de un error de tipo o de un error de prohibición de tipo invencible y directo que implica la inculpabilidad del infractor (...)>>.⁵⁸

Ahora bien, consideramos válido y compartimos el criterio expuesto por Barrera Crespo, debido a que respondería a razones de justicia que en un campo tan complejo como el tributario, las personas con nula o mínima educación, puedan ser deslindadas de las consecuencias que se originen por el no cumplimiento de determinadas obligaciones tributarias que requieren cierto grado de conocimiento

⁵⁵ Ver Eugenio R. Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, parte general, T. III, p. 305.

⁵⁶ En este sentido Muyard de Vouglans, citado por Eugenio R. Zaffaroni. Ver *ibídem*, p. 318.

⁵⁷ En este sentido el ejemplo propuesto por José Moisés Vergara, Manual de Derecho Penal, parte general, pp. 306-307.

⁵⁸ Ver Boris Barrera Crespo, El Delito Tributario, pp. 70-71.

específico; sin embargo, más allá de esta salvedad, nos ratificamos en la opinión de que la falta de conocimiento de la antijuridicidad del acto, no puede excluir el dolo (o para los finalistas la culpabilidad) y por ello creemos que nuestra legislación en el campo penal tributario, ha optado por una válida y óptima solución sobre el tema en conflicto.⁵⁹

Nuestra ley en el campo penal tributario (esta presunción también se aplica en materia penal común en nuestro país) establece una presunción *iuris et de iure* o presunción de derecho (que por lo tanto no admite prueba en contrario) respecto del conocimiento que en teoría deben tener todas las personas acerca de las leyes penales tributarias y de su contenido. Presunción con la que queda salvado el escollo del conocimiento de la antijuridicidad como requisito para la presencia de dolo, norma que compartimos por las razones antes citadas.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DOLO EVENTUAL

Corresponde ahora abarcar, al menos suscintamente, cuáles son los elementos constitutivos que consolidan el llamado dolo eventual. Pues bien, un aporte jurisprudencial de gran trascendencia sobre el tema lo constituye el llamado caso “Cabello,”⁶⁰ el cual puede llegar a ser en un ejemplo contundente de que

⁵⁹ Así, nuestro Código Tributario en su artículo 312 expone: *Se presume de derecho que las leyes penales tributarias son conocidas de todos. Por consiguiente, nadie puede invocar su ignorancia como causa de disculpa, salvo el caso de que la transgresión de la norma obedezca a error, culpa o dolo, o a instrucción expresa de funcionarios de la administración tributaria.*

⁶⁰ El mencionado caso, surgió por un accidente de tránsito ocurrido en Buenos Aires-Argentina durante el año 2003, y por el cual se impone al conductor del vehículo causante de este hecho, una pena correspondiente a la de un delito cometido con dolo eventual; es decir, dentro del presente caso, no se sancionó al acusado con la pena que comúnmente se otorga en estas circunstancias: homicidio culposo o imprudente, por no existir precisamente la voluntad de causar la muerte. Argumentando básicamente el Tribunal, que el sujeto inmerso dentro de este proceso, tomó la decisión de manera consciente y voluntaria de aumentar la velocidad de su vehículo muy por encima del límite legal permitido, sin ninguna razón justificativa para ello, si no basado únicamente en la egoísta intención de competir y ganar lo que en Argentina se conoce como *carreras de autos callejeros*; por lo tanto, pese a que en esta situación concreta, el autor no tuvo la intención o voluntad directa ni indirecta de causar la muerte de determinadas personas, no obstante, el Tribunal argentino consideró que el imputado al haberse representado el alto riesgo de producción de un resultado lesivo contra determinado bien jurídico (la vida de las demás personas) que su conducta podía ocasionar y pese a esto haber persistido en su accionar, aceptó o consintió de manera implícita dicho resultado nocivo. Ver Edgardo Alberto Donna y Javier Esteban de la Fuente, “Prevención, culpabilidad y la idea objetiva del dolo. El dolo eventual y su diferencia con la imprudencia consciente.” A propósito

según ciertas concepciones, no siempre para que se llegue a afirmar la existencia de dolo eventual en cierta conducta o accionar, será necesaria la presencia del elemento volitivo, no al menos en forma precisa y directa, pues para cierto sector de la doctrina, en determinados casos basta únicamente con la representación por parte del agente del resultado lesivo que su accionar puede llegar a producir; por ejemplo, existen autores que consideran que aún en los delitos de tránsito puede existir dolo eventual.⁶¹

Sobre el tema en cuestión, las teorías más relevantes en el mundo del derecho penal son las denominadas teoría de la voluntad⁶² y teoría de la representación⁶³ (como una forma de esta teoría surge la teoría de la probabilidad⁶⁴); no obstante, parecería ser que las mismas no gozan actualmente de mayor relevancia en el ámbito jurídico, además de ser ajenas al tema principal de esta investigación, razón por la cual las obviamos.

1.4 PRESUNCIÓN DE DOLO

Corresponde ahora, antes de proceder a la finalización del primer capítulo de esta tesis, centrarnos en el tema principal de la misma, es decir, la denominada presunción de dolo en el ámbito penal tributario en nuestro país, cuya relevancia e importancia se presentaría sobre todo en el campo procesal, y cuya aplicación práctica podría afectar de manera directa a las personas a las cuales se les imputa el cometimiento de un delito fiscal.

del fallo 'Cabello', en Edgardo Alberto Donna, director, *Revista de Derecho Penal, Delitos contra las personas-II*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004.

⁶¹ Así lo expone, Jorge Frías Caballero, quien es citado por Edgardo Alberto Donna y Javier Esteban de la Fuente. Ver *ibídem*, p. 502.

⁶² Ver Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal, parte general*, p. 306. Ver Edgardo Alberto Donna y Javier Esteban de la Fuente, *Prevención, culpabilidad y la idea objetiva del dolo. El dolo eventual y su diferencia con la imprudencia consciente*, pp. 517-518. Ver Ramón Ragués, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 60-66.

⁶³ Ver Edgardo Alberto Donna y Javier Esteban de la Fuente, *Prevención, culpabilidad y la idea objetiva del dolo. El dolo eventual y su diferencia con la imprudencia consciente*, pp. 513-517. Ver Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal, parte general*, p. 306.

⁶⁴ Ver Ramón Ragués, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 67-71.

Ahora bien, para la aclaración debida del tema en cuestión, hago referencia a las palabras de Hruschka, quien es citado por Ramón Ragués:

“Una presunción, en el sentido de la palabra que aquí interesa, es un precepto legal o una práctica judicial en virtud de la cual, siempre que se prueba un hecho T-1, debe considerarse también probado un hecho T-2. Según esta idea, una presunción de dolo es un precepto o praxis judicial con base en la cual, cuando se prueba la realización del tipo objetivo de un delito también se da por probado el correspondiente dolo del hecho (...)”.⁶⁵

De lo expuesto entonces, se puede concluir que la principal consecuencia de que determinada legislación lleve a cabo la presunción de dolo en todo proceso penal, sería la directa transgresión de una garantía básica y esencial para que se haga efectivo respecto del imputado el derecho al debido proceso: la presunción de inocencia. Por lo que en principio, no cabe su aplicación independientemente de los fines que ésta busque. Así lo expone, por ejemplo, Ernesto Albán Gómez, al referirse a la presunción de dolo imperante en nuestro actual Código Penal.⁶⁶

Entonces, al presumir el dolo y no la inocencia, las consecuencias directas recaerían sobre los principios en materia penal: *onus probandi e in dubio pro reo*, los cuales se consideran como requisitos básicos del debido proceso penal. Esto en razón de que, si lo que se presume es la conducta maliciosa o dolosa, correspondería al imputado la carga de la prueba de su inocencia y, por ende, si lo que se debe demostrar es la inocencia, en caso de duda por parte del juez al no existir suficiente prueba que acredite la no culpabilidad, deberá dictar sentencia condenatoria en contra del imputado.

Pues bien, es necesario resaltar que desde todo punto de vista la presunción de dolo en determinado tipo de delitos resulta inadmisibles, como es el caso por ejemplo del delito de homicidio (la muerte del recién nacido en manos de un médico, o la muerte causada por un accidente de tránsito) situación en la cual no sería lógico presumir que el agente cometió el hecho delictivo con intención, sino

⁶⁵ Citado por Ramón Ragués. Ver *ibídem* p. 284.

⁶⁶ Ver Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, parte general*, p. 198.

que tales circunstancias deberán ser efectivamente probadas dentro de un proceso penal; esto, porque es perfectamente factible que tales sucesos se hayan producido como consecuencia de un incidente no querido por el agente. Sin embargo, para cierto sector de la doctrina, existen también determinados tipos de delitos en los cuales dada su condición, podría ser posible que se presuma en los mismos la intencionalidad. Sobre el tema, resultan interesantes las palabras de Rossi, quien es citado por Jiménez de Asúa: “Hay que distinguir los casos en que la culpabilidad se evidencia por los propios hechos criminales, en cuya hipótesis su presunción es lógica; de aquellos otros en que no puede decirse que es palmaria la trabazón entre el hecho y la culpabilidad, y entonces se precisa la prueba (...)”.⁶⁷

De lo manifestado hasta este momento, podríamos concluir en lo que al presente trabajo investigativo interesa, lo siguiente: en primer lugar, que en el delito tributario en lo atinente a los casos de defraudación fiscal, únicamente se podrá hablar de la presencia de dolo directo (primer o segundo grado) pues es inconcebible, por la naturaleza de estos delitos, que los mismos se cometan con dolo eventual. En segundo lugar, se ratifica la noción de que en el delito tributario se requerirá siempre la voluntad y consciencia por parte del agente o autor para la comisión del hecho delictivo, así como la voluntad y consciencia del agente o autor para la realización de sus actos en general; factores fundamentales para poder hablar de dolo y por ende de culpabilidad, así como también de imputabilidad. En tercer lugar, y con fundamento en el contenido y alcance de cada uno de los elementos constitutivos de la conducta dolosa analizados anteriormente, acogemos el criterio de que si bien en nuestro país respecto del delito tributario (casos de defraudación fiscal) aparentemente se daría la presunción de dolo sobre los imputados en su comisión, no obstante, creemos que dicha presunción en realidad no se produce.

Para llegar a esta conclusión, partimos del siguiente razonamiento lógico: nuestro Código Tributario en lo referente al delito afirma:

⁶⁷ Citado por Luis Jiménez de Asúa, Teoría del Delito, p. 412.

Art. 316. inciso 2.- En los delitos, los actos u omisiones que los constituyen se presumen conscientes y voluntarios, pero será admisible la prueba en contrario.

De la norma transcrita a primera vista se podría concluir que en este tipo de delitos en Ecuador, opera indefectiblemente la presunción de dolo, inclusive existen autores que avalan esta situación. Sin embargo, por nuestra parte consideramos que del contenido del artículo 316 del Código Tributario, no se puede afirmar de manera irrevocable la existencia de la presunción de dolo en la defraudación fiscal en nuestro país.

Lo manifestado lo podríamos fundamentar en lo expresado en líneas anteriores por Ramón Ragués, acerca de que una cosa es la voluntariedad de los actos y otra cosa diferente es la voluntad de atentar contra el bien jurídico protegido legalmente a través de dichos actos (recordar el ejemplo de que una cosa es conducir un vehículo de manera voluntaria y otra es tener la voluntad de a través de dicha conducción causar la muerte de una persona).

La norma en cuestión, no parece en principio hacer referencia a la voluntad y consciencia relativa al dolo, es decir, a la intención de transgredir la normativa vigente, sino únicamente parece hacer relación a los actos de los contribuyentes en sí (cuestión que en el último capítulo de esta tesis se tratará de abordar a profundidad). Sobre el punto en cuestión, la duda sube de tono al analizar la varias veces mencionada ya obra de Ernesto Albán Gómez, en la cual respecto del artículo 33 de nuestro Código Penal, el citado autor afirma:

“ (...) El artículo dice que se reputan ‘conscientes y voluntarias todas las infracciones mientras no se pruebe lo contrario’, lo cual en un primer momento podría entenderse como una presunción general de imputabilidad o de culpabilidad; pero cuando más adelante el mismo artículo agrega la frase ‘excepto cuando... pueda deducirse que no

hubo intención dañada al cometerlo', se revela evidentemente que lo que el Código establece es más bien una presunción de dolo".⁶⁸

Como se puede observar, parece ser que el maestro ecuatoriano considera que en materia penal común existe presunción de dolo únicamente por la expresión constante en la norma: *excepto cuando... pueda deducirse que no hubo intención dañada al cometerlo*. Pues bien, consideramos que lo dicho por Albán Gómez, podría avalar el criterio de que en lo tributario en el caso de los delitos el dolo no se presume, esto porque en ningún momento la norma tributaria hace relación a la conducta dolosa de los agentes, como si lo hace la norma transcrita del Código Penal e inclusive el propio Código Tributario cuando en su artículo 317 menciona claramente: *culpa o dolo de tercero*.

Por todo lo manifestado entonces, concluimos que a lo que hace referencia el artículo 316 del código, es a la capacidad de imputabilidad de los agentes y por ende a la voluntariedad y consciencia de sus respectivos actos, pero no a la voluntariedad y consciencia de violentar el bien jurídico protegido legalmente (el orden económico social) a través de la defraudación fiscal. Planteamiento que, o bien se ratificará o bien se desvirtuará al abarcar el tema del régimen sancionatorio tributario en lo atinente al proceso penal que se lleva a cabo en este tipo de delitos, ya que si lo que exponemos es cierto, no tendría bajo ningún concepto porque variar la carga de la prueba en esta clase de procesos y, por ende, deberá ser siempre el Estado el que tenga la obligación de demostrar el accionar doloso de los agentes.

⁶⁸

Ernesto Albán Gómez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, parte general, p. 198.

1.5 CONTENIDO Y ALCANCE DEL DOLO EN ECUADOR DESDE SUS ORÍGENES HASTA ÉPOCAS ACTUALES

Corresponde en el último apartado de este capítulo y previo a la finalización del mismo, centrarnos en la investigación de cómo ha sido regulada la institución jurídica del dolo a lo largo de los diferentes Códigos Penales existentes en la historia de Ecuador.

Ahora bien, es a partir del año 1837 en el que nuestro país empieza a regular el ámbito penal sobre la base de su propia normativa y de manera coherente y ordenada a través del correspondiente código. A lo largo de la historia legislativa de nuestro país, se han dictado cuatro Códigos Penales en distintos años: 1837, 1872, 1906 y 1938, en cada uno de los cuales se ha hecho mención más o menos completa de la institución jurídica materia del presente análisis.

Del estudio de los diferentes Códigos Penales⁶⁹ que actualmente reposan en los archivos de la Asamblea Nacional, hemos extraído lo siguiente:

CÓDIGO PENAL DE ECUADOR DE 1837

En lo que al objeto de estudio del presente trabajo interesa, cuestión interesante resulta la circunstancia de que ya en este primer código se establecía en Ecuador la presunción del actuar doloso de los agentes delictivos y, por lo tanto, era a éstos a quienes les correspondía demostrar su inocencia en la comisión de un hecho típico (artículo 1, inciso 2).

Del mencionado artículo,⁷⁰ se concluye paladinamente la presunción de dolo que se establecía en aquella normativa, sobre todo al utilizar la misma el término *malicia*, que no dejaba lugar a dudas sobre este punto (situación que como se manifestó, no se presenta en nuestro Código Tributario vigente.)

⁶⁹ Algunos errores ortográficos plasmados en los diferentes códigos analizados, han sido corregidos en la transcripción de determinadas normas dentro del presente trabajo investigativo, para una mejor comprensión de las mismas.

Así mismo, se puede resaltar el hecho de que ya a partir de este código, se exigía como requisitos esenciales para la conducta dolosa de los agentes, tanto el elemento cognitivo (descrito en la norma en cuestión como: *a sabiendas*) así como el elemento volitivo (artículo 1, inciso 1).

Respecto de la regulación del error de derecho, se concluye la referencia expresa a no considerar a dicho error como causa de exculpabilidad; y, por lo tanto, ningún ciudadano podía alegar esta circunstancia como eximente de responsabilidad en la comisión de cualquier clase de delito (artículo 52).

Acerca del error de hecho (ahora de tipo), no existe sobre aquél regulación expresa en la expuesta normativa, no obstante, ya se considera a la poca o nula instrucción del delincuente (rusticidad) como circunstancia atenuante de las penas, así como también, a la mayor instrucción o dignidad del agente como circunstancia agravante (artículos 68 y 69).

No se hace referencia expresa en el citado código, a distintas formas o gradaciones de culpabilidad (dolo y culpa), así como tampoco se menciona formas o tipos de dolo.

Ahora bien, pese a que el Código Penal de 1837 no regula de manera expresa tipos o clases de dolo, no obstante, dicha división se puede desprender de manera implícita del análisis de cierto tipo de delitos; por ejemplo: en el homicidio la normativa hace alusión a que: *son considerados asesinos y reos de muerte los salteadores y ladrones que maten para robar* (artículo 434), circunstancia que da origen al dolo directo de segundo grado. Así mismo, al analizar el delito de homicidio, se destaca la regulación implícita tanto de la culpa consciente como inconsciente (artículo 443).

⁷⁰ El contenido de la norma era: *En toda violación de la ley se supone haber voluntad y malicia, mientras no se pruebe o resulte claramente lo contrario.*

CÓDIGO PENAL DE ECUADOR DE 1872

Del código de 1872 en lo que a la institución jurídica del dolo se refiere, podemos afirmar que se ratifica en el mismo la presunción del actuar doloso, presunción que en 1872 recaía sobre los imputados en la comisión de crímenes y delitos (artículo 2).

Se concluye también de la norma analizada, que para presumir el dolo (al igual que en el código de 1837) se continúa utilizando el término *malicioso*, expresión que así mismo no deja lugar a dudas sobre este punto.

Resalta también el hecho de que el citado código, no menciona como requisito o elemento indispensable para poder atribuir dolo al accionar de determinado agente, al conocimiento o elemento cognitivo, cuestión que como quedó expresado en líneas anteriores, sí se presentaba en el código de 1837 (*a sabiendas*) (artículo 3).

Situación así mismo novedosa en la normativa de 1872, es la falta de mención expresa relativa a no considerar al error de derecho como eximente de responsabilidad en la comisión de cualquier tipo de delito (circunstancia que sí se reguló en el código de 1837).

No se regula de manera directa (al igual que en la normativa de 1837) formas o grados de culpabilidad, así como tampoco se hace mención concreta a clases o tipos de dolo; nada se dice en esta ley sobre el error de hecho, ni se mantiene como en el código de 1837 a la rusticidad del agente delictivo como circunstancia atenuante de las penas o a su notoria instrucción como circunstancia agravante; sin embargo, dicha circunstancia como atenuante se la podría encontrar abarcada dentro de la expresión: *y otras que den un indicio favorable al carácter del individuo*, utilizada por la expuesta normativa (artículo 90).

Ahora bien, así como en el código de 1837, al analizar en el de 1872 determinado tipo de delito, se puede deducir la regulación implícita que en el mismo se hacía respecto de distintos grados o formas de culpabilidad; por ejemplo, haciendo mención nuevamente al delito de homicidio, se observa como se

realizaba una distinción entre homicidio doloso y homicidio culposo, asignando por ende penas distintas según se trate de uno u otro caso (artículo 456).

CÓDIGO PENAL DE ECUADOR DE 1906

El código de 1906 regulaba el dolo de la siguiente manera: como una constante a lo largo de la historia legislativa penal ecuatoriana, se establece nuevamente la presunción del dolo en la comisión de crímenes y delitos, para lo cual se continúa empleando el término *malicioso*, no obstante, se agrega en la norma⁷¹ que contiene dicha presunción, una disposición aparentemente favorable para los imputados (que no existía en los códigos anteriores) la que, sin embargo, consideramos superflua, pues pese a la misma, la presunción como tal subsistía (artículo 3).

En semejanza con el código de 1872, no menciona de manera expresa el de 1906, al elemento cognitivo como requisito para configurar la conducta dolosa, únicamente se limita a hacer referencia al factor voluntad o elemento volitivo (artículo 8).

Una aspecto en sí muy relevante en la normativa de 1906, constituye la referencia expresa por primera vez desde la creación de los Códigos Penales en nuestro país, a los requisitos que debe reunir cualquier agente para poder ser imputado de manera general con la comisión de cualquier clase de delito. Según la normativa en cuestión, dichos requisitos consistían en: *haber el agente cometido el hecho punible con la necesaria inteligencia y en uso de su libertad* (artículo 20).

Así también, como una constante y en concordancia con los dos códigos anteriores, nada dice el de 1906 respecto del error de hecho (tipo); no obstante, a diferencia del código de 1872, se vuelve a

⁷¹ El contenido de la norma era: *Repútese como voluntarios y maliciosos ante la ley, todos los crímenes y delitos, mientras no se pruebe lo contrario; excepto, cuando todas las circunstancias que precedieron o acompañaron al hecho, pongan fuera de duda, que no hubo intención dañada al cometerlo.*

mencionar de manera expresa a la rusticidad del agente como circunstancia atenuante de la pena (artículo 32, numeral 7).

Respecto del error de derecho y al igual que en el código anterior, nada se dice en la referida normativa; no hay mención expresa tampoco --como ocurre con los dos códigos anteriores-- a formas o grados de culpabilidad o a formas o tipos de dolo; sin embargo, y al igual que en los códigos de 1837 y 1872, al analizar determinados tipos delitos se desprende implícitamente en los mismos distintas gradaciones de culpabilidad, por ejemplo, el delito de incendio (artículo 477 y 483).

CÓDIGO PENAL DE ECUADOR DE 1938

Al Código Penal de 1938 se lo podría definir como aquél en que por primera vez a lo largo de toda la historia legislativa penal de Ecuador, se regula de manera clara, precisa y concreta la institución jurídica del dolo. No obstante, se puede concluir que dicha regulación sigue siendo incompleta, al no contemplar, por ejemplo, al dolo directo de segundo grado y al dolo eventual.

En la normativa analizada, se hace referencia expresa a la existencia de formas o grados de culpabilidad, es decir, infracción dolosa e infracción culposa (artículo 14), así como también, resalta el hecho de que en el código de 1938 a diferencia de todos los códigos anteriores, se mencionan clases o tipos de dolo, esto es: dolo intencional y dolo preterintencional, y se establecen de igual manera los requisitos para su existencia: previsión y querer (elemento cognitivo y volitivo) para la primera forma de dolo, y que el acontecimiento dañoso o peligroso sea más grave de aquél que haya querido el agente, para la segunda de sus formas (artículo 14).

En este punto vale hacer algunas aclaraciones: en primer lugar, pese a que en la normativa de 1938 se regula por primera vez de forma ordenada al dolo y a sus elementos constitutivos, no debemos olvidar que dicha regulación ya se daba en el primer Código Penal ecuatoriano (artículo 1); no así la referencia expresa a formas o grados de culpabilidad o a formas o tipos de dolo, que sin duda alguna

aparecen únicamente con este último código. Sin embargo, en este punto es necesario recordar también lo expuesto en apartados anteriores acerca de las formas o clases de dolo aceptados hoy en día a nivel doctrinario, de entre las cuales no se encontraba la preterintención, debido a que para la generalidad de la doctrina penalista --a diferencia de lo plasmado en nuestra normativa-- la misma no constituye una forma o tipo de dolo. Siguiendo la línea del código de 1906, el de 1938 ratifica nuevamente los requisitos que deben presentarse para que una persona pueda ser imputada con la comisión de cualquier clase de delito. Sin embargo, la mencionada norma⁷² era mucho más clara que la del código anterior.

En cuanto a la presunción del dolo, siguiendo la tradición legislativa penal de nuestro país, el código de 1938 mantiene la misma dentro sus disposiciones. No obstante, a diferencia de los anteriores códigos, se elimina en éste el término *malicioso* y se lo sustituye por la expresión: *repútese como actos conscientes y voluntarios*; sin embargo, la presunción como tal subsiste (artículo 33).

En concordancia con las normativas de épocas anteriores, nada dice el código de 1938 acerca del error de hecho, no obstante, se mantiene al igual que en el de 1906, la rusticidad del agente como circunstancia atenuante de las penas (artículo 29, numeral 8).

En lo concerniente al conocimiento de la antijuridicidad, a diferencia de los dos códigos anteriores que sobre el tema nada manifestaban, el de 1938 hace referencia expresa (al igual que el de 1837) a no considerar al error de derecho como eximente de responsabilidad en la comisión de un hecho delictivo. La única diferencia es que en la expuesta normativa se establece sobre dicho conocimiento una presunción *iuris et de iure* (artículo 3), cuestión que en el código de 1837 no se presentaba.

⁷² El contenido de la norma era: *Nadie puede ser reprimido por un acto previsto en la ley como infracción, sino lo hubiere cometido con voluntad y conciencia.*

CÓDIGO PENAL DE ECUADOR AÑO 2011

Pues bien, revisado el Código Penal vigente actualmente en nuestro país (revisada también la codificación de 1971⁷³), podemos concluir que si bien éste ha sufrido numerosas reformas, sin embargo, no se ha producido un cambio sustancial en lo referente a la institución jurídica del dolo. Por lo tanto, todo lo analizado del código de 1938 se mantiene vigente hasta épocas actuales.

Es necesario finalmente mencionar, que hoy en día en Ecuador ha sido elaborado un proyecto de Código Penal integral, que será presentado en los próximos días ante la Asamblea Nacional para su aprobación; este proyecto de Código Penal resulta innovador en el campo penal ecuatoriano, el mismo que como se demostró en el presente capítulo, es caduco y antiguo, manteniendo vigentes normas que datan de hace más de cien años.

De darse la respectiva aprobación sobre el referido proyecto, ingresarían en la normativa penal ecuatoriana cuestiones como: la prohibición de interpretación de las leyes penales que no sea conforme a la Constitución de la República o a los tratados internacionales vigentes; la inclusión del dolo directo de segundo grado y dolo eventual; el error de tipo; el error de derecho (desaparece la presunción); y finalmente, lo que se podría denominar como la *no comprensión de la criminalidad del acto o no sujeción del obrar a la norma penal debido a factores de índole cultural*; cuestión interesante resulta destacar también, la supresión de la presunción de dolo en la comisión de los delitos, situación que se mantenía vigente desde el año 1837.

⁷³ En lo que a la codificación realizada durante el año de 1971 se refiere y en lo que al presente trabajo investigativo interesa, prácticamente no existe ninguna variación respecto del Código Penal de 1938.

CAPÍTULO II

DERECHOS HUMANOS Y PROCESO PENAL

2.1 EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INOCENCIA

“(…) la dignidad humana, en una democracia, no se pierde cuando se comete un delito, sino que el delincuente es el ciudadano o persona con defectos y virtudes, derechos y deberes en toda su plenitud de ser humano”.⁷⁴

Comenzamos el segundo capítulo de esta tesis haciendo referencia a esta frase, debido a que somos del criterio irrestricto de que los derechos humanos deben prevalecer por y ante cualquier tipo de circunstancia que se presente dentro una sociedad. Ello, más aún en Estados como los nuestros, en donde la pobreza y la desigualdad social existentes, han dado como resultado nefasto la desviación social hacia la delincuencia,⁷⁵ la misma que en Ecuador busca hoy en día ser disminuida sobre la base del endurecimiento progresivo de las sanciones y de las penas, situación que se podría asociar a lo que Binder denomina como <<imagen autoritaria de la justicia penal.>>⁷⁶ Evitando de esta manera, atacar directamente la causa que produce niveles delictivos incontrolables: la inequidad social latente y desproporcionada.

Ahora bien, en lo que al presente trabajo investigativo se refiere, manifestamos en la parte final del capítulo anterior, que a nuestro criterio del contenido del artículo 316 del Código Tributario en vigencia, no se puede afirmar de manera fehaciente que en el caso de los delitos tributarios en nuestro país opere la

⁷⁴ Luis Paulino Mora, “El Debido Proceso y otras garantías individuales en el Proceso Penal Democrático”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, Konrad-Adenauer-Stiftung AC Ciedla, 1998, p. 542.

⁷⁵ El punto planteado ha originado varias controversias en la época actual, debido sobre todo al incremento incontrolable de la delincuencia en casi todos los países del mundo. Así, por ejemplo, Colombo Campbell al referirse al nivel de inseguridad que se vive hoy en día a nivel mundial y el rol que cumple el derecho procesal penal frente a esta problemática, afirma: “(..) De todo, observando la realidad se advierte que va quedando la sensación de que existe una víctima cada vez más desprotegida y un imputado con un exceso de beneficios procesales.” Juan Colombo Campbell, “Garantías Constitucionales del Debido Proceso Penal. Presunción de Inocencia”, en Gisela Elsner, edit., *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 13, T. I, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2007, pp. 354-355.

⁷⁶ Ver Alberto M. Binder, “Justicia Penal y Sociedad Democrática”, en Betty Amores y Alberto Carrillo, comp., *Justicia y Derechos Humanos*, Quito, ALDHU, 1992, p. 89.

presunción de dolo. No obstante, dicho criterio no va más allá de ser una mera hipótesis hasta su confirmación o negación al abarcar el último capítulo de esta tesis, razón por la que corresponde centrarnos ahora en el análisis del derecho fundamental a la inocencia, el mismo que goza de la característica de universalidad; y, por ende, es observado y respetado en la mayoría de países del mundo. De manera previa debemos manifestar nuestra total discordancia en caso de que efectivamente se produjere su violación y transgresión en el ámbito penal tributario en Ecuador, por encima de cualquier argumento justificativo que se intentare exponer, por ser este un derecho humano inherente a toda persona como tal; por lo tanto, no puede bajo ningún concepto supeditarse en su vigencia y respeto a la decisión unilateral y arbitraria de cualquier ente estatal, mucho más si existe una garantía constitucional reconocida actualmente en nuestra Norma Fundamental: la presunción de inocencia aplicable a cualquier tipo de proceso y no solamente relacionada con el proceso penal común.

Al hablar del derecho fundamental a la inocencia, necesariamente debemos hacer referencia a la institución jurídica del debido proceso, dentro de la cual encontramos la aplicación más relevante destinada a su protección.

En lo concerniente al debido proceso como tal, se puede manifestar que su origen se remonta a la época de la monarquía inglesa. Sobre el tema, Luis Paulino Mora expone: “El debido proceso, aunque resulta consustancial al Estado democrático de Derecho, encuentra sus antecedentes varios siglos atrás, en los fueros juzgos españoles y en la Carta Magna o Carta de Libertades del Inglés (...)”.⁷⁷

Básicamente se puede concluir, que esta institución jurídica desde sus orígenes surge como una forma de proteger los derechos de la ciudadanía en general, frente a una posible intervención estatal arbitraria e ilegítima, garantizando de esta manera su pleno respeto y observancia.

⁷⁷ Luis Paulino Mora, *El Debido Proceso y otras garantías individuales en el Proceso Penal Democrático*, p. 541.

Debemos aclarar que pese a la antigüedad del surgimiento del debido proceso, éste no ha podido ser adoptado en todos los países de manera uniforme y similar; es decir, en cada país en el cual dicha institución mantiene vigencia y efectividad, se aprecia una regulación más o menos disímil.⁷⁸ Sin embargo, su esencia y finalidad se mantienen.

Si tratamos de dar una definición general de lo que constituye el debido proceso, siguiendo a la generalidad de la doctrina constitucionalista podríamos concebirlo como: el conjunto de garantías fundamentales, básicas y necesarias, que encuentran su origen en los textos constitucionales de cada uno de los diferentes Estados y en los diversos tratados internacionales vigentes y, que por ende, llevan implícito el mandato irrestricto de obligatorio cumplimiento por parte de la autoridad competente llamada a decidir respecto de la situación de los derechos de determinadas personas en relación a un caso concreto, garantías que al desarrollarse de una manera uniforme y secuencial, darán como resultado la presencia del *proceso debido* o *proceso justo*.⁷⁹ Vale recalcar, también, que actualmente el debido proceso particularmente en materia penal, es considerado como un elemento fundamental para la configuración del Estado de Derecho.⁸⁰ En palabras de Norbert Losing: “El procedimiento penal se considera como un

⁷⁸ Por citar solo unos pocos casos, en EEUU se mantiene vigente el debate doctrinario respecto del ámbito de aplicación del debido proceso legal, que para cierto sector de la doctrina (doctrina restrictiva) únicamente se daría cuando se produce la restricción de los derechos de libertad, vida o propiedad, considerados individualmente. Mientras que para otro grupo doctrinario (doctrina amplia) los mencionados derechos son de carácter genérico y, por lo tanto, abarcan a todos los intereses individuales de los ciudadanos en general, por ende, se requerirá del debido proceso legal en cualquier acto estatal que violente cualquier derecho en sí. Ver Iñaki Esparza Leibar, “*El Principio del Proceso Debido*”, Barcelona, José María Bosch Ed. SA, 1995, pp. 77-78.

A diferencia de lo que ocurre en nuestro país, en el cual la Constitución de la República vigente (artículo 76) en este punto es muy clara, al mencionar que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso. Por lo tanto, el mismo podría aplicarse en procesos laborales, civiles, administrativos, etc.

⁷⁹ Es interesante el criterio emitido por Jorge Zavala Baquerizo, acerca de que el debido proceso en Ecuador, no se agota con la emisión de la sentencia, sino solamente una vez que la condena ha sido cumplida, pues el Estado garantiza también al condenado la no aplicación de penas crueles o de cualquier tipo de tortura. Ver Jorge Zavala Baquerizo, “*El Debido Proceso Penal*”, Guayaquil, Edino, 2002, p. 31.

⁸⁰ Según enseña Norbert Losing, el Estado de Derecho puede ser formal o material. El primero abarca entre otras características, a la división de poderes, independencia de los tribunales, tutela judicial contra los actos del poder público. Mientras que el Estado de Derecho material, cumple con todas las características del Estado de Derecho formal, pero además implica la subordinación de la legislación a un ordenamiento de valores de rango superior; es decir, a la Constitución y a los derechos fundamentales contenidos en ella. Ver Norbert Losing, “Estado

indicador del nivel de evolución del Estado de Derecho en determinado país. Como sismógrafo de la constitución ofrece el parámetro más claro y obvio para analizar la realidad constitucional y así determinar la existencia de un Estado de Derecho formal y material”.⁸¹

Sobre la importancia que tiene también la justicia penal a la hora de calificar a una sociedad como democrática se manifiesta Binder.⁸²

Es necesario enfatizar, que existen autores que consideran al debido proceso como un *derecho de aplicación directa*, que por lo tanto, goza del amparo judicial correspondiente, a diferencia de otros derechos conocidos como *programáticos*, los cuales requieren de un desarrollo legal posterior y, por ende, no son exigibles directamente a través de la vía jurisdiccional.⁸³

Pues bien, entre el conjunto de garantías básicas y necesarias para la realización del debido proceso, se encuentra aquella que implica que toda persona será considerada y tratada como inocente en cualquier proceso iniciado en su contra, mientras no se declare legalmente su culpabilidad; es decir, la presunción de inocencia (que para nosotros es una garantía más no un derecho en sí, como se expondrá más adelante).

La regulación expresa de la presunción de inocencia, según enseña Ana María Ovejero,⁸⁴ la encontramos por primera vez en Francia en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano durante el año de 1789. Época en la cual, este país vivía subsumido bajo el dominio de la monarquía absoluta y despótica, razón por la que a través de una reunión de los Estados Generales, se da la conformación de la Asamblea Nacional, cuyo objetivo principal sería la elaboración de un documento para limitar los poderes supremos del monarca y de esta manera crear una sociedad francesa basada en el

de Derecho y Debido Proceso Penal”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, Konrad-Adenauer-Stiftung AC CIEDLA, 1998, pp. 452-454.

⁸¹ Ibídem, p. 465.

⁸² Ver Alberto M. Binder, *Justicia Penal y Sociedad Democrática*, p. 94.

⁸³ Ver Jorge Zavala Egas, *“Derecho Constitucional”*, T. I, Guayaquil, Edino, 1999, pp. 126-130.

⁸⁴ Ver Ana María Ovejero, *“Constitución y Derecho a la Presunción de Inocencia”*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 21-26.

concepto de hombres iguales. Una vez cumplido dicho objetivo --según explica la citada autora-- se plasma la idea de elaborar una declaración en la cual se redacten todos y cada uno de los derechos inherentes al hombre y al ciudadano en el Estado francés, documento en el cual se introduciría el derecho a la presunción de inocencia gracias a la intervención del penalista Duport, quien de esta manera trataba de poner fin al sistema represivo imperante en aquella época, el cual se caracterizaba por ser notoriamente inhumano y cruel (por ejemplo: se permitía la tortura para la obtención de pruebas, existía la pena de muerte, no existían leyes procesales fijas, se permitía la detención arbitraria e indefinida ordenada por el rey, se consideraba que era mejor castigar a un inocente que dejar un delito impune, entre otras). Entonces, según lo expuesto por Ovejero, básicamente en Francia alrededor del siglo XVIII, se trataba de consolidar una ley penal basada en el respeto a la dignidad de las personas y, por lo tanto, permitir la existencia de un sistema penal humano y racional.

Debemos aclarar, que pese a que el denominado derecho a la presunción de inocencia se regula por primera vez de manera expresa en el Estado francés, no obstante, su aparición en el mundo jurídico según la generalidad de la doctrina constitucionalista, se remonta mucho tiempo atrás en Roma a través de Ulpiano, quien ya en aquella época expresaba: “Nadie puede ser condenado por sospecha, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente.”⁸⁵ Sin embargo, resalta la mención que sobre la presunción de inocencia se realiza en el país galo a través de la DDHyC, debido a la connotación nueva y diferente que de la misma se hizo en comparación con su contenido original en el derecho romano.⁸⁶

⁸⁵ Citado por Juan Colombo Campbell, Garantías Constitucionales del Debido Proceso Penal. Presunción de Inocencia, p. 347.

⁸⁶ Vale resaltar que en Francia en el año de 1789, la presunción de inocencia no era concebida del mismo modo como se lo hacía en el derecho romano, es decir, asociada directamente con el principio romano del *favor rei* y con la necesidad de prueba condenatoria dentro un proceso. Sino que en el Estado Francés, el derecho a la presunción de inocencia se convertiría en un principio pre-procesal que a su vez se constituía en una garantía básica del derecho a la libertad individual de los ciudadanos, frente a las detenciones arbitrarias e ilegítimas ordenadas por el poder ejecutivo. Ver Ana María Ovejero, Constitución y Derecho a la Presunción de Inocencia, pp. 34-39.

Ahora bien, debemos mencionar la divergente posición doctrinal acerca de la verdadera naturaleza jurídica de la presunción de inocencia, existiendo inclusive, según varios autores, cierta confusión en los términos empleados en las distintas Constituciones y tratados internacionales al momento de referirse a la inocencia como tal. Así, por ejemplo, Osvaldo Gozaíni expone: "(...) la inocencia no es una presunción que beneficia al procesado en los casos de inseguridad sobre la autoría o culpabilidad de un hecho delictual; es un derecho constitucional que tiene base en el derecho de defensa, y una garantía contra la arbitrariedad judicial que, sin prueba o con duda razonable, condena sin atender el principio".⁸⁷

Desde nuestra opinión, optamos por acogernos en parte al criterio expuesto por Jorge Zavala Baquerizo, quien sobre la inocencia afirma: "Existen bienes que son parte integrante de la personalidad del hombre. Estos bienes que integran la personalidad humana existen antes que el Estado y a pesar que éste no los reconozca de manera expresa. Existieron en la época esclavista, aunque el Estado se negaba a reconocer a los esclavos, los predichos bienes personales, personalísimos, como son: la vida, la libertad, el honor, la integridad física y la inocencia (...)".⁸⁸

Consideramos entonces que efectivamente la inocencia junto con la vida, la libertad y otros derechos más, encuentran su origen no en que determinado Estado los reconozca, sino que, nacen simultáneamente con el hombre, son correlativos a la esencia del ser humano. No obstante, no creemos que la inocencia o la vida, etc., sean bienes propiamente dichos y, por lo tanto, como afirma el citado autor, solamente surja el derecho a los mismos una vez que determinado Estado reconozca su existencia,⁸⁹ sino que creemos que al hablar de inocencia, estamos haciendo referencia a un derecho fundamental, el cual no supedita su existencia o vigencia a su confirmación expresa por parte de un Estado concreto, sino que, por el contrario, legitima la existencia del Estado mismo. Argumentamos lo hasta ahora manifestado, con

⁸⁷ Osvaldo Gozaíni, "La Presunción de Inocencia. Del proceso penal al proceso civil", en Edgardo Alberto Donna, director, *Revista de Derecho Procesal Penal. La injerencia en los derechos fundamentales del imputado-I*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 47.

⁸⁸ Jorge Zavala Baquerizo, *El Debido Proceso Penal*, pp. 50-51.

⁸⁹ Ver *ibídem*, p. 51

los fundamentos teóricos expuestos por la denominada *teoría del estado de naturaleza*, respecto de la cual Jorge Zavala Egas haciendo mención a lo manifestado por John Locke sobre la misma, expone:

“LOCKE, partiendo de aquella teoría del estado de naturaleza previo a la constitución del Estado, señala que ya entonces disfrutaban los hombres de unos derechos a los que todos consideraban naturales, pues emanan de la naturaleza del hombre, nacen y mueren con él, tales como el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad privada y a la legítima defensa. Sin embargo, faltaba la garantía del respeto de esos derechos y, eventualmente, de la eficacia de la sanción que ha de imponerse a quienes los violen o menoscaben; la necesidad de esta doble garantía es, precisamente, la que justifica la existencia de la sociedad civil”.⁹⁰

Pese a que Locke no mencione a la inocencia como parte integrante de lo que él llama *derechos naturales*, no obstante, para nosotros desde una visión amplia podría considerarse concebida a la misma dentro del derecho de *libertad* (libertad de tránsito, por ejemplo). Sin embargo, optamos más bien por acoger el criterio de que la inocencia puede ser considerada como derecho fundamental de forma individualizada e independiente, fundamentándonos sobre todo en lo que la mayoría de la doctrina constitucionalista considera como el requisito esencial para la existencia de esta clase de derechos. Así, por ejemplo, Pablo Lucas Verdúa quien es citado por Ramiro Larrea Santos, expone: “(...) la esencia de los Derechos Humanos como racionalidad, significa el respeto a la dignidad y libertad de la persona (...)”.⁹¹ Jorge Zavala Egas sobre el mismo punto afirma: “(...) todo derecho que se encuentre condicionando la dignidad humana es fundamental (...)”.⁹²

Desde una concepción lógica podemos asociar entonces a la inocencia de manera directa con la *dignidad del ser humano*, ya que nada puede ir más en contra de dicha dignidad, que permitir y avalar por parte de una determinada legislación, circunstancias como el considerar culpable de la comisión de un

⁹⁰ Jorge Zavala Egas, *Derecho Constitucional*, T. I, p. 124.

⁹¹ Citado por Ramiro Larrea Santos, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos: Aspectos Penales y Procesal Penales”, en Betty Amores y Alberto Carrillo, comp., *Justicia y Derechos Humanos*, Quito, ALDHU, 1992, p. 58.

⁹² Jorge Zavala Egas, *Derecho Constitucional*, T. I, p. 132.

delito a una persona por la sola existencia de indicios en su contra y dejar en ella la carga de la prueba de su inocencia, o declarar culpable a un ser humano mediante sentencia judicial que no cuente con los suficientes argumentos y motivos para su fundamentación, o privar a una persona de su libertad por tiempo indefinido hasta que se encontrare prueba que demuestre su culpabilidad, entre otros supuestos más.

Y es que creemos que la inocencia es un derecho fundamental inherente a todo ser humano por su sola existencia y condición y, por ende, como inocente deberá ser considerada y tratada cualquier persona en todos y cada uno de los aspectos y momentos de su vida, y no solamente con relación a un proceso en concreto. Lo expresado sobre el alcance de la inocencia, se puede corroborar de las palabras de Juan Colombo Campbell quien afirma: “Muchas veces este principio se ha visto restringido al proceso penal, cuando su ámbito es mucho más amplio, ya que afecta al resto de los habitantes y especialmente a los medios de comunicación, que suelen condenar a personas inclusive antes de que se inicie un proceso jurisdiccional en su contra. Hoy la doctrina lo hace aplicable a todos los procesos (...)”.⁹³

Consideramos entonces que la inocencia de toda persona mientras no se declare su culpabilidad es un derecho fundamental, circunstancia que a su vez ha dado lugar a que inclusive la transgresión o afectación verbal de este derecho, sea sancionada por varias legislaciones del mundo, entre ellas la de Ecuador, tipificando el delito que en el ámbito penal se conoce como injuria calumniosa, y cuyos efectos nocivos tendrían íntima relación tanto con el derecho fundamental a la inocencia así como con el derecho fundamental a la honra (pues el trato de inocente incluye necesariamente mantener intachable la honra de las personas), de tal manera que, nadie puede entonces imputar la comisión de un delito a una persona cuya culpabilidad no haya sido declarada legalmente a través de autoridad competente (al mediar una sentencia condenatoria ningún delito se comete al señalar a una persona como autora de un hecho típico, pues aunque la sentencia no reflejare la realidad de los hechos, por ejemplo, cuando se ha declarado

⁹³ Juan Colombo Campbell, Garantías Constitucionales del Debido Proceso Penal. Presunción de inocencia, p. 359.

culpable a alguien que en verdad fue inocente, no obstante, bajo estos supuestos la inocencia como tal ha sido desvirtuada). Es decir, la ley obliga a respetar el trato de inocente aún en estas circunstancias que se podrían considerar como mínimas en comparación con otras de mayor magnitud, como la prisión preventiva, por ejemplo; prohibición que se hace extensiva inclusive hasta los medios de comunicación, y que ha dado origen a una serie de conflictos jurídicos en todo el mundo, entre ellos, el que hoy en día tiene lugar en Ecuador.⁹⁴

Un criterio que tal vez podría avalar lo recientemente manifestado, es el otorgado por Beccaria quien sostiene: “Un hombre no puede ser llamado *reo* antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida”.⁹⁵

A modo de conclusión, consideramos, junto Zavala Baquerizo, que no existe el derecho a la presunción de inocencia, sino básicamente el derecho a la inocencia como tal, pues la mencionada presunción es únicamente una garantía procesal que surge como modo de protección de aquel derecho,⁹⁶ recalando que para nosotros se trata de un derecho fundamental. Sin embargo, se puede manifestar que existen también autores que consideran a la presunción de inocencia en sí, como un derecho fundamental.⁹⁷

⁹⁴ Un conflicto judicial muy divulgado y complejo, que involucra al actual Presidente de Ecuador y a un conocido medio escrito de comunicación nacional, tiene lugar durante estos meses en nuestro país. La discrepancia surgió por la acusación directa realizada por parte de uno de los escritores del diario hacia el Presidente de la República; en la cual, al parecer aquel afirmaba de manera fehaciente (según la redacción y términos empleados) que el presidente era culpable del delito de lesa humanidad, por unos acontecimientos ocurridos a finales del año 2010 y en el cual lamentablemente fallecieron algunas personas inocentes. Se inicia el respectivo proceso penal al proponerse la demanda por parte de la máxima autoridad del Estado (precisamente por el delito de injuria calumniosa) en contra del mentado periodista, que finalmente se sentenciaría en primera instancia en favor del Jefe de Gobierno, al no poder el comunicador social demostrar los hechos por él previamente aseverados. Este caso puede ser un ejemplo contundente del respeto a la condición de inocente que la ley impone en favor todas las personas en general, mientras no se haya demostrado conforme a la ley lo contrario.

⁹⁵ Citado por Luigi Ferrajoli, “*Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*”, Madrid, Trotta SA, 2001, p. 550.

⁹⁶ Ver Jorge Zavala Baquerizo, *El Debido Proceso Penal*, pp. 51 y 54.

⁹⁷ Así, por ejemplo, Ramiro Larrea Santos habla del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Ver Ramiro Larrea Santos, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos: Aspectos Penales y Procesal Penales*, pp. 67-68.

Ahora bien, previamente a la finalización del primer punto correspondiente al segundo capítulo del presente trabajo investigativo, es necesario hacer por lo menos una somera referencia al que se podría calificar como uno de los mayores óbices a los cuales se enfrenta el derecho fundamental a la inocencia, y que a lo largo de las épocas ha dado origen a una serie de criterios doctrinales diversos y contradictorios tanto a favor como en contra de su aplicación práctica: nos referimos desde luego a la prisión preventiva o prisión provisional.

El problema de la prisión preventiva asociada a la idea de una detención arbitraria e ilegítima sin que se haya cumplido con un proceso justo que la legitime, no es de reciente data, sino que su vigencia se podría remontar a épocas muy antiguas. Así, ésta situación ya se presentaba en Francia alrededor del siglo XVIII, en donde existía según expone Ana María Ovejero haciendo referencia a lo explicado por Faupin, lo siguiente: "(...) en Francia se permitía el *procedure de plus ample informe*, que permitía el internamiento del acusado durante un cierto tiempo fijado por el juez, para aquellos casos en los que no habiendo encontrado prueba plena de culpabilidad, pero manteniéndose 'fundadas' sospechas sobre el detenido, se mantuviere la prisión para que en caso de aparecer la prueba definitiva se pudiese juzgar y sentenciar al prisionero".⁹⁸

El punto planteado es complejo y sobre el mismo no existe un acuerdo doctrinal específico. Por citar sólo unos pocos casos: Juan Colombo Campbell⁹⁹ considera que la aplicación de la prisión preventiva es totalmente compatible con lo que él llama *inocencia procesal*, sobre lo cual expone: <<desde el momento en que la ley de procedimiento autoriza a la jurisdicción para aplicarle medidas cautelares (al imputado) que restrinjan o le priven de su libertad, resulta obvio que no podría ser considerado como inocente en el proceso, ya que ningún juez podría decretarlas frente a un inocente absoluto>> (agregado es mío). Cuestión diferente surge al hablar de lo que el citado autor concibe como *inocencia penal*, la cual

⁹⁸ Ana María Ovejero, *Constitución y Derecho a la Presunción de Inocencia*, p. 38.

⁹⁹ Ver Juan Colombo Campbell, *Garantías Constitucionales del Debido Proceso Penal. Presunción de Inocencia*, pp. 346-347.

según Campbell, se mantendrá vigente durante todo el proceso y únicamente podrá ser desvirtuada completamente mediante sentencia respectiva.

Una jurisprudencia muy relevante sobre este tema, es la del Tribunal Constitucional de Alemania emitida el 15 de diciembre de 1965 y mencionada en la obra de Norbert Losing,¹⁰⁰ como extracto de la misma y siguiendo al citado autor, se podría afirmar que en aquel país la prisión preventiva solamente procede por excepción y siempre con estricta relación a cada caso concreto que se presente, en cada uno de los cuales se deberá analizar la conveniencia y procedencia de esta medida cautelar; es decir, en Alemania la prisión preventiva como medida general y obligatoria según la mentada jurisprudencia, está prohibida.

Luigi Ferrajoli por su parte manifiesta su total discrepancia con la aplicación práctica de esta medida cautelar, por considerarla violatoria de lo que él llama *jurisdiccionalidad en sentido lato (no debe existir pena sin juicio)*. Así, afirma: "(...) Es un mísero paralogismo decir que la cárcel preventiva no contradice el principio *nulla poena sine iudicio* --es decir, la jurisdiccionalidad en el sentido más lato-- porque no es una pena sino otra cosa: medida cautelar, procesal o en todo caso no penal (...)".¹⁰¹

De lo manifestado se podría concluir, que por regla general la prisión preventiva según la generalidad de la doctrina constitucionalista, es viable de aplicar siempre que sea únicamente con *finés procesales* y que exista la suficiente fundamentación en cada caso concreto para poder llevar a cabo esta medida; el principal motivo que avala de alguna forma la privación de libertad sin que medie sentencia condenatoria, es el peligro inminente que comúnmente existe en la mayoría de delitos (por no decir todos) de que el imputado se ausente del lugar donde va a ser juzgado y, por lo tanto, escape al rigor de la justicia, situación que desde luego podría traer como principal consecuencia el aumento tanto de los

¹⁰⁰ Ver Norbert Losing, Estado de Derecho y Debido Proceso Penal, p. 470.

¹⁰¹ Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, p. 556.

índices delictivos, así como de la inseguridad y de la desconfianza de la sociedad toda respecto de la efectividad de los órganos jurisdiccionales.

Los innumerables problemas que trae consigo la prisión preventiva son excesivamente complejos, tan es así, que se requeriría de un completo trabajo investigativo únicamente referente a este tema, para tratar de llegar a una conclusión precisa y certera acerca de sus posibles soluciones. No obstante, esto no impide que al menos en líneas generales tratemos de dar nuestro criterio sobre este asunto.

Por nuestra parte, creemos que no cabe la prisión preventiva ni como regla general, ni tampoco aplicada en relación a cada caso concreto; lo primero porque cualquier Estado de Derecho está llamado a velar por la protección de los derechos fundamentales de sus miembros, de hecho como se manifestó en líneas anteriores, dicha protección es la que legitima su propia existencia; y, lo segundo, porque al establecer por ejemplo la situación de lo *abstracto* y lo *concreto*, es decir, si la norma dijera en abstracto *está prohibida la prisión preventiva*, pero no obstante en concreto permitiese que *los jueces según las circunstancias de cada caso puedan decidir si ordenan o no la misma*, se podría dar lugar a dos situaciones nefastas que precisamente se quieren evitar. Debido a que, al dejar al arbitrio del juez la decisión, se podría utilizar la prisión preventiva como medio de persecución y venganza en contra de un inocente, situación que es muy factible; o permitir también que por la actitud inmoral de algunos jueces, éstos concedan medidas sustitutivas a la prisión preventiva al más peligroso de los delincuentes, contribuyendo de esta manera al aumento de la inseguridad.

Hoy en día, con el avance de la tecnología, existen diversos mecanismos que permiten asegurar que las personas no se ausenten del lugar donde van a ser sometidas a juicio, por ejemplo, en EEUU se da el uso de ciertos aparatos electrónicos, a través de los cuales, si el presunto delincuente o infractor excede los límites circundantes impuestos por la ley, esta información llegará inmediatamente a las autoridades policiales, para que éstas a su vez procedan con las acciones correspondientes. Con lo manifestado,

tratamos de demostrar que actualmente la prisión preventiva se ha convertido en un sistema caduco, que fácilmente podría ser reemplazado por diversos medios, como en el caso del ejemplo propuesto.

2.2 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO GARANTÍA PROCESAL Y EL ONUS PROBANDI

Como ha quedado expuesto en el apartado anterior, somos del criterio junto con cierto sector de la doctrina constitucionalista, de que la presunción de inocencia como tal, no es un derecho propiamente dicho, sino más bien se constituye en una garantía constitucional de índole procesal cuyo objetivo principal será la protección del derecho fundamental a la inocencia, ante las posibles transgresiones que podría sufrir el mismo dentro de un proceso determinado, particularmente en lo que a materia penal se refiere.

Pues bien, la garantía procesal de presunción de inocencia tiene como primordial y único efecto, que el imputado o inculcado en la comisión de un hecho delictivo, sea tratado y considerado como inocente en el proceso correspondiente que se ha iniciado en su contra, hasta que su culpabilidad sea declarada legalmente a través de autoridad competente.

En el ámbito penal, el trato de inocente que la ley establece sobre cualquier acusado, se ve cristalizado en materia procesal en dos aspectos concretos: la carga de la prueba y la certeza o plena convicción que deberá tener el juez respecto de los elementos del delito para fundamentar su fallo.

En lo que a la carga de la prueba se refiere, responde a una cuestión de orden lógico que al aplicar un sistema acusatorio,¹⁰² la obligación de probar los hechos por los cuales se imputa a una persona la comisión de un delito, recaiga sobre aquél que inicia, propone, o impulsa la acción penal respectiva, ya sea que se trate de delitos de acción penal pública de instancia oficial, delitos de acción penal pública de

¹⁰² El sistema acusatorio es el actualmente vigente en la mayoría de países del mundo, ya que se lo considera correlativo al Estado de Derecho, a diferencia del caduco y nefasto sistema inquisitivo. Sobre su origen, José García Falconi expone: "El sistema acusatorio se origina en la Revolución Francesa y recoge las experiencias del Common Law Anglosajón se caracteriza especialmente por dividir el ejercicio de la acción y el de la jurisdicción, dejando en manos del juez exclusivamente la jurisdicción; y entregando al Fiscal como representante del Ministerio Público el ejercicio de la acción." José García Falconi, *Manual de Práctica Procesal Penal. La Etapa del Juicio: La Audiencia de Debate; La Prueba y la Sentencia en el nuevo Código de Procedimiento Penal*, Quito, Rodin, 2002, p. 96.

instancia particular o delitos de acción privada.¹⁰³ Es decir, dicha obligación deberá recaer siempre sobre el Ministerio Público o sobre el acusador particular si es que lo hubiere, según la clase de delito de que se trate.

Es necesario aclarar una cuestión elemental: el rol que juega un Estado de Derecho en lo atinente a la carga de la prueba, no es únicamente el de garantizar que cualquier persona no sea condenada sino cuando su culpabilidad ha sido plenamente demostrada mediante prueba suficiente presentada por quien realiza la imputación del hecho delictivo, porque ya en Francia en la época de la monarquía absoluta y despótica, existía la obligación por parte del Estado de demostrar el delito cometido. No obstante, en aquellos tiempos el sistema probatorio se caracterizaba por ser cruel e inhumano, se permitía la obtención de pruebas a *cualquier precio* y de *cualquier forma*.¹⁰⁴ Entonces, serán requisitos esenciales de todo Estado de Derecho, tanto la circunstancia de que la carga de la prueba recaiga sobre el sujeto activo del proceso penal, así como también que la prueba que se busca obtener sea adquirida con fundamento en el respeto a los derechos reconocidos en la normativa vigente, existiendo inclusive casos en los que las legislaciones prohíben absolutamente el usar ciertos mecanismos para la obtención de pruebas, independientemente de la situación urgente o grave de que se trate.

¹⁰³ Según la generalidad de la doctrina penalista, los delitos de acción pública de instancia oficial, no requieren de una denuncia concreta y particular para que el Estado a través de sus diversos organismos (el Ministerio Público, por ejemplo) proponga la acción penal e impulse el respectivo proceso, circunstancia que responde a la gravedad de los hechos típicos que son abarcados dentro de esta categoría. Respecto de los delitos de acción pública de instancia particular, si bien es el Estado el que puede de oficio impulsar el respectivo proceso hasta su culminación, no obstante, en este tipo de delitos, si se requiere previamente de una denuncia particular para dar inicio al mismo. Finalmente, en los delitos de acción privada, los cuales son considerados como de menor gravedad y que, por ende, no afectan a la sociedad toda sino solamente a un interés concreto e individual, se requiere que tanto la acción penal respectiva, así como el impulso del proceso correspondiente, estén a cargo de la persona que se crea violentada o afectada en sus derechos, por lo tanto, el Estado no puede perseguir éstos delitos de oficio.

¹⁰⁴ Sobre el punto planteado, Ana María Ovejero al comentar el nuevo rol que la presunción de inocencia adquiriría en Francia al ingresar en la DDHyC, expone respecto del sistema probatorio vigente en aquella época, lo siguiente: "(...) La obtención a toda costa de las pruebas, la graduación del sistema probatorio, la fijación de pruebas tasadas, son ejemplos del uso necesario de pruebas previas a la condena. El sistema probatorio existía en el proceso inquisitivo (...) aunque tal sistema probatorio mereciese las críticas de los juristas e intelectuales por su grado de crueldad e inhumanidad, pues estaba influido por ideas y costumbres religiosas (...)." Ana María Ovejero, Constitución y Derecho a la Presunción de Inocencia, p. 38.

Pese a que la carga de la prueba en los delitos de acción pública de instancia oficial y acción pública de instancia particular recae --con fundamento en la presunción de inocencia-- en el Estado a través del Ministerio Público; sin embargo, esto no significa según expone José García Falconi, que la función del fiscal sea exclusivamente la de actuar en contra del imputado, sino que aquella básicamente implica: <<Así en el sistema acusatorio de ser factible buscar la prueba de cargo para formular la acusación o presentar las pruebas de descargo, abogando inclusive por la libertad del injustamente detenido en cuyo favor hasta puede interponer recursos, pues no debe olvidarse que es el custodio de los derechos humanos y de las garantías procesales>>. ¹⁰⁵

Un punto muy importante a la hora de hablar de la carga probatoria, es el propuesto por Leo Rosenberg, quien realiza una diferenciación entre *carga subjetiva* y *carga objetiva de la prueba*,¹⁰⁶ haciendo relación la primera de las mencionadas --según el citado autor-- al deber de las partes de probar los hechos sobre los cuales fundamentan sus peticiones y, la segunda, a cómo deberá resolver el juez en caso de duda o incertidumbre respecto de dichos hechos. Cuestión ésta última que se halla en íntima relación con la garantía de presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, como se expondrá más adelante.

Entonces, sería razonable que en cualquier tipo de proceso, cada parte deba probar los hechos que alega en su beneficio, para lo cual bastaría recordar el antiguo y conocido aforismo jurídico *affirmanti incumbit probatio*; sin embargo, como se expresó en líneas anteriores, en el ámbito penal se presenta una situación distinta y, por ende, es al fiscal a quien le corresponde probar todos y cada uno de los elementos constitutivos del delito e inclusive la investigación de las circunstancias atenuantes o eximentes que el

¹⁰⁵ Ver José García Falconi, Manual de Práctica Procesal Penal. La Etapa del Juicio: La Audiencia de Debate; La Prueba y la Sentencia en el nuevo Código de Procedimiento Penal, p. 146.

¹⁰⁶ Expresa el citado autor: "(...) De éste modo obtenemos *el principio de la carga de la prueba*: aquella parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la prueba con respecto a que las características del precepto se dan en el acontecimiento real. (...) Soporta esta carga, porque en caso de no demostrarse la existencia de esas características no se aplica el precepto jurídico favorable a la parte y se imputa a ésta la incertidumbre relativa a los hechos (...)." Ver Leo Rosenberg, "La Carga de la Prueba", Julio César Faira, edit., Montevideo-Buenos Aires, Ed. B de F, 2002, p. 27.

imputado alegue a su favor. Situación que obedece a que la carga de la prueba, en virtud de la ley y mediante el establecimiento de determinadas presunciones,¹⁰⁷ puede radicar siempre en partes procesales específicas, por considerar que éstas se encuentran en una posición de ventaja o superioridad en relación a sus adversarios procesales.¹⁰⁸ Tan es así, que por ejemplo en Ecuador se ha llegado a calificar doctrinariamente a nuestro Código Civil como *pro-deudor*, a nuestro Código Laboral como *pro-operario* y a nuestro Código Penal como *pro-reo*.¹⁰⁹

Un ejemplo contundente de lo manifestado, lo constituye la inversión de la carga probatoria que se presenta en el ámbito laboral en nuestro país, y que implica que en caso de duda respecto de la existencia de la relación laboral, su duración, la remuneración percibida, entre otras situaciones más; el juez deberá fallar favorablemente hacia el trabajador, e inclusive cuestión interesante resulta el hecho de que el *juramento deferido*¹¹⁰ rendido por éste último, tiene valor probatorio (ante la ausencia de la documentación respectiva) respecto del tiempo que se ha mantenido la relación laboral y de la remuneración percibida.

En pocas palabras y siguiendo a la mayoría de la doctrina penalista, podemos decir que la presunción de inocencia como garantía procesal en materia penal, implica que sea el Estado a través del fiscal, quien deba probar tanto la existencia del delito así como la culpabilidad que sobre la realización del mismo tenga el imputado, quien a su vez nada deberá probar ni demostrar pues comparece al proceso

¹⁰⁷ Sobre el tema expone Rosenberg: “Así pues, la doctrina de la carga de la prueba es una parte de la teoría de la aplicación del derecho; no sólo el principio de la distribución de esta carga debe deducirse del modo de la aplicación del derecho sino que también deben serlo los detalles de la distribución, a menos que éstos estén aclarados ya mediante una norma expresa sobre la carga de la prueba o mediante una presunción legal.” *Ibidem*, p. 27.

¹⁰⁸ Un ejemplo de lo manifestado podría ser: *el principio de igualdad de armas*, respecto del cual Iñaki Esparza Leibar concluye: “La necesidad de un principio procesal que actúe en el sentido que acabamos de manifestar, se hace patente cuando nos encontramos con ordenamientos, como es el caso del alemán, en donde el poder y los medios con los que cuenta el Estado titular del <ius puniendi> para el esclarecimiento y persecución de los hechos delictivos son (...) desproporcionadamente mayores a los medios que el inculpado puede utilizar en su defensa.” Vale recalcar, que Esparza Leibar considera a la presunción de inocencia como una manifestación del principio de igualdad de armas. Ver Iñaki Esparza Leibar, *El Principio del Proceso Debido*, pp. 137-140.

¹⁰⁹ Curso de Derecho Civil, *notas de clase*, Universidad de Cuenca, 2006.

¹¹⁰ Entendido éste como: el testimonio otorgado verbalmente por parte del trabajador ante el respectivo Juez Laboral.

como inocente y como tal deberá ser tratado; no obstante, el inculpado lógicamente podrá presentar todas las pruebas que considere como válidas y necesarias en pro de su defensa.

Pues bien, en lo que al presente trabajo investigativo se refiere, al darse en cualquier legislación la presunción de dolo y no de la inocencia en la comisión de un hecho típico, sería al imputado y no al Estado a quien le correspondería demostrar su no culpabilidad. El punto planteado en el ámbito penal tributario es muy complejo e inclusive existen legislaciones que parecerían permitir la presunción del actuar doloso en la comisión de este tipo de delitos. Un ejemplo de ello sería la situación que se presenta en la legislación alemana, según la cual, la sola comisión de los hechos externos considerados como delitos, resulta suficiente para la imposición de la pena, a menos que la ausencia de culpabilidad en su realización sea plenamente demostrada.¹¹¹ Así, también, un aporte jurisprudencial muy interesante sobre este punto es el denominado caso *Acosta*,¹¹² resuelto por la Corte Suprema de Argentina, y en el cual se declara la absolución de un imputado por el delito de contrabando, al no ser demostrada debidamente su culpabilidad.

En nuestro país como se manifestó la situación no es clara, sobre todo por la naturaleza misma de los diferentes casos de defraudación fiscal que forman parte del delito tributario en sí; es decir, se puede afirmar que el delito tributario no es análogo a otro tipo de delitos en los cuales es muy factible que su comisión se haya realizado de forma culposa. Expresado en otras palabras, hay cierto tipo de delitos en los que la comprobación de la autoría no implica necesariamente la comprobación de la intencionalidad, ejemplos simples de esto serían: el causar la muerte de una o varias personas mediante un accidente de

¹¹¹ Ver Leo Rosenberg, *La Carga de la Prueba*, pp. 55-59.

¹¹² El mencionado caso es citado por Osvaldo Gozaíni quien expone: "(...) la cámara condenó a un imputado por contrabando, sosteniendo que no había demostrado su falta de responsabilidad, toda vez que en los delitos de esta naturaleza 'el inculpado debe demostrar fehacientemente su inocencia'. La Corte revocó esta resolución estableciendo el principio de que 'la culpabilidad debe ser establecida con arreglo a las pruebas producidas'. El principio de inocencia implica que en todos los casos debe haber prueba de culpabilidad." Osvaldo Gozaíni, *La Presunción de Inocencia. Del proceso penal al proceso civil*, pp. 67-68.

tránsito o el desatar un incendio, hechos en los cuales el Estado a más de demostrar la autoría, deberá demostrar la culpabilidad, pues es perfectamente factible que los mismos se hayan realizado sin intención.

Sin embargo, existen otra clase de delitos que por la forma cómo han sido realizados y según las circunstancias externas que se presentan, una vez comprobada su autoría se puede considerar, al menos en principio, demostrada a su vez la culpabilidad; ejemplos de esto serían: la violación a un infante o el asesinato, entre otros supuestos más.

Sobre este último punto, son interesantes las palabras de Rossi quien es citado por Jiménez de Asúa: "(...) Bastará, pues, con acreditar 'que Fulano ha echado abajo las puertas de una casa, asesinado a su propietario y robado el arca del dinero; el Jurado no requiere más para declarar a Fulano culpable, para resolver que ha obrado voluntariamente y a sabiendas (...)".¹¹³

Entonces, el papel del Estado en estos delitos se limitará únicamente a demostrar los actos externos como tales pues la culpabilidad va implícita en su realización. No obstante lo dicho y como se expresó anteriormente, le corresponde también al Estado a través del fiscal con fundamento en la garantía de presunción inocencia, la investigación de las circunstancias atenuantes o eximentes que el imputado alegue a su favor. Por lo tanto, si en este tipo de delitos el acusado afirmare la existencia de determinadas causas de exculpabilidad, por ejemplo: coacción moral, fuerza mayor, etc., o específicamente en el campo tributario el haber actuado bajo engaño, será al Ministerio Público a quien corresponda investigar estas circunstancias, desde luego que el imputado podrá también aportar prueba para facilitar su defensa. En lo concerniente a la imputabilidad, lógicamente también debería probarse, pero como se manifestó en el capítulo anterior, esta situación es distinta del dolo.

Ahora bien, en principio se podría afirmar que varios de los casos de defraudación fiscal establecidos en nuestro Código Tributario se ubican dentro de esta segunda clase de delitos, por ejemplo: el simular uno o más actos o contratos para obtener o dar un beneficio de subsidio, rebaja, exención o

¹¹³ Citado por Luis Jiménez de Asúa, Teoría del Delito, p. 412.

estímulo fiscal, el imprimir y hacer uso doloso de comprobantes de venta o de retención que no hayan sido autorizados por la Administración Tributaria, entre otros más.¹¹⁴

Sin querer llegar a una conclusión prematura, se podría afirmar que si aceptamos lo recientemente expuesto, la presunción de inocencia como garantía procesal en el ámbito penal tributario implicará (al menos en determinados casos de defraudación fiscal) el no ser considerado evasor hasta que el Estado a través del fiscal demuestre cabalmente y conforme a los medios permitidos por la Constitución y la ley, tanto la ejecución de los actos considerados en el código como delitos, así como la correspondiente autoría sobre los mismos por parte del imputado o inculpado.

2.3 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO GARANTÍA PROCESAL Y EL IN DUBIO PRO REO

Al referirnos al principio *in dubio pro reo* por lo general puede surgir una vinculación inmediata con la máxima imperante en el derecho penal: *en caso de duda entre dos leyes se aplicará la más favorable al reo*, cuestión trascendente sobre todo en lo que al elemento de la punibilidad se refiere, pues si entraren en conflicto dos leyes penales, se aplicará aquella que contenga una sanción menos rigurosa para el inculpado.

Sin embargo, se puede afirmar que la aplicación del principio *in dubio pro reo* tiene otra connotación no menos importante que la anteriormente citada, a través de la cual, según la generalidad de la doctrina penalista, se establece una especie de instrucción imperativa para el Juez Penal a la hora de tomar la decisión sobre el caso concreto puesto en su conocimiento, y que implica que en caso de duda respecto de la existencia del delito o de la culpabilidad del imputado en su comisión, se deberá fallar en favor de éste último. Es decir, el Juez Penal para poder dictar sentencia condenatoria deberá haber obtenido un alto grado de certeza acerca de todos los elementos del delito necesarios para fundamentar su

¹¹⁴ Código Tributario, artículo 344.

fallo, caso contrario deberá absolver al imputado. Cuestión que según Jorge Zavala Baquerizo¹¹⁵ se enfatiza con los brocardos *in dubiis reus est absolvendus*, en la duda hay que absolver al reo, e *in dubiis, abstine*, en la duda abstente.

Vale aclarar, que la duda respecto de la existencia del hecho típico, es suficiente como para dictar sentencia absolutoria en favor del acusado, pero la certeza acerca de esta circunstancia, no basta para su condena, pues para ello, será necesario también demostrar la culpabilidad correspondiente.

Pues bien, la aplicación del principio *in dubio pro reo* podría encontrar sustento en lo que Luigi Ferrajoli¹¹⁶ denomina como *derecho penal mínimo*, el cual --según el citado autor-- es compatible con el Estado de Derecho, pues se constituye en un sistema penal garantista de los derechos de los ciudadanos frente al poder punitivo estatal, al estar limitado y condicionado por intermedio de la ley.

Sobre el punto señalado, enseña Ferrajoli que: "(...) una norma de clausura del modelo de derecho penal mínimo informada por la certeza y la razón es el criterio del *favor rei*, que no sólo permite sino que exige intervenciones potestativas y valorativas de exclusión o de atenuación de la responsabilidad cada vez que subiste incertidumbre en cuanto a los presupuestos cognoscitivos de la pena".¹¹⁷

Como se manifestó en líneas anteriores, la carga de la prueba en materia penal en virtud de la garantía de presunción de inocencia, recaerá siempre sobre el sujeto activo del proceso penal, sea este el Ministerio Público o el acusador particular según la clase de delito de que se trate; entonces, al no poder ser suficientemente demostrada la culpabilidad del imputado o inclusive la existencia del delito y, por lo tanto, ante la presencia de dudas en el juez sobre los hechos constitutivos de la acción delictiva, éste no podrá, en virtud del principio *in dubio pro reo*, dictar sentencia condenatoria.

Es necesario recalcar una cuestión elemental: pese a que la esencia del principio *in dubio pro reo* implica que ante la duda el Juez Penal deberá absolver al imputado, no obstante, se podría afirmar que la

¹¹⁵ Ver Jorge Zavala Baquerizo, El Debido Proceso Penal, p. 61.

¹¹⁶ Ver Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, pp. 103-104.

¹¹⁷ Ibídem, p. 105.

existencia o no de aquélla, siempre quedará a su criterio, pues al tener la potestad de resolver cada caso concreto, poseerá así mismo la facultad para decidir si existen o no los suficientes argumentos como para condenar al acusado.¹¹⁸ Todo esto sin perjuicio de que en cada legislación se impongan ciertos parámetros a los que deberán someterse los jueces en el ejercicio de sus funciones, reduciendo así las posibilidades de un actuar arbitrario e irracional; por ejemplo, nuestra Constitución de la República establece como limitantes al accionar de las autoridades judiciales: la exigencia de motivar detalladamente sus resoluciones (motivación en la cual se deberá hacer mención tanto a los argumentos de hecho como de derecho que incidieron en la fundamentación del fallo), y el principio de la doble instancia aplicable a todo tipo de proceso, a través del cual un órgano superior puede revisar todo lo actuado por el inferior.¹¹⁹

Sin duda alguna, la mayor restricción que se impone al accionar de los jueces en determinadas legislaciones, entre ellas la de Ecuador, es aquélla que hace relación a la forma cómo éstos deberán valorar la prueba presentada al proceso. Así, por ejemplo, según nuestra legislación,¹²⁰ en el ámbito penal nuestros jueces valorarán las pruebas no con fundamento en su libre convicción y querer, sino con apego a las reglas de la sana crítica, término éste último que si bien no ha podido ser definido claramente por la doctrina civilista, sin embargo, su esencia implica la prohibición de una resolución judicial arbitraria e inconsecuente, en la que por ejemplo no se hayan tomado en consideración todas las pruebas pertinentes

¹¹⁸ Sobre el tema, son pertinentes las palabras de Iñaki Esparza Leibar, quien al referirse a la exigencia en la legislación norteamericana de la existencia de prueba más allá de toda duda razonable para poder condenar al acusado, expone: “Una vez más nos hallamos ante un concepto indeterminado e incompatible con cualquier cuantificación objetiva, por ello la determinación de si persiste o ha sido despejada la duda razonable, o en otras palabras la cuantificación de la evidencia necesaria para satisfacer la carga, corresponde exclusivamente y para cada caso concreto a la racionalidad del jurado, el cual determinará en base a su convencimiento la culpabilidad o no del acusado.” Iñaki Esparza Leibar, *El Principio del Proceso Debido*, p. 98.

¹¹⁹ Nuestra Norma Fundamental regula los 2 aspectos citados como garantías que forman parte del derecho de todas las personas a la defensa en cualquier tipo proceso, derecho que a su vez se constituye en un requisito esencial para poder hablar de la aplicación del debido proceso. Constitución de la República, artículo 76 numeral 7 literales (l) y (m).

¹²⁰ Código de Procedimiento Penal, artículo 64.

debidamente presentadas y actuadas, o por ejemplo, el haber fundamentado el juez su decisión en pruebas ilegítimas u obtenidas de forma ilegal, etc.¹²¹

Se impone también como una notable merma al accionar judicial, la plena o íntima convicción que según nuestra normativa¹²² deberán tener los jueces respecto de la existencia del delito y de la culpabilidad del imputado en su comisión, para así poder dictar sentencia condenatoria.

En lo que al presente trabajo investigativo se refiere, al aplicar determinada legislación la presunción de dolo y no de la inocencia y, por ende, al ser esta última la que deberá ser cabal y plenamente demostrada en el proceso penal, el principio *in dubio pro reo* como garantía procesal del inculpado se invertiría para convertirse en una especie de garantía en favor de la víctima o inclusive del sujeto activo del proceso penal (Ministerio Público), dando lugar a lo que Ramón Ragués denomina como principio *in dubio contra reum*, por lo tanto, en caso de duda se deberá fallar en contra del imputado.¹²³

Para Luigi Ferrajoli,¹²⁴ el principio *in dubio contra reum* tiene lugar con la aplicación del derecho penal máximo, al cual --según el citado autor-- se lo relaciona con el Estado totalitario, pues se caracteriza por constituirse en un sistema penal excesivamente represivo, ilimitado, y no controlado ni regulado en modo alguno a través de la ley.

Es necesario resaltar también, la estrecha relación existente entre el principio *in dubio pro reo* y la prueba propiamente dicha en cada proceso penal, debido a que como lo afirma la mayoría de la doctrina, la convicción del juez respecto de los hechos relevantes en el proceso se formará únicamente a través de las pruebas debidamente practicadas en el desarrollo del mismo. Expresado en otros términos, sólo lo alegado y debidamente probado por cada una de las partes o por quien según la ley tenga la obligación de hacerlo, podrá servir de fundamento para formar la certeza del juez en cada caso concreto. En palabras de García

¹²¹ José Vicente Troya Jaramillo, *notas de clase*, Curso de Derecho Contencioso Tributario dictado en maestría en Derecho mención Derecho Tributario, UASB, 2011.

¹²² Código de Procedimiento Penal, artículo 326.

¹²³ Ver Ramón Ragués, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 284.

¹²⁴ Ver Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, pp. 104-107.

Falconi: "(...) Una sentencia sin pruebas no se puede pronunciar, un proceso no se puede hacer sin pruebas".¹²⁵

Se debe así mismo manifestar, que la certeza o duda que adquiera el juez en cada proceso, hace relación únicamente a los hechos, más no al derecho; por lo tanto, el deber de probar que tienen las partes procesales recaerá únicamente sobre los hechos que importan a la relación jurídico procesal. Esto en razón de que el derecho no necesita ser probado, por ser las normas de existencia anterior a cualquier juicio.

Finalmente se podría afirmar --siguiendo a la generalidad de la doctrina-- la relevancia a la hora de hablar acerca de la necesidad de otorgarle convicción al juez, de la forma cómo la prueba se practique en el proceso penal correspondiente, situación que de una u otra forma garantizará que la decisión a la que se llegue se fundamente efectivamente en las pruebas debidamente pedidas, presentadas y actuadas; circunstancia que a su vez, tiene estrecha relación con la aplicación de los diferentes principios doctrinarios inherentes a la prueba en sí. Por ejemplo, el principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos, el principio de oralidad, el de unidad de la prueba, publicidad, inmediación, concentración, entre otros más.¹²⁶

A modo de conclusión, y una vez que se han analizado los aspectos más relevantes sobre el derecho fundamental a la inocencia, podríamos plantearnos la interrogante acerca de que si la garantía procesal destinada a su protección, es aplicable al régimen sancionatorio tributario establecido en nuestra legislación para la defraudación fiscal, situación que podría ponerse en duda al considerar la naturaleza y la forma cómo se cometen este tipo de delitos; sin embargo lo manifestado, optamos por acogernos al criterio otorgado por el Tribunal Constitucional español en el año de 1997, que sobre la presunción de inocencia manifiesta: "El principio de presunción de inocencia se aplica a todo el campo del Derecho pero

¹²⁵ José García Falconi, Manual de Práctica Procesal Penal. La Etapa del Juicio: La Audiencia de Debate; La Prueba y la Sentencia en el nuevo Código de Procedimiento Penal, p. 229.

¹²⁶ Ver ibídem, pp. 230-238.

sólo en caso de normas represivas, punitivas o sancionadoras; en general, para el Derecho Civil, el principio no se aplica, porque no contiene este tipo de normas(...).¹²⁷ Con la citada resolución, creemos que toda duda queda despejada, pues las normas penales tributarias efectivamente son normas de carácter sancionatorio, ya que podrían inclusive privar de la libertad a quienes han obtenido sentencia condenatoria por la comisión de esta clase de delitos.

2.4 EL DERECHO A LA INOCENCIA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DEL 2008

En la Constitución ecuatoriana del 2008, se hace mención a la presunción de inocencia como una de las garantías procesales necesarias para la realización efectiva del debido proceso.

Ahora bien, del análisis de las Constituciones de los países andinos¹²⁸ se puede concluir que es la normativa ecuatoriana la que de forma más ordenada y metódica regula la institución jurídica del debido proceso, al establecer en un sólo artículo todas las garantías necesarias para su configuración, situación que por ejemplo no se presenta en las Constituciones de Colombia, Bolivia y Perú. Resalta también la circunstancia de que no se utiliza en la Constitución ecuatoriana el término *derecho* para referirse a la presunción de inocencia como tal, situación que nos parece acertada, sobre todo al recordar lo expuesto anteriormente acerca de que la *presunción* constituye únicamente una garantía del derecho a la inocencia como tal, más no en un derecho en sí.

Es necesario mencionar que según lo prescrito en la Carta Magna ecuatoriana, la garantía de presunción de inocencia se aplica en todo tipo de proceso y no solamente en procesos sancionadores, pues no se hace distinción alguna en la expuesta normativa que permita corroborar esta situación, la misma que es contraria a la opinión antes citada del Tribunal Constitucional español respecto de que la

¹²⁷ Resolución citada por Osvaldo Gozaíni, La Presunción de Inocencia. Del proceso penal al proceso civil, p. 57.

¹²⁸ Regulación de la presunción de inocencia en los países andinos: Constitución de Colombia, artículo 29; Constitución de Bolivia, artículo 116; Constitución de Perú, artículo 2.

presunción de inocencia cabe únicamente para normas de carácter sancionatorio, represivo o punitivo, y en general para el proceso civil no se aplica. Criterio este que a su vez es ratificado por Osvaldo Gozaíni.¹²⁹

Todo lo manifestado se desprende del artículo 76 numeral 2 de nuestra Norma Suprema:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas.....Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

Del artículo en cuestión, se puede destacar también lo siguiente: la presunción de inocencia como garantía procesal implica --como bien lo afirma nuestra Constitución-- que la persona sobre la cual versa la imputación de un delito sea *tratada* como inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente, situación que adquiere relevancia sobre todo en lo que a la imposición de medidas cautelares se refiere, las mismas que deberán evitarse al máximo, precisamente por la condición de inocente que reside sobre el inculpado hasta resolución firme o sentencia ejecutoriada. Circunstancia que según Ana María Ovejero¹³⁰ se constituye en la diferencia fundamental entre *considerar a alguien como inocente o no juzgarlo como culpable*.

Previo a la finalización del segundo capítulo de esta tesis, debemos hacer al menos una somera reflexión respecto de los tratados internacionales sobre derechos humanos en Ecuador.

¹²⁹ Expone el mentado autor, que la presunción de inocencia no se puede aplicar en los procesos civiles, entre otras razones, por la flexibilización que en este tipo de procesos se presenta respecto del principio: *el que afirma debe probar*, es decir, por la *solidaridad probatoria* que en el ámbito civil debe existir entre las diferentes partes procesales con el objetivo de alcanzar la verdad en el desarrollo de cada uno de los distintos procesos. Ver Osvaldo Gozaíni, La Presunción de Inocencia. Del proceso penal al proceso civil, pp. 62-70.

¹³⁰ Sobre el tema expone la citada autora: "Conceptualmente, existe una diferencia entre 'no ser juzgado como culpable' y 'ser considerado inocente'. El primero parecería pretender una posición neutral acerca del acusado, y el segundo una posición en favor del acusado. Cuando el derecho que estudiamos se entiende de tal modo que sólo incluye 'el no ser juzgado como culpable hasta...', es posible excluir el tratamiento *como inocente*, desde que media la acusación formal hasta la condena; es decir, antes y durante el proceso." Ana María Ovejero, Constitución y Derecho a la Presunción de Inocencia, p. 238.

Pues bien, de entre los varios instrumentos internacionales vigentes que versan sobre derechos humanos y que regulan la presunción de inocencia como garantía procesal,¹³¹ Ecuador mantiene incorporado a su ordenamiento interno: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuya entrada en vigor se daría en el año de 1978.

Respecto de la prevalencia de dichos tratados sobre la Constitución, se puede manifestar que pese a existir disposiciones constitucionales que establecen un orden jerárquico de normas otorgando primacía a la Carta Magna (artículo 425), sin embargo, en materia de derechos humanos, los tratados internacionales pueden tener prevalencia sobre la Norma Fundamental, esto sobre la base del contenido del artículo 417 de la expuesta normativa, según el cual, en caso de tratados e instrumentos internacionales que versen sobre derechos humanos se aplicará, entre otros, el principio *pro ser humano*, sobre cuyo significado Luis Coto expresa: "(...) el Principio Pro Homine debe entenderse como la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana."¹³² En consecuencia, en caso de conflicto entre una disposición constitucional y una disposición contenida en un instrumento internacional de derechos humanos, podrá prevalecer ésta última, siempre y cuando su aplicación favorezca a la vigencia y efectividad de los derechos reconocidos a las personas en general.

¹³¹ Ver *ibídem*, pp. 236-237.

¹³² Luis Coto, "*Los Principios Jurídicos en la Convención Americana de Derechos Humanos y su aplicación en los casos peruanos*", en <http://principios-juridicos.tripod.com/>.

CAPÍTULO III

EL DOLO EN EL DELITO TRIBUTARIO

3.1 LA DEFRAUDACIÓN FISCAL

Luego de la investigación tanto de la estructura del dolo así como de la garantía procesal de presunción inocencia, corresponde ahora analizar la vinculación existente entre el delito tributario y el dolo como forma o especie de culpabilidad. Sobre la base del artículo 310 del Código Tributario, concluimos la aplicación plena del principio de culpabilidad¹³³ en el ámbito de los delitos fiscales, al ser éste un principio fundamental en el derecho penal común.

Al principio de culpabilidad en su esencia, y siguiendo a la generalidad de la doctrina, se lo conceptualizaría como: la prohibición de considerar responsable a una persona por la ejecución de determinado delito, al no existir la debida correlación entre el acto producido y los factores internos de aquél que lo ha ejecutado.

Ahora bien, todos los ciudadanos tenemos la obligación de contribuir o aportar, sobre la base de nuestra capacidad contributiva, con los recursos necesarios para que el Estado como ente política y jurídicamente organizado pueda cumplir satisfactoriamente los fines y objetivos que constituyeron la base de su creación, como son: la prestación eficiente de servicios públicos, a través de los cuales, se propenda hacia la protección de derechos (administración de justicia), mejoramiento de la calidad de vida (servicios de salud, educación, vivienda), entre otros. A partir de esta noción, resaltamos la importancia del

¹³³ Consuelo Fuster Asencio sobre el tema expone: “El principio de culpabilidad presenta una triple significación; en primer lugar, la culpabilidad se entiende como fundamento de la pena, responde a la pregunta de si procede imponer una pena al autor de un hecho típico y antijurídico; en segundo lugar, la culpabilidad aparece como elemento de medición de la pena; y, en tercer lugar, se emplea la culpabilidad como lo contrario a la responsabilidad por el resultado, siendo las formas de imputación el dolo y la culpa.” Consuelo Fuster Asencio, *“El Procedimiento Sancionador Tributario”*, Navarra, Aranzadi SA, 2001, p. 83.

cumplimiento de este deber ciudadano cuya consagración es inclusive de índole constitucional,¹³⁴ pues, si nadie colaborara económicamente con la sociedad a la cual pertenece, el Estado como tal desaparecería.

Es innegable, sin embargo, la resistencia que ha existido desde antaño por parte de los ciudadanos a pagar oportunamente los tributos establecidos por ley, entre otras razones, por la desconfianza que existe acerca del destino que se le dará a los mismos; es decir, por la incertidumbre respecto de cómo se gastan, o si se quiere decir, cómo se malgastan los recursos obtenidos.

Uno de los principales instrumentos o mecanismos utilizados por los contribuyentes en aras de evitar el pago de los tributos que por ley les corresponde, es la defraudación fiscal. Como expone Ángel Loor: <<(…) el delito tributario por antonomasia es la **defraudación**; de ahí que, en torno a su concepto gira la tipificación de las principales conductas consideradas por el Derecho Penal Tributario, como ilícitos penales>>. ¹³⁵

Es necesario aclarar, que existe cierta divergencia doctrinaria en torno al concepto mismo del término evasión, ya que determinados autores consideran que la evasión y la defraudación fiscal no son términos análogos. Así, por ejemplo, para Carlos María Folco: <<(…) la defraudación fiscal constituye una especie dentro del género de la evasión, y tiene como elemento esencial configurativo la concurrencia de dolo (elemento intencional) (...) no es necesario que haya defraudación fiscal para que exista evasión, dado que muchas veces puede evadirse impuestos por culpa o mera negligencia, esto es, sin intencionalidad alguna>>. ¹³⁶

¹³⁴ Constitución de la República de Ecuador, artículo 83 numeral 15: Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y en la ley: Cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social, y pagar los tributos establecidos por ley.

¹³⁵ Ángel F. Loor, *“Dogmática Penal Tributaria”*, Quito, Pudeleco, 2004, p. 144.

¹³⁶ Carlos María Folco y Sandro F. Abralde, *“Ilícitos Fiscales. Asociación ilícita en materia tributaria. Ley 25. 874”*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, s.f., p. 17.

No obstante lo manifestado, parece ser mayoritario el criterio de considerar a ambos términos como sinónimos, en tal sentido, su definición y conceptualización serían las mismas. Para la aclaración debida del tema en cuestión, hago referencia a las palabras de Osvaldo H. Soler quien expone:

“Nosotros, por nuestra parte, consideramos que debe distinguirse la evasión, que siempre estaría configurada por una acción tendiente a eliminar o reducir, por medios ilícitos el tributo legalmente debido, acompañada de fraude o simulación, de la omisión y de la elusión. La ‘omisión’, así, consistirá en la falta de cumplimiento de las obligaciones tributarias a su debido tiempo, ya sea intencionalmente o por negligencia, pero siempre excluyendo la conducta fraudulenta (...)”.¹³⁷

Pues bien, desde una concepción amplia y siguiendo a la generalidad de la doctrina tributaria, podríamos manifestar que constituyen defraudación: todas las inconductas descritas y tipificadas en la normativa vigente, a través de las cuales, el obligado tributario a más de la intención precisa y certera del no pago de los tributos debidos por ley, propende al *engaño* dirigido hacia la administración, de tal manera que ésta no perciba el perjuicio causado o no tome consciencia del delito cometido. Nuestro concepto lo fundamentamos en lo expuesto por Soler: “La modalidad más típica de los delitos tributarios de daño es la llamada ‘evasión’, consistente en el incumplimiento doloso de las obligaciones tributarias acompañado de maniobras ardidasas o engañosas tendientes a impedir que el fisco detecte el daño sufrido”.¹³⁸

Por ejemplo, según nuestro Código Tributario en su artículo 344, la defraudación fiscal se daría a través de la reducción de ingresos, alteración de libros y registros contables, emisión de comprobantes de venta no autorizados, falsificación de documentos de control, entre otros supuestos más.

Es necesario enfatizar acerca del pensamiento mayoritario de la doctrina respecto de que en la defraudación fiscal, lo que cada una de las legislaciones sanciona no es el incumplimiento en sí del pago de los tributos, sino básicamente el engaño o *ardid* empleado por el contribuyente para que la

¹³⁷ Osvaldo H. Soler, “Derecho Tributario. Económico Constitucional-Sustancial Administrativo-Penal”, Buenos Aires, La Ley SA, 2002 p. 412.

¹³⁸ Ibídem, p. 411.

administración no conozca o induzca la infracción cometida. Sobre el tema, son interesantes las palabras de Mario A. Villar.¹³⁹

Resulta una verdad *a priori*, el hecho de que si bien el delito de evasión fiscal puede ejecutarse también por los llamados pequeños contribuyentes, no obstante, gran parte de estos ilícitos en la práctica son llevados a cabo por las clases económicamente más poderosas. Sobre este punto, José Luis Seoane manifiesta: “Desde un aspecto criminológico el delito fiscal se encontraría comprendido dentro de la denominada delincuencia de cuello blanco (*White-Collar-Criminality*), término acuñado por Sutherland (...) Con ello se acababa con una concepción de la delincuencia como producto de una determinada clase social. La delincuencia es, pues, un fenómeno que se produce a todos los niveles (...)”.¹⁴⁰

Hoy en día es generalizado el criterio acerca de que el bien jurídico protegido por el delito de evasión, lo constituye el bienestar de la sociedad en general. En tal sentido, el no cumplir con las obligaciones tributarias implicaría la afectación de los intereses comunes de la ciudadanía, esto sobre la base de la necesaria financiación de los servicios básicos y fundamentales para la obtención de un nivel de vida de digno. Argumento que muchas veces se convierte en un pretexto por parte de los Estados para abusar desmedidamente del poder tributario¹⁴¹ conferido constitucionalmente.¹⁴²

¹³⁹ Expone el mentado autor al comentar los artículos 1 y 2 del Ley Penal Argentina: “El tipo penal tiene otro componente que tiene relación con la conducta representado por la exigencia de ardid o engaño. Es decir, que la conducta tiene que significar alguna ocultación de la verdad de la situación patrimonial relevante para la determinación del hecho imponible. La vocación de abarcar todo perjuicio patrimonial como afectación al bien jurídico que es limitada voluntariamente por el legislador, por razones de política criminal, podría ser suficiente para construir el tipo penal. Sin embargo, esto sería establecer la prisión por deudas, basada en pura responsabilidad objetiva (...)” Mario A. Villar, “Evasión Tributaria e Imputación Objetiva”, en Alejandro C. Altamirano y Ramiro M. Rubinska (coord.), *Derecho Penal Tributario, T. II*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.

¹⁴⁰ Ver José Luis Seoane Spiegelberg, “El Delito de Defraudación Tributaria”, en César García Novoa y Antonio López Díaz (coord.), *Temas de Derecho Penal Tributario*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 80-81.

¹⁴¹ Entendido éste como la facultad que tiene todo Estado para crear, modificar, o extinguir tributos a través de la ley.

¹⁴² Basta solamente remitirnos a la situación que se vive hoy en día en nuestro país, en donde en los últimos años se han dado más de ocho reformas tributarias con medidas impositivas cada vez más fuertes, so pretexto de la obtención de recursos necesarios para servicios de salud, seguridad, educación y demás.

Ahora bien, el delito de defraudación fiscal contiene varios temas que pueden ser objeto de debate, sin embargo, en el presente acápite nos centraremos en la intencionalidad de los agentes en su comisión.

En concreto, sobre la defraudación fiscal nuestro Código Tributario en su artículo 342 expresa:

Constituye defraudación, todo acto doloso de simulación, ocultación, omisión, falsedad o engaño, que induzca a error en la determinación de la obligación tributaria, o por los que se deja de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero, así como aquellas conductas dolosas que contravienen o dificultan las labores de control, determinación y sanción que ejerce la administración tributaria.

Con fundamento en el análisis de la norma transcrita, habría que desentrañar cuestiones elementales. La primera de ellas es la exigencia en nuestra ley a más del dolo o elemento intencional, de *ardid* o engaño en la conducta del agente delictivo (*simulación, ocultación*) término que se lo podría conceptualizar como <<artificio, maña, treta (...)>>¹⁴³ Por otro lado, no se hace referencia a una cantidad específica para que se configure la defraudación, sino únicamente se menciona la expresión *los tributos realmente debidos*, por lo que, cualquier cantidad sería suficiente para dar lugar al delito en mención, e inclusive, únicamente el inducir a error a la administración puede ser configurativo de esta infracción. Así, también, la parte final de la expuesta norma puede dar lugar a ciertas confusiones, siendo necesario para su aclaración, enfatizar en su verdadera función, para lo cual hacemos referencia a lo expuesto por Ángel Loor quien sobre el tema afirma: “La norma legal comentada no es un tipo penal, sino una norma conceptual de aplicación complementaria a cada uno de los tipos defraudatorios enumerados en el art. 344 CT y a aquellos dispersos en las leyes tributarias. El considerar esta norma como un tipo penal, nos llevaría al equívoco, de catalogar como defraudación fiscal, a todo acto que reúna las características descritas en aquella”.¹⁴⁴

¹⁴³ Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado, primera edición en español 1912 del Pequeño Larousse Ilustrado, de la mano de Miguel Toro y Gisbert. A partir de entonces aparecerán ediciones anuales de manera casi ininterrumpida, la usada aquí es la de 1983, p. 89.

¹⁴⁴ Ángel F. Loor, Dogmática Penal Tributaria, p. 145.

Siguiendo al citado autor, se podría concluir que no todo acto puede constituir defraudación, sino solamente los enumerados tanto en el Código Tributario (artículo 344) así como en las leyes tributarias especiales; no obstante, parece ser que en su citada obra, el autor no profundiza respecto de la forma cómo podría operar la aplicación complementaria del artículo 342 (cuestión que se detallará más adelante), recalcando Ángel Looor sobre el mentado artículo: “En nuestra opinión, ni siquiera podría considerársela como ley penal en blanco, por el hecho de contener la descripción de una conducta punible y carecer de sanción; pues tal descripción no es lo suficientemente precisa, como para individualizar una conducta prohibida”.¹⁴⁵

Respecto del último párrafo del artículo en cuestión (*así como aquellas conductas dolosas que contravienen...*), el mentado doctrinario llega a la siguiente conclusión: “Cabe indicar, que la criminalización de este comportamiento, es considerada por cierto de la doctrina, como inconstitucional, pues se considera que tal conducta constituye una manifestación del principio constitucional del derecho a la defensa, ya que el obligado tributario no está obligado a aportar prueba en su contra”.¹⁴⁶

A riesgo de interpretar lo dicho por este doctrinario, consideramos que lo manifestado respecto de la primera parte del artículo 342, es aplicable también al último párrafo de la norma. Entonces, sólo podrán ser casos de defraudación fiscal los enumerados en el artículo 344 y en otras leyes tributarias, que puedan relacionarse con actitudes contrarias a las labores de *determinación, control y sanción de la administración*. Por ejemplo, la destrucción, ocultación o alteración dolosa de sellos de clausura o de incautación, o el realizar actividades en un local a sabiendas de que se encuentre clausurado¹⁴⁷ (sanción); la destrucción dolosa total o parcial, de los libros o registros informáticos de contabilidad u otros exigidos por las normas tributarias, o de los documentos que los respalden, para evadir el pago o disminuir el valor de obligaciones

¹⁴⁵ Ibídem, p. 145.

¹⁴⁶ Ibídem, p. 146.

¹⁴⁷ Código Tributario, artículo 344 numerales 1 y 2.

tributarias¹⁴⁸ (control). Esto en razón de que, si ingresarán dentro de la expresión: *aquellas conductas*, inclusive las que no se hayan taxativamente enumeradas, se llegaría a la conclusión de que el incumplimiento de deberes formales puede constituir delito también, al dificultar el contribuyente la labor de control y determinación de la administración no facilitando a los funcionarios autorizados las inspecciones o verificaciones tendientes a este fin.¹⁴⁹

El considerar que no toda conducta puede llegar a ser defraudación sino solamente las descritas y enumeradas en el código, lo fundamentamos también en la imposibilidad que existe en el derecho penal, sobre la base del principio de legalidad,¹⁵⁰ de la formulación de los llamados tipos abiertos.¹⁵¹ Si bien hoy en día estos tipos parecen ser aceptados por la doctrina en el ámbito impositivo,¹⁵² no obstante, creemos que el que sean excesivamente abstractos, como ocurre con el artículo 342 del código (*todo acto o aquellas conductas*) –que inclusive considera defraudación el *inducir a error a la administración*– pone en riesgo la seguridad jurídica de los contribuyentes. Si a ello le agregamos la no consideración del error de derecho, la no regulación expresa del error de tipo, y la falta de redacción clara, precisa y certera de los actos delictivos, estaríamos conduciendo al contribuyente a un constante estado de incertidumbre jurídica, ya que sería factible que el Juez de Garantías Penales, como un medio de persecución o por cualquier otro

¹⁴⁸ Ibídem, artículo 344 numeral 9.

¹⁴⁹ Ibídem, artículo 96 numeral 2.

¹⁵⁰ Constitución de la República de Ecuador, artículo 76 numeral 3: <<Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley (...)>>.

¹⁵¹ Para aclarar el concepto del término *tipos abiertos*, cito las palabras de Carlos María Folco, quien respecto del principio de legalidad en materia penal en Argentina y sobre la base del criterio emitido por Vicente Oscar Díaz, expone: “(...) el cumplimiento del mandato constitucional exige una descripción de las conductas, acciones u omisiones constitutivas de delito, que cumpla las exigencias de seguridad jurídica, todo lo cual, desde ya, impide considerar dentro del precepto garantista constitucional los tipos formulados en forma abierta, que su aplicación dependa de criterios ajenos a los preceptos penales (tesis discrecional y voluntarista de la ‘realidad económica’), que suelen sustentar algunos tribunales.” Carlos María Folco y otro, *Ilícitos Fiscales. Asociación ilícita en materia tributaria*. Ley 25.874, p. 33.

¹⁵² Ver Mercedes García Arán y Francisco Muñoz Conde, *“Derecho Penal Parte General, 4° Edición, revisada y puesta al día”*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 288-289.

motivo ilegítimo, considerare que un simple error de cálculo puede ser calificado como un *acto de falsedad o engaño* que ha *inducido a error a la administración*, y, por ende, constitutivo de delito.

Finalmente, si a todo esto le agregamos la supuesta presunción de dolo, concluiríamos en la consolidación de un Estado omnipotente ante un contribuyente falto absolutamente de garantías básicas. Recalcando que si la enumeración que realiza el artículo 344 del Código Tributario no fuese taxativa, la norma en mención debió redactarse así: *A más de los establecidos en otras leyes tributarias, y de aquellas conductas que se enmarquen dentro del tipo del artículo 342, son casos de defraudación fiscal.....* Circunstancia que al no verificarse limita claramente los actos que pueden configurar este tipo de delitos.

Pues bien, para una completa aclaración respecto de la complementariedad de los artículos 342 y 344 de nuestro Código Tributario, considero necesario hacer referencia a lo que sucede en el ámbito fiscal argentino, por existir cierta similitud básicamente en lo que a la función complementaria de normas se refiere, y debido, sobre todo, a la lamentable ausencia de doctrina y jurisprudencia nacional que profundice sobre el tema. Ahora bien, la ley 11.683 de aquel país, en lo que al presente trabajo investigativo interesa, expone:

Art. 46.- El que mediante declaraciones engañosas u ocultación maliciosa, sea por acción u omisión, defraudare al Fisco, será reprimido con multa de Dos (2) hasta Diez (10) veces el importe del tributo evadido.

Art. 47.- Se presume, salvo prueba en contrario, que existe la voluntad de producir declaraciones engañosas o de incurrir en ocultaciones maliciosas cuando:

De los artículos en mención, se puede concluir que al igual que en el caso ecuatoriano, en Argentina existen dos normas cuyas funciones son complementarias entre sí, debido a que, en una de ellas se establecen las condiciones esenciales para que se produzca la defraudación, y en la siguiente se determinan las conductas que pueden originar la presunción del actuar doloso de los agentes. Lo señalado

lo fundamentamos en lo manifestado por Pablo S. Varela quien respecto de la aplicación del artículo 47 de la ley 11.683, afirma:

“(…) Partiendo de la validez constitucional del art. 47, que como previamente aclaramos no compartimos, no podemos considerar que una vez corroborado uno de los supuestos descritos en tal norma, se deba concluir en la tipificación defraudatoria, pues existen otros elementos contenidos en el tipo del art. 46 que deberán verificarse para poder completar el tipo en sus distintos elementos (…) El art. 47 sólo sustituye el elemento subjetivo de la acción punible del art. 46, más no el tipo completo”.¹⁵³

Entonces, analizando lo dicho por este autor, las conductas descritas en el artículo 47 para que produzcan la configuración del tipo y a su vez den lugar a la presunción de dolo, deberán armonizarse con los otros elementos del artículo 46, los que según una jurisprudencia citada en su mentada obra serían:

“(…) una conducta antijurídica (aspecto objetivo), constituida por la omisión del ingreso de impuestos; en segundo lugar, el medio comisivo mediante la presentación de ‘declaraciones engañosas u ocultaciones maliciosas’ que permitan disimular la verdadera magnitud de las obligaciones y provocar la errónea convicción del ente recaudador en relación a su existencia o cuantía y, finalmente, el resultado dañoso, representado por el ingreso en defecto (…)”.¹⁵⁴

Es necesario resaltar, que al aplicarse en Argentina la presunción de dolo en el campo contravencional, Varela considera que dicha presunción solamente surge una vez que la administración haya probado tanto la realización de alguna de las conductas descritas en el artículo 47, así como también la configuración de los elementos del tipo del artículo 46.¹⁵⁵

¹⁵³ Pablo S. Varela, “Las Presunciones de Dolo del art. 47 de la ley 11. 683 y la Evasión Tributaria”, en Alejandro C. Altamirano y Ramiro M. Rubinska (coord.), *Derecho Penal Tributario, T. I*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 495.

¹⁵⁴ *Ibíd*em, p. 495.

¹⁵⁵ El mentado autor expone: “Los elementos tipificantes de la infracción del art. 46 de la ley procedimental no pierden su vigencia por la aplicación del art. 47. Es por ello que la probanza del aspecto objetivo de la infracción, el medio comisivo y el resultado dañoso deberán acompañar a la utilización de esta cuestionable presunción de dolo, haciendo siempre hincapié en la descripción del engaño o de la malicia, rasgos normativamente requeridos.” *Ibíd*em, p. 509.

Aplicando al caso ecuatoriano lo expuesto, consideramos que la correcta apreciación normativa debería ser la siguiente: en nuestro Código Tributario existen dos normas cuyas funciones son complementarias entre sí, por lo tanto, para que se llegue a configurar el delito de defraudación será necesario no solamente verificar por parte del Agente Fiscal la realización de las conductas descritas en el artículo 344, sino que además será fundamental la comprobación del resto de elementos del tipo; es decir, que dichas conductas se hayan producido a través de actos de simulación, ocultación, omisión, falsedad o engaño como *medio comisivo*, y que hayan inducido a error a la administración o hayan provocado el no pago de tributos *como resultado*. Es importante también la comprobación de dolo en el accionar del agente delictivo, esto sin perjuicio de que en determinados casos de defraudación fiscal por su naturaleza misma y por sus características, el dolo vaya implícito en su ejecución.

Debemos aclarar que en Argentina, según se desprende del análisis de la obra de Varela, para que opere la presunción de dolo, *el hecho base* (constituido por las conductas del artículo 47 y los elementos del artículo 46) debe estar plenamente acreditado. Entonces, si existiesen dudas por ejemplo respecto del daño que se la ha causado al fisco, o acerca de que las conductas se hayan realizado a través de *declaraciones engañosas* u *ocultaciones maliciosas*, no habrá lugar al *hecho presumido*, esto es, la presunción de la voluntad del agente de realizar dichas *declaraciones engañosas* u *ocultaciones maliciosas*.¹⁵⁶ En tal sentido, consideramos que en el caso ecuatoriano de aceptar que del artículo 316 de

¹⁵⁶ Lo dicho puede desprenderse de la jurisprudencia citada en la obra de Pablo S. Varela, en la cual en lo referente a todos los elementos necesarios para la configuración de la evasión se expone: "(...) La ausencia de cualquiera de estos elementos convierte en 'atípica' la conducta y, por ende, en improcedente la multa. Por ende, no resultaría punible en los términos de la norma en análisis la mera presentación de declaraciones juradas inexactas; es necesario, además, que cause perjuicio fiscal y que exista en el contribuyente la intención deliberada de perjudicar al fisco consumada a través del engaño o la ocultación maliciosa....No obstante, en autos sólo se prueba la presentación de declaraciones juradas inexactas y su posterior rectificación, circunstancia insuficiente, por sí sola, para merituar el accionar de la actora y calificarlo del modo hecho (...) el hecho inferente debe ajustarse estrictamente a la descripción legal, debiendo evaluarse su posible inadecuación en el caso particular a partir de la apreciación de las alegaciones y pruebas arrimadas en el descargo.... no se encuentran suficientemente configurados los elementos que pudieran encuadrar la conducta de la actora en los indicios inferentes de la presunción dolosa prevista en la norma, pues no cualquier discordancia habilita su utilización, sino sólo aquellas que pongan una grave incidencia sobre la determinación.... El fisco debe demostrar la existencia de la infracción a

nuestro código opere la presunción de dolo, la situación debería ser la misma, por ende, no bastaría para su aplicación acreditar únicamente las conductas o actos descritos en el artículo 344, sino que además sería necesario verificar los elementos del artículo 342. Por ejemplo, según nuestro Código Tributario, constituye un caso de defraudación fiscal *la omisión dolosa de ingresos*,¹⁵⁷ cabe preguntarse entonces ¿si la simple omisión por parte del contribuyente de sus ingresos obtenidos origina la presunción del actuar doloso invirtiendo la carga de la prueba?

Creemos que esto no podría ser así, partiendo del siguiente razonamiento lógico: debido a la complementariedad de normas, la sola omisión de ingresos no basta para configurar el tipo, pues para ello se requiere también que el *medio comisivo* empleado por el agente delictivo haya sido un acto de simulación, ocultación, omisión, falsedad o engaño que haya inducido a error a la administración o por el que se haya dejado de pagar los tributos debidos. Si en la declaración del impuesto a la renta el contribuyente a criterio de la administración, hubiese omitido determinados ingresos (conclusión a la que podría llegarse por la comparación con declaraciones de años anteriores), ésta procederá conforme le faculta nuestra ley,¹⁵⁸ a realizar por sí misma la determinación del impuesto respectivo. Para ello, la administración está investida de una serie de facultades destinadas a facilitarle el cumplimiento de su labor, debido a que para establecer la existencia del hecho generador y de la base imponible, deberá fundamentarse en hechos ciertos y debidamente probados. Puede entonces la administración solicitar al contribuyente la exhibición de declaraciones, informes, libros y documentos relacionados con los hechos generadores de obligaciones tributarias, y pedir también las aclaraciones por parte del contribuyente que considere necesarias.¹⁵⁹ Además, como se expresó en líneas anteriores, entre los deberes formales del

partir de indicios serios y precisos, no pudiendo valerse de ‘presunciones de presunciones’ o de constataciones vagas o insuficientes...”. *Ibíd*em, p. 496.

¹⁵⁷ Código Tributario, artículo 344 numeral 6.

¹⁵⁸ *Ibíd*em, artículo 68.

¹⁵⁹ *Ibíd*em, artículo 96 numeral 3.

contribuyente se encuentra aquél que implica facilitarle a la administración las inspecciones o verificaciones tendientes al control o a la determinación del tributo.¹⁶⁰

De lo manifestado entonces, pese a haberse dado el acto consciente y voluntario de omisión de ingresos, puede que éste no sea malicioso y de hecho no daría lugar a la presunción de dolo (al no configurarse todos los elementos de la infracción) si es que el contribuyente colaborara totalmente con la administración en la determinación del tributo, facilitándole documentos, registros, aclaraciones y demás; todo esto sin perjuicio de que la administración en realidad encontrase un desfase entre lo efectivamente declarado y lo constante en los registros respectivos, pues sin duda alguna, dicho desfase no se ha producido a través de un acto de engaño u ocultación, sino simplemente por un descuido o error.

Situación diferente se presentaría si al realizarse la determinación directa por parte del sujeto activo de los tributos, el contribuyente no colaborara con la labor de la administración, no exhibiendo registros, no permitiendo inspecciones o verificaciones, entre otras actitudes más (las cuales en sí, no constituyen delito sino solamente incumplimiento de deberes formales). De persistir la duda por parte de la administración, al amparo del artículo 345 inciso último del Código Tributario, podrá formular la denuncia respectiva ante el Agente Fiscal correspondiente por la presunción de la comisión de una infracción tributaria, si durante la etapa de instrucción fiscal (en estos casos ya no habría la fase de indagación previa) mediante orden judicial se ordena el allanamiento del local del contribuyente y se realiza el respectivo peritaje (medio de prueba más utilizado en este tipo de delitos) y se hallaren los registros, documentos, y demás, que efectivamente demuestren la omisión de ingresos, creemos que en estas circunstancias el tipo se configuraría plenamente, pues la omisión de ingresos se habría dado a través de un acto de engaño u ocultación, situación que se evidencia en la resistencia del contribuyente de colaborar con la administración. A nuestro criterio el dolo en el accionar del sujeto pasivo de los tributos quedaría

¹⁶⁰ Ibídem, artículo 96 numeral 2.

acreditado con la constatación de los hechos antes descritos, en tal sentido, la intención maliciosa se la deduciría o extraería de las circunstancias externas que rodearon la realización del acto.

Lo manifestado lo fundamentamos en el criterio de José Luis Seoane, quien respecto de lo regulado en la legislación española sobre la defraudación fiscal, en la cual está proscrita toda forma de presunción de dolo, expone:

“Es unánime doctrina y jurisprudencia (...) en el sentido de que la comisión del delito fiscal exige la existencia de dolo, es decir, del ánimo defraudatorio que ha de resultar debidamente probado, lo que no es otra cosa que una exigencia del principio culpabilístico proclamado en el art. 10 del CP, cuando señala que son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley. No obstante, la determinación de la concurrencia del *animus* defraudatorio, como elemento interno que es, y como tal no aprehensible directamente por los sentidos, ha de hacerse mediante *facta concludentia* o juego de inferencias, derivadas de actos anteriores, coetáneos o posteriores que corresponde decidir al Juzgador (...)”.¹⁶¹

De lo expresado por este autor, concluimos que si en el ejemplo citado el contribuyente omitió ingresos, no justificó dicha omisión, no colaboró con la administración en la determinación del tributo, y se comprobó que efectivamente existía un desfase en la declaración, el dolo quedaría demostrado sobre la base de los actos que rodearon la ejecución del delito.

En la obra de Seoane, encontramos un ejemplo respecto de cómo la actitud de colaboración u obstrucción del contribuyente hacia la administración, puede constituirse en un factor que incida en la demostración de dolo en el accionar de los agentes. Uno de los casos expuestos es el de un jugador de fútbol (en el cual se discutía si la omisión puede ser considerada como defraudación) en el que la actitud mostrada por éste hacia la administración, permite concluir la inexistencia de dolo en su accionar. Así, en la parte que interesa al presente trabajo investigativo se expresa: “(...) si a todo ello se une **su colaboración**

¹⁶¹ José Luis Seoane, El Delito de Defraudación Tributaria, p. 103.

activa con el Fisco y con el Juzgado, **dando toda clase de facilidades**, no fue apreciada tampoco la intención o *animus* de defraudar”.¹⁶² (Resaltado es mío)

Aplicando al caso ecuatoriano lo señalado, considero que la determinación de dolo mediante *juego de inferencias* se podrá realizar únicamente en los casos de defraudación fiscal de los numerales 4, 6, 11, 13 y 14, pues es perfectamente factible que cometido el acto, el contribuyente ya sea por error, culpa o negligencia, demuestre su no intención maliciosa mediante comportamientos anteriores, presentes o posteriores. Por ejemplo: colaborando abiertamente con la labor de determinación de la administración, rectificando voluntariamente los errores constantes en los datos otorgados, o en el caso de que el agente de percepción o retención alegue no haber ingresado los tributos debidos por cualquier motivo que no implique dolo (fallas en su registro contable informático, etc.) pero aclarando que la percepción de los mismos fue realizada en debida forma y solicitando una prórroga a la administración en el plazo para su entrega; o por ejemplo, al beneficiarse de una exención o estímulo fiscal, se podría alegar por parte del contribuyente la no existencia de dolo en su conducta, al demostrar que previo a la declaración de impuestos respectiva, éste realizó una consulta a la administración para obtener la debida información respecto de la aplicación de las leyes tributarias a su caso específico, no obteniendo ninguna respuesta por parte de las autoridades competentes para ello. Y en general, cualquier tipo de circunstancia que sea favorable hacia el contribuyente.

Sin embargo, en determinados casos de defraudación fiscal, somos del criterio de que el dolo va implícito en su realización, por la forma cómo estos actos se realizan y por la precisión o detalle con la cual el legislador ha procedido en su descripción (cuestión que se detallará más adelante).

¹⁶² José Luis Seoane respecto de la mentada jurisprudencia en la parte que nos interesa expone: "(...) Igualmente se argumentó que, en tal caso, no concurría el dolo específico de defraudar, pues, en una cláusula de su contrato como jugador de fútbol profesional, constaba que sus ingresos serían líquidos y que los impuestos le serían abonados por el Barcelona FC, lo que le pudo haber inducido a error sobre su obligación tributaria, y si a todo ello se une su colaboración activa con el Fisco y con el Juzgado, dando toda clase de facilidades, no fue apreciada tampoco la intención o *animus de defraudar*." *Ibidem*, p. 89.

Ahora bien, en lo que se refiere a la presunción de dolo, es necesario aclarar una cuestión elemental, como se puede apreciar de la comparación entre Argentina y Ecuador, pese a existir similitudes respecto a la complementariedad de normas, resaltan también notorias diferencias: por ejemplo, en Argentina la norma que da lugar a esta presunción es absolutamente clara al expresar que: <<se presume, salvo prueba en contrario, que existe la voluntad de producir declaraciones engañosas o de incurrir en ocultaciones maliciosas cuando>>. ¹⁶³

La situación en el caso ecuatoriano es totalmente distinta, debido a que, consideramos que del artículo 316 no se puede extraer fundamento jurídico válido para llevar a cabo la presunción de dolo, pues la norma en mención parece hacer referencia únicamente a los actos descritos en el artículo 344, los mismos que resultan insuficientes para configurar el delito de defraudación, en razón de la necesidad de comprobar también los elementos del tipo del artículo 342.

Creemos entonces que no existe norma en el Código Tributario que avale la presunción de dolo, y de hecho, si es que el referido artículo 316 se utilizará por parte de las autoridades judiciales para ello, esta situación sería refutable, no solo por la garantía constitucional de presunción de inocencia, sino también por la complementariedad funcional de normas y, además, por la distinción existente entre conciencia y voluntad de realizar los actos, y conciencia y voluntad de realizar el delito, pues consideramos que existe cierta confusión a nivel doctrinario en lo referente a este tema, mientras que nuestro Código Penal expone claramente cuál es el significado de imputabilidad: “Nadie puede ser reprimido por un **acto** previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con **voluntad y conciencia**”. ¹⁶⁴ (El resaltado es mío)

Somos del criterio de que no existiese duda respecto de la presunción de dolo, si la norma ecuatoriana al igual que la argentina afirmara lo siguiente: *se presumirá que existió la voluntad de llevar a cabo un acto de simulación, ocultación, omisión, falsedad o engaño, en los siguientes casos.....*, o también,

¹⁶³ Ley 11.683 de Argentina, artículo 47.

¹⁶⁴ Código Penal, artículo 32.

si la norma manifestará: *en los delitos, los actos y omisiones que los constituyen se presumen defraudatorios o evasivos*. Debido a que, si la norma estuviese redactada en este último sentido, al verificarse uno de los actos descritos en el código se consideraría que estos tuvieron la intención de defraudar salvo prueba en contrario, pues se entenderían abarcados todos los elementos necesarios para producir la defraudación, entre ellos el *ardid* o engaño, ya que al ser éste un requisito constitutivo del delito, la presunción del acto como consciente y voluntario nada aporta en su configuración.

Consideramos así que la voluntad de legislador fue efectivamente la de instaurar la presunción del actuar doloso en el ámbito penal tributario en nuestro país, no obstante, la errónea redacción y los equívocos términos empleados para ello, resultan insuficientes para cumplir con este fin.

Para aclarar lo dicho, hacemos referencia a un caso específico: el llevar doble contabilidad deliberadamente constituye un caso de defraudación, no obstante, es factible que una empresa a través de las personas competentes para ello, realice el acto consciente y voluntario de llevar doble contabilidad y, sin embargo, este acto no sea malicioso; por ejemplo, al llevar doble contabilidad porque dicha empresa es una multinacional y debe conciliar sus resultados con la empresa madre que le impone reglas distintas a las que imponen las normas ecuatorianas.¹⁶⁵ Entonces, el hecho de que el acto se presuma consciente y voluntario no eximirá al Agente Fiscal del deber de demostrar también --para la plena configuración del delito-- el resto de elementos del tipo; es decir, que tal acción se haya realizado a través de actos de simulación, ocultación, omisión, falsedad o engaño como *medio comisivo* y que haya inducido a error a la administración o haya provocado el no pago de tributos debidos como *resultado*, todo esto sin perjuicio de que por la naturaleza misma de este caso de defraudación, comprobado el tipo, el dolo se lo deduzca de manera implícita en su ejecución. Para aclarar este último tema hacemos referencia a Carlos María Folco, quien al referirse a la doble contabilidad considerada en la legislación mexicana como un delito fiscal,

¹⁶⁵ Ejemplo otorgado por Carmen Simone Lasso, Dirección de tesis, maestría en Derecho mención Derecho Tributario, UASB sede Ecuador, 2011.

expone: “Es una verdad de Perogrullo que innumerables empresas llevan tres contabilidades; la que presentan a bancos y entidades financieras para acceder a créditos, la que presentan ante la autoridad fiscal y la contabilidad real, guardada celosamente en sus archivos”.¹⁶⁶

De lo manifestado por este autor, podemos concluir que si el Agente Fiscal durante el proceso penal correspondiente, demuestra que cierta empresa ha presentado a una entidad financiera libros de contabilidad que difieren totalmente con los expuestos ante la administración tributaria, por ejemplo, adjudicándose en el segundo de ellos ingresos mucho más bajos de los que realmente ha obtenido, resultaría inconcebible alegar la no existencia de dolo directo de evasión en el accionar del agente delictivo.

Ahora bien, como se manifestó en líneas anteriores, somos del criterio de que el artículo 316 de nuestro Código Tributario no goza de fundamento jurídico válido para aplicar la presunción de dolo; no obstante, nos ratificamos en la idea de que determinados casos de defraudación fiscal establecidos en nuestra normativa, pueden llevar implícita en su realización la culpabilidad correspondiente, por lo que, como presupuesto para la aplicación de la sanción respectiva, será necesario solamente acreditar su ejecución junto con los demás elementos objetivos del tipo. Por ejemplo, en el caso citado de la doble contabilidad, una vez comprobado plenamente la conducta descrita en la norma y los demás elementos objetivos del tipo, creemos que no sería factible de que se alegare por parte del agente delictivo la no existencia de dolo en su accionar, pues acudiendo a una analogía, sería igual el caso de que acreditada la autoría de un sujeto mayor de edad respecto de la violación a un infante, éste invocará en su defensa la no existencia de dolo en su conducta, circunstancia totalmente improbable de suceder por la naturaleza misma del delito y por las situaciones externas que rodean su ejecución. Todo esto sin perjuicio de que tanto en uno como en otro caso, sea factible la alegación de causas de exculpabilidad, por ejemplo: coacción moral, fuerza mayor, y en el campo penal tributario específicamente el haber actuado bajo

¹⁶⁶ Carlos María Folco y otro, *Ilícitos Fiscales. Asociación ilícita en materia tributaria*. Ley 25.874, p. 268.

engaño,¹⁶⁷ siendo necesario recordar que ni el Código Tributario ni el Código Penal como norma supletoria, regulan expresamente el error de tipo, por lo que su invocación no sería posible. Así, también, es necesario recalcar que con criterio contrario de algunos y favorable de otros, nuestra ley no permite el error de derecho en materia penal tributaria como eximente de responsabilidad, salvo la excepción contemplada en la norma.¹⁶⁸

Pues bien, en la misma situación de la doble contabilidad podrían situarse otros casos de defraudación fiscal, por ejemplo, si la administración comprueba que un contribuyente en su local comercial está entregando como comprobantes de la transacción realizada, facturas emitidas por un ente no autorizado por el Servicio de Rentas Internas (SRI), hecho a través del cual, se estaría evadiendo el pago del impuesto al valor agregado (IVA), no habría forma de invocar la no existencia de dolo en su conducta; o por ejemplo, el tratar de reducir la base imponible del impuesto a la renta (IR) alegando gastos ficticios fundamentados en facturas notoriamente falsas (ejemplo que se expondrá más adelante), lleva implícita también la culpabilidad en el accionar del agente delictivo.

Refiriéndonos a un caso concreto, según nuestro Código Tributario, constituye delito de evasión el simular uno o más actos o contratos para obtener o dar un beneficio de subsidio, rebaja, exención o estímulo fiscal.¹⁶⁹ Pues bien, sobre la base de nuestra normativa, se deducirán para el cálculo de la base imponible del impuesto a la renta, entre otros, las pérdidas comprobadas por caso fortuito, fuerza mayor o por delitos que afecten económicamente a los bienes de la respectiva actividad generadora del ingreso, en la parte que no fuere cubierta por indemnización o seguro y que no se haya registrado en los inventarios.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Código Tributario, artículo 317.

¹⁶⁸ Para la aclaración debida del tema en cuestión, son contundentes las palabras de Boris Barrera Crespo, quien al referirse a la excepción constante en el artículo 312 de nuestro Código Tributario expone: "(...) El motivo obedece, en que si bien se admite expresamente una salvedad a la misma, ésta solo está relacionada a la conducta de los funcionarios de la administración tributaria, más no a los agentes del delito. Únicamente la presunción es *luris Tantum*, cuando el agente, que actúa asesorado por el funcionario, transgrede la ley, acogiendo una instrucción dolosa, culposa, o por error de éste." Boris Barrera Crespo, *El Delito Tributario*, p. 38.

¹⁶⁹ Código Tributario, artículo 344 numeral 12.

¹⁷⁰ Ley de Régimen Tributario Interno, artículo 10 numeral 5.

En el hipotético caso de que una empresa que se dedica a prestar servicios informáticos de cualquier índole (servicios de programación, etc.), simulare el acto de robo, hecho a través del cual, todas las computadoras que se constituían en los bienes relacionados con la actividad generadora del ingreso han sido aparentemente sustraídas, y de esta manera, tratar de deducir los gastos que le ha ocasionado esta falsa pérdida del cálculo de la base imponible del impuesto a la renta; si se llegare a comprobar fehacientemente que el robo fue un acto previamente planeado por los propios socios de la empresa ¿cómo alegar que no hubo dolo directo de defraudación en el accionar del contribuyente?

Analicemos otro ejemplo relacionado igualmente con el numeral 12 del artículo 344 del Código Tributario. Una de las formas más utilizadas para la evasión de impuestos es el aparentar la constitución de empresas privadas sin fines de lucro; es decir, las llamadas fundaciones que sobre la base de nuestra normativa,¹⁷¹ sus ingresos estarán exentos del pago del impuesto a la renta, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en la ley y que sus bienes e ingresos se destinen exclusivamente al fin para el cual han sido creados. No obstante, en el supuesto no consentido de que se llegare a demostrar que durante varios años esta empresa privada destinaba más de la mitad de sus ingresos a otras actividades distintas, de cualquier índole, que le han estado generando fuertes ganancias y, por lo tanto, se comprobare que el contrato de constitución de la empresa como fundación sin fines de lucro se realizó únicamente con el

¹⁷¹ Ibídem, artículo 9 numeral 5: <<Para fines de la determinación y liquidación del impuesto a la renta, están exonerados exclusivamente los siguientes ingresos: Los de las instituciones de carácter privado sin fines de lucro legalmente constituidas, definidas como tales en el Reglamento; siempre que sus bienes e ingresos se destinen a sus fines específicos y solamente en la parte que se invierta directamente en ellos. Los excedentes que se generaren al final del ejercicio económico deberán ser invertidos en sus fines específicos hasta el cierre del siguiente ejercicio. Para que las instituciones antes mencionadas puedan beneficiarse de esta exoneración, es requisito indispensable que se encuentren inscritas en el Registro Único de Contribuyentes, lleven contabilidad y cumplan con los demás deberes formales contemplados en el Código Tributario, esta Ley y demás Leyes de la República. El Estado, a través del Servicio de Rentas Internas verificará en cualquier momento que las instituciones a que se refiere este numeral, sean exclusivamente sin fines de lucro, se dediquen al cumplimiento de sus objetivos estatutarios y, que sus bienes e ingresos se destinen en su totalidad a sus finalidades específicas, dentro del plazo establecido en esta norma. De establecerse que las instituciones no cumplen con los requisitos arriba indicados, deberán tributar sin exoneración alguna (...)>>.

objetivo de evadir el pago de impuestos, no encontramos tampoco en estas circunstancias posibilidad alguna de que sea factible alegar por parte de los contribuyentes la no existencia de dolo directo de defraudación en su accionar.

Para una mejor comprensión del tema en cuestión, considero necesario remitirme nuevamente a lo regulado en la legislación española. Pues bien, pese a que en el Estado español no se admita la presunción del actuar doloso, no obstante, en la obra de José Luis Seoane se mencionan determinadas formas de realización del delito de defraudación establecidas en el Código Penal de aquel país, a través de las cuales, se podría considerar que una vez probado el hecho, se demuestra a su vez la culpabilidad; conductas estas que podrían tener semejanza con algunos de los casos de defraudación fiscal establecidos en nuestro Código Tributario. Por ejemplo, el emitir o aceptar comprobantes de venta por operaciones inexistentes o cuyo monto no coincida con el correspondiente a la operación real.¹⁷²

Expone el mentado autor:

“Estructura Organizada: Es una reacción contra la figura del fraude, que desde la entrada del IVA, ha ido progresivamente desarrollándose (...) Se trata del uso de facturas falsas que permiten la deducción del IVA soportado, y al mismo tiempo la deducción de su importe neto en el IRPF y en el IS de profesionales y empresarios. En definitiva, se trataba de un supuesto de defraudación fiscal, ya conocido en la praxis de nuestros Tribunales de Justicia, a través del cual el empresario individual o social, que compraba facturas falsas, consigue, de tan irregular forma, aumentar los gastos del ejercicio económico de su actividad empresarial, disminuyendo, en consecuencia, los beneficios, y con ello la base imponible del impuesto de sociedades o del impuesto de la renta de las personas físicas (...) con la promesa de que el vendedor ingresaría el IVA correspondiente de tan ficticios documentos en Hacienda, a los efectos de dificultar el descubrimiento del fraude aparentemente perfecto. No obstante lo cual, dado que las sociedades facturadoras, en numerosas ocasiones, no declaraban dichas operaciones ficticias a Hacienda, y como quiera que si lo hacían las empresas compradoras, al cruzarse los datos correspondientes en las delegaciones del referido organismo

¹⁷² Código Tributario, artículo 344 numeral 10.

público, el fraude fiscal era descubierto por los servicios de Inspección, comprobándose entonces, sin mayores dificultades, la falsedad de las operaciones que se reflejaban en tales facturas”.¹⁷³

Ahora bien, sobre la base del ejemplo propuesto y aplicándolo a lo manifestado por nuestro código, nos ratificamos en la idea de que una vez comprobada la realización de la conducta descrita en la norma, la misma que desde luego cumple con los demás elementos objetivos del tipo, pues, se ha dado a través de un acto de falsedad y ha inducido a error a la administración a la hora de calcular la base imponible del impuesto a la renta y de las sociedades, no existe ya necesidad de probar el dolo respectivo, en razón de que, la intención maliciosa o dañina del contribuyente, esto es, la voluntad de perjudicar al fisco y evadir el pago de cierta de cantidad por concepto de tributos debidos, se hace latente con la sola manifestación de los actos, al comprobar la administración que las operaciones constantes en las facturas respectivas nunca se realizaron sino únicamente se simularon con el propósito de incluir dolosamente costos que a su vez reduzcan los ingresos o beneficios obtenidos. Acudiendo a una analogía, sería el mismo el caso de que al comprobarse la autoría de un sujeto mayor de edad respecto de un asesinato cometido con violencia excesiva, éste invocare en su favor que su intención *no era matar*, y el contribuyente manifieste que su intención *no era evadir*, circunstancias sumamente imposibles debido a los factores externos que rodean la comisión del hecho delictivo.

Es necesario resaltar la diferencia existente entre los numerales 3 y 10 del artículo 344 del Código Tributario ecuatoriano, ya que si bien en ambos casos se da el uso doloso de comprobantes de venta, la distinción viene dada al tratarse en el segundo de ellos de comprobantes efectivamente autorizados por el SRI, sin embargo de lo cual, el contenido de los mismos es falso.

Siguiendo a la generalidad de la doctrina, se podría definir a los comprobantes de venta como: aquellos documentos debidamente autorizados por la administración tributaria, cuyo objetivo principal implica la prueba, control y respaldo de las transacciones realizadas por los contribuyentes en el ejercicio

¹⁷³ José Luis Seoane, El Delito de Defraudación Tributaria, pp. 93-94.

de sus actividades económicas, ya sea por la prestación de servicios o por el intercambio de bienes. Pues bien, como se puede apreciar del ejemplo de Seoane recientemente citado, el fraude fiscal asociado a los comprobantes de venta vendría dado fundamentalmente por la inexistencia de operaciones reales que se constituyan en el soporte o base de su emisión, todo ello con la intención de reducir la base imponible del impuesto a la renta, situación que podrá presentarse tanto a *pequeña* como a *gran escala*. En el primero de los supuestos, según nuestra legislación,¹⁷⁴ son deducibles del cálculo de la base imponible del impuesto a la renta, los gastos que se realicen por concepto de pago de arriendo o intereses para la adquisición de vivienda, gastos destinados a salud, educación, entre otros más; entonces, si por ejemplo una persona busca deducir de su impuesto a la renta los gastos realizados por concepto de salud, y en contubernio con un médico adquiere facturas por consultas médicas inexistentes, ya que el único propósito será la obtención de dichos comprobantes de venta para la posterior inclusión de costos en el IR (desde luego que el médico al convertirse en un agente de percepción deberá declarar y entregar a la administración al final de cada mes el IVA retenido por concepto de estas operaciones) situación que es muy factible de suceder pues si las consultas médicas ascienden al costo de cien dólares, mientras el contribuyente deduce esta cantidad de su impuesto a la renta, el agente de percepción solamente abonará el 12% de la misma; es decir, doce dólares, existiendo un déficit por demás notorio.

Sin embargo de lo manifestado, la emisión de comprobantes de venta por operaciones inexistentes encuentra su campo más amplio de aplicación a *gran escala*; esto es, entre empresas cuyas transacciones realizadas ascienden a cantidades exorbitantes. En concreto, el caso de defraudación fiscal establecido en el numeral 10 del artículo 344, por su naturaleza misma y por su descripción, lleva implícita en su realización la culpabilidad correspondiente, debido a que, la inexistencia de operaciones o cuyo monto no

¹⁷⁴ Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno, artículo 31: <<Gastos personales.- Las personas naturales podrán deducirse sus gastos personales, sin IVA ni ICE, así como los de su cónyuge o conviviente e hijos menores de edad o con discapacidad, que no perciban ingresos gravados y que dependan del contribuyente. Los gastos personales que se pueden deducir, corresponden a los realizados por concepto de: vivienda, educación, salud, alimentación y vestimenta (...)>>.

coincida con el correspondiente a la operación real, hace referencia a la falsedad de los comprobantes de venta. El término falso siguiendo a Guillermo Cabanellas de Torres implica: <<opuesto o contrario a la verdad; inexacto, incierto. Ilegal o imitación de lo legal. Simulado, fingido (...) >>. ¹⁷⁵

No encontramos forma entonces de que al demostrar la administración o el Agente Fiscal que las operaciones constantes en los comprobantes de venta nunca se produjeron, sea factible alegar la no intencionalidad de evasión por parte del contribuyente, pues sería el mismo el caso de considerar que puede no existir dolo cuando un sujeto adquiere varias deudas con diferentes acreedores, realizando el pago de las mismas con cheques falsos; es decir, aunque dichos documentos estén debidamente autorizados por una institución financiera, sin embargo, la cuenta a la que se destina su cobro carece de fondos, situación que al presentarse ante varios acreedores por cantidades de dinero elevadas, es simplemente imposible que en el acto no vaya inmerso el dolo directo de estafa.

Para finalizar lo referente a este caso de defraudación, cito las palabras de Carlos María Folco, quien al referirse a la utilización de documentos falsos, situación que en México es considerada como un caso de defraudación fiscal agravada, expone: “Esta es una forma extremadamente generalizada de defraudar al Fisco, consistente en el uso de documental falsa, apócrifa o adulterada, tendiente a aumentar fraudulentamente deducciones, exenciones y/o créditos por impuestos pagados”. ¹⁷⁶

Ahora bien, es necesario resaltar una cuestión elemental: la diferencia entre los casos de defraudación establecidos en los numerales 5 y 10 del artículo 344 del Código Tributario ecuatoriano, viene dada porque en el primero de ellos, la falsedad recae sobre los documentos propiamente dichos; es decir, sobre permisos, guías, facturas (la factura es un comprobante de venta) etc., mientras que en el segundo de los supuestos, la falsedad versa sobre el contenido mismo de los documentos; sin embargo de lo cual, estos si son auténticos. Resalta también la diferencia existente entre el mencionado numeral 5 y el numeral

¹⁷⁵ Guillermo Cabanellas de Torres, *“Diccionario Jurídico Elemental”*, Buenos Aires, Heliasta SRL, 1993, p. 165.

¹⁷⁶ Carlos María Folco y otro, *Ilícitos Fiscales. Asociación ilícita en materia tributaria. Ley 25.874*, p. 249.

3 del artículo 344 del código, ya que en éste último se hace mención a comprobantes de venta simplemente no autorizados, mientras que en el primero de los mencionados casos de defraudación fiscal, se utilizan los términos *falsificación o alteración*, al primero de los cuales se lo podría definir como la <<adulteración, corrupción, cambio o imitación para perjudicar a otro u obtener ilícito provecho (...) delito de falsedad cometido en documento público o privado (...)>>. ¹⁷⁷

Básicamente los documentos de control a los que hace referencia el numeral 5 del artículo 344, tienen vigencia principalmente en el ámbito aduanero y se los podría conceptualizar como: aquellos destinados a la vigilancia del contenido, cantidad, calidad, origen, destino, etc., de cada uno de los productos trasladados por concepto de importación o exportación, todo esto en aras de evitar el ingreso o salida de mercancía ilícita, prohibida o no registrada en debida forma.

Somos del criterio de que por la naturaleza misma de las inconductas exigidas por la norma, al igual que en los casos analizados en líneas anteriores, el dolo del agente va implícito en su realización, ya que resulta sumamente inconcebible que se produzca una alteración o falsificación de documentos destinados a control, de manera únicamente culposa o involuntaria, de tal manera que será necesario solamente la demostración de la autoría material sobre dichos actos o en su caso de la autoría intelectual o simplemente que el agente haya conocido que tales documentos sufrieron una alteración o falsificación, para así acreditar el dolo respectivo. Sobre el tema, parecen pertinentes las palabras de Osvaldo H. Soler, quien respecto de los comprobantes falsos, a través de los cuales se puede producir la simulación dolosa de pago, tipificada en Argentina como delito (sobre el punto se puede aplicar una analogía ya que la conceptualización del término *falsedad o falso* será la misma ya sea que recaiga sobre comprobantes, permisos, guías, actas, etc.) expone: “Constituye igualmente delito la utilización de un comprobante falso,

¹⁷⁷

Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, p. 165.

aún cuando **el mismo hubiera sido creado por un tercero**, debiendo entenderse por uso el empleo del comprobante según su destino específico”.¹⁷⁸ (El resaltado es mío)

Analizando otro de los casos de defraudación fiscal, establecido en el numeral 7 del artículo 344 del Código Tributario, se puede concluir lo siguiente: la acción rectora utilizada por la norma es el término *alteración* (término empleado también por el numeral 5), la palabra alterar se la podría conceptualizar como: <<(…) cambiar la esencia o forma de una cosa (…) --entre sus sinónimos estarían-- *bastardear, desnaturalizar, viciar, tergiversar* (...).>>¹⁷⁹ Pues bien, por la naturaleza y significado mismo de este término, somos del criterio de la imposibilidad de que la conducta descrita en la norma se realice de manera involuntaria o sin intención, a diferencia de lo que ocurre en otros casos de defraudación fiscal que emplean términos como: proporcionar, utilizar, omisión, inclusión, destrucción, falta de entrega. Debido a que, consideramos que es perfectamente factible que por ejemplo, se produzca una omisión de ingresos de manera involuntaria (por culpa o negligencia) o que se origine la destrucción de libros o registros de contabilidad así mismo sin intención alguna (por fuerza mayor o caso fortuito).

Nótese que la norma en análisis no describe un simple cambio o sustitución de datos en los libros y registros de contabilidad y demás (lo cual si podría ocurrir de manera involuntaria) sino que del significado citado, se concluye que el término alteración implica ir en contra de la esencia misma del contenido del documento, de tal manera que éste se vuelva inoperante para la función a la cual estaba previamente destinado, pues su parte medular como tal ha variado de una manera sustancial. Un ejemplo claro de lo que constituye el término alteración, sería el distorsionar una letra de cambio que contenía una obligación pura, líquida y a plazo vencido, de tal manera que si en ésta previamente constaba una cantidad por cobrar de mil dólares, dicha alteración pretenda lograr posteriormente el cobro doloso de diez mil dólares.

¹⁷⁸ Osvaldo H. Soler, Derecho Tributario. Económico Constitucional-Sustancial Administrativo-Penal, p. 451

¹⁷⁹ Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado, p. 55.

De lo hasta ahora manifestado, lo que podríamos concluir es que por la precisión de los términos conforme a los cuales están redactados algunos de los casos de defraudación fiscal, por ejemplo, los de los numerales 5, 7 y 12 (cuyas acciones rectoras son: falsificación, alteración, simulación) no es factible que los mismos se realicen sin intención, pues, acudiendo a una analogía ¿sería posible que sobre la base de la forma cómo está redactado el delito de robo en nuestro Código Penal,¹⁸⁰ éste pueda realizarse sin intención? Desde luego que consideramos que no habría forma de que esta situación se produjera, no obstante, claro que se podrían alegar causas de justificación (estado de necesidad) o de exculpabilidad (coacción moral).

En los casos de los numerales 3 y 10, si bien los términos empleados no son contundentes como en el resto de normas mencionadas, no obstante, creemos que la referencia normativa realizada hacia los *comprobantes de venta*, es lo que permite concluir la imposibilidad de llevar a cabo su realización de manera involuntaria, pues por ejemplo, en el numeral 4 se hace mención a la utilización en las declaraciones tributarias o en los informes que se suministren a la administración tributaria, de datos falsos, incompletos o desfigurados. Si bien se emplea también en este numeral el término *falso*, no obstante, dicha falsedad según la norma, no necesariamente deberá fundamentarse en un documento; por lo tanto, la misma podrá provenir de un error cualquiera; por ende entonces, se podrá cometer este último acto sin intención. Caso diferente sería si la norma manifestará que es un caso de defraudación fiscal, el utilizar en las declaraciones o informes, datos falsos, incompletos o desfigurados, fundamentados en documentos igualmente falsos, pues siendo así, concluiríamos también en la no posibilidad de realizar el acto descrito sin intención.

¹⁸⁰ Código Penal, artículo 450: <<El que, mediante violencias o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas, sustrajere fraudulentamente una cosa ajena, con ánimo de apropiarse, es culpado de robo, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitararlo, en el momento de cometerlo, o después de cometido para procurar su impunidad>>

Entonces, en estos casos de defraudación fiscal no se podría alegar no intencionalidad, ni tampoco la ausencia del elemento cognitivo del dolo (error de tipo o error de derecho), debido a su no regulación expresa en nuestra normativa. De esta última afirmación, surge otra conclusión a la que queremos llegar.

Si del artículo 316 del Código Tributario se desprendería la presunción de dolo (criterio que como se manifestó no compartimos) el problema en determinados casos de defraudación fiscal (en los que se utilizan términos precisos como: simulación, ocultación, falsificación,) no surgiría de la norma en mención, pues por ejemplo, de darse la alteración de libros o registros de contabilidad, o la simulación de actos o contratos, no sería factible por parte del contribuyente alegar la existencia de error de tipo o de error de derecho; por lo tanto, la infracción tributaria se convertiría de manera inmediata en consciente y por su naturaleza misma no podría haberse llevado a cabo de manera involuntaria, por ende entonces, se tornaría el delito igualmente en voluntario (sin perjuicio de la alegación de causas de exculpabilidad). Todo esto se originaría pese a la hipotética inexistencia del artículo que dé lugar a la presunción del actuar doloso. En tal sentido, en nada influye que se presuma o no que el acto sea consciente y voluntario, si no hay lugar a una excepción que permita acreditar la inexistencia del elemento cognitivo del dolo: el error. Por lo tanto, la presunción de dolo en estos casos de defraudación fiscal vendría dada más que por el artículo 316 del código, por la no regulación directa del error, pues por ejemplo, es perfectamente factible que obtenida una devolución de tributos, intereses o multas (numeral 14), pese a que en el contribuyente se acredite el elemento cognitivo del dolo (saber que la obtención indebida es un delito), no obstante, se podría alegar no intencionalidad (el contribuyente obtuvo esa devolución porque consideraba que efectivamente tenía derecho a ella, el contribuyente podrá manifestar: *mi intención no fue obtener la devolución indebida*). Distinto será el caso al hablar de una falsificación de facturas, en la cual si se acredita el elemento cognitivo (saber que la falsificación de facturas es un delito), no se podrá invocar la ausencia del elemento volitivo (el agente no podrá afirmar: *mi intención no fue falsificar*).

En el caso de defraudación fiscal plasmado en numeral 1 (*destrucción, alteración u ocultación dolosa de sellos de clausura o de incautación*), creemos igualmente que para considerar acreditado el dolo respectivo, será necesario únicamente demostrar la autoría sea material o intelectual, e inclusive, acreditar solamente el conocimiento del contribuyente respecto de la ejecución de dichos actos, pues insistimos, no existe forma de que se invoque la existencia de error, al no regularse éste en nuestra legislación.

A modo de conclusión de este acápite y previo al análisis de uno de los pocos casos de defraudación fiscal tramitados y sancionados en nuestro país, en el cual se constatará que en realidad la garantía de presunción de inocencia en los términos aquí expresados, sí es observada y respetada en el procedimiento sancionador tributario, pues la conducta dolosa del obligado tributario es acreditada a través de la prueba y demostración de la diversidad de circunstancias que rodean la ejecución del delito. Debemos insistir que consideramos que en los casos de defraudación fiscal establecidos en los numerales 1, 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 12 del artículo 344 del código de la materia, la presunción de inocencia como garantía del debido proceso se respetará, si es que el *onus probandi* que recaerá sobre el Agente Fiscal, versa sobre la demostración de la autoría material, intelectual o del conocimiento del obligado tributario sobre dichos actos. En tal sentido, no creemos que la demostración del dolo se pueda realizar a través de *juego de inferencias*. Así, como por ejemplo, en el delito de falsificación de firmas o de documentos públicos o privados, la observancia del debido proceso implica que mediante el procedimiento previamente establecido en la ley, el presunto culpable sea considerado inocente hasta que su autoría respecto de dichas falsificaciones no haya sido cabal y plenamente demostrada a través de los medios de prueba pertinentes, como peritajes, exámenes grafológicos, etc. Lo mismo que en el delito de robo, el análisis de los hechos exteriores que rodean a la ejecución del delito pueden influir solamente como causa de justificación (estado de necesidad) o como circunstancias atenuantes, pero no como factores que podrían llevar a la conclusión de que el agente no actuó con intención de robar, pues esta circunstancia es absolutamente imposible, por ende entonces, la presunción de inocencia en estos casos igualmente

consistirá en no ser considerado culpable hasta que se demuestre la autoría sobre estos ilícitos. De igual forma, existen otros ejemplos en el derecho penal común, como: la violación, el homicidio por precio, el asesinato, el proporcionar golpes o heridas graves, entre muchos otros supuestos más, en los cuales, *el juego de inferencias* en nada contribuye a la acreditación del dolo.

Situación diferente se presentará en los casos de los numerales 4, 6, 11, 13 y 14, los cuales no contienen una definición precisa o detallada, o no utilizan términos contundentes que permitan asociar el acto a la culpabilidad, pues por ejemplo, es factible que el contribuyente al presentar su declaración del IR, considere que por ley tiene derecho a determinadas deducciones, rebajas o retenciones, hecho en el cual no existe la intención plena de evadir tributos; o que en la mencionada declaración, se presenten datos incompletos o falsos, los cuales sin embargo se han producido por descuido, culpa o negligencia. En todas estas circunstancias entonces el dolo deberá ser acreditado mediante el respectivo *juego de inferencias*, por lo que la garantía de presunción de inocencia versará sobre la demostración de la autoría de la infracción, así como también de la respectiva intencionalidad del agente en su comisión. Como sucedería por ejemplo en el derecho penal común, al hablar de la muerte de un paciente en una operación quirúrgica, hecho en el cual la demostración del dolo a través del *juego de inferencias* será totalmente válida, pues la intencionalidad se podrá acreditar mediante diversos actos, como el haber utilizado el instrumental médico adecuado; el haber realizado los respectivos exámenes médicos previos a la operación; el haber empleado la debida diligencia y cuidado en la realización de la misma, etc., circunstancias a partir de las cuales se deducirá la presencia o no del accionar doloso o malicioso.

Siendo necesario finalmente recordar, que a lo largo del presente trabajo investigativo se ha abordado a la institución jurídica del dolo en sus elementos cognoscitivo (conocimiento del tipo y de su antijuridicidad) y volitivo. De lo manifestado entonces, reiteramos que somos del criterio de que el problema de la regulación y demostración del dolo en el ámbito penal tributario en nuestro país, no recae sobre el artículo 316 del Código Tributario, sino principalmente por la no regulación expresa del error de tipo y la no

regulación del error derecho con sus debidas excepciones, pues insistimos en que no se puede presumir algo inexistente, al no regularse el error, los actos desde una perspectiva general siempre serán conscientes; es decir, el elemento cognoscitivo del dolo quedará siempre acreditado (salvo causas de exculpabilidad como el actuar bajo engaño), de ahí entonces la irrelevancia del artículo 316 en mención, y la extrema importancia de la regulación del error en nuestra normativa.

Concluimos manifestando que en el derecho así como en cualquier otra ciencia, nadie nunca puede llegar a tener la verdad absoluta, de tal manera que si bien en el presente trabajo investigativo se ha tratado de realizar una correcta apreciación de nuestra normativa vigente, la misma podrá ser considerada o no como correcta según distintas concepciones o pensamientos

3.2 LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR TRIBUTARIO EN ECUADOR

Como premisa básica, es necesario manifestar que el procedimiento sancionador tributario en Ecuador, se rige por los mismos principios y reglas del procedimiento en materia penal común; por ende entonces, la normativa aplicable será la misma, esto sin perjuicio de que en nuestro Código Tributario se afirme que las normas del procedimiento penal común regirán sólo de forma supletoria.¹⁸¹ Pues la regulación expresa en la normativa de la materia respecto del procedimiento penal que se deberá aplicar a los ilícitos tributarios, es somera y sucinta; tan es así, que son pocos los artículos que se refieren a este asunto, los cuales básicamente destacan la característica de acción pública de instancia oficial que recae sobre este tipo de delitos, de ahí entonces que las acciones penales correspondientes sólo podrán iniciarse e impulsarse por el Ministerio Público,¹⁸² sin perjuicio de que al igual que en el ámbito penal común, la

¹⁸¹ Código Tributario, artículo 354.

¹⁸² Ibídem, artículo 358.

administración tributaria central, seccional o de excepción, pueda actuar como acusador particular en el proceso correspondiente, con todas las prerrogativas y facultades inherentes que ello conlleva.¹⁸³

Ahora bien, la diferencia y característica fundamental del procedimiento penal tributario respecto del procedimiento penal común, viene dada únicamente por la exigencia previo al inicio de la instrucción fiscal, de la emisión del respectivo acto administrativo por parte de la administración tributaria (central, seccional o de excepción) en el cual se establezca la presunción de la comisión de un delito fiscal, requisito que se impone para los casos de defraudación fiscal establecidos en los numerales 3 al 14 del artículo 344 del Código Tributario. En lo que respecta a los casos plasmados en los numerales 1 y 2, bastará solamente la denuncia realizada ante el Agente Fiscal, para dar inicio a la correspondiente acción penal, sin embargo de lo cual, en estas circunstancias si será necesario que previo al comienzo de la etapa instructora, proceda el Agente Fiscal junto con los demás funcionarios competentes para ello (policía judicial, por ejemplo) a realizar la etapa de indagación previa. Esto en razón de que el artículo 359 del código, expresa que en los casos que tengan como antecedente un acto firme o resolución ejecutoriada de la administración tributaria o sentencia judicial ejecutoriada, el Ministerio Público, sin necesidad de indagación previa, iniciará la correspondiente instrucción fiscal. Circunstancia que consideramos debería llevarnos a la conclusión de que fuera de aquellos casos en los cuales no se requiere necesariamente de un acto administrativo previo, ante su ausencia, la investigación deberá iniciarse con la ejecución de la etapa de indagación previa.

De lo manifestado hasta este momento, surgiría la siguiente interrogante: ¿la no exigencia de realizar la fase de indagación previa en ciertos casos de defraudación fiscal, afecta de alguna manera el derecho de los presuntos agentes delictivos al debido proceso?

Consideramos que de ninguna forma ocurre aquello, pues vale recalcar que por ejemplo nuestra normativa para los casos de delitos flagrantes en el ámbito penal común, exime de la obligación de

¹⁸³ Ibídem, artículo 345 inciso último.

proceder a la fase de indagación previa, por lo que capturado el presunto infractor, se realiza dentro de las veinticuatro horas siguientes a su detención, la audiencia de formulación de cargos, e inmediatamente se procede con el inicio de la instrucción fiscal correspondiente.

No creemos que el propósito del Código Tributario sea equiparar la ejecución de un delito fiscal al de un delito flagrante, cuestión que resultaría inconcebible, sino que somos del criterio de que al ser un requisito previo al inicio de la etapa instructora, la conclusión del correspondiente trámite administrativo que presuma la comisión del hecho delictivo. No es que sea del caso hablar de la supresión de la fase de indagación previa, sino más bien consideramos que dicha fase se pone bajo responsabilidad de la propia administración, la cual mediante el uso de las distintas facultades que ostenta (auditorías, inspecciones, verificaciones, etc.) tendrá a su cargo la investigación previa de la comisión del hecho típico.

Pues bien, al ser un requisito *sine qua non* para el inicio de la instrucción fiscal que la presunción del delito se establezca mediante acto administrativo (al cual siguiendo a la generalidad de la doctrina administrativista se lo conceptualizaría como: aquel emanado de autoridad competente con capacidad para crear derechos, obligaciones o efectos jurídicos únicamente de carácter individual más no índole general¹⁸⁴) se otorga la oportunidad al contribuyente de proceder a su impugnación y, por ende, poder establecer los argumentos que considere válidos y necesarios en pro de su defensa. Esta impugnación se podrá realizar tanto en sede administrativa como jurisdiccional, siendo potestativo para el obligado tributario acudir a una u otra instancia.

¹⁸⁴ Sobre el tema, optamos por adherirnos al pensamiento de Juan Carlos Benalcázar Guerrón, quien considera que un acto administrativo de carácter general estaría mal definido, pues sólo las normas son de carácter general, mientras que los actos administrativos regulan situaciones concretas y particulares. Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *notas de clase*, Exposición realizada en el Curso de Derecho Formal Tributario en maestría en Derecho mención Derecho Tributario, UASB, 2011.

Lo señalado se desprende de lo manifestado por nuestra actual Constitución de la República,¹⁸⁵ la cual en su artículo 173 emplea el término *tanto*, el mismo que permite dilucidar la facultad que reposa sobre el obligado tributario de optar por una u otra vía.

Es fundamental sin embargo, enfatizar en el verdadero valor que en el proceso penal se debe otorgar al acto administrativo mediante el cual se presume la ejecución de un hecho típico, para lo cual nuevamente hacemos referencia a José Luis Seoane y lo regulado en la legislación española sobre este tema.

En una de las varias jurisprudencias citadas por el autor,¹⁸⁶ se manifiesta acerca del respeto a la presunción de inocencia y el valor que en el proceso penal se le debe conceder a las actas y diligencias que emanen del procedimiento de inspección de la administración, lo siguiente: “(...) el acta de la Inspección contiene la constatación de unos hechos de los cuales se infiere una notitia criminis suficiente para la apertura de un proceso penal, dentro del cual y en la fase del juicio oral tendrá el valor probatorio como prueba documental que el Juez Penal libremente aprecie, con respeto a todos los derechos reconocidos por el art. 24 C.E (...)”.

Fundamentándonos en lo manifestado por Seoane, podemos concluir que en el caso ecuatoriano para una correcta observancia de la garantía de presunción de inocencia, pese a que según nuestro

¹⁸⁵ Constitución de la República, artículo 173: <<Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial>>.

¹⁸⁶ La mentada jurisprudencia en la parte que nos interesa expresa: “(...) A la luz de esta doctrina constitucional, no es admisible que el proceso penal pueda resultar condicionado por una presunción previa derivada del procedimiento administrativo de inspección y comprobación de la situación tributaria del contribuyente, pues ello significaría que la documentación de la Inspección tendría a efectos penales un valor de certeza de los hechos que en la misma se hacen constar, viniendo obligado el pretendido infractor a destruir aquella certeza mediante la prueba en contrario de su inocencia (...) el acta de la Inspección contiene la constatación de unos hechos de los cuales se infiere una notitia criminis suficiente para la apertura de un proceso penal, dentro del cual y en la fase del juicio oral tendrá el valor probatorio como prueba documental que el Juez Penal libremente aprecie, con respeto a todos los derechos reconocidos por el art. 24 C.E y profusamente interpretados por la doctrina de este Tribunal, que tanto ha insistido en la exigencia, entre otros, del principio acusatorio, el principio de contradicción y los de publicidad, libre defensa del acusado y libre apreciación judicial de la prueba (...)” José Luis Seoane, *El Delito de Defraudación Tributaria*, p. 97.

Código Tributario¹⁸⁷ los actos administrativos gocen de presunción de validez y legitimidad, en el proceso penal no podrán ser apreciados por el Juez de Garantías Penales más que como meras pruebas documentales que junto con las demás pruebas de cargo, deberán acreditar y demostrar fehacientemente tanto la existencia del delito así como la culpabilidad del imputado en su comisión.

Aclarada entonces la diferencia relevante en lo que al presente investigativo interesa, entre el procedimiento sancionador tributario y el procedimiento penal común, sólo nos queda manifestar que al requerirse de dolo para la configuración de los delitos fiscales, al ser plenamente aplicable a estos ilícitos tanto la garantía de presunción de inocencia como el principio de culpabilidad; así como también, dilucidada la cuestión acerca de que del artículo 316 del código más que una presunción de dolo lo que se determina es una presunción de imputabilidad, concluimos que siempre será al Agente Fiscal a quien corresponderá demostrar cabalmente la culpabilidad del imputado en esta clase de delitos. Cuestión que ejemplificaremos con uno de los pocos procesos que sobre este tema se ha llevado a cabo en las cortes y juzgados de nuestro país.

Se trata del juicio Nro. 502-07 recurrido en casación ante la Corte Nacional (ex Corte Suprema) de Justicia, el mismo que fue tramitado ante el Tribunal Penal de Cotopaxi e iniciado por el fiscal de aquella de provincia, mediante denuncia presentada por el SRI en contra de los dueños de una farmacia por violación dolosa o intencional de sellos de clausura interpuestos por la administración tributaria en el local comercial de los infractores. La clausura les había sido impuesta al no cumplir con su obligación de entregar notas de venta por cada una de las transacciones realizadas en el ejercicio de su actividad social.

La conducta por la cual se les sanciona a los agentes delictivos, no es de las descritas en el artículo 344 numeral 1 o 2 del Código Tributario, sino por la tipificada en el artículo 241, Libro Segundo, Título Tercero: De los Delitos contra la Administración Pública, Capítulo III: Violación de sellos, del Código

¹⁸⁷ Código Tributario, artículo 259.

Penal ecuatoriano.¹⁸⁸ Centraremos el análisis en el estudio de la prueba de la culpabilidad de los imputados, dejando de lado las cuestiones por las cuales se interpuso el recurso de casación.

Pues bien, en el presente caso, se da la ruptura de sellos de clausura y la reanudación de las actividades del local comercial pese a que éste se encontraba clausurado. De presumirse el dolo, sería a los acusados a quienes hubiese correspondido demostrar su no culpabilidad, probando, por ejemplo, que no tenían conocimiento de la clausura del local o de las consecuencias o efectos que dicha clausura conlleva, el tiempo de duración de la misma, etc. Sin embargo, todo ello es acreditado a través de prueba presentada por la parte acusadora. Lo manifestado puede desprenderse de lo constante en la sentencia emitida por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia referente al recurso de casación, que en su considerando noveno expresa:

“De la responsabilidad de los acusados.- De la valoración objetiva de las pruebas hecha por el tribunal juzgador a la luz de la sana crítica, como bien lo expresa el representante del Ministerio Público, es evidente que ellos son los directos responsables; pues se destaca que los recurrentes procedieron con plena conciencia y voluntad, **‘conocían que existía la clausura de su farmacia y la razón por la que fue clausurada; y, procedieron voluntariamente a abrir al público para continuar con las ventas pese a esta clausura’ sin que esto haya sido desvirtuado en el juicio**”.¹⁸⁹ (El resaltado es mío)

De lo señalado, se puede concluir que en el presente proceso, la culpabilidad de los imputados no es acreditada por ausencia de prueba de su inocencia, sino a través de hechos probatorios presentados por la parte acusadora.

Consideramos que el caso en mención, puede constituirse en un ejemplo claro respecto de que en determinados delitos una vez que se ha comprobado su realización y se ha acreditado el elemento

¹⁸⁸ Código Penal, artículo 241: <<Los que hubieren roto intencionalmente los sellos serán reprimidos con prisión de seis meses a dos años; y si el culpado fuere el guardián mismo o el funcionario público que ha ordenado o ejecutado la fijación, será reprimido con prisión de uno a tres años>>.

¹⁸⁹ Sentencia emitida por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, dentro del caso Nro. 502-07.

cognitivo del dolo (*conocían de la clausura y la razón por la que el local fue clausurado*), resulta imposible alegar la existencia de no intencionalidad en su ejecución (salvo causas de justificación o exculpabilidad) pues si el local comercial fue reabierto en sus ventas al público, no creemos que exista manera de alegar la ausencia del elemento volitivo de la conducta dolosa.

Continuando con el análisis del proceso, pese a que uno de los imputados alegó en uno de los escritos presentados ante la Primera Sala de lo Penal, que el dolo no ha sido debidamente acreditado,¹⁹⁰ no obstante, consideramos que de la prueba presentada por la parte acusadora se puede concluir claramente los aspectos y circunstancias concretas que fundamentan la culpabilidad.

De entre las varias pruebas adjuntadas por la administración como acusador particular, destinadas a demostrar la existencia del delito, destacamos el acta emitida por la Notaria del cantón Saquisilí, cuya transcripción se realiza en el poder especial conferido por el Director General del SRI a un profesional del derecho para la representación de esta entidad en la causa referida, dicha acta en su parte medular estipula: "(...) la suscrita nos acercamos con el señor XX (...) a la Farmacia XX a realizar una compra de medicamento y una tarjeta de celular, la misma que fuimos atendidos por el propietario, la compra se realizó de manera normal. Debó aclarar que no recibimos factura o nota de venta por la compra realizada."¹⁹¹ De esta forma se acredita entonces la realización de actividad comercial en local pese a que el mismo se encontraba clausurado en fecha anterior.

Por otro lado, consideramos que culpabilidad de los imputados queda plenamente acreditada al demostrar que éstos tenían conocimiento de la clausura de su local, entre otras razones, por el acta de clausura correspondiente emitida por el SRI.

¹⁹⁰ "El Sr. representante del Ministerio Público, quién actuó en la audiencia. Lamento decirlo, se ha limitado a leer la sentencia, de allí su continuo error en la identificación de la farmacia y del lugar de los hechos. Su convicción acerca de la culpabilidad y el dolo de los acusados es tan solo un sofisma. Y puedo demostrarlo. Si se estudia la transcripción textual de la audiencia de juzgamiento de fjs. 463 y siguientes del 5to. cuerpo. Se constará que la fundamentación de la sentencia no solo es impertinente sino absurda." Escrito presentado ante la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, dentro de la causa Nro. 502-07.

¹⁹¹ Cita tomada del contenido del poder especial otorgado por el Servicio de Rentas Internas para la representación de esta entidad en la causa Nro. 502-07.

Con el caso citado, hemos tratado de ejemplificar como debe procederse en los procesos penales tributarios para una correcta observancia de la garantía de presunción de inocencia, dejando siempre la carga de la prueba en el Ministerio Público o en el acusador particular si es que lo hubiere.

Siendo necesario finalmente manifestar, que como se expresó en el capítulo primero, actualmente en nuestro país existe un Anteproyecto de Código Penal integral, cuya aprobación supondrá que los delitos de cualquier índole (entre ellos los tributarios), pasen a ser regulados por una sola normativa, todo esto con el objetivo de que las garantías del debido proceso sean observadas y respetadas respecto de cualquier imputado en la comisión de cualquier hecho típico.

IV. CONCLUSIONES

- Respecto a la naturaleza jurídica del dolo, optamos por la teoría causalista de la acción y consideramos al dolo y a la culpa como formas de culpabilidad.
- Actualmente en el mundo del derecho penal es generalizado el criterio de aceptar solamente la división tripartita del dolo; esto es: dolo directo de primer y segundo grado, y dolo eventual.
- El dolo directo implica la intención precisa de transgredir el ordenamiento jurídico vigente. El dolo indirecto hace referencia al resultado correlativo que se producirá como consecuencia del fin primordial querido por el agente. El dolo eventual abarca la posibilidad de producción de un resultado típico, pese a lo cual el agente actúa.
- Tanto en el dolo indirecto como en el dolo eventual, el fin principal al que se quiere llegar puede ser en principio lícito.
- A nivel de los países andinos se regula de manera expresa el error de prohibición, en Colombia y Bolivia --a diferencia de Perú-- se aceptan las 3 formas comunes de dolo.
- Son requisitos esenciales para poder hablar de una conducta dolosa, tanto el elemento volitivo como el cognitivo. El primero de ellos implica la intención o voluntad de atentar contra un bien jurídico protegido legalmente; el segundo hace relación al conocimiento de las circunstancias principales del hecho típico a efectuar así como de su antijuridicidad.
- Los elementos objetivos que conforman el tipo pueden ser descriptivos y normativos, sobre éstos últimos, se exige una leve comprensión y no un entendimiento cabal y completo.
- Es generalizada la opinión doctrinaria respecto de considerar al conocimiento de la antijuridicidad como elemento del dolo (para los finalistas de la culpabilidad). Por nuestra parte, nos adherimos al criterio que avala solamente la necesidad de un conocimiento potencial, más no de un conocimiento efectivo.

- Los delitos tributarios por su naturaleza y características solo podrán realizarse con dolo directo (primer o segundo grado) pero no con dolo eventual.
- En lo que respecta a la presunción de dolo, ésta encuentra su origen en el campo penal ecuatoriano, con el primer código de la materia de 1837, y se ha mantenido vigente a lo largo de las diferentes normativas de 1872, 1906 y 1938.
- El error de hecho (o de tipo) no ha sido regulado expresamente en ninguno de los Códigos Penales en la historia legislativa de Ecuador. La prohibición del error de derecho surge en el año de 1837, no regulándose durante los códigos de 1872 y 1906, para reaparecer posteriormente en el año de 1938 estableciéndose entonces la vigente presunción *luris Et De Iure*.
- Los requisitos para poder hablar de imputabilidad aparecen en nuestro país con el Código Penal de 1906.
- Las formas de culpabilidad y las clases o tipos de dolo se regulan expresamente en Ecuador sólo a partir del código de 1938.
- En lo concerniente al debido proceso, se puede afirmar que esta institución jurídica desde sus orígenes ha tenido como objetivo primordial, el proteger los derechos de los ciudadanos frente a una incorrecta e ilegítima intervención estatal.
- Hoy en día el debido proceso es considerado en doctrina, como un factor fundamental para la configuración del Estado de Derecho; así también, se lo considera como un derecho de aplicación directa.
- Entre las garantías necesarias para la configuración del debido proceso, se encuentra aquella que hace relación a que toda persona será considerada y tratada como inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente
- Compartimos el criterio doctrinario acerca de que la presunción de inocencia como tal, es únicamente una garantía procesal destinada a la protección del derecho a la inocencia en sí.

- La inocencia es un derecho fundamental que no se supedita en su vigencia al reconocimiento por parte de los Estados, sino por el contrario, legitima la existencia del Estado mismo.
- En el ámbito penal, el trato de inocente durante el desarrollo de un proceso recae sobre dos aspectos concretos: la carga de la prueba, y la certeza que deberá tener el juez respecto de los elementos del delito para fundamentar su fallo.
- La presunción de inocencia y el Onus Probandi implican que será al Ministerio Público o al acusador particular, a quienes corresponderá demostrar tanto la existencia del delito, así como la culpabilidad del imputado en su comisión.
- La prueba aportada al proceso penal deberá obtenerse siempre conforme a los medios permitidos en la Constitución y la ley.
- Es necesario distinguir entre aquellos delitos que pueden realizarse sin intención y aquellos otros en los cuales la culpabilidad va implícita en su ejecución.
- La presunción de inocencia y el In Dubio Pro Reo datan de que en caso de duda sobre los elementos del delito, el juez deberá fallar en favor del imputado dictando sentencia absolutoria.
- La existencia o no de la duda respecto de la existencia del delito o de la culpabilidad del imputado en su comisión, siempre quedará a criterio del juez respectivo. Esto sin perjuicio de que en cada legislación se determinen ciertos parámetros a los cuales deberán someterse los jueces en el desempeño de sus funciones; por ejemplo: la valoración de las pruebas conforme a la sana crítica.
- Sobre la base del artículo 310 del Código Tributario, concluimos la aplicación plena del principio de culpabilidad en el ámbito de los delitos fiscales en nuestro país.
- La enumeración que realiza nuestro Código Tributario respecto de los casos de defraudación fiscal, es de índole taxativa, debido a la prohibición que existe en el derecho penal, con fundamento en el principio de legalidad, de la regulación de tipos excesivamente abstractos.

- Compartimos el criterio doctrinal respecto de la función complementaria que cumple el artículo 342 con relación al artículo 344 de nuestro Código Tributario.
- Debido a la complementariedad de normas, para la configuración del delito de defraudación fiscal, no sólo bastará acreditar las conductas descritas en el artículo 344, sino que será necesario además, la comprobación del resto de elementos del tipo establecidos en el artículo 342; esto es: el medio comisivo y el resultado producido. Siendo fundamental también la comprobación de dolo en la conducta del agente o autor.
- Si del artículo 316 del Código Tributario se presumiese el accionar doloso en el delito de evasión fiscal, para su aplicación sería necesario que el hecho base constituido por las conductas del artículo 344 y el resto de elementos del tipo del artículo 342, esté plenamente demostrado.
- Resaltamos el criterio doctrinal acerca de que el dolo podrá ser acreditado únicamente a través de actos exteriores.
- Consideramos que no existe norma en nuestro Código Tributario que avale la presunción de dolo, pues es fundamental tener en consideración la diferencia existente entre: consciencia y voluntad de realizar los actos (términos empleados por el artículo 316) y consciencia y voluntad de realizar los delitos. La primera de estas circunstancias hace referencia según nuestro Código Penal vigente, a los requisitos necesarios para poder hablar de imputabilidad, pero no de culpabilidad.
- El artículo 316 del Código Tributario parece hacer referencia únicamente a los actos descritos en el artículo 344, lo cual resultaría insuficiente para presumir el actuar doloso de los agentes, debido a la necesidad de comprobar también para la configuración plena del delito, el resto de elementos del tipo constantes en el artículo 342.
- Por la precisión de los términos conforme a los cuales están redactados en nuestro Código Tributario algunos de los casos de defraudación fiscal, como los de los numerales 3, 5, 7, 10, 12,

no es factible que los mismos se realicen sin intención, no obstante, será factible la alegación de causas de justificación o de exculpabilidad.

- En los casos de defraudación fiscal cuya ejecución no se puede realizar sin intención, la presunción de dolo vendría dada más que por el artículo 316, por la no regulación directa del error de tipo y del error de derecho en nuestra normativa.
- En los casos de defraudación fiscal establecidos en los numerales 1, 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 12, la presunción de inocencia se respetará si es que la carga de la prueba que recaerá sobre el Agente Fiscal, versa sobre la demostración de la autoría material, intelectual, o inclusive del conocimiento del contribuyente sobre la realización de estos actos; por ende entonces, en estas circunstancias la demostración del dolo a partir del juego de inferencias no tendrá aplicación alguna.
- En los casos de defraudación de los numerales 4, 6, 11, 13 y 14, que no contienen una definición precisa o detallada o no emplean términos contundentes que permitan asociar el acto a la culpabilidad, la demostración del dolo a partir del juego de inferencias será válida. Entonces, la presunción de inocencia implicará la demostración por parte del Agente Fiscal, tanto de la realización del delito así como de la intencionalidad maliciosa del agente en su comisión.
- La diferencia fundamental entre el proceso penal tributario y el proceso penal común en los casos de defraudación fiscal plasmados en los numerales 3 al 14 del artículo 316 del Código Tributario, viene dada por la exigencia de acto administrativo previo que presuma la ejecución de un delito fiscal.
- Respecto de los numerales 1 y 2, al no existir acto administrativo previo, se requerirá por ende la realización de la fase de indagación previa.
- La no exigencia de llevar a cabo la fase de indagación previa por la existencia de acto administrativo que presuma la comisión de un delito tributario, no violenta en ninguna manera el derecho al debido proceso de los imputados, pues dicha fase se pone a cargo de la propia

administración, además de ser plenamente impugnables los referidos actos por parte de los contribuyentes tanto en la vía administrativa como judicial.

- Pese a que según nuestro Código Tributario los actos administrativos gocen de presunción de validez y legitimidad, aquellos en los cuales se presume la comisión de un delito fiscal, no podrán ser apreciados por el Juez de Garantías Penales más que como meras pruebas documentales que servirán para acreditar tanto la existencia del delito así como la culpabilidad del imputado en su ejecución.

V. RECOMENDACIONES

- Sería conveniente la regulación legislativa en el ámbito penal común, de las tres formas de dolo aceptadas hoy en día en doctrina; así como también, la regulación expresa del error de hecho o de tipo.
- Consideramos que la prohibición del error de derecho en el campo penal común debe mantenerse, salvo contadas excepciones, pues de lo contrario, su eliminación sólo provocaría el aumento de los índices delictivos en nuestro país.
- Sería importante precisar el alcance de la garantía de presunción de inocencia, pues como se manifestó, existen criterios que consideran que la misma no es aplicable a los procesos civiles, mientras que nuestra Constitución la hace extensible a todo tipo de procesos.
- Es de extrema urgencia la aclaración vía jurisprudencial, de la verdadera función que cumple el artículo 342 de nuestro Código Tributario.
- Sería necesaria también la respectiva aclaración, respecto de que si la enumeración que se realiza en el Código Tributario sobre los casos de defraudación fiscal, es de índole taxativa, o en su defecto, ejemplificativa.
- Es sumamente importante la regulación en la normativa penal tributaria de Ecuador, tanto del error de tipo como del error de derecho, pues en ciertos casos de defraudación fiscal, al no darse la

misma, siempre operará la presunción de dolo. Esto debido a que, realizado el acto y acreditado automáticamente el elemento cognitivo de la conducta dolosa, inmediatamente se entendería demostrado a su vez el elemento volitivo, al no poder realizarse los mismos sin intención.

- Sería esencial la aclaración vía jurisprudencial, del verdadero contexto del artículo 316 del Código Tributario, y de ser el caso de que su referencia sea relativa a la presunción de dolo, proceder a su inmediata derogación, por contrariar la garantía constitucional de presunción de inocencia establecida en nuestra Carta Magna y en tratados internacionales vigentes ratificados por nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

Albán Gómez Ernesto, *“Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, parte general”*, Quito, Ediciones legales SA, 2005.

Amadeo Sebastián José, *“La Acción en la Teoría del Delito”*, Buenos Aires, Universidad, 2007.

Bacigalupo Enrique, *“Derecho Penal, parte general”*, Lima, Ara Ed., 2004.

Barrera Crespo Boris, *“El Delito Tributario, Elementos Constitutivos y Circunstancias Modificadoras”*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005.

Binder Alberto M., “Justicia Penal y Sociedad Democrática”, en Betty Amores y Alberto Carrillo, comp., *Justicia y Derechos Humanos*, Quito, ALDHU, 1992.

Cabanellas de Torres Guillermo, *“Diccionario Jurídico Elemental”*, Buenos Aires, Heliasta SRL, 1993.

Carnelutti Francesco, *“Teoría General del Delito”*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1952.

Colombo Campbell Juan, “Garantías Constitucionales del Debido Proceso Penal. Presunción de Inocencia”, en Gisela Elsner, edit., *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 13, T. I, Konrad-Adenauer-Stiftung EV, 2007.

Díaz Pita María del Mar, “La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización”, en Edgardo Alberto Donna, director, *Revista de Derecho Penal, Autoría y Participación-I*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005.

Donna Edgardo Alberto y De la Fuente Javier Esteban, “Prevención, culpabilidad y la idea objetiva del dolo. El dolo eventual y su diferencia con la imprudencia consciente.” A propósito del fallo ‘Cabello’, en

Edgardo Alberto Donna, director, *Revista de Derecho Penal, Delitos contra las personas-II*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004.

Esparza Leibar Iñaki, *“El Principio del Proceso Debido”*, Barcelona, José María Bosch Ed. SA, 1995.

Ferrajoli Luigi, *“Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”*, Madrid, Trotta SA, 2001.

Folco Carlos María, et al., *“Ilícitos Fiscales. Asociación Ilícita en materia Tributaria. Ley 25. 874”*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, s.f.

Fuster Asencio Consuelo, *“El Procedimiento Sancionador Tributario”*, Navarra, Aranzadi SA, 2001.

García Arán Mercedes y Muñoz Conde Francisco, *“Derecho Penal Parte General”*, 4° Edición, revisada y puesta al día”, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.

García Falconi José, *“Manual de Práctica Procesal Penal. La Etapa del Juicio: La Audiencia de Debate; La Prueba y la Sentencia en el nuevo Código de Procedimiento Penal”*, Quito, Rodin, 2002.

Gozáini Osvaldo, “La Presunción de Inocencia. Del proceso penal al proceso civil”, en Edgardo Alberto Donna, director, *Revista de Derecho Procesal Penal. La injerencia en los derechos fundamentales del imputado-I*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.

Jiménez de Asúa Luis, *“Teoría del Delito”*, México DF, IURE, 2003.

Larrea Santos Ramiro, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos: Aspectos Penales y Procesal Penales”, en Betty Amores y Alberto Carrillo, comp., *Justicia y Derechos Humanos*, Quito, ALDHU, 1992.

Loor Ángel F., *“Dogmática Penal Tributaria”*, Quito, Pudeleco, 2004.

Losing Norbert, "Estado de Derecho y Debido Proceso Penal", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, Konrad-Adenauer-Stiftung AC CIEDLA, 1998.

Mora Luis Paulino, "El Debido Proceso y otras garantías individuales en el Proceso Penal Democrático", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, Konrad-Adenauer-Stiftung AC CIEDLA, 1998.

Muñoz Conde Francisco, "*Teoría General del Delito*", 2° edición, Santa Fe de Bogotá, Temis SA, 1999.

Ovejero Ana María, "*Constitución y Derecho a la Presunción de Inocencia*", Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.

Ragués I. Vallés Ramón, "*El dolo y su prueba en el proceso penal*", José María Bosch, edit., Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002.

Rosenberg Leo, "*La Carga de la Prueba*", Julio César Faira, edit., Montevideo-Buenos Aires, Ed. B de F, 2002.

Seoane Spiegelberg José Luis, "*El Delito de Defraudación Tributaria*", en César García Novoa y Antonio López Díaz (coord.), *Temas de Derecho Penal Tributario*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

Soler Osvaldo H., "*Derecho Tributario. Económico Constitucional-Sustancial Administrativo-Penal*", Buenos Aires, La Ley SA, 2002.

Varela Pablo S., "Las Presunciones de Dolo del art. 47 de la ley 11. 683 y la Evasión Tributaria", en Alejandro C. Altamirano y Ramiro M. Rubinska (coord.), *Derecho Penal Tributario*, T. I, Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.

Vergara Tejada José Moisés, "*Manual de Derecho Penal, parte general*", México D F, Ángel, 2002.

Villar Mario A., “Evasión Tributaria e Imputación Objetiva”, en Alejandro C. Altamirano y Ramiro M. Rubinska (coord.), *Derecho Penal Tributario*, T. II, Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.

Welzel Hans, “*Derecho Penal Alemán*”, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1997.

Zaffaroni Eugenio R., “*Tratado de Derecho Penal, parte general*”, T. III, Buenos Aires, EDIAR, 2004.

Zavala Baquerizo Jorge, “*El Debido Proceso Penal*”, Guayaquil, Edino, 2002.

Zavala Egas Jorge, “*Derecho Constitucional*”, T. I, Guayaquil, Edino, 1999.

LEGISLACIÓN

Constitución de la República de Ecuador

Código Tributario de Ecuador

Ley de Régimen Tributario Interno de Ecuador

Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno de Ecuador

Código Penal de Ecuador

Código de Procedimiento Penal de Ecuador

Código Penal de Ecuador de 1837

Código Penal de Ecuador de 1872

Código Penal de Ecuador de 1906

Código Penal de Ecuador de 1938

Codificación del Código Penal de Ecuador de 1971

PÁGINAS WEB

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000.html (Código Penal de Colombia)

http://www.oas.org/juridico/spanish/gapeca_sp_docs_bol1.pdf (Código Penal de Bolivia)

http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_75.pdf (Código Penal de Perú)

<http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html#mozToclid489237> (Constitución de la República de Colombia)

<http://libresdelsur.org.ar/archivo/IMG/pdf/NUEVA.pdf> (Constitución de la República de Bolivia)

<http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf> (Constitución de la República de Perú)

Coto Luis, *“Los Principios Jurídicos en la Convención Americana de Derechos Humanos y su aplicación en los casos peruanos”*, en <http://principios-juridicos.tripod.com/>.

<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/18771/texact.htm> (Ley 11. 683 de Argentina)

OTRAS FUENTES

“Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado”, primera edición en español 1912 del Pequeño Larousse Ilustrado, de la mano de Miguel Toro y Gisbert. A partir de entonces aparecerán ediciones anuales de manera casi ininterrumpida, la usada aquí es la **1983**.

**ANEXO ÚNICO:
JUIICIO 502-07 RECURRIDO EN CASACIÓN ANTE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DE ECUADOR**

OR

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PRIMERA SALA DE LO PENAL

RECURSO CASACION

JUICIO N° 502-07-OR

RESOLUCIÓN N° 140/09

PROCESADO: WILLIAM LOPEZ ARIAS

AGRAVIADO: ESTADO

MOTIVO: VIOLACION DE SELLOS (SRI)

FECHA AUTOCABEZA: 07-02-06

LUGAR ORIGEN: TRIBUNAL PENAL DE COTOPAXI

FECHA RECEPCION: 07-10-07 FECHA RESOLUCION: 2009-02-12

FECHA DEVOLUCION: 25 febrero / 2009

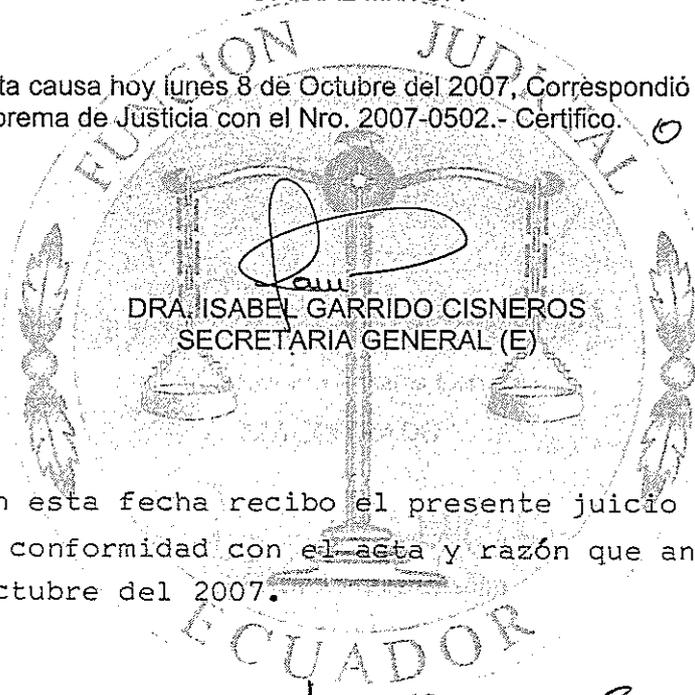
**RECURSO DE CASACIÓN
(PENAL)**

En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el viernes 5 de Octubre del 2007, en 480 fojas, se recibió en la Oficialía Mayor de la Corte Suprema de Justicia, el juicio PENAL que, por violación de sellos, sigue: Estado contra: LOPEZ ARMAS WILIAM.- Viene por Recurso de Casación.- TRIBUNAL PENAL DE COTOPAXI .- LATACUNGA.



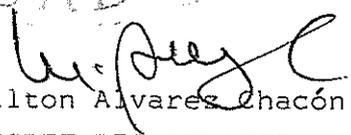
DR. CÉSAR VELASCO RUIZ
OFICIAL MAYOR

RAZON: Sorteada esta causa hoy lunes 8 de Octubre del 2007, Correspondió a la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia con el Nro. 2007-0502.- Certifico.



DRA. ISABEL GARRIDO CISNEROS
SECRETARIA GENERAL (E)

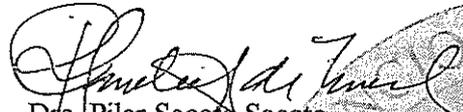
RAZON.- En esta fecha recibo el presente juicio en 481 fojas útiles, de conformidad con el acta y razón que anteceden.- Quito, 9 de octubre del 2007.

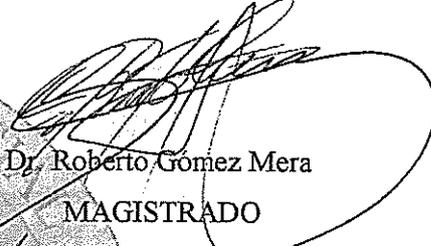


Dr. Milton Alvarez Chacón
SECRETARIO RELATOR

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO PENAL.- Quito,
17 de octubre del 2007, las 10h00.

VISTOS. Póngase en conocimiento de las partes la recepción del proceso.- Por debidamente interpuesto el recurso de casación, los recurrentes fundamenten sus recursos de conformidad con el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal.- Notifíquese.


 Dra. Pilar Sacoto Sacoto
 MAGISTRADA PRESIDENTA


 Dr. Roberto Gomez Mera
 MAGISTRADO


 Dr. Fernando Casares Carrera
 MAGISTRADO


 Dr. Milton Alvarez Chacon
 SECRETARIO RELATOR

CERTIFICO:

En Quito, hoy diecinueve de octubre del dos mil siete, a partir de las diecisiete horas, notifico con el auto que antecede al señor Ministro Fiscal General por boleta dejada en el casillero N. 1207, a Dr. William López Armas le notifico en el casillero N. 2151, a Elita López Cajas le notifico en el casillero N. 31, a Carlos Altamirano (Mandatario del Director del SRI no le notifico por no haber señalado casillero judicial para sus notificaciones).- Certifico.


 Dr. Milton Alvarez Chacón
 SECRETARIO RELATOR

SEÑORES MAGISTRADOS DE LA PRIMERA SALA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

Yo, Dr. William López Armas, en juicio penal No. 502-07 OR, que en mi contra se sigue por violación de sellos, dentro del recurso de casación interpuesto por mí ante ustedes concurro, con el fin de fundamentar el mismo, al efecto digo:

Normas infringidas en la sentencia

El recurso de casación ha sido interpuesto en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Penal de Cotopaxi, el 6 de junio de 2007 a las 16h41, sentencia en la que se me condena a prisión por el delito de violación de sellos. Considero que en la sentencia existe violación de la Ley y de normas constitucionales, así como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que en la sentencia para condenarme se han aplicado dos normas contradictorias entre sí y además se ha dado una interpretación extensiva de la norma penal. Con ello, se ha violado de manera concreta el Art. 4 del Código Penal, en cuanto prohíbe la interpretación extensiva de la Ley Penal. Además, se violó el Art. 24 (1) y (2) de la Constitución, pues se me impuso una pena para un delito inexistente, bajo la conducta que se afirma incurri. Así mismo, el Tribunal penal no determinó el tipo penal al cual se adecuó la conducta y me condenó por los delitos de violación culposa de sellos y por violación dolosa de sellos (Arts. 240 y 241 del Código Penal). La violación de estas normas necesariamente determinan la violación del Art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto se viola el principio de legalidad también recogido en dicho instrumento internacional, norma que en virtud de la disposición de los Arts. 17 y 18 de la Constitución Política del Estado.

Violación del Art. 4 del Código Penal en la sentencia y violación de las normas de los Arts. 24 (1) y (2) de la Constitución Política del Estado.

El Art. 4 del Código Penal dispone de manera expresa "Prohíbese en materia penal la interpretación extensiva. El Juez debe atenerse a la , estrictamente, a la letra de la Ley". En el presente caso, el Tribunal Penal de Cotopaxi violó esta disposición, pues en la sentencia sostuvo que "los encartados Elita Lopez comp propietaria de la Farmacia Vida Linda y su padre Wilson López (sic) como encargado del negocio de su hija, sin respetar los sellos de clausura expedidos por la administración

FO
10
11
12

tributaria del SRI ~~incumplieron con dicha orden y reabrieron~~ su comercio ejerciendo su actividad económica, siendo por lo tanto ~~responsables del delito acusado~~". De esta manera, el Tribunal ha sostenido que los delitos contenidos en los Arts. 240 y 241 del Código Penal, abarcan no sólo la acción de "romper" los sellos, sino ~~que de manera extensiva sostiene que el romper~~ implica simplemente el "incumplir" con la orden administrativa y además el "reabrir" el comercio.

Los verbos "reabrir" e "incumplir" no son ni pueden ser considerados bajo ninguna circunstancia como sinónimos o equivalentes a "romper", por ello cuando el Tribunal sostiene que el delito por el cual se me condena, es el de romper sellos y señala que mi acción no fue la de "romper" sino las de "reabrir" e "incumplir", violó de manera expresa el Art. 4 del Código Penal. No cabe interpretar que la acción de romper incluye algo más que ello. Más aún, si se me pretendía sancionar por el incumplimiento de una orden administrativa, la norma penal aplicable habría sido otra. En virtud de lo indicado, la Sala debe casar la sentencia y declarar que en la sentencia se violó el Art. 4 del Código Penal al haberse realizado una interpretación extensiva de las normas penales.

Bajo la misma óptica, se violaron las disposiciones constitucionales contenidas en el Art. 24 (1) y (2), puesto que se me ha impuesto la pena por hechos que no se encuentran sancionados con la pena que prevé la norma penal. En efecto, al no establecer los Arts. 240 y 241 del Código Penal sanciones por las acciones de "incumplir" con la orden administrativa y además el "reabrir" el comercio, como lo he señalado en los párrafos precedentes, el Tribunal Penal, no respetó el principio de legalidad determinado en la Constitución, pues se me impuso la pena que no corresponde a los hechos que como presupuestos fácticos se determinan en la sentencia. Así, si el Tribunal Penal de Cotopaxi, determinó que mi conducta fue específicamente "los encartados Elita López como propietaria de la Farmacia Vida Linda y su padre Wilson López (sic) como encargado del negocio de su hija, sin respetar los sellos de clausura expedidos por la administración tributaria del SRI ~~incumplieron con dicha orden y reabrieron~~ su comercio ejerciendo su actividad económica, siendo por lo tanto responsables del delito acusado", no cabe desde la perspectiva constitucional que se me imponga una pena que no corresponde al hecho o acción que se me acusa. Al hacerlo, el Tribunal Penal violó la norma Constitucional y por ello la Sala debe casar la sentencia declarando la existencia de la violación de las normas constitucionales señaladas.

El Tribunal violó la Ley al condenarme por dos delitos distintos y contradictorios entre sí: violación del principio *indubio pro reo*

Subsidiariamente, y sin perjuicio lo antes señalado, debo afirmar que en la sentencia existe una grave contradicción. En efecto, el Tribunal Penal del Cotopaxi de manera expresa me condenó, al igual que a mi hija, en la sentencia como:

"autores responsables del delito de violación dolosa de sellos, tipificado y sancionado por los Arts. 240 y 241 del Código Penal en concordancia con el Art. 42 del mismo cuerpo de leyes, imponiéndoles a cada uno la pena de UN AÑO de prisión y multa de 35 dólares de Norteamérica, en la forma que manda el Art. 245 del Código Penal"

parte prohibida por el juez

El Tribunal Penal al momento de dictar su sentencia no se percató que los delitos contenidos en los Arts. 240 y 241 del Código Penal establecen tipos penales distintos y con sanciones distintas. Así, mientras el primero de tales artículos, es decir el Art. 240 del Código Penal dispone de manera expresa que los "guardianes serán reprimidos, por simple negligencia, con prisión de ocho días a seis meses", el Art. 241 se refiere a la rotura intencional de sellos por el guardián mismo o el funcionario público que fijó los sellos e impone una sanción de uno a tres años.

En la sentencia impugnada, evidentemente el Tribunal no podía declararme culpable de dos delitos con presupuestos jurídicos distintos y con sanciones distintas, pues o bien declaraba la responsabilidad sobre el Art. 240 o sobre el 241, nunca cabía que se me declare culpable tanto por la rotura de sellos por "simple negligencia" y al mismo tiempo responsable por la rotura "intencional", pues son dos conceptos distintos y excluyentes.

debe haberse sancionado igual por 2 delitos distintos

Más aún, al condenarme por el delito del Art. 240 del Código Penal, como efecto se declara el Tribunal no podía imponerme las penas que se me imponen, pues dicha norma no establece la pena de un año de prisión que se me impone así como tampoco la multa, pues la norma del Art. 245 del Código Penal no dispone nada con respecto a la imposición de multas por la infracción del Art. 240 del Código Penal.

im duda por nos

Evidentemente, si el Tribunal Penal me ha considerado en su sentencia responsable del delito del Art. 240 ya no podía considerarme responsable del delito del Art. 241, pues bajo el principio "indubio pro reo", reconocido en el Art. 4 del Código Penal, no cabía condenarme por el delito más grave, cuando ya se había reconocido una responsabilidad, en relación con los mismos hechos, por un delito menos grave. En virtud de lo indicado la Sala deberá casar la sentencia y en consecuencia declarar que son ilegales las penas que se me han impuesto.

Conclusión y pedido de audiencia

En virtud de todo lo señalado, ustedes Señores Magistrados deberán

5115/6

~~casar la sentencia y declarar las violaciones legales existentes en la sentencia y en consecuencia dejar sin efecto la sentencia condenatoria dictada en mi contra.~~

En virtud de lo dispuesto en el Art. 356 del Código de Procedimiento Penal, desde ya solicito, que una vez cumplido lo dispuesto en el Art. 355 del mismo cuerpo legal, se me oiga en audiencia para presentar alegatos.

Firmo ofreciendo poder o ratificación del Dr. William López Armas

Dr. María Mercedes von Reckow
Dra. María Mercedes von Reckow de Carrión
M. 3181 CAP

Presentado hoy uno de noviembre del dos mil siete, a las dieciseis horas diez minutos, con una copia.- Certifico.

M. Álvarez
Dr. Milton Álvarez Chacón
SECRETARIO RELATOR

SEÑORES MAGISTRADOS DE LA PRIMERA SALA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

Yo, Elita López Cajas, en juicio penal No. 502-07 OR, que en mi contra se sigue por violación de sellos, dentro del recurso de casación interpuesto por mí ante ustedes concurro, con el fin de fundamentar el mismo, al efecto digo:

Normas infringidas en la sentencia

El recurso de casación ha sido interpuesto en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Penal de Cotopaxi, el 6 de junio de 2007 a las 16h41, sentencia en la que se me condena a prisión por el delito de violación de sellos. Considero que en la sentencia existe violación de la Ley y de normas constitucionales, así como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que en la sentencia para condenarme se han aplicado dos normas contradictorias entre sí y además se ha dado una interpretación extensiva de la norma penal. Con ello, se ha violado de manera concreta el Art. 4 del Código Penal, en cuanto prohíbe la interpretación extensiva de la Ley Penal. Además, se violó el Art. 24 (1) y (2) de la Constitución, pues se me impuso una pena para un delito inexistente, bajo la conducta que se afirma incurri. Así mismo, el Tribunal penal no determinó el tipo penal al cual se adecuó la conducta y me condenó por los delitos de violación culposa de sellos y por violación dolosa de sellos (Arts. 240 y 241 del Código Penal). La violación de estas normas necesariamente determinan la violación del Art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto se viola el principio de legalidad también recogido en dicho instrumento internacional, norma que en virtud de la disposición de los Arts. 17 y 18 de la Constitución Política del Estado.

Violación del Art. 4 del Código Penal en la sentencia y violación de las normas de los Arts. 24 (1) y (2) de la Constitución Política del Estado.

El Art. 4 del Código Penal dispone de manera expresa "Prohíbese en materia penal la interpretación extensiva. El Juez debe atenerse a la , estrictamente, a la letra de la Ley". En el presente caso, el Tribunal Penal de Cotopaxi violó esta disposición, pues en la sentencia sostuvo que *"los encartados Elita López comp propietaria de la Farmacia Vida Linda y su padre Wilson López como encargado del negocio de su hija, sin respetar los sellos de clausura expedidos por la administración tributaria del SRI incumplieron con dicha orden y reabrieron su comercio jerciendo su actividad económica, siendo por lo tanto responsables del delito acusado"*. De esta manera, el Tribunal ha sostenido que los delitos contenidos en los Arts. 240 y 241 del Código Penal, abarcan no sólo la acción de "romper" los sellos, sino que de manera extensiva sostiene que el romper implica simplemente el "incumplir" con la orden administrativa y además el "reabrir" el comercio.

Los verbos "reabrir" e "incumplir" no son ni pueden ser considerados bajo ninguna circunstancia como sinónimos o equivalentes a "romper", por ello cuando el Tribunal sostiene que el delito por el cual se me condena, es el de romper sellos y señala que mi acción no fue la de "romper" sino las de "reabrir" e "incumplir", violó de manera expresa el Art. 4 del Código Penal. No cabe interpretar que la acción de romper incluye algo más que ello. Más aún, si se me pretendía sancionar por el incumplimiento de una orden administrativa, la norma penal aplicable habría sido otra. En virtud de lo indicado, la Sala debe casar la sentencia y declarar que en la sentencia se violó el Art. 4 del Código Penal al haberse realizado una interpretación extensiva de las normas penales.

27
5
K/T

Bajo la misma óptica, se violaron las disposiciones constitucionales contenidas en el Art. 24 (1) y (2), puesto que se me ha impuesto la pena por hechos que no se encuentran sancionados con la pena que prevee la norma penal. En efecto, al no establecer los Arts. 240 y 241 del Código Penal sanciones por las acciones de "incumplir" con la orden administrativa y además el "reabrir" el comercio, como lo he señalado en los párrafos precedentes, el Tribunal Penal, no respetó el principio de legalidad determinado en la Constitución, pues se me impuso la pena que no corresponde a los hechos que como presupuestos fácticos se determan en la sentencia. Así, si el Tribunal Penal de Cotopaxi, determinó que mi conducta fue específicamente *"los encartados Elita López como propietaria de la Farmacia Vida Linda y su padre Wilson López como encargado del negocio de su hija, sin respetar los sellos de clausura expedidos por la adminstración tributaria del SRI incumplieron con dicha orden y reabrieron su comercio ejerciendo su actividad económica, siendo por lo tanto responsables del delito acusado"*, no cabe desde la perspectiva constirucional que se me imponga una pena que no corresponde al hecho o acción que se me acusa. Al hacerlo, el Tribunal Penal violó la norma Constitucional y por ello la Sala debe casar la sentencia declarando la existencia de la violación de las normas constitucionales señaladas.

El Tribunal violó la Ley al condenarme por dos delitos distintos y contradictorios entre sí: violación del principio *indubio pro reo*

Subsidiariamente, y sin perjuicio lo antes señalado, debo afirmar que en la sentencia existe una grave contradicción. En efecto, el Tribunal Penal del Cotopaxi de manera expresa me condenó, al igual que a mi padre, en la sentencia como:

" autores responsables del delito de violación dolosa de sellos, tipificado y sancionado por los Arts. 240 y 241 del Código Penal en concordancia con el Art. 42 del mismo cuerpo de leyes, imponiéndoles a cada uno la pena de UN AÑO de prisión y multa de 35 dólares de Norteamérica, en la forma que manda el Art. 245 del Código Penal"

El Tribunal Penal al momento de dictar su sentencia no se percató que los delitos contenidos en los Arts. 240 y 241 del Código Penal establecen tipos penales distintos y con sanciones distintas. Así, mientras el primero de tales artículos, es decir el Art. 240 del Código Penal dispone de manera expresa que los "guardianes serán reprimidos, por simple negligencia, con prisión de ocho días a seis meses", el Art. 241 se refiere a la rotura intencional de sellos por el guardián mismo o el funcionario público que fijó los sellos e impone una sanción de uno a tres años.

En la sentencia impugnada, evidentemente el Tribunal no podía declararme culpable de dos delitos con presupuestos jurídicos distintos y con sanciones distintas, pues o bien declaraba la responsabilidad sobre el Art. 240 o sobre el 241, nunca cabía que se me declare culpable tanto por la rotura de sellos por "simple negligencia" y al mismo tiempo responsable por la rotura "intencional", pues son dos conceptos distintos y excluyentes.

Más aún, al condenarme por el delito del Art. 240 del Código Penal, como efecto se declara el Tribunal no podía imponerme las penas que se me imponen, pues dicha norma no establece la pena de un año de prisión que se me impone así como tampoco la multa, pues la norma del Art. 245 del Código Penal no dispone nada con respecto a la imposición de multas por la infracción del Art. 240 del Código Penal.

Evidentemente, si el Tribunal Penal me ha considerado en su sentencia responsable del delito del Art. 240 ya no podía considerarme responsable del delito del Art. 241, pues bajo el principio "indubio pro reo", reconocido en el Art. 4 del Código Penal, no cabía condenarme por el delito más

11 X

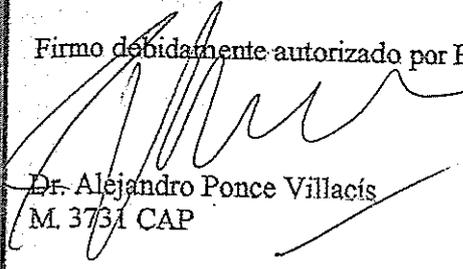
grave, cuando ya se había reconocido una responsabilidad, en relación con los mismos hechos, por un delito menos grave. En virtud de lo indicado la Sala deberá casar la sentencia y en consecuencia declarar que son ilegales las penas que se me han impuesto.

Conclusión y pedido de audiencia

En virtud de todo lo señalado, ustedes Señores Magistrados deberán casar la sentencia y declarar las violaciones legales existentes en la sentencia y en consecuencia dejar sin efecto la sentencia condenatoria dictada en mi contra.

En virtud de lo dispuesto en el Art. 356 del Código de Procedimiento Penal, desde ya solicito, que una vez cumplido lo dispuesto en el Art. 355 del mismo cuerpo legal, se me oiga en audiencia para presentar alegatos.

Firmo debidamente autorizado por Elita López Cajas, como su defensor.



Dr. Alejandro Ponce Villacís
M. 3731 CAP

Présentado hoy uno de noviembre del dos mil siete a las dieciseis horas quince minutos, con una copia.- Certifico.


Dr. Milton Alvarez Chacón
SECRETARIO RELATOR

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO PENAL.- Quito,
06 de Noviembre del 2007, las 10h00.

Con la fundamentación de los recurrentes se corre traslado a las otras partes que intervienen en el proceso, a fin de que lo contesten en el plazo de diez días, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal.

debiendo enviarse el proceso al Ministerio Público para que se cumpla con este mandato

.- Notifíquese.

CERTIFICO:



502-07-or

En Quito, hoy siete de noviembre del dos mil siete, a partir de las diecisiete horas notifiqué con la providencia que antecede al señor Ministro Fiscal General por boleta dejada en el casillero N. 1207, a Elita López Cajas le notifiqué en el casillero N. 31, al Dr. William López Armas le notifiqué en el casillero N. 2151.-
Certifico.

Milton Alvarez Chacon
Dr. Milton Alvarez Chacon
SECRETARIO RELATOR



ACCIÓN DE PERSONAL

Numero: **203-DRH-MFG** Fecha: **16 de enero del 2008**

ALVEAR ENRIQUEZ Apellidos	ALFREDO HERNAN Nombres	170257092-8 Cédula Ciudadania
Partido/Votación	Libreta Militar	Afil. Coj: Abogados
Rige a partir de:		

OBJETO DEL ACTO ADMINISTRATIVO: ENCARGO DE FUNCIONES

SOLUCIÓN: ENCARGAR AL DR. ALFREDO HERNAN ALVEAR ENRIQUEZ, DIRECTOR NACIONAL DE ASESORIA FISCAL, LAS FUNCIONES DEL DESPACHO DE LA FISCALIA GENERAL, DURANTE LOS DIAS 17 Y 18 DE ENERO DEL 2008, TRAS OURE LA AUSENCIA DEL TITULAR, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ART. 9 DE LA LEY ORGANICA MINISTERIO PÚBLICO, SEGUN SITUACION ACTUAL Y PROPUESTA.

SITUACION ACTUAL:	SITUACION PROPUESTA:
Unidad Administrativa: MINISTERIO FISCAL GENERAL	Unidad Administrativa: MINISTERIO FISCAL GENERAL
Departamento/Sección: DIRECCION NACIONAL ASESORIA FISCAL (E)	Departamento/Sección: DESPACHO FISCALIA GENERAL
Puesto: QUITO	Puesto: MINISTRO FISCAL GENERAL
Lugar de Trabajo: QUITO	Lugar de Trabajo: QUITO
Sueldo Básico: \$ 931.00	Sueldo Básico: \$ 1.320.00
Partida Presupuestaria: 2590-0000-AG36-000-00-00-50101-0000-50	Partida Presupuestaria: 2590-0000-AG36-000-00-00-510101-0000-05

DECLARACION JURAMENTADA:

Juro bajo juramento que no desempeño otro puesto en el Sector Público ecuatoriano que me impida debidamente ejercer este.

Juro que además del puesto para el que soy designado desempeño el de:

DIRECCION DE RECURSOS HUMANOS: DOCUMENTOS RECIBIDOS:

- Record Policial
- Cert: no adeudar Municipio
- Decl. Juramentada de Bienes
- Puesto Caucionado
- Fecha:

(F) *Dr. Ricardo Espinosa*
DIRECTOR NACIONAL DE RECURSOS HUMANOS



Dr. Washington Pezante Muñoz
MINISTRO FISCAL GENERAL DEL ESTADO

REGISTRO PARA PUESTOS CAUCIONADOS **SECCIÓN REGISTRO Y CONTROL ADMINISTRATIVO:**

MINISTERIO PÚBLICO

CERTIFICO que las COPIAS que anteceden, en *tres* fojas, corresponden a los originales que reposan en los ARCHIVOS de la FISCALIA GENERAL.

Quito, **25 ENE 2008**

De Calderón
SECRETARIO GENERAL

REEMPLAZA A: **MINISTRO FISCAL GENERAL**

EN EL PUESTO DE: **ENCARGO DE FUNCIONES**

REGISTRO Y CONTROL ADMINISTRATIVO

MINISTERIO PÚBLICO

REGISTRO Y CONTROL ADMINISTRATIVO

DIRECCION NACIONAL DE RECURSOS HUMANOS

SECRETARIA G.

ARCHIVO DISTRITO



MINISTERIO PÚBLICO DEL ECUADOR

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

SEÑORES MINISTROS DE LA PRIMERA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Doctor Alfredo Alvear Enríquez, Director General de Asesoría (e), Subrogante del Ministro Fiscal General del Estado, legalmente facultado mediante Acción de Personal No. 203-DRH-MFG, de 16 de enero del 2008, que en copia certificada acompaño; me refiero al expediente de casación No. 502-07; y en atención a lo dispuesto en el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal, contesto la fundamentación del recurso en los términos siguientes:

PRIMERO.- William Patricio López Armas y Elita Paola López Cajas, interponen recurso de casación contra la sentencia emitida el 6 de junio del 2007, por el Tribunal Penal de Cotopaxi, que les impone a cada uno la pena de un año de prisión, por considerarles autores responsables del delito tipificado y sancionado en los Arts. 240 y 241 del Código Penal.

SEGUNDO.- Los recurrentes al fundamentar el recurso, en su orden manifiestan:

- a) William Patricio López Armas, manifiesta que en la sentencia existe violación de la ley, de normas constitucionales, así como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que para condenarlo se han aplicado dos normas contradictorias entre sí, interpretándose extensivamente la norma penal, violando el Art. 4 del Código Penal y los numerales 1 y 2 del Art. 24 de la Constitución Política de la República, pues se le impuso una pena por un delito inexistente, ya que el Tribunal Penal no determinó el tipo penal al cual se adecuó la conducta, condenándolo por los delitos de violación culposa y por violación dolosa de sellos, contemplados en los Arts. 240 y 241 del Código Penal; afirma que la violación de estas normas necesariamente determina la inobservancia del Art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto se incumple el principio de legalidad

contenido tanto en el instrumento internacional cuanto en los Arts. 17 y 18 de la Constitución Política del Estado.

b) Elita López Cajas por su parte, sostiene los mismos argumentos, esto es que el Juzgador ha inobservado las disposiciones contenidas en los Arts. 4, 240 y 241 del Código Penal, así como los numerales 1 y 2 del Art. 24, y Arts. 17 y 18 de la Constitución Política de la República y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

TERCERO.- De la sentencia in examine se establece que el Tribunal Penal, en el considerando sexto del fallo, realiza la valoración de la prueba de cargo y descargo que fue introducida en la audiencia de juicio de conformidad a lo preceptuado por el Art. 83 del Código de Procedimiento Penal, a saber: a) el testimonio propio de Marina Teresa de Jesús Durán Salgado, quien como Notaria Segunda del Cantón Saquisilí, concurrió a la farmacia "Vida Linda" y comprobó que los sellos colocados por el SRI, estaban rotos, razón por la que levantó un acta de comprobación y reposición de sellos; b) el testimonio del perito Diego Xavier Mogro Muñoz, quien hizo el reconocimiento del lugar de los hechos, constatando la existencia física de la farmacia, la que se ubica en el inmueble s/n situado en las calles 24 de Mayo y Sucre de la ciudad de Saquisilí; presenta cinco fotografías donde se puede apreciar que las puertas de la farmacia tienen sellos del Servicio de Rentas Internas, con la leyenda de "Clausurado"; c) Resolución de Clausura No. CX45-05 expedida por la doctora Giovanna Moscoso, Directora Provincial de Cotopaxi del Servicio de Rentas Internas, con la orden para que los fedatarios procedan a la clausura del local comercial - farmacia "Vida Linda" de la ciudad de Saquisilí; y el certificado del Registro Único de Contribuyentes 0503066714001 de la farmacia a nombre de Elita Paola López Cajas.

En cuanto a la responsabilidad de los acusados se sustenta en los testimonios del acusador particular Carlos Fabián Altamirano Dávila, quien manifiesta que la farmacia Vida Linda, no extendía notas o facturas de venta, razón por la cual



M
los fedatari
de clausur
es el 25
Naranjo y
sus familia
25 de ago
Judicial, I
Gallardo.
realizaba
clausurac
verbales
policia M
Naranjo
del lugar
Salgado
Molina,
fueron
acusado
admite
agosto
tarjeta

CUAR
Proced
ya por
por I
exclus
impor
ni det
proba

MINISTERIO PÚBLICO DEL ECUADOR

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO



los fedatarios del SRI el 24 de agosto del 2005 procedieron a colocar los sellos de clausura, los mismos que fueron rotos originando que al día siguiente, esto es el 25 de agosto del 2005, la doctora Moscoso en compañía de Wilson Naranjo y Darwin Cadena repusieran los sellos en presencia de los acusados y sus familiares; los testigos doctora Giovanna Moscoso Páez, refiere que el día 25 de agosto del 2005, con funcionarios del SRI, dos agentes de la Policía Judicial, la Notaria Segunda del Cantón Saquisilí y el chofer del taxi Luis Gallardo, acudieron hasta la farmacia Vida Linda, comprobando que ésta realizaba actividad comercial, pese a que el establecimiento se encontraba clausurado; que ordenó la colocación de nuevos sellos, recibiendo agresiones verbales de parte del acusado; hechos corroborados con los testimonios del policía Manuel Mesías Chango; los funcionarios del SRI Wilson Esteban Naranjo Navas y Darwin Alonso Cadena Chávez, quienes tomaron fotografías del lugar; y, de la Notaria Segunda del Cantón Saquisilí doctora Mariana Durán Salgado, quien agrega que junto con el chofer del taxi Luis Iván Gallardo Molina, efectuaron compras de dos pastillas y una tarjeta de teléfono, que fueron vendidas por Wilson López, quien no les entregó nota de venta; los acusados niegan haber roto los sellos, aunque el acusado William López admite que conoció sobre la clausura al igual que su hija; y que el día 25 de agosto del 2005, a eso de las tres de la tarde, vendió unas pastillas y una tarjeta de celular, haciéndole un favor a la señora Notaria.

*Al forense
verificando
del estable-
cimiento*

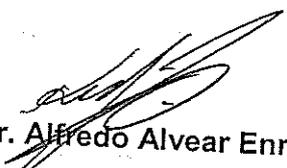
2005

X
X

CUARTO.- El recurso de casación de acuerdo al Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, procede cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya por contravenir su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella o por haberla interpretado erróneamente, por tanto debemos ceñirnos exclusivamente a determinar si en la sentencia se produjo violación a la ley. Es importante tener en cuenta que este recurso es extraordinario, pero no puede ni debe ser confundido con la apelación, en la que se impone examinar la carga probatoria constante en autos.

Cabe señalar que el Tribunal Penal tiene la misión de valorar las pruebas que legalmente han sido introducidas, a través del ejercicio de los principios de inmediación, contradicción y concentración, que le permiten llegar a aplicar las reglas de la sana crítica como lo preceptúa el Art. 86 del Código Procesal Penal, pues todo lo oído y visto en la audiencia de juzgamiento, sirve para llegar a la convicción sobre la responsabilidad y culpabilidad de los acusados, cuyo elemento esencial es actuar con conciencia y voluntad de acuerdo al Art. 32 del Código Penal, es decir que exista el ánimo de causar daño y en la especie, no se ha podido desvirtuar este presupuesto indispensable para reprimir la conducta de William López y Elita López Cajas, quienes por otra parte no han podido demostrar la tesis argüida por la defensa.

Es evidente que el Tribunal Penal de Cotopaxi, en forma errada encasilla la conducta dolosa, antijurídica y típica en los delitos contemplados en los Arts. 240 y 241 del Código Penal, que como bien lo sostienen los recurrentes, son contradictorios y corresponden a la violación culposa de sellos el primero y el segundo a la violación dolosa de sellos, incurriendo en un error de derecho que debe ser subsanado mediante el recurso de casación, y que en el caso, al momento que el juzgador escoge la norma del Art. 240 del Código Penal para fundamentar la pena impuesta a los acusados, se advierte que la hipótesis enunciada en dicha norma no tiene correspondencia fáctica ni objetiva con los hechos sometidos a investigación y luego a juicio.


Dr. Alfredo Alvear Enríquez

DIRECTOR GENERAL DE ASESORÍA (e), SUBROGANTE
DEL MINISTRO FISCAL GENERAL DEL ESTADO



AAE/PGC.
J: 502-07

Recibido en esta fecha 28 de Enero del 2008.

Handwritten signature

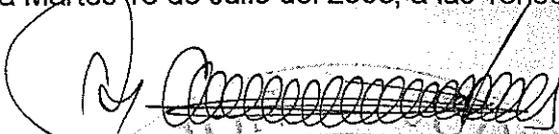
CORTE SU
18 de mar
Agréguese
al mismo.
recurrentes

CERTIFICCO

502-07-or
En Quito, f
horas notifi
por boleta
casillero N.
Certifico.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO PENAL.- Quito,
18 de marzo del 2008, las 10h05.

Agréguese a los autos el dictamen fiscal y la acción de personal que se agrega al mismo.- En lo principal, tenga lugar la audiencia solicitada por los recurrentes el día Martes 15 de Julio del 2008, a las 16h00.- Notifíquese.


Dr. Fernando Casares Carrera

MAGISTRADO DE SUSTANCIACION

CERTIFICO:

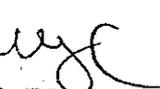


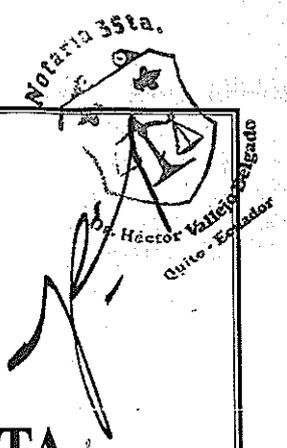
SECRETARIO RELATOR

502-07-or

En Quito, hoy diecinueve de marzo del dos mil ocho, a partir de las diecisiete horas notifiqué con la providencia que antecede al señor Ministro Fiscal General por boleta dejada en el casillero N. 1207, a Elita López Cajas le notifiqué en el casillero N. 31, al Dr. William López Armas le notifiqué en el casillero N. 2151.-
Certifico.


Dr. Milton Alvarez Chacón
SECRETARIO RELATOR


SECRETARIO RELATOR



NOTARIA TRIGESIMA QUINTA
DR. HECTOR VALLEJO DELGADO
NOTARIO

PRIMERA

Copia _____
Escritura de _____ PODER ESPECIAL _____
Otorgado por _____ SERVICIO DE RENTAS INTERNAS - CARLOS MARX CARRASCO _____
A favor de _____ DR. MAURICIO GARRIDO ESPINOSA _____
El _____ 30 de junio del 2008 _____
Cuantía _____ INDETERMINADA _____

Quito, a 30 de junio del 2008

EDIFICIO BENALCAZAR MIL
Planta Baja
Av. 10 de Agosto N 14-107 y Riofrío
Teléfonos: 2529-428 / 2552-653
Fax: 2552-653
E-mail: notaria_35@hotmail.com

Quito - Ecuador

Escritura No.



OTARIA
IMA QUINTA

1	
2	
3	
4	
5	
6	
7	DR. HECTOR VALLEJO DELGADO NOTARIO 35 DEL CANTON QUITO
8	
9	
10	
11	PODER ESPECIAL Y PROCURACIÓN JUDICIAL
12	QUE OTORGA
13	EL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS
14	REPRESENTADO POR EL
15	ECONOMISTA CARLOS MARX CARRASCO VICUÑA
16	A FAVOR DEL
17	DOCTOR MAURICIO GARRIDO ESPINOSA
18	CUANTIA: INDETERMINADA
19	Di 2 copias
20	ra
21	En la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, capital de la
22	República del Ecuador, hoy día lunes treinta (30) de junio del año
23	dos mil ocho, ante mí, DOCTOR HECTOR VALLEJO DELGADO,
24	NOTARIO TRIGESIMO QUINTO DE ESTE CANTON,
25	comparece el señor Economista CARLOS MARX CARRASCO
26	VICUÑA, a nombre y Representación del Servicio de Rentas
27	Internas, en su calidad de Director General del Servicio de Rentas
28	Internas, de conformidad con el Nombramiento que consta en el

Notaria 35ta.
Dr. Hector Vallejo Delgado
Quito, Ecuador

DR. HECTOR VALLEJO DELGADO

NOTARIO 35

[Handwritten signature]

1 Decreto Ejecutivo veinte y uno del dieciséis de enero del dos mil
2 siete, que se agrega como documento habilitante., de estado civil
3 casado, por sus propios derechos. El compareciente declara ser de
4 nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, de profesión
5 Economista, domiciliado en el Distrito Metropolitano de Quito,
6 legalmente capaz para contratar y obligarse, a quien de conocer doy
7 fe en virtud de haberme exhibido su cédula de ciudadanía cuyo
8 número se anota al final de este instrumento y copia fotostática
9 debidamente certificada por mí, agrego a este documento; libre y
10 voluntariamente me solicita elevar a escritura pública la siguiente
11 minuta de PODER ESPECIAL Y PROCURACIÓN JUDICIAL,
12 cuyo tenor literal es como sigue: "SEÑOR NOTARIO: En el
13 Registro de Escrituras Públicas a su cargo sírvase insertar una de
14 Poder Especial y Procuración Judicial contenida al tenor siguiente:
15 PRIMERA: Compareciente: Economista Carlos Marx Carrasco,
16 ecuatoriano, mayor de edad, casado, legalmente capaz y con
17 domicilio en la ciudad de Quito, comparezco libre y
18 voluntariamente al otorgamiento del presente instrumento, en mi
19 calidad de Director General de Servicio de Rentas Internas -SRI-,
20 tal como lo demuestro con el nombramiento que consta en el
21 Decreto Ejecutivo veinte y uno del dieciséis de enero del
22 dos mil siete. SEGUNDA: De acuerdo a lo previsto en el
23 Artículo cincuenta y cinco, numeral seis del Código de
24 Procedimiento Penal.- Dos punto Uno.- NOMBRES Y
25 APELLIDOS DE LOS ACUSADOS: Los acusados responden a los
26 nombres de ELITA PAOLA LOPEZ CAJAS y WILLIAM
27 PATRICIO LOPEZ ARMAS.- Dos punto Dos.- INFRACCIÓN
28 ACUSADA.- La infracción acusada es el delito tipificado y

DR. HECTOR VALLEJO DELGADO
NOTARIO 35


Dr. Hector Vallejo
Quito, Ecuador

sancionado en el Artículo doscientos cuarenta y uno del Código

1 Penal. Dos punto Tres.- RELACION COMPLETA DE LA
 2 INFRACCION ACUSADA: El día miércoles veinte y cuatro de
 3 agosto de dos mil cinco, funcionarios del Servicio de Rentas
 4 Internas procedieron a imponer Sellos de Clausura en el
 5 establecimiento denominado FARMACIA VIDA LINDA, ubicada
 6 en la Calle Veinticuatro de Mayo Inmueble número tres-treinta y
 7 siete y Calle Sucre del cantón Saquisilí de la provincia de Cotopaxi,
 8 esta imposición de sellos, fue realizada como consecuencia del
 9 trabajo que realizan los señores fedatarios fiscales del SRI, quienes
 10 comprobaron con la antelación debida que, la propietaria del
 11 referido negocio no había cumplido con sus obligaciones legales y
 12 reglamentarias en el ámbito tributario, por cuanto no entregó el
 13 respectivo comprobante de venta, al efectuarse la compra de una
 14 crema Vasenol de cuatrocientos ml y un aceite Jonson de cien ml
 15 por un valor de cuatro dólares con cincuenta centavos (USD \$
 16 4.50), método utilizado para verificar el estricto cumplimiento de
 17 los deberes formales de los contribuyentes. La sanción de clausura
 18 se encuentra señalada en la Disposición General Séptima de la LEY
 19 PARA LA REFORMA DE LAS FINANZAS PUBLICAS (Ley 99-
 20 24, Registro Oficial Suplemento ciento ochenta y uno de treinta
 21 de Abril de mil novecientos noventa y nueve). Para el efecto, los
 22 funcionarios cumplieron con todas las formalidades del rigor, tal
 23 como se justificó en el momento procesal oportuno. El día jueves
 24 veinte y cinco de agosto de dos mil cinco, a eso de las quince horas
 25 aproximadamente, luego de haber sido testigo de la imposición de
 26 sellos de clausura, la señora Elita Paola López Cajas cometiendo
 27 una infracción de carácter penal, prosiguió con la comercialización
 28



*ellos
entregó
comprobante
de venta*

Notario 3 de

 Dr. Hector Vallejo Delgado
 Quito - Ecuador



OTARIA
SIMA QUINTA

Dr. Hector Vallejo
Quito - Ecuador

1 de sus productos en el interior de su establecimiento de su
2 establecimiento, ubicado en el inmueble número tres-treinta y siete,
3 planta baja, denominado Farmacia VIDA LINDA, entre la Calle
4 Veinticuatro de Mayo y Calle Sucre de la ciudad de Saquisilí,
5 Cantón Saquisilí, Provincia de Cotopaxi, pese a que por motivo de
6 la clausura se encontraba impedida de mantener su actividad
7 comercial, con el agravante que pese a estar colocados los sellos de
8 clausura, éstos fueron violentados y rotos con la finalidad de reabrir
9 el local comercial denominado Farmacia VIDA LINDA, esto fue
10 comprobado personalmente por la Señorita Directora Provincial del
11 Servicio de Rentas Internas Cotopaxi, Doctora Jovanna Moscoso
12 Páez, quien además solicitó la presencia de un Notario Público, por
13 lo que la Señora Mariana Durán, Notaria Segunda del Cantón
14 Saquisilí tras haberse constituido en dicho lugar, certificó
15 textualmente lo siguiente: "Nos constituimos a las quince horas diez
16 minutos del día jueves, veinte y cinco de Agosto del dos mil cinco;
17 la Doctora Jovanna Moscoso Directora Provincial del Servicio de
18 Rentas Internas de Cotopaxi, el Abogado Esteban Naranjo,
19 Abogado de la Institución, el señor Darwin Cadena, Funcionario de
20 la Institución, Sargento Primero Manuel Chango de la Policía
21 Judicial de Cotopaxi, Señor Iván Gallardo, chofer y la suscrita
22 Notaria, en las calles Veinte y Cuatro de Mayo y Mariscal Sucre del
23 Cantón Saquisilí, para constatar y verificar que el Establecimiento
24 comercial Farmacia Vida Linda se encontraba realizando actividad
25 económica a pesar de estar clausurado mediante resolución de
26 clausura número CX 45-05, emitido por la Dirección Provincia del
27 Servicio de Rentas Internas de Cotopaxi de fecha veinticuatro de
28 Agosto de dos mil cinco de igual forma se constato la rotura de

} Notario

DR. HECTOR VALLEJO DELGADO

NOTARIO 35

resolución de clausura

sellos que le fueron impuestos por los fedatarios fiscales en las



OTARIA
SIMA QUINTA

compra

1 puertas principales del establecimiento. Por lo que de acuerdo al
 2 Artículo dieciocho de la Ley Reformatoria a la Ley Notarial,
 3 publicada en el Suplemento del Registro Oficial Número sesenta y
 4 cuatro (No. 64) de ocho de Noviembre de mil novecientos
 5 noventa y seis, doy fe del acto que a continuación detallo: la
 6 suscrita nos acercamos con el señor Iván Gallardo con cédula de
 7 ciudadanía número cero, cinco, cero, dos, seis, seis, siete, nueve,
 8 nueve guión uno (050266799-1) a la Farmacia Vida Linda a
 9 realizar una compra de medicamento y tarjeta de celular, la misma
 10 que fuimos atendidos por el propietario, la compra se realizo de
 11 forma normal. Debo anotar de que no recibimos factura o nota de
 12 venta por la compra realizada.”. Por un control más exhaustivo, el
 13 Servicio de Rentas Internas una vez efectuada las clausuras en los
 14 establecimiento sancionados, realiza la verificación posterior a fin
 15 de verificar que se este dando cumplimiento a la clausura, y en
 16 cumplimiento de esta verificación es que se determina que el
 17 Establecimiento Farmacia Vida Linda estaba comercializando por lo
 18 que se dispuso al señor Iván Gallardo, realice una compra de
 19 cualquier producto que expenda el referido comercio, el cual
 20 procedió a concurrir al local y efectuar una compra, el mismo día
 21 jueves veinticinco de septiembre del dos mil cinco a eso de las
 22 catorce horas cuarenta y cinco minutos aproximadamente, el Señor
 23 Iván Gallardo en compañía de la Señora Notaria Doctora Mariana
 24 Durán, ingresaron al local, entraron por la puerta principal y
 25 procedieron a efectuar una compra, corroborando que el
 26 establecimiento se encontraba atendiendo al público; en dicho local
 27 atendía personalmente la Señora Elita Paola López Cajas y el Señor
 28

Notaria Mariana Durán
Dr. Hector Vallejo Delgado
Quito - Ecuador

DR. HECTOR VALLEJO DELGADO
NOTARIO 35



1 William Patricio López Armas. Es preciso señalar que tal y como
2 consta en el Parte Policial suscrito por el Sr. Sargento Manuel
3 Mesías Chango los propietarios de la Farmacia Vida Linda
4 efectuaron agresiones verbales a los funcionarios del Servicio de
5 Rentas Internas. En virtud de los hechos relatados, el seis de junio
6 de dos mil siete, y luego del correspondiente proceso penal, el
7 Tribunal Penal de Cotopaxi, dicta sentencia condenatoria contra
8 William Patricio López Armas y Elita Paola López Cajas,
9 imponiéndoles a cada uno la pena de un año de prisión y multa de
10 treinta y cinco dólares de Norteamérica, en la forma que manda el
11 artículo doscientos cuarenta y cinco del Código Penal, sentencia
12 sobre la cual se ha interpuesto Recurso de Casación, el cual es
13 tramitado por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema.

14 TERCERA.- Ratificación.- En virtud de los hechos relatados en el
15 punto anterior el Servicio de Rentas Internas presentó acusación
16 particular en contra de ELITA PAOLA LOPEZ CAJAS y
17 WILLIAM PATRICIO LOPEZ ARMAS, a través de procuración
18 judicial otorgada al Doctor Fabián Altamirano Dávila; por lo cual
19 ratifico y apruebo el contenido de la procuración judicial otorgada
20 el siete de febrero del dos mil siete, así como todo lo actuado por el
21 Doctor Fabián Altamirano Dávila en la presente causa, en su
22 calidad de acusador particular. CUARTA: Poder Especial y
23 Procuración Judicial.- En virtud de los antecedentes expuestos, el
24 Economista Carlos Marx Carrasco, en la calidad en la que
25 comparece y como Representante Legal del Servicio de Rentas
26 Internas otorga por el presente instrumento, Poder Especial de los
27 referidos en el Artículo cincuenta y cinco del Código de
28 Procedimiento Penal, a favor del Doctor Mauricio Garrido Espinosa

S.P.I.
↓
causa particular

DR. HECTOR VALLEJO DELGADO
NOTARIO 35

Dr. Héctor Vallejo Delgado

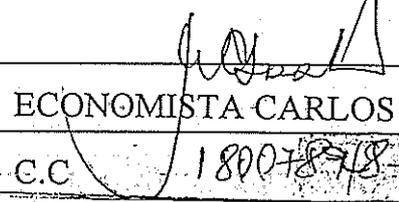


NOTARIA
QUINTA QUINTA

para que: a) con su sola firma presente cuanto escrito sea necesario
 en la defensa de los intereses del Servicio de Rentas Internas; b) con
 su sola firma solicite audiencia de estrados; c) comparezca y
 participe en la misma a mi nombre y representación en defensa de
 los intereses del Servicio de Rentas Internas, dentro del juicio
 Número quinientos dos - dos mil siete (No. 502-2007) (recurso
 de casación) que se tramita en la Primera Sala de lo Penal de la
 Corte Suprema de Justicia y ejercite todas las facultades que el
 Código de Procedimiento Penal concede a los acusadores
 particulares, como parte procesal. El apoderado especial queda
 investido de todas aquellas facultades necesarias para el
 cumplimiento de su encargo, de suerte que no pueda alegar
 insuficiencia o falta de poder para ejecutarlo. QUINTA: Facultades
 Adicionales.- El apoderado especial y procurador judicial queda
 adicionalmente investido de la facultades previstas en el Código de
 Procedimiento Civil. SEXTA.- El Director General del Servicio de
 Rentas Internas podrá revocar el cualquier momento este
 instrumento. SEPTIMA.- En caso de desistimiento, el procurador
 judicial requerirá de autorización expresa y escrita de parte del
 mandante. Usted Señor Notario se servirá agregar las demás
 cláusulas de estilo necesarias para la validez del este instrumento.”.-
 HASTA AQUÍ LA MINUTA la misma que se halla firmada por el
 Abogada Gardenia Artieda Acosta, con matrícula profesional
 número diez mil novecientos cuarenta del Colegio de Abogados
 de Pichincha, la misma que queda elevada a escritura pública con
 todo su valor legal; la cuantía dada su naturaleza es indeterminada.
 Para el otorgamiento del presente poder, se observaron todos los
 preceptos legales del caso, y; leído que le fue al compareciente, por

Notario
 Dr. Hector Vallejo Delgado
 Quito - Ecuador

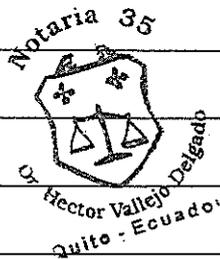
1 mí el Notario, se ratifica en todo su contenido y para constancia de
2 lo cual firma conmigo en unidad de acto; de todo lo cual doy fe.

3
4 
5 ECONOMISTA CARLOS MARX CARRASCO VICUÑA

6 C.C. 180078918-7

7 El Notario (firmado).- Doctor Héctor Vallejo Delgado.-

8 Documentos Habilitantes.
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28



DR. HECTOR VALLEJO DELGADO
NOTARIO 35

EN e
Cons
Servi

A
para
Interi

A
presi

D

Nº 21

RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

EN ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 171, numeral 9, de la Constitución Política de la República y el artículo 5 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas,

DECRETA:

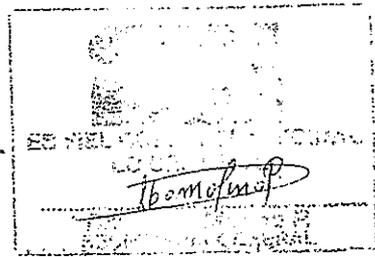
ARTICULO PRIMERO.- Nómbrase al señor **CARLOS MARX CARRASCO**, para desempeñar las funciones de Director General del Servicio de Rentas Internas (SRI).

ARTÍCULO SEGUNDO.- Este Decreto entrará en vigencia a partir de la presente fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

DADO en el Palacio Nacional en Quito, a 16 de enero de 2007.


RAFAEL CORREA DELGADO

YPC



REPUBLICA DEL ECUADOR
DIRECCION GENERAL DE REGISTRO CIVIL
IDENTIFICACION Y CEDULACION

COMUNIDAD CIUDADANIA 16 180078948-7

CARRASCO VICUNA CARLOS MARX

CANARY AZOGUES AZOGUES

20 DE NOVIEMBRE DE 1949

REGISTRACION 0150 00451 1 M

CANARY AZOGUES AZOGUES

1949



[Signature]
FIRMA DEL CEDULADO

ECUATORIANA***** V033012226

CARRASCO VICUNA CARLOS MARX

GLADYS E. ESTANZA ULLDA

SUPERIOR ECONOMISTA

ANTONIO CARRASCO

ZORAIDA VICUNA

CIENCIA

18/01/2003

REN. 0109415

Azy



[Signature]
FIRMA DEL CEDULADO

REPUBLICA DEL ECUADOR
TRIBUNAL SUPLENTE ELECTORAL
CERTIFICADO DE VOTACION

ELECCION QUINQUENAL SERENARIAS A LA
ASAMBLEA CONSTITUYENTE
19 DE NOVIEMBRE DE 2007

155-0008 NUMERO

1800789487 CEDULA

CARRASCO VICUNA CARLOS MARX

AZUAY PROVINCIA

SAGRARIO PARROQUIA

CUBICA CANTON



[Signature]
FIRMA DEL CEDULADO


NOTARIA
ESIMA QUINTA

Notaria 35



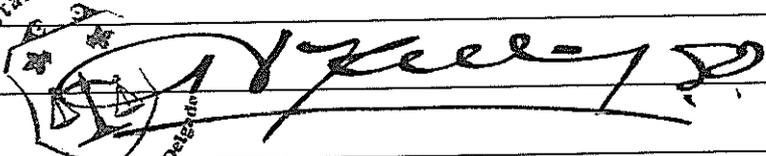
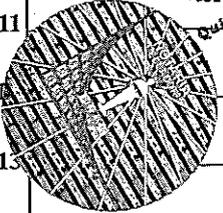
Dr. Hector Vallio Delgado

Quito - Ecuador

DR. HECTOR DELGADO
NOTARIO QUITO

- 1
- 2
- 3
- 4
- 5
- 6
- 7
- 8
- 9
- 10
- 11
- 12
- 13
- 14
- 15
- 16
- 17
- 18
- 19
- 20
- 21
- 22
- 23
- 24
- 25
- 26
- 27
- 28

Se otorgo ante mi y en fe de ello confiero esta PRIMERA

1	COPIA
2	CERTIFICADA de PODER ESPECIAL Y
3	PROCURACION JUDICIAL otorgado por el SERVICIO DE
4	RENTAS INTERNAS, REPRESENTADO POR EL
5	ECONOMISTA CARLOS MARX CARRASCO VICUÑA, a favor
6	del DOCTOR MAURICIO GARRIDO ESPINOSA, firmada y
7	sellada en seis fojas útiles.- Quito, a treinta de junio de dos mil
8	ocho.-
9	
10	
11	HECTOR VALLEJO DELGADO
12	NOTARIO 35
13	
14	
15	
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	
24	
25	
26	
27	
28	



NOTARIA
SIMA QUINTA



PLAZA DE PECHO

DR. HECTOR VALLEJO DELGADO
NOTARIO QUITO

DR. HECTOR VALLEJO DELGADO

Ref. Recurso de Casación No. 502-2007-OR

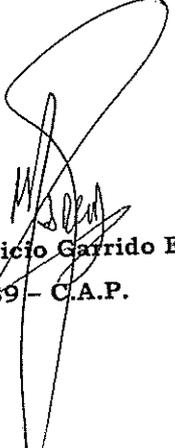
SEÑORES MAGISTRADOS DE LA PRIMERA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Dr. **Mauricio Garrido Espinosa** en mi calidad de Procurador Judicial del Econ. Carlos Marx Carrasco Vicuña - Director General del Servicio de Rentas Internas, conforme lo acredito con la procuración judicial que a la presente acompaño, ante ustedes comparezco en el expediente del Recurso de Casación No. 502-2007-OR, y solicito:

En atención a su providencia de fecha 18 de marzo del 2008, las 10h05, por la cual señala una audiencia para el 15 de julio del 2008 a las 16h00, por medio del presente solicito que al amparo de lo señalado en el 357 del Código de Procedimiento Penal, se me permita intervenir en defensa de los intereses del Servicio de Rentas Internas.

Notificaciones las recibiré en el casillero judicial No. 2424 de esta ciudad.

En mi calidad de Procurador Judicial, debidamente autorizado por el Director General del Servicio de Rentas Internas.


Dr. **Mauricio Garrido Espinosa**
Mat. 8739 - C.A.P.

07-07-08
17h00
OKMS

Presentado hoy siete de julio del dos mil ocho, a las diecisiete horas, con una escritura de procuración judicial.- Certifico.

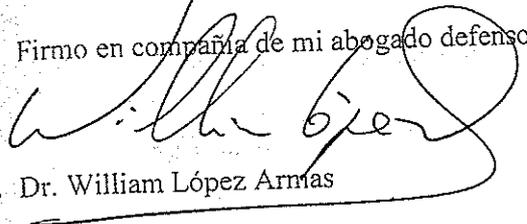

Dr. **Milton Alvarez Chacon**
SECRETARIO RELATOR

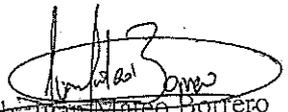
SEÑORES MAGISTRADOS DE LA PRIMERA SALA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Yo, Dr. William López Armas, en el juicio penal No. 502-07 OR, que en mi contra sigue por violación de sellos, dentro del recurso de casación interpuesto por mí ante ustedes concuro, y digo:

Ratifico todo lo actuado dentro de la presente causa por la Dra. María Mercedes von Reckow de Carrión.

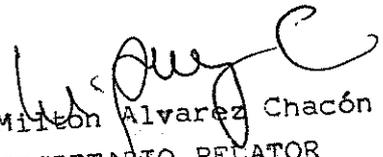
Firmo en compañía de mi abogado defensor


Dr. William López Armas


~~Ab. Juan Mateo Borrero~~
Mat. 11081 CAP

08
20
2007

Presentado hoy quince de julio del dos mil ocho, a las dieci
siete horas, con una copia.- Certifico.


Dr. Milton Alvarez Chacón
SECRETARIO RELATOR

SEÑORES MAGISTRADOS DE LA PRIMERA SALA DE LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA

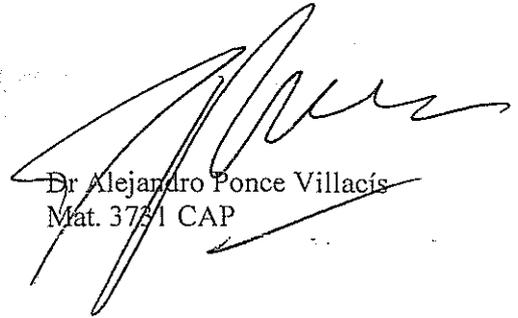
Yo, Elita López Cajas, en el juicio penal No. 502-07 OR, que en mí contra sigue por violación de sellos, dentro del recurso de casación interpuesto por mí ante ustedes concuro, y digo:

Ratifico todo lo actuado dentro de la presente causa por el Dr. Alejandro Ponce Villacís.

Firmo en compañía de mi abogado defensor.



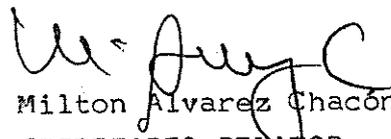
Elita López Cajas
c.c.



Dr. Alejandro Ponce Villacís
Mat. 3781 CAP

08
0
A

Presentado hoy quince de julio del dos mil ocho, a las dieci
siete horas, con una copia.- Certifico.



Dr. Milton Alvarez Chacón
SECRETARIO RELATOR

SEÑORES MAGISTRADOS DE LA PRIMERA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Yo. William Patricio López Armas, dentro del juicio penal que se sigue en mi contra por el supuesto delito de violación de sellos. Con los debidos respetos digo:

I

Conozco que esta instancia no es propia para la valoración de pruebas. Por ello solicito; el beneficio de la duda, dispuesto por el art. 4 del Código Sustantivo Penal; "...En los casos de duda, se interpretará en el sentido más favorable al reo." el mismo dictamen fiscal es afín; "Es evidente que el Tribunal Penal de Cotopaxi, **en forma errada** encasilla la conducta dolosa, antijurídica y típica en los delitos contemplados en los **Arts. 240 y 241** del Código Penal."

Acusado afirma que el dolo no se proba

II

~~El Sr. representante del Ministerio Público, quien actúo en la audiencia. Lamento decirlo, se ha limitado a leer la sentencia, de allí su continuo error en la identificación de la farmacia y del lugar de los hechos. Su convicción acerca de la culpabilidad y el dolo de los acusados es tan solo un sofisma. Y puedo demostrarlo. Si se estudia la transcripción textual de la audiencia de juzgamiento de fjs. 463 y siguientes del 5 to. cuerpo. Se constatará que la fundamentación de la sentencia no solo es impertinente sino absurda.~~

III

El Debido Proceso está vinculado con el respeto a los derechos humanos, procura la equidad de las partes, evita que el Estado atropelle a los ciudadanos afectando sus derechos, El Art. 24 Constitución Política, en su numeral 13 ordena; "Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas y principios jurídicos en los que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes del hecho."

En la audiencia de estrados denuncié, que la sentencia impugnada, reiteradamente señala que la misma autoridad que ordenó la clausura del establecimiento comercial, es quien ordenó a la Notaria y al testigo, que realicen la compra que acusan, de dos pastillas antigripales y una tarjeta de cuatro dólares para celular. Fingiendo gran necesidad, actuaron inmoral e ilegalmente la prueba que acepta el Tribunal Penal de Cotopaxi, desobedeciendo la Ley. El numeral 14 Ibidem manda; "las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución y la ley, no tendrán validez alguna."

acusado acusa obtención de prueba ilegal

7-08
60
EJY

Y el Código Adjetivo Penal. Art. 83 en su parte final también ordena: "...Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito."

Acusan la paja en el ojo ajeno.

Las dos pastillas antigripales, cuestan 0.20 centavos. con IVA cero. Mis acusadores no han demostrado que exista evasión tributaria por los cuatro dólares de la tarjeta para celular. Zafaroni explica que el principio de insignificancia o bagatela, es una afectación tan insignificante que es absurdamente incapaz de producir un RESULTADO LESIVO.

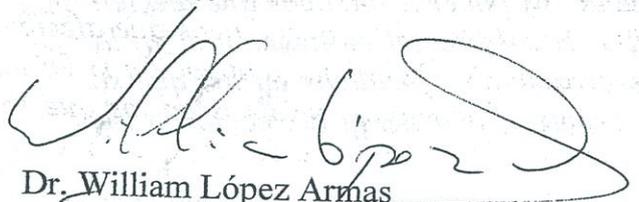
¿El fin justifica los medios?

¿Cual es el objetivo de mis acusadores?, intentar obtener una sanción drástica para de esa manera asegurarse que otras personas cumplan con sus obligaciones tributarias, impulsadas por el temor. Tratando de colocar su autoridad por encima de la ley, lamentable característica de este gobierno autoritario. "¡Con la misma vara que mides serás medido!" Legisló el Supremo Juez del Universo. En él está mi confianza. Soy libre en Cristo.

Petición:

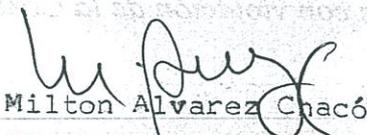
Solicito el beneficio de la duda, dispuesto por el art. 4 del Código Sustantivo Penal; "...En los casos de duda, se interpretará en el sentido más favorable al reo."

Atentamente:



Dr. William López Armas
ABOGADO 338 - CAX

Presentado el día de hoy veintitres de julio del dos mil ocho, a las quince horas, con dos copias.-- Certifico.


Dr. Milton Alvarez Chacón
SECRETARIO RELATOR

RAZON.
compare
Dra. Ma
Dr. Aleja
Mauricio

CORTE
PENAL
Agrégue
presen
legitim
Directo
interve
Alejan
escrito
resolv

CERTII

inal también
da mediante
lito."

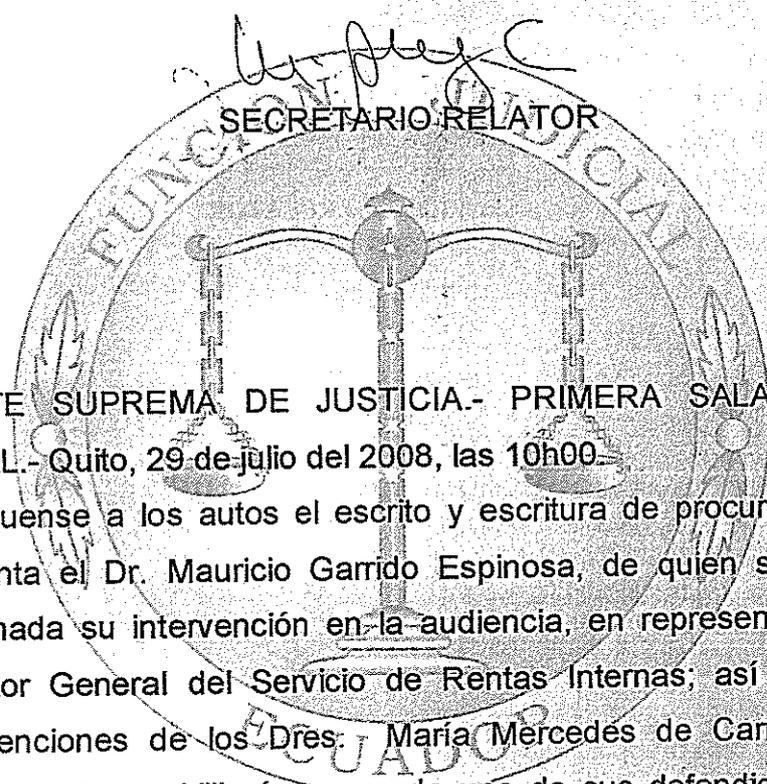
A cero. Mis
or los cuatro
principio de
ante que es

ma sanción
olan con sus
colocar su
ste gobierno
Legisló el
n Cristo.

del Código
sentido más

mil ocho,

RAZON.- En esta fecha se realizó la audiencia, a la que comparecieron y en la que hicieron uso de la palabra, los señores: Dra. María Mercedes de Carrión, por el Dr. William López Armas; el Dr. Alejandro Ponce Villacís por la Sra. Elita López Cajas y el Dr. Mauricio Garrido Espinosa por el SRI.- Quito, 15 de Julio del 2008.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO PENAL.- Quito, 29 de julio del 2008, las 10h00.

Agréguese a los autos el escrito y escritura de procuración que presenta el Dr. Mauricio Garrido Espinosa, de quien se declara legitimada su intervención en la audiencia, en representación del Director General del Servicio de Rentas Internas; así como las intervenciones de los Dres. María Mercedes de Carrión y Dr. Alejandro Ponce Villacís, por cada uno de sus defendidos, cuyos escritos se manda incorporar al proceso.- Pasen los autos para resolver.- Notifíquese.

[Signature]
Dra. Pilar Sacoto Sacoto

MAGISTRADA DE SUSTANCIACION

CERTIFICO:

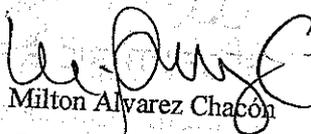
[Signature]
Dr. Milton Alvarez Chacón
SECRETARIO RELATOR



REPUBLICA DEL ECUADOR
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

502-07-or

En Quito, hoy treinta de julio del dos mil ocho, a partir de las diecisiete horas, notifiqué con la providencia que antecede al señor Ministro Fiscal General por boleta dejada en el casillero No. 1207, a Dr. William López Armas le notifiqué en el casillero No. 2151, a Elita López Cajas le notifiqué en el casillero No. 31 a Dr. Mauricio Garrido, Procurador Judicial del Servicio de Rentas Internas le notifiqué en el casillero No. 2424.- Certifico.


Dr. Milton Alvarez Chacon
SECRETARIO RELATOR

RAZON:
OR, a la 5
agosto del

Ventiseis

El Ecuador ha sido es y será País Amazónico



REPUBLICA DEL ECUADOR
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RAZON: En esta fecha paso la presente causa por Violación de sellos No. 502-07-OR, a la Sala de Magistrados, en quinientas seis (506) fojas, 6 cuerpos. Quito 25 de agosto del 2008.

ras, notifico
dejada en el
No. 2151, a
Procurador
Certifico.

[Firma manuscrita]
SECRETARIO RELATOR



Recurso de Casación No. 502-2007-OR

SEÑORES MINISTROS DE LA PRIMERA SALA DE LO PENAL DE LA
HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Dra. Andrea Cabrera Arias, abogada del Servicio de Rentas Internas, dentro del recurso de casación No. 502-2007-OR, sustanciado en el Tribunal Penal de Cotopaxi en contra de William López Armas, por motivo de violación de sellos de clausura, respetuosamente solicito a usted se me otorguen copias certificadas de todo lo actuado en el citado recurso.

Notificaciones que correspondan las recibiré en el casillero judicial No. 568 del Palacio de Justicia de la ciudad de Quito.

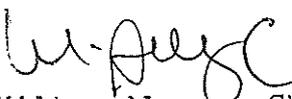


Dra. Andrea Cabrera Arias
MAT. 11283 CAP

04 JUN 2008

8h 51
- 2

Presentado hoy cuatro de junio del dos mil ocho, a las ocho horas, cincuenta y un minutos, certifico.



Dr. Milton Alvarez Chacón
SECRETARIO RELATOR

REPUBLICA
DIRECCION GENERAL
IDENTIFICACION

REGULA DE CIUDADANIA

RISTOS DIAS DAVID RI
ECHINCHA/QUITO/SANTI
OCTUBRE 1985
005-C-0197-035
ECHINCHA/QUITO
GONZALEZ SUAREZ

DAVID RISTOS
FIRMA DEL CEDULADO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO PENAL.- Quito, 4 de junio del 2008, las 10h00.

Confíranse las copias certificadas solicitadas por la Dra. Andrea Cabrera Arias, abogada del Servicio de Rentas Internas, en el escrito que antecede.- Hecho devuélvase.



CERTIFICO:

Recibo en
providenc

REPUBLICA DEL ECUADOR
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



entregado
Veintimere 29

REPUBLICA DEL ECUADOR
DIRECCION GENERAL DE REGISTRO CIVIL
IDENTIFICACION Y REGULACION

CEDELA DE CIUDADANIA No. 172004753-7

BUSTOS DIAS DAVID RICARDO

PICHINCHA/QUITO/SANTA PRISCA

SEXO MACHO 1985

005-C-0197-03593-M

PICHINCHA/QUITO

MANZALEZ SUAREZ 1985



DAVID BUSTOS DIAS

VERBA DEL ECUADOR

ECHATOBIANA*****

ESTADO CIVIL SOLTERO

SECUNDARIA ESTUDIANTE

HECTOR HUMBERTO BUSTOS

ADALGIZA MARIANA DE JESUS DIAS

QUITO 20/11/2003

REN Pch 0843789



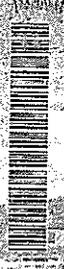
REPUBLICA DEL ECUADOR
TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL
CERTIFICADO DE VOTACION
ELECCION DE REPRESENTANTES A LA
ASAMBLEA CONSTITUYENTE
30 DE SEPTIEMBRE DE 2007

083-0022 1720047537
NUMERO CEDULA

BUSTOS DIAS DAVID RICARDO

PICHINCHA QUITO
PROVINCIA CANTON
SANTA PRISCA

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA



Recibo en esta fecha las copias certificadas dispuestas en la providencia que antecede.- Quito, 4 de junio del 2008.

David Bustos Diaz
David Bustos Diaz.

LO
rea
el

REPUBLICA
CORTE SUPR



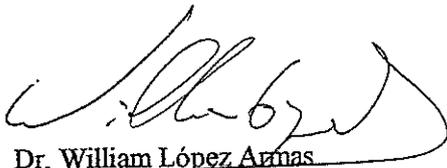
Entregado
Cremita 30

SEÑORES MAGISTRADOS DE LA PRIMERA SALA DE LO PENAL DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Dr. William López Armas, Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República en
libre ejercicio profesional, con los debidos respetos comparezco y solicito:

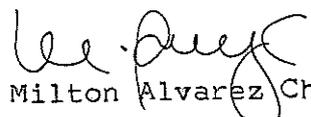
Autorizar que se me conceda dos copia certificada del dictamen del Sr. Ministro Fiscal
General, en el juicio No. 502 - 07.

Atentamente:



Dr. William López Armas
FNAE - 338 CAX

Presentado hoy veintitres de septiembre del dos mil ocho,
a las nueve horas, certifico.

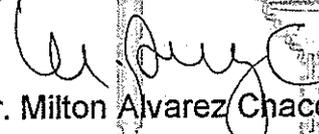

Dr. Milton Alvarez Chacón
SECRETARIO RELATOR



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO
PENAL.-** Quito, 23 de septiembre del 2008, las 11h00.

Confíranse las copias certificadas solicitadas por Dr. William López
Armas.- Hecho devuélvase.


Dr. Fernando Casares Carrera
MAGISTRADO PRESIDENTE

CERTIFICO: 
Dr. Milton Alvarez Chacon
SECRETARIO RELATOR



JUDICIAL **FUNCION**

RAZONBO
provide
septiem



DE LO
m López

RAZØBO en esta fecha las copias certificadas dispuestas en providencia de 23 de septiembre del 2008.- Quito, 24 de - septiembre del 2008.

William López Armas

Dr. William López Armas



REPUBLICA DEL ECUADOR
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La presente causa fue estudiada en relación por los Sres. Dr. Fernando Casares Carrera, Dra. Pilar Sacoto Sacoto y Dr. Jaime Velasco Dávila, Magistrados de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.- Quito, 24 de septiembre del 2008.





CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO PENAL.-

Quito, 25 de septiembre de 2008.- Las 11h45.- **VISTOS:** Avoca conocimiento de la presente causa el Dr. Jaime Velasco Dávila, Magistrado titular de este Tribunal.- Los acusados William López Armas y Elita Paola López Cajas, el día 28 de junio de 2007 (fs. 450-451 y 452 del proceso, respectivamente), interponen recurso de casación de la sentencia dictada por el Tribunal Penal de Cotopaxi, el 6 de junio de 2007 (fs. 435-438vta.), la misma que declara a los recurrentes autores responsables del delito de violación dolosa de sellos, tipificado y sancionado por los artículos 240 y 241 del Código Penal, en concordancia con el artículo 42 ibídem, imponiéndoles a cada uno la pena de un año de prisión y multa de treinta y cinco dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, en la forma que ordena el artículo 245 del cuerpo de normas antes citado, y admitiendo la acusación particular, los condena al pago solidario de daños y perjuicios.- El mentado recurso fue concedido mediante providencia de 13 de septiembre de 2007 (fs. 480).- Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** De conformidad con los artículos 200 de la Constitución Política de la República y 349 del Código de Procedimiento Penal, así como por el sorteo de Ley realizado el 8 de octubre de 2007, de conformidad con el artículo 60 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, esta Sala tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver el recurso interpuesto.- **SEGUNDO:** El recurso se ha sustanciado con observancia del trámite legal correspondiente, por lo que se declara su validez.- **TERCERO:** Del texto de la sentencia impugnada, se destacan los siguientes antecedentes: Que el Fiscal Distrital de Cotopaxi, en base de la denuncia presentada por la Dra. Jovanna Moscoso, Directora Provincial del Servicio de Rentas Internas (SRI) de Cotopaxi, inicia Instrucción Fiscal contra Elita Paola López Cajas y William Patricio López Armas, imputándoles el presunto delito de rotura intencional de sellos, al conocer que el día 24 de agosto de 2005, funcionarios del SRI, han procedido a imponer sellos de clausura en el establecimiento comercial, denominado Farmacia "Vida Linda", ubicado en la calle 24 de Mayo, sin número, y Mariscal Sucre, en la ciudad de Saquisilí de la referida provincia, colocación de sellos de clausura del establecimiento, efectuado por los señores fedatarios Fiscales del SRI, por haberse comprobado con la antelación debida que la propietaria del mencionado negocio, no había cumplido con sus obligaciones legales y reglamentarias en el ámbito tributario, pues, no ha extendido el

delitos
y
violación
dolosa
de sellos

fiscal → instrucción por denuncia del
S.R.I. → la contribución fiscal por el
delito de rotura intencional de sellos



respectivo comprobante de venta, al efectuarse una compra simulada, método utilizado para verificar el estricto cumplimiento de los deberes formales de los contribuyentes; para el efecto, se indica, que los funcionarios han cumplido con todas las formalidades de rigor; que lo extraño del caso es que, la señora Elita Paola López Cajas, titular del Registro Único de Contribuyentes No. 0503066714001, ha procedido a destruir los mismos, cometiendo una infracción de carácter penal y que agravando la situación, ha reabierto el establecimiento, prestando servicio al público como si no hubiese ocurrido nada; y que, según manifiesta la denunciante, personalmente ha podido comprobar este hecho, por lo que se ha solicitado la presencia de la Notaria Segunda del Cantón Saquisilí, la misma que ha verificado el hecho, suscribiendo el acta correspondiente, dando fe de que el establecimiento clausurado se ha encontrado atendiendo normalmente. - **CUARTO:** William López Armas, en su fundamentación presentada el 1 de noviembre de 2007 (fs. 3-6 del cuaderno de casación), manifiesta lo siguiente: **1)** Que el Tribunal Penal de Cotopaxi, violó el artículo 4 del Código Penal, que prohíbe realizar interpretación extensiva en materia penal, pues, en la sentencia se sostuvo que los acusados, Elita Paola López y Wilson López, sin respetar los sellos de clausura expedidos por la Administración Tributaria del SRI, "incumplieron con dicha orden y reabrieron su comercio", aduciendo, al respecto, el casacionista que, los verbos "reabrir" e "incumplir", no son equivalentes al verbo "romper", que constituye el núcleo de los artículos 240 y 241 del Código Penal, por los que fue sancionado, y señala que si se le pretendía sancionar por el incumplimiento de una orden administrativa, la norma penal aplicable habría sido otra. **2)** Que se han violado las disposiciones del artículo 24 números 1 y 2 de la Constitución Política del Estado, puesto que al no establecer los artículos 240 y 241 de la Ley Penal Sustantiva, sanciones por las acciones de incumplir con la orden administrativa y de reabrir el comercio, el Tribunal Penal no respetó el principio de legalidad, determinado en la Constitución, y que, por lo tanto, no cabe que se le haya impuesto una pena que no corresponde al hecho o acción, por los que se le acusa; y, afirma que, la violación de las normas antes citadas, determina necesariamente la violación del artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en concordancia los artículos 17 y 18 de la Constitución Política. **3)** Que el Tribunal Penal violó la ley al condenarlo por delitos distintos y contradictorios entre sí, ya que, según señala el peticionario, después de hacer una transcripción de la parte

resolutiva
contenidos
penales di
declarado
rotura "int
excluyente
artículo 24
se encuen
artículo 24
por la infra
el Tribuna
no podía,
cuerpo leg
más grave
mismos ho
esta Sala,
dejar sin e
su escrito
las misma
solicita qu
en la mis
Dr. Alfred
Fiscal Ge
señala: 1)
considera
fue introd
Procedim
Durán, qu
Linda" y c
levantó u
Diego Xa
presentó

Notaria de fe del funcionamiento del establecimiento



do utilizado
tribuyentes
ormalidades
titular del
destruir los
uación, ha
se ocurrido
comprobar
del Cantón
pondiente,
ntendiendo
ntada el 1
uiente: 1)
e prohíbe
stuvo que
clausura
a orden y
s "reabrir"
eo de los
e si se le
ma penal
tículo 24
lecer los
incumplir
espetó el
cabe que
que se le
etermina
derechos
) Que el
entre sí,
la parte

resolutiva de la sentencia recurrida, los Juzgadores no se percataron que los delitos contenidos en los mencionados artículos 240 y 241 del Código Penal, establecen tipos penales diferentes con sanciones distintas, así, dice que, nunca se lo podía haber declarado culpable tanto por la rotura de sellos por "simple negligencia", como por la rotura "intencional" de los mismos, pues, se trata de dos conceptos distintos y excluyentes; sostiene además que, más aún, al condenarlo por el delito del ya referido artículo 240 ibídem, el Tribunal no podía imponerle la pena de un año de prisión, que no se encuentra establecida en dicha norma legal, así como tampoco la multa, pues, el artículo 245 del Código Penal, no dispone nada con respecto a la imposición de multas por la infracción del tantas veces citado artículo 240 ibídem y concluye señalando que, el Tribunal al haberlo considerado responsable del delito tipificado en este artículo, ya no podía, al mismo tiempo, considerarlo culpable del delito del artículo 241 del mismo cuerpo legal, pues, en virtud del principio *in dubio pro reo*, no cabe condena por el delito más grave, cuando anteriormente se reconoce una responsabilidad, en relación con los mismos hechos, por un delito menos grave. Por todo lo cual, el recurrente, solicita a esta Sala, casar la sentencia, declarar las violaciones legales existentes en la misma y dejar sin efecto la sentencia condenatoria dictada en su contra.- Elita López Cajas, en su escrito de fundamentación, presentado el 1 de noviembre de 2007 (fs. 7-9), expone las mismas argumentaciones que el recurrente William López Armas, y asimismo, solicita que este Tribunal case la sentencia, declare las violaciones legales existentes en la misma y deje sin efecto el fallo condenatorio dictado en su contra.- **QUINTO:** El Dr. Alfredo Alvear Enríquez, Director General de Asesoría (E), Subrogante del Ministro Fiscal General del Estado, en la contestación de 28 de enero de 2008 (fs. 12 y 13vta.), señala: **1)** Que de la sentencia *in examine*, se establece que el Tribunal Penal, en el considerando sexto del fallo, realiza la valoración de la prueba de cargo y descargo, que fue introducida en la audiencia del juicio, de acuerdo con el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, así constan: **a)** El testimonio propio de Marina Teresa de Jesús Durán, quien como Notaria Segunda del Cantón Saquisilí, concurrió a la farmacia "Vida Linda" y comprobó que los sellos colocados por el SRI, estaban rotos, razón por la cual, levantó un acta de comprobación y reposición de sellos; **b)** El testimonio del perito Diego Xavier Mogro Muñoz, quien practicó el reconocimiento del lugar de los hechos y presentó cinco fotografías, en las que se puede apreciar que las puertas de la farmacia

valoración
prueba de cargo y de
descargo en el P. Penal

3
acta
Notarial
de
reposición
de sellos

2) pentaje y fotografía

tienen sellos del SRI, con la leyenda "Clausurado"; c) La resolución de clausura No. CX45-05, expedida por la Dra. Giovanna Moscoso, Directora Provincial del SRI en Cotopaxi, con la orden de que los fedatarios procedan a la clausura de la farmacia mencionada; y, d) El certificado del Registro Único de Contribuyentes 0503066714001 de la farmacia a nombre de Elita Paola López Cajas. 2) Que, con respecto a la responsabilidad de los acusados, ésta se sustenta en los testimonios del acusador particular, Carlos Fabián Altamirano Dávila, quien manifiesta que la farmacia "Vida Linda", no extendía notas o facturas de venta, por lo que se procedió a colocar sellos de clausura el 24 de agosto de 2005, los mismos que fueron rotos al día siguiente, esto es el 25 del mismo mes y año; en el testimonio de la Dra. Giovanna Moscoso Paéz, quien refiere que el día de los hechos, con funcionarios del SRI, dos agentes de la Policía Judicial, la Notaria Segunda del Cantón Saquisilí y el chofer del taxi Luis Gallardo, acudieron hasta la farmacia en mención, comprobando que se estaba realizando actividad comercial, a pesar de la clausura y, que además, sostuvo que, ordenó la colocación de nuevos sellos, recibiendo agresiones verbales de parte del acusado; todo lo cual es corroborado por los testimonios del policía Manuel Mesías Chango, de los funcionarios del SRI, Wilson Naranjo Navas y Darwin Cadena Chávez, quienes tomaron fotografías del lugar, y de la Notaria Segunda del Cantón Saquisilí, Dra. Mariana Durán Salgado, quien agrega que junto con el chofer del taxi, Luis Gallardo, realizaron una compra de dos pastillas y una tarjeta de teléfono, que fueron vendidas por Wilson López, quien no les entregó nota de venta. 3) Luego el Representante del Ministerio Público, se refiere al recurso de casación y dice que de acuerdo con el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, procede cuando en la sentencia se hubiere violado la Ley, en cualquiera de las formas establecidas en dicha norma legal; que al ser un recurso extraordinario, no puede ni debe ser confundido con la apelación, en la que se impone examinar la carga probatoria constante en autos. 4) Que el Tribunal Penal tiene la misión de valorar las pruebas que legalmente han sido introducidas, a través del ejercicio de los principios de inmediación, contradicción y concentración, los mismos que, según señala el Subrogante del Ministro Fiscal General del Estado, le permiten llegar a aplicar las reglas de la sana crítica, conforme el artículo 86 del Código Adjetivo Penal, todo lo cual, sirve para llegar a la convicción sobre la responsabilidad de los acusados, cuyo elemento principal es la actuación con conciencia y voluntad, según el

culpabilidad

nueva testimonial

3) → relación de clausura

certificado del R.U.C

de recordora actividad comercial



con funde
impugnabilidad
con culpabilidad

artículo 32 del Código Penal, es decir, que exista el ánimo de causar daño, lo que en la especie no se ha podido desvirtuar. 5) Que, es evidente que el Tribunal Penal de Cotopaxi, en forma errada encasilla la conducta dolosa, antijurídica y típica en los delitos contemplados en los artículos 240 y 241 del Código Penal, el primero que se refiere a la violación culposa de sellos y el segundo, a la violación dolosa, los mismos que son contradictorios, incurriéndose, de esta manera, en un error de derecho que debe ser subsanado mediante el recurso de casación, y concluye manifestando que, en el caso, al momento que el Juzgador escoge la norma del artículo 240 ibídem, para fundamentar la pena impuesta a los acusados, se advierte que la hipótesis enunciada en la misma, no tiene correspondencia fáctica ni objetiva con los hechos sometidos al juicio.- **SEXTO:** Según lo ha sostenido la doctrina y lo ha recogido la jurisprudencia penal de esta Corte Suprema, el recurso de casación constituye un medio extraordinario de impugnación, previsto en el ordenamiento jurídico, con características muy especiales que lo diferencian de cualquier otro recurso. En efecto, por medio de la casación el Tribunal de la más alta jerarquía jurisdiccional debe limitar su análisis a la sentencia de mérito, con la exclusiva finalidad de determinar si en la misma se han cometido errores de derecho -*questio juris*- y, de ser así, corregir los vicios del fallo impugnado y, de esa manera, garantizar la regularidad del orden constitucional, así como la seguridad jurídica. Evidentemente y por lo manifestado, es del todo ajeno a la casación penal pretender que se vuelvan a valorar las pruebas practicadas en la etapa procesal correspondiente, habida cuenta que ello significaría desnaturalizar la esencia de este medio impugnatorio hasta el punto de tornarlo en un remedio jurisdiccional para corregir errores de hecho -*questio facti*-, lo que enervaría el sistema de recursos previsto por la Ley Adjetiva Penal, con la consiguiente transgresión a la seguridad jurídica. Asimismo, en nuestro proceso penal, el recurso de casación (artículo 349 y siguientes) está destinado únicamente a subsanar posibles errores *in iudicando* cometidos en sentencia, mas no vicios *in procedendo*, toda vez que para ello el Código de Procedimiento Penal prevee, en el artículo 330 y siguientes, un recurso específico que debe ser interpuesto en el momento procesal oportuno.- **SÉPTIMO:** Esta Sala Especializada en lo Penal, previa resolución considera pertinente: **1)** Transcribir "los caracteres generales" de este delito, señalados por el Profesor argentino Sebastián Soler (Tomo V, Derecho Penal Argentino; Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires,

casación subsana errores
in iudicando e in procedendo

1983), quien dice: "La administración pública, para el cumplimiento de sus fines generales, necesita a veces poner bajo ciertas garantías una cosa o un documento determinado, asegurando la identidad y la custodia de tales objetos. Para ello **apone sellos identificadores**, de contralor o de seguridad... Toda alteración de esas seguridades... toda irregularidad en la custodia, produce una grave perturbación en la marcha de la administración y en el cumplimiento de una función determinada" (las negrillas, no pertenecen al texto).- **2)** En nuestra Legislación Penal y concretamente en el Código Penal, bajo el Título III, "DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA", Capítulo III "DE LA VIOLACIÓN DE SELLOS Y DOCUMENTOS", encontramos varias figuras tanto dolosas como culposas de violación de sellos, contenidas en los artículos: 240, 241, 242, 243 y 244. En la especie la inculpación a los recurrentes es, según consta de la sentencia impugnada, por las conductas incriminadas en los artículos 240 y 241 del Código Penal.- **3)** En los dos artículos citados (240 y 241) se presupone un acto oficial de sellar, mas en el 240, el sujeto activo son "los guardianes" y sólo ellos, en este caso, serán reprimidos cuando por su simple negligencia se han roto los sellos, en tanto que en el artículo 241, el sujeto activo, puede ser cualquier persona, entre los que se cuentan los funcionarios públicos y los guardianes, para los que, en caso de haber infringido su propia orden (funcionario) o faltado a la orden de custodia varía la pena.- **OCTAVO:** La Sala en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, procede a analizar las alegaciones de los casacionistas, las que como se ha señalado en el considerando cuarto de este fallo, son coincidentes, y los criterios emitidos al respecto, al momento de contestar la fundamentación, por el Representante del Ministerio Público.- En una primera aproximación de la fundamentación, los recurrentes afirman que existe violación del artículo 4 del Código Penal y consiguientemente del artículo 24 números 1 y 2 de la Constitución Política, que se refieren en su orden, a la interpretación estricta de la ley en la materia, al principio de legalidad o reserva y al principio del "*in dubio pro reo*"; estas presuntas violaciones han sido señaladas por cuanto dicen no existe el delito; sin embargo, del examen de la sentencia de mérito y como bien lo señala el Representante del Ministerio Público, la existencia del delito ha sido probada a través de la valoración de las pruebas de cargo y descargo presentadas en el juicio, las mismas que las recoge en el acápite tercero de su contestación a la fundamentación y

parte
normativa

En ese tiempo los delitos
finales estaban regulados
en el Código Penal



que han sido transcritas en el considerando quinto de este fallo, que son las pertinentes para demostrar la existencia del delito contemplado en el artículo 241 del Código Penal, criterio que comparte esta Sala, puesto que el Tribunal ha cometido una equivocación al aplicar a una sola conducta dos leyes penales diferentes, la una que sanciona a los guardianes con la otra que sanciona a toda persona que comete la violación de sellos, entre las que pueden estar guardianes e incluso la propia autoridad. Efectivamente y en concreto, ha tipificado la misma conducta en dos tipos penales diferentes, por haber confundido los preceptos y sanciones de las normas contenidas en los artículos 240 y 241 del Código Penal; en términos sencillos, en el primer caso (artículo 240) la conducta negligente o imprudente del guardian da lugar a que otra sujeto rompa los sellos, y violando así los mismos (en expresiones de Soler, viola los sellos tanto el que rompe como el que los levanta dejándolo intacto o sano), contraviene la decisión de la autoridad de proteger una cosa al haber ordenado por ejemplo la clausura del local (como el caso que nos ocupa); y, en el artículo 241 **el sujeto activo al romper los sellos a sabiendas de que la voluntad del Estado, a través de la autoridad competente, es la de guardar la identidad de la cosa.** En el caso *sub judice*, la voluntad de la autoridad era mantener cerrada la farmacia por no haberse cumplido con las exigencias cumplidas por el SRI, entonces la violación de los sellos, consiste en haber violado lo que el sello cerraba, es decir proceder a la apertura de la farmacia que fue clausurada por autoridad competente transgrediendo así su voluntad.- En conclusión como dice el Director General de Asesoría Subrogante del Ministro Fiscal General, se ha violado la Ley al hacer una falsa aplicación de dos artículos a una misma conducta, el 240 y el 241 del Código Penal (lo que además, significa un desconocimiento muy grave del Tribunal, que les ha llevado a un concurso ideal o aparente de leyes), en lugar de haber aplicado únicamente el 241 del Código Penal; sin que esto signifique una violación del artículo 4 del Código Penal, pues no hay una interpretación extensiva de la ley penal sino una falsa aplicación de la ley y tampoco se ha violado el principio del *in dubio pro reo* consagrado en la segunda parte de este artículo 4, ni menos aún el número 1, ni el 2 del artículo 24 de la Constitución, pues el acto cometido por los recurrentes se encuentra tipificado en la ley penal, en la norma del artículo 241 del Código Sustantivo, la que tiene su propia sanción; consecuentemente no se puede sostener que se ha violado el artículo 9 de la

Convención Americana de Derechos Humanos, que igualmente consagra el principio de legalidad y menos decir que se han violado los derechos humanos de los ciudadanos que han procedido a la rotura de sellos de clausura colocados en su farmacia, por los señores fedatarios fiscales del SRI, que lo hacían por la falta de cumplimiento por parte de los recurrentes en sus obligaciones; pues esto no tiene nada de violatorio al ejercicio de los derechos humanos de los ciudadanos (artículos 17 y 18 de la Constitución Política de la República).- **NOVENO:** De la responsabilidad de los acusados.- De la valoración objetiva de las pruebas hecha por el tribunal juzgador a la luz de la sana crítica, como bien lo expresa el Representante del Ministerio Público, es evidente que ellos son los directos responsables; pues se destaca que los recurrentes procedieron con plena conciencia y voluntad, "conocían que existía la clausura de su farmacia y la razón por la que fue clausurada; y, procedieron voluntariamente a abrir al público para continuar con las ventas pese a esta clausura", sin que esto se haya desvirtuado en el juicio.- La Sala hace notar que no existen acreditadas atenuantes que haya considerado el Tribunal para la aplicación de la pena; sin embargo, es menester tomar en cuenta el principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 24 número 2 de la Constitución Política de la República, que como ya lo ha sostenido la Sala, pretende morigerar la aplicación de la sanción estableciendo un equilibrio justo entre la infracción y sus efectos dañosos, y la pena y su finalidad específica. En tal virtud, en lo atinente a la aplicación de la pena, se considerará el mandato de la norma constitucional, pero en relación a lo establecido en el artículo 241 del Código Penal.- **RESOLUCIÓN:** Por todo lo expuesto, esta **Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,** declara improcedentes los recursos de casación interpuestos. Mas, de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, que otorga a los Tribunales de casación la potestad de enmendar los errores de derecho cometidos en sentencia, aunque la fundamentación del recurso sea equivocada, la Sala declara a los ahora recurrentes William López Armas y Elita Paola López Cajas, cuyas generales de ley constan de la sentencia recurrida, autores responsables del delito tipificado en el artículo 241 del Código Penal y les impone a cada uno de ellos la pena de seis meses de prisión correccional, debiendo descontarse el tiempo que hayan permanecido privados de su libertad por esta causa; en lo demás, incluyendo las multas, se estará a

culpabilidad

lo dis
consic
Doct
MA

CE

JUSTICIA
GENERAL

prisión



lo dispuesto en la sentencia recurrida.- Devuélvase al inferior para los fines legales
consiguientes.- Cúmplase y notifíquese.-

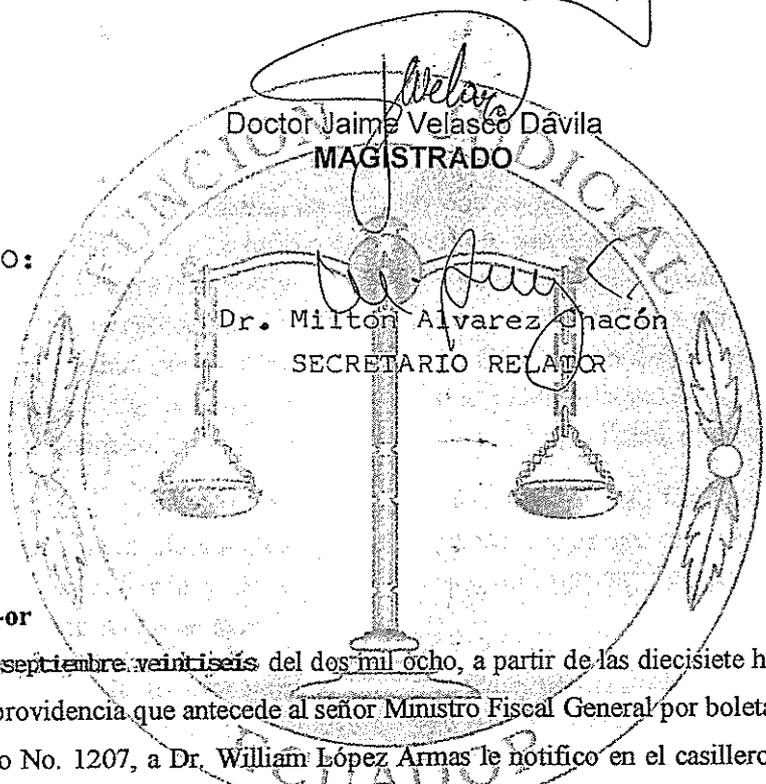
[Firma manuscrita]

Doctor Fernando Casares Carrera
MAGISTRADO PRESIDENTE

[Firma manuscrita]
Doctora Pilar Saecoto Saecoto
MAGISTRADA

[Firma manuscrita]
Doctor Jaime Velasco Dávila
MAGISTRADO

CERTIFICO:



[Firma manuscrita]
Dr. Milton Alvarez Chacón
SECRETARIO RELATOR

502-07-or

Quito, ~~septiembre veintiseis~~ del dos mil ocho, a partir de las diecisiete horas, notifiqué con la providencia que antecede al señor Ministro Fiscal General por boleta dejada en el casillero No. 1207, a Dr. William López Armas le notifiqué en el casillero No. 2151, a Elita López Cajas le notifiqué en el casillero No. 31 a Dr. Mauricio Garrido, Procurador Judicial del Servicio de Rentas Internas le notifiqué en el casillero No. 2424, a la Dra. Andrea Cabrera, Abogada del Servicio de Rentas Internas le notifiqué en el casillero No. 568.- Certifico. Lo emendado vale.

[Firma manuscrita]
Dr. Milton Alvarez Chacón
SECRETARIO RELATOR

JUSTICIA