

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

**La (im)posibilidad de calificación de flagrancia en los delitos de
receptación**

Nicolás Burneo Arias

Tutor: Christian Javier Gallo Molina

Quito, 2021

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	Reconocimiento de créditos de la obra	
	No comercial	
	Sin obras derivadas	
Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia		

Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Nicolás Burneo Arias, autor de la tesis intitulada “La (im)posibilidad de calificación de flagrancia en los delitos de receptación”, mediante el presente documento de 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 Penal 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 autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

31 de marzo del 2021

Firma: _____

Resumen

Se estudia la problemática que se genera en la calificación de flagrancia de los delitos de receptación, a partir de la vigencia del tipo penal reformado por la sentencia No. 14-15-CN/19 de la Corte Constitucional del Ecuador. Este delito sanciona a la persona que ayude a los agentes de delitos previos de robo hurto o abigeato, a ocultarlos o comercializarlos, o los adquiere para su uso, teniendo pleno conocimiento del origen ilícito de estos bienes muebles, cosas o semovientes. Este es un delito que se encuentra integrado en otras legislaciones como la legislación peruana y colombiana.

En este contexto, surge la interrogante: ¿La calificación de flagrancia en los delitos de receptación vulnera el principio de presunción de inocencia? Así mismo, nace una pregunta adicional relacionada a si en las audiencias de calificación de flagrancia se puede determinar la tipicidad del delito.

Para responder estas cuestiones, estudiamos la flagrancia, entendida como las reglas que la ley establece para la aprehensión del sospechoso, las cuales son: a) La existencia del delito de acuerdo con las categorías dogmáticas de la teoría del delito; y, b) Las circunstancias de la aprehensión.

En este sentido, la calificación de la flagrancia en los delitos de receptación resulta imposible con el tipo penal reformado, debido a que se requiere demostrar que el aprehendido conocía sobre el origen ilícito del objeto, requiriendo técnicas investigativas que por su naturaleza solo pueden ser desarrolladas durante la investigación previa. Sin embargo, los jueces de la Unidad Judicial con Competencia en Infracciones Flagrantes La Mariscal-Patria, han calificado 219 aprehensiones flagrantes durante el periodo comprendido entre junio del año 2019 y diciembre del año 2020.

Se analiza el caso concreto “Los Guaytamos”, evidenciando el desconocimiento de los agentes policiales, operadores de justicia y la defensa técnica, de las implicaciones derivadas de la sentencia de la Corte Constitucional y del tipo penal reformado.

Palabras clave: presunción de inocencia, dolo, tipicidad, conocimiento, delito previo, error de tipo

A mi esposa Viviana, a mis padres Nicolás y Miriam.
A la familia, inspiración en todos los actos de mi vida.

Agradecimientos

A la Universidad Andina Simón Bolívar por su aporte en mi formación personal y profesional, a mis profesores por todos los conocimientos brindados durante el programa de estudios.

Mi agradecimiento especial al profesor Christian Gallo, por su confianza y apoyo en el desarrollo de este trabajo de investigación.

Tabla de contenidos

<i>Introducción</i>	13
<i>Capítulo primero Aproximación a la flagrancia y las categorías dogmáticas del tipo penal de receptación en el Ecuador, Colombia y Perú</i>	15
1. La flagrancia y el delito de receptación	15
2. La flagrancia	15
.2.1. Análisis etimológico	15
.2.2. Análisis jurídico.....	16
.2.3. Los delitos flagrantes a la luz de la legislación ecuatoriana.....	18
.2.4. Sobre la aprehensión.....	19
.2.5. El delito de receptación	21
.2.6. La receptación como tipo penal ecuatoriano	24
3. La flagrancia y el delito de receptación en la legislación colombiana	25
.3.1. Los delitos flagrantes en Colombia	26
.3.2. La receptación en la legislación colombiana.....	28
4. La flagrancia y la receptación en la legislación peruana	31
.4.1. El delito flagrante en la legislación peruana.....	31
.4.2. El delito de receptación en Perú	32
5. Presunción de inocencia y debido proceso	33
.5.1. La razón de ser de la presunción de inocencia	36
.5.2. Principio de presunción de inocencia como limitador del <i>ius puniendi</i>	38
.5.3. Justificación sociológica, psicológica relacionada a la presunción de inocencia	41
.5.4. La presunción de inocencia vs. el delito de receptación.....	42
<i>Capítulo segundo La sentencia No. 14-15-CN/19 de la Corte Constitucional del Ecuador y la (im) posibilidad de detención flagrante en los delitos de receptación</i>	45
1. La motivación de la Corte Constitucional de Ecuador en la sentencia	45
2. Declaratoria de inconstitucionalidad	51
.2.1. Reforma parcial del delito de receptación en el Ecuador	52
3. La motivación en la audiencia de calificación de flagrancia por delitos de receptación	54
4. La (im) posibilidad de detención flagrante en los delitos de receptación	58

.4.1. Análisis estadístico de los delitos de receptación calificados como flagrantes durante el período comprendido entre el mes de junio de 2019 al mes de diciembre del año 2020	62
.4.2. Análisis del caso “Los Guaytambos”, tramitada en la Unidad Judicial Penal con Competencia en Infracciones Flagrantes	68
.4.3. El error de tipo	72
Conclusiones	77
Bibliografía	81

Introducción

Desde la emisión de la sentencia No. 14-15-CN/19 de la Corte Constitucional del Ecuador, se generaron dudas respecto de las implicaciones que tendría esta en el actuar de los operadores de justicia de las Unidades Judiciales con Competencia en Infracciones Flagrantes respecto a los casos de receptación que debieran conocer en el ejercicio de sus funciones. Con el transcurso de los meses, la duda se convirtió en preocupación al conocer que las causas de aprehensiones flagrantes por el delito tipificado en el artículo 202 del Código Orgánico Integral Penal continuaban siendo calificadas como flagrantes.

Por lo expuesto, con el afán de aportar desde la academia un análisis claro que permita a los operadores de justicia conocer las verdaderas implicaciones de la reforma del tipo penal por parte de la Corte Constitucional, se pone a consideración la presente investigación, la cual se divide en dos capítulos.

En el primer capítulo se estudiará la figura jurídica de la flagrancia y el delito de receptación, de manera general para posteriormente analizarlos en la legislación ecuatoriana y con enfoque de legislación comparada con Perú y Colombia. Así mismo, profundizaremos sobre el principio de presunción de inocencia, su razón de ser frente al prejuicio social de culpabilidad, como limitador del *ius puniendi* y revisaremos su justificación sociológica y psicológica, para finalizar con un estudio de la presunción de inocencia vs el delito de receptación.

En el segundo capítulo, se analiza la sentencia No. 14-15-CN/19 de la Corte Constitucional, su motivación, los efectos jurídicos que se desprenden de ella, la declaratoria de inconstitucionalidad parcial, la reforma parcial del delito de receptación en el Ecuador y la imposibilidad de calificación de flagrancia en los delitos de receptación; también se realizará un análisis estadístico de los delitos de receptación calificados como flagrantes durante el período comprendido entre el mes de julio de 2019 al mes de diciembre del año 2020; se estudiará el caso en concreto “Los Guaytambos” para revisar el actuar de las partes procesales y del juez durante la audiencia de calificación de flagrancia de un caso real; y por último, se revisará el error de tipo como última herramienta jurídica

para garantizar los derechos de aquellas personas que sean indebidamente procesadas por delitos de receptación flagrantes.

El método de investigación es el jurídico deductivo. Además, se basó en un enfoque cualitativo y descriptivo en el estudio del caso en concreto y en el análisis estadístico.

Capítulo primero

Aproximación a la flagrancia y las categorías dogmáticas del tipo penal de receptación en el Ecuador, Colombia y Perú

El proceso penal puede definirse como un instrumento que sirve para realizar la aplicación del Derecho penal material al caso en concreto de una manera civilizada y - en la medida en que cualquier sistema político que se precie de democrático debe orientarse por el respeto a la presunción de inocencia- cualquier finalidad que se le quiera adicionar al proceso penal, no es ni más ni menos que la asunción del modelo autoritario de la pena del banquillo, verdadera pena predelictual, violatoria a todas luces de la más valiosa e importante garantía penal: el respeto a la presunción de inocencia.
(Ricardo Molina López)

1. La flagrancia y el delito de receptación

La flagrancia es un concepto propio del ámbito procesal del Derecho penal que amerita un profundo estudio académico, ya que por su naturaleza y estructura está compuesta por particularidades que la establecen como un estado distinto del que generalmente se parte en un proceso ordinario.

2. La flagrancia

A la flagrancia la analizaremos desde su origen etimológico, lo que nos permitirá comprender su significado lingüístico. Posteriormente, la estudiaremos desde su aspecto jurídico, abordando cada una de sus características en general. Para culminar, compararemos esta figura en las legislaciones de Ecuador, Colombia y Perú.

.2.1. Análisis etimológico

Para Angulo, la palabra flagrancia, en su sentido etimológico, proviene del latín *flagrare*, que significa arder, encender.¹ Por otro lado, para Hernández Barros, “flagrancia

¹ Pedro Angulo Arana, “La detención en casos de flagrancia”, *Actualidad Jurídica* 106 (septiembre de 2002): 31–41.

proviene del latín *flagrans*, que significa lo que actualmente se está ejecutando”.² Cordero por su parte, establece, al igual que Angulo y Hernández, que la palabra “flagrante” es una antigua metáfora del derecho penal y además establece en términos generales, que llega a ser una situación en el que el sospechoso es encontrado cuando ejecuta el acto, “in ipso crimine perpetrando”.³

En este sentido, el Derecho penal hace un símil entre la llama que se encuentra “ardiendo” y el momento mismo de la comisión de una infracción penal. Así, “algunos tratan de encontrar su génesis en la expresión latina *flagrare*, que quiere decir arder o resplandecer como fuego o llama, lo que habla de un delito que resplandece y por ello es advertible retóricamente en el acto en que se enciende a los ojos de quien lo observa.”⁴

Por tanto, es posible determinar que, cuando se habla de flagrancia, en su sentido etimológico, existe la noción de cosas descubiertas por los sentidos cuando suceden *in ipso crimine* perpetrando, es decir como un acto que se está realizando o se acaba de realizar en presencia de uno o varios espectadores.

.2.2. Análisis jurídico

Una vez que se ha analizado el concepto de flagrancia desde la perspectiva etimológica, es necesario realizar un análisis desde el enfoque y trascendencia jurídicos. Así:

El concepto jurídico de flagrancia está constituido por una idea de relación entre el hecho y el delincuente. No puede haber flagrancia en virtud solamente del elemento objetivo: es necesario siempre la presencia del delincuente... un cadáver todavía sangrante; una casa que en ese momento se incendia; un pavimento que se hunde a la vista del juez, no constituyen flagrancia si el reo no es sorprendido en el acto mismo o no se lo consigue inmediatamente.⁵

Bajo esta premisa, la profesora Montserrat de Hoyos Sancho, señala que existen tres requisitos para que una detención sea considerada flagrante:

² Julio A. Hernández Barros, *Aprehensión, detención y flagrancia* (México: Universidad Nacional Autónoma de México / Suprema Corte de Justicia de la Nación / Fundación Konrad Adenauer, 2013).

³ Franco Cordero, *Procedimiento penal* (Bogotá: Temis, 2000).

⁴ Hernández Barros, *Aprehensión, detención y flagrancia*.

⁵ *Ibid.*

a) “Percepción sensorial directa por terceros de la comisión de un hecho presuntamente delictivo:”⁶ El sorprendimiento del autor y del hecho, por la percepción de los sentidos es un elemento que siempre gira alrededor de la flagrancia; “Pues si bien todo hecho delictivo pasa por una fase de ejecución, sólo podrá ser detenido el delincuente in fraganti si un tercero percibe a través de los sentidos, que esa persona está cometiendo o acaba de cometer un hecho delictivo”.⁷

“La simple sospecha de que se está cometiendo un delito”⁸ no es condición necesaria para considerarlo como flagrante ya que en tal caso estaríamos ante la noticia de un delito que debe ser investigado, mas no ante la presencia de un delito flagrante per se. Para que lo sea, como se ha mencionado, se requiere la constatación sensorial de un tercero que vaya más allá de las conjeturas y permita tener un grado de certeza sobre la materialidad y responsabilidad de la infracción.

b) Inmediatez temporal: El tercero debe constatar los hechos por sus propios sentidos, por lo tanto, no flagrancia y hecho consumado no son viables. Si el hecho se ha consumado, se requiere que el “espacio de tiempo entre la consumación del delito y su descubrimiento sea muy corto”⁹ para poder atribuir el supuesto de hecho a la persona responsable y descartar cualquier duda al respecto. Si el lapso de tiempo entre la comisión del hecho y el descubrimiento del mismo es largo, no existe estado de flagrancia y por tanto se deberá informar a la autoridad competente para que se dé inicio a la investigación previa, ya que carecerá de uno de los elementos de la flagrancia.¹⁰

c) Inmediatez personal o espacial:

El hecho de que para poder aprehender al infractor en flagrancia sea necesario que, al momento de ser sorprendido, se encuentre en el sitio donde se cometió el hecho punible o en sus alrededores, en determinada situación respecto al objeto material del delito o las herramientas de este y que ello se constituya en prueba *prima facie* de su intervención en el

⁶ Montserrat De Hoyos Sancho, “Análisis comparado de la situación de flagrancia”, *Revista de derecho* 12 (2001): 137–47. <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v12n2/art09.pdf>

⁷ *Ibid.*, 140.

⁸ *Ibid.*, 140

⁹ *Ibid.*, 141.

¹⁰ *Ibid.*, 141.

delito, es sin duda la consecuencia lógica de lo estudiado anteriormente: si se ha encontrado al sujeto activo durante la comisión de una infracción penal o en situaciones inmediatas a la consumación del delito, es indispensable que el presunto delincuente debe ser sorprendido en los alrededores del lugar del hecho y en poder del objeto material y herramientas o instrumentos que hayan sido usados para evidenciar su participación.¹¹

En consecuencia, para la existencia de delito flagrante, se requiere que el presunto infractor penal sea aprehendido máximo en 24 horas desde la comisión del delito; en el lugar de los hechos, en sus inmediaciones, o posterior a una persecución ininterrumpida desde el lugar del hecho. Además, el sospechoso debe tener relación directa con las evidencias del delito.

.2.3. Los delitos flagrantes a la luz de la legislación ecuatoriana

La norma procesal penal vigente desde el año 2014, establece en su artículo 527, que:

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

No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión.¹²

De la interpretación del enunciado normativo, se puede observar que la misma establece como escenarios para considerar flagrante a una infracción a los siguientes:

- El delito se comete frente a una o más personas.
- Cuando la aprehensión del sospechoso se lleva a cabo durante el cometimiento de la infracción penal.
- Cuando es sorprendido seguidamente después de haber cometido el injusto penal, y exista una persecución de manera ininterrumpida.

¹¹ Ibid., 143.

¹² Ecuador, Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial N°180, 10 de febrero de 2014, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf.

- Cuando se encuentre al infractor con indicios de la transgresión cometida recientemente.

De igual manera, la disposición normativa establece como límite temporal el trascurso máximo de veinticuatro horas entre el hecho punible y su privación de libertad, caso contrario ya no será flagrante.

Es importante tomar en cuenta que, para la normativa ecuatoriana, una infracción penal flagrante tiene relación directa con el criterio de inmediatez; es decir, un ciudadano se encuentra en situación de “flagrancia al cometer un delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente (hasta 24 horas) después de su supuesta comisión”.¹³

Si el hecho cumple con las características de estos escenarios:

Dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizará la correspondiente audiencia oral ante la o el juzgador, en la que se calificará la legalidad de la aprehensión. El fiscal, de considerarlo necesario, formulará cargos y de ser pertinente solicitará las medidas cautelares y de protección que el caso amerite y se determinará el proceso correspondiente.¹⁴

Ahora en el caso de delitos calificados como flagrantes y sancionados con una pena de hasta 5 años, se deberá aplicar el procedimiento directo que tendrá una duración de 20 días para su sustanciación, pues en él se concentran todas las etapas del proceso.

Si el hecho no cumple con las características de uno de estos escenarios, o simplemente rebasa uno de sus límites, se descarta la situación de flagrancia y por tanto, se deberá proceder de conformidad con el procedimiento ordinario establecido en la ley.

.2.4. Sobre la aprehensión

Para comprender de mejor manera el procedimiento aplicable a los delitos flagrantes, es necesario desarrollar el concepto de aprehensión: la misma, es una forma de

¹³ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial N°180, 10 de febrero de 2014, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf.

¹⁴ Ibid.

privación de la libertad ambulatoria del sujeto cuando este ha incurrido en una infracción flagrante.

Es necesario aclarar que aprehensión no es lo mismo que detención. Si bien, suele confundirse a ambas en la práctica, ambos tipos de privación se diferencian en los fines que persiguen: así, la detención opera cuando se priva de la libertad a un sujeto por un tiempo determinado para realizar labores de investigación en cumplimiento a una orden judicial, mientras que la aprehensión se da cuando se priva de la libertad a un sujeto una vez que este ha cometido una infracción flagrante.

De igual forma, es necesario diferenciar la aprehensión de la prisión preventiva, pues si bien ambas son instrumentos del proceso penal, la primera es una herramienta propia del ámbito de la flagrancia mientras que la segunda es una medida cautelar que se utiliza para garantizar el correcto desarrollo del proceso penal con la presencia del procesado y se cumpla de manera estricta con los requisitos dispuestos en la normativa penal vigente.

Elemento importante de la aprehensión son sus denominados “agentes”. Así, al ser una herramienta especial y únicamente aplicable a la situación de flagrancia, la ley penal en su artículo 526 es enfática en señalar que puede actuar en dicha calidad cualquier persona que haya sorprendido al sujeto en el cometimiento del delito flagrante.¹⁵

De igual forma, se determina que en los casos en los cuales se de una persecución ininterrumpida, tanto servidores de la Policía Nacional, así como servidores de la autoridad competente en materia de tránsito podrán ingresar al lugar donde se encuentre la persona perseguida.

Está última consideración por parte de la norma penal ecuatoriana, se establece como una excepción a la inviolabilidad del domicilio. En este contexto es necesario anotar que la:

Inviolabilidad de domicilio garantiza esa esfera íntima de privacidad personal y familiar (dentro del espacio limitado que la propia persona escoge), frente a toda clase de invasiones o agresiones de otras personas o de la autoridad pública no consentidas por el titular del derecho, incluidas las realizadas mediante aparatos mecánicos o electrónicos.¹⁶

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Lorenzo Plaza Arrimadas, “La inviolabilidad del domicilio”, 1982.

Pues “el derecho a la inviolabilidad del domicilio ajeno es el que se reconoce a su titular para que pueda exigir que nadie entre o efectúe registro en él por la fuerza, es decir, sin su consentimiento”.¹⁷

Otra de las particularidades que se presenta en el procedimiento aplicable a la situación de flagrancia en el Ecuador, es la divulgación de rostros y nombres de quienes cometan cierta clase de delitos, lo cual fue aprobado por la Asamblea Nacional el 17 de septiembre del 2019 como parte de las reformas del Código Orgánico Integral Penal (COIP).

De ahí que, ante la aparente relativización de garantías propias del proceso ordinario, la garantía judicial (entendida como la necesaria intrusión del poder judicial) surge como el primordial aparato de amparo de los derechos del ciudadano que ha incurrido en situación de flagrancia estableciéndose como un sistema de prevención consignado a resguardar el derecho y no a remediar cuando se lo violente.

.2.5. El delito de receptación

En términos generales, se concibe que el tipo penal de receptación se comete en el momento en que una o varias personas ayudan o encubren a los sujetos activos de un delito para disfrutar, obtener, comercializar u ocultar el objeto de un delito anteriormente cometido.¹⁸

Elementos objetivos del tipo penal:

- a) **Sujeto activo.** - Al agente que comete una infracción penal, mediante cualquier forma de participación, se la conoce como sujeto activo, el cual puede ser:
- *Sujeto activo calificado:* Cuando para cometer el delito requiere una calidad especial, por ejemplo, ser funcionario público para el delito de peculado o ser médico para el cometimiento del delito de mala práctica médica
 - *Sujeto activo no calificado:* Cuando no se requiere una calidad especial, es decir cuando cualquier persona puede cometer el delito, por ejemplo, el que robar o el que hurtare.¹⁹

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Jessica Navarro, “Delitos contra el Patrimonio: La Receptación”, 13 de junio de 2019, <https://grupoverona.pe/delitos-contra-el-patrimonio-la-receptacion/>.

¹⁹ Pablo Encalada Hidalgo, “Teoría constitucional del delito y el Código Orgánico Integral Penal” (Universidad Andina Simón Bolívar, 2014), 50, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3745/1/T1300-MDPE-Encalada-Teoria.pdf>.

En el caso del tipo penal de receptación, el sujeto activo es no calificado, ya que para cometer el injusto penal, no requiere ninguna calidad especial: cualquier persona natural puede cometer este delito.

b) **Sujeto Pasivo.** El sujeto pasivo de la infracción penal es el poseedor del derecho que se haya lesionado, el mismo que puede ser calificado o no calificado:

- *Calificado:* Para ser sujeto pasivo del delito se requiere una condición específica, un ejemplo de ello es ser mujer en el tipo penal de femicidio.
- *No calificado:* Cuando para ser sujeto pasivo del delito no se requiere ninguna calidad especial, por ejemplo: sujeto pasivo del abigeato.²⁰

En el caso del delito de receptación en el Ecuador, el sujeto pasivo es no calificado, ya que cualquier persona puede ser la titular del bien jurídico lesionado por el sujeto activo de este tipo penal.

c) **Bien Jurídico protegido.** Para analizar el bien jurídico protegido, debemos revisar brevemente la clasificación del objeto:

- *Objeto material:* es el individuo o bien sobre el que se ejecuta la conducta típica, por ejemplo, el celular hurtado, el semoviente producto del abigeato, el cuerpo en el homicidio.
- *Objeto jurídico:* Es el bien jurídico protegido, es decir el derecho lesionado al momento de la comisión de una infracción penal.²¹

En el delito de receptación el bien jurídico protegido por la legislación ecuatoriana es la propiedad, el cual se viene lesionando desde el delito previo de robo, hurto o abigeato, hasta la ejecución del delito posterior de receptación. Es decir, el objeto jurídico se ve lesionado dos veces cuando se configura el tipo penal de receptación.

d) **Conducta penalmente relevante.** La conducta o también conocido por la dogmática penal como verbo rector, es la parte medular del tipo penal, es la acción u omisión mediante el cual se violenta el bien jurídico protegido. Esta acción generalmente se encuentra descrita por un verbo: hurtar, ocultar, transportar, poseer, etc. El verbo

²⁰ Ibid.

²¹ Pablo Encalada Hidalgo, “Teoría constitucional del delito y el Código Orgánico Integral Penal” (Universidad Andina Simón Bolívar, 2014), <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3745/1/T1300-MDPE-Encalada-Teoria.pdf>.

rector debemos entenderlo como la conducta prohibida por el legislador en la norma.²²

Las conductas prohibidas por el legislador en el delito de receptación son: ocultar, custodiar, guardar, transportar, vender o transferir los objetos producto de robo, hurto o abigeato.

Elementos subjetivos del tipo penal:

- a) **Elemento cognoscitivo normativo.** El sujeto activo del delito de receptación debe tener pleno conocimiento de que el objeto es producto de un delito previo: robo, hurto o abigeato. Además, debe cometerse con ánimo de lucro y con dolo.²³

El dolo tiene como finalidad la realización del tipo objetivo, para lo que requiere de dos elementos, uno cognitivo y otro volitivo. El primero se refiere al conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, y el segundo, a la voluntad de realizar esa conducta. En otras palabras, el dolo es conocer y querer: conocer los elementos objetivos del tipo y querer realizar la conducta.²⁴

Para el fin de la presente investigación, los elementos del dolo resultan fundamentales para comprender el nuevo tipo penal de receptación en el Ecuador. Previo a la sentencia No.14-15-CN/19 de la Corte Constitucional del Ecuador, el elemento cognitivo del dolo resultaba irrelevante, ya que dentro del tipo penal se establecía que comete el delito de receptación la persona que tenga en su poder un bien producto de robo, hurto o abigeato o no cuente: “con los documentos o contratos que justifiquen su titularidad o tenencia”.²⁵ Es decir, previo a la sentencia antes mencionada, era sujeto activo del delito de receptación, cualquier persona que no pudiese demostrar con documentos o contratos la propiedad del bien encontrado en su poder, sin importar si tenía conocimiento respecto al origen de la cosa o voluntad en ejecutar un hecho antijurídico, lo cual resulta violatorio al principio de presunción de inocencia.

²² Ibid., 50.

²³ Navarro, “Delitos contra el Patrimonio: La Receptación”.

²⁴ Encalada Hidalgo, “Teoría constitucional del delito y el Código Orgánico Integral Penal”, 54.

²⁵ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 14-15-CN/19”, en *Juicio: No. 14-15-CN (delito de receptación)*, 15 de mayo de 2019, [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/Boletin300519/Sustanciacion/14-15-CN-19%20\(14-15-CN\).pdf](https://portal.corteconstitucional.gob.ec/Boletin300519/Sustanciacion/14-15-CN-19%20(14-15-CN).pdf).

- b) **Elemento comisivo:** El o los sujetos activos del delito de receptación, deben coadyuvar al sujeto activo de los tipos penales de robo, hurto o abigeato, para el aprovechamiento del bien, sea para uso o comercialización.
- c) **Elemento negativo:** El agente del tipo penal de receptación, no puede haber participado en la infracción penal anterior, es decir, no debe haber actuado ni como autor directo, autor mediato ni como cómplice en el tipo penal de robo, hurto o abigeato.

.2.6. La receptación como tipo penal ecuatoriano

En la legislación ecuatoriana, previo a la sentencia Sentencia No. 14-15-CN/19 de la Corte Constitucional del Ecuador, el delito de receptación se tipificaba de la siguiente manera:

Art. 202.- Receptación. - La persona que oculte, custodie, guarde, transporte, venda o transfiera la tenencia, en todo o en parte de bienes muebles, cosas o semovientes conociendo que son producto de hurto, robo o abigeato o sin contar con los documentos o contratos que justifiquen su titularidad o tenencia, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años. Si por omisión del deber de diligencia no se ha asegurado de que las o los otorgantes de dichos documentos o contratos son personas cuyos datos de identificación o ubicación es posible establecer, será sancionada con pena privativa de libertad dos a seis meses.²⁶

Posterior a la sentencia antes mencionada, y con la declaratoria de inconstitucionalidad de la frase “o sin contar con los documentos o contratos que justifiquen su titularidad o tenencia; y, por conexidad, el inciso segundo del mencionado artículo en su integralidad”²⁷ el artículo que tipifica el delito de receptación, reformado por la Corte Constitucional del Ecuador, versa de la siguiente manera: “La persona que oculte custodie, guarde, transporte, venda o transfiera la tenencia, en todo o en parte, de bienes muebles, cosas o semovientes conociendo que son producto de hurto, robo o abigeato, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años”.²⁸

²⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 14-15-CN/19”, en *Juicio: No. 14-15-CN (delito de receptación)*, 2019, [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/Boletin300519/Sustanciacion/14-15-CN-19%20\(14-15-CN\).pdf](https://portal.corteconstitucional.gob.ec/Boletin300519/Sustanciacion/14-15-CN-19%20(14-15-CN).pdf).

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

En el delito de receptación es de percatarse que la existencia del injusto penal radica los verbos rectores: ocultamiento, custodia, guarda, transporte, venta o transferencia de objetos que pertenecieron al sujeto pasivo de delitos previos tales como robo, hurto o abigeato. De ahí que el sujeto activo tiene en su poder un objeto ilícito, y aun con conocimiento y voluntad, procede a la realización de la conducta típica:

- Ocultar. Poner el objeto en un lugar que no pueda ser visualizado por terceros. Solo conoce su ubicación la persona que lo colocó en determinado lugar.
- Guardar. Retener y poner en custodia una cosa, previniendo que un tercero tenga conocimiento del lugar de guarda.
- Transportar. Trasladar una cosa de un lugar a otro, por un precio convenido o de manera gratuita.
- Vender. Transferir la propiedad de un bien a un comprador, por el justo precio.
- Transferir. Conducir una cosa de un punto a otro o realizar la entrega del bien a otra persona.

Vale hacer énfasis en cuanto al elemento cognitivo, es decir la necesidad del conocimiento por parte del sujeto activo de la procedencia ilícita del objeto. De ahí que el conocimiento del hecho ilícito que conlleva a comercializar, ocultar, guardar, transportar todo tipo de objetos cuya procedencia sea un delito previo, dan origen a una sanción como resultado de un proceso penal.²⁹

3. La flagrancia y el delito de receptación en la legislación colombiana

Los pueblos de Ecuador y Colombia comparten características similares respecto a la estructura estatal, su cultura y sobre todo su legislación; por lo que es relevante estudiar la figura de la flagrancia y el delito de receptación en la normativa colombiana y compararlas con la tipificación de nuestro país. Con ello, podremos conocer si el país vecino del norte presenta la misma problemática respecto a la calificación de flagrancia en los delitos de receptación.

²⁹ Napoleón Cabrejo Ormachea, “La flagrancia en el ordenamiento jurídico peruano”, *Derecho y Cambio Social*, 2005, 1–8. <https://www.derechoycambiosocial.com/revista026/flagrancia.pdf>

.3.1. Los delitos flagrantes en Colombia

La figura de la aprehensión en flagrancia no es exclusiva del Ecuador, en la legislación colombiana también se establece esta posibilidad de privación de la libertad:

El artículo 32 de la Constitución Política de Colombia establece que el delincuente que es sorprendido en flagrancia, es decir, mientras comete un delito, puede ser aprehendido por las autoridades o por cualquier persona. Si la autoridad persigue a quien ha sido sorprendido en flagrancia y este buscará refugio en su domicilio, la autoridad podrá ingresar a él para proceder con la aprehensión. Pero si se refugia en el domicilio de un tercero, este deberá autorizar a la autoridad para que pueda ingresar.³⁰

Al igual que en Ecuador, la flagrancia en la legislación colombiana “es consagrada como una excepción a la regla general de que ninguna persona puede ser detenida si no existe orden judicial”³¹. El espíritu de esta regla consiste en que debe existir “una reserva judicial, para poder detener a una persona, es decir, solo el juez competente puede ordenar una detención, con las formalidades legales y por un motivo que ha sido definido en la ley”³². Sin embargo, “esta reserva encuentra una excepción en la flagrancia, pues se busca, con esto, que se pueda perseguir y determinar la responsabilidad de quien ha cometido un delito”³³, de manera inmediata.

La flagrancia es conceptualizada por la más alta Corte colombiana “como una situación actual que hace imperiosa y necesaria la intervención de las autoridades o de los particulares, en la que no es posible contar con una orden de captura previa.”³⁴

Ahora revisemos los requisitos normativos que la legislación colombiana establece para determinar si un hecho es flagrante:

Los supuestos de la flagrancia están previstos en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal de Colombia. Estos supuestos son:

³⁰ Colombia, Constitución Política Diario Oficial N°48263, 2016, <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>.

³¹ Ibid

³² Ibid

³³ Ibid

³⁴ Colombia, Constitución Política. Diario Oficial N°48263, 2016, <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>.

1. “La flagrancia estricta se presenta cuando la persona es detenida al momento preciso de la comisión del delito.”³⁵ Por tanto, en Colombia al igual que en Ecuador, se configura la flagrancia cuando existe inmediatez temporal y espacial: se aprehende al sospechoso en el lugar del cometimiento del delito, mientras el hecho ocurre.
2. “La cuasi flagrancia se presenta cuando la persona es sorprendida e individualizada al momento de cometer el delito, pero, luego, es detenida por persecución o cuando es señalado por la víctima o personas que hayan presenciado el hecho poco después de que este se hubiese presentado.”³⁶ En Ecuador no se distingue esta figura como cuasi flagrancia, ya que la misma se entiende como flagrancia al momento en el que el legislador establece que puede ser aprehendida en situación de flagrancia cualquier persona que haya cometido un delito y sea capturado después de una persecución ininterrumpida desde el lugar de los hechos y máximo 24 horas después de la comisión de la infracción penal.
3. “La flagrancia inferida se presenta cuando la persona no es sorprendida cometiendo el delito ni es señalada por otra persona, sino que es sorprendida con elementos, instrumentos o huellas que permiten inferir que ha cometido un delito poco antes.”³⁷ Al igual que en nuestro país, en la legislación colombiana se establece que el sujeto activo del delito puede ser aprehendido en flagrancia cuando se lo encuentra con huellas, instrumentos o herramientas de la comisión de la infracción penal, sin sobrepasar el límite temporal de 24 horas.
4. “Cuando la persona es sorprendida e individualizada mientras comete un delito, en un sitio público, gracias a una grabación de un video y es aprehendida inmediatamente después. Esta regla también aplica cuando la persona es grabada en forma consentida, mientras se encuentra en un sitio

³⁵ Colombia, Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial N°45.657, 31 de agosto de 2004, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1_20190708_03.pdf

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

privado.”³⁸ Esta situación de flagrancia es nueva y responde a la debida actualización de la norma colombiana a los avances de la sociedad y la tecnología. En Ecuador aún no se ha contemplado esta posibilidad de aprehensión en delito flagrante dentro de su legislación.

5. “Cuando la persona es encontrada en un vehículo que fue utilizado para huir, tras la comisión de un delito, salvo que se evidencia que la persona no tiene conocimiento de la comisión del delito.”³⁹ Esta situación de aprehensión en delito flagrante tampoco se encuentra determinada en nuestro país, ya que la legislación ecuatoriana establece como requisito que se individualice al sospechoso. Las dos únicas opciones para capturar a una persona en un vehículo son: a) que se encuentre huyendo y sea aprehendido después de una persecución ininterrumpida; y, b) si el delito es de robo o hurto y el objeto material de la infracción es el vehículo.

.3.2. La receptación en la legislación colombiana

El Código Penal colombiano establece tres posibles escenarios en el tipo penal de receptación:

En el primer escenario, el legislador colombiano tipifica como delito de receptación la siguiente conducta:

El que sin haber formado parte en la ejecución de la conducta punible adquiera, posea, convierta o transfiera bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen mediato o inmediato en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá en prisión de cuatro a doce años y una multa de seis punto sesenta y seis a setecientos cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.⁴⁰

Al igual que en Ecuador, la legislación colombiana sanciona la conducta mediante la cual se adquiera, posea, transfiera, encubra u oculte bienes u objetos que tengan su origen en un delito anterior. Sin embargo, no se establece el conocimiento del origen ilícito del bien como elemento constitutivo del tipo penal, por lo que se podrá calificar la flagrancia

³⁸ Ibid.

³⁹ Colombia, Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial N°45.657, 31 de agosto de 2004, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20190708_03.pdf.

⁴⁰ Colombia, Código Penal. Diario Oficial No. 44097, 24 de julio de 2000, https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_colombia.pdf.

en delitos de receptación al encontrarse un bien robado o hurtado en el poder del sospechoso.

Como segundo escenario, el Código Penal colombiano, sanciona al delito de receptación de la siguiente manera:

Si la conducta se realiza sobre medio motorizado, o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos; o sobre elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, o a la generación, transmisión, o distribución de energía eléctrica y gas domiciliario, o a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, la pena será de seis a trece años de prisión y una multa de siete a setecientos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la conducta se realiza sobre un bien cuyo valor sea superior a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.⁴¹

El legislador colombiano amplía el tipo penal tipificando como agravante la conducta antes descrita, mientras que el tipo penal de receptación en Ecuador no agrava la pena por estas circunstancias.

A diferencia del escenario de nuestro país, en Colombia se podría calificar la flagrancia cuando al sujeto activo de la infracción penal se lo encontrase en delito flagrante de receptación bajo la modalidad de la conducta antes descrita, debido a que no exige el conocimiento respecto a la ilicitud de la proveniencia de los objetos.

Por último, el tercer escenario tipificado como delito de receptación en Colombia es:

Si la conducta recae sobre los siguientes productos o sus derivados: aceites comestibles, arroz, papa, cebolla, huevos, leche, azúcar, cacao, carne, ganado, aves vivas o en canal, licores, medicamentos, cigarrillos, aceites carburantes, vehículos, autopartes, calzado, marroquinería, confecciones, textiles, acero o cemento, en cuantía superior a cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena imponible se aumentará hasta en la mitad.⁴²

En Ecuador se sanciona por el delito de receptación con la misma pena, sin diferenciar el objeto material de la infracción, pero en el país vecino de Colombia, su legislador agrava en un 50% la pena si la conducta recae sobre uno de los bienes antes señalados.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

En este escenario, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, también cabe la calificación de la flagrancia por el delito de receptación en la legislación colombiana.

El tratadista Norberto Hernández nos explica la figura de receptación sustitutiva en el estado colombiano. Delito de Receptación (Receptación sustitutiva) “es cuando decimos que se da este tipo hacemos referencia a que el objeto que fue producto de un ilícito es cambiado a otro por lo que se le llama sustitutivo”⁴³, es decir que por ejemplo si el acusado roba un radio, y lo desmonta para venderlo en partes, ni el acusado ni el comprador cometen el delito de receptación en cadena puesto que el objeto cambia o muta.⁴⁴

Ahora bien, es importante señalar que el delito de receptación en Colombia se ha expandido, debido a que anteriormente se limitaba al adquisición, posesión, conversión, tenencia, transferencia u ocultamiento de bienes producto de ilícitos anteriores. Sin embargo, en la actualidad se habla de receptación también en los casos de blanqueo de dinero, es decir cuando las personas tienen grandes cantidades de dinero en su poder sin justificación.

La receptación, que inicialmente le fue asimilada a quien se robaba un objeto y luego lo escondía en su lugar de residencia o en algún sitio, después paso a convertirse en un hecho que cobijó a individuos que empezaron a manejar grandes capitales sin demostrar su origen, adquirir bienes de manera rápida o a generar transacciones en cuentas bancarias, todas de alto valor, sin los soportes respectivos y sin regulación alguna por parte del sistema financiero.⁴⁵

De lo antes expuesto, podemos inferir que, en la legislación colombiana, se expande el tipo penal de receptación para sancionar la conducta de blanqueo de capitales. En Ecuador, este delito es autónomo y se denomina lavado de activos, sancionado con una pena superior a la pena del injusto penal de receptación.

⁴³ Norberto Hernández Jiménez, “Receptación y dogmática penal estudio de caso en el contexto del sistema penal acusatorio colombiano”, *Advocatus* 24 (2015): 189-214. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.24.988>

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ María del Pilar Chávez Moreno y Giancarlo Germán García Portilla, “La Receptación: Un delito de alto impacto en Colombia” (Universidad Militar Nueva Granada, 2013), <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/11342/ChavesMorenoMariadelPilar2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

4. La flagrancia y la receptación en la legislación peruana

Los países de Ecuador y Perú comparten características similares respecto a la estructura estatal, su cultura y sobre todo su legislación; por lo que es relevante estudiar la figura de la flagrancia y el delito de receptación en la normativa peruana y compararlas con la tipificación de nuestro país. Con ello, podremos conocer si el país vecino del sur presenta la misma problemática respecto a la calificación de flagrancia en los delitos de receptación.

.4.1. El delito flagrante en la legislación peruana

De conformidad con la legislación peruana, los agentes policiales y cualquier ciudadano, pueden detener en delito flagrante al sujeto activo, cuando se encuentran frente a uno de los siguientes escenarios:

1. “El agente es descubierto en la realización del hecho punible.”⁴⁶ Al igual que en Ecuador y Colombia, en Perú se configura la flagrancia cuando existe inmediatez temporal y espacial, es decir, cuando el sospechoso es aprehendido en el lugar de los hechos y cuando aún se encuentra cometiendo el injusto penal.
2. “El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.”⁴⁷ En este supuesto, también existe la inmediatez temporal, ya que el sujeto activo es aprehendido si es descubierto poco tiempo después de la comisión de la infracción. Es así como se configura la flagrancia con el descubrimiento de la persona en el lugar de los hechos y con el delito recién cometido, tal y como sucede en las legislaciones de Ecuador y Colombia.
3. El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.⁴⁸

En este escenario, las legislaciones de Perú y Colombia son muy similares al momento de la configuración de la flagrancia. Sin embargo, en el caso del Ecuador es distinto ya que nuestra legislación exige que se realice una

⁴⁶ Cabrejo Ormachea, “La flagrancia en el ordenamiento jurídico peruano”.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

persecución ininterrumpida desde el lugar de los hechos hasta la aprehensión del sospechoso.

4. “El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.”⁴⁹ En este escenario para la configuración de la flagrancia, tanto las legislaciones peruana, colombiana y ecuatoriana, establecen la posibilidad de la aprehensión en delito flagrante al sospechoso si se lo encuentra con efectos, herramientas o instrumentos del delito o que hayan servido para su comisión.

Por otra parte, lo que en la legislación ecuatoriana se conoce como “aprehensión”, en la peruana se la denomina como “detención preliminar” y al igual que en nuestro país, no se requiere de orden judicial para su ejecución.

.4.2. El delito de receptación en Perú

Al igual que en la legislación ecuatoriana, en el país vecino de Perú, se concibe al tipo penal de receptación como aquel que se da cuando una persona- sujeto activo- facilita su ayuda o procura encubrir a los sujetos activos de un delito previo para que se pueda adquirir, esconder o aprovechar el objeto o bien de un hecho precedente que sea reprochable penalmente.⁵⁰

En la legislación peruana, el tipo penal de receptación se encuentra contenido en los artículos 194 y 195 del Libro segundo del Código Penal, específicamente en el Capítulo IV del Título V Libro Segundo, tipificado de la siguiente manera: “La pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años si se trata de bienes provenientes de la comisión de los delitos de robo agravado, secuestro, extorsión, trata de personas y trabajo forzoso”.⁵¹

⁴⁹ Cabrejo Ormachea, “La flagrancia en el ordenamiento jurídico peruano”.

⁵⁰ Navarro, “Delitos contra el Patrimonio: La Receptación”.

⁵¹ Perú, “Código Penal” (Diario Oficial El Peruano, 27 de agosto de 2019), <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>.

Ahora bien, resulta necesario para los fines del presente trabajo de investigación, estudiar los elementos subjetivos del tipo penal de receptación:

La modalidad básica para la figura de este tipo penal exige tres requisitos esenciales:

1. Elemento cognoscitivo normativo: Debe cometerse con ánimo de lucro y con dolo, es necesario que el sujeto activo del delito de receptación tenga el conocimiento suficiente del delito contra el patrimonio previo
2. Elemento comisivo: El sujeto debe ayudar a los responsables al aprovechamiento del producto de ese delito o de quien reciba, adquiera u oculte tales efectos.
3. Elemento negativo: El autor de la receptación no debe haber actuado en el anterior delito, ni como cómplice ni como autor directo.⁵²

Como en la legislación de nuestro país, en Perú, uno de los principales elementos típicos del delito de receptación lo compone el delito previo, “el cual, aun cuando no está enunciado taxativamente, viene a ser una construcción jurídica que hace referencia a la procedencia delictiva del bien que queda en manos del receptor”.⁵³

En las legislaciones ecuatoriana y peruana, se exige el conocimiento del origen ilícito del objeto material del delito de receptación por parte del sujeto activo del injusto penal, por lo que la calificación de flagrancia sería improbable por ser atentatorio a la presunción de inocencia, pero en la legislación colombiana, como lo hemos visto anteriormente, no se exige este conocimiento, por lo tanto, si se podrá calificar la flagrancia en los delitos de receptación, a pesar de que su legislador y sus jueces constitucionales deberían revisar si no es violatorio al principio de presunción de inocencia.

5. Presunción de inocencia y debido proceso

Previo a estudiar la sentencia No. **14-15-CN/19** es necesario realizar un análisis del principio de presunción de inocencia como parte del debido proceso, en virtud de su importancia como base de la parte resolutive de la mencionada sentencia.

Todos los miembros de los Estados tenemos derechos consagrados en los diversos instrumentos normativos que integran a los sistemas jurídicos y son estos quienes tienen la obligación de garantizarlos, a manera de deuda perpetua con sus ciudadanos. Así, el debido proceso debe ser entendido como un derecho fundamental, de jerarquía constitucional y

⁵² Navarro, “Delitos contra el Patrimonio: La Receptación”.

⁵³ Ibid.

compuesto por múltiples garantías que buscan la verdad procesal y la consecución de un juicio justo, mediante la igualdad de armas entre las partes procesales.

Agudelo Ramírez, siguiendo esta misma línea determina que el debido proceso es un derecho fundamental instrumental complejo y que se establece la mayor expresión del derecho procesal pues tiene directa conexión con la tutela judicial efectiva. De esta forma:

Es un derecho fundamental que se integra generalmente a las partes dogmáticas de las Constituciones escritas reconocido como un derecho de primera generación en cuanto hace parte del grupo de derechos denominados como individuales, civiles y políticos, considerados como los derechos fundamentales por excelencia. Precisamente estos derechos cuentan con unos mecanismos de protección y de efectividad muy concretos como el recurso de amparo o la acción de tutela.⁵⁴

Este derecho fundamental del debido proceso, se encuentra contenido en los artículos 76 y 77 de la Constitución del Ecuador, donde se establecen cada una de las garantías que goza una persona inmersa en un proceso, tanto en el ámbito no penal como en materia penal. Entre estas garantías, se encuentra la presunción de inocencia que dispone que se trate como inocente a todas las personas hasta que se demuestre su culpabilidad mediante una sentencia ejecutoriada, conforme lo estudiaremos más adelante.

Por su parte, Eduardo Bermúdez explica que el debido proceso se encarga de satisfacer “los requerimientos, condiciones y exigencias necesarias para garantizar la efectividad del derecho material”.⁵⁵

El debido proceso se define como los límites constitucionales y legales autoimpuestos por el mismo Estado, para garantizar la dignidad humana y racionalizar el derecho a castigar o ius puniendi. Estos límites se los consigue mediante un sistema de garantías fundamentales que protegen al ciudadano frente a cualquier arbitrariedad de los funcionarios públicos o de la omnipotencia del Estado.⁵⁶

Respecto a estas garantías, el fin inicial fue evitar la arbitrariedad al momento de castigar y las violaciones ilegales a la libertad de los ciudadanos y a proteger los derechos de propiedad. Así mismo, encamino a la administración de justicia a establecer juicios justos y honestos. Garantizaron inmunidades que previo a la existencia de estas garantías,

⁵⁴ Martín Agudelo Ramírez, “El debido proceso”, *Opinión Jurídica*, 2005.

⁵⁵ Eduardo Bermúdez Coronel, *Debido Proceso: Prisión Preventiva y Amparo de Libertad en el Contexto de los Derechos Humanos* (Quito: Projusticia, 2001), 17.

⁵⁶ Edgar Saavedra Rojas, *Constitución, derechos humanos y proceso penal: las normas rectoras del proceso penal*, vol. 1 (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995), 67.

los ciudadanos no habían gozado, al igual que los derechos propios de las personas y sus bienes.⁵⁷

Por otro lado, y en palabras muy sencillas, la presunción de inocencia es entendida como la garantía de que toda persona tutelada por el derecho o es inocente hasta que, posterior a un juicio justo, se imponga en su contra una sentencia declaratoria de culpabilidad ejecutoriada, en la cual se determine una sanción por el cometimiento de un injusto penal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Tibi vs. Ecuador*, ratifica la importancia del principio de presunción de inocencia dentro de los procesos penales, cuando señala lo siguiente:

La Corte Interamericana ha afirmado en la sentencia del caso *Suárez Rosero*, del 12 de noviembre de 1987, y lo reitera en la sentencia del presente caso, que el principio de presunción de inocencia constituye el fundamento de las garantías judiciales. En efecto, estas se organizan en torno a la idea de inocencia, que no bloquean la persecución penal, pero la racionaliza y encauza.⁵⁸

El artículo 8 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala: “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.⁵⁹

En el mismo sentido, la Constitución del Ecuador, como parte del debido proceso, le otorga igual estatus de principio rector al señalar en el numeral 2 de su artículo 76 que:

En todo proceso en el que se determine 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.⁶⁰

Ahora bien, el principio de presunción de inocencia garantizado en el artículo 76 de la Constitución del Ecuador y en los diversos tratados internacionales de Derechos Humanos

⁵⁷ Osvaldo Gozaíni, *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2004), 19.

⁵⁸ Corte IDH, *Caso Tibi Vs. Ecuador* (7 de septiembre de 2004). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

⁵⁹ Conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos, “Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)” (Organización de los Estados Americanos, 1969), https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

⁶⁰ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N°449, 20 de octubre de 2008, https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf.

suscritos por nuestro país, conforme lo analizado anteriormente, amerita ser estudiado como eje fundamental de la presente investigación, por lo que, dedicaremos las siguientes líneas para profundizar sobre esta garantía del debido proceso.

Como lo hemos visto, la presunción de inocencia debe ser considerada como una garantía para el juzgamiento, pero también debe ser una garantía procesal y un derecho humano que en las legislaciones donde se ha instaurado el sistema acusatorio, el cual se basa en principios de publicidad, contradicción, continuidad, concentración, inmediación y oralidad, obliga a los estados a tutelar los derechos fundamentales contenidos en la Constitución e instrumentos internacionales, entre ellos la protección y tutela de las garantías y derechos de las personas sometidas a un proceso penal, en cada una de las etapas incluyendo la etapa preprocesal de investigación previa, por lo que, el sospechoso deberá ser tratado como inocente durante la etapa preprocesal y procesal, hasta llegar a su juzgamiento.⁶¹

.5.1. La razón de ser de la presunción de inocencia

Es de conocimiento general entre los abogados que nos encontramos laborando en materia penal y los estudiosos de esta rama del Derecho, que un porcentaje importante de las personas que se encuentran inmersas en procesos penales son de alta vulnerabilidad, sumergidas en la pobreza y falta de oportunidades. Por ello, Ramiro Ávila Santamaría es claro al señalar que: “Las personas peor ubicadas que están en situación de vulnerabilidad o debilidad, están ahí porque hay alguien que los oprime, subordina discrimina y les pone en ese lugar”.⁶² Es por esta razón que los sistemas jurídicos deben brindar derechos y garantías para estas personas estén protegidas por la ley y puedan tener un juicio justo.

El Ecuador, a partir del año 2008, se constituye como un Estado garantista, el cual, en palabras de Ferrajoli, es equivalente “al sistema de límites y vínculos sustanciales,

⁶¹ Miguel Ángel Aguilar López, Presunción de inocencia. Revista Judicial derecho ecuador.com, 2013.

⁶² Ramiro Fernando Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal* (Quito: Ediciones Legales, EDLE. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013), 50, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5925/1/Avila%20R-CON-011-La%20injusticia.pdf>.

cualesquiera que estos sean, impuestos a la totalidad de poderes públicos por normas de grado jerárquicamente superior a las producidas por su ejercicio”.⁶³

Para Prieto, los factores particulares del garantismo recaen sobre la necesidad de dirigir sus esfuerzos a la prevención de la violencia en todas formas, la que se genera por el cometimiento de infracciones penales, pero al mismo tiempo la que nace del proceso penal y de la aplicación de las penas, para lo cual, es fundamental considerar los derechos no solo de la mayoría de la sociedad, sino también de las minorías.⁶⁴

En un Estado garantista como es el Ecuador, es necesario recalcar que lo establecido en los Arts. 75, 76 y 77 de la Constitución componen:

Un catálogo de garantías que integran el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso garantista consagrando expresamente la presunción de inocencia, debido proceso, principio de legalidad, celeridad, irretroactividad en materia sancionadora, la resocialización y la proscripción de la privación de la libertad por parte del poder sancionador.⁶⁵

Ahora bien, para comprender la razón de ser del principio de presunción de inocencia dentro de un sistema jurídico garantista, debemos señalar que dentro del proceso penal el sospechoso ocupa siempre una posición adversa, la cual es obvia cuando se encuentra procesado y más aún cuando pesa en su contra una medida cautelar privativa de libertad, por lo que es señalado directamente como posible responsable de los hechos delictivos. Esto ocasiona el recelo social ante el individuo, debido a que no es muy común que la sociedad reconozca a un procesado en primera instancia como inocente.

La causa de este comportamiento es denominada como “prejuicio social de culpabilidad”, de ahí que frente a esta realidad no es extraño que con el objetivo de evitar falsas acusaciones se plasme la idea de la presunción de inocencia, con la finalidad de evitar rumores de una verdad ficticia, que puede condenar a una persona inocente.

Entonces, el principio de presunción de inocencia es concebido por la necesidad de evitar un reproche social anticipado al presunto infractor penal, hasta que, mediante un

⁶³ Luigi Ferrajoli, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia* (Buenos Aires: Trotta, 2014), 42.

⁶⁴ Luis Prieto Sanchís, *Garantismo y Derecho Penal* (Madrid: Iustel, 2011), 47.

⁶⁵ Jordi Nieva Fenoll, “La razón de ser de la presunción de inocencia”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n° 1 (enero de 2016): 1–23. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/305701/395579>

proceso penal y la verdad procesal, se determine si su estado de inocencia se ratifica o se rompe con una sentencia declaratoria de culpabilidad ejecutoriada.

.5.2. Principio de presunción de inocencia como limitador del *ius puniendi*

El *ius puniendi* es la potestad que tiene cada Estado a castigar, por la estricta necesidad de proteger los bienes jurídicos que están obligados a tutelar. En palabras del jurista clásico Cesare Beccaria, el derecho a castigar se define de la siguiente manera:

Toda pena que no derive de la absoluta necesidad dice el gran Montesquieu, es tiránica; proposición que se puede generalizar del siguiente modo: todo acto de autoridad de hombre a hombre que no derive de la absoluta necesidad es tiránico. He aquí el fundamento del derecho del soberano a castigar los delitos: la necesidad de defender el depósito del bienestar público de las usurpaciones particulares; y más justas son las penas, cuando más sacra e inviolable es la seguridad, y mayor la libertad de los súbditos que conserva el soberano.⁶⁶

De ahí que, si se examinan las diversas garantías dispuestas frente a la persecución penal, estas están claramente encaminadas a resguardar al imputado frente al poder punitivo del Estado, es decir, a asegurar la imposición legítima y proporcional de una pena por parte del Estado dentro del marco del debido proceso.⁶⁷

En este sentido, todo ciudadano debe tener garantías suficientes para que su proceso sea manejado con justicia, garantizándoles a todos los procesados, las herramientas necesarias para que se puedan defender en igualdad de condiciones frente al Estado.

Dentro de este contexto y dada la importancia de los principios y las garantías constitucionales como límites al ejercicio del *ius puniendi* en un Estado de Derecho, la presunción de inocencia está directamente vinculada con la lucha respecto de la falsa culpabilidad, esto es, en contra de suponer “la determinación de la imputación subjetiva sobre la base de que el hecho le corresponde al”⁶⁸ sujeto. Así mismo, que no existe imputación por las consecuencias, es decir imputación objetiva, distinguiendo la

⁶⁶ Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas* (Madrid: Biblioteca Nueva, 2018), 44.

⁶⁷ Raúl Carnevali Rodríguez, “Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional”, *Ius et Praxis* 14, n° 1 (2008): 13–48. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-00122008000100002&lng=es&nrm=iso

⁶⁸ Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, “Lección 4. La Ciencia del Derecho penal en la actualidad”, en *Curso de Derecho Penal. Parte General* (Barcelona: Ediciones Experiencia, 2016), 67–84.

“culpabilidad de azar o casos fortuitos y diferenciando además los grados de participación en el delito, logrando hacer proporcionales las consecuencias jurídicas”.^{69, 70}

En este contexto, la presunción de inocencia es:

Un derecho que se le reconoce al imputado con el propósito de limitar la actuación del Estado en el ejercicio *ius puniendi* en todo aquello que afecta a los bienes o derechos, el cual constituye un resguardo frente a los ataques indiscriminados de la acción estatal. Por tanto, la presunción de inocencia se establece como un equilibrio justo entre intereses contrapuestos: por un lado, el interés del Estado en la represión de la delincuencia y por otro, el interés del imputado en la salvaguardia de la libertad y la dignidad.⁷¹

Es decir, el principio de presunción de inocencia garantiza que exista un proceso justo, actuando como contrapeso ante el poder punitivo del Estado, el cual lo ejerce por intermedio de todo el aparataje institucional. Con esta garantía como contrapeso, se consigue equilibrar la balanza judicial para que el ejercicio de la acción penal y la defensa actúen en igualdad de condiciones y se trate con dignidad humana a la persona investigada o procesada penalmente.

De ahí que exista una relación inescindible entre la presunción de inocencia y el Estado garantista, pues únicamente en un Estado de corte totalitario se persigue el castigo al culpable por encima de la protección del inocente; además, mediante el reconocimiento de la presunción de inocencia se está otorgando al imputado una protección especial frente al Estado impidiendo actuaciones abusivas por parte de este que afecte a los intereses del ciudadano.⁷²

La presunción de inocencia es uno de los principios más relevantes en los Estados garantistas y del sistema acusatorio en materia penal, ya que, en los Estados totalitarios y sistemas inquisitivos, se presume la culpabilidad de las personas. Así mismo, la carga de la prueba es indispensable para poder identificar en que sistema nos encontramos, debido a que, si le corresponde al sospechoso o procesado probar su inocencia, nos encontraríamos en un sistema totalitario e inquisitivo, por el contrario, si es al acusador a quien le

⁶⁹ Hay que tener en cuenta que el principio de culpabilidad garantiza dos cosas; que el hecho no debe interpretarse como casualidad sino como obra, y que la persona es competente para intervenir en la comisión de delitos

⁷⁰ Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, “Lección 4. La Ciencia del Derecho penal en la actualidad”, en *Curso de Derecho Penal. Parte General* (Barcelona: Ediciones Experiencia, 2016), 67–84.

⁷¹ Mercedes Fernández López, “Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal” (Universidad de Alicante, 2004), 211, <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/11013>.

⁷² Ibid.

corresponde probar la culpabilidad del procesado, podemos asegurar que estamos en un sistema garantista y acusatorio.

Cabe recalcar que mientras más centralizado y absorbente es el régimen político de un país, prevalece en mayor cantidad los intereses represivos, mientras que en regímenes en los cuales prevalecen la “libertad y la dignidad adquiere mayor importancia la tutela de la inocencia.”⁷³

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la presunción de inocencia no es el único derecho del sujeto activo en el litigio penal, ya que las garantías consagradas en el art. 76 están orientadas a configurar un proceso penal de corte liberal basado en la protección del imputado.

En este sentido, la presunción de inocencia ligada al denominado derecho al silencio permite obtener del procesado, un comportamiento procesal pasivo, es decir que éste no está obligado a colaborar, declarar o probar nada, además, debe garantizarse que tiene conocimiento sobre su proceso legal y las pruebas existentes de manera previa y detallada, de ahí que la carga de la prueba en el proceso penal compete siempre a Fiscalía.

Por otra parte, y al igual que derecho al silencio, el principio de pasividad está ligado directamente a la presunción de inocencia, siendo aplicado en gran parte de los países a nivel mundial. Este principio conocido como *nemo tenetur se ipsum*⁷⁴ al estar vinculado a la presunción de inocencia le permite a la persona involucrada mantener un status pasivo durante todo el proceso penal, es decir que por ningún motivo deberá declarar, ayudar, actuar o probar sin su consentimiento, ya que, por mandato constitucional, debe ser tratado como inocente durante todo el proceso penal. De ahí que este principio esté también estrechamente vinculado con el principio de prohibición de autoinculpación.

Para Muñoz Conde, en el Estado de Derecho existen varias prohibiciones probatorias que permiten garantizar los derechos fundamentales de las personas inmersas en un proceso penal. Dentro de estas prohibiciones, y quizás una de las de mayor relevancia, se encuentra la prohibición de autoinculpación, la cual garantiza que nadie esté obligado a declarar en contra de sí mismo u obligado a aportar pruebas que lo incriminen. De este principio se desprenden derechos fundamentales para el proceso penal, como son el

⁷³ Ibid., 212.

⁷⁴ El derecho a guardar silencio

derecho a guardar silencio, el derecho a la defensa, a no declarar o declarar falsamente, y el derecho a contar en todo momento con un abogado.⁷⁵

.5.3. Justificación sociológica, psicológica relacionada a la presunción de inocencia

Las sociedades modernas y sus legislaciones deben garantizar sistemas penales donde los juzgadores tengan la libertad de motivar sus resoluciones en base a la debida valoración de las pruebas de cargo y de descargo que se presenten durante el juicio y en el cual se presuma la inocencia del procesado hasta que el juzgador tenga la certeza absoluta de que se encuentra frente a un caso de culpabilidad. De lo contrario, viviríamos un escenario judicial tan peligroso como el descrito por el tratadista Carrara en líneas subsiguientes:

Escandalo sería ver a los tribunales condenar siempre, y ver a jueces a quienes les pareciere cometer un pecado si absuelven, y que tiemblan afiebrados y suspiran como infelices al firmar una absolución, aunque ni tiemblan no suspiran al firmar una condena. Esto si sería un verdadero escándalo, pues haría arraigar en el pueblo, más hondamente, la justa idea de que los jueces criminales ocupan un sitio tan sólo para condenar, y no para administrar justicia imparcialmente. Con esto se daría muerte a la confianza que pueda tenerse en la justicia humana, al tomarse como motivo la condena, no el haber sido declarado culpable sino el haber sido acusado.⁷⁶

Lo acotado por el profesor Carrara es uno de los escenarios más riesgosos en un Estado de Derecho. Para contrarrestarlo, las legislaciones garantizan la presunción de inocencia ya que cuando se acusa a un individuo sin tener las pruebas necesarias estamos atentando en contra de los derechos inherentes del propio sujeto, debido a que todas las personas, incluidos los sospechosos de cometer un delito, tenemos derecho a que se presuma nuestra inocencia mientras no se compruebe la culpabilidad.⁷⁷

Así también la suposición de culpabilidad ligada a la noción de peligrosidad de un individuo vulnera a la presunción de inocencia. Ante este posible escenario, el juzgador

⁷⁵ Francisco Muñoz Conde, “De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo”, *Revista Penal*, n° 23 (enero de 2009): 73–114. <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/11937/Prohibiciones.pdf?sequence=2>

⁷⁶ Francesco Carrara, *Programa de Derecho Criminal: Parte General*, vol. I (Bogotá: Temis, 1991), 279.

⁷⁷ José Falconi, “Principio procesal de inocencia”, 17 de abril de 2017, <https://www.derechoecuador.com/principio-procesal-de-inocencia-#:~:text=De%20tal%20manera%20que%20el,y%20por%20tanto%20no%20puede.>

debe basar sus sentencias en la debida valoración de las pruebas presentadas en el proceso y dejar de lado todo tipo de prejuicios, presiones y la figura anacrónica de la supuesta conmoción social

En este contexto, ni las ideas preponderantes en la práctica jurídica ni el sentir social generalizado, son favorables a la presunción de inocencia pues, a pesar de la insuficiencia probatoria, buena parte de los jueces prefieren emitir sentencias condenatorias fundadas, muchas veces, en pruebas que carentes de fiabilidad -tales como las de testigos indirectos- que les permiten basar su decisión en prejuicios y concepciones de culpabilidad anticipada. De ahí que sea imprescindible la presencia vinculante del principio de presunción de inocencia en el proceso penal como resguardo ante la posible discrecionalidad judicial.

.5.4. La presunción de inocencia vs. el delito de receptación

El tipo penal de receptación sancionado en el artículo 202 del Código Orgánico Integral Penal previo a haber sido reformado por de la Sentencia N° 14-15-CN/19 de 14 de mayo de 2019 de la de la Corte Constitucional, generaba varios inconvenientes entre los cuales resalta el referente a que este delito envolvía una violación del principio de presunción de inocencia garantizado en el artículo 76 numeral 2 de la Constitución del Ecuador. La justificación para dicha aseveración tiene su base en que la infracción penal de receptación se genera alrededor de un bien o cosa de origen clandestino.

Hasta mayo del año 2019, el tipo penal de receptación obligaba a todo poseedor de un bien, cosa o semoviente, a tener documentos o contratos que justifiquen su tenencia o titularidad. En el caso de no contar con ellos, se presumía que se encontraba configurada la conducta típica y más grave aún, se presumía la responsabilidad del supuesto sujeto activo, siendo sin lugar a duda, contrario al sistema garantista y acusatorio.

Así mismo, este tipo penal invertía la carga de la prueba, ya que era el supuesto sospechoso quien debía demostrar su inocencia mediante documentos o contratos que justifiquen la tenencia o titularidad del bien, cosa o semoviente, mientras que el sistema de justicia presumía su culpabilidad. En este sentido, el órgano acusador no debía probar nada más allá que la inexistencia de estos documentos.

La calificación de flagrancia en los delitos de receptación era sencilla previa la sentencia de la Corte Constitucional y la reforma parcial del tipo penal, ya que se requería

comprobar únicamente que el aprehendido no contaba con documentación que justifique la propiedad o tenencia del bien y que este haya sido reportado por un delito previo. En ningún momento se daba la posibilidad de discutir respecto al conocimiento que el sujeto activo tenía sobre la ilicitud del origen de la cosa, violentado su estado de inocencia.

Este tipo penal, cargado de presunción de culpabilidad, provocó innumerables calificaciones de flagrancia, procesos penales y sentencias condenatorias que, a la luz de del debido proceso y la presunción de inocencia, resultaban completamente contrarias al Estado garantista del Ecuador y a sus normas constitucionales.

Por otro lado, buena parte de la discusión se desarrolla en torno al sujeto pasivo de este tipo de delito, toda vez que se trata de una conducta a través del cual se busca precautelar los intereses de la sociedad, sancionando una especie de tráfico ilícito de bienes. para toda vez que en algunos casos resulta muy complicado conocer quién es el sujeto pasivo o víctima del tipo penal de receptación y si la persona que posee un objeto producto de un delito anterior tiene conocimiento de su origen ilegal.

En este contexto y dadas las precisiones antes señaladas, es que la Corte opta por declarar la inconstitucionalidad parcial del tipo penal de receptación e introducir como elemento constitutivo del delito al conocimiento que el sospechoso debe tener respecto a la ilicitud del origen del bien, cosa o semoviente, garantizando la presunción de inocencia como principio limitador del ejercicio del *ius puniendi* que salvaguarda a los ciudadanos del uso indebido del derecho a castigar que tiene el Estado, que como se conoce, ha generado múltiples violaciones a los derechos fundamentales durante el transcurso de la historia.

Capítulo segundo

La sentencia No. 14-15-CN/19 de la Corte Constitucional del Ecuador y la (im) posibilidad de detención flagrante en los delitos de receptación

1. La motivación de la Corte Constitucional de Ecuador en la sentencia

A fin de analizar lo establecido en la sentencia No. 14-15-CN/19 de la Corte Constitucional del Ecuador con fecha de 14 de mayo de 2019 en la cual se declara la inconstitucionalidad parcial del artículo 202 del Código Orgánico Integral Penal que tipifica el delito de receptación, es necesario anotar las siguientes observaciones:

Esta sentencia, es el origen de una nueva reforma penal en el Ecuador a través de la declaratoria de la inconstitucionalidad parcial del artículo 202 del Código Orgánico Integral Penal que violentaba el derecho a la presunción de inocencia y revertía la carga de la prueba hacia el sospechoso, ya que él debía demostrar el origen lícito de los bienes muebles, cosas o semovientes que se encontraron en su poder.

Dada la trascendencia de la decisión judicial es necesario conocer las repercusiones que esta tiene en la práctica, puesto que determina una nueva forma de investigación del delito de receptación como parte de los delitos contra la propiedad.

Entre los principales argumentos que la Corte Constitucional esgrime como motivación de su sentencia No. 14-15-CN/19, encontramos:

El principio de presunción de inocencia es un derecho fundamental y diferenciador entre el sistema inquisitivo y el acusatorio. En el sistema inquisitivo se presume la culpabilidad y en el sistema acusatorio la inocencia de la persona. Con este derecho se protege a las personas del uso autoritario y abusivo del *ius puniendi* del Estado.⁷⁸

La Corte Constitucional, con el presente argumento, hace énfasis en que el Ecuador es un país garantista y su sistema penal es acusatorio, en el cual se garantiza la presunción de inocencia como limitador del derecho a castigar que tiene

⁷⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 14-15-CN/19”.

el Estado y se prohíbe cualquier disposición normativa que presuma la culpabilidad de las personas.

Del principio de presunción de inocencia se generan los siguientes efectos jurídicos: a) Se limita al poder punitivo del Estado, ya sea el legislativo como el procesal; b) Se obliga al Estado a tratar a las personas como inocentes antes y durante el proceso penal; c) El estado de inocencia que gozan las personas solo puede vencerse con pruebas lícitas de culpabilidad y debe mediante sentencia ejecutoriada; y, d) la carga de la prueba siempre la tiene la Fiscalía.⁷⁹

La Corte Constitucional señala que el poder punitivo debe ser limitado tanto en el proceso legislativo para la promulgación de normas que no violenten la presunción de inocencia, como dentro del proceso penal, en el cual toda persona debe ser tratada como inocente hasta que Fiscalía pruebe lícitamente su culpabilidad, la cual deberá ser declarada en sentencia debidamente ejecutoriada.

Se determina como violación al principio de presunción de inocencia y a la Constitución, cuando el legislador tipifica un delito donde se presuma la culpabilidad, cuando se trate a una persona como culpable previo a una sentencia condenatoria y ejecutoriada, y cuando se establezca la carga probatoria al indagado, investigado o procesado.⁸⁰

El juez constitucional señala que la violación a la presunción de inocencia puede darse cuando se emiten normas mediante las cuales se presume la culpabilidad de las personas, un claro ejemplo de ello era el delito de receptación previo a esta sentencia. Así mismo en este tipo penal, se revertía la carga de la prueba, debiendo el sospechoso probar su inocencia mediante documentos que demuestren la tenencia o titularidad de los bienes, objetos o semovientes que se le encontraron en su poder.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.

La responsabilidad penal es subjetiva y la debe demostrar el acusador, probando que el reo es imputable y conoce sobre la antijuridicidad de su actuar. Por tanto, no se debe presumir el principio de culpabilidad en el Ecuador.⁸¹

La Corte Constitucional recuerda mediante este argumento que, para declarar la responsabilidad de un delito al sospechoso o procesado, la Fiscalía debe demostrar que el mismo es imputable y que conoce la antijuridicidad de la conducta, es decir, que no incurre en error de prohibición. Así mismo, hace nuevamente hincapié en cuanto a la prohibición de presumir la culpabilidad en nuestro país.

Además, el juez es enfático en señalar que la responsabilidad penal en nuestro país es subjetiva, es decir debe ser aprobada por el órgano acusador. Si el sospechoso o procesado debería probar su inocencia, nos encontraríamos frente a una responsabilidad penal objetiva, prohibida en nuestro sistema jurídico.

La prueba sobre la materialidad de la infracción no es prueba que demuestre la culpabilidad. De serlo, nos encontraríamos en un régimen inquisitivo.⁸²

La más alta Corte de nuestro país, argumenta que la materialidad de la infracción debe ser probada, pero esto no implica que con ello se pruebe la responsabilidad. Por tanto, la culpabilidad y la materialidad se probarán por separado. En múltiples ocasiones, se demuestra la existencia de conducta típica, pero no se consigue probar que el sospechoso o procesado es el responsable de la trasgresión penal.

Para que el delito de receptación se configure debe darse: a) la conducta debe ejecutarse mediante uno de los verbos rectores anteriormente estudiados; b) el acto debe tener un objeto material producto de un delito previo contra la propiedad; y, c) el autor debe conocer que el bien o semoviente es producto de un robo, hurto o abigeato.⁸³

Respecto a este argumento, es menester detenerse a analizar el requisito del conocimiento que el sujeto activo del delito de receptación debe tener sobre el

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid.

origen ilícito del bien, cosa o semoviente. Este es un requisito nuevo en nuestra legislación, el cual nos hace cuestionarnos si cabe la calificación de la flagrancia en este injusto penal, ya que se deberá demostrar en esta audiencia que la conducta se la realizó con el conocimiento pleno del origen clandestino del objeto material de la infracción penal.

La conducta no puede ser sancionada penalmente si la persona desconoce que posee un bien robado, hurtado o robado, o si desconoce el origen ilícito de este. Es fundamental que se pruebe el acto y la culpabilidad.⁸⁴

Para la presente investigación, este argumento esgrimido en la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador es fundamental, debido a que se exige como requisito la demostración del conocimiento por parte del sospechoso respecto al origen ilícito del bien. Este requisito será fundamental para nuestro análisis respecto a la factibilidad de la calificación de la flagrancia en los delitos de receptación.

La frase del tipo penal “o sin contar con los documentos o contratos que justifiquen su titularidad o tenencia”, permite al operador de justicia escoger entre el conocimiento del origen ilícito del bien o del simple hecho de no contar con documentación que justifiquen la propiedad o su tenencia, lo cual permite presumir que el presunto sujeto activo tiene conocimiento del ilícito previo, lo cual es una clara violación a la presunción de inocencia.

La frase antes mencionada del tipo penal de receptación sustituye al conocimiento como elemento subjetivo.⁸⁵

La frase del tipo penal de receptación “o sin contar con los documentos o contratos que justifiquen su titularidad o tenencia”, permitía la calificación de la flagrancia sin mayores elementos de convicción, ya que para hacerlo no se debía demostrar el conocimiento que el sujeto tenía sobre la conducta y el origen de la cosa, sino únicamente que no portaba ningún documento que explique la legal tenencia del mismo.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ibid.

El simple hecho de no portar los documentos que justifiquen la propiedad o tenencia del bien presume *de iure* que la persona conoce la ilicitud del origen. Este hecho resulta inconstitucional pues violenta la protección reforzada que la ley otorga al procesado. Nunca se debe presumir la verificación de alguno de los elementos del delito.⁸⁶

Cada uno de los elementos de las categorías dogmáticas del delito deben ser demostradas y comprobadas mediante pruebas. Ni la norma ni los operadores de justicia pueden presumir que uno de estos elementos se encuentre configurado, esto sería violatorio a la Constitución, al Estado garantista y al sistema acusatorio.

La frase en cuestión invierte la carga de la prueba, ya que el procesado debería probar con documentos o contratos la propiedad o tenencia del bien. Corresponde al órgano acusador probar el origen del objeto y el conocimiento del delito previo. Si el escenario expuesto fuese aceptado, se flexibilizaría la garantía y se permitiese sancionar a las personas mediante responsabilidad objetiva.⁸⁷

El tipo penal de receptación, previo a esta sentencia, invertía la carga de la prueba, obligando al sospechoso o procesado a demostrar con documentos o contratos que el bien, cosa o semoviente encontrado en su poder no tenía un origen ilícito, cuando en el sistema acusatorio, es el órgano acusador quien debe probar la materialidad de la infracción y la responsabilidad. Este factor garantizaba que las aprehensiones por receptación puedan ser calificadas como delitos flagrantes, por el simple hecho de no contar con documentación, siendo una clara violación a los derechos fundamentales.

En este sentido, es inadmisibles permitir la peor expresión del poder coercitivo del Estado, sin la exigencia de que las personas se comporten de cierta manera por conocer plenamente la prohibición.⁸⁸

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid.

La exigibilidad de una conducta distinta a la delictiva es uno de los requisitos fundamentales del derecho penal moderno. En base a esta teoría, la sociedad por intermedio del Estado debe poder exigir al sujeto activo una conducta lícita, permitiéndole escoger entre delinquir y no delinquir. Si el sospechoso o procesado, no cuenta con esta opción, la conducta no podrá ser sancionada. En el delito de receptación, no era exigible otra conducta, ya que muchas ocasiones el agente ni siquiera conocía que se encontraba cometiendo una infracción penal.

Por tanto, la presunción de que el indagado, investigado o procesado conoce sobre la procedencia ilícita del bien mueble, cosa o semoviente, viola el principio de presunción de inocencia y resulta inconstitucional.⁸⁹

Este argumento de la Corte Constitucional es neurálgico para el desarrollo de la presente investigación, debido a que en base a la presunción de que el sospechoso conocía sobre el origen ilícito del objeto material de la infracción, se calificaba la flagrancia en los delitos de receptación. Es decir, el hecho de no contar con documentos que demuestren la tenencia o titularidad de la cosa hacía presumir al juzgador que había el conocimiento del delito previo y por ello se procesaba a múltiples personas por este tipo penal.

Por todo lo antes expuesto, la frase “o sin contar con los documentos o contratos que justifiquen su titularidad o tenencia” resulta violatoria de la presunción de inocencia reconocida en la Constitución del Ecuador.⁹⁰

El juez constitucional concluye su motivación señalando que la frase “o sin contar con los documentos o contratos que justifiquen su titularidad o tenencia” es inconstitucional por violentar derechos fundamentales como la presunción de inocencia, con lo cual, la calificación de flagrancia en delitos de receptación resultará imposible o por lo menos improbable.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 14-15-CN/19”.

2. Declaratoria de inconstitucionalidad

Previo a analizar la declaratoria de inconstitucionalidad parcial del tipo penal de receptación, es importante estudiar si los jueces de garantías penales podían realizar una interpretación del texto normativo conforme a la Constitución. En ese sentido, “una norma ha de ser interpretada conforme a la Constitución cuando existan varias posibilidades interpretativas de las cuales por lo menos una conduce a la conformidad de la norma a la Constitución y por lo menos otra, a la inconstitucionalidad de la norma.”⁹¹ Si en el texto normativo no existen estas dos vías de interpretación, no cabe interpretación conforme. Así mismo, si la norma es claramente inconstitucional, no se deberá interpretar sino se deberá declarar su inconstitucionalidad.

En el texto del tipo penal de receptación, podemos evidenciar que no existe la posibilidad de interpretar la frase “o no contar con documentos o contratos que justifiquen la titularidad o tenencia del bien, cosa o semoviente”, ya que, con esta redacción normativa, los operadores de justicia únicamente debían constatar que la conducta se subsuma a la ley. Esta frase es claramente inconstitucional por violentar derechos fundamentales y lo que en derecho corresponde es declarar su inconstitucionalidad.

Así mismo, debemos reconocer que, en nuestra práctica jurídico-penal, el principio de legalidad se encuentra arraigado en cada una de las resoluciones de los operadores de justicia, lo que no permitía que el análisis de constitucionalidad provenga de los jueces de garantías penales y que sea una necesidad la intervención de la Corte Constitucional para declarar la inconstitucionalidad parcial del tipo penal y su reforma.

En esa línea, la Corte Constitucional del Ecuador, con base en los argumentos estudiados en el subtema anterior, declara la inconstitucionalidad de la frase “o sin contar con los documentos o contratos que justifiquen su titularidad o tenencia”,⁹² contenida en el art. 202 del COIP, por cuanto considera que este enunciado viola la presunción de inocencia y es contraria a la Constitución, en específico al art. 76. 2 que establece que “toda

⁹¹ Lothar Kuhlen; Nuria Pastor Muñoz; Jesús-María Silva Sánchez. La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

⁹² Ecuador, Código Orgánico Integral Penal.

persona, que goza de presunción de inocencia. será tratada como tal mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”.⁹³

Así mismo, se tiene en cuenta que la frase declarada inconstitucional establece la carga de la prueba en el sospechoso, procesado o acusado y no a quién tiene la obligación legal: la fiscalía.

Además, señala que no se debe presumir la culpabilidad, ya que su responsabilidad debe ser probada por el acusador en el proceso penal.

En la misma sentencia, por conexidad se declara la inconstitucionalidad del inciso segundo del art. 202 del COIP: “Si por omisión del deber de diligencia no se ha asegurado de que las o los otorgantes de dichos documentos o contratos son personas cuyos datos de identificación o ubicación es posible establecer, será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses”.⁹⁴

En tal virtud, el nuevo texto del artículo 202 del Código Orgánico Integral Penal es el siguiente: “La persona que oculte, custodie, guarde, transporte, venda o transfiera la tenencia, en todo o en parte, de bienes muebles, cosas o semovientes conociendo que son producto de hurto, robo o abigeato, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.”⁹⁵

Con el nuevo texto normativo, se incorpora el conocimiento respecto al origen ilícito del bien, cosa o semoviente, como un elemento constitutivo del tipo penal, el cual debe ser demostrado para determinar la existencia de la infracción penal. En los delitos flagrantes, deberá ser comprobable este elemento para la calificación de flagrancia y legalidad de la aprehensión.

.2.1. Reforma parcial del delito de receptación en el Ecuador

La reforma al tipo penal de receptación tiene su origen en un control de constitucionalidad realizado a la norma por parte de la Corte Constitucional del Ecuador, el mismo que en palabras del profesor Cesar Landa Arroyo, “tiene como finalidad el examen

⁹³ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador.

⁹⁴ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal.

⁹⁵ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal

de constitucionalidad del texto legal sometido a jurisdicción constitucional en base a un canon valorativo constitucional – función de valoración.”⁹⁶

En el caso de la sentencia analizada en el presente trabajo de investigación, la consulta llega a la Corte Constitucional por Providencia de María Belén Cherrez Molina, Jueza de la Unidad Judicial Multicompetente Penal de la provincia de Santa Elena, en la cual solicita que revise la constitucionalidad del tipo penal de receptación por existir la posibilidad de contravenir derechos fundamentales como es la presunción de inocencia.

La consulta es conocida, analizada y resuelta por parte del Juez Constitucional, teniendo como efecto “la expedición de una sentencia que expulsa una norma legal del ordenamiento jurídico por haber sido declarada inconstitucional – función pacificadora.”⁹⁷

La declaratoria de inconstitucionalidad puede ser total o parcial. Cuando una norma es declarada inconstitucional en su totalidad, se la expulsará del sistema jurídico en su conjunto, pero cuando un texto normativo es declarado parcialmente inconstitucional, se expulsará de la legislación únicamente ese fragmento, y se reforma el texto y sentido normativo.

Ahora bien, las nuevas corrientes del constitucionalismo latinoamericano contienen sentencias atípicas, entre las cuales se encuentran las sentencias reductoras, que son “aquellas que señalan que una parte (frase, palabras, líneas, etc.) del texto cuestionado es contraria a la Constitución, y ha generado un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva y desmesurada.”⁹⁸ Por este motivo, las sentencias reductoras ordenan un acortamiento del texto de la norma. La reducción “se produce en el ámbito de su aplicación en los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa o judicial.”⁹⁹ En el caso de nuestro análisis investigativo, se aplicará en cada caso de receptación que se judicialice, incluyendo en la audiencia de calificación de flagrancia.

Para este efecto, la Corte Constitucional “ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada en relación a algunos de los supuestos

⁹⁶ Cesar Landa Arroyo, "Constitucionalismo latinoamericano: control constitucional de las leyes." *Advocatus* 027 (2012): 239-254.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

contemplados genéricamente; o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas.”¹⁰⁰ Por tanto, en las sentencias reductoras la “inaplicación abarca a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley, o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primicialmente previstos.”¹⁰¹ En el caso del delito de receptación, la mas alta Corte suprime la frase “o sin contar con los documentos o contratos que justifiquen su titularidad o tenencia” y por conexidad el inciso segundo en su totalidad, por ser violatorios a derechos fundamentales como la presunción de inocencia.

Como bien se ha determinado en líneas anteriores, la sentencia reduce el texto normativo por ser parcialmente contrario a la Constitución y modifica al delito de receptación determinado en el Art. 202 del Código Orgánico Integral Penal. En este sentido, con anterioridad a la decisión de la Corte Constitucional, el tipo penal tenía un corte fuertemente punitivo toda vez que sancionaba a la persona que “tenía” en su posesión un bien que anteriormente había sido robado o hurtado o un semoviente producto de abigeato, mientras que a partir de la reforma parcial proveniente de la sentencia No.14-15-CN/19 de la Corte Constitucional, se castiga el conocimiento de la proveniencia ilícita de ese objeto, (robo, hurto o abigeato)¹⁰².

Con este tipo penal reformado, la Corte Constitucional ha conseguido que el delito de receptación ya no sea violatorio al derecho de presunción de inocencia. Pero se ha generado la imposibilidad de calificarlo como flagrante, como lo veremos más adelante.

3. La motivación en la audiencia de calificación de flagrancia por delitos de receptación

Respecto a la motivación de las resoluciones judiciales, el profesor Alfonso Zambrano Pasquel nos ilustra de la siguiente manera:

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Por tal motivo, el nuevo tipo penal reformado por la Corte Constitucional del Ecuador versa de la siguiente manera: “La persona que oculte, custodie, guarde, transporte, venda o transfiera la tenencia, en todo o en parte, de bienes muebles, cosas o semovientes conociendo que son producto de hurto, robo o abigeato, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.”

La fundamentación de las resoluciones judiciales, para ser tal, requiere la concurrencia de dos condiciones. Por un lado, debe consignarse expresamente el material probatorio en el que se fundan las conclusiones a que se arriba describiendo el contenido de cada elemento de prueba. Por otro, es preciso que éstos sean merituados, tratando de demostrar su ligazón racional con las firmas o negaciones simultáneamente para que pueda considerarse que la sentencia se encuentra motivada. Cualquiera de ellos que falte (tanto el descriptivo como el intelectual) la privará de la respectiva fundamentación.¹⁰³

La Constitución del Ecuador, en su artículo 76, numeral 7, como parte del debido proceso, obliga a todos los poderes públicos y a sus servidores, a motivar todos los fallos, resoluciones o actos administrativos. La motivación debe ser con base en las normas o principios pertinentes al hecho. En consecuencia, los actos administrativos, fallos y resoluciones que no se encuentren debidamente motivadas serán nulos¹⁰⁴, de ahí que en cumplimiento de la disposición expresa de la Constitución, la resolución del juez de garantías penales, en la cual califica o no el estado de flagrancia de un delito debe ser motivada.

En el caso específico de la calificación de flagrancia por delito de receptación, dentro de su análisis, para su posterior decisión y motivación, el juez competente debe considerar los siguientes aspectos:

- El sujeto activo del delito de receptación debe cometer el hecho frente a una o más personas. Es decir, el juzgador debe verificar que el hecho presuntamente delictivo haya sido percibido por los sentidos de un tercero.
- Si la aprehensión no pudo realizarse en el momento mismo de la comisión de la presunta infracción penal, el juez debe verificar si la privación de libertad se dio inmediatamente después del hecho y si hubo persecución ininterrumpida.
 - a) Nuestra legislación establece 24 horas posterior al hecho presuntamente injusto, como límite de la inmediatez para la aprehensión del sospechoso.
 - b) La persecución se la considera ininterrumpida cuando no se pierde el contacto entre el sospechoso y su agente de persecución, desde el

¹⁰³ Projusticia, *Debido proceso y razonamiento judicial*, Convenio BIRF-4066-EC (Quito: Javier Simancas, 1998), 77.

¹⁰⁴ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador.

momento mismo de la comisión de la infracción penal hasta la aprehensión del sujeto activo.

- Si al presunto infractor penal se lo encontró con evidencias del delito de receptación.
- Como eje transversal para cualquiera de los escenarios anteriormente descritos, el juez de garantías penales debe verificar la existencia del tipo penal de receptación, para lo cual deberá analizar cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del delito:
 - a) Deberá analizar los elementos de la tipicidad objetiva:
 - Sujeto activo: no calificado, ya que cualquier persona puede cometer el delito de receptación y no requiere de una calidad especial.
 - Sujeto pasivo: no calificado, debido a que cualquier persona puede ser víctima del delito previo y de la receptación.
 - Bien jurídico: el juzgador debe analizar si el bien jurídico protegido de la propiedad ha sido lesionado.
 - Igualmente debe verificarse que exista una conducta penalmente relevante, la cual se debió configurar mediante el accionar de uno de los verbos rectores del delito de receptación que ya fueron estudiados con anterioridad. Ejemplo, que se haya ocultado un teléfono celular, de origen ilícito por ser producto de un robo o hurto.
 - b) Así mismo, el juez de garantías penales deberá analizar cada uno de los elementos de la tipicidad subjetiva de receptación:
 - El juzgador, conocedor del derecho, está consciente de que el tipo penal de receptación se configura únicamente cuando existe dolo, ya que no existe delito de receptación culposo. Por tanto, el juez debe verificar que se cumplan los elementos del dolo:

Para Zaffaroni, “el dolo exige el conocimiento de los elementos del tipo objetivo”¹⁰⁵ cuando nos dice que:

¹⁰⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura Básica del Derecho Penal* (Buenos Aires: Ediar, 2009).

El núcleo central del tipo subjetivo es el dolo. Dolo es la voluntad realizadora del tipo guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo (...). El dolo implica el requerimiento de una finalidad típica y, por lo tanto, junto con la culpa importan una limitación al poder punitivo, pues excluyen cualquier posibilidad de responsabilidad objetiva.¹⁰⁶

Para diferenciar entre dolo directo y eventual, debemos determinar si la carga mayor se encuentra en el elemento cognitivo o en el elemento volitivo. Para que exista dolo directo, el mayor peso debe establecerse en el elemento intelectual; y, para que exista dolo eventual, el elemento volitivo debe prevalecer.¹⁰⁷

Por lo antes expuesto, en la audiencia de calificación de flagrancia se debe analizar si concurren los elementos del dolo:

1. Elemento volitivo: Se debe analizar si de los elementos presentados en la audiencia, el sospechoso del delito de receptación tenía voluntad de cometer el hecho delictivo; es decir, se debe determinar si por su voluntad incurrió en una de las conductas estimadas por los verbos rectores sobre un objeto material proveniente de un delito previo.
2. Elemento cognitivo: Se debe demostrar que el sujeto activo del tipo penal de receptación tiene conocimiento pleno de cada uno de los elementos del delito y que deliberadamente decide ejecutar una conducta consistente en uno de los verbos rectores, ya que, como lo sostiene Juan Bustos Ramírez, el elemento cognitivo del dolo radica en “la aprehensión objetiva de la situación global por parte del sujeto agente”.¹⁰⁸
 - El juzgador debe reflexionar sobre el elemento comisivo, es decir, se debe determinar si con el accionar de uno de los verbos rectores del delito de receptación, el sujeto activo coadyuva al sujeto activo del delito previo, sea el de robo, hurto o abigeato.
 - El juez debe verificar que el sospechoso del delito de receptación no tenga ningún grado de responsabilidad en el delito previo. Debe comprender que

¹⁰⁶ Ibid., 108.

¹⁰⁷ Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito* (Bogotá: Temis, 2018), 44.

¹⁰⁸ Juan Bustos Ramírez, *Obras completas derecho penal: Parte general* (Quito: Jurídica del Ecuador, 2008), 747.

el tipo penal de receptación es autónomo, pero para su existencia requiere la configuración de un delito anterior, ya sea de robo, hurto o abigeato.

Adicional a los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal estudiados previamente, el juez de garantías penales debe revisar que los elementos constitutivos del delito de receptación se configuren. A partir de la Sentencia No. 14-15-CN/19 de la Corte Constitucional del Ecuador, este tipo penal tiene como elemento sustancial al conocimiento en la frase “conociendo que son producto de hurto, robo o abigeato”.¹⁰⁹

En la audiencia de calificación de flagrancia, se deberá determinar si el sospechoso del delito de receptación tenía conocimiento real sobre la procedencia ilícita del bien mueble, cosa o semoviente. No bastarán simples sospechas o presunciones respecto a este elemento: el juzgador deberá tener certeza absoluta que el aprehendido conoce que el objeto material del tipo penal tiene un origen ilícito por cuanto es el resultado de un delito anterior.

En consecuencia, en la motivación de la resolución respecto a la calificación de la flagrancia, el juez deberá sustentar su decisión en la presencia de las circunstancias de la aprehensión antes descritas y en la existencia efectiva del tipo penal.

Ahora bien, con lo estudiando hasta el momento revisemos si la calificación de flagrancia en los delitos de receptación es procedente.

4. La (im) posibilidad de detención flagrante en los delitos de receptación

Dentro de las distintas audiencias de calificación de flagrancia por delitos de receptación, se podría determinar que las circunstancias de la aprehensión no son propias del delito flagrante, conforme las disposiciones normativas. Así, la inexistencia de uno de estos escenarios deberá concluir con la calificación como delito no flagrante. Sin embargo, son causas circunstanciales que deberán resolverse de manera particular en cada caso y que por tanto no son objeto de la presente investigación pues la verdadera problemática del presente trabajo consiste en la existencia del tipo penal, recordemos que la existencia del delito es indispensable para la existencia de la flagrancia. La circunstancia de la aprehensión puede enmarcarse en uno de los escenarios normativos antes estudiados, pero

¹⁰⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 14-15-CN/19”.

si no se comprueba el tipo penal de receptación, no se podrá calificar como flagrante. En síntesis, si no hay delito, no hay flagrancia.

De las categorías dogmáticas de la teoría del delito, nos centraremos en el análisis de la tipicidad, específicamente en el conocimiento como elemento del tipo penal y como elemento del dolo.

a) El conocimiento como elemento del tipo penal de receptación

Con fundamento en el principio de presunción de inocencia, la Corte Constitucional del Ecuador reformó el delito de receptación, tipificado en el artículo 202 del Código Orgánico Integral Penal, en el cual se establece como requisito indispensable y elemento del tipo, el conocimiento de la ilicitud del origen de la cosa sobre la cual recae la ejecución de uno de los verbos rectores. De esta forma, el sujeto activo o agente debe haber sido informado previamente, por parte de una fuente confiable y con información comprobable, sobre el objeto que tiene en su poder. De ahí que, no existiría delito si la información que posee el aprehendido es distorsionada a la realidad o él considera que el bien tiene un origen lícito.

En consecuencia, para la calificación de flagrancia del delito de receptación, el juez debe tener la certeza de la conciencia del sujeto activo respecto al origen del bien inmueble, cosa o semoviente. En este punto resulta indispensable señalar que está prohibida la simple sospecha, ya que violentaría el principio de presunción de inocencia.

Para verificar la existencia del conocimiento en los casos en concreto, en la generalidad de casos, hará falta distintas técnicas investigativas propias de las investigaciones previas, que permitirán esclarecer cualquier duda que se pueda generar respecto a este elemento. Es importante señalar que la confesión del aprehendido no podrá ser usada como un elemento de convicción para determinar su conocimiento, ya que esta práctica resultaría inconstitucional por violentar el principio de prohibición de autoinculpación.

Sin técnicas investigativas especiales y con los pocos elementos obtenidos de las pericias que se pueden realizar durante las 24 horas de la flagrancia, resulta improbable que se obtenga certeza de que el sujeto activo conoce que el objeto material del delito de receptación tiene su origen en un delito previo de robo, hurto o abigeato. Por lo tanto, la

calificación de flagrancia bajo este presupuesto resultaría improbable ya que el juez no podría considerar que el tipo penal se ha configurado.

b) El conocimiento como elemento del dolo

Como se ha explicado en líneas anteriores, el delito de receptación es un tipo doloso y que por ende posee sus dos elementos fundamentales: el cognitivo y el volitivo. Para el análisis correspondiente a la presente investigación, revisaremos el elemento intelectual del dolo.

Para Zaffaroni, “los elementos del tipo objetivo sistémico deben ser conocidos en forma efectiva”¹¹⁰ para lo cual deben estar a disposición en la conciencia del sujeto activo. “No basta con el conocimiento potencial (o posibilidad de conocimiento), que por definición es un no conocimiento que sólo puede transformarse en conocimiento.”¹¹¹ Así mismo, no es suficiente para la configuración del dolo su efectividad sino también su actualidad, así “no es actual el dato que está en la memoria, pero no se tiene en cuenta (no se actualiza) en el momento de decidir y actuar”.¹¹² Y, por último, se debe señalar que “actualizar no significa reflexionar: se tienen en cuenta también los datos que no se pueden separar de otros en los que se piensa (co-pensados)”.¹¹³

Para Edgardo Alberto Donna, “el dolo es la imagen refleja del tipo objetivo”.¹¹⁴ En otras palabras, el conceptualizar al dolo “implica una especificación detallada de los elementos psíquicos del autor, pero siempre en relación al tipo objetivo, ya que el contenido de éste determina el del dolo.”¹¹⁵ Por lo tanto, de manera acertada se dice “que el dolo del hecho se refiere a aquellos hechos concretos, sucesos y relaciones del mundo exterior al autor, que han de subsumirse en los elementos conceptuales del tipo objetivo.”¹¹⁶

En la misma línea, podemos afirmar que “el dolo es el querer el resultado típico. Pero no hay duda de que para poder querer algo, se debe conocer ese algo, motivo por el cual el dolo exige otro elemento: el saber.”¹¹⁷ En este contexto, Donna insiste que “el elemento de cognoscibilidad es útil para reducir una conclusión fiable sobre la decisión en

¹¹⁰ Zaffaroni, *Estructura Básica del Derecho Penal*.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Edgardo Donna, *Teoría del Delito y de la Pena, Imputación delictiva*, vol. 2 (Buenos Aires: Astrea, 2010), 96.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*

contra del bien jurídico: quien conoce todas las circunstancias dañosas y de todos modos actúa, no podrá afirmar que ello no entra dentro de su decisión”.¹¹⁸

En el delito de receptación, se requiere que el sujeto activo conozca de manera efectiva y actual los elementos objetivos del delito, es decir, requiere que tenga consciencia sobre el origen ilícito de los bienes por ser producto de un delito previo, sea de robo, hurto o abigeato. Si este requisito no se evidencia, no podremos determinar la existencia del delito.

Para la calificación de flagrancia, el juez deberá tener certeza absoluta respecto a este elemento; es decir, en su análisis para la motivación de su resolución, deberá revisar si en la audiencia se ha demostrado el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal por parte del sujeto activo.

Al igual que la aseveración que realizamos respecto al conocimiento como elemento constitutivo del tipo penal de receptación, en el caso del conocimiento como elemento del dolo, la probabilidad de que con los pocos elementos que se desprenden del parte policial, de las pericias que se pueden realizar en las 24 horas de la flagrancia y la por inexistencia de técnicas investigativas, resulta improbable, por no decir imposible, que se presenten elementos suficientes en la audiencia de calificación de flagrancia para que el juzgador pueda tener certeza sobre el conocimiento que el sujeto activo deba tener sobre la ilicitud del objeto material de la infracción penal.

La inexistencia del elemento cognoscitivo propio del dolo, y que igualmente es un elemento subjetivo del tipo penal de receptación, descartaría la posibilidad de encontrarnos frente a un delito. En este escenario, el juzgador no puede calificar la flagrancia por cuanto no hay delito y, por ende, se daría una imposibilidad general de calificación de delito flagrante al menos en los casos de receptación.

Por lo tanto, a partir de la sentencia No. 14-15-CN/19 de la Corte Constitucional del Ecuador, la gran mayoría de los delitos de receptación en nuestro país deberán ser conocidos, investigados y procesados a través del procedimiento ordinario, esto es mediante la apertura de una investigación previa, con el soporte de las técnicas investigativas contenidas en el artículo 459 y siguientes del Código Orgánico Integral

¹¹⁸ Ibid.

Penal¹¹⁹, con lo cual, la administración de justicia garantizaría los derechos del sospechoso, sin violentar la presunción de inocencia ni ningún otro derecho constitucional; además, se reducirían las estadísticas de impunidad respecto a este tipo penal, ya que con investigaciones diligentes, se podrán obtener los elementos probatorios necesarios para sancionar los casos que sí constituyen delitos de receptación.

Es importante señalar que, a manera de excepción, pueden existir aprehensiones por el delito de receptación que constituyan flagrancia. En la audiencia se deberá comprobar que, por las circunstancias de la aprehensión, versiones y demás diligencias realizadas hasta el momento, el sospechoso tenía conocimiento de la ilicitud de la proveniencia del bien, cosa o semoviente constituido en el objeto material de la infracción.

.4.1. Análisis estadístico de los delitos de receptación calificados como flagrantes durante el período comprendido entre el mes de junio de 2019 al mes de diciembre del año 2020

La muestra de datos para el análisis estadístico de las causas de receptación calificadas como flagrantes se las toma desde el mes de junio del año 2019, es decir inmediatamente después de la vigencia de la sentencia constitucional que reforma el tipo penal, hasta el mes de diciembre del año 2020, con lo cual podemos conocer cual ha sido el comportamiento de las calificaciones de flagrancia respecto a este tipo penal, desde la emisión de la sentencia y un año y medio después. Incluso, la muestra nos permite analizar lo ocurrido con la criminalidad durante un año de pandemia mundial por la Covid-19.

Así mismo, la muestra se la obtiene de la Unidad Judicial de Flagrancia La Mariscal, ubicada en la Av. Patria y 9 de Octubre, por ser una de las dos Unidades especializadas en delitos flagrantes de la ciudad de Quito.

La información respecto a la estadística fue solicitada por escrito a la Coordinación Interinstitucional de la Unidad de Infracciones Flagrantes La Mariscal, la que proceso

¹¹⁹ Las actuaciones y técnicas especiales de investigación son: reconocimiento del lugar de los hechos; obtención de muestras; exámenes médicos y corporales; identificación personal; reconocimiento de objetos, reconstrucción del hecho; registro de audios, imágenes o fotografías; análisis y destrucción de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización; retención de correspondencia, interceptación de las comunicaciones o datos informáticos; reconocimiento de grabaciones; registros y allanamientos; operaciones encubierta; entregas vigiladas o controladas; cooperación penal internacional; datos proporcionados por informantes; entre otras.

nuestra solicitud y nos entregó la base de datos en la cual basamos el análisis en el presente trabajo de investigación.

Ahora bien, ingresando a materia de análisis, debemos indicar que las implicaciones y obligaciones jurídicas que se desprenden de las resoluciones de la más alta Corte de nuestro país no siempre son comprendidas y acogidas por los operadores de justicia de primera instancia; por ello, a continuación, analizaremos si en el período comprendido entre el mes de junio del año 2019 y el mes de diciembre del año 2020, se calificaron delitos flagrantes de receptación en la Unidad Judicial con Competencia en Infracciones Flagrantes La Mariscal-Patria.

De la información proporcionada por la Coordinación Interinstitucional de la Unidad Judicial Penal con Competencia en Infracciones Flagrantes Mariscal Sucre-Patria, se desprenden los siguientes datos:

En el período comprendido entre el mes de junio de 2019 y el mes de diciembre del mismo año, se calificaron 72 aprehensiones como flagrantes por el delito de receptación, las cuales se dividen de la siguiente manera:

- Junio del año 2019: 7 delitos de receptación calificados como flagrantes.
- Julio del año 2019: 11 delitos de receptación calificados como flagrantes.
- Agosto del año 2019: 16 delitos de receptación calificados como flagrantes.
- Septiembre del año 2019: 16 delitos de receptación calificados como flagrantes.
- Octubre del año 2019: 6 delitos de receptación calificados como flagrantes.
- Noviembre del año 2019: 10 delitos de receptación calificados como flagrantes.
- Diciembre del año 2019: 6 delitos de receptación calificados como flagrantes.

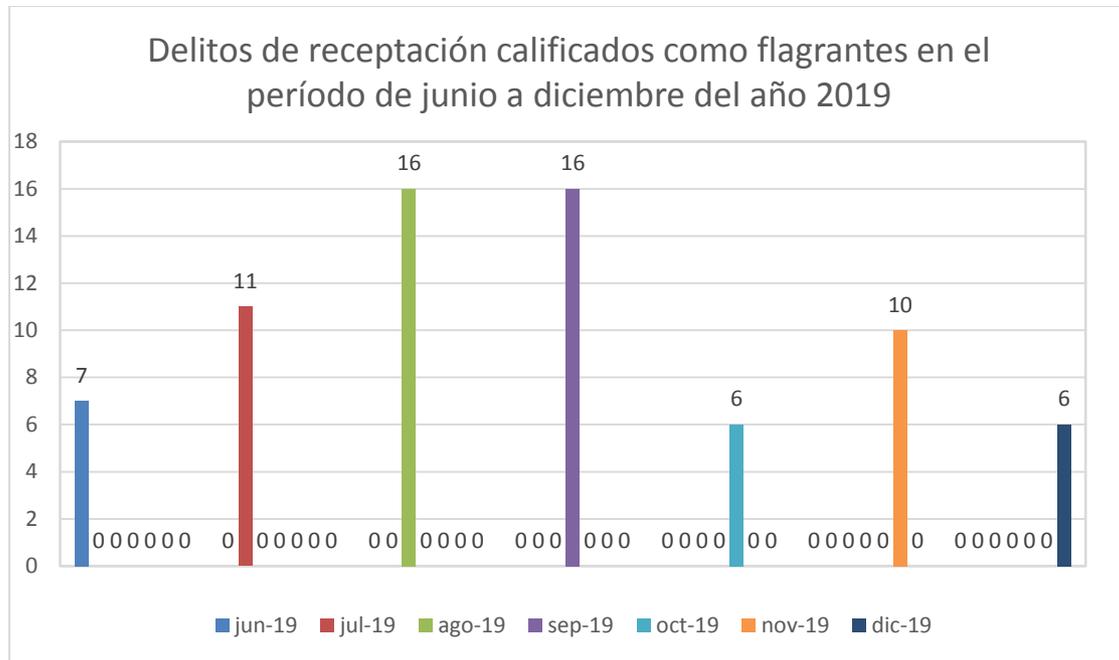


Figura 1. Delitos de Receptación calificados como flagrantes en el período de junio a diciembre del año 2019

Fuente: Coordinación Interinstitucional de la Unidad Judicial con Competencia en Delitos Flagrantes La Mariscal-Patria

Como se evidencia en la gráfica, la criminalidad en este tipo penal baja en el mes de octubre. La razón se centra en las movilizaciones que se desarrollaron en la ciudad de Quito, debido a que el actuar policial se enfocó en dichas manifestaciones.

La media es 10.29 casos de receptación mensuales que se tramitaron en la Unidad de Flagrancia Patria, calificados como delitos flagrantes, a pesar de la nueva tipificación del delito en la sentencia No. 14-15-CN/19 de la Corte Constitucional del Ecuador.

Durante el período comprendido entre el mes de enero del año 2020 y el mes de diciembre del mismo año, se calificaron como delitos flagrantes 147 causas de receptación, las cuales se dividen de la siguiente manera:

- Enero del año 2020: 16 delitos de receptación calificados como flagrantes.
- Febrero del año 2020: 19 delitos de receptación calificados como flagrantes.
- Marzo del año 2020: 4 delitos de receptación calificados como flagrantes.
- Abril del año 2020: 2 delitos de receptación calificados como flagrantes.
- Mayo del año 2020: 11 delitos de receptación calificados como flagrantes.
- Junio del año 2020: 9 delitos de receptación calificados como flagrantes.

- Julio del año 2020: 8 delitos de receptación calificados como flagrantes.
- Agosto del año 2020: 18 delitos de receptación calificados como flagrantes.
- Septiembre del año 2020: 15 delitos de receptación calificados como flagrantes.
- Octubre del año 2020: 19 delitos de receptación calificados como flagrantes.
- Noviembre del año 2020: 18 delitos de receptación calificados como flagrantes
- Diciembre del año 2020: 8 delitos de receptación calificados como flagrantes

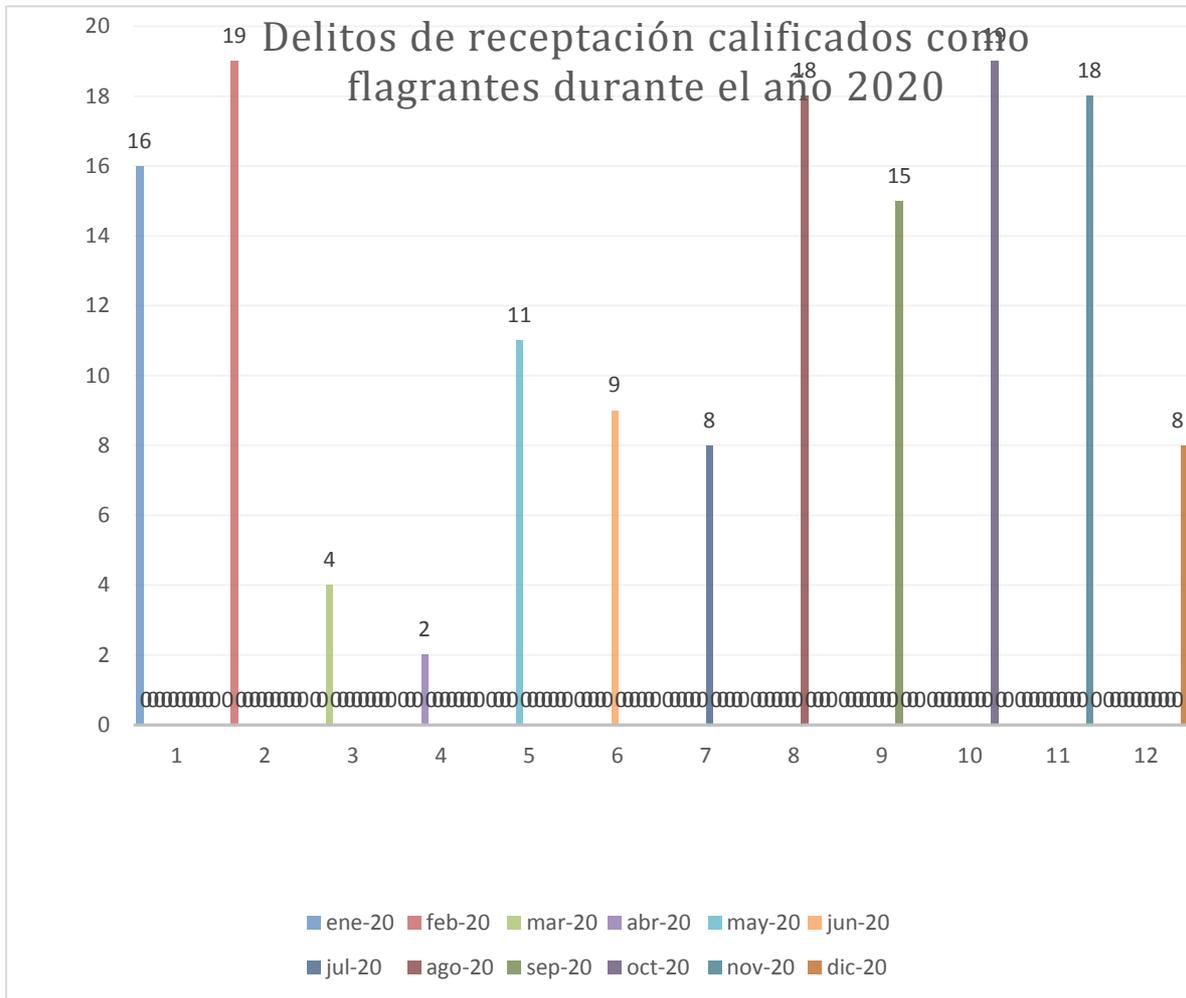


Figura 2. Delitos de receptación calificados como flagrantes durante el año 2020

Fuente: Coordinación Interinstitucional de la Unidad Judicial con Competencia en Delitos Flagrantes La Mariscal-Patria

De la información que se desprende de la gráfica, la criminalidad en el delito de receptación cae notoriamente durante los meses de marzo y abril. El inicio de la pandemia por el Covid-19 generó este efecto que no estaba previsto por la ciencia de la criminología ni por las instituciones estatales.

La media es de 12,25 casos de receptación que fueron calificados como delitos flagrantes durante el año 2020, lo cual resulta contrario a la tipificación del delito a partir de la sentencia de la Corte Constitucional.

La errónea aplicación o la inaplicación de la norma nos hace presumir que los operadores de justicia y las partes involucradas en los procesos penales, no profundizan el estudio y análisis de las reformas normativas y de las sentencias de la Corte Constitucional.

En esa línea, la Policía Nacional, en su calidad de agentes de aprehensión, continúan privando de la libertad a personas por el presunto delito de receptación flagrante, lo cual responde a desconocimiento del tipo penal reformado y sus elementos. Para no incurrir en detenciones ilegales, esta institución deberá capacitar permanentemente a su personal sobre las normas penales vigentes en la legislación ecuatoriana.

Por su parte, la Fiscalía como órgano acusador y titular de la acción pública penal, continúa solicitando la calificación de la flagrancia en los delitos de receptación, sin tener en cuenta las implicaciones legales del tipo penal reformado y contraviniendo el principio de objetividad. Cada agente Fiscal debe estar actualizado en cuanto a las normas vigentes en nuestro país y aplicarlas en cada uno de los procedimientos.

La defensa técnica de los sospechosos de delitos de receptación flagrantes debería ejercer un rol fundamental en la protección de los derechos de sus patrocinados. En la práctica, vemos que ningún defensor, público o privado, ha argumentado respecto a la imposibilidad de la calificación de la flagrancia por no comprobarse la tipicidad por falta de uno de los elementos del tipo penal. Los profesionales del Derecho que ejercen la defensa de las distintas causas, deben ser estudiosos y críticos del sistema jurídico nacional, respaldados en la norma y en la doctrina. Esto conseguirá cambiar la realidad judicial de nuestro país y el ejercicio real de los derechos.

Y para concluir, el juez en su posición de garante debe resolver en base a un análisis profundo respecto a los requisitos de la flagrancia y la existencia del tipo penal. En su motivación, debe recoger este ejercicio para calificar o no un delito como flagrante. De las estadísticas analizadas con anterioridad, se desprende que los jueces están obviando esta obligación propia de sus funciones y únicamente resuelven en base a la concurrencia de los requisitos de la aprehensión flagrante, sin detenerse a analizar cada uno de los elementos del delito.

Ahora bien, una de las causas conocidas y tramitadas dentro de la Unidad de Flagrancia Patria por el delito de receptación durante el período analizado con anterioridad, es el caso que denominaremos “Los Guaytambos” y que utilizaremos para analizar cómo los jueces proceden respecto de estos casos a pesar de lo dispuesto en la sentencia No. 14-15-CN/19 de la Corte Constitucional.

.4.2. Análisis del caso “Los Guaytambos”, tramitada en la Unidad Judicial Penal con Competencia en Infracciones Flagrantes

Del parte policial de aprehensión, se desprende que mientras los agentes policiales se encontraban realizando controles rutinarios en el sector de la Marín, se percataron de la presencia de tres individuos en actitud sospechosa que llevaban consigo una maleta y que se dirigían al interior del Centro Comercial Montufar. Por tal motivo, los agentes policiales iniciaron una labor de seguimiento, con lo cual pudieron verificar que los individuos se dirigían al local número 209 de la cuarta planta del referido centro comercial, previo a lo cual uno de los sujetos sacó de la maleta una computadora portátil. Por esta razón los policías tomaron contacto con miembros de la seguridad del Centro Comercial, solicitando se les permita ingresar al local antes mencionado, para verificar los documentos de identificación de los sospechosos y el contenido de la maleta; en dicha maleta se encontró una tablet, un par de gafas, cinco teléfonos celulares, y tres computadoras portátiles.

Por los hechos antes expuestos y por no haber justificado la propiedad de los objetos, procedieron a la aprehensión por presunta receptación de cuatro ciudadanos de los cuales reservaremos sus nombres con la finalidad de no violentar su derecho a la intimidad. Mientras tanto, uno de los policías revisó la información contenida en los equipos antes descritos, encontrando datos de los posibles propietarios de estos bienes. Posteriormente realizaron una llamada telefónica a una de las posibles víctimas, quien informó que efectivamente ese mismo día, en horas de la mañana, en la ciudad de Ambato, le habían robado la computadora portátil que se hacía referencia. Así mismo, tomaron contacto con una ciudadana extranjera quien les indicó que el día anterior varios sujetos no identificados, le habrían sustraído sus pertenencias entre las cuales se encontraba la tablet.

Una vez presentado el parte policial ante la Fiscalía de turno, la primera víctima acude a denunciar el robo de su computadora indicando que ese mismo día, se encontraba viajando hacia la ciudad de Ambato por motivos de trabajo, cuando llegó al Centro Comercial de esa ciudad, alrededor del mediodía y se dio cuenta que su laptop ya no se encontraba en la maleta. Indicó también que alrededor de las 16h30 recibió una llamada de un policía, quien le consultó si había sido víctima de la sustracción de su computadora por cuanto tenían un equipo de las mismas características que había sido encontrado en la ciudad de Quito y que al momento de verificar se pudo constatar que era de su propiedad.

La ciudadana extranjera acudió a la Fiscalía de la ciudad de Baños para denunciar el hecho ocurrido el día anterior mientras se encontraba viajando desde la ciudad de Cuenca hacia la ciudad de Baños. Relató que en el trayecto se quedó dormida por un lapso de 45 minutos, momento en el cual sujetos no identificados le sustrajeron una mochila color negro en cuyo interior se encontraba la tablet encontrada en posesión de los sujetos aprehendidos en el Centro Comercial Montúfar.

De las versiones rendidas por los agentes policiales, se desprende que se ratifican en todos y cada uno de los elementos señalados en el parte policial de aprehensión.

El fiscal de turno dispuso la realización del reconocimiento de objetos encontrados en poder de los sospechosos. El informe pericial fue entregado previo a la audiencia de calificación de flagrancia, dando como resultado que las evidencias tenían un valor comercial total de 1.643 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y que las mismas existen y se encuentran en cadena de custodia bajo el personal a cargo de la Policía Judicial de la Unidad de Flagrancia de Pichincha.

Con estos elementos el fiscal de turno solicitó al juez de garantías penales de turno, señale día y hora para la audiencia de calificación de flagrancia y legalidad de la aprehensión. En el desarrollo de la audiencia, el Fiscal solicitó se califique la flagrancia y la legalidad de la aprehensión de los sospechosos por cuanto señaló que se habían cumplido los requisitos contemplados en el artículo 527 y 529 del Código Orgánico Integral Penal. Al respecto la defensa técnica de los sospechosos manifestó que “en cuanto a la calificación de la flagrancia y la legalidad de la detención, nada tengo que alegar”. En su resolución respecto a la calificación de la flagrancia y la legalidad de la aprehensión el Juez señaló “escuchados los sujetos procesales en este primer momento de la audiencia, esta autoridad determina que se cumplen con los presupuestos del artículo 77.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 529 del Código Orgánico Integral Penal, por lo que se califica la legalidad de la detención por encontrarse dentro de las 24 horas de la detención y por cumplirse los presupuestos del artículo 527 del COIP se califica la flagrancia de los sospechosos.

Del caso “Los Guaytambos” debemos analizar cuatro factores importantes relativos a la presente investigación:

- a) El actuar policial que desemboca en la aprehensión de cuatro ciudadanos responde a la selectividad penal y a la indebida justificación de “la actitud sospechosa”: los policías no tenían ningún elemento para presumir que se estaba cometiendo un injusto penal: el hecho de ingresar a un centro comercial con una maleta que contenga aparatos electrónicos no constituye delito alguno.

La selectividad penal ha sido materia de estudio por parte de la criminología a lo largo de la historia. La psiquiatría pretendió demostrar la incidencia de la criminalidad con los desórdenes mentales de las personas, señalando que las personas que presentan problemas de salud mental deben ser etiquetadas como potenciales delincuentes. Esta línea construyó un discurso discriminatorio y que permitió a la policía seleccionar a enfermos mentales como sujetos activos de actos ilícitos. Este mismo discurso justifica la denominada actitud sospechosa, por ser un peligro para la seguridad de la sociedad.¹²⁰

Al igual de lo sucedido con la psiquiatría y las enfermedades mentales, el ser humano, el estudio del derecho penal y la criminología, han generado múltiples enemigos del sistema, para seleccionarlos como infractores y someterlos mediante la aplicación de las penas.

Durante la inquisición, la religión dominó las legislaciones europeas y calificó como enemigos a todos los que mantenían un modo de vida distinto a los mandados por la iglesia. Por ejemplo, mujeres fueron etiquetadas como brujas y seleccionadas para la aplicación de las más inhumanas sanciones. Lo mismo ocurrió con homosexuales, prostitutas y viciosos. Todos ellos, enemigos del pueblo por mandato de las autoridades, fueron preseleccionados como delincuentes.¹²¹

Durante la colonia, las legislaciones penales vieron en los colonizados el estereotipo del enemigo, quienes, por tener distintas creencias, costumbres, pieles oscuras y rasgos físicos muy pronunciados, fueron etiquetados como potenciales delincuentes. Esto nos lleva a analizar la teoría Lombrosiana que,

¹²⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Criminología y Psiquiatría: El trauma del primer encuentro*. Es un motivo de alegría para esta Dirección inaugurar un nuevo proyecto editorial, en momentos en que se respiran en nuestro país aires de cambio auspiciosos para el campo de la Sa-lud Mental., 2011.

¹²¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar*. En *La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar*. 2011.

mediante técnicas de estudio fisionómico, determinaba si un ser humano era un delincuente nato o no. En esta misma teoría, los rasgos físicos permitían etiquetar a un grupo de personas como posibles asesinos, ladrones, estafadores, etc.¹²²

En la actualidad, a pesar de que las legislaciones constitucionales prohíben la discriminación por cualquier condición, aún se encuentran evidencias de la selectividad penal. En países como el Ecuador, las cárceles tienen mayor representación de los grupos históricamente excluidos, lo que responde al etiquetamiento de vagos y mendigos, mestizos, afroecuatorianos y extranjeros como potenciales delincuentes.

Por tanto, la construcción del discurso securitista que genera un enemigo en los grupos de personas con problemas de salud mental o rasgos físicos distintos, ha generado que en la actualidad aún tengamos casos de selectividad penal como es el que hemos denominado “Los Guaytambos”.

- b) No existe elementos para la aprehensión de los sospechosos: los agentes policiales procedieron a la aprehensión por el simple hecho de encontrarles en su poder algunos equipos tecnológicos, cuya propiedad no pudo ser justificada, y posteriormente realizaron varias llamadas telefónicas para verificar si los objetos procedían de algún delito de robo o hurto. Es decir, los policías presumen la culpabilidad de los individuos y en contra de lo dispuesto por el tipo penal, proceden con la privación de su la libertad.
- c) La Fiscalía solicita la calificación de la flagrancia y la legalidad de la aprehensión con base en las circunstancias de la detención, es decir por la percepción sensorial de terceros sobre el hecho y la inmediatez temporal. Sin embargo, no demostró en ningún momento la existencia del delito, ni justificó que los sospechosos hayan tenido conocimiento que los bienes tengan su origen en un delito previo, conforme lo exigido por la Corte Constitucional del Ecuador y el nuevo tipo penal de receptación.
- d) La defensa técnica tiene un papel preponderante en el indebido tratamiento jurídico de la causa analizada: el abogado defensor señaló expresamente que no tenía nada que alegar respecto a la flagrancia, dejando claramente en indefensión

¹²² Ibid.

a sus patrocinados por el claro desconocimiento de las exigencias de la norma para la calificación de la flagrancia por el delito de receptación. Con una alegación con base en los elementos subjetivos y el elemento constitutivo “conocer” del tipo penal, podía oponerse a la calificación de la flagrancia y permitir el goce pleno de los derechos de sus defendidos.

- e) El juzgador no cumple con su obligación de motivación: La resolución judicial se fundamentó en la concurrencia de las circunstancias de la aprehensión, es decir en que el hecho haya sido percibido por terceras personas y en que se encuentre dentro de las 24 horas. Sin embargo, el juez olvida la necesidad de establecer la existencia del tipo penal y por lo tanto no realiza el análisis de las categorías dogmáticas del delito. De haberlo hecho, el juez habría calificado el hecho como no flagrante por la inexistencia de la tipicidad y por ende la inexistencia del delito.

.4.3. El error de tipo

Entre las distintas clases de error que la dogmática penal contempla y varias legislaciones las contienen, tenemos el error de tipo. Revisemos como los grandes juristas en materia penal lo definen.

Para Zaffaroni, “el error de tipo es el que afecta el aspecto cognoscitivo del dolo, o sea, que no puede haber finalidad típica porque el agente desconoce lo que hace.”¹²³ Así mismo, el autor nos indica que el error de tipo puede ser vencible o invencible: “es vencible cuando el agente, poniendo el cuidado, podía superarlo; en caso contrario es invencible.”¹²⁴ Sea por error vencible o invencible, el error de tipo elimina el dolo. “En caso de vencibilidad es posible la tipicidad negligente, si se dan los restantes requisitos de ésta”.¹²⁵

Por su parte, para Edgardo Alberto Donna el error de tipo “es el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo. Es decir, el error de tipo es la falta de la conciencia de los elementos del tipo penal, ya sea por error o por ignorancia.”¹²⁶ El autor nos afirma que “el

¹²³ Zaffaroni, *Estructura Básica del Derecho Penal*, 113.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Donna, *Teoría del Delito y de la Pena, Imputación delictiva*, 2:112.

error es el desconocimiento de las circunstancias objetivas del tipo.”¹²⁷ Por lo tanto, al desaparecer el dolo, la consecuencia sería “la atipicidad de la conducta”.¹²⁸

Para Claus Roxin, “el error de tipo excluye en cualquier caso el dolo. Pero deja subsistente una punición por un hecho culposo bajo dos requisitos: que la comisión culposa del delito sea punible, y segundo, que el error haya sido vencible”.¹²⁹

Finalmente, para Pablo Encalada, el error de tipo “recae sobre los elementos objetivos del tipo, es decir sobre el sujeto activo, pasivo, la conducta, el bien jurídico, los elementos normativos, valorativos las restantes circunstancias que complementan el tipo. El error afecta al elemento intelectual del dolo”.¹³⁰

Ahora bien, en pro de la consecución de la justicia que es la razón de nuestra existencia como profesionales del Derecho, en la presente investigación proponemos como última alternativa la alegación del error de tipo. Cuando a pesar de que se alegue en la audiencia de calificación de flagrancia que no existe tipo penal por cuanto no existe la categoría dogmática tipicidad por la falta del elemento intelectual del dolo y por la falta del conocimiento como elemento constitutivo del tipo, y aun así el juez de garantías penales califique la flagrancia, se tendrá la posibilidad de argumentar la defensa con la figura del error de tipo.

En este contexto, la defensa técnica de las personas indebidamente procesadas por el delito de receptación flagrante, podrán alegar el error de tipo bajo dos líneas argumentativas: la primera, el error de tipo por inexistencia del elemento cognoscitivo del dolo; y, la segunda por la inexistencia del conocimiento de la ilicitud del origen del bien, cosa o semoviente, como elemento constitutivo del tipo penal.

En el caso de la argumentación del error de tipo por inexistencia del dolo, debemos recordar que el mismo se compone de dos elementos: 1. Elemento cognoscitivo, el cual hace referencia a la necesidad de que el sujeto activo del delito tenga conocimiento pleno respecto a la infracción que comete; y, 2. Elemento volitivo, que exige que el investigado o procesado tenga la voluntad de cometer el hecho reñido con la ley.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Claus Roxin, *La teoría del delito en la discusión actual* (Lima: Grijley, 2016), 196.

¹³⁰ Encalada Hidalgo, “Teoría constitucional del delito y el Código Orgánico Integral Penal”, 63.

Los elementos del dolo deben ser comprobados durante el proceso penal, mediante las pruebas de cargo que Fiscalía en su calidad de órgano acusador, aporte y presente, las cuales deberán ser valoradas por el juzgador y discernidas en su motivación.

Durante el proceso penal iniciado por delito flagrante, las diligencias investigativas se deberán realizar en el plazo máximo de 30 días conforme las disposiciones legales. En este lapso resultará poco probable que se logre demostrar el conocimiento respecto a la ilicitud del origen del objeto material de la infracción, ya que es un elemento que debe ser extraído de la psiquis del sujeto activo.

Así mismo, es menester señalar que, en múltiples casos de receptación, el supuesto sujeto activo tiene en su poder un bien producto de robo, hurto o abigeato, sin conocer que su origen es ilícito. Por ejemplo, el caso en el cual Pedro regala un celular a su novia Carla. Es muy probable que Pedro conozca sobre el origen clandestino del teléfono, pero la aprehendida Carla, en calidad de sospechosa del delito de receptación, conoce únicamente que el bien es un regalo de su novio Pedro. En este caso, Carla incurre en error de tipo por inexistencia del dolo. Otro ejemplo de un caso común sobre este delito es cuando María solicita a su tío Juan que le guarde en su parqueadero un vehículo. María puede conocer que el vehículo es producto de robo, pero Juan únicamente conoce que es de su sobrina María y le solicitó que se lo guarde en su domicilio. En este ejemplo, Juan incurre en el error de tipo por la inexistencia del elemento cognoscitivo del dolo.

La segunda línea argumentativa respecto al error de tipo es aquella que se puede plantear debido a la inexistencia del conocimiento como elemento constitutivo del delito. Sobre esta opción, debemos recordar que la Corte Constitucional, en su sentencia reformó el tipo penal de receptación e ingresó dentro del texto normativo al conocimiento como elemento constitutivo del delito.

La defensa técnica podrá alegar la configuración del error en el elemento “conocimiento” del tipo penal, por cuanto será improbable que durante el proceso penal iniciado en flagrancia se consiga demostrar que el sujeto activo del delito conocía sobre la ilicitud del origen del objeto material. Es conocido que, en múltiples ocasiones, el presunto sospechoso es un tenedor de buena fe del bien, pero a pesar de ello es aprehendido y procesado por el delito de receptación al encontrarse reportada como robada o hurtada la cosa.

Las líneas anteriores servirán como base para el análisis de la posible argumentación de un error de tipo, sin embargo, debemos señalar que para hacerlo se deberá analizar caso a caso, cada una de las circunstancias específicas del hecho y del expediente, con lo que, la defensa se podrá inclinar por una de las dos posibilidades de error de tipo antes descritas. A criterio del autor de este trabajo investigativo, será mas eficaz argumentar error de tipo por inexistencia del elemento constitutivo del delito.

Conclusiones

Los países vecinos de Perú y Colombia, similares en cultura y legislación, también sancionan la receptación como delito contra la propiedad.

Previo al 14 de mayo del año 2019, el delito de receptación criminalizaba a toda persona que no consiga justificar con documentos o contratos la titularidad o tenencia de bienes muebles, cosas o semovientes.

La interpretación conforme a la Constitución del tipo penal de receptación no era viable por cuanto el texto normativo no permitía que el juzgador encuentre el sentido constitucional de la frase “o sin contar con documentos o contratos que justifiquen su tenencia o titularidad”.

El principio de legalidad es un limitante en la práctica jurídico-penal para la interpretación constitucional de las normas por parte de los operadores de justicia.

El 14 de mayo del año 2019, la Corte Constitucional emite su sentencia No. 14-15-CN/19, en la cual declara la inconstitucionalidad de la frase “... o sin contar con los documentos o contratos que justifiquen su titularidad o tenencia” y el inciso segundo del artículo 202 del Código Orgánico Integral Penal, por violentar el principio de presunción de inocencia.

La Corte Constitucional del Ecuador reforma el tipo penal de receptación, en el cual exige el conocimiento del origen ilícito del objeto material de la infracción. Así, el conocimiento se convierte en un elemento constitutivo del tipo penal y un elemento del dolo como elemento subjetivo del delito, con lo cual se excluye cualquier posibilidad una infracción culposa.

El conocimiento, tanto como elemento constitutivo del tipo penal y como elemento del dolo, puede comprobarse mediante técnicas de investigación propias de la Investigación Previa,

No existe tipicidad ni delito sin la comprobación del conocimiento como elemento constitutivo del tipo penal y del dolo.

Calificar la flagrancia en los delitos de receptación, con base en la presunción respecto al conocimiento de estos elementos por parte del sospechoso, resultaría imposible

jurídicamente por ser contrario a los principios constitucionales y por la inexistencia de la tipicidad como categoría dogmática del delito.

Sin embargo, de la investigación realizada podemos concluir que existen casos, a manera de excepción, donde las circunstancias propias del hecho si permitan la calificación de flagrancia en los delitos de receptación; por tanto, la calificación de flagrancia en este tipo penal no será imposible sino improbable.

Para la calificación de flagrancia se debe comprobar la existencia del delito, ya que en adelante no se discutirá la materialidad de la infracción sino la responsabilidad de los procesados en el cometimiento del hecho delictivo.

A pesar de la improbabilidad de la calificación de la flagrancia en los delitos de receptación desde la vigencia del tipo penal reformado por la Corte Constitucional del Ecuador, los jueces de garantías penales de la unidad de flagrancia La Mariscal-Patria, han calificado 219 delitos de receptación como flagrantes durante el período comprendido entre junio del año 2019 y diciembre del año 2020.

Del análisis del caso en concreto denominado “Los Guaytambos”, se desprende que los agentes de aprehensión privan de la libertad indebidamente a los sospechosos por selectividad penal y por *no justificar* la procedencia de los objetos encontrados en su poder. La Fiscalía solicita la calificación de la flagrancia en base a las circunstancias de la aprehensión, sin realizar un análisis respecto a la existencia o inexistencia del delito conforme las categorías dogmáticas del tipo penal. La defensa avala el atropellamiento de los derechos de sus patrocinados al no alegar respecto a la inexistencia de la flagrancia por la inexistencia de la tipicidad como categoría dogmática del delito. El juzgador califica la flagrancia en fundamento a las circunstancias de la aprehensión, sin realizar el análisis lógico respecto a la inexistencia del delito por no haberse demostrado el conocimiento como elemento constitutivo del delito y como elemento del dolo, desatendiendo su obligación constitucional a motivar debidamente sus resoluciones.

La selectividad penal y el discurso securitista continúan vigentes en la práctica policial y judicial latinoamericana, a pesar de estar prohibidas por las legislaciones garantistas en los estados de derecho.

Más allá de los recursos procesales que se pueda interponer, el error de tipo será la última herramienta jurídica para los procesados indebidamente por delitos de receptación flagrantes, en pro de la consecución de la justicia.

Bibliografía

- . “Código Penal”. Diario Oficial No. 44097, 24 de julio de 2000. https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_colombia.pdf.
- . “Constitución de la República del Ecuador”. Registro Oficial N°449, 20 de octubre de 2008. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf.
- . “Constitución Política”. Diario Oficial N°48263, 2016. <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>.
- . *Teoría general del delito*. Bogotá: Temis, 2018.
- Agudelo Ramírez, Martín. “El debido proceso”. *Opinión Jurídica*, 2005.
- Angulo Arana, Pedro. “La detención en casos de flagrancia”. *Actualidad Jurídica* 106 (septiembre de 2002): 31–41.
- Arroyo, César Landa. *Constitucionalismo latinoamericano: control constitucional de las leyes*. Advocatus, 2012.
- Ávila Santamaría, Ramiro Fernando. *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Ediciones Legales, EDLE. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5925/1/Avila%2c%20R-CON-011-La%20injusticia.pdf>.
- Beccaria, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2018.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio. “Lección 4. La Ciencia del Derecho penal en la actualidad”. En *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 67–84. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2016.
- Bermúdez Coronel, Eduardo. *Debido Proceso: Prisión Preventiva y Amparo de Libertad en el Contexto de los Derechos Humanos*. Quito: Projusticia, 2001.
- Bustos Ramírez, Juan. *Obras completas derecho penal: Parte general*. Quito: Jurídica del Ecuador, 2008.

- Cabrejo Ormachea, Napoleón. “La flagrancia en el ordenamiento jurídico peruano”. *Derecho y Cambio Social*, 2005, 1–8. <https://www.derehoycambiosocial.com/revista026/flagrancia.pdf>
- Carnevali Rodríguez, Raúl. “Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional”. *Ius et Praxis* 14, n° 1 (2008): 13–48. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-00122008000100002&lng=es&nrm=iso
- Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal: Parte General*. Vol. I. Bogotá: Temis, 1991.
- Chávez Moreno, María del Pilar, y Giancarlo Germán García Portilla. “La Receptación: Un delito de alto impacto en Colombia”. Universidad Militar Nueva Granada, 2013. <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/11342/ChavesMorenoMarianadelPilar2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Colombia. “Código de Procedimiento Penal”. Diario Oficial N°45.657, 31 de agosto de 2004. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20190708_03.pdf.
- Conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos. “Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)”. Organización de los Estados Americanos, 1969. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.
- Cordero, Franco. *Procedimiento penal*. Bogotá: Temis, 2000.
- Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador (7 de septiembre de 2004).
- De Hoyos Sancho, Montserrat. “Análisis comparado de la situación de flagrancia”. *Revista de derecho* 12 (2001): 137–47. <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v12n2/art09.pdf>
- Donna, Edgardo. *Teoría del Delito y de la Pena, Imputación delictiva*. Vol. 2. Buenos Aires: Astrea, 2010.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 14-15-CN/19”. En *Juicio: No. 14-15-CN (delito de receptación)*, 2019. [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/Boletin300519/Sustanciacion/14-15-CN-19%20\(14-15-CN\).pdf](https://portal.corteconstitucional.gob.ec/Boletin300519/Sustanciacion/14-15-CN-19%20(14-15-CN).pdf).

- Ecuador. “Código Orgánico Integral Penal”. Registro Oficial N°180, 10 de febrero de 2014.
https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf.
- Encalada Hidalgo, Pablo. “Teoría constitucional del delito y el Código Orgánico Integral Penal”. Universidad Andina Simón Bolívar, 2014.
<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3745/1/T1300-MDPE-Encalada-Teoria.pdf>.
- Falconi, José. “Principio procesal de inocencia”, 17 de abril de 2017.
<https://www.derechoecuador.com/principio-procesal-de-inocencia-#:~:text=De%20tal%20manera%20que%20el,y%20por%20tanto%20no%20puede.>
- Fernández López, Mercedes. “Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal”. Universidad de Alicante, 2004. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/11013>.
- Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Buenos Aires: Trotta, 2014.
- Gozaíni, Osvaldo. *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2004.
- Hernández Barros, Julio A. *Aprehensión, detención y flagrancia*. México: Universidad Nacional Autónoma de México / Suprema Corte de Justicia de la Nación / Fundación Konrad Adenauer, 2013.
- Hernández Jiménez, Norberto. “Receptación y dogmática penal estudio de caso en el contexto del sistema penal acusatorio colombiano”. *Advocatus* 24 (2015): 189-214.
<https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.24.988>
- Kuhlen, Lothar; Muñoz, Nuria Pastor; Sánchez, Jesús-María Silva. *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.
- López, Miguel Ángel Aguilar. Presunción de inocencia. *Revista Judicial derechoecuador.com*, 2013.
- Muñoz Conde, Francisco. “De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo”. *Revista Penal*, n° 23 (enero de 2009): 73–114.

<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/11937/Prohibiciones.pdf?sequence=2>

Navarro, Jessica. “Delitos contra el Patrimonio: La Receptación”, 13 de junio de 2019.

<https://grupoverona.pe/delitos-contra-el-patrimonio-la-receptacion/>.

Nieva Fenoll, Jordi. “La razón de ser de la presunción de inocencia”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n° 1 (enero de 2016): 1–23.

<http://www.uagraria.edu.ec/postgrado.html>

Perú. “Código Penal”. Diario Oficial El Peruano, 27 de agosto de 2019.

<https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>.

Plaza Arrimadas, Lorenzo. “La inviolabilidad del domicilio”, 1982.

Prieto Sanchís, Luis. *Garantismo y Derecho Penal*. Madrid: Iustel, 2011.

Projusticia. *Debido proceso y razonamiento judicial, Convenio BIRF-4066-EC*. Quito: Javier Simancas, 1998.

Roxin, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Grijley, 2016.

Saavedra Rojas, Edgar. *Constitución, derechos humanos y proceso penal: las normas rectoras del proceso penal*. Vol. 1. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Criminología y Psiquiatría: El trauma del primer encuentro*. Es un motivo de alegría para esta Dirección inaugurar un nuevo proyecto editorial, en momentos en que se respiran en nuestro país aires de cambio auspiciosos para el campo de la Sa-lud Mental., 2011.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Estructura Básica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar*.

En *La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar*. 2011.