

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría en Derecho Penal

**La detención en flagrancia en el delito de contrabando contenido en el artículo 301.2 del Código Orgánico Integral Penal**

María Cristina Salazar Jerez

Tutor: Richard Ítalo Villagómez Cabezas

Quito, 2021





## **Cláusula de cesión de derechos de publicación**

Yo, María Cristina Salazar Jerez, autora del trabajo intitulado: “La detención en flagrancia en el delito de contrabando contenido en el artículo 301.2 del Código Orgánico Integral Penal”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho 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.

21 de diciembre de 2021

Firma: \_\_\_\_\_



## Resumen

El art. 301 en su num. 2 describe el delito de contrabando, en la modalidad de movilizar mercancías extranjeras dentro de la zona secundaria sin el documento que acredite la legal tenencia de las mismas, *siempre y cuando no pueda justificarse el origen lícito de dichas mercancías dentro de las 72 horas posteriores al descubrimiento*. Esta última expresión, si no es analizada desde la óptica de los principios constitucionales que rigen a la persecución del estado y en el contexto del ordenamiento jurídico, lleva a una aplicación de la norma penal que pone en riesgo los derechos fundamentales de las personas sometidas al poder punitivo del estado. El enunciado que establece la obligación de justificar el origen lícito de las mercancías ¿implica una imposición de la carga de la prueba a la persona procesada?, ¿cuál es la autoridad ante quien se debe realizar la justificación?, ¿qué autoridad tiene competencia para verificar o no la licitud de mercancías extranjeras?, ¿qué sucede si la persona procesada no justifica el origen lícito pero la Fiscalía tampoco demuestra la ilicitud de la misma?, ¿merece la persona que omite esta justificación la imposición de una condena? Además, el enunciado de carácter temporal genera más inquietudes, pues si la ley otorga setenta y dos horas para la justificación ¿se puede iniciar la persecución penal antes de que se cumpla ese término?, en otras palabras ¿es posible la flagrancia en esta modalidad de contrabando? El análisis del presente trabajo pretende dar respuesta a estas inquietudes, con el estudio de la conducta esta modalidad de contrabando, desde las categorías dogmáticas del delito establecidas en el régimen legal aplicable en el Ecuador, como el ámbito territorial de aplicación del tipo penal referido, en contraposición con los principios de presunción de inocencia, objetividad de la actuación fiscal y de última ratio de la aplicación de medidas de carácter penal

Palabras clave: contrabando, zona secundaria, delito aduanero, autoridad aduanera, flagrancia, presunción de inocencia.



Este trabajo está dedicado a mi madre, quien con todo amor me ha enseñado las lecciones más importantes de mi vida.





## **Agradecimientos**

Agradezco a los ilustres docentes de mi carrera de maestría, quienes con dedicación y paciencia lograron instruirme en el camino hacia mis metas.



## Tabla de contenidos

Abreviaturas .....	13
Introducción.....	15
Capítulo primero: Conceptos generales del problema .....	19
1. El orden económico y funcionabilidad patrimonial de la administración pública como bienes jurídicos protegidos .....	19
2. Aprehensión en flagrancia en la legislación ecuatoriana y derecho a la libertad... 30	30
3. Constitucionalidad de la inversión de la carga de la prueba dentro del tipo penal de contrabando: Principio de presunción inocencia .....	39
Capítulo segundo: El problema en específico .....	47
1. Juicio de tipicidad en el delito de contrabando contenido en el art. 301, num. 2 del COIP .....	47
2. Aprehensión y carga de la prueba en flagrancia .....	51
3. Presunción de inocencia e inversión de la carga de la prueba: Análisis dentro del criterio utilizado en la sentencia No. 14-15-CN/19 de la Corte Constitucional, en cuanto a la inversión carga de la prueba .....	58
Capítulo tercero: Estudio de casos.....	63
1. Presentación de dos casos en el contexto de estudio comparativo: 04281-2018-01517 y 04281-2017-01375 .....	63
2. Confrontación de los casos en cuanto a su motivación de la calificación de su flagrancia, de los elementos de tipicidad y de la inversión de la carga de la prueba: Tabla comparativa.....	66
3. Análisis documental de comparación entre la teoría y la práctica en la aplicación del art. 301, num. 2 del COIP, enfocado a la flagrancia, elementos de tipicidad, reversión de la carga de la prueba y dictación de medidas cautelares .....	68
Conclusiones.....	71
Bibliografía.....	79
Anexos.....	83



## Abreviaturas

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CC	Corte Constitucional del Ecuador
CNJ	Corte Nacional de Justicia
COFJ	Código Orgánico de la Función Judicial
COIP	Código Orgánico Integral Penal
COPCI	Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CRE	Constitución de la República del Ecuador
LOGJCC	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional



## Introducción

El delito de contrabando está tipificado en el art. 301 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP), que de manera general prevé que se considere como tal la conducta de la “persona que, para evadir el control y vigilancia aduanera sobre mercancías cuya cuantía sea igual o superior a diez salarios básicos unificados del trabajador en general”, y en sus números, establece las formas en las que se puede realizar el contrabando.

De estas modalidades, la contenida en el numeral dos establece que comete contrabando quien “movilice mercancías extranjeras dentro de la zona secundaria sin el documento que acredite la legal tenencia de las mismas, siempre y cuando no pueda justificarse el origen lícito de dichas mercancías dentro de las setenta y dos horas posteriores al descubrimiento”. El texto utilizado por el legislador plantea dos circunstancias, una de tiempo (setenta y dos horas) y otra de carga procesal (justificar el origen lícito) que generan dudas en cuando a su aplicación frente a los efectos prácticos de garantías constitucionales como el principio de presunción de inocencia o de mínima intervención penal.

Entonces, se puede afirmar, bajo el principio de legalidad, que el delito de contrabando por la modalidad del numeral dos del art. 301 del COIP se configura si y solo si la persona no acredita el origen lícito de la mercancía dentro de setenta y dos horas; sin embargo, en la práctica ocurre que los jueces de flagrancia califican y legalizan la detención de las personas que son encontradas en las circunstancias antes descritas, sin que siquiera se cumpla el término legal para justificar el origen lícito de la mercancía, con lo que no se configuraría el delito.

Así, se procede al ejercicio de la acción penal por parte de la fiscalía sin siquiera cumplir con las circunstancias previstas en la misma ley ni revisar al menos si existen procedimientos legales no penales que permitan solucionar el conflicto presentado, a la circunstancia que atienen al ámbito del derecho tributario-aduanero.

Asimismo, fiscalía exige que sea la persona procesada la que justifique la legalidad de la mercancía, y proceden con el ejercicio de la acción cuando no se lo hace dentro de setenta y dos horas, prescindiendo de investigar si efectivamente las mercancías objeto del hallazgo son ilícitas o no. Sobre esto, cabe analizar si la inversión del *onus*

*probando* hacia el procesado, exime a la fiscalía de probar el delito y la responsabilidad del procesado, de cara a aportar no solamente elementos de cargo, sino de descargo, lo que tiene relación con el principio de objetividad en el proceder de la acusación oficial.

Consecuencia de lo manifestado, se plantea un conflicto más allá de un problema de mera legalidad, sino que, acorde al fondo, se generan incongruencias con garantías constitucionales que son transversales al proceso penal.

Si formulan cargos sin cumplirse con el requisito del tiempo y exigiéndose a la persona detenida una carga procesal de justificación de legalidad, sin duda alguna se angustia a la defensa en la audiencia de flagrancia, por no contar con el tiempo para recabar todos los elementos con los que debería contar para poder desarrollar con normalidad la audiencia de flagrancia -misma que da inicio al proceso-, se vulneran derechos, principios y garantías constitucionales como la presunción de inocencia, derecho a la libertad y el principio de mínima intervención penal.

La omisión de hacer referencia o invocar las normas que regulan el ámbito tributario-aduanero, antes de establecer la necesidad de la aplicación del derecho penal implican también una omisión a los principios de objetividad y de mínima intervención penal.

Estas omisiones se verifican en la realidad y se mantienen pese a todos los mecanismos de control que establece el sistema procesal penal a través de los medios de impugnación. Para evidenciar esto, se procede a la revisión de decisiones judiciales en las que se ha emitido condena por el delito tipificado en el art. 301, num. 2 del COIP. En los que se calificó la flagrancia, se sustentó la condena en virtud de la no justificación de la licitud de las mercancías, y llegaron a agotar el recurso de casación sin que se haya emitido un criterio concreto respecto de la aplicación de este tipo penal y la calificación de flagrancia, frente al principio de presunción de inocencia en relación a la carga de la prueba, mínima intervención penal y objetividad.

Con el texto del trabajo se pretende revelar que las detenciones en flagrancia, así como su calificación en audiencia, son ilegales cuando se trata del delito de contrabando contenido en el 301, num. 2 del COIP, pues en la propia tipificación queda manifiesto que el ilícito requiere de más de veinticuatro horas (tiempo máximo para calificar la flagrancia) para configurarse; así como establecer la disconformidad constitucional de la inversión de la carga de la prueba que en la práctica se le da al tipo penal en la modalidad que se analiza, esto en el contexto del principio de presunción de inocencia.



Como herramienta hermenéutica para determinar la compatibilidad de la calificación de flagrancia y la inversión de la carga de la prueba, cuando se exige a las personas procesadas justificar la legalidad de las mercancías que transportan, se hace referencia a criterios sobre presunción de inocencia contenidos en la sentencia 14-15-CN/19 de la Corte Constitucional del Ecuador, que si bien trata en concreto sobre el delito de receptación, fija criterios generales sobre el principio de presunción de inocencia que es transversal a todos los delitos.

En definitiva, los conceptos nucleares que serán utilizados en el desarrollo de la investigación, corresponden al tipo penal de contrabando, la aprehensión, el concepto de flagrancia, inversión de la carga de la prueba, los principios fundamentales de legalidad, tipicidad y de presunción de inocencia, los mismos que analizados en conjunto evidenciarán las contradicciones entre el tipo y la interpretación que se le da, así como el conflicto entre el principio de inocencia y la inversión de la carga de la prueba como elemento del tipo penal en estudio.



## **Capítulo primero**

### **Conceptos generales del problema**

En este capítulo se abordan concepciones generales del problema jurídico que desencadena la disposición penal contenida en el número 2 del artículo 301 del COIP. Para ello, se explica el objetivo de protección de los bienes jurídicos en marras (orden económico y la funcionalidad patrimonial de la administración pública).

Fortaleciendo aquello, se consideran los criterios doctrinarios de varios autores concedores del tema, que permiten entender el origen y necesidad de la incorporación del tipo penal en estudio, dentro del catálogo de delitos aduaneros singularizados en el cuerpo normativo penal vigente en nuestro país.

Este abordaje explicativo legal y doctrinario, además de permitir al lector visualizar de forma amplia el génesis del problema, admite una idea básica y general de lo que constituye la responsabilidad ciudadana y de los servidores públicos en el ejercicio de la actividad aduanera, al mismo tiempo que expone aspectos importantes como la implicación procesal judicial de la privación de libertad debido a las aprehensiones en flagrancia por el tipo penal, con un amplio análisis del derecho constitucional a la libertad; así como, la apreciación que realizan los administradores de justicia sobre la carga probatoria de acuerdo a las disposiciones constitucionales frente a la disposición legal analizada en este trabajo, situación que nos lleva necesariamente a introducirnos en un análisis concordante del principio de inocencia que debe ser aplicado en todo proceso, conforme al mandato constitucional.

#### **1. El orden económico y funcionabilidad patrimonial de la administración pública como bienes jurídicos protegidos**

El tipo penal que es objeto de análisis en el presente trabajo es el contenido en el artículo 301. 2 del COIP, que establece:

La persona que, para evadir el control y vigilancia aduanera sobre mercancías cuya cuantía sea igual o superior a diez salarios básicos unificados del trabajador en general, realice uno o más de los siguientes actos, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años, multa de hasta tres veces el valor en aduana de la mercancía objeto del delito, cuando:

[...]

2. Movilice mercancías extranjeras dentro de la zona secundaria sin el documento que acredite la legal tenencia de las mismas, siempre y cuando no pueda justificarse el origen lícito de dichas mercancías dentro de las setenta y dos horas posteriores al descubrimiento.<sup>1</sup>

Para entender el tipo penal y explicar cuándo se comete esta infracción es necesario sentar las bases de qué ha pretendido proteger el legislador con la descripción de la conducta, y en qué sentido y medida se legitima la intervención del Estado ante su comisión. Para esto, es fundamental entender el bien jurídico subyacente que se pretende proteger con la descripción de la conducta como una infracción aduanera.

En esta línea de pensamiento, los tipos penales encuentran su fundamento en la protección de bienes jurídicos relevantes,<sup>2</sup> pues atiende siempre a la conducta humana, que se consideran de especial interés para el desarrollo de la sociedad, y que son reconocidos por el legislador en el catálogo de conductas penalmente relevantes, intereses que al ser vulnerados o amenazados por la actuación de una persona, se pune a la misma.

En este sentido, Enrique Bacigalupo ha sostenido que:

el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada [...] que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos.<sup>3</sup>

Por lo tanto, el tipo penal no crea el interés o bien jurídico, este está creado o reconocido por otras ramas del ordenamiento jurídico, especialmente la Constitución. El legislador a través de la ley penal, al considerar el valor del interés -bien- lo protege a través de la imposición de una pena ante su amenaza o vulneración, de ahí que sea *jurídicamente protegido*. Lo que tiene relación con el art. 22 del COIP que fija las conductas que interesan ser reguladas por el derecho penal, cuando define que “Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que *ponen en peligro o producen resultados lesivos*, descriptibles y demostrables”;<sup>4</sup> en otras palabras, interesan al derecho

---

<sup>1</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 301, num. 2.

<sup>2</sup> Mariano Kierszenbaum, “El bien jurídico en el derecho penal: Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual” en *Lecciones y Ensayos 86* (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. 2009), 187-211.

<sup>3</sup> Enrique Bacigalupo, *Derecho penal: Parte general*, 2.<sup>a</sup> ed. (Buenos Aires: Hammurabi, 1999), 43-4.

<sup>4</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 22.

penal las conductas que afectan a los bienes jurídicos protegidos, ya sea por ponerlos en peligro o por efectivamente provocar un daño en los mismos.

Este concepto adquiere así la dimensión de fundamento del tipo penal como expresión de la intervención punitiva del Estado que se cimienta en “el concepto de la protección de bienes jurídicos el que debe transformarse en la idea rectora de la formación del tipo y en la legitimación de la intervención punitiva”.<sup>5</sup>

Por lo tanto, como bien señala Mariano Kierszenbaum, el bien jurídico protegido debe ser entendido “como una garantía del individuo frente al poder estatal y nada más que eso; pues allí donde haya una pena deberá haber un bien jurídico lesionado, lo cual no significa que allí donde haya un bien jurídico lesionado deba haber una pena”.<sup>6</sup>

Entonces el bien jurídico cumple su función en dos dimensiones, como fundamento (en el ámbito de la protección a que otras personas no ataquen esos bienes) y límite del derecho penal (como garantía ante la intervención del Estado).

En el catálogo de delitos del COIP está contenido en el Libro primero: La infracción penal, Título IV: infracciones en particular; y, está ordenado por capítulos en virtud de un interés protegido que abarca bienes jurídicos determinados. Así, en el capítulo primero se encuentran los delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario, en el que se encuentran los delitos que amenazan o vulneran los bienes protegidos como: los delitos contra la humanidad, trata de personas y diversas formas de explotación de seres humanos y los delitos contra personas y bienes jurídicos protegidos por el derecho internacional humanitario.

En el capítulo segundo se encuentran los delitos contra los derechos de libertad, en los que se encuentran aquellos que vulneran o amenazan derechos subjetivos como: la inviolabilidad de la vida, la integridad personal, la libertad personal, la integridad sexual y reproductiva, el derecho a la intimidad personal y familiar, el honor y buen nombre, la libertad de expresión y de culto, la propiedad, la identidad, la migración.

En el capítulo tercero se encuentran los delitos que tiene como bienes jurídicos protegidos los derechos del buen vivir; entre estos: la salud y en estrecha relación los delitos por la producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización; la seguridad de los activos de los sistemas de información y comunicación; los derechos

---

<sup>5</sup> Maximiliano Rusconi, *Derecho penal: Parte General* (Buenos Aires: Ad-hoc, 2007), 78.

<sup>6</sup> Kierszenbaum, “El bien jurídico en el derecho penal”, 187-211.

de los consumidores, usuarios y otros agentes del mercado; la cultura; el trabajo y la seguridad social.

El capítulo cuarto contiene a los delitos que atentan contra el ambiente y la naturaleza o *Pacha-mama*, en los que se reconoce como bienes jurídicos protegidos a la biodiversidad, “animales que forman parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana”,<sup>7</sup> los recursos naturales, la gestión ambiental y, específicamente, los recursos naturales no renovables.

En el capítulo quinto se tipifican los delitos contra la responsabilidad ciudadana, que se ordenan según los bienes jurídicos: tutela judicial efectiva, eficiencia de la administración pública, régimen de desarrollo, administración aduanera, contra el régimen monetario, los que tienen relación con aspectos económicos, la fe pública y los derechos de participación.

En el capítulo sexto se encuentran los delitos cuyo bien jurídico protegido se engloba en la estructura del estado constitucional. El capítulo séptimo contiene aquellos que amenazan a la seguridad pública como el terrorismo y su financiación, la delincuencia organizada, la asociación ilícita, etc.

Dentro del catálogo de delitos del COIP, por efecto del principio de unidad de código, también se prevé las infracciones de tránsito y las contravenciones de policía, en los capítulos octavo y noveno.

El COIP, en su articulación sigue en su primera parte la dimensión dogmática del texto de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE), en cuanto al reconocimiento de derechos y de intereses sociales que ameritan protección penal.

En el COIP hay bienes jurídicos que protegen derechos subjetivos reconocidos en la parte dogmática de la Constitución, que son de carácter individual; y, otros, que son bienes colectivos, que refieren a intereses generales como el ambiente, la administración de justicia o la administración pública.

Con este necesario antecedente, se ha de considerar que el tipo penal objeto del análisis del presente trabajo es el contenido en el art. 301, num. 2 del COIP, que está dentro de los delitos contra la responsabilidad ciudadana contenidos en el capítulo quinto, sección sexta, que protegen a la administración aduanera. Por lo que, partiendo de la misma calificación dada por el legislador, se puede afirmar que el delito de contrabando,

---

<sup>7</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 301, num. 2.

atenta contra un deber de “responsabilidad ciudadana”, y vulnera el bien jurídico “administración aduanera”.

La administración aduanera no representa un derecho subjetivo, por lo que ningún individuo humano es titular del bien jurídico protegido por el delito de contrabando, sino su titular es el Estado. De modo que tampoco hay derechos subjetivos individuales vulnerados por la conducta de contrabando contenida en el artículo 301, num. 2 del COIP.

La ubicación de esta conducta en la organización del COIP, plantea un primer punto de análisis, al estar contenido dentro de los delitos contra la responsabilidad ciudadana, pues por definición rebasa la dimensión negativa de protección de los tipos penales que tutelan bienes subjetivos, que implica evitar una conducta que lesione a otras personas; si el objeto de protección es la responsabilidad ciudadana que otorga una dimensión positiva a la protección del tipo penal, a la que subyace una relación entre el sujeto activo y el Estado (ciudadana) y una obligación o deber (responsabilidad) del ciudadano para con el Estado.

Sobre la base de este razonamiento, los delitos cuyo bien jurídico protegido en general es la responsabilidad ciudadana, no buscan disuadir una actuación que lesione el bien jurídico (dimensión negativa de la protección); sino que, se orientan a promover el cumplimiento de tal responsabilidad ciudadana, sancionando por lo tanto a la infracción del deber. Entonces cabe la pregunta ¿el delito de contrabando, al ser un delito contra la responsabilidad ciudadana constituye un delito de infracción del deber?

Al respecto, Jakobs, ha indicado que:

No es posible ordenar al derecho penal en función de un esquema tan sencillo, bien versus moral; pues los bienes [...] presentan condiciones de supervivencia sin las cuales no pueden ser usados, y también habría que proteger esas condiciones de subsistencia.

[En este contexto, aquella persona que actúa en contra de esas condiciones de subsistencia del bien] Siempre que el autor no actúa en el papel de ‘cualquiera’, que solo tiene el contenido negativo de que no debe lesionar a otros, sino que actúa cumpliendo un rol positivo, [...] tiene el cometido de realizar una institución, y por ello la denominación de lesión de un bien jurídico es completamente inadecuada para las infracciones de deber.<sup>8</sup>

En este sentido, y retomando la inquietud formulada, se puede plantear que el cumplimiento de la responsabilidad ciudadana es una de las condiciones de supervivencia de una adecuada administración pública (entendida como el aparato estatal en su

---

<sup>8</sup> Günter Jakobs, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs: El funcionalismo en el Derecho Penal* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 43-4.

conjunto), el cumplimiento de las obligaciones para con el Estado, es parte de estas condiciones. Ergo, lo que se protege en los delitos contra la responsabilidad ciudadana es el cumplimiento de las obligaciones de los individuos para con el Estado, para permitir condiciones de supervivencia del mismo.

De lo anterior resulta que los bienes jurídicos protegidos específicos contenidos en las secciones correspondientes, constituyen también las condiciones de supervivencia o funcionamiento adecuado del Estado, en el ámbito de la administración de justicia (tutela judicial efectiva), la administración pública (entendida no como la estructura sino como la gestión correcta de lo público) el régimen de desarrollo, la administración aduanera, el régimen monetario, el funcionamiento de los sistemas económicos, la fe pública y el ejercicio de los derechos de participación.

Ahora, dentro del catálogo de delitos contra la responsabilidad ciudadana, el delito de contrabando se encuentra en aquellos contra la administración aduanera que son infracciones contra la responsabilidad ciudadana, de lo cual es necesario determinar si constituyen infracciones de deber. Para esto, y como se afirmó anteriormente, el derecho penal no crea bienes jurídicos protegidos, estos son creados o reconocidos por otras ramas del derecho. En el contrabando, es el derecho aduanero el que fija el régimen respectivo, al que hay que acudir.

Los aranceles, objeto del derecho aduanero, son tributos. Los tributos son “una prestación obligatoria, comúnmente dinero, exigida por el Estado en virtud de la potestad tributaria que le asigna la Constitución [...]”,<sup>9</sup> por lo que la obligación tributaria es jurídica y recae sobre el contribuyente, es de carácter patrimonial y de orden personal; por lo tanto, es un deber jurídico atribuido por el ordenamiento jurídico tributario. Entonces, cumplir con la obligación tributaria constituye parte de esta responsabilidad ciudadana, que nace precisamente de la relación de derecho público entre el Estado y el contribuyente.

En este sentido concuerda Spisso cuando afirma que “[l]a naturaleza del ilícito tributario se afirma en la consideración de que la infracción tributaria lesiona o infringe el derecho, el orden jurídico, el *deber* ético y *jurídico* de cada individuo de contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado y la seguridad y los derechos esenciales del individuo, de la sociedad y del Estado; es suma, el bienestar público estatal”.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Rodolfo Spisso, *Derecho Constitucional Tributario*, 6.<sup>a</sup> ed. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2017), 54.

<sup>10</sup> *Ibíd.*, 63.



El régimen aduanero es parte del derecho tributario y responde a sus principios, considerándose que, en general, el derecho tributario “regula el fenómeno financiero que se produce con motivo de detracciones de riqueza de los particulares en favor del Estado, impuestas coactivamente, que atañen a la subsistencia de éste”.<sup>11</sup>

Sin embargo, en lo atinente a la tipificación y sanción de las infracciones penales de carácter tributario aduanero, estas responden a los principios y reglas del derecho penal por los que, “se ha aceptado, por parte tanto de la jurisprudencia como de la doctrina, la plena vigencia de los principios de culpabilidad y de tipicidad de la acción, rechazándose todo supuesto de responsabilidad objetiva y admitiéndose que el derecho penal, en cualquiera de sus ramas, constituye un sistema riguroso y cerrado”.<sup>12</sup>

Los tributos como los aranceles, son realmente una limitación del derecho a la propiedad por parte del Estado, puesto que constituyen una obligación impuesta por la administración pública para entregar parte de esa propiedad a disposición del Estado, en virtud de un hecho generador. Esta limitación al derecho de la propiedad por parte del Estado está legitimada por la Constitución, a través del ámbito de la responsabilidad ciudadana de contribuir con la subsistencia del Estado, “que concibe el interés general como parte de su acción y que se legitima por una serie de actividades finales prestadas de servicios”<sup>13</sup> como el marco en el cual se ejercen, se exigen y se tutelan los demás derechos, entrando al ámbito del deber jurídico protegido en análisis.

En este sentido, Rodolfo Spisso manifiesta que:

De la debida articulación e interacción del derecho de propiedad con los demás derechos y preceptos constitucionales se deduce, sin mayor esfuerzo, que aquél no implica un valladar que ponga al individuo a resguardo de la obligación constitucional de contribuir al sostenimiento del Estado. Tampoco el derecho del Estado de apropiarse de la riqueza privada, mediante el establecimiento de tributos, es limitado, ya que ello implicaría desconocer el derecho de propiedad [...].

La limitación de los derechos, en cambio, es una reducción impuesta exteriormente al contenido del derecho, o libertad objeto de reconocimiento constitucional, mediante la exclusión de determinados supuestos del marco de protección, en virtud de una expresa habilitación constitucional [...]<sup>14</sup>

La limitación del derecho a la propiedad a través del tributo se legitima constitucionalmente en los artículos 285 y 300, que en su orden dicen:

---

<sup>11</sup> *Ibíd.*, 1.

<sup>12</sup> *Ibíd.*, 45

<sup>13</sup> Gregorio Peces Barba, *Humanitarismo y Solidaridad Social*, citado por César García Novoa, “El concepto de tributo y sus clases”, en *Derecho Constitucional Tributario*, dir. Daniel Yacolca Estares y Paulo de Barros Carvalho (Lima: Editorial y Distribuidora Ediciones Legales, 2019), 416.

<sup>14</sup> Spisso, *Derecho Constitucional Tributario*, 48-9.

Art. 285.- La política fiscal tendrá como objetivos específicos:

[...]

2. La redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados.

[...]

Art. 300.- El régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Se priorizarán los impuestos directos y progresivos.

*La política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables.*<sup>15</sup>

Las normas citadas *ut supra*, legitiman constitucionalmente la limitación al derecho a la propiedad que constituye el tributo, y lo hacen como una herramienta de redistribución, que a decir de César García Novoa, constituye un instrumento de transformación social, puesto que:

Se trata de conceptualizar el tributo como un instrumento para la redistribución y el logro de fines de política económica y social, normalmente establecidos en la Constitución. Para esta concepción del tributo, este no se entiende simplemente como un instrumento de obtención de ingresos, sino como parte de un sistema integrado por la dualidad ingreso-gasto, para el logro de ciertos efectos redistributivos. El fundamento último del tributo no es la justicia, sino la solidaridad. La solidaridad legitima y selecciona una modalidad de justicia (la justicia distributiva) de manera que la capacidad económica solo se entiende como una expresión de esta.<sup>16</sup>

El tributo es una herramienta de redistribución para una sociedad más justa, y brinda mérito de protección jurídica a través del control de actividades elusivas, es decir que evitan el pago del tributo, considerándose que:

la capacidad económica [como criterio de medición de la carga tributaria] se entiende como un principio ligado a la progresividad que vincula a todos los poderes públicos y no solo al legislador. El legislador debe diseñar impuestos siguiendo estos principios. [...] No se entiende que la Administración deba recaudar solo las cuantías que derivan de las obligaciones tasadas, previstas expresamente por el legislador, sino todas aquellas que el particular haya evitado [...]. Se entiende que la Administración, para lograr sus efectos redistributivos, debe proteger una especie de potencialidad recaudatoria del sistema que se vería viciada con estos comportamientos elusivos.<sup>17</sup>

Ahora, entendido el tributo como una limitación patrimonial personal de los contribuyentes, que nace de la relación entre el Estado y sus habitantes y constituye una herramienta de redistribución de la riqueza de fundamental importancia para el

---

<sup>15</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 285 y 300.

<sup>16</sup> García Novoa, "El concepto de tributo y sus clases", 410-1.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, 413.

cumplimiento de las obligaciones estatales como la realización de políticas públicas y prestación de servicios públicos, y por tanto, el cumplimiento de la obligación tributaria forma parte de los deberes de responsabilidad ciudadana, y es condición necesaria de la subsistencia del Estado; y, como tal, constituye un interés general que debe ser protegido.

Entonces ¿qué es lo que se protege con la tipificación de delitos contra la administración aduanera? Para resolver esta cuestión es necesario tener en cuenta conceptos básicos del derecho penal, que describe conductas relevantes (prohibidas) que regulan la “manera con que las personas se comportan en su vida y acciones”;<sup>18</sup> la conducta humana es en sentido jurídico, cualquier actividad o inactividad del ser humano susceptible de autocontrol sobre su curso.<sup>19</sup>

Tomando en cuenta que el delito que se analiza se encuentra dentro de las infracciones contra la administración aduanera, la conducta que regula la descripción típica se desarrolla en el ámbito de la relación entre el Estado y el contribuyente respecto de las obligaciones tributarias ante actividades de naturaleza económica.

En este contexto, se espera que el contribuyente observe su deber de responsabilidad ciudadana y cumpla con la obligación tributaria correspondiente a una actividad económica determinada previamente por el legislador.

El ejercicio o realización de una actividad económica está reconocido como un derecho fundamental de libertad en la CRE, en el numeral 15 del artículo 66, legitimado a través de los principios de a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

Es decir, está reconocido por la Constitución la búsqueda de un resultado económico a través del ejercicio de actividades comerciales respecto de bienes o de la prestación de servicios; siempre que esta actividad no irrespete los principios de solidaridad y de responsabilidad social y ambiental es legítima. En caso de hacerlo, se autoriza la intervención del Estado ya sea para prevenir actividades ilegítimas o para sancionarlas.

En este sentido, como apunta Alfredo Augusto Becker,<sup>20</sup> es natural la aspiración de un “resultado económico con la mayor economía”, esto es buscar la mayor ganancia

---

<sup>18</sup> Real Academia Española, “conducta”, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., 16 de octubre de 2021, <https://dle.rae.es/conducta>

<sup>19</sup> Universidad de Navarra, *Delictum lecciones de teoría del delito, recursos digitales: Glosario de términos*, 16 de noviembre de 2021, <https://www.unav.edu/web/delictum/recursos/glosario>.

<sup>20</sup> Alfredo Augusto Becker, “La interpretación de las leyes tributarias”, en *Derecho Constitucional Tributario*, dir. Daniel Yacolca Estares y Paulo de Barros Carvalho, 796-7.

con el mínimo gasto. Las obligaciones tributarias al ser de naturaleza patrimonial, tener como hechos generadores las diferentes actividades económicas, y ser obligatorias, son contablemente consideradas como parte del gasto en los procesos económicos para la obtención de beneficios.

Tomando en cuenta que los individuos, siempre que no trasgredan una norma jurídica, tienen la libertad de organizar su actividad económica de la forma menos onerosa posible, para obtener precisamente el mayor resultado económico, incluso tributariamente, por lo que incluso se puede escoger el camino legal y lícito para llegar al mismo resultado que implique el pago de un tributo menos elevado. Por lo que para que el contribuyente pueda ser coaccionado a adoptar el camino legal tributariamente más oneroso es necesario e ineludible que exista una regla que obligue a la elección de ese camino.

Por lo tanto, si para alcanzar el objetivo de su actividad económica con el menor costo, se viola una regla jurídica, se está faltando al deber de responsabilidad ciudadana, configurándose la o las infracciones que deben ser sancionadas.

Claus Roxin señala que “para criminalizar una conducta debe determinarse si es necesario que la defensa del bien jurídico sea a nivel del sistema penal para lograr resultados positivos. Resulta así, que los otros mecanismos de control social son insuficientes para combatir determinadas conductas, y que se requiere del medio más drástico [que es] el sistema penal”.<sup>21</sup>

Para legitimar la tipificación del delito, y por tanto determinar la intervención del poder punitivo del Estado, se debe justificar que la protección del bien jurídico correspondiente no es suficiente a través de otros medios que proporcione el ordenamiento jurídico.

En esta línea, Daniel Yacoca Estares, dentro del contexto de la determinación de los bienes jurídicos protegidos por los delitos tributarios y la justificación de su protección, precisa:

el bien jurídico protegido en los delitos tributarios es la función del tributo o la actividad dinámica de la Hacienda Pública [que] no solo afecta a un individuo sino a toda la sociedad [...] debido a que los Estados deben contar con los recursos suficientes para

---

<sup>21</sup> Claus Roxin, “Límites y sentido de la pena estatal”, en *Problemas Básicos del Derecho Penal* (Madrid: Reus, 1976), 20, <https://es.scribd.com/doc/240109783/9-Roxin-Sentido-y-limites-de-la-pena-estatal-pdf>.

cumplir sus fines. Por eso todos tenemos el *deber* de contribuir con los gastos públicos y los poderes públicos de respetar los derechos fundamentales.<sup>22</sup>

Enrique Ruiz Vadillo agrega:

El Estado necesita para su funcionamiento medios económicos y de acuerdo con los sistemas que en cada caso considera más adecuados y en una determinada proporción, los obtiene de cuantos, ciudadanos o no, lleven a cabo operaciones mercantiles, reciben rentas de capital o de trajo, adquieren bienes a título gratuito etc.

Si alguna de estas personas faltando a su obligación fiscal, oculta, esconde no declara, manipula, para no pagar o para no pagar lo que debe, si no es descubierto, conduce a la Administración a elevar la presión fiscal, de acuerdo con la previsiones presupuestarias, y, de rechazo conlleva a que otras personas paguen más de lo que debían pagar por un principio de justicia que, en definitiva, es equivalente a proporcionalidad y equilibrio.<sup>23</sup>

De todo lo anotado, se puede concluir que los delitos aduaneros son una especie de los delitos tributarios. Ambos son infracciones de deber, de ahí que en el COIP estén catalogados dentro de las infracciones contra la responsabilidad ciudadana. En estas conductas es exigible un deber de observar las obligaciones jurídicas de carácter patrimonial impuestas por el legislador sobre su patrimonio como consecuencia de una actividad económica. Esta limitación del derecho a la propiedad por parte del Estado a través de las obligaciones tributarias, se encuentra legitimada desde la Constitución como una herramienta de redistribución.

El bien jurídico protegido en los delitos tributarios, y por tanto de los delitos contra la administración aduanera, es la administración pública o hacienda pública entendida “de forma macro social como un sistema de recaudación de ingresos y realización del gasto público”.<sup>24</sup>

En el delito de contrabando el bien jurídico protegido es la administración pública en su expresión de orden económico, de manera que esta puede cumplir con su función de garantía de derechos y provisión de servicios públicos de interés general, como medios para la consecución de un Estado justo y equitativo.

---

<sup>22</sup> Daniel Yacolca Estares, “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios”, en *Derecho Procesal Tributario: Planificación Fiscal y Penal Tributario*, dir. Daniel Yacolca Estares y Paulo de Barros Carvalho (Lima: Editorial y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., 2018), 503-4.

<sup>23</sup> *Ibíd.*, 505.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, 506.

## 2. Aprehensión en flagrancia en la legislación ecuatoriana y derecho a la libertad

Establecido cuál es el bien jurídico protegido en el contrabando, y precisado que este delito constituye una forma de infracción del deber, corresponde analizar la modalidad descrita en el numeral 2 del artículo 301 del COIP, que dice:

2. Movilice mercancías extranjeras dentro de la zona secundaria sin el documento que acredite la legal tenencia de las mismas, siempre y cuando no pueda justificarse el origen lícito de dichas mercancías dentro de las setenta y dos horas posteriores al descubrimiento.<sup>25</sup>

Este supuesto de hecho sobre la condición de tiempo plantea si se trata de un delito inmediato; y, de esto, si cabe flagrancia y la correspondiente aprehensión (como forma de privación de libertad) en un delito con tal condición de tiempo.

Por lo tanto, previo a resolver las inquietudes referidas es necesario sentar las bases sobre las cuales se cimenta una posible respuesta. Para esto, es necesario establecer, de manera general, qué criterios y conceptos se utilizarán sobre la flagrancia, la aprehensión y la limitación al derecho a la libertad producto de la misma.

Siguiendo la jerarquía del ordenamiento jurídico establecida en el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), se debe partir desde la misma Constitución, que en su artículo 66 reconoce:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

[...]

14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente.

[...]

29. Los derechos de libertad también incluyen:

a) El reconocimiento de que todas las personas nacen libres.

b) La prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas. El Estado adoptará medidas de prevención y erradicación de la trata de personas, y de protección y reinserción social de las víctimas de la trata y de otras formas de violación de la libertad.

c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.

d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 301, num. 2.

<sup>26</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66, nums. 14 y 29.

Además, la CRE establece la posibilidad de la privación de la libertad, es decir legítima siempre que esté dentro de los casos previstos en el texto constitucional, por orden judicial o por delito flagrante:

Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

[...]

2. Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos.<sup>27</sup>

La Convención Americana de Derechos Humanos reconoce el derecho a la libertad personal, al tenor de lo siguiente:

#### Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.<sup>28</sup>

Este es el contenido al derecho de la libertad personal al que se hace referencia cuando el ordenamiento jurídico penal refiere a la privación de libertad como medida cautelar o como sanción.

---

<sup>27</sup> *Ibíd.*, art. 77, num. 2.

<sup>28</sup> Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*, 22 de noviembre de 1969, art. 7, <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>. pdf.

Sobre el derecho a la libertad personal y la legitimidad de su privación, la Corte Constitucional del Ecuador ha manifestado:

18.El derecho a la libertad constituye una calidad que pertenece por antonomasia a todo ser humano; esencia misma de la persona, inescindible de su proyecto de vida, tanto en su dimensión íntima y privada como en su esfera pública y social, sin imposiciones ni injerencias incompatibles con nuestro ordenamiento constitucional e instrumentos de derechos humanos.

19.El ejercicio de la libertad posibilita la autonomía de la voluntad según el artículo 66 número 29 letra d) de la Constitución implica que “ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”.

20.En tal sentido se configura la autodeterminación personal, como condición concomitante al derecho de libertad del ser humano, inherente a toda persona, que le permite la materialización de otros derechos constitucionales y expectativas vitales.<sup>29</sup>

Por su parte la Corte IDH, sobre el derecho a la libertad personal, ha fijado el siguiente criterio:

102. La Corte ha señalado que el contenido esencial del artículo 7 de la Convención es la protección de la libertad del individuo contra toda interferencia arbitraria o ilegal del Estado. Ha advertido también que un “incorrecto actuar” de funcionarios policiales, “en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a la libertad personal”, que cuando se concreta “genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida”. En ese sentido, para conminar dicha amenaza, resulta imprescindible que el Estado, a través de sus agentes, observe su “deber de aplicar en todo momento procedimientos conformes a Derecho y respetuosos de los derechos fundamentales, a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción”.

103. El artículo mencionado, como se ha hecho notar en diversas oportunidades anteriores, [sic]

tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí, una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: “[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”. [...L]a específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (artículo 7.2) o arbitrariamente (artículo 7.3) a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (artículo 7.4) al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (artículo 7.5) a impugnar la legalidad de la detención (artículo 7.6) y a no ser detenido por deudas (artículo 7.7) Cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarrearán necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma.<sup>30</sup>

Por tanto, si bien el derecho a la libertad personal es de especial relevancia, pues de él depende el ejercicio de muchos otros derechos, la CRE y la Convención, permiten la

<sup>29</sup> Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia 8-12-JH/20”, en *Caso No. 8-12-JH*, 12 de agosto de 2020, 6.

<sup>30</sup> Corte IDH, “Sentencia de 3 de junio de 2021 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Guerrero, Molina y otros vs. Venezuela*, párr. 102-3, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_424\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_424_esp.pdf).



privación de este derecho ante dos circunstancias concretas: orden judicial y en delito flagrante.

A su vez, la privación de libertad debe ser sometida a control judicial, para determinar su apego o no a la Constitución y a la ley, y especialmente a los principios de razonabilidad, legalidad y proporcionalidad, puesto que es una medida de última (ratio) instancia, cuando no es posible una menos gravosa. De no cumplirse con estos, acarrea la violación del derecho y a la responsabilidad convencional del Estado por la limitación ilegítima del derecho a la libertad persona.

La CRE, según la norma ya citada, permite la privación de la libertad en dos materias: penal (en cuanto a medidas cautelares y sanciones); y familia (sobre el incumplimiento de la obligación de alimentos).

En lo que atiene al tema de este trabajo, que es materia penal, el COIP establece las siguientes formas legales de privación de libertad:

- Como penas privativas de libertad:

Art. 58.- Clasificación.- Las *penas* que se imponen en virtud de sentencia firme, con carácter principal o accesorio, son *privativas*, no privativas de libertad y restrictivas de los derechos de propiedad, de conformidad con este Código”.

Art. 59.- Penas privativas de libertad.- *Las penas privativas de libertad tienen una duración de hasta cuarenta años.*

La duración de la pena empieza a computarse *desde que se materializa la aprehensión.*

En caso de condena, el tiempo efectivamente cumplido bajo medida cautelar de prisión preventiva o de arresto domiciliario, se computará en su totalidad a favor de la persona sentenciada.<sup>31</sup>

- Como medidas cautelares:

Art. 522.- Modalidades.- La o el juzgador podrá imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada y se aplicará de forma prioritaria a la privación de libertad:

[...]

3. Arresto domiciliario.

[...]

5. Detención.

6. Prisión preventiva [...].<sup>32</sup>

Las medidas cautelares descritas en el artículo 522 del COIP, tienen como fin asegurar la presencia de la persona procesada al proceso y el eventual cumplimiento de la pena. Si bien la aprehensión no está dentro de la lista del artículo 522 *ibídem*, está

<sup>31</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, arts. 58 y 59.

<sup>32</sup> *Ibíd.*, art. 522.

desarrollada en la misma sección del capítulo segundo sobre medidas cautelares, del título V, del Libro Segundo del COIP.

Todas estas medidas son de carácter personal y limitan en menor o mayor grado al derecho fundamental de la libertad personal. Esta limitación a un derecho por parte del Estado, está autorizada por el artículo 7, num. 5 de la CADH<sup>33</sup>, pero únicamente se legitima cuando es necesaria para el cumplimiento de fines específicos.

En este sentido, la Corte IDH se ha pronunciado sobre los fines que legitiman la limitación del derecho a libertad que implican las medidas cautelares, y que sea acorde con el principio de presunción de inocencia.

Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.<sup>34</sup>

Del mismo principio de presunción de inocencia se derivan obligaciones para los operadores de justicia, agentes fiscales o policiales, o cualquier funcionario que actúe en nombre del Estado, que se expresan como verdaderas garantías de los derechos de las personas sometidas al poder punitivo del Estado:

- Los elementos que se emplean para sustentar la necesidad de las medidas cautelares no pueden presumirse, sino que deben ser objetivas y ciertas del caso concreto.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*, 22 de noviembre de 1969, art. 7, num. 5, <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>. pdf.

<sup>34</sup> Corte IDH, "Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo)", *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, párr. 77, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_35\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf).

<sup>35</sup> Corte IDH, "Sentencia de 25 de abril de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica*, párr. 357, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_354\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_354_esp.pdf); y, "Sentencia de 22 de noviembre de 2019 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Hernández Vs. Argentina*, párr. 109, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_395\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_395_esp.pdf).

- Le corresponde al titular del ejercicio de la acción penal pública acreditar los elementos que permiten sustentar la limitación de la libertad personal a través de una medida cautelar, y no a la persona investigada o procesada, que además debe contar con la asistencia técnica de un abogado y la posibilidad de contradecir los elementos aportados por la acusación.<sup>36</sup>
- Ni las características personales del supuesto autor ni la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación para la imposición de una limitación a la libertad como medida cautelar.<sup>37</sup>

Además, dentro de la sección de medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada, se encuentra también regulada la aprehensión (arts. 526 y 529.1 COIP). Para la interpretación de la aprehensión corresponde seguir el método literal, de conformidad con el art. 13, num.2 del COIP.

Esta institución está regulada bajo las siguientes reglas:

Art. 526.- Aprehensión.- Cualquier persona podrá aprehender a quien sea sorprendido en delito flagrante de ejercicio público y entregarlo de inmediato a la Policía Nacional.

Las y los servidores de la Policía Nacional, del organismo competente en materia de tránsito o miembros de las Fuerzas Armadas, deberán aprehender a quienes sorprendan en delito flagrante e informarles los motivos de su aprehensión. En este último caso deberán entregarlos de inmediato a la Policía Nacional.

Las o los servidoras de la Policía Nacional o de la autoridad competente en materia de tránsito, podrán ingresar a un lugar cuando se encuentren en persecución ininterrumpida, para el solo efecto de practicar la respectiva aprehensión de la persona, los bienes u objetos materia del delito flagrante.

Art. 527.- Flagrancia.- 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.

Art. 528.- Agentes de aprehensión.- Nadie podrá ser aprehendido sino por los agentes a quienes la ley impone el deber de hacerlo, salvo el caso de flagrancia, de conformidad con las disposiciones de este Código.

Sin embargo y además del caso de delito flagrante, cualquier persona podrá aprehender:

1. Al que fugue del establecimiento de rehabilitación social en el que se halle cumpliendo su condena, detenido o con prisión preventiva.

---

<sup>36</sup> Corte IDH, “Sentencia de 30 de octubre de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Bayarri Vs. Argentina*, párr. 74, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_187\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf); y, Corte IDH, *Caso Hernández Vs. Argentina*, párr. 116.

<sup>37</sup> Corte IDH, “Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, párr. 69, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf); Corte IDH, *Caso Hernández Vs. Argentina*, párr. 109.

2. A la persona procesada o acusada, en contra de quien se ha dictado orden de prisión preventiva o al condenado que está prófugo.

Si el aprehensor es una persona particular, deberá poner inmediatamente al aprehendido a órdenes de un agente policial.

Art. 529.- Audiencia de calificación de flagrancia.- En los casos de infracción flagrante, 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. La o 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.

Art. 529.1.- Identificación en caso de delito flagrante.- La persona aprehendida por delitos contra la inviolabilidad de la vida, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y los delitos de robo con muerte, sicariato, trata de personas y tráfico de migrantes, podrá ser identificada físicamente ante la comunidad y ante los medios de comunicación, única y exclusivamente en su calidad de aprehendido y siempre y cuando se haya calificado la legalidad de la aprehensión por delito flagrante.

En estos casos se respetará el derecho constitucional de la persona a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia ejecutoriada.<sup>38</sup>

La aprehensión no está definida en la norma, el legislador recurre al término sin definirlo legalmente, por lo que se debe tomar su significado literal. Para esto, la herramienta de definición de uso más difundido y aceptado es el diccionario de la Real Academia Española, para el que la *aprehensión* es: “la acción o efecto de aprehender”,<sup>39</sup> y *aprehender* debe entenderse como “Coger, asir, prender a alguien”,<sup>40</sup> acción que siempre recae sobre una persona.

Cualquier persona, sin necesidad de ser un agente del Estado puede proceder con la aprehensión de una persona, sin embargo, se tiene que hacer inmediatamente la entrega de la persona aprehendida a algún servidor de la Policía Nacional. En este caso, quien cumple con el deber formal de informar los motivos de la aprehensión no es la persona que realiza la privación de libertad sino el agente de la Policía Nacional quien se hace responsable por la protección de los derechos de la persona privada de la libertad.

También tienen el deber de informar los motivos de la aprehensión cuando esta es realizada por los servidores públicos de los organismos competentes en materia de tránsito (o quien ejerza tal potestad pública) y los miembros de las Fuerzas Armadas, quienes deben poner siempre inmediatamente a disposición de la Policía Nacional a la persona privada de la libertad.

<sup>38</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, arts. 526-529, num. 1.

<sup>39</sup> Real Academia Española, “aprehensión”, *Diccionario de la lengua española*, 16 de octubre de 2021, <https://dle.rae.es/aprehensi%C3%B3n>.

<sup>40</sup> Real Academia Española, “aprehender”, *Diccionario de la lengua española*, 16 de octubre de 2021, <https://dle.rae.es/aprehender>.

La aprehensión procede únicamente por delitos de ejercicio público de la acción, por lo que resulta ilegal cuando se priva de libertad en delitos de ejercicio privado de la acción penal (artículo 415 del COIP). Por lo tanto, ante delitos como calumnia, usurpación, estupro, lesiones que generen incapacidad o enfermedad de hasta treinta días (excepto violencia contra la mujer y tránsito) y delitos contra animales que forman parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana, no es legal que ninguna persona sea aprehendida.

Realizada la aprehensión y entregada la persona a la Policía Nacional, esta es responsable, en todos los casos, de poner la persona privada de la libertad a disposición del juez competente para que realice el control de legitimidad y legalidad de la aprehensión, en la audiencia de calificación de flagrancia.

De conformidad con el artículo 526 del COIP, para que proceda la aprehensión es requisito ineludible que la persona, sujeto de la misma, sea sorprendida en delito flagrante. El empleo de la palabra *sorpresa* implica que según la RAE, “pillar desprevenido [o] descubrir lo que alguien ocultaba o disimulaba”,<sup>41</sup> de donde deviene naturalmente que la flagrancia implica la presencia de un tercero en que descubre o encuentra a la persona en el momento en que está cometiendo el delito o inmediatamente después de la comisión, o se le encuentra con objetos o huellas relacionados con la infracción que pretendía ocultar o disimular.

El artículo 527 del COIP desarrolla el sentido literal en la definición de flagrancia y las condiciones legales para su calificación.

En la doctrina sobre la flagrancia, Cesar Martín Castro anota:

El delito flagrante, en su concepción constitucionalmente clásica se configura por la evidencia sensorial del hecho delictivo que se está cometiendo o que se acaba de cometer en el mismo instante de ser sorprendido el delincuente; de suerte que se conoce directamente tanto la existencia del hecho como la identidad del autor y se percibe, al mismo tiempo, la relación de este último con la ejecución del delito y se da evidencia patente de tal relación. Se trata de una situación fáctica, en que el delito se *percibe* con evidencia y exige inexcusablemente una inmediata intervención [...], se requiere una *evidencia sensorial* y luego de la noción de urgencia.<sup>42</sup>

La flagrancia, por tanto, se relaciona con inmediatez, que el autor citado distingue dos: temporal, es decir, que la actividad delictiva se encuentre desarrollando o se acaba

---

<sup>41</sup> Real Academia Española, “sorpresa”, *Diccionario de la lengua española*, 16 de octubre de 2021, <https://dle.rae.es/sorprender>

<sup>42</sup> Cesar Martín Castro, *Derecho Procesal Penal Lecciones*, 2.<sup>a</sup> ed. (Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2020), 478.

de cometer *en el momento* en que es sorprendido; e inmediatez corporal, es decir que quien comete la infracción se encuentra en el lugar de los hechos, o en relación directa con objetos, instrumentos, resultados o huellas materiales de la infracción. De ahí que la flagrancia “supone [...] que todos los elementos necesarios para evidenciar la comisión del delito se encuentran presentes en el lugar de la detención [que permite un proceso inmediato]”.<sup>43</sup> De ahí que, en el sistema procesal penal del Ecuador, para el procedimiento directo se exige como requisito fundamental que el delito sea encontrado en flagrancia.

El art. 527 del COIP describe tres circunstancias concretas en las que se puede dar la situación de flagrancia:

- “la persona que comete el delito en presencia de una o más personas”, la conjunción disyuntiva “o” permite determinar que la siguiente proposición corresponde a otra circunstancia *alternativa* y no a un segundo requisito. Lo que la doctrina procesalista distingue como *flagrancia estricta*, que es cuando “el sujeto es sorprendido y [aprehendido] en el momento de ejecutar el hecho delictivo”.<sup>44</sup>
- “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”. Conocida en la doctrina como *cuasi flagrancia*, en la que “el individuo es [aprehendido] después de ejecutado el hecho delictivo, siempre que no se le haya perdido de vista y haya sido perseguido desde la realización del delito”<sup>45</sup> [persecución ininterrumpida].
- Y, finalmente “cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida”, proposición gramatical que al encontrarse precedida del adverbio *asimismo*, el legislador ha considerado una tercera circunstancia distinta a las anteriores para calificar la flagrancia. La doctrina denomina a esta circunstancia *flagrancia presunta*, porque “la persona es intervenida por la existencia de datos que permiten intuir su intervención en el hecho delictivo”.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> *Ibíd.*, 479.

<sup>44</sup> *Ibíd.*

<sup>45</sup> *Ibíd.*

<sup>46</sup> *Ibíd.*

Tomándose en cuenta que el artículo 526 del COIP permite que la aprehensión pueda realizarla cualquier respecto a quien sea sorprendido en delito flagrante de ejercicio público de la acción; no hace diferencia efectiva entre ninguna de las formas de flagrancia distinguidas por la doctrina, en cualquiera de ellas, siempre que se cumplan con las circunstancias descritas, procederá la aprehensión. Insistiendo en que la persona aprehendida debe ser entregada a un agente policial y el cual, de manera inmediata, deberá ponerla a órdenes de un juez competente para que realice el control de legalidad y legitimidad de la privación de la libertad.

La flagrancia, por lo tanto, se construye desde la percepción sensorial directa del delito por parte de un tercero, quien *sorprende* o *descubre* al agente. En la flagrancia estricta, la percepción sensorial directa se produce del momento mismo de la comisión de la infracción, por lo que obstruye la misma.

En la cuasi flagrancia, el delito ya fue consumado y existe la percepción sensorial ininterrumpido desde la comisión de la infracción, y, de manera ininterrumpida, durante la persecución hasta la aprehensión; y, en la flagrancia presunta, también se requiere de la percepción sensorial, en dos momentos, de la comisión de la infracción para determinar efectivamente su existencia y los objetos, huellas o resultados de esta, y, posteriormente, al momento del descubrimiento de estos elementos en una persona, lo que permite intuir su intervención en el delito.

En consecuencia, uno de los elementos para determinar si existe o no flagrancia es la percepción sensorial del delito por parte de un tercero; y, determinar qué circunstancia concreta de las tres previstas en la ley se configura la flagrancia.

### **3. Constitucionalidad de la inversión de la carga de la prueba dentro del tipo penal de contrabando: Principio de presunción inocencia**

La presunción de inocencia es uno de los principios rectores del proceso penal y es transversal a este. Además, constituye una de las garantías básicas de las personas sometidas a la administración de justicia, y más aún al poder punitivo del Estado. El art. 76, num. 2 de la CRE, establece:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

[...]

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.<sup>47</sup>

Sobre esta garantía reconocida en la CRE, su intérprete, la CCE, en la sentencia No. 14-15-CN/19, desarrolló el estándar que implica su respeto en los casos concretos, en lo principal, estableció:

17. La presunción de inocencia es un derecho fundamental para diferenciar un sistema inquisitivo de uno acusatorio. En el primero se presume la culpabilidad de las personas y en el segundo la inocencia. Por este principio, se protege a las personas del uso arbitrario y autoritario del poder punitivo del Estado, que a lo largo de la historia ha producido graves y reiteradas violaciones a los derechos humanos.

18. Del derecho a la presunción de inocencia se derivan algunos efectos jurídicos importantes: i) la presunción de inocencia es derecho que limita al poder punitivo, tanto en lo legislativo como en lo procesal; ii) se debe presumir la inocencia de cualquier persona y, en consecuencia, se le debe tratar como inocente antes y durante el proceso penal; iii) la presunción de inocencia debe vencerse mediante pruebas lícitas de culpabilidad y se la debe declarar en sentencia; y, iv) la carga de la prueba la tiene quien ejerce las funciones de fiscal o la persona que acuse.<sup>48</sup>

El principio de presunción de inocencia está reconocido por la CADH, como un derecho dentro de las garantías jurisdiccionales establecidas en su artículo 8.2: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.<sup>49</sup>

En el desarrollo jurisprudencial de la Convención, específicamente sobre este derecho contenido en el art. 8, num. 2 de la CADH, se encuentran los siguientes estándares mínimos sobre la presunción de inocencia:

1. La presunción de inocencia se aplica a la persona sometida al poder punitivo del Estado durante todo el proceso, desde que inicia la acusación formal, hasta que la sentencia condenatoria quede ejecutoriada. El acusado no debe demostrar su inocencia:

154. La Corte considera que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe

---

<sup>47</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, art. 76, num. 2.

<sup>48</sup> Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia No. 14-15-CN/19”, en *Caso No. 14-15-CN*, 1 de mayo de 2019.

<sup>49</sup> Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”*, 22 de noviembre de 1969. <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>. pdf, art.8, num.2.



demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa.<sup>50</sup>

2. Una sentencia condenatoria es posible únicamente con prueba plena, más allá de toda duda razonable y después de un proceso en el que se haya respetado el debido proceso y las garantías:

126. El artículo 8.2 de la Convención dispone que “[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Por ello, la Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. La presunción de inocencia implica que el imputado goza de un estado jurídico de inocencia o no culpabilidad mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal, de modo tal que debe recibir del Estado un trato acorde con su condición de persona no condenada. En relación con lo anterior, el principio de presunción de inocencia requiere que nadie sea condenado salvo la existencia de prueba plena o más allá de toda duda razonable de su culpabilidad, tras un proceso sustanciado de acuerdo a las debidas garantías.<sup>51</sup>

3. Presumir la inocencia implica que los órganos de administración de justicia no deben iniciar el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa.

123. Este estado jurídico de inocencia se proyecta en diversas obligaciones que orientan el desarrollo de todo el proceso penal. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora. Es más, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa.<sup>52</sup>

4. Cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. Si es que existe prueba incompleta o insuficiente corresponde dictar sentencia absolutoria:

122. En relación con lo anterior, el principio de presunción de inocencia requiere que nadie sea condenado salvo la existencia de prueba plena o más allá de toda duda razonable de su culpabilidad, tras un proceso sustanciado de acuerdo a las debidas garantías. Por lo que si ‘obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla. Debe recordarse que ‘[l]a falta de prueba plena de la responsabilidad en una sentencia condenatoria constituye una violación al

---

<sup>50</sup> Corte IDH, “Sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, párr.154, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_111\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf).

<sup>51</sup> Corte IDH, “Sentencia de 5 de octubre de 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador*, párr. 126, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_303\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf).

<sup>52</sup> Corte IDH, “Sentencia de 15 de febrero de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Zegarra Marín Vs. Perú*, párr. 123, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_331\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf)

principio de presunción de inocencia'. En este sentido, cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado.<sup>53</sup>

5. La carga de la prueba es exclusivamente de la acusación oficial – fiscalía. La prueba que aporte el procesado es un ejercicio del derecho a la defensa para invalidar la hipótesis acusatoria (contrapruebas) o demostrar hipótesis alternativas, en estos casos es a la Fiscalía a quien corresponde desvirtuar los hechos de la defensa:

140. La Corte destaca que la carga de la prueba se sustenta en el órgano del Estado, quien tiene el deber de probar la hipótesis de la acusación y la responsabilidad penal, por lo que no existe la obligación del acusado de acreditar su inocencia ni de aportar pruebas de descargo. Es decir, la posibilidad de aportar contraprueba es un derecho de la defensa para invalidar la hipótesis acusatoria, contradiciéndola mediante contrapruebas o pruebas de descargo compatibles con hipótesis alternativas (contra-hipótesis), que a su vez la acusación tiene la carga de invalidar.<sup>54</sup>

6. El principio de presunción de inocencia es un estándar de valoración probatoria que fija límites a la subjetividad y discrecionalidad de la actividad judicial:

125. Por ende, la Corte resalta que el principio de presunción de inocencia es un eje rector en el juicio y un estándar fundamental en la apreciación probatoria que establece límites a la subjetividad y discrecionalidad de la actividad judicial. Así, en un sistema democrático la apreciación de la prueba debe ser racional, objetiva e imparcial para desvirtuar la presunción de inocencia y generar certeza de la responsabilidad penal.<sup>55</sup>

Es evidente que por la obligación convencional asumida por el Ecuador, como parte de la CADH, el Estado y sus agentes, tanto Fiscalía General del Estado, Defensoría Pública y los órganos de Administración Pública, deben respetar, garantizar y cumplir con los derechos reconocidos en la misma, así como aplicar el contenido de estos derechos, desarrollado jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este sentido el principio de presunción de inocencia, constitucional y convencionalmente reconocido, implica acciones concretas en el actuar de los agentes estatales.

En este sentido, la Corte Nacional de Justicia, por medio de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, dentro de la causa No. 18282-2018-

---

<sup>53</sup> *Ibíd.*, párr. 122

<sup>54</sup> *Ibíd.*, párr. 140

<sup>55</sup> *Ibíd.*, párr. 125.

01400, que por delito de homicidio culposo, en sentencia de casación, desarrolla las obligaciones concretas que se derivan del principio de presunción de inocencia, al tenor de los siguientes términos, que por su trascendencia para el objetivo de este trabajo se transcriben:

1. Los juzgadores deben omitir cualquier expresión o acto, que ponga de manifiesto una idea preconcebida de la culpabilidad de la persona procesada. [Aún ante una medida cautelar de prisión preventiva, esta deberá ser impuesta únicamente cuando ninguna otra sea suficiente para garantizar sus fines, y que se cumplan los requisitos legales, en respeto de los estándares convencionales de protección del derecho a la libertad].

2. Cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. Duda existe cuando el juez no puede decidir con seguridad cual es la fuente jurídica, premisa o hecho que debe utilizar para resolver el caso en concreto. La duda puede existir respecto de la norma y/o de los hechos, por lo tanto se pueden generar los siguientes escenarios:

a. Existe duda respecto de la interpretación de la norma, cuando racionalmente puede entenderse en más de un sentido, sin que se pueda definir cuál de ellas es la correcta aplicando las reglas de interpretación previstas por el constituyente o el legislador.

De donde, no existe duda respecto de la interpretación de la norma cuando las reglas de interpretación previstas en el ordenamiento jurídico, y pertinentes al caso concreto, permiten escoger uno solo de los posibles sentidos de la norma.

b. Existe duda respecto de la aplicación de la norma, cuando racionalmente se determina que el fenómeno jurídico relevante para la construcción del razonamiento judicial está tratado por más de una norma válida de manera distinta, sin que se puede escoger cuál aplicar utilizando las reglas de solución de antinomias.

Por lo tanto, no existe duda respecto de la aplicación, cuando existiendo dos normas válidas que regulan el mismo fenómeno jurídico de manera distinta, se puede determinar cuál es la pertinente al caso según las reglas de solución de antinomias (jerarquía, cronología o especialidad).

c. Existe duda respecto de los hechos por dos motivos: no existen suficientes elementos válidos que lleven a considerar con seguridad el acontecimiento del hecho en la realidad; o, cuando los elementos válidos permiten sustentar dos hipótesis fácticas contradictorias, que no pueden verificarse simultáneamente en la realidad, sin que se pueda determinar racionalmente cuál de ellas es verdadera y cuál falsa.

Por consiguiente, no existe duda respecto de los hechos si los elementos permiten determinar de manera contundente y con seguridad cuál el hecho que sucedió en la realidad excluyéndose otra hipótesis fáctica contradictoria; o, si las hipótesis fácticas no son contradictorias y es posible que se verifiquen simultáneamente en la realidad.

Los hechos, no se refieren únicamente a la cuestión que se juzga, puede referirse a cualquier acto expresado en la realidad que influya en el proceso penal, por lo que puede incluir actos de los funcionarios que realizaron las diligencias de investigación y actos de funcionarios de Fiscalía y de la administración de justicia.

Por lo tanto ante un escenario de duda, el juzgador debe establecer con claridad las razones por las que esta duda no puede ser disuelta por las reglas de interpretación, solución de antinomias o de lógica, debiendo utilizar la interpretación, aplicar la norma, o fijar el hecho que más beneficie a la persona procesada y explicando por qué tiene ese efecto benigno respecto de la alternativa.

3. El órgano juzgador no puede exigir a la persona procesada demostrar que no cometió el delito que se le acusa o que presente pruebas de descargo de los dichos de la acusación. En delitos de ejercicio público de la acción, es a la Fiscalía a quien le corresponde actuar pruebas de cargo y si durante la investigación la persona procesada expresa hechos que contradicen la hipótesis de la acusación, en cumplimiento del principio de objetividad, es la misma Fiscalía la que tiene el deber de investigar si esos hechos de descargo son o no

reales, e incorporar al proceso cualquier fruto de la investigación que pueda beneficiar al procesado.

Si la Fiscalía omite en el juicio información que consta en el expediente de investigación que beneficie al procesado, sin perjuicio del deber de la defensa técnica de realizar diligente y profesionalmente su función, incurre en una contravención al principio de objetividad y vulnera de manera directa el derecho a la defensa y al debido proceso en su garantía de la presunción de inocencia.

Se considera inversión de la carga de la prueba únicamente si se releva a la Fiscalía de su deber probatorio, y para emitir una sentencia condenatoria se considera suficiente que no se haya demostrado la inocencia.

4. Si la persona procesada, en ejercicio de su derecho a la defensa, aporta prueba de su inocencia o prueba de descargo, dirigida a invalidar la hipótesis acusatoria o demostrar una hipótesis contradictoria, el juzgador tiene la obligación de valorar esa prueba, calificarla según los criterios previstos por el legislador y determinar si es suficiente para invalidar la hipótesis de la Fiscalía o si demuestra la posibilidad real de una hipótesis fáctica alternativa y contradictoria que genere duda razonable o demuestre contundentemente la falsedad de la acusación. El juzgador debe explicar las razones de sus conclusiones.

Considerar que la Fiscalía ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada no exime al juez de este análisis, por lo que de considerar que se ha superado la duda razonable debe explicar las razones por las que después de la valoración probatoria descalifica a la misma, o porque resulta insuficiente para invalidar la posición de la acusación. Si omite este razonamiento, al excluir los argumentos y prueba de defensa sin análisis, vulnera el derecho a la defensa de la persona procesada y la garantía de presunción de inocencia.

5. Solo después del cumplimiento de las obligaciones ya descritas, el juez habrá garantizado el debido proceso y el derecho a la defensa, y deberá explicar las razones: por qué la prueba de cargo alcanza el valor de prueba plena, por qué arriba con seguridad al acontecimiento del hecho acusado, y por qué descalifica los argumentos de defensa o excluye cualquier hipótesis fáctica alternativa (de haberse propuesto por cualquiera de los sujetos procesales).

6. Si el juez llegare a expresar de algún modo que la prueba de cargo resulta incompleta o insuficiente, debe absolver a la persona procesada.

7. Sólo cuando se cumplen con estas obligaciones, se garantiza el principio de presunción de inocencia como un estándar convencional de la apreciación probatoria. La explicación de las razones y argumentos con los que el juez arriba a sus conclusiones y decisión, demuestran el respeto de los límites a la subjetividad y discrecionalidad de la actividad judicial que implica este derecho y permite asegurar que la decisión es racional, objetiva e imparcial.

8. Finalmente, el resultado de estas obligaciones será una decisión condenatoria o absolutoria debidamente motivada, que permita comprender las razones de la decisión y el ejercicio de la facultad de recurrir el fallo.<sup>56</sup>

De todo lo expuesto, se puede concluir que la presunción de inocencia es un principio rector del proceso penal y transversal durante toda su sustanciación. Es una presunción *iuris tantum* o de derecho, es decir que por ley corresponde admitir un hecho como cierto, mientras no haya prueba de lo contrario.

---

<sup>56</sup> Ecuador, Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Juicio No. 18282-2018-01400*, 12 de enero de 2021, 44-52.

Este principio tiene estrecha relación con el estándar de valoración probatoria del convencimiento más allá de toda duda razonable, pues de existir una duda que no pueda ser disuelta de manera racional y objetiva, corresponde reivindicar la presunción de inocencia y emitir una sentencia absolutoria.

Asimismo, el principio de presunción de inocencia tiene también una expresión adjetiva respecto de la carga de la prueba. Pues al ser una presunción de derecho, a quien le corresponde probar lo contrario es a la parte que pretende o desea que un juez considere probado lo contrario. En materia penal, la Fiscalía es el titular del ejercicio público de la acción, y legalmente es a quien corresponde acusar y buscar una condena, por lo tanto, por el principio de presunción de inocencia es a la fiscalía a quien corresponde la carga de la prueba.

De ahí que, por efectos del principio de presunción de inocencia, no es necesario ni obligatorio que el acusado demuestre que no cometió el delito que se le acusa. De modo que, que si plantea una hipótesis fáctica alternativa o contraprueba, y presenta los elementos probatorios para apoyar los hechos que plantea en el proceso, este constituye un ejercicio del derecho a la defensa, y corresponde a la fiscalía desvirtuar tales hechos, invalidar o descalificar la prueba de la defensa; y, a los juzgadores, pronunciarse expresamente sobre las pretensiones de la defensa de la parte acusada, sin que sea suficiente considerar demostrada únicamente la hipótesis de la acusación fiscal, omitiendo una respuesta concreta sobre la posición de descargo expuesta por la actividad de la defensa técnica.

Al ser un principio rector del proceso penal, que no solo está fijado como tal, sino como una garantía fundamental y un derecho humano reconocido constitucional y convencionalmente, este no admite excepciones en ningún caso. Esto con la obligación de actuar con objetividad de la fiscalía, que implica que debe investigar e introducir al proceso no solo los hechos de cargo sino también los de descargo o atenuación de la responsabilidad. Lo que implica que, complementariamente, el principio de presunción de inocencia y el de objetividad de la actividad de la fiscalía, garantizan que la parte acusada no debería requerir de introducir elementos fácticos, pues estos deben ser planteados por la acusación fiscal, de no serlo, implica una violación al principio de objetividad.

Por tanto, resulta ilegítimo en todos los delitos que se revierta la carga de la prueba a la parte acusada, y que se le obligue a actuar o demostrar cualquier circunstancia que desvirtúe la existencia del delito o su responsabilidad. No es necesario que el procesado

deba introducir hechos que le eximan, atenúen o extingan su responsabilidad, puesto que esto le corresponde a la misma fiscalía. El art. 5, num. 21 del COIP, establece el principio de objetividad por el cual se ordena que “en el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas. Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan”.

Esto tiene estrecha relación con el principio de presunción de inocencia, pues como se anotó anteriormente, si no se investiga todos los aspectos fácticos, inclusive aquellos que benefician al procesado, y la actividad de la fiscalía se centra únicamente en aquellos que permiten sustentar una condena, se está actuando claramente bajo una presunción de culpabilidad.

Si la fiscalía omite su obligación de investigar los elementos de descargo o que los órganos de administración de justicia emitan sentencia condenatoria con sustento en la omisión probatoria de descargo de la parte acusada validando la omisión de la fiscalía, significan una trasgresión directa al principio de presunción de inocencia y por tanto una violación de las garantías del debido proceso.

En consecuencia. Al no haber excepción alguna del principio de presunción de inocencia y de la obligación de objetividad de la actividad fiscal. En ninguna de las formas del delito de contrabando, descritas en el art. 301 del COIP, se permite la reversión de la carga de la prueba. Tomando en cuenta el análisis del apartado anterior, si el delito aduanero es de infracción del deber, no se puede exigir a la persona acusada que demuestre el cumplimiento de ese deber, sino que le corresponde a fiscalía demostrar de manera suficiente la existencia de una obligación jurídica en materia aduanera, la forma en la que correspondía cumplirla, de lo cual el Estado siempre lleva archivo, y cómo la persona acusada incumplió con tal obligación, evidenciando ya sea la omisión expresamente registrada, o en todo caso la falta de registro del cumplimiento de la misma.

En conclusión, no es constitucional ni convencional la inversión de la carga de la prueba en ningún delito, esto incluye al tipo penal de contrabando y la descripción prevista en el art. 301, num. 2 del COIP.

## **Capítulo segundo**

### **El problema en específico**

Una vez abarcados los conceptos generales a tratarse en el problema central del presente trabajo, procede desarrollar el núcleo de la investigación, para lo que a continuación, el presente capítulo, ampliará sobre dichos conceptos generales, y su aplicación en la normativa, en la administración de justicia y en el problema en sí, de forma integral, resaltando los principios constitucionales en marras, principalmente el de presunción de inocencia y de mínima intervención penal.

#### **1. Juicio de tipicidad en el delito de contrabando contenido en el art. 301, num. 2 del COIP**

El delito que se analiza en este trabajo es el de contrabando en la modalidad descrita en el numeral dos del art. 301 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), que establece:

Art. 301.- Contrabando.- La persona que, para evadir el control y vigilancia aduanera sobre mercancías cuya cuantía sea igual o superior a diez salarios básicos unificados del trabajador en general, realice uno o más de los siguientes actos, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años, multa de hasta tres veces el valor en aduana de la mercancía objeto del delito, cuando:

[...]

2. Movilice mercancías extranjeras dentro de la zona secundaria sin el documento que acredite la legal tenencia de las mismas, siempre y cuando no pueda justificarse el origen lícito de dichas mercancías dentro de las setenta y dos horas posteriores al descubrimiento.<sup>57</sup>

De conformidad con el art. 25 del COIP, “los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes”. Por lo tanto, para realizar el análisis de tipicidad corresponde revisar cada uno de los elementos descritos en el delito tipificado en el art. 301, num. 2 del COIP. En tanto que, para el juicio de reproche (culpabilidad), debe concurrir dolo, conforme la descripción del art. 26 del COIP, compuesto por el querer y el saber del agente, dado que esta conducta no soporta la posibilidad de culpa entendida como la infracción al deber objetivo de cuidado.

---

<sup>57</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 301, num. 2.

En primer lugar, se debe tomar en cuenta el bien jurídico que protege el delito de contrabando, que es la administración aduanera, que ya fue analizado en la primera sección de este trabajo; puesto que el tipo penal se sustenta en un bien jurídico tutelado, dado que “pues el mero encuadramiento no debe bastar para un juicio de tipicidad penal; es necesario que se afecte significativamente el bien jurídico tutelado. Solo cuando ello ocurre, el juez puede hablar de que hay tipicidad penal”.<sup>58</sup>

La tipicidad como categoría dogmática de la teoría del delito es la “adecuación de ese comportamiento a la descripción que se hace del mismo en la parte especial del Código Penal”,<sup>59</sup> se compone de dos tipos de elementos objetivos y subjetivos que integran la tipicidad objetiva y subjetiva. El tipo penal objetivo “contiene la descripción de un acontecer exterior, perceptible por los sentidos y el tipo subjetivo reúne los elementos que inciden en la realización de la conducta”.<sup>60</sup> Por tanto, una conducta es típica cuando se adecua a todos los elementos del tipo penal, tanto objetivos como subjetivos.

La tipicidad objetiva se compone por los elementos descritos formalmente en cada tipo: sujeto activo, sujeto pasivo, objeto materia, objeto jurídico, conducta y elementos normativos.

Por otro lado, la tipicidad subjetiva, en el contexto de delitos dolosos como el de contrabando, refiere a “todo aquello que pertenece a la dirección de la voluntad del autor y a su conocimiento de los elementos objetivos del tipo”.<sup>61</sup> Al respecto, el COIP ha establecido al dolo dentro de la tipicidad, en el art. 26, establece que “actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta”.

Sobre el primero de los elementos de tipicidad objetiva del delito de contrabando, se tiene al *sujeto activo*. Sobre este elemento, Alfonso Zambrano Pasquel, haciendo referencia a Reyes Echandía, señala que “Este es el titular de la conducta que lesiona o

---

<sup>58</sup> Alfredo Chirino, *Metodología de Resolución de Conflictos Jurídicos en materia penal* (Costa Rica: ILANUD, 1991), 191.

<sup>59</sup> Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, et al., *Curso de Derecho Penal: Parte General*, 2.ª ed. (Madrid: Ediciones Experiencia S.L., 2010), 207.

<sup>60</sup> Ermer Efrén Valarezo Trejo, Ricardo Valarezo Trejo, Armando Rogelio Durán Ocampo, “Algunas consideraciones sobre la tipicidad en la teoría del delito”, *Revista Universidad y Sociedad* 11, n.º 1 (2019), [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2218-36202019000100331](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202019000100331).

<sup>61</sup> Gonzalo Quintero Olivares, *Parte General del Derecho Penal*, 4.ª ed. (Madrid: Editorial Aranzadi, 2010), 351.



pone en peligro de lesionar un bien jurídico protegido por el legislador, al que el profesor Reyes Echandia, le da el calificativo de ‘agente, actor o sujeto-agente’”.<sup>62</sup>

Del análisis de la descripción del delito de contrabando, se prevé al sujeto pasivo posible en todas las modalidades como “la persona”, sin adjetivo, calificativo o circunstancia específica alguna que acompañe a tal representación; el legislador no establece ninguna condición específica que deba cumplir el sujeto pasivo, y al no ser un sujeto calificado que requiera de una cualidad especial, se entiende que el sujeto pasivo del delito de contrabando puede ser cualquier persona (natural).

En cuanto al *sujeto pasivo*, este es el “el titular del bien jurídico que tutela la ley y puede serlo la persona física, la persona jurídica, el Estado o incluso una pluralidad cualquiera de personas”.<sup>63</sup> En esta conducta, el bien jurídico protegido es la administración aduanera (Estado), es decir el Servicio Nacional de Aduanas.

El objeto material del delito es aquello (persona, animal o cosa) sobre lo cual se concreta físicamente la vulneración del bien jurídico protegido.<sup>64</sup> En el supuesto de hecho previsto en el art. 301, num. 2 del COIP está constituido por “las mercancías extranjeras”.

En el delito de contrabando por la modalidad del número dos del artículo 301, el objeto material viene a ser “mercancías extranjeras”.

En cuanto al objeto jurídico es “lo que permite descubrir a naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento [...]”.<sup>65</sup> Para el injusto en análisis es la administración aduanera y se relaciona con el cumplimiento de las obligaciones tributarias generadas por la actividad económica a la que subyace el ingreso o salida de mercancías (extranjeras) del territorio ecuatoriano.

En cuanto al elemento de la conducta, esta se distingue en la descripción del tipo como una “expresión gramatical que se hace a través de verbos, que pueden referirse de manera simple al objeto (matar a otro), o de otra manera compleja, cuando un verbo, por sí mismo, carece de sentido lógico suficiente para delimitar el comportamiento reprochable (inducir en error, acceder carnalmente, etc.)”.<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> Alfonso Zambrano Pasquel, *Derecho Penal, Parte General: Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito* (Guayaquil: Murillo Editores, 2017), 411.

<sup>63</sup> Javier Villa Stein, *Derecho Penal Parte General* (Lima: ARA Editores, 2014), 281.

<sup>64</sup> Zambrano Pasquel, *Derecho Penal*, 416.

<sup>65</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 8.<sup>a</sup> ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 261.

<sup>66</sup> Gerardo Barbosa Castillo et al., *Lecciones de Derecho Penal: Parte General* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006), 218.

Si bien el inciso primero del art. 301 del COIP utiliza en general la expresión “evadir el control y vigilancia aduanera Sin embargo, el verbo que describe la conducta es propio de los supuestos de hecho descritos en cada uno de los numerales del tipo. La modalidad de contrabando prevista en el art. 301, num. 2 del COIP establece como verbo que la describe la expresión “movilice mercancías extranjeras”.

Para fines del juicio de tipicidad, existen otras expresiones que describen circunstancias específicas a las que hay que recurrir para determinar la existencia de la infracción. Este tipo de circunstancias se denominan elementos normativos y refieren a “otras normas del ordenamiento jurídico o a un determinado contexto sociocultural o técnico científico”,<sup>67</sup> que en el delito de contrabando son las expresiones “dentro de la *zona secundaria* sin el *documento que acredite la legal tenencia* de las mismas”, que están reguladas en normas aduaneras-tributarias.

Además, la expresión “siempre y cuando no pueda justificarse el origen lícito de dichas mercancías dentro de las setenta y dos horas posteriores al descubrimiento”, establece dos condiciones necesarias, una de justificación y otra de tiempo, que requieren un juicio valorativo por parte del juez para determinar la existencia o no del delito.

En cuanto a la *tipicidad subjetiva*, como se estableció anteriormente, refiere a la dirección de la voluntad del sujeto activo y, al tratarse de un delito doloso el que ocupa el análisis, en concordancia con el art. 26 del COIP, la tipicidad subjetiva también ocupa la determinación conocimiento de los elementos objetivos del tipo.

Al tratarse de un delito doloso en que se exige querer y saber del agente, no admite culpa, por tanto, se excluye la infracción al deber objetivo de cuidado. Por lo tanto, para que una persona cometa el delito desde el punto de vista cognoscitivo, debe conocer todos los elementos objetivos que integran el tipo penal descrito en los artículos 301.2 del COIP, se debe probar que el sujeto activo sabe que la mercadería que moviliza es extranjera e ilícita al no haber cumplido con las obligaciones aduaneras para su ingreso, que se encuentra en zona secundaria, y que la finalidad fue evadir los controles y vigilancia de la administración aduanera.

---

<sup>67</sup> *Ibíd.*, 220.

## 2. Aprehensión y carga de la prueba en flagrancia

Como se estableció en la primera parte del trabajo, atendiendo la naturaleza jurídica del delito de contrabando es una infracción de deber que se encuadra dentro de los delitos contra la responsabilidad ciudadana, y su bien jurídico protegido específico es la administración aduanera, por cuanto, lo que se sanciona es el incumplimiento de las obligaciones aduaneras del sujeto pasivo de la relación aduanera.

Esta conducta se suscita en contra de las normas que regulan el ámbito de la administración aduanera, que es parte de derecho tributario y sometida a sus principios como el de reserva legal de los tributos (aranceles). Las obligaciones tributarias, incluidas las aduaneras, están sometidas a un régimen, que está desarrollado en sus propias normas, principalmente desarrolladas del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

Para comprender y aplicar el juicio de tipicidad y reproche en los delitos aduaneros, es necesario recurrir al ordenamiento jurídico que regula los aspectos particulares del bien jurídico que lo protege, esto como apunta Becker, quien señala que:

Toda norma es, en efecto, parte integrante del sistema jurídico al que pertenece. Desde el momento de su creación, entre todas las normas de un mismo sistema se ejerce un complejo de acciones y reacciones, que provienen de la necesaria amalgamación de las normas en el ordenamiento vigente. Ya fue exactamente observado que la norma jurídica aislada no existe como tal en la realidad de la vida jurídica. Toda norma es válida y obligatoria, únicamente en una relación necesaria de influencias recíprocas con un número ilimitado de otras normas, que la determinan más expresamente, que la limitan, que la completar de un modo más o menos inmediato.<sup>68</sup>

Estas relaciones recíprocas entre normas, cobran especial relevancia al tratarse de normas de carácter tributario y aduanero:

[N]o existe un legislador tributario distinto y oponible a un legislador civil o comercial. Las distintas ramas del Derecho no constituyen compartimientos separados, sino son partes de un único sistema jurídico, de modo que cualquier regla jurídica expresará siempre una única regla (concepto o categoría o instituto jurídico) válida para la totalidad de aquel único sistema jurídico. Esta interesante fenomenología jurídica fue denominada principio hermenéutico de la totalidad del sistema jurídico.<sup>69</sup>

Desde el punto de vista del bien jurídico protegido y desde la conducta penalmente relevante, las acciones u omisiones deben poner en peligro o producir resultados lesivos,

---

<sup>68</sup> Becker, "La interpretación de las leyes tributarias", 785.

<sup>69</sup> *Ibíd.*, 788.

descriptibles o demostrables (COIP, art. 20). Con todo lo referido, se realizan las siguientes reflexiones:

Para el art. 105 del COPCI, el territorio nacional equivale al territorio aduanero, y comprende las zonas primaria y secundaria, bajo este contexto resulta menester hacer una ubicación gráfica desde el marco del territorio del Estado ecuatoriano, es así que en el mapa geopolítico de nuestro país tenemos:



Fuente: Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador

Elaboración: [https://www.aduana.gob.ec/files/pro/leg/tra/k\\_ago\\_2015\\_PlanEstrategico.pdf](https://www.aduana.gob.ec/files/pro/leg/tra/k_ago_2015_PlanEstrategico.pdf).

Según el art. 106 del COPCI, el territorio aduanero se divide en zonas primaria y secundaria.

La zona primaria está constituida por el área física interior de puertos y aeropuertos, recintos aduaneros y locales habilitados en las fronteras terrestres; y, cualquier otro lugar que fije la administración aduanera, para la realización de operaciones de carga, descarga y movilización de mercaderías procedentes del exterior o con destino a él.

La zona secundaria: comprende la parte restante del territorio ecuatoriano incluidas las aguas territoriales y el espacio aéreo.

La parte volitiva del delito, conforme el art. 26 del COIP exige el saber la ilicitud y querer “evadir el control y vigilancia aduanera”, como elemento del tipo subjetivo.

Como elemento normativo del tipo objetivo se requiere como condición necesaria que la mercancía extranjera que está siendo movilizada sea ilícita; a lo que subyace dos circunstancias fácticas claras: que la mercancía al ser extranjera, para ser libremente

comercializada en territorio ecuatoriano tiene que haber cumplido con las obligaciones arancelarias correspondientes, por lo tanto, es ilícita al no haber cumplido con estas obligaciones; y que, los únicos lugares legales para la realización de operaciones inherentes al ingreso de mercaderías del exterior, son las zonas primarias habilitadas por la administración aduanera. Si la conducta exige que la movilización sea en zona secundaria y que esta sea ilícita, quiere decir que el incumplimiento de la obligación arancelaria para el ingreso de dicha mercancía ya se haya cometido, al evadir la regulación pertinente y por eso no se puede justificar su licitud.

Por lo tanto, la modalidad del num. 2 del art. 301 del Código Penal, constituye un delito de resultado, que está dado por el valor de la mercadería y configura la vulneración del bien jurídico protegido.

No se trata de un delito de peligro, porque no constituye por una mera amenaza exige daño en el bien jurídico protegido. Tampoco permite tentativa porque la ilicitud de la mercancía se configura antes de que esta sea movilizada desde que ingresa a territorio nacional sin cumplir con las obligaciones tributarias.

Cuando se cumplen las obligaciones arancelarias, la mercancía está lícitamente dentro de territorio nacional. Por ello, no se cumple la tipicidad subjetiva al no suscitarse vulneración al bien jurídico protegido, por lo que no existe conducta penalmente relevante. Si no se tiene los documentos que certifican la licitud de la mercancía al momento en que se encuentra en zona secundaria, no es un delito sino una infracción administrativa.

Finalmente, la condición de tiempo de setenta y dos horas para la justificación de la legalidad de la conducta constituye un requisito *sine qua non* para la configuración de la infracción, pues el legislador al utilizar la expresión “siempre y cuando”, le da la categoría de condición necesaria y suficiente de que se configura el delito “si y solo si” han transcurrido las setenta y dos horas que prevé la ley.

La modalidad del contrabando descrita en el art. 301, num. 2 del COIP es un delito de resultado, por sus elementos típicos objetivos y subjetivos, el bien jurídico protegido ya ha sido vulnerado antes del momento en que se encuentra a la persona movilizándolo la mercadería. Es un delito consumado desde que la mercadería ilícita se encuentra en territorio nacional. En consecuencia, *no cabe la flagrancia estricta* en que el sujeto es sorprendido en el momento mismo de la vulneración del bien jurídico protegido.

Esta conducta tampoco permite la tentativa, puesto que el bien jurídico protegido es trasgredido desde el momento mismo en que las mercancías extranjeras e ilícitas

ingresan a zona aduanera secundaria sin haber cumplido con las obligaciones arancelarias, antes incluso de que sea movilizada por este territorio.

En tanto, la cuasi flagrancia exige que el infractor sea encontrado apenas ejecutado el hecho delictivo; es decir que, para la configuración de esta conducta se exige no se le haya perdido de vista al agente (y la mercadería extranjera e ilícita) y se le haya perseguido desde que la mercadería ingresó a zona secundaria evadiendo los controles de la administración aduanera. Circunstancias que no se excluyen en la práctica, puesto que la evasión configura otra modalidad del delito de contrabando que sí permite la flagrancia estricta. Sobre este punto debe considerarse el uso de técnicas especiales de investigación consistentes en vigilancias y seguimientos (entregas vigiladas), que requieren de autorización judicial.

Respecto a la flagrancia presunta, también requiere de seguimiento y vigilancia, para que, en caso de interrumpir la percepción sensorial esta aún legitime la intervención del Estado, de manera que se pueda asegurar que las mercancías (extranjeras e ilícitas) encontradas son las mismas sobre las cuales se aplicó técnicas especiales de investigación.

Para la configuración de flagrancia se exige percepción sensorial. En el delito de contrabando en la modalidad del numeral 2 del art. 301 del COIP, por el momento de la vulneración del bien jurídico protegido para poder ser considerada una conducta penalmente relevante; esta percepción sensorial no puede darse espontáneamente, puesto que la única forma posible para mantener este requisito ocurre el momento de la vulneración del bien jurídico protegido es dentro de una investigación en la cual se ha autorizado y ordenado legalmente vigilancia y seguimiento, desde el ingreso de la mercancía. Por ello, esta percepción sensorial es ontológicamente fáctica, no se presume y se debe demostrar para la calificación de la flagrancia.

En el delito de contrabando previsto en el art. 301, num 2 del COIP, sin una investigación previa y vigilancia que permita demostrar la percepción sensorial desde el momento de la vulneración del bien jurídico protegido, el fiscal actúa sobre la presunción de culpabilidad sobre la calidad de la mercancía con las calidades de extranjera e ilícita que, luego fundan la calificación judicial de flagrancia. Esto implica contravención del principio de presunción de inocencia, al sustentar una actuación fiscal y una decisión judicial desde la creencia de que la persona ha cometido el delito, que vicia de arbitrariedad al no estar sustentada en elementos reales e implica violación de los derechos a la defensa y el debido proceso.

El mismo ordenamiento jurídico da la respuesta a las actuaciones que se deben tomar. El Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio, del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en el art. 113, claramente establece:

Art. 113.- Retención provisional.- Consiste en la toma de posesión forzosa de mercancías en zona secundaria o como producto de operativos de control posterior y su traslado hacia las bodegas aduaneras, u otro lugar designado para el efecto por la Autoridad Aduanera, *mientras se determine la situación legal de la mercancía*. La retención no podrá durar *más de tres días hábiles*, vencido este plazo se deberá continuar con el trámite respectivo. Si como resultado de las investigaciones o controles ejecutados por las unidades operativas del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, se adoptare la medida preventiva de retención provisional se procederá conforme al procedimiento establecido para el efecto por la Directora o el Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.

Adicionalmente, si como resultado de los controles efectuados, luego de la retención provisional se determinare el cometimiento de una infracción aduanera tipificada como contrabando o defraudación aduanera, las mercancías objeto de infracción serán aprehendidas y permanecerán bajo la custodia del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador hasta la culminación del proceso pertinente, esto es, que se hubieren cumplido todas las formalidades aduaneras que correspondan según los procedimientos que para el efecto establezca la Dirección General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, satisfecho todos los tributos al comercio exterior y pagado o garantizada la multa respectiva. En caso de que se determinare el cometimiento de una infracción aduanera tipificada como contravención o falta reglamentaria, se procederá de acuerdo al procedimiento establecido para el efecto por la Dirección General, no obstante las mercancías objeto de infracción deberán ser entregadas una vez satisfechos los tributos al comercio exterior, sin perjuicio del procedimiento sancionatorio iniciado para tal efecto.

La devolución de las unidades de carga y/o medios de transporte en los casos en que se hubiere aplicado la retención provisional, se efectuará siguiendo el procedimiento establecido para el efecto por la Directora o el Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.<sup>70</sup>

Del contenido de esta norma jurídica resulta que, no es legal ni legítimo que cuando se encuentra a una persona trasladando mercadería extranjera presumiblemente ilícita, se justifique la privación de su libertad a través de la aprehensión y se ponga a órdenes de un juez para la calificación de flagrancia. El art. 113 del COIP ordena la retención provisional de la mercadería para que en sede administrativa aduanera se justifique la licitud de la mercancía extranjera en el término de tres días laborables, que coincide con la condición de tiempo de los elementos normativos del tipo penal previsto en el art. 301, num. 2 del COIP.

---

<sup>70</sup> Ecuador, *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010, art. 113.

Si en sede administrativa-aduanera, dentro del término correspondiente se demuestra que la mercadería es nacional o que es extranjera y es lícita al haber cumplido con las obligaciones aduaneras respectivas, se procede con la devolución de la misma. Si se prueba que la mercadería ha cumplido con las obligaciones aduaneras, pero luego del término de tres días, se debe proceder conforme el procedimiento que disponga la autoridad aduanera competente.

Cuando el resultado de los controles efectuados por la autoridad aduanera, y solo luego de vencido el término de la retención provisional (tres días), si se determina la posible comisión de una infracción aduanera tipificada como contrabando o defraudación aduanera (delitos contra el régimen aduanero, como el que ocupa al trabajo), se remite a la fiscalía para que proceda con el ejercicio público de la acción penal, de conformidad con el COIP.

En definitiva, el Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio, del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, establece un requisito de procedibilidad, puesto que dispone que ante el presupuesto fáctico consistente en el ingreso de mercadería extranjera en zona secundaria, que en el momento del control o revisión no se encuentre con los habilitantes correspondientes, procede la retención provisional de la mercadería y el trámite de control y regularización ante la autoridad aduanera correspondiente, en sede administrativa.

Si este presupuesto fáctico está regulado en una norma no penal, esa es la que se debe aplicar en respeto al principio de mínima intervención penal que es congruente con el postulado constitucional que asegura el derecho penal fragmentario, es decir que el procedimiento administrativo está previsto desde el momento mismo de la realización del presupuesto fáctico, mientras que el tipo penal previsto en el numeral 2 del art. 301 del COIP, contiene una condición de tiempo que debe agotarse previo a la configuración de la figura ilícita, cuando exige que “siempre y cuando no pueda justificarse el origen lícito de dichas mercancías dentro de las setenta y dos horas posteriores al descubrimiento”,<sup>71</sup> que es el tiempo en el que debe actuar la administración aduanera dentro de sus potestades de control y vigilancia.

Se trata entonces de un requisito de procedibilidad, que no está regulado expresamente por el COIP, dado que el reglamento es anterior a la ley (2014) y provoca

---

<sup>71</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 301, num. 2.



una interpretación no integral de esta conducta cuya prosecución penal se ha privilegiado por sobre su resolución en sede administrativa.

Si existe un procedimiento administrativo de manera previa, ante la autoridad aduanera para que ejerza las potestades de vigilancia, control y recaudación, dentro de los tres días antes de la configuración de la infracción penal, no es posible que exista flagrancia, específicamente por la modalidad de contrabando descrita en el numeral 2 del art. 301 del COIP, puesto que el trámite administrativo en sede aduanera elimina el requisito de percepción sensorial durante los tres días que debe durar el procedimiento de control.

Como se estableció en párrafos anteriores, la única forma en que se verifica flagrancia es cuando existe un procedimiento de investigación y seguimiento de manera previa, desde el momento en que la mercancía extranjera ingresa al territorio nacional sin cumplir con las obligaciones aduaneras correspondientes. Es decir, ante una concurrencia de infracciones con otras modalidades de contrabando, que no tienen condiciones de tiempo para su verificación y que producen la afectación al bien jurídico inmediatamente, siendo la movilización de dicha mercancía en zona secundaria una actividad complementaria al ingreso de mercancías extranjeras ilegales al territorio del país.

Sentando estos dos escenarios como base de la consumación autónoma de la infracción en análisis, o en concurrencia con otras modalidades del delito de contrabando, se pueden realizar las siguientes proposiciones sobre la aprehensión.

Ante la concurrencia de delitos, en la que ha existido vigilancia y seguimiento debidamente autorizados, *al existir percepción sensorial* de la vulneración del bien jurídico protegido del régimen aduanero, *cabe la posibilidad de flagrancia*, y la aprehensión del infractor se encuentra legitimada al reunirse los elementos constitutivos respecto de las demás conductas no así directamente sobre la modalidad del numeral 2 del art. 301. Sin embargo, cuando no existe vigilancia y seguimiento, sino que se encuentra mercancía extranjera en zona secundaria en un operativo de control regular, procede el trámite administrativo ante la autoridad aduanera correspondiente, conforme lo ordena el Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio, del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; en este procedimiento no procede la aprehensión, pues esta es una medida cautelar penal, no viable en el ámbito aduanero administrativo en que opera la retención provisional de la mercancía.

De proceder con la aprehensión esta resulta ilegítima, arbitraria e ilegal, puesto que no existe flagrancia en ausencia del requisito de percepción sensorial que debe ser

calificada por un juez penal que ante tal suceso debe declarar sin lugar la flagrancia o bien debe ponerse a disposición de la autoridad aduanera. La calificación de flagrancia se trata de una actuación prematura del poder punitivo del Estado; y, vulnera los principios de presunción de inocencia y de mínima intervención penal, e incluso el derecho a la defensa, puesto que el trámite de la aprehensión hasta la calificación del juez, puede tomar hasta 24 horas, restando ese tiempo de las setenta y dos horas que la persona tiene para justificar la movilización de mercancías.

### **3. Presunción de inocencia e inversión de la carga de la prueba: Análisis dentro del criterio utilizado en la sentencia No. 14-15-CN/19 de la Corte Constitucional, en cuanto a la inversión carga de la prueba**

El 14 de mayo de 2019, la CCE, integrada por los jueces Hernán Salgado Pesantes, Daniela Salazar Marín, Carmen Corral Ponce, Teresa Nuques Martínez, Ramiro Ávila Santamaría, Karla Andrade Quevedo, Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet y Alí Lozada Prado, posesionados por la Asamblea Nacional el 5 de febrero de 2019, dictó la sentencia No. 14-15-CN/2019.

Esta causa inició por acción constitucional de consulta de norma, que está prevista en el art. 428 de la CRE y en el art. 142 de la LOGJCC. Esta es una figura de control concentrado de constitucionalidad, por el cual cualquier juez, de oficio o a petición de parte, puede suspender la tramitación de una causa y remitir en consulta a la CCE para determinar si una norma jurídica es contraria a la CRE o instrumentos internacionales de derechos humanos.

El caso en referencia tiene como antecedente un proceso penal en el cual dos personas fueron detenidas por la Policía Nacional al considerar que se encontraban en “actitud sospechosa” y se encontraron en su poder objetos cuya procedencia no se pudo justificar. La aprehensión de estas personas fue legitimada con la calificación de flagrancia y se formuló cargos por el delito de receptación, tipificado y sancionado en el art. 202 del COIP, que textualmente, a la fecha de la consulta, decía:

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.<sup>72</sup>

Con la formulación de cargos, se ordenó como medida cautelar de carácter personal la prisión preventiva de los procesados. De conformidad con el art. 204 del COIP, y al considerarse reunidos los requisitos legales, se dispuso que la causa se someta a procedimiento directo.

En la audiencia de juicio directo, la jueza a cargo de la causa, en aplicación del art. 428 de la CRE, suspendió el trámite del juicio y remitió el expediente en consulta a la CCE, por considerar que el art. 202 del COIP, es contrario a la Constitución.

En el término previsto en el art. 428 CRE, no se recibió respuesta de parte de la CCE por lo que se continuó con la sustanciación de la causa penal, concluyendo con la condena de los procesados y siendo punidos con una pena privativa de libertad de seis meses. Decisión que se ejecutorió por no haberse interpuesto recurso alguno en tiempo hábil y legal.

Una vez posesionada la actual CCE dio contestación a la consulta que planteaba duda razonable sobre la constitucionalidad del art. 202 respecto de la frase que establecía “sin contar con los documentos o contratos que justifiquen su titularidad o tenencia” es contraria al principio de presunción de inocencia reconocido en el art. 72, num. 2 de la CRE.

Las razones por las que la jueza consultante consideró que la expresión es contraria a la constitución fueron:

la norma cuestionada [...] exige que el procesado pruebe o justifique la titularidad o tenencia del bien cuya legitimidad se cuestiona, invirtiéndose [...] la carga de la prueba, considerándose [...] al sospechoso como culpable mientras no pueda demostrar lo contrario.<sup>73</sup>

Para dar contestación a la consulta, la CCE, planteó y desarrolla tres cuestiones específicas: La duda razonable que motivó la consulta; por conexidad, se analiza la conformidad del segundo inciso de la norma consultada; y, la aplicación del art. 202 en el contexto del funcionamiento selectivo del sistema penal.

Para resolver la primera cuestión, parte desde el texto constitucional (art. 76, num. 2 CRE) y convencional (art. 8.2 CADH). Expresa que el principio de presunción de

---

<sup>72</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 202.

<sup>73</sup> Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 14-15-CN/19”, en *Caso No. 14-15-CN*, 14 de mayo de 2019, párr. 11.

inocencia es un derecho fundamental que permite diferenciar un sistema penal inquisitivo de uno acusatorio, y protege a las personas del uso arbitrario del poder punitivo del Estado.

Establece que del principio de presunción de inocencia se establecen efectos jurídicos prácticos, que devienen en obligaciones negativas o prohibiciones en la actuación de los agentes del Estado. Es un derecho que limita al poder punitivo del Estado, tanto en lo legislativo como en lo procesal. De lo que deviene que no se puede establecer legislativamente un tipo penal que presuma la culpabilidad.

Se debe presumir la inocencia de cualquier persona y debe ser tratada como tal antes y durante el proceso penal. Por lo que, no se puede tratar a una persona como culpable antes de una sentencia condenatoria ejecutoriada.

La presunción de inocencia debe vencerse mediante pruebas lícitas de culpabilidad y se debe declarar en sentencia; y, a quien le corresponde la carga de la prueba es a quien acuse, por lo que no se puede establecer la carga probatoria al investigado o procesado.

La culpabilidad no debe presumirse, debe demostrarse, y solo así derrotar a la presunción de inocencia. Por lo que le corresponde al órgano acusador demostrar que la persona es imputable, que actuó con conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, y las circunstancias propias de cada tipo penal.

La expresión que la prueba de los elementos objetivos del tipo no es prueba de culpabilidad.

Con estos criterios, la CCE analizó la constitucionalidad del tipo penal descrito en el art. 202 del COIP, que tipifica a la receptación. Diferencia a los elementos objetivos con el “conocimiento del hecho” como parte del elemento subjetivo, cuando dice que la persona investigada no puede ser sancionada penalmente si no se demuestra que conocía el origen ilícito de los bienes, ya sea por hurto, robo o abigeato. Por lo que, por el principio de presunción de inocencia, no es suficiente que Fiscalía demuestre el origen ilícito de la mercancía, sino que debe probar también que el procesado conocía tal calidad al incurrir en la conducta.

En cuanto a la frase en concreto, la CCE señaló que el legislador emplea la conjunción disyuntiva “o” planteando dos hipótesis alternativas entre *conocer que es fruto de un delito contra la propiedad o no tener documentos o contratos que justifiquen la propiedad*. Hipótesis que al ser alternativas permiten al juzgador escoger entre una de ellas. La primera hipótesis respeta el conocimiento como elemento subjetivo del tipo. Sin

embargo, la segunda hipótesis reemplaza al elemento subjetivo del tipo penal: el conocimiento y hace presumir que la persona conoce que los bienes son productos de un delito contra la propiedad, lo que constituye una presunción de culpabilidad *in iure* (contenida en la misma ley).

Por lo tanto, la no portación de documentos o contratos supone que la persona conoce de forma automática la proveniencia ilícita de las cosas. Lo que resulta inconstitucional, pues jamás se puede presumir la verificación de uno de los elementos del tipo penal.

Con tal expresión típica se está supliendo la obligación de la Fiscalía de probar el conocimiento de dónde provienen los objetos. Incluso, si se sostuviere que se trata de una presunción relativa que el procesado puede desvirtuar exhibiendo los documentos o contratos, esto quebranta directamente la garantía de la presunción de inocencia del art. 76, num. 2 de la CRE, pues se estaría estableciendo la carga probatoria en la persona procesada y no en la Fiscalía.

Este escenario implica reconocer la responsabilidad objetiva en materia penal, disminuyendo la efectividad del principio de presunción de inocencia. Lo que es inadmisibles, pues sin la confirmación del conocimiento no puede sancionarse penalmente.

Concluye la CCE que el legislador debió abstenerse de tipificar en el COIP el tipo penal de receptación y violó su deber de adecuar el sistema jurídico a la CRE. Por lo que, la frase “o sin contar con los documentos o contratos que justifiquen su titularidad o tenencia”<sup>74</sup> sí es contraria al principio de presunción de inocencia reconocido en el art. 76, num. 2 de la CRE.

Adicionalmente, la CCE analizó la constitucionalidad del segundo inciso del art. 202 del COIP, pese a que no fue objeto de consulta, esto en ejercicio de la atribución prevista en el art. 436, num. 3 de la CRE. El segundo inciso en referencia, establecía que:

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.<sup>75</sup>

Según la CCE, esta expresión hace referencia a los “documentos o contratos” de la frase considerada inconstitucional. Por lo que, en el mismo sentido, el segundo inciso también establece la carga probatoria hacia la persona procesada, por lo que el legislador

---

<sup>74</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 202.

<sup>75</sup> *Ibíd.*

estableció una presunción de culpabilidad que es contraria a la CRE, y debe también ser declarada inaplicable.

En cuanto al tercer punto, sobre la selectividad del sistema penal, parte del art. 76, num. 2 de la CRE, que reconoce el principio de presunción de inocencia, para llamar la atención sobre el relato del hecho punible contenido en la causa penal que motivó la consulta, pues considera que las personas fueron procesadas de forma discriminatoria, puesto que ingresaron formalmente al sistema penal porque los agentes policiales consideraron que estos se encontraban en una *actitud sospechosa*, que constituye una presunción de culpabilidad basada en estereotipos.

El diseño de estos tipos penales genera herramientas para que el poder punitivo del Estado se exprese selectivamente y profundice un tratamiento discriminatorio. La inconstitucionalidad de la norma, constituye por tanto una forma de cumplir el deber del Estado de garantizar *sin discriminación* el efectivo goce de los derechos.

La sentencia analizada ut supra, destaca que no es posible flexibilizar la garantía de la presunción de inocencia, y es intolerable que la persona procesada deba demostrar una circunstancia para desvirtuar su culpabilidad. Siendo que corresponde a la Fiscalía demostrar todos los elementos objetivos y sustantivos del tipo penal.

Bajo estas consideraciones, se puede afirmar entonces, que por el principio de presunción de inocencia en materia penal, tampoco se puede exigir que sea la persona procesada quien justifique la licitud de la mercadería extranjera. El *onus probandi*, previsto en el art. 76, num. 2 de la CRE establece que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, por lo tanto, este principio aplicado en sede administrativa exige que tal demostración debe realizarse por la administración aduanera.

En relación con el tipo penal descrito en el art. 301, num. 2 del COIP, Fiscalía al ejercer la acción penal ha de considerar que solo agotados los tres días y averiguada la ilicitud de la mercancía extranjera corresponde el inicio de instrucción fiscal dado que la omisión de tal justificación no configura *per se* la conducta. Fiscalía tiene la obligación de demostrar, además de los elementos objetivos del tipo dos circunstancias fundamentales, que las mercancías son ilícitas y que el procesado conocía que las mismas se encuentran en territorio ecuatoriano sin haber cumplido con las obligaciones aduaneras correspondientes.

## Capítulo tercero

### Estudio de casos

En adelante, se explica a través de cuadros comparativos lo que sucede entre casos en relación con el fenómeno investigado. Para ello, a lo largo de tres tablas que se reitera, se las identifica bajo la denominación de comparación de causas, se partirá por identificar en primer lugar tanto el número signado a cada uno de los procesos judiciales ubicándolas en columnas a fin de resultar de manera didáctica la comparación entre diversos ítems como son la relación circunstanciada de los hechos, las decisiones (resoluciones de primera, segunda instancia e incluso casación) con la precisión de la *ratio decidendi*.

De igual forma, también se harán constar en cada columna, reflexiones judiciales tanto acerca de temas jurídicos como la flagrancia, elementos de tipicidad y carga probatoria, inclusive detallándose un análisis específico de la carga de la prueba y las medidas cautelares; es así que con el refuerzo de la utilización de una herramienta gráfica, permitirá al lector encontrar ya sea un análisis casuístico pormenorizado y comparativo de procesos que a la larga servirán como ejemplo para ilustrar todo el desarrollo analítico del presente trabajo de investigación.

#### **1. Presentación de dos casos en el contexto de estudio comparativo: 04281-2018-01517 y 04281-2017-01375**

Para la explicación del fenómeno en estudio se tomaron dos casos, esto a fin de efectuar un análisis de derecho comparado en el que se pueda evidenciar la aplicación de la teoría en la práctica, de lo cual se obtuvo la data necesaria para la formulación de las conclusiones correspondientes.

Tabla 1  
Comparación de causas

Causa No. 04281-2018-01517 (Caso Tulcán)	Causa No. 04281-2017-01375(Caso Cuenca)
<p><b>Relación circunstanciada de los hechos</b></p> <p>El día el día domingo 11 de noviembre de 2018, aproximadamente a las 04h30, personal de Patrulla de la Unidad de Contingencia Fronteriza Norte, en el lugar “Control Sur” de la ciudad de Tulcán se encontró un bus estacionado en el costado derecho de la vía; al verificar las bodegas y parte interior del mismo se encontraron fundas de color negro y maletas, y en el interior de las mismas mercaderías “presumiblemente” de procedencia extranjera. Con este motivo se trasladó el vehículo y sus ocupantes a la Jefatura de Tránsito de Tulcán con la finalidad de verificar la mercadería, se procedió a bajar toda la mercadería para que los ocupantes del bus procedan a reconocerlas y justifiquen la legal procedencia de la misma; 25 pasajeros reconocieron parte de la mercadería como suya, en tanto otra parte de la misma no fue reconocida por nadie. Al realizar un avalúo preliminar el mismo fue superior a diez salarios básicos unificados del trabajador en general, se procedió a la aprehensión del señor Jorge Gonzalo Velata Caguana, en calidad de conductor de la unidad de transporte en la cual se encontró la mercadería dándole a conocer los derechos constitucionales así como la retención de la mercancía y el automotor, siguiendo la cadena de custodia.</p>	<p><b>Relación circunstanciada de los hechos</b></p> <p>El día 24 de Diciembre de 2017, aproximadamente las 05h20, agentes de policía realizando operativos de control con la finalidad de detectar el ingreso y movilización de mercancías extranjeras, sin los documentos que justifiquen su legal ingreso al país, así como la identificación de personas naturales y jurídicas que se dediquen a este ilícito, por llamada telefónica de personal Antinarcoóticos se dirigieron hasta el sector del Control Sur de la ciudad de Cuenca, y se les informó se detuvo la marcha de un vehículo que era conducido por la procesada, y al realizar el registro se encontró tras el asiento una mochila con varios celulares, se le solicitó la documentación que justifique su legal ingreso al país, sin que al momento del registro se haya presentado tal documentación. Realizado el avalúo, se determinó que supera los 10 salarios básicos unificados del trabajador en general.</p>
<p><b>Decisión de primera instancia</b></p> <p>El martes 11 de diciembre del 2018, a las 15h11, el juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Tulcán, provincia de Carchi, dictó sentencia condenatoria en la que declaró la culpabilidad del procesado (conductor del autobús), por considerarlo autor directo del delito tipificado en el artículo 30,1 numerales 1 y 2, del COIP, imponiéndole la pena de privativa de libertad de tres años, multa del cincuenta por ciento del valor en aduana de la mercadería objeto del ilícito. Se aceptó la suspensión condicional de la pena.</p> <p><b>Ratio decidendi</b></p> <p>“En lo que tiene que ver a la responsabilidad del procesado señor Jorge Gonzalo Velata Caguana, esta de igual forma se halla plenamente justificada con el testimonio de los señores agentes Unidad de Contingencia Fronteriza Norte, que tomaron procedimiento el día de los hechos, quienes indican en lo principal que observaron que el conductor del vehículo en el cual se encontró la mercadería era el señor Jorge Gonzalo Velata Caguana, que parte de la mercadería fue reconocida por 25 pasajeros que viajaban en el automotor haciéndose cada uno responsable de la misma, en tanto que la restante</p>	<p><b>Decisión de primera instancia</b></p> <p>En sentencia condenatoria de 09 de enero de 2018, el juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Tulcán, declaró a la procesada autora del delito tipificado y sancionado en el artículo 301, numeral dos, del COIP, imponiéndole la pena privativa de libertad de tres años, el comiso de las mercancías y del vehículo utilizado para la comisión de la infracción, y a pagar una multa equivalente al valor en Aduana de las mercancías objeto del delito. Se aceptó la suspensión condicional de la pena.</p> <p><b>Ratio decidendi</b></p> <p>“Con la prueba testimonial de los señores Agentes de Policía que tomaron procedimiento en este caso; prueba testimonial de las señoritas Técnicas Operadoras de la SENAE y prueba documental presentada por Fiscalía en esta audiencia se ha justificado el nexo causal, esto es la materialidad de la infracción como la responsabilidad de Paola Carolina Sánchez Jiménez, ya que las facturas que presenta en la audiencia no son suficientes, en vista de que una persona que ingrese del extranjero a nuestro país únicamente puede ingresar un celular nuevo pero pagando el correspondiente tributo aduanero, las que están</p>



<p>mercadería cuyo avalúo sobrepasa las diez remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general no la reconoció persona alguna; del testimonio del procesado Jorge Gonzalo Velata Caguana, del señor Anibal Roberto Oviedo Lema y del señor Ángel Eduardo Bunay Guaraca, se establece que la única persona asignada para conducir y como responsable del automotor era el procesado, era éste quien tenía el dominio del acto al tener el pleno acceso a las bodegas e interior del vehículo, lugar en el cual se encontró la mercadería; no se justificó en forma alguna que haya sido otra persona la que subió la mercadería al automotor y la haya movilizado desde Cali e ingresado al país sin los documentos que justifique su legal ingreso a territorio ecuatoriano; es decir se justificó que el justiciable ingresó clandestinamente mercancía extranjera a territorio aduanero ecuatoriano y fue aprehendido en un delito flagrante movilizando mercancías extranjeras sin el documento que acredite la legal tenencia de las mismas; pretendió evadir entonces de forma clandestina el control aduanero en perjuicio de las arcas fiscales del Estado Ecuatoriano, configurándose de esta forma la infracción de contrabando acusada por fiscalía, tipificada en el artículo 301 numerales 1 y 2 del COIP”.</p>	<p>autorizadas para importar celulares desde el exterior son las Operadoras: CNT, Movistar y Claro, desvirtuándose de ésta forma el principio de presunción de inocencia mantenida por la defensa”.</p>
<p><b>Decisión de segunda instancia</b></p>	<p><b>Decisión de segunda instancia:</b></p>
<p>La Corte Provincial de Justicia de Carchi, rechazó el recurso de apelación presentado por el procesado y confirmó en todas sus partes la sentencia subida en grado.</p>	<p>La Corte Provincial de Justicia de Carchi, rechazó el recurso de apelación presentado por la procesada y confirmó la sentencia subida en grado, modificando las condiciones del pago de la multa para el beneficio de la suspensión condicional de la pena. En voto salvado, se aceptó el recurso de apelación y se confirmó el estado de inocencia de la procesada al considerar que Fiscalía no logró desvanecer la presunción de inocencia que goza la persona procesada, al no haber prueba suficiente para la demostración de la existencia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada.</p>
<p><b>Recurso de casación</b></p>	<p><b>Decisión de casación.</b></p>
<p>Mediante auto se inadmitió el recurso de casación propuesto por el procesado; y, en sentencia de 7 de mayo del 2020, las 09h30, declaró improcedente el recurso de casación propuesto por la SENAE respecto al monto de las penas pecuniarias. Si hay inadmisión no cabe sentencia de fondo.</p>	<p>Se declaró improcedente el recurso de casación propuesto por la procesada, por considerarlo falto de fundamento.</p>

Fuente: Causas penales

Elaboración propia

## 2. Confrontación de los casos en cuanto a su motivación de la calificación de su flagrancia, de los elementos de tipicidad y de la inversión de la carga de la prueba:

### Tabla comparativa

Tabla 2

#### Confrontación de criterios sobre flagrancia, tipicidad y carga de la prueba

Causa No. 04281-2018-01517	Causa No. 04281-2017-01375
Reflexiones judiciales sobre la flagrancia	Reflexiones judiciales sobre la flagrancia
<p>Las reflexiones judiciales sobre la flagrancia constan únicamente en la audiencia de calificación de flagrancia llevada a cabo el día 11 de noviembre de 2018; diligencia en la que se declaró legal la privación de libertad. Los jueces que se pronunciaron sobre la misma legitimaron la intervención de dichos agentes con motivo de encontrar mercadería “presumiblemente” de procedencia extranjera. “[<b>Empleando un expresión evidente de violación al principio de presunción de inocencia, además este razonamiento aprueba una actuación discriminatoria de la Policía Nacional</b>].</p> <p>Se trasladó al autobús y sus ocupantes a la Jefatura de Tránsito de Tulcán y se exigió que los ocupantes del bus <i>procedan a reconocerlas y justifiquen la legal procedencia de la misma, (actuación policial con lo que se revirtió la carga de la prueba)</i>.</p> <p><b>(No se cumplió con el proceso administrativo correspondiente a este escenario fáctico. Prejudicialidad)</b> <i>Se procedió directamente a la aprehensión del señor Jorge Gonzalo Velata Caguana, por el ser el conductor del bus, y asumir que la mercancía no reconocida era de su responsabilidad.</i></p>	<p>En la audiencia de calificación de flagrancia se concluyó que se han cumplido con los requisitos del artículo 640 del COIP y se dispone el procedimiento directo. Sin que se realice un análisis de subsunción respecto de cómo cada uno de los requisitos legales se cumple en el caso en concreto. No existe motivación respecto a la pertinencia de la aplicación de las normas seleccionadas a los hechos del caso en concreto, pues no existe aplicación del porqué los supuestos de hecho se consideran verificados en el caso en concreto para que se entienda la aplicación de la norma (calificar la flagrancia).</p> <p>En la sentencia de segunda instancia, se establece: “5.3. Se dice por parte de la defensa que no puede haber delito flagrante en el tipificado en el numeral 2 del Art. 301 del COIP, ya que se tiene 72 horas para presentar la documentación con la que se justifique la legal procedencia de mercancías extranjeras incautadas en zonas secundarias. Respetable criterio, sin embargo cuando estos hechos suceden el Fiscal dueño de la acción penal inicia la instrucción fiscal y el juzgador le da el procedimiento, en este caso el procedimiento directo, pues el juez considero que se trataba de flagrancia, ya que ese momento de la detención no se presentó ningún documento de respaldo, este hecho no significa que en las siguientes 72 horas no puede presentar la documentación con ello que ocurre, que de hacerlo se desvanecen los elementos de convicción sobre la existencia del delito y la Fiscalía deberá abstenerse de acusar. Al haberse señalado por la defensa, que el Fiscal no inició con la instrucción y formulo cargos, encontramos en el proceso que en la audiencia de calificación de flagrancia, si bien el Fiscal no dice las palabras adecuadas para la instrucción, hace la imputación de cargos por el delito de contrabando, señalando los numerales 1 y 2 del Art. 301, esto como se deja indicado no afecta a la validez procesal, es más, estos hechos debieron haberse alegado en el momento oportuno, al inicio de la audiencia de juicio y en ese momento <i>la defensa de la procesada señala que al no encontrar vicios de procedimiento, procedibilidad o violaciones al debido proceso</i>, dice que está de acuerdo con lo realizado por haberse observado los principios</p>

	constitucionales por ello no alega y no se opone a que se declare la validez del proceso”.
<b>Reflexiones judiciales sobre los elementos de tipicidad</b>	<b>Reflexiones judiciales sobre los elementos de tipicidad</b>
<p>En la sentencia de casación es en la única en la que se hace referencia a la tipicidad, y consta: “La norma invocada delimita, desde el ámbito de las categorías dogmáticas del delito, la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta incriminada a Velata Caguana. Así, se verifican los elementos de tipicidad objetiva, donde la calidad de sujeto activo recae en dicho ciudadano, persona natural, no calificada por circunstancia alguna; se identifica que la administración aduanera es el sujeto pasivo; la mercadería incautada confirma el objeto jurídico y material; se establece que el procesado ingresó clandestinamente mercadería y movilizó dicha mercadería extranjera cuyo valor es igual o superior a 10 salarios básicos unificados del trabajador, dentro de la zona secundaria, sin el documento que acredite la legal tenencia de la misma, para evadir el control y vigilancia aduanera, determinándose la conducta o verbo rector; así mismo, los hechos dados por cierto avizoran los elementos normativos y valorativos del tipo penal. En torno a la tipicidad subjetiva se advierte el dolo propio en esta clase de infracciones, en donde la conciencia y voluntad del encartado en los hechos se afianza. Se determina que formal y materialmente se vulneró el bien jurídico tutelado por el derecho penal (administración aduanera), sin comprobarse una causal de justificación, consolidándose así la antijuridicidad. En cuanto a la culpabilidad se advierte que el procesado es mayor de edad y no persiste trastorno mental alguno, determinándose su imputabilidad, sin existir error de prohibición vencible o invencible, además que le era exigible otra conducta; en ese contexto configurado el delito, se advierte que la participación del señor Velata en el acto fue directa, adecuándose su conducta a la de autor directo del delito.”</p> <p>No se realiza un análisis de tipicidad, propiamente dicho, pues este requiere de valoración de prueba y revisión de hechos que escapa de las competencias del tribunal de casación. Únicamente se hace una enunciación de la prueba y su contenido, para, sin mediar análisis de verificación de cada uno de los elementos del tipo, concluir que se ha demostrado la conducta del artículo 301.1.2, y, sin respaldo fáctico o probatorio alguno que lleve a conocer que el procesado conocía que transportaba esa mercancía y que la misma era falsa, establecer que se ha demostrado su responsabilidad.</p>	<p>Ni la sentencia de primera instancia ni la de apelación hacen referencia al análisis de tipicidad. En casación, el Tribunal reconoce como uno de los reclamos la omisión del análisis de tipicidad: “De esta manera, este tribunal procede al estudio del cargo presentado, ubicando en primer lugar que la petición tiene relación con la vulneración del artículo 301, numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal; toda vez que, los hechos probados no se adecúan a los elementos objetivos y subjetivos del tipo; y, que se ha pasado por alto la condición de temporalidad de 72 horas para justificar el origen de la mercancía; exteriorizando también que, el yerro se sitúa en el considerando 5.3; y, que la influencia en la resolución de la causa es que el juzgador desobedece lo que se encuentra expreso en la normativa, provocando una sentencia que no está motivada”.</p> <p>Sin embargo, no le da respuesta, no verifica si se realizó o no el juicio de tipicidad, sino que considera que este cargo fue admitido por una causal distinta a la invocada en la audiencia, pese a que los argumentos sean los mismos.</p> <p>Además, llama la atención que reconoce que no existe bien jurídico vulnerado, al dar valor a las facturas que acreditaban la propiedad de la mercadería, pero que esta no fue presentada dentro de las 24 horas.</p>

Reflexiones judiciales en relación a la carga de la prueba	Reflexiones judiciales en relación a la carga de la prueba
<p>En apelación, expresamente se manifiesta que: “Cabe mencionar que en los delitos aduaneros la ilegal tenencia de mercadería no requiere ser probada por quien lleva la acusación, sino quien aduce y reclama su legitimidad. No se ha justificado la legal procedencia de la mercadería, así como tampoco el pago de los impuestos para el ingreso de la misma al País. [...]”</p> <p>No se ha justificado que haya sido otra persona la que subió la mercadería al automotor y la haya movilizado desde Cali e ingresado al país sin los documentos que justifique su legal ingreso a territorio ecuatoriano.</p>	<p>En juicio se presentaron documentos que acreditaban la licitud de las mercancías, pero se lo hizo fuera de las 72 horas previstas en la ley. El <i>ad-quem</i> y el Tribunal de Casación, expresan que:</p> <p>“[...] si las facturas se hubiesen presentado dentro de los tres días siguientes a la incautación de los teléfonos al Servicio Nacional de Aduanas ésta institución hubiese tenido la oportunidad de verificar la legal o ilegal procedencia de dichos documentos, pues la infracción por la que la Fiscalía acusa Art. 301 numeral 2 del COIP, determina el término perentorio de 72 horas para demostrar la procedencia de la presunta mercadería de contrabando”.</p>

Fuente: Causas penales  
Elaboración propia

### 3. Análisis documental de comparación entre la teoría y la práctica en la aplicación del art. 301, num. 2 del COIP, enfocado a la flagrancia, elementos de tipicidad, reversión de la carga de la prueba y dictación de medidas cautelares

Tabla 3  
Comparación entre teoría y práctica

Verificación en la causa No. 04281-2018-01517	Verificación en la causa No. 04281-2017-01375
<p><b>Sobre flagrancia</b></p> <p>En este caso no cabía calificar la flagrancia pues se procedió a la aprehensión del procesado directamente, sin dar el proceso administrativo que correspondía dentro de los tres días desde el hallazgo de la mercadería, se procedió directamente con el poder punitivo del estado, en base únicamente a la presunción de culpabilidad sobre la ilicitud de las mercaderías.</p>	<p><b>Sobre flagrancia</b></p> <p>Se procesó por la infracción del artículo 301.2 del COIP, que como se revisó, no cabe flagrancia. La misma fue calificada sin la debida motivación, y se procedió inmediatamente con la actuación del poder punitivo del Estado sin dar el trámite administrativo preivo que prevé el régimen aduanero.</p>
<p><b>Sobre carga de la prueba</b></p> <p>La condena se sustenta en la reversión de la carga de la prueba hacia el procesado, al sustentarse en que él no justificó la legalidad de las mercancías. Lo que constituye una clara trasgresión al principio de presunción de inocencia. Lo que se verifica en el texto de la sentencia del <i>ad quem</i>, cuando expresa:</p> <p>“en los delitos aduaneros la ilegal tenencia de mercadería <b>no requiere ser probada por quien lleva la acusación</b>, sino quien aduce y reclama su legitimidad”.</p> <p>Con lo que se ha relevado a la Fiscalía de sus funciones legales y constitucionales de demostrar</p>	<p><b>Sobre carga de la prueba</b></p> <p>En este caso se verifican dos violaciones a normas constitucionales. La primera, contra el principio de presunción de inocencia, al invertir la carga de la prueba hacia la procesada, al exigir que se demuestre la licitud o no de las mercancías, relevando a la Fiscalía de sus obligaciones legales.</p> <p>La segunda, contra el derecho a la defensa, puesto que se privó a la procesada de los medios de defensa al no valorar las facturas que demostraban la licitud de la mercancía. En consecuencia, se invirtió la carga de la prueba, y pese a que la procesada presentó documentos de descargo, estos no fueron valorados por no ser</p>

<p>el ilícito y se ha impuesto a la persona procesada la carga procesal de demostrar que no se reúnen los elementos del tipo penal, y con esto, se emite condena porque no pudo demostrar su inocencia. Esto es una clara vulneración de derechos constitucionales.</p>	<p>presentados dentro de las setenta y dos horas desde la detención. Cuando, según el ordenamiento jurídico, esas setenta y dos horas corresponden al procedimiento administrativo de control.</p> <p>Al calificarse la flagrancia y aplicarse el procedimiento directo, se le vulneró también el derecho al debido proceso, pues el plazo de setenta y dos horas no es para que se justifique la licitud de las mercancías ante el juez penal sino ante la autoridad aduanera, y de no cumplirlo, remitir al ámbito penal.</p>
<b>Sobre medidas cautelares</b>	<b>Sobre medidas cautelares</b>
<p>En ambos casos, se legitima aprehensión, cuando no existe percepción sensorial. No cabía calificar la aprehensión como legal sin que existe posibilidad jurídica de flagrancia.</p>	

Fuente: Causas penales  
Elaboración propia



## Conclusiones

Una vez efectuado este modesto esfuerzo de investigación se logró constatar la aplicación de la teoría en la práctica respecto de la modalidad de contrabando descrita y punida por el art. 301, num. 2 del COIP, destacándose en lo principal su naturaleza jurídica, elementos como tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, y, pena, categorías dogmáticas de la teoría del delito y la vigencia del principio presunción inocencia desde una perspectiva constitucional aplicada al ámbito penal.

En cuanto al bien jurídico protegido en los delitos aduaneros, estos en general protegen condiciones de supervivencia o funcionamiento adecuado del Estado, relacionados con el régimen aduanero, que corresponde a los tributos -aranceles- que se generan por el ingreso para comercialización dentro del territorio nacional de mercaderías extranjeras.

Los aranceles son tributos, y como tales una prestación obligatoria de carácter pecuniario, exigida por el Estado en virtud de la potestad tributaria determinada en la CRE. El arancel como obligación tributaria es eminentemente jurídica y recae sobre el contribuyente, quien ingresa a territorio nacional mercadería extranjera. Por lo tanto es una obligación patrimonial y personal. Como obligación prevista legalmente constituye un deber jurídico, impuesto por las normas tributarias. Cumplir con la obligación tributaria es de responsabilidad ciudadana, pues nace de la relación de derecho público entre el Estado y el contribuyente.

El tributo es una herramienta de redistribución de la riqueza que permite el cumplimiento de las obligaciones estatales como la realización de políticas públicas y prestación de servicios públicos. Lo que permite entender su calificación como bien jurídico protegido dentro de las infracciones contra la responsabilidad ciudadana y como parte de las condiciones necesarias la subsistencia del Estado

En consecuencia, los delitos aduaneros como el contrabando pertenecen a la especie de los delitos tributarios, y como tales son infracciones de deber de los ciudadanos quienes están obligados a pagar tributos, aranceles.

El bien jurídico protegido en general en los delitos tributarios, es el cumplimiento de las obligaciones ciudadanas para con la administración pública entendida como el

sistema de recaudación de ingresos y realización del gasto público, en que se incluye inversión, planes y políticas públicas para el cumplimiento de derechos.

La flagrancia se relaciona con inmediatez temporal y corporal, pues exige que la infracción se encuentre desarrollando o se acaba de cometer en el momento en que es sorprendido; y, que quien la comete se encuentre en el lugar de los hechos en relación directa con objetos, instrumentos, resultados o huellas materiales de la infracción. Esta inmediatez temporal y corporal, sólo se puede verificar o legitimar a través de la percepción sensorial de un tercero que pueda describirlas.

El art. 527 del COIP describe tres circunstancias concretas en las que se puede dar la situación de flagrancia: la *flagrancia estricta*, que es cuando el sujeto es sorprendido y aprehendido en el momento de la infracción, verificándose directamente la percepción sensorial; la *cuasi flagrancia*, en la que la persona es aprehendida después de la ejecución de la infracción, pero sin que se le haya perdido de vista y se haya perseguido desde el momento de la infracción, por lo que no se ha interrumpido la percepción sensorial; y, la *flagrancia presunta*, en la que la persona es intervenida por la existencia de datos que permiten intuir su intervención en el hecho delictivo, siendo estos datos los que permiten mantener la percepción sensorial.

El art. 526 del COIP permite la aprehensión de la persona sorprendida en delito flagrante. Es decir, sin flagrancia o sin percepción sensorial, la aprehensión es ilegal.

Sobre la *presunción de inocencia*, es una garantía del debido proceso, un derecho fundamental y un principio rector del proceso penal. Tiene estrecha relación con el estándar de valoración probatoria del convencimiento más allá de toda duda razonable, pues de existir una duda que no pueda ser disuelta de manera racional y objetiva, corresponde reivindicar la presunción de inocencia y emitir una sentencia absolutoria.

Una de las expresiones procesales del principio de presunción de inocencia es en cuanto a la carga de la prueba en el proceso penal. A quien le corresponde derribarla es a la Fiscalía como titular del ejercicio público de la acción penal.

Los efectos prácticos del principio de presunción de inocencia, son: que no es necesario ni obligatorio que el acusado demuestre que no cometió el delito que se le acusa; Si plantea una hipótesis fáctica alternativa o contraprueba, respaldadas en elementos probatorios, constituye un ejercicio del derecho a la defensa, y corresponde a la fiscalía desvirtuar tales hechos y a los juzgadores, pronunciarse expresamente sobre las pretensiones de la defensa de la parte acusada, sin que sea suficiente considerar demostrada únicamente la hipótesis de la acusación fiscal, incluso como requisito de



motivación, pues no se puede omitir una respuesta concreta sobre la posición de descargo expuesta por la actividad de la defensa técnica.

La presunción de inocencia, y por tanto sus efectos prácticos y expresiones procesales, no admiten excepciones en ningún caso. En este sentido el principio de presunción de inocencia y el de objetividad de la actividad fiscal, garantizan que la parte acusada, no debería requerir de introducir elementos fácticos para demostrar su inocencia, estos deben ser introducidos por la fiscalía, de no serlo, implica una violación al principio de objetividad.

Es ilegítima e intolerable cualquier expresión legal o jurisdiccional que se revierta la carga de la prueba a la parte acusada, y que se le obligue a actuar o demostrar cualquier circunstancia que desvirtúe la existencia del delito o su responsabilidad.

Al no haber excepción alguna del principio de presunción de inocencia no se puede tolerar ni relativizar este principio, ni siquiera en las expresiones legales en que se establece que sea el procesado quien deba introducir o justificar una circunstancia específica.

En ninguna de las formas del delito de contrabando, descritas en el art. 301 del COIP, se puede permitir la reversión de la carga de la prueba. Si el delito aduanero es de infracción del deber, no se puede exigir a la persona acusada que demuestre el cumplimiento de ese deber. Es la Fiscalía quien debe demostrar la existencia de una obligación jurídica en materia aduanera, la forma en la que correspondía cumplirla y cómo la persona acusada incumplió con estas formas.

No es constitucional ni convencional la inversión de la carga de la prueba en ningún delito, esto incluye al tipo penal de contrabando. Cualquier sentencia condenatoria que tenga como fundamento que la persona procesada no justificó la licitud de las mercancías, resulta arbitraria e ilegítima al invertir la carga de la prueba y vulnerar el debido proceso.

El contrabando, en la modalidad que se analiza es doloso, y no está tipificado una infracción culposa por la vulneración del mismo bien jurídico protegido, por tanto, para su comprobación se requiere el conocimiento y la voluntad del sujeto activo de realizar el hecho típico contentivo de la figura delictiva.

Por lo tanto, para que una persona cometa el delito desde el punto de vista cognoscitivo, debe conocer todos los elementos objetivos que integran el tipo penal descrito en los artículos 301.2 del COIP, se debe probar que el sujeto activo sabe que la mercadería que moviliza es extranjera, que es ilícita al no haber cumplido con las

obligaciones aduaneras para su ingreso, que se encuentra en zona secundaria, y que hubo la intención de evadir los controles y vigilancia de la administración aduanera.

La modalidad del contrabando que ocupa este trabajo, es una infracción de resultado, el bien jurídico protegido ya ha sido vulnerado antes del momento mismo en que se encuentra a la persona movilizándolo la mercadería. Como infracción de resultado tampoco permite la tentativa, y por tanto tampoco puede ser interrumpido. En consecuencia, *no cabe la flagrancia*, pues no es posible la percepción sensorial sin incurrir en una presunción de culpabilidad.

En tanto, la cuasi flagrancia exige que el infractor sea encontrado después de ejecutado el hecho delictivo, siempre que la percepción sensorial haya sido ininterrumpida desde el momento de la vulneración del bien jurídico protegido; es decir, para el delito concreto, requiere de vigilancia y seguimiento dentro de investigación previa, para que exista percepción sensorial desde el momento mismo del ingreso ilícito de la mercancía extranjera, antes incluso de su movilización en zona secundaria.

Ante el escenario fáctico de que se encuentra a alguien trasladando mercadería extranjera por zona secundaria (no se pueden emitir juicios a priori sobre la licitud o no de la mercancía respecto del cumplimiento de las obligaciones aduaneras sin incurrir en una presunción de culpabilidad), el ordenamiento jurídico no dispone la entrada en aplicación del derecho penal. Por el contrario, se regula una fase administrativa ante la autoridad aduanera en el Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio, del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, es más, expresamente se regula paso a paso del proceso en el art. 113 del cuerpo normativo.

No es legal ni legítimo que cuando se encuentra a una persona trasladando mercadería extranjera se proceda inmediatamente a la privación de su libertad a través de la aprehensión y se ponga a órdenes de un juez para la calificación de flagrancia.

Solo si en sede administrativa y del resultado de los controles efectuados por la autoridad aduanera, una vez vencido el término reglamentario se determina la posible comisión de una infracción aduanera se debe remitir a la fiscalía para que proceda con el ejercicio público de la acción penal, de conformidad con el Código Orgánico Integral Penal.

El procedimiento administrativo está previsto durante tres días desde el momento de la realización del presupuesto fáctico, mientras que el tipo penal previsto en el número 2 del art. 301 del COIP, requiere que hayan pasado esos tres días. Por lo tanto, la

aplicación del derecho penal de manera inmediata sin cumplir con el procedimiento administrativo implica una clara trasgresión al principio de mínima intervención penal.

Se verifica, por tanto, que existe una condición de procedibilidad, que no está regulada expresamente en el ámbito penal, sino en una norma con jerarquía de reglamento dentro del ámbito Tributario; por lo tanto, dentro del COIP el legislador omitió hacer referencia de manera expresa agotar el ámbito administrativo de manera anterior al penal, para evitar actuaciones prematuras y arbitrarias.

La existencia del procedimiento administrativo previo ante la autoridad aduanera, dentro de los tres días antes de la configuración de la infracción penal, imposibilita la flagrancia para la modalidad de contrabando descrita en el numeral 2 del art. 301 del COIP de manera independiente, sin la concurrencia de otras infracciones que puedan ocurrir de manera inmediata.

Sin flagrancia, por no poder existir jurídicamente la percepción sensorial ante la existencia de un procedimiento administrativo previo, si se procede con la aprehensión esta resulta ilegítima, arbitraria e ilegal. Calificar la flagrancia implica presumir la culpabilidad a través de presumir la ilicitud de la mercadería extranjera, incluso antes de que decurran los tres días que la misma ley otorga.

De la revisión de dos casos, se encuentran precisamente todos los errores que provoca la omisión del legislador de remitir al procedimiento administrativo, así como el desconocimiento de agentes del estado, de aduana, policía, fiscalía y administración de justicia, del procedimiento administrativo-aduanero que precisamente regula y permite resolver el conflicto de manera previa a la intervención penal.

Se verifica que en ambos casos se calificó indebidamente la flagrancia pese a no existir percepción sensorial de la infracción, incumpliendo el requisito de inmediatez de la misma respecto a la vulneración del bien jurídico protegido. La única forma de calificar la flagrancia es a partir de la presunción de culpabilidad respecto de la ilicitud de la mercadería extranjera, que es precisamente lo que ocurrió en las causas revisadas.

En estas también se encuentra que se invirtió la carga de la prueba, pues el sustento de las condenas fue la omisión de las personas procesadas de acreditar a licitud de la mercancía. En otras palabras, por no haber demostrado su inocencia, relevando a la Fiscalía de sus obligaciones legales.

En las causas revisadas, no se realizaron correctamente los juicios de tipicidad, no se establece con claridad que hechos demuestran todos y cada uno de los elementos del tipo, especialmente los de carácter subjetivo. En ambos casos se presume el conocimiento

de la ilicitud de la mercancía sin ninguna prueba de respaldo, únicamente por la situación personal de la persona procesada.

Es más, incluso se llega a expresar que en este tipo de delito la carga de la prueba no le corresponde a Fiscalía, vulnerando directamente el principio de presunción de inocencia; o, peor aún, se priva del derecho a la defensa y se reconoce que no hay antijuridicidad, condenando únicamente por no haber presentado los documentos correspondientes dentro de los tres días que establece la ley.

Con lo que se verifica que en la práctica existe un grave desconocimiento del contenido del bien jurídico protegido por los delitos aduaneros, y del ordenamiento jurídico que prevé soluciones no penales a un mismo escenario fáctico. Lo que provoca, de manera intolerable, graves vulneraciones a los principios de presunción de inocencia y mínima intervención penal, al revertir la carga de la prueba a la persona procesada, sustentar la condena en presunciones de culpabilidad, relevarse a la Fiscalía de su deber legal de demostrar todos los elementos de los delitos, y proceder con el derecho penal de manera previa a agotar el procedimiento administrativo ante la autoridad aduanera, que evitaría incluso la saturación del sistema de administración de justicia.

Las sentencias analizadas en el presente trabajo, son una gravísima muestra del desconocimiento en la administración de justicia, sobre el contenido de los principios constitucionales que generan criterios fundamentales de decisión en todos los casos; y también evidencian de manera palpable y concreta que los jueces en materia penal, desconocen el ámbito y contenido básico y elemental de otras materias del derecho que regulan los escenarios fácticos que se relacionan con los delitos tipificados en el COIP, como es el delito de contrabando, de lo que se desprende una idea elemental para respetar el principio de mínima intervención penal: Los operadores de justicia, jueces y fiscalía inclusive, no solamente deben tener conocimientos especializados sobre el derecho penal y procesal penal, sino también manejar conceptos básicos sobre otras materias de derecho y antes de empezar a utilizar el poder persecutorio del estado contra las personas, cuestionarse si no hay otro camino para resolver el conflicto que se ha generado.

Si bien la sentencia de la CCE sobre el delito de receptación que fue revisada en este trabajo, no refiere concretamente al delito de contrabando, esta sí fija criterios interpretativos vinculantes respecto a los principios constitucionales de presunción de inocencia y del derecho a la defensa, en el sentido de qué exige este principio en el razonamiento de los jueces, y la obligación tanto de Fiscalía como de los jueces de

demostrar y razonar sobre el elemento subjetivo de los tipos penales, el dolo, como el conocimiento de los elementos del tipo.

Cuestiones que son generales y aplicables a todas las causas, por lo que más allá del delito concreto al que se refirió la sentencia, su *obiter dicta* brinda criterios interpretativos y normativos para una aplicación de la ley penal respetuosa del principio de presunción de inocencia y del derecho a la defensa.



## Bibliografía

- Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, 2.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- Bazzani, Darío, y Jaime Bernal. *Lecciones de derecho penal: Parte general*. 3.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. <https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-lecciones-de-derecho-penal-parte-general-3a-edicion-9789587901238.html>.
- Castro, César Martín. *Derecho Procesal Penal Lecciones*, 2.<sup>a</sup> ed. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2020.
- Chirino, Alfredo. *Metodología de Resolución de Conflictos Jurídicos en materia penal*, Costa Rica: ILANUD, 1991.
- Corte IDH. “Sentencia de 25 de abril de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_354\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_354_esp.pdf).
- . “Sentencia de 30 de octubre de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Caso Bayarri Vs. Argentina*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_187\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf).
- . “Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf).
- . “Sentencia de 3 de junio de 2021 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Caso Guerrero, Molina y otros vs. Venezuela*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_424\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_424_esp.pdf).
- . “Sentencia de 22 de noviembre de 2019 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Caso Hernández Vs. Argentina*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_395\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_395_esp.pdf).
- . “Sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_111\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf).

- . “Sentencia de 5 de octubre de 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas”. En *Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_303\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf).
- . “Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo)”. En *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_35\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf).
- . “Sentencia de 15 de febrero de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. En *Caso Zegarra Marín Vs. Perú*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_331\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf).
- Ecuador. *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia 8-12-JH/20”. En *Caso No. 8-12-JH*, 12 de agosto de 2020.
- , “Sentencia No. 14-15-CN/19”. En *Caso No. 14-15-CN*, 1 de mayo de 2019.
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. “Sentencia”. En *Juicio No. 18282-2018-01400*, 12 de enero del 2021.
- . *Juicio No. 04281-2017-01375*. 2017.
- . *Juicio No. 04281-2018-01517*. 2018.
- Gómez de la Torre, Ignacio, Luis Arroyo Zapatero, Juan Carlos Ferré Olivé, Nicolás García Rivas, José Ramón Serrano Piedecabras, Juan Terradillos Basoco, Rosario De Vicente Martínez, María Acale Sánchez, Adán Nieto, Martín Eduardo Demetrio Crespo, y Ana Pérez Cepeda. *Curso de Derecho Penal: Parte General*, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid: Ediciones Experiencia S.L., 2010.
- Jakobs, Günter. “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”. En *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs: El funcionalismo en el Derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Kierszenbaum, Mariano, “El bien jurídico en el derecho penal: Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”. *Revista Lecciones y Ensayos*, n.º 86 (2009).
- Muñoz Conde, Francisco, y Mercedes García Arán. *Derecho Penal Parte General*, 8.<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.



- Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”*. 22 de noviembre de 1969. <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>. pdf.
- Quintero Olivares, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*, 4.<sup>a</sup> ed. Madrid: Editorial Aranzadi, 2010.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. RAE, 16 de octubre de 2021, <https://dle.rae.es/aprehensi%C3%B3n>.
- Roxin, Claus. “Límites y sentido de la pena estatal”. En *Problemas básicos del derecho Penal*. Madrid: Reus, 1976. <https://es.scribd.com/doc/240109783/9-Roxin-Sentido-y-limites-de-la-pena-estatal-pdf>.
- Rusconi, Maximiliano. *Derecho penal: Parte General*. Buenos Aires: Ad.hoc, 2007.
- Spisso, Rodolfo. *Derecho Constitucional Tributario*, 6.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2017.
- Valarezo Trejo, Ermer Efrén, Ricardo Valarezo Trejo, y Armando Rogelio Durán Ocampo. “Algunas consideraciones sobre la tipicidad en la teoría del delito”. *Revista Universidad y Sociedad* 11, n.º 1 (2019): 331-8. <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v11n1/2218-3620-rus-11-01-331.pdf>.
- Villa Stein, Javier. *Derecho Penal, Parte General*. Lima: ARA Editores, 2014.
- Yacolca Estares, Daniel y Paulo de Barros Carvalho, dir., *Derecho Procesal Tributario, Planificación Fiscal y Penal Tributario*. Lima: Editorial y Distribuidora Ediciones legales E.I.R.L., 2018.
- . dir., *Derecho Constitucional Tributario*. Lima: Editorial y Distribuidora Ediciones legales E.I.R.L., 2019.
- Zambrano Pasquel, Alfonso. *Derecho Penal Parte General: Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito*. Guayaquil: Murillo Editores, 2017.



## **Anexos**

Acta de audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos dentro del expediente n.º 04281-2018-01517.

Acta de audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos dentro del expediente n.º 04281-2017-01375.

Sentencia n.º 14-15-CN/19 de la Corte Constitucional.