

Trámite 85933  
Codigo validación CXLV09KFOX  
Tipo de documento OFICIO  
Fecha recepción 15-nov-2011 09:34  
Maneración 049-2011-00604  
documento  
Fecha ofido 10-nov-2011  
Remitee PAZMIÑO ERNESTO  
Razón social DEFENSOR PÚBLICA GENERAL  
(I)

Quito D.M., 10 de noviembre de 2011  
Oficio No. DPG-2011-00604

Estimado Doctor  
Mauro Andino  
**Presidente de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado**  
Asamblea Nacional  
Presente.-

Por se el estado de su trámite en  
esta / tramite a nivel de la Asamblea Nacional  
esta / tramite a nivel de la Asamblea Nacional

Anexo 12 folios

De mi consideración:

Junto con saludar su altísima misión al mando del proceso de reforma penal integral, en respuesta al Oficio No. 613-CEPJEE-P, y con la finalidad de que este importantísimo y necesario proyecto de ley que debe ser aprobado pronto contenga todos los elementos técnicos y sea un instrumento adecuado en la lucha contra la impunidad en los procesos que es lo que genera inseguridad ciudadana, cumplo con enviar a usted, las observaciones y sugerencias respecto del libro primero del *proyecto de Código Orgánico Integral Penal* que trata sobre la parte material, no sin antes agradecerle por hacernos partícipes en la construcción del proyecto, dejando a la vez abierta nuestra disposición de ser recibidos en comisión para exponer nuestras observaciones en la fecha que considere pertinente.

Con sentimientos de distinguida consideración.

Atentamente,

  
**Dr. Ernesto Pazmiño Granizo**  
**Defensor Público General (I)**



JP

LIBRO 1  
OF. 12-2011-004

## Observaciones al proyecto de Código Orgánico Integral Penal (Primer Libro – Ley Penal Material)

La Defensoría Pública presenta las sugerencias que a continuación se expresan, con la única finalidad de que el Código Orgánico Integral Penal sea un cuerpo legislativo armónico, que tipifique todas las conductas que no estaban contempladas en la legislación penal para que exista una lucha estratégica contra los delitos graves y los operadores de justicia se dediquen a perseguir esos delitos complejos, como el crimen organizado, los delitos económicos, los que tienen como sujetos activos a los banqueros, a los emisores de tarjetas de crédito, a otras entidades crediticias; y, otros delitos. Pretendemos la uniformidad de todo el Código Orgánico para que sea un instrumento valioso en la lucha contra el delito evitando la impunidad.

### I. Sugerencias Especiales

La parte dogmática y especial, sin duda, se constituye en la columna vertebral de todo el ordenamiento jurídico penal. El catálogo de delitos –o las descripciones normativas de las acciones a reprochar típicamente– se convierten en imperativos a perseguir, evitando que determinadas formas de injustos penales queden en la impunidad por la falta de norma. La Defensoría Pública, preocupada también de las acciones penalmente injustas, y que aún no han sido constituidas como delitos, propone la tipificación de las siguientes acciones:

1. *Del delito de persecución de inocentes.*- Con la gran reforma procesal penal del 2000 que cambió el modelo inquisitivo al acusatorio, la agencia fiscal se ha convertido en una de las más importantes instituciones de poder dentro del proceso penal. Su función de investigar y acusar se halla asimismo rodeada de abusos contra las personas procesadas, a quienes sencillamente se les ha violado su derecho a gozar del estándar de inocencia. Esto se ha comprobado en reiteradas veces en el ejercicio de la práctica penal, pues del 100% de requerimientos de prisión preventiva solicitadas por agentes fiscales, menos del 20% se comprobaron en sentencias judiciales condenatorias ejecutoriadas, con lo cual, cerca del 80% de órdenes de prisión preventiva se aplicaron técnica y

st

constitucionalmente sobre personas inocentes<sup>1</sup>. El abuso del manejo en la persecución penal por parte de la agencia fiscal no puede merecer una calificación menor a la de un delito, lo cual ha sido incluso previsto en la legislación penal de algunos países europeos<sup>2</sup>. Siendo así, la Defensoría Pública propone el siguiente texto a partir del artículo 218 en la sección que trata de las infracciones contra la tutela judicial efectiva:

Art...Persecución de Inocentes.- La o el agente fiscal que, sin ninguna o con insuficientes evidencias o pruebas, o por abuso en la interpretación del derecho, haya solicitado la prisión preventiva de una persona inocente, será sancionada con una pena privativa de la libertad de uno a tres años y la inhabilitación perpetua para el ejercicio de un cargo similar. La calidad de persona inocente se determinará en sentencia judicial absolutoria, y su acción podrá perseguirse cuando ésta se encuentre ejecutoriada.

2. *Del Abuso de confianza bancario o crediticio.*- Uno de los principales injustos penales que aún no ha sido considerado como delito, es la acción perpetrada tanto por los bancos como por las entidades emisoras de tarjetas de crédito, quienes sustraen fraudulentamente dinero de los cuentahorristas o tarjetahabientes a través de descuentos abusivos. Por tal motivo, la Defensoría Pública considera fundamental tipificar este tipo de acciones mediante la inclusión de la siguiente norma a continuación del artículo 144 del proyecto:

Art... Abuso de confianza bancario o crediticio.- Las entidades del sistema financiero que, sin autorización del organismo público de control respectivo, sin ningún aviso previo o mediante notificaciones tardías, descuenten o recorten valores o dineros de las personas que mantienen cuentas a su cargo, sean éstas de ahorros, corriente o de crédito, con el fin de que no puedan oponerse a tales descuentos, serán sancionadas con multa de seis a diez veces del valor del beneficio obtenido más la restitución íntegra de los valores descontados.

Las personas que como directores, administradores o funcionarios de estas entidades hayan autorizado los descuentos o recortes establecidos en el inciso precedente, serán sancionadas con pena privativa de la libertad de uno a tres años.

<sup>1</sup> Resultados de la consultoria del sociólogo Wladimir Sierra Freire para el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009

<sup>2</sup> Cfr. § 344 Deutschstrafgesetzbuch (Art. 344 del Código Penal Alemán)

## Observaciones a la Parte General

No cabe duda que el gran reto del presente proyecto consiste en condensar toda la legislación sustantiva, adjetiva y de ejecución penal en un solo cuerpo. Con ello debe adecuarse cada instituto penal a la complejidad de los fenómenos nacionales y mundiales sobre la cuestión penal. Esto implica que la intención de cambiar el *status quo* penal debe al menos asegurar las suficientes y delicadas transformaciones de la vigente parte dogmática, la cual data de la década de los 30's del siglo pasado, con breves reformas profundizadas en los 70's. El anacronismo de la vigente ley sustantivo-penal sólo debe ser superado con una detenida y profunda inscripción de los modernos institutos de la dogmática penal, los cuales influyen no sólo en la evitación de la impunidad para la víctima, sino también en los posibles desbordes del poder punitivo sobre las personas procesadas. De esta forma, la Defensoría Pública realiza las siguientes sugerencias y observaciones a la parte general del primer libro del proyecto en mención:

- (Art. 2.1) Consideramos que debe permitirse la analogía *in bonam partem*, la misma que flexibiliza la rigidez en la lectura del precedente penal a favor de las personas más débiles del proceso: las y los procesados.
- (Art. 6) No estamos de acuerdo con la clasificación de las penas –semejante a la legislación penal española–, la cual divide las sanciones en muy graves, graves, medias, leves y levisimas. Esta discrepancia se determina, básicamente, a partir del desorden en la clasificación de las penas en la parte especial.
- (Art. 7) Creemos que una moderna ley penal sustantiva debe superar los resabios del causalismo. Sin embargo, en el presente artículo reaparece el causalismo penal, al equiparar el reproche al resultado al de una acción, aunque ésta sea distinta. Esto abre la puerta a múltiples injusticias sobre el agente de un delito.
- (Art. 8-9) No se ha superado la clasificación de las infracciones del vigente Código Penal. Además, con ello se desconocen formas y grados de dolos muy usados en otras legislaciones penales como el dolo en primer y segundo grado.

g



- (Art. 12) La redacción del error de prohibición no se distingue del error de tipo, lo cual hace ininteligible su articulado. Debe destacarse la cualificación de "comprensión" sobre el injusto penal, y no sólo las circunstancias de "error" o "ignorancia". Asimismo debe eliminarse su tercer inciso por ser confuso.
- (Art. 14) No se han incluido como presupuestos del *iter criminis* el arrepentimiento eficaz y la frustración.
- (Art. 16) Llamam supremamente la atención los incisos segundo y tercero que contradicen con los principios del derecho penal al permitir, en el primero de los casos, las lesiones sobre cualquier persona; y, en el segundo, "la muerte" como defensa, sin los presupuestos de la legítima defensa, en las víctimas de delitos contra la libertad sexual. Sugerimos cambiar la redacción de estos incisos.
- (Art. 18) No se ha cambiado la vieja estructura de las circunstancias de excusa, donde incluso se habilita a matar frente a lesiones, lo cual es desproporcionado y amerita una redacción diferente, el homicidio debe excluirse como excusable.
- (Art. 19.1) Debe eliminarse el criterio de peligrosidad sobre las personas, pues sólo las cosas carentes de entidad moral como los cuchillos o las armas son peligrosas, mas no las personas de carne y hueso.
- (Art. 21) Las agravantes no han sido generalmente modificadas respecto del modelo del vigente Código Penal, con lo cual se vuelven a presentar repeticiones innecesarias entre ellas.
- (Art 22, 23-24) Estas agravantes se encuentran de alguna manera señaladas en el artículo 22. Otras de ellas sencillamente no hacen más que corporativizar la parte general del proyecto. Sugerimos eliminarlas.
- (Art. 30) Consideramos que bajar la imputabilidad de 18 a 16 años es inconstitucional, además de contradecir con instrumentos internacionales como la Convención de Beijín.
- (Art. 31) Debe definirse de mejor forma y con mejor técnica el instituto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se trata además de un instituto de difícil consenso en la

g

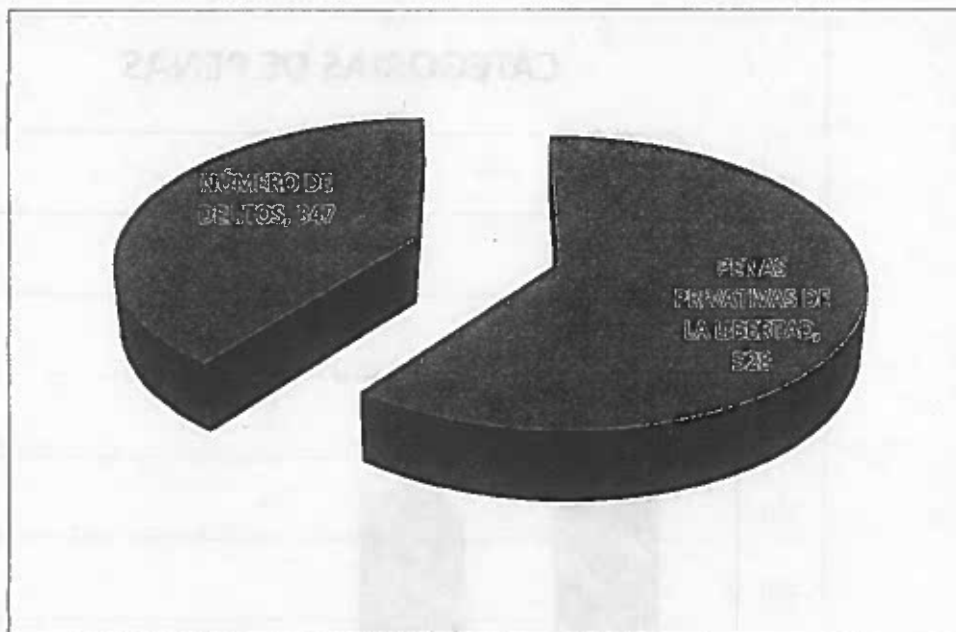
doctrina penal, pese a que algunos países occidentales lo hayan establecido en sus ordenamientos jurídicos.

- (Art. 33) Este artículo no presenta ningún avance frente al Código Penal vigente, pues mantiene su anacrónica estructura de autoría y participación criminal. Con ello se desconocen las cualificaciones que presenta la autoría material, mediata, coautoría, la participación de los instrumentos del delito frente a organizaciones de poder, la complicidad primaria y secundaria, etc. Consideramos además que no debe incorporarse al encubridor como partícipe del delito, puesto que es una figura que puede ser tratada como un delito autónomo.
- (Art. 34) El concurso de infracciones no ha incorporado sus formas ideales, materiales o mediales. Además, no se ha calculado su inminente desproporción frente a delitos menores como hurtos o robos simples, con lo cual al cometerse un poco de ellos se podría tener una pena de 35 años. La discusión doctrinaria ha establecido que lo que debe sancionarse es el delito fin.
- (Art. 39.2) Creemos que dos mil horas de trabajos comunitarios es excesivo de acuerdo a nuestra realidad.
- (Art. 40.2) El comiso no debe afectar a "terceros" que no tuvieron nada que ver en la infracción. Debe corregirse esta extensión.
- (Art. 47) Se debe establecer la posibilidad de institucionalizar como forma de reparación el perdón de la víctima en delitos de menor cuantía.
- (Art. 55) No se considera al indulto como forma de extinción de la pena. Debe agregarse en el numeral 2.
- (Art. 56) Consideramos que es inconstitucional extender la imprescriptibilidad al enriquecimiento privado no justificado y a las infracciones contra el medio ambiente y el patrimonio cultural, tal como se señala en el último inciso de este artículo y otros.

7

### III. Observaciones a la Parte Especial

La parte político-criminal del proyecto inscribe algunos de los nuevos fenómenos criminosos. Esto enriquece las posibilidades de evitar la impunidad en situaciones de injusto penal antes no contempladas. Sin embargo, a la vez que se han adecuado nuevos tipos penales, se han descriminalizado otros, como el aberrante delito de criminalizar a los vagos y mendigos. Frente a estos notables avances, preocupa a la Defensoría Pública el énfasis de establecer más sanciones que tipos penales; un solo delito presenta a veces más de cuatro formas de penas privativas de la libertad. En los 347 delitos tipificados en el proyecto hay más 528 penas, lo cual puede prestarse a más de un conflicto a la hora de determinar la pena, además de ampliar el espectro de sanciones por un mismo delito.



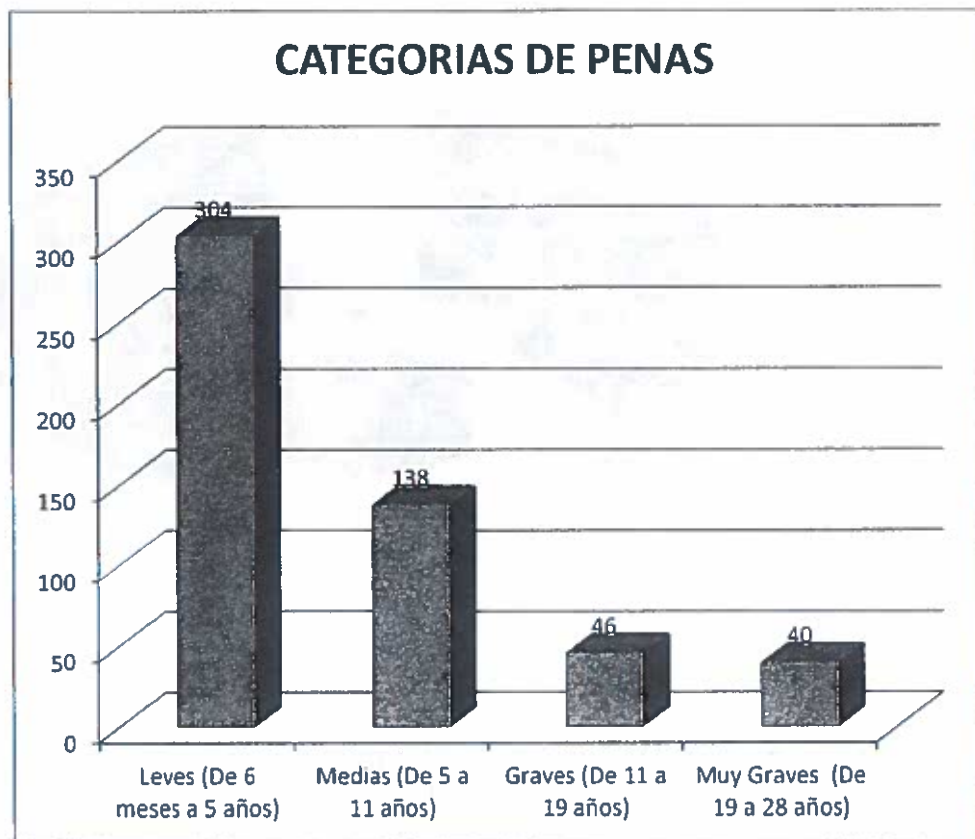
La graduación de las penas tampoco ha servido de patrón para el establecimiento de las sanciones en la parte especial, toda vez que se han creado penas por fuera de las descripciones de

f



clasificación de la parte general. En algunos casos las penas son colocadas sin un prolijo análisis del injusto que tratan de sancionar, desembocando de esta forma en fenómenos como poner mucha pena a cuestiones menores –este es el problema en general–, o colocar poca pena a cuestiones que merecen una mayor sanción. No se ha elaborado por lo tanto una *escala del castigo*, exigida al menos para identificar la proporción de la pena respecto de otros delitos e incluso del injusto que presenta el mismo delito. Con las escalas del castigo se evita que los delitos menos violentos tengan una pena mayor que los delitos más violentos.

La graduación de las penas de muy graves a levisimas –criterio del que no estamos de acuerdo–, ha absorbido centrifugamente las sanciones hacia las bandas leves y medias. Con ello la mayor cantidad de las sanciones (privación de la libertad) reciben penas leves. Al parecer, se presenta un desorden en la asignación de las penas, llevadas bajo el rito de establecer sanciones leves y medias.



sf





Al problema de la desproporcionalidad de las penas, se yuxtapone el manejo de los verbos rectores para los tipos penales y de la criminalizaciones de cuestiones que pueden resolverse en el derecho administrativo. Así, con estos breves antecedentes, presentamos las siguientes observaciones:

- (Art. 60) Este artículo subsume otros tipos penales. Se trata de un delito con algunos delitos. Debe restringirse la forma abierta de inclusión de los verbos rectores, esto complica la sanción y determinación de responsabilidades y genera impunidad. Además, el inciso segundo incluye a la analogía como determinante del delito, con lo cual se viola el principio de prohibición de analogía establecido en el derecho penal. Sugerimos suprimir el último inciso por prestarse a interpretaciones violatorias o contrarias a los criterios sobre la legítima defensa.
- (Art. 61) Debe delimitarse prolijamente cuáles son los “actos de naturaleza sexual”. Igual que en el artículo anterior se abusa de muchos verbos rectores.
- (Art. 63) Este artículo presenta ambigüedades que podrían extender el poder punitivo a la criminalización de estados de ánimo o deseos, con lo cual se viola el principio de materialidad. Esta observación se presenta sobre todo cuando se trata de criminalizar a quien “presencie”, o sea vea u observe la exhibición “parcial” del cuerpo de una niña, niño o adolescente.
- (Art. 65) Se inscribe situaciones inconstitucionales al criminalizar la tenencia, compra o posesión de pornografía. El exceso de verbos rectores dificulta la concreción de la conducta típica.
- (Art. 60-65) Debe manejarse con mayor mensurabilidad el establecimiento de las penas en estos delitos.
- (Art. 93) No existe un parámetro que evite confundir típicamente la violencia intrafamiliar y las lesiones con la tortura.
- (Arts. 98 y 101) Este tipo penal es abierto, puede criminalizar cuestiones legítimas en el espacio público. Además, el criterio

→



de qué es o no obsceno es subjetivo. Debemos recordar que no se debe confundir la moral con el derecho.

- (Art. 104. 1 y 2) Las categorías “por cualquier medio” o “en cualquier forma” violan el principio de estricta legalidad y taxatividad que se exige para un tipo penal.
- (Art. 113) Consideramos que este tipo penal es abierto, sobre todo en los numerales 1 y 2. Esto puede conllevar a la criminalización del espacio privado de las personas y sus amistades.
- (Arts. 118 y 119) Creemos que hay repeticiones innecesarias frente a los delitos de calumnias, no debe ser un delito autónomo.
- (Art. 126) Se debe agregar el actuar de los Entes de Burós Crediticios.
- (Art. 137 y 138) Notamos que existe una casi perceptible diferencia entre estos tipos penales. Deben relevarse los puntos típicamente distintos.
- (Art. 139) Debe eliminarse la expresión “haga desaparecer” puesto que se confunde con hurto.
- (Art. 150) Debe relevarse el reproche a las entidades del sistema financiero, es decir, a los bancos que se encuentran en posición de garante y que deben suministrar todo el resguardo para evitar la infiltración en las cuentas de sus clientes. Los bancos son los principales responsables por la vulneración de los sistemas de seguridad en las cuentas de ahorros o corrientes, por ello debe figurar su responsabilidad en este tipo de delitos.
- (Art. 153) Consideramos que si la quiebra es un lamentable hecho con consecuencias en el derecho civil, no tiene por qué concebirse como un delito.
- (Art. 157) La redacción de este delito puede caer en enclaves de lectura inconstitucional, pues debe determinarse primero la existencia de robo y hurto. Sugerimos una redacción más adecuada que permita una efectiva persecución del ilícito.



- (Art. 161) La edificación ilegal no es un problema para la ley penal, sino para el derecho administrativo. Sugerimos eliminar la propuesta de este tipo penal.
- (Art. 198) Existe una desproporción de la pena en el supuesto establecido en el tercer inciso del presente artículo y parte final del segundo inciso. No olvidemos que estamos frente a conductas culposas.
- (Art. 204) Debe mejorarse la redacción de este artículo, pues a simple lectura es ininteligible.
- (Arts. 205 y 206) Estos artículos presentan una desproporción en las penas que conllevan a que no exista sanción en la práctica.
- (Art. 209) Bajo el principio de materialidad de la acción penal, no se comprende cómo se puede dañar un bien intangible o inmaterial. Sugerimos una redacción técnica.
- (Art. 210) Existe una expansión innecesaria en el manejo de los verbos rectores, además de presentar desproporcionalidad de las penas, que tienen en coincidencia todos los delitos contra el patrimonio.
- (Art. 212) Este artículo debe remitirse al derecho administrativo por no merecer un juicio de reproche penal.
- (Art. 217) Se debe determinar con taxatividad qué es "faltar el respeto", para evitar que este delito se convierta en un tipo penal abierto. Se puede enumerar acciones que se consideren "faltar al respeto".
- (Arts. 220-226) Consideramos que deben concentrarse los supuestos de la evasión en no más de dos tipos penales, pues existe una sobrecarga típica del injusto penal.
- (Art. 226) Consideramos que el ingreso de "artículos ilegales" es abierto y subjetivo para establecerse en un tipo penal. Creemos que debe remitirse al derecho administrativo.
- (Art. 233) La pena para una persona natural que no entregue información debe ser menor que la aplicada para un servidor público.

- (Art. 241) Las penas por *testaferrismo* son desproporcionadas. Deben al menos ser construidas como penas leves.
- (Art. 245) Según el último inciso de este artículo, y de acuerdo a la estructura de penas altas para este tipo de delitos, se generaría cierta impunidad al establecer penas menores a los funcionarios elegidos por votación popular.
- (Art. 247) Deben depurarse los injustos penales de las cuestiones que pueden resolverse con el derecho tributario. Además, se confunden cuestiones de salubridad con cuestiones tributarias.
- (Art. 252) Debe atenuarse la pena en el tercer inciso por ser causalista.
- (Art. 262) Creemos que se debe usar otra nomenclatura en lugar de "pánico", toda vez que la economía no entra en pánico sino las personas de carne y hueso.
- (Art. 275) Debe suprimirse su último inciso por ser inconstitucional.
- (Art. 277) La ley no puede crear esferas de impunidad, por ello debe eliminarse el segundo inciso de este artículo.
- (Art. 281) Este artículo tiene una pena desproporcionada.
- (Art. 284) Existe una desproporción en el manejo de los supuestos en las denominadas infracciones aeronáuticas. Además de presentarse una real desproporción en las penas, inscribe supuestos de hecho que forman parte de delitos autónomos ya establecidos en el proyecto. Sugerimos eliminar este tipo.
- (Art. 303 y 304) Las penas para estos graves delitos, del cual el Ecuador ha padecido el pasado 30 de septiembre de 2010, no pueden ser menores. Sugerimos cuantificar con mayor grado la pena frente al grave injusto penal que representan.
- (Art. 315) Sugerimos eliminar este artículo, puesto que puede ser una fuente de impunidad frente a la tortura.

#

- (Art. 331-351) Estos artículos se repiten con los artículos establecidos a partir del 164 y siguientes.
- (Art. 352) No existe una clara diferencia y construcción dogmática en el tipo de lo que ha de entenderse por crimen organizado, pues sigue manteniéndose con mucha confusión.
- (Art. 363) Debe eliminarse este tipo penal por violar el principio de lesividad. Además, algunas jurisprudencias a nivel mundial han desplazado del ordenamiento jurídico penal la "ofensa" a los símbolos patrios<sup>3</sup>.
- (Art. 380) Debe eliminarse este artículo y enviarlo al derecho administrativo.
- (Art. 394) Al igual que los demás artículos sobre el medio ambiente, el presente mantiene una excesiva cantidad de pena.
- (Art. 402) Debe eliminarse este artículo por prestarse a posibles confusiones que podrían llevar nuevamente a la criminalización de las personas usuarias o consumidoras de drogas.
- (Art. 418 y 419) Consideramos problemática –en términos jurídicos penales– la causación del daño en un accidente de tránsito a los mecánicos automotrices al igual que los propietarios de almacenes automotrices.

<sup>3</sup> Caso Texas Vs. Johnson (1989), Corte Suprema de los Estados Unidos

