

# DERECHO PENAL CENTRAL

año V | número 5 | enero-diciembre 2024

REVISTA DE LA  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA,  
CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES  
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR



# REVISTA DERECHO PENAL CENTRAL



## La dogmática de los delitos de peligro y su aplicación en el delito de negociación incompatible. Un análisis desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú

The dogmatics of crimes of danger and its application in the crime of incompatible negotiation. An analysis from the jurisprudence of the Supreme Court of Justice of the Republic of Peru

DANIEL QUISPE MEZA

 Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

### RESUMEN

Este breve artículo tiene como fin determinar cuándo se realiza el delito de negociación incompatible —regulado dentro del título XVIII, en el artículo 399 del Código Penal— desde un estudio de la dogmática de los delitos de peligro. Posteriormente, se analizará si es que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú se viene interpretando de manera correcta el momento de la consumación de este delito que busca sancionar a «el funcionario o servidor público que, indebidamente, en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo».

**PALABRAS CLAVE:** RIESGO, NEGOCIACIÓN, PELIGRO ABSTRACTO, DELITO, DERECHO PENAL.



Recibido: 05/07/2023  
Aceptado: 03/09/2023

### ABSTRACT

This article aims to determine when the crime of incompatible negotiation —regulated within Title XVIII, in article 399 of the Penal Code— is consummated from a study of the dogmatics of dangerous crimes. Subsequently, it will be analyzed whether the jurisprudence of the Supreme Court of Justice of Peru is correctly interpreting the moment of consummation of this crime that seeks to punish «the official or public servant who, improperly, directly or indirectly or through a simulated act, he is interested, for his own benefit or that of a third party, in any contract or operation in which he intervenes by reason of his position».

**KEY WORDS:** RISK, NEGOTIATION, ABSTRACT DANGER, CRIME, CRIMINAL LAW.

## 1. Introducción

Este breve artículo tiene como fin determinar cuándo se realiza el delito de negociación incompatible —regulado dentro del título xviii, en el artículo 399 del Código Penal— desde un estudio de la dogmática de los delitos de peligro. Posteriormente,

se analizará si es que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú se viene interpretando de manera correcta el momento de la consumación de este delito que busca sancionar a «el funcionario o servidor público que, indebidamente, en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo».

Con lo expuesto, para un correcto análisis del momento de consumación de este delito se empezará por esbozar un concepto de bien jurídico que pueda ser de utilidad para determinar qué es lo que se pretende proteger en el título xviii del Código Penal y, en específico, en el delito de negociación incompatible. Ello servirá para conocer, atendiendo a la literalidad del tipo, cuál es la exigencia que ha establecido el legislador para que pueda verse consumado este delito.

Posteriormente, se hará un breve desarrollo de la construcción dogmática de los delitos de peligro, a fin de determinar si el delito de negociación incompatible, según su relación con el tipo de afectación que se produce al bien jurídico, es uno de peligro concreto o abstracto.

Finalmente, se analizarán algunas sentencias de la Corte Suprema, a fin de conocer si la interpretación de este supremo tribunal coincide con el desarrollo actual de la dogmática de los delitos de peligro y, como cierre, se propondrán criterios para constatar la creación de peligro en el delito de negociación incompatible, lo cual será útil para su aplicación por parte de los operadores de justicia.

## **2. El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible. Un delito contra la Administración pública**

### ***2.1. El punto de partida: la delimitación del concepto de bien jurídico***

Como se advirtió, resulta importante iniciar este trabajo esbozando una definición de «bien jurídico», puesto que los delitos de peligro pueden ser delimitados según su relación con el tipo de afectación que se produce al bien jurídico. Entonces, la delimitación del concepto de bien jurídico será útil para verificar cuál es el grado de afectación que se requiere para la consumación de un delito (Méndez Rodríguez, 1993, p. xix).

Como punto de partida, debe indicarse que una de las funciones de la norma jurídico-penal es la de proteger bienes jurídicos de especial relevancia, con lo cual se estaría tratando de salvaguardar aquellas condiciones que resulten indispensables para la convivencia social frente a graves ataques (Luzón Peña, 2016, p. 13).

Por ese motivo, el derecho penal tiene como función proteger aquellos intereses fundamentales, tanto individuales como colectivos de los ciudadanos, a fin de prevenir eventuales lesiones a estos intereses, de conformidad con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos que constituye un límite al *ius puniendi* estatal (Mir Puig, 2011, p. 111).

Dicho esto, es preciso señalar que no existe en la actualidad consenso con relación a lo que puede ser considerado o no un bien jurídico. Alrededor de este concepto se han elaborado diversas teorías que pretenden dotarla de contenido. Lo que se buscará en las siguientes líneas, sin ánimo de extender el debate, será asumir una determinada postura en torno al concepto de bien jurídico y desarrollarla brevemente.

De este modo, siguiendo a Roxin, se pudo definir al bien jurídico como aquellas «circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema» (Roxin, 1997, p. 56). Con esta definición no solo se abarca estados previamente hallados por el derecho, sino también a aquellos deberes de cumplimiento de normas que son creados por el propio derecho (Roxin, 1997, p. 56).

En esa misma línea, para poder delimitar cuáles son estas circunstancias o finalidades útiles para el individuo y su libre desarrollo, el legislador penal debe considerar, como límite a la potestad punitiva, el marco que brinda la Constitución, puesto que esta emana de un Estado de derecho que se basa en la libertad de las personas (Roxin, 1997, pp. 55-56).

Como se aprecia, se adopta una teoría constitucional del bien jurídico en la que las Constituciones democráticas, que emanan de un consenso social, se construyen en función de sus ciudadanos y de sus intereses básicos, por lo que es la Constitución la que muestra al derecho penal qué bienes jurídicos, sean individuales o colectivos, debe proteger el Estado (Mir Puig, 2011, pp. 112-113).

En otras palabras, la Constitución es el parámetro para poder delimitar qué elementos pueden resultar esenciales para la vida en sociedad conforme a aquellos valores preponderantes en una determinada sociedad y que, consecuentemente, deben protegerse. Este sería el procedimiento para poder afirmar que existe un bien jurídico que puede ser protegido penalmente (Corcoy Bidasolo, 2012, pp. 54).

Por ese motivo, la teoría constitucional del bien jurídico resulta útil, puesto que se busca, a través de la Constitución, una manera de limitar y vincular al legislador en el proceso de selección de bienes jurídicos. Como se ha señalado, el instrumento en el que se pueden encontrar aquellos principios y valores que son socialmente compartidos por la sociedad es la Constitución, por lo que el derecho penal debe adecuarse a sus postulados (González Rus, 1983, p. 35).

Como se aprecia, se está ante una vía legítima para limitar la potestad del legislador al momento de incorporar un delito al Código Penal. De este modo, con esta breve delimitación del concepto de «bien jurídico» se podrá, en las siguientes líneas, dotar de contenido al bien jurídico que se pretende proteger en los delitos contra la Administración pública y, en concreto, al delito de negociación incompatible.

## *2.2. El bien jurídico «genérico» protegido en los delitos contra la administración pública*

Como se señaló, este tipo penal se encuentra ubicado en el título xviii, Delitos Contra la Administración Pública, del Código Penal, por lo que, desde la función sistemática

que se le atribuye al bien jurídico (aunque no resulta ser un criterio determinante), puede afirmarse de manera preliminar que se está ante un delito que se encuentra orientado a proteger a la administración pública.

Al respecto, debe indicarse que resulta una labor complicada encontrar un bien jurídico común a todos los delitos incorporados en el título xviii, motivo por el cual, además de identificar un bien jurídico genérico será necesario, posteriormente, identificar en cada tipo penal cuál es el aspecto de la administración que se pretende proteger (Muñoz Conde, 2015, p. 808).

Dicho esto, con relación al bien jurídico que se pretende proteger de manera genérica en los delitos contra la administración pública, se han elaborado, principalmente, dos teorías: (i) el deber de lealtad y probidad del funcionario; y (ii) el correcto funcionamiento de la administración pública.

### 2.2.1. *El deber de lealtad y probidad del funcionario*

Con relación a la primera teoría, se ha señalado que lo que se busca proteger en los delitos contra la administración pública es que el funcionario no cometa actos que sean inmorales, deshonestos, contrarios a la pérdida de valores morales, cuando no religiosos, a la falta de principios, entre otros (Asúa Batarrita, 1997, p. 19).

A esta teoría, actualmente superada, se le critica la subjetividad en la que incurre, puesto que el derecho penal no se orienta a valorar o proteger la «bondad» o «maldad» respecto de una decisión adoptada por un funcionario (Asúa Batarrita, 1997, p. 20). Siendo esto así, se trataría de una postura que busca sancionar la mera infracción de un deber, por lo que se está ante una concepción formal que no explica cuál es su contenido y que, por tanto, carece de capacidad limitadora (Demetrio Crespo, 2000, p. 69).

Además de ello, se ha sostenido que la integridad del funcionario únicamente interesa si es que se logra afectar el correcto funcionamiento de la función que se encuentra dentro de su ámbito de competencias. De este modo, no se podrían tutelar aquellas conductas en las que no se exige una realización material efectiva por parte del funcionario, pese a que en muchas ocasiones la protección de la administración debe realizarse a través del adelantamiento de barreras de protección (De la Mata Barranco, 2009, p. 246).

Por ese motivo, se ha señalado que resulta necesario objetivar el deber que se le pretende otorgar al funcionario, a fin de evitar que para que se le sancione se requiera de la efectiva lesión de su deber. Siendo esto así, el desvalor debe centrarse en el correcto funcionamiento de la Administración enfocada desde la perspectiva de los ciudadanos, ya que es de esta manera que el deber de los funcionarios, y de la propia administración, tendría una verdadera relevancia penal (De la Mata Barranco, 2009, p. 246).

Siendo esto así, el «deber de lealtad» de un funcionario debe encontrarse orientado a verificar si efectivamente se han trasgredido las expectativas legítimas de la sociedad con relación al correcto funcionamiento de las instituciones públicas, conforme a los parámetros estipulados por la ley, puesto que es la ley y el derecho los que sirven de guía para que los funcionarios cumplan correctamente sus funciones,

toda vez que es la única «moralidad pública» que debe importar al control democrático (Asúa Batarrita, 1997, p. 20).

### 2.2.2. El correcto funcionamiento de la Administración pública

La crítica a la primera posición introduce la segunda postura que plantea que lo que debe protegerse es el correcto funcionamiento de la Administración pública. De este modo, se sostiene que la actuación del funcionario que es contraria a los deberes del cargo que ostenta será relevante únicamente si «logra afectar las expectativas de los ciudadanos en relación con la administración pública, siempre que impida u obstaculice el ejercicio de un derecho concreto o porque pone en serio peligro las posibilidades de acceso y participación en el disfrute de servicios o desarrollo de actividades que las instituciones deben garantizar o, en su caso, promover» (Asúa Batarrita, 1997, p. 20).

Por ello, conforme a esta postura, no se busca sancionar la infracción de deberes encomendados a un funcionario en una determinada administración. En realidad, lo que se busca tutelar es la función pública que encuentra su justificación en parámetros constitucionales que son los que delimitan cómo debe darse su correcto funcionamiento (De la Mata Barranco, 2009, p. 248).

Por ese motivo, se aprecia que el ámbito de protección se circunscribe a la función pública, y con ello se da un criterio de legitimación material, lo cual, conforme a la teoría constitucional de bien jurídico estudiada, constituye un límite eficaz al *ius puniendi* estatal. Además, al ser la función pública el eje central de protección, se podrá delimitar aquellas conductas que son meras infracciones administrativas (incumplimiento de deberes) y cuáles trascienden ese ámbito (De la Mata Barranco, 2009, p. 248).

De este modo, los delitos incorporados en el título xviii se encuentran dirigidos a sancionar al funcionario que abusa del poder que le encomienda la administración y, como consecuencia de dicho abuso, logra poner en peligro al correcto funcionamiento de la Administración pública, lo cual genera una afectación a los propios fines de la administración y la consecuente trasgresión de los principios a los que se encuentran vinculados por ley (Asúa Batarrita, 1997, pp. 21-22).

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional del Perú, en el expediente n.º 017-2011-PI/TC, fundamento jurídico catorce, reconoció que en los delitos contra la Administración pública se busca proteger el «correcto funcionamiento de la administración pública» y, desde un enfoque constitucional, se busca salvaguardar de manera oportuna los principios constitucionales que se derivan del capítulo iv, del título i, de la Constitución denominado «de la función pública».

Asimismo, el tribunal considera que se debe garantizar el principio de «buena administración», conforme a lo establecido en los artículos 39 y 44 de la Constitución. Con relación al primero, se señala que los funcionarios y trabajadores públicos se encuentran al servicio de la nación y, con relación al segundo, se establece que es un deber del Estado y también de los funcionarios públicos promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación (fundamento jurídico quince).

Siendo esto así, el Tribunal Constitucional, llega a la conclusión de que ambos preceptos buscan proteger constitucionalmente la lucha contra la corrupción y el orden democrático que emana del artículo 43 de la carta magna (fundamento jurídico dieciséis). Con lo expuesto, se aprecia que el injusto penal no se centra en el funcionario público, sino en la función pública y su función de prestación de servicios a los ciudadanos (Demetrio Crespo, 2000, p. 70).

Finalmente, debe indicarse que el bien jurídico definido con este carácter general debe ser precisado e individualizado conforme a cada tipo penal (Demetrio Crespo, 2000, p. 70), ya que resulta imposible que una conducta del funcionario logre atentar contra todos los principios que forman parte del correcto funcionamiento de la administración pública (Castro Cuenca, 2009, p. 139).

Siendo esto así, en las siguientes líneas se buscará determinar cuál es el principio específico de la administración pública que se pretende proteger en el delito de negociación incompatible, a fin de garantizar su correcto funcionamiento.

### *2.3. El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible*

Atendiendo a la estructura típica del delito de negociación incompatible, se advierte que se busca sancionar al funcionario que se interesa de manera indebida en cualquier contrato u operación en el que intervenga por razón de su cargo. Como se aprecia, el tipo penal se encuentra dirigido a prohibir que un funcionario, en el ámbito de la contratación estatal, actúe de manera parcializada, conforme a sus intereses personales, y no conforme a los intereses generales de la administración.

En buena cuenta, lo que se busca proteger como bien jurídico es la objetividad que debe revestir toda actuación que se realice en los procesos de contratación estatal. El proceder con objetividad implica que el funcionario actúe sin consideraciones personales y conforme a la voluntad de la norma (Castro Cuenca, 2009, p. 142) y, además, exige una actuación imparcial que forma parte del contenido de la objetividad en la que se señala que el funcionario debe prescindir de intereses propios y actuar conforme a lo establecido en la ley (Castro Cuenca, 2009, p. 143).

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el bien jurídico protegido<sup>1</sup> son los principios que rigen la contratación estatal (transparencia en las operaciones, imparcialidad, libre competencia y el trato justo e igualitario a los proveedores) que se derivan de lo establecido en el artículo 76 de la Constitución.

Con lo expuesto, en las siguientes líneas, considerando el bien jurídico que se pretende proteger, se analizará cuándo es que se consuma el delito de negociación incompatible. Para este efecto, previamente, como se advirtió, será necesario conocer cuál es la discusión actual sobre la dogmática de los delitos de peligro.

---

1 El Tribunal Constitucional hizo alusión a los principios que rigen la actividad contractual respecto al bien jurídico que se protege en el delito de colusión regulado en el artículo 384 del Código Penal que busca sancionar, en su modalidad simple, al funcionario público que se concierta con un particular con la finalidad de defraudar los intereses estatales en el ámbito de la contratación pública o de cualquier operación a cargo del Estado. Por ese motivo, los argumentos del Tribunal Constitucional respecto al bien jurídico protegido en el delito de colusión son de recibo para el delito de negociación incompatible.

### 3. La consumación del delito de negociación incompatible: ¿delito de peligro abstracto o delito de peligro concreto? Un análisis desde las sentencias de la Corte Suprema de la República del Perú.

#### 3.1. La dogmática de los delitos de peligro

De manera previa, debe indicarse que un tipo penal, según su relación con el tipo de afectación que se produce al bien jurídico, puede ser de lesión o de peligro. Asimismo, dentro de los delitos de peligro, se hace la distinción entre «delitos de peligro concreto» y «delitos de peligro abstracto».

Con relación a la definición de los delitos de lesión, no existe problema alguno en afirmar que estos se perfeccionan con la destrucción o menoscabo del bien jurídico. De este modo, «por ser esta destrucción o menoscabo un elemento de la figura delictiva se requiere que una u otra se produzca para que la acción se adecúe al tipo» (Barbero Santos, 1973, p. 488).

Asimismo, tampoco existe mayor controversia con relación al concepto de peligro concreto, puesto que el peligro es considerado un elemento del tipo y, por tanto, para su consumación se requiere de la demostración de una efectiva producción de una situación de peligro (Barbero Santos, 1973, p. 489). En buena cuenta, los delitos de peligro concreto son, en realidad, delitos de resultado (Cerezo Mir, 2002, p. 48).

Los problemas radican, en realidad, en el concepto que se le atribuye al delito de peligro abstracto. Por ejemplo, Cerezo Mir señala que el peligro únicamente es lo que motivó al legislador a crear la figura delictiva, por lo que el peligro no constituye un elemento del tipo y, consecuentemente, el delito quedará consumado aunque, en el caso específico, no se hubiese producido un peligro para el bien jurídico protegido (2002, p. 47).

En esa misma línea, Barbero Santos también señala que en los delitos de peligro abstracto, el peligro no es un elemento del tipo, sino la razón que motivó al legislador a incriminar la conducta; en otras palabras, el punto de partida del legislador es el análisis *ex ante* de una determinada situación que es comúnmente peligrosa a la cual conmina con pena su realización (1974, p. 489).

De este modo, esta corriente doctrinal afirma que «en los delitos de peligro abstracto la norma penal hace abstracción de la situación de riesgo concreta para otros ámbitos de organización individual o supraindividuales y describe como típicas conductas que estadísticamente o de forma general se muestran como peligrosas» (Feijoo Sánchez, 2005, p. 311). Como se aprecia, se trata de una presunción *iure et de iure* que el juzgador debe respetar.

Sin embargo, a esta posición que plantea que los delitos de peligro abstracto son delitos de «peligro estadístico», se le ha criticado que debido a su abstracción máxima puede conllevar a que se sancionen conductas que materialmente no constituyan la realización del injusto penal en un caso concreto (Feijoo Sánchez, 2005, p. 320).

Al respecto, puede citarse el clásico ejemplo en el que dos personas manejan en estado de ebriedad. El primero de ellos lo hace en una concurrida avenida, mientras

que el segundo lo hace en una carretera sin personas ni autos que se encuentren alrededor de los 100 kilómetros.

Se aprecia que el primero de ellos sí estaría poniendo en peligro el bien jurídico «seguridad pública», puesto que se ha realizado la conducta en una vía concurrida. En el segundo supuesto, en realidad, parecería ser que materialmente no se podría poner en peligro este bien jurídico, debido a que no existen personas alrededor, por lo que el sujeto no podría generar un peligro potencial para la seguridad pública.

De este modo, Bernardo Feijoo, citando a Terradillos, señala que «el pronóstico del legislador no averado por el juzgador no pasa de ser una valoración estadística, que no puede fundamentar la afirmación de responsabilidad criminal individual» (2005, p. 320). Por ese motivo, Mendoza Buergo considera que en los delitos de peligro abstracto la peligrosidad no solo es un motivo para que el legislador incrimine la conducta, sino que también constituye el dato que se requiere para fundamentar la afirmación de la adecuación típica y del carácter injusto del hecho (2002, p. 41).

Ello se debe a que no puede entenderse que la tipicidad y el injusto objetivo del hecho en un caso concreto se vean constatados con la sola realización de la conducta descrita en el tipo, toda vez que, de no ser así, ello conduciría a que conductas materialmente y formalmente contrarias a la norma sean reputadas igualmente típicas (Mendoza Buergo, 2002, p. 41), tal como se explicó con el ejemplo anteriormente citado.

Por lo expuesto, debe indicarse que el peligro estadístico constituye un fundamento suficiente para la creación de tipos penales que se orienten a desvalorar este tipo de conductas; sin embargo, no son suficientes para fundamentar la intervención del derecho penal frente a un ciudadano en concreto (Feijoo Sánchez, 2005, p. 320).

De este modo, atendiendo a las críticas relativas a los delitos de peligro como meras estadísticas que sanciona el legislador, es necesario replantear su contenido y, para ello, se partirá de la propuesta planteada por Mendoza Buergo, quien señala que deben aplicarse los criterios de imputación objetiva a fin de determinar la creación de un riesgo prohibido en los delitos de peligro abstracto.

Mendoza Buergo señala que en los delitos de peligro abstracto no se puede ingresar a verificar la imputación objetiva de resultado, pero ello no implica que no resulte necesario considerar la comprobación individual del primer nivel de imputación: la imputación del hecho al tipo objetivo, lo cual implica constatar la creación de un peligro *ex ante* no permitido que abarque el fin de protección del tipo penal (2002, p. 73).

Siendo esto así, Mendoza Buergo, de manera acertada, señala que los criterios de imputación objetiva no solo deben ser aplicados a delitos de resultado, toda vez que la constatación de si el autor ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado y cuál es el alcance del tipo no corresponde a la imputación del resultado, sino que «circunscriben ya la propia relevancia típica y la antinormatividad de la conducta» (2002, p. 74).

Por ello, tal como sucede en el análisis de los delitos de lesión, en los delitos de peligro deben aplicarse los criterios de imputación objetiva a fin de seleccionar y eliminar determinados casos que «no presentan suficientes elementos de peligro, o porque no se ha creado un peligro relevante penalmente de forma desaprobada» (Mendoza Buergo, 2002, p. 75). Piénsese nuevamente, por ejemplo, en el caso del

conductor que maneja en estado de ebriedad en una carretera sin personas ni autos que se encuentren alrededor de los 100 kilómetros.

En consecuencia, en los delitos de peligro abstracto será necesario constatar la creación de un riesgo jurídicamente relevante desde una perspectiva *ex ante*, por lo que resultará determinante verificar si «un observador objetivo con los conocimientos del autor hubiera considerado arriesgado el comportamiento correspondiente» (Mendoza Buergo, 2002, pp. 76-77).

En otras palabras, en los delitos de peligro abstracto debe verificarse si se ha creado un peligro para el bien jurídico que no se encuentre cubierto por el riesgo permitido que pueda tolerar el tipo penal. De ahí que sea importante la verificación de los conocidos criterios para excluir la imputación por cuestiones dirigidas a disminuir el riesgo, la falta de creación de peligro o el ámbito del riesgo permitido (Roxin, 1997, pp. 365 y ss.).

Ahora bien, considerando lo anteriormente estudiado, se procederá a analizar las resoluciones emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, a fin de conocer cuál ha sido la interpretación que se le ha dado a este tipo penal. Con ello, finalmente, se podrá esbozar una propuesta de interpretación de este tipo penal respecto al momento de su consumación a fin de que sea considerado como un criterio de interpretación por parte de los operadores de justicia.

### ***3.2. El delito de negociación incompatible en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Análisis y propuesta de interpretación***

Para determinar si se está ante un delito de peligro abstracto o concreto, el juzgador, al aplicar un tipo penal, se encuentra vinculado a interpretar el tipo conforme a lo descrito de manera literal en la ley y, desde ese punto, debe verificar si se está ante un delito de peligro abstracto o ante un delito de peligro concreto (Feijoo Sánchez, 2005, p. 315).

Desde esta perspectiva, la literalidad de la norma tendrá como finalidad evitar interpretaciones en contra de la ley, muy a pesar de que pueda ir a favor del reo, toda vez que es el propio tipo penal el que establece diferencias en los niveles de peligro y, por tanto, no pueden ser interpretados y aplicados por el juez obviando dichas diferencias (Feijoo Sánchez, 2005, p. 316).

Como se señaló, el tipo penal busca sancionar al funcionario público que indebidamente, en forma directa o indirecta o por acto simulado, se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo. En buena cuenta, se sanciona que el funcionario se interese indebidamente en cualquier contrato u operación en la que participe el Estado.

Siendo esto así, se puede apreciar que, desde la redacción típica del delito de negociación incompatible, no se exige la creación de un peligro concreto para su consumación a diferencia de, por ejemplo, el delito de peligro por medio de incendio o explosión (artículo 273 del Código Penal peruano) en el que se sanciona a quien «*crea un peligro común* para las personas o los bienes mediante incendio, explosión o liberando cualquier clase de energía». (Énfasis nuestro).

Pese a la claridad del tipo penal, en la Casación n.º 231-2017-Puno, del 14 de septiembre de 2017, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, se ha señalado que, al no exigirse en el delito de negociación incompatible un perjuicio efectivo para la administración pública, este constituye un delito de peligro concreto, lo cual implica que «la acción definida en el tipo penal debe producir una situación real y efectiva de riesgos para el bien jurídico, el correcto funcionamiento de la Administración pública» (fundamento jurídico décimo tercero).

Inclusive, para justificar que se está ante un delito de peligro concreto se señala en la citada ejecutoria que debe respetarse el principio de lesividad, por lo que «la represión de la acción debe estar condicionada a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada la infracción» (fundamento jurídico décimo cuarto). Debido a ello, sostiene el supremo tribunal que el «interés indebido» debe ser de una magnitud que suponga un menoscabo para la administración.

A mayor abundamiento, se sostiene que en el delito de negociación incompatible no se debe sancionar la mera desobediencia de las normas de contrataciones con el Estado, por lo que, en aras de interpretar el tipo de conformidad con los principios de lesividad, subsidiariedad y fragmentariedad, debe exigirse un peligro concreto para bien jurídico protegido (fundamento jurídico décimo quinto).

Como se aprecia, parecería ser que se está ante una errónea interpretación del tipo penal. Por ejemplo, como se explicó, para verificar cuándo se está ante la consumación de un tipo penal debe encontrarse delimitado previamente el bien jurídico que se pretende proteger. Sin embargo, en la ejecutoria suprema se señala, de manera genérica, que se está ante la protección del bien jurídico «correcto funcionamiento de la administración pública», por lo que no se precisa qué aspecto de la administración se pretende proteger.

En esa misma línea, en la ejecutoria suprema, al parecer, de manera errónea, equipara la construcción dogmática de los delitos de peligro abstracto con la de los delitos denominados de «mera desobediencia», toda vez que se señala que en el delito de negociación incompatible debe evitarse sancionar «meras desobediencias» a fin de garantizar el respeto por los principios de lesividad, subsidiariedad y fragmentariedad.

Al respecto, debe indicarse que los delitos de mera desobediencia son aquellos en los que no es posible identificar de manera precisa cuál es el ámbito que pretende proteger la norma, motivo por el cual «no solo estaremos ante un delito sin resultado, sino también ante una conducta punible sin referencia alguna a un desvalor de resultado» (Laurenzo Copello, 1992, p. 181).

Por ese motivo, los delitos de mera desobediencia han sido cuestionados, debido a que desbordarían los límites en los que el derecho penal se encuentra legitimado a actuar, por lo que su incorporación en los códigos penales carecería de toda justificación al no orientarse la sanción de estos tipos penales a la protección de bienes jurídicos (Laurenzo Copello, 1992, p. 181).

Siendo esto así, el argumento de la Corte Suprema orientado a justificar que el delito de negociación incompatible debe ser de peligro concreto, a fin de evitar que se sancionen las meras desobediencias, no resulta adecuado, toda vez que, como se

explicó, lo que se pretende proteger en este tipo penal es la objetividad en la actividad contractual en el que se requiere, para su consumación, la creación de un riesgo prohibido. Es decir, es posible identificar el ámbito que se pretende proteger con lo descrito en el tipo penal.

En la línea de la jurisprudencia suprema, anteriormente citada, la Sala de Apelaciones de la Corte de Justicia de Lima, en el expediente 183-2011-4-1826-JR-PE-02, del 08 de febrero de 2013, ha señalado que se está ante un «delito de peligro concreto en el que para su consumación no se requiere de la producción de un resultado perseguido cuando el funcionario se interesa indebidamente, ya que no ha de inferirse que dicho momento coincida con la celebración del contrato, basta que ello ocurra en el curso de la gestión en cualquier etapa de la contratación pública» (fundamento jurídico 8.4).

Al respecto, es necesario indicar que en la citada resolución no se explica por qué se está ante un delito de peligro concreto, ni cuál sería el peligro concreto requerido para que se vea consumado el delito. Se puede resaltar que, a diferencia de la ejecutoria suprema, anteriormente citada, en esta ejecutoria sí se delimita el bien jurídico protegido que vendría a ser la imparcialidad, rectitud, objetividad en la actuación funcional frente a los competidores ofertantes en los contratos o negocios estatales (fundamento jurídico 8.1).

Por otro lado, en la Casación 628-2015-Lima, del 05 de mayo de 2016, emitida por la Sala Penal Transitoria, se interpreta que para la consumación del tipo penal se requiere que el interés indebido en un contrato u operación produzca un provecho a favor del propio funcionario o a favor de terceros (fundamento jurídico 2). Es decir, se interpreta que el quebrantamiento del deber de objetividad necesariamente debe llevar a un resultado lo cual, inclusive, va más allá de las exigencias planteadas por la dogmática de los delitos de peligro concreto.

Esta falta de uniformidad respecto a cuándo se consume el tipo penal de negociación incompatible es constante, toda vez que en la Casación 67-2017-Lima, del 11 de julio de 2017, se señala que se está ante un delito de peligro abstracto.

Al respecto, se ha señalado en el fundamento jurídico 37 lo siguiente:

Debido a su naturaleza de peligro, su realización **no se encuentra supeditada a la lesión efectiva de un bien, sino que la relación entre el peligro y la realización del mal futuro se encontrará en un nexo de posibilidad**. Al constituir un adelantamiento al poder del Estado, debe ser debidamente interpretado y aplicado en el caso concreto, de tal forma **que no se castigue el solo incumplimiento o desobediencia a la normativa estatal**, que contravendría los principios de última ratio (subsidiariedad y fragmentariedad) y la proporcionalidad de la represión penal, **sino que se verifique el interés particular del sujeto activo**, por ello, su interpretación y aplicación debe ser restrictiva. (Énfasis agregado)

Aunado a ello, se señala que, a fin de evitar sancionar meras desobediencias, es necesario que el juzgador valore los hechos del caso concreto y, como consecuencia de ello, es importante analizar el interés indebido, primero, a nivel administrativo y únicamente si trasciende el ámbito que se pretende proteger administrativamente, deberá intervenir el derecho penal (fundamento jurídico 38).

Ciertamente, esta ejecutoria suprema se acerca a lo que se ha tratado de plantear con relación a la reinterpretación de los delitos de peligro abstracto, toda vez que se señala que para la configuración del delito se requiere verificar un interés indebido por parte del funcionario público.

No obstante, pese a ese acierto, en la ejecutoria suprema de manera contradictoria se indica que se está frente a un delito que sanciona un «nexo de posibilidad»; es decir, una mera probabilidad que, como se estudió, no requeriría en el caso concreto de la comprobación de la creación de un riesgo prohibido.

Asimismo, la labor de constatar la creación del riesgo prohibido debe corresponderle al juez penal y no debe ser remitida, como lo sugiere esta resolución, al ámbito del derecho administrativo sancionador.

Finalmente, con mayor precisión, el Recurso de Nulidad 677-2016-Lima, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, se orienta a describir lo que se ha buscado proponer en este trabajo sobre la dogmática de los delitos de peligro abstracto. En esta ejecutoria, en el fundamento jurídico 6.7, se señala lo siguiente:

En términos de imputación objetiva, **el riesgo prohibido con el actuar del agente se verifica con la realización de actos irregulares que deja trasuntar un interés en usar el cargo en provecho propio o de tercero**, no se aprecia que la conducta del agente esté encaminada a afectar el patrimonio estatal, de ahí que no se exige, para su configuración, que exista perjuicio o en su defecto, un provecho económico para el funcionario o servidor público, solo basta con exteriorizar ese interés para consumar el delito materia de análisis, tanto más si resulta ser un delito de peligro, **el cual se configura solo con aquél interés particular del funcionario** o servidor público respecto al contrato u operación en que interviene por razón de su cargo. (Énfasis nuestro)

Como se aprecia, en esta ejecutoria suprema, pese a que se señala que el delito se consuma únicamente con el interés indebido del funcionario, es importante resaltar que exige igualmente la creación de un riesgo prohibido que se puede constatar con la realización de actos irregulares.

De este modo, se puede llegar a la conclusión de que la consumación en el delito de negociación incompatible va más allá de la realización de la conducta típica: el «interés indebido» por parte del funcionario. De no ser así, se podría cuestionar, tal como se hizo en la demanda de inconstitucionalidad que revisó la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C. 128/03, que el «interesarse indebidamente» pueda constituir un derecho penal de autor, pues se estaría penalizando el ánimo interior del funcionario y no la materialización externa del pensamiento; es decir, se estaría sancionando las ideas del funcionario.

Por ese motivo, para constatar el «interés indebido» debe acreditarse la creación de un riesgo prohibido que debe ser exteriorizado a través de la conducta del funcionario público que, claro está, debe ser analizada en cada caso concreto. Por ejemplo, un indicio que puede ser de utilidad para constatar la creación de un riesgo prohibido para el bien jurídico protegido, tal como lo señala el Recurso de Nulidad n.º 677-2016-Lima, es la constatación de actos irregulares en la actividad contractual del Estado.

Siendo esto así, para excluir de responsabilidad penal a un funcionario público, se requeriría, a modo de ejemplo, y no de manera taxativa, lo siguiente:

- Que el funcionario público disminuya el riesgo (Castro Cuenca, 2009, pp. 162-163). Por ejemplo, ante un fenómeno natural se podría justificar una contratación directa a fin de disminuir el riesgo para el bien jurídico protegido. No obstante, es necesario acotar que deberá verificarse que la contratación directa, en realidad, se encuentre justificada, por ejemplo, constatando a través de los organismos competentes que, en efecto, se trata de un fenómeno natural de gran intensidad que justifica la contratación directa.
- Que exista ausencia de creación de peligro por parte del funcionario: el funcionario no disminuye el riesgo para el bien jurídico y tampoco lo aumenta. Por ejemplo, pequeños regalos realizados al funcionario no podrían poner en peligro su objetividad al momento de adjudicar un contrato estatal (Castro Cuenca, 2009, p. 164). Sin embargo, cabe resaltar que, más allá de la exclusión de la tipicidad por tratarse de conductas socialmente adecuadas, es necesario constatar si, en efecto, el pequeño regalo ha sido suficiente o no para vincular la decisión del funcionario. De ser así, sí se habría generado afectación a la objetividad en el ámbito de la contratación estatal, a pesar del irrisorio regalo otorgado al funcionario.

#### 4. Conclusiones

En este breve artículo se ha tratado de proponer una reinterpretación de la dogmática de los delitos de peligro vinculada al delito de negociación incompatible, regulado en el artículo 399 del Código Penal peruano que forma parte de los delitos contra la administración pública.

Para ello, se inició este artículo esbozando una definición de bien jurídico con la finalidad de poder delimitar lo que se pretende proteger de manera genérica en los delitos contra la administración pública y, en específico, en el delito de negociación incompatible. De este modo, el bien jurídico «objetividad en los procesos de contratación estatal» ha servido como baremo para determinar cuándo la conducta típica de interesarse indebidamente logra ponerla en peligro.

Una vez delimitado el bien jurídico que se pretende proteger, se buscó explicar la discusión actual de la dogmática de los delitos de peligro y se pudo concluir que la construcción dogmática de los delitos de peligro abstracto, a diferencia de los delitos de lesión, no había sido uniforme. Por ese motivo, se propuso seguir la interpretación planteada por Mendoza Buergo en la que señala que todos los tipos penales, sin distinción, requieren de la constatación de la creación de un riesgo prohibido como primer nivel de imputación objetiva.

Dicha interpretación resulta útil, puesto que, de no ser así, dos conductas distintas podrían llevar a una misma solución y ello, claro está, afectaría el principio de responsabilidad subjetiva al no poderse afirmar ni el dolo ni la imprudencia con relación a la peligrosidad del comportamiento realizado (Mendoza Buergo, 2002, pp. 43-44), así como también se estaría atentando contra el principio de igualdad.

Posteriormente, se analizaron las sentencias de la Corte Suprema a fin de verificar si se estaba realizando una correcta interpretación del tipo penal, conforme a los postulados propuestos en el presente trabajo y, lamentablemente, se pudo apreciar que la jurisprudencia no era uniforme: en una ejecutoria se señalaba que se estaba ante un delito de peligro concreto, en otra se exigía un resultado y en otro grupo de ejecutorias se señalaba que se estaba ante un delito de peligro abstracto.

Pese a esta advertida falta de uniformidad de las ejecutorias supremas, se pudo apreciar que en el Recurso de Nulidad 677-2016-Lima se planteó que para la consumación del delito de negociación incompatible se debe constatar la creación de un riesgo prohibido a través del desempeño de actos irregulares cometidos por el funcionario público.

Por ello, en este trabajo se considera que sobre la base de lo postulado en esa ejecutoria suprema debe seguirse una línea jurisprudencial uniforme en la que se advierta la necesidad de constatar el primer eslabón de análisis de la imputación objetiva a fin de verificar si ha existido o no la creación de un riesgo prohibido y, para ello, se deben considerar las pautas precedentemente señaladas en el punto anterior de este artículo. De esa manera, se podrá establecer una dogmática de los delitos de peligro coherente con los principios del derecho penal, tales como el de culpabilidad, igualdad, lesividad, entre otros.

## Referencias

- Asúa Batarrita, Adela. (1997). La tutela del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria. En Adela Asúa Batarrita (ed.), *Delitos contra la Administración pública* (pp. 13-55). Instituto Vasco de Administración Pública.
- Demetrio Crespo, Eduardo. (2000). Corrupción y delitos contra la Administración pública. En Eduardo Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos* (pp. 67-72). Ratio Legis.
- Barbero Santos, Marino. (1973). Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, (26), pp. 487- 498.
- Castro Cuenca, Carlos Guillermo. (2009). *La corrupción en la contratación pública en Europa*. Ratio Legis.
- Cerezo Mir, José. (2002). Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (10), pp. 47-52.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu. (2012). Expansión del derecho penal y garantías constitucionales. *Revista de Derechos Fundamentales*, 8, 45-76.
- De la Mata Barranco, Norberto. (2009) ¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción? *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, (23), 245-259.
- Feijoo Sánchez, Bernardo. (2005). Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro. En *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (pp. 307- 342). Civitas.

- González Rus, Juan José. (1983). *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*. Fundación Juan March.
- Laurenzo Copello, Patricia. (1992). *El resultado en derecho penal*. Tirant lo Blanch.
- Luzón Peña, Diego. (2016). *Lecciones de derecho penal. Parte general* (3.<sup>a</sup> ed.). Tirant lo Blanch.
- Méndez Rodríguez, Cristina. (1993). *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Centro de estudios judiciales.
- Mendoza Buergo, Blanca. (2002). La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto. *Revista de derecho penal y criminología*, (9), 39-82.
- Mir Puig, Santiago. (2011). *Bases constitucionales del Derecho Penal* (1.<sup>a</sup> ed.). Iustel.
- Mir Puig, Santiago. (2016). *Derecho penal. Parte general* (10.<sup>a</sup> ed.). Editorial B de F.
- Muñoz Conde, Francisco. (2015). *Derecho penal. Parte especial* (20.<sup>a</sup> ed.). Tirant lo Blanch.
- Roxin, Claus. (1997). *Derecho penal. Parte general* (tomo 1). Civitas.



# REVISTA DERECHO PENAL CENTRAL



## La presencia de factores crimino-impelentes de la criminalidad prematura entre los estudiantes de los establecimientos secundarios fiscales del centro de Quito

### The presence of crimino-impelling factors of premature crime among students of secondary public establishments in the center of Quito

RUBÉN CASTRO ORBE

Universidad Central del Ecuador (Ecuador)

MAURICIO PACHECO

Universidad Central del Ecuador (Ecuador)

ALEXANDRA GUALOTO MOSQUERA

Universidad Central del Ecuador (Ecuador)

#### RESUMEN

Utilizando la denominación de *criminalidad prematura*, relativa al fenómeno comúnmente conocido como *delincuencia juvenil*, se exponen los resultados de la investigación descriptiva realizada en varios establecimientos secundarios fiscales del centro de Quito.<sup>1</sup> La investigación tuvo como objetivo principal permitir acercarse a la comprensión de las conductas problemáticas, identificando los principales factores crimino-impelentes que influyen en la generación de esa criminalidad prematura, puesto que tales conductas pueden convertirse en conflictos sociales. También se ha tenido en cuenta que existen visiones que buscan encontrar factores causales del delito, que inquieren no solo por la entrada en las actividades delictivas de menores de edad, sino, principalmente, tratando de responder a la siguiente interrogante: ¿todos los/las adolescentes que cometen infracciones, serán adultos delincuentes? Para tal efecto, la recolección de datos aplicó a ochocientos once estudiantes, en medio de la pandemia y usando una plataforma virtual, utilizando un cuestionario estructurado elaborado con el apoyo de una mesa técnica multidisciplinaria interinstitucional, con ocho categorías de factores de riesgo: historia vital, factores individuales, factores familiares, factores educativos, factores ligados al grupo de pares, factores sociales o comunitarios e influencia de medios de comunicación.

**PALABRAS CLAVE:** ADOLESCENTES, CRIMINALIDAD PREMATURA, FACTORES DE RIESGO, CONDUCTAS DISRUPTIVAS, CONDUCTAS DE RIESGO, CONFLICTOS SOCIALES, FACTORES CRIMINO-IMPELENTES.



Recibido: 01/08/2023  
Aceptado: 10/09/2023

1 En este proyecto participaron como parte del equipo y en la proposición de los instrumentos, así como en la interpretación de los resultados, la Lic. Grimaneza Narváez, responsable de la oficina de ILANUD Ecuador; la Ab. Grace Araujo, exsecretaria del Instituto de Criminología, y los psicólogos Washington Casamen y Andrés García, en el procesamiento de la data. También contribuyeron los docentes de Psicología de la Universidad Central, Diana Villagómez y Jaime Zapata, sobre todo en la fase de la interpretación. A todos ellos les expresamos nuestro reconocimiento por sus aportes.

**ABSTRACT**

Since the denomination of premature criminality, related to the phenomenon commonly known as juvenile delinquency, the results of the descriptive investigation carried out in the secondary fiscal establishments of the Center of Quito are exposed, the main objective of the investigation was to allow us to approach the understanding of problematic behaviors, identifying the main crimino-impelling factors that influence the generation of this premature criminality since such behaviors can become social conflicts. It has also been taken into account that there are visions that seek to find causal factors of the crime, which inquire not only about the entry into criminal activities of minors, but, mainly, trying to answer the following question: All adolescents who commit offenses, will they be delinquent adults? For this purpose, the data collection was applied to eight hundred and eleven students, in the midst of the pandemic and using a virtual platform, using a structured questionnaire prepared with the support of an inter-institutional multidisciplinary technical table with 8 categories of risk factors: vital history, individual factors, family factors, educational factors, factors linked to the peer group, social or community factors and the media.

**KEYWORDS:** TEENAGERS, PREMATURE CRIMINALITY, RISK FACTOR'S, DISRUPTIVE BEHAVIORS, RISK BEHAVIORS, SOCIAL CONFLICTS, CRIMINAL FACTORS-IMPELLING.

## 1. Introducción

La presente investigación, de carácter teórico-aplicada, tiene un enfoque mixto; su alcance es descriptivo, se indaga sobre la existencia de varios factores crimino-impelentes que inciden en la criminalidad prematura. En ella se propuso como hipótesis que, en ciertos adolescentes, los aspectos individuales y sociales como la edad, la familia, la educación, la cultura, el entorno social, las condiciones socio-económicas, sobre todo, pueden contener factores crimino-impelentes de la criminalidad prematura, como fase transitoria o como probabilidad de desarrollo del comportamiento antisocial o de reincidencia.

La investigación estuvo orientada a identificar los principales factores crimino-impelentes que influyen en la criminalidad prematura de los adolescentes de las instituciones educativas fiscales del centro de Quito, para generar una propuesta de fortalecimiento y adecuación de la política pública de prevención del riesgo criminológico, como objetivo general. Como específicos, se propuso:

1. Determinar los principales factores de riesgo crimino-impelentes que influyen a la criminalidad prematura de los adolescentes;
2. Especificar las tendencias sobre qué tipo de posibles conductas disruptivas o actuaciones ilícitas son más comunes, en la actuación de los adolescentes; y,
3. Analizar si las variables socio-demográficas sexo, edad, nivel socio-económico, están relacionadas con la criminalidad prematura de los adolescentes investigados.

Para el análisis de los resultados se realizó un proceso de construcción del instrumento de recolección de datos que se inició con la creación de una mesa técnica multidisciplinaria e interinstitucional, la misma que estuvo conformada por representantes de la Subsecretaría para la Innovación Educativa y el Buen Vivir del Ministerio de Educación; representantes de la Dirección de Prevención de Vulnerabilidad

de Derechos del Ministerio de Inclusión Económica y Social; representantes de la Dirección Distrital de Educación 17D04–Centro; exdirectora residente de la oficina de ilanud en Ecuador; representante regional de ilanud (Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente); y, por el equipo de investigación del Instituto de Criminología «Julio Endara» de la Universidad Central del Ecuador.

Para la investigación se consideró las siguientes categorías de factores de riesgo: 1. historia vital; 2. factores individuales; 3. factores familiares; 4. factores educativos; 5. factores de violencia y directos de conductas ilícitas; 6. factores de relaciones con pares; 7. factores sociales o comunitarios; 8. factores socio-económicos y culturales; y 9. factores derivados de acceso y utilización de medios de comunicación (ver Tabla 1).

**Tabla 1.** Unidades educativas, centro de Quito

N.º	UNIDAD EDUCATIVA	MUESTRA SOLICITADA	DATOS MUESTRA ENCUESTA		
			SEXO	ENCUESTAS CONTESTADAS	TOTAL
1	10 de Agosto <sup>1</sup> -17H00793	26	Mujer	10	25
			Varón	15	
2	Darío Guevara Mayorga-17h00771	40	Mujer	22	43
			Varón	21	
3	Diez de Agosto-17H00799	55	Mujer	42	60
			Varón	18	
4	Eugenio Espejo-17H00890	60	Mujer	34	54
			Varón	20	
5	Mejía-17H00864 290	215	Mujer	175	290
			Varón	115	
6	Miguel Ángel Zambrano-17H00976	40	Mujer	34	49
			Varón	15	
7	Pichincha-17h00805	30	Mujer	17	35
			Varón	18	
8	Rafael Larrea-17H00826	75	Mujer	31	51
			Varón	20	
9	Santiago de Guayaquil-17H00662	65	Mujer	49	89
			Varón	40	
10	Simón Bolívar-17H00791 115	120	Mujer	69	115
			Varón	46	

1 En el listado constan dos colegios con nombres similares (10 de agosto y Diez de Agosto) y corresponden a unidades diferentes.

## Resultados

El análisis de contenido se realizó a partir de la muestra de 811 estudiantes de diez establecimientos secundarios del Centro de Quito, integrado por 76 estudiantes de octavo (9,37%); 102 de noveno (12,45%); 262 de décimo (32,31%) de básica; y 170 estudiantes de primero (20,96%); 108 de segundo (13,32%); y 94 de tercero (11,59%), de bachillerato.

### A. Factores de riesgo

Los *factores de riesgo* se definen como las variables que pueden afectar de manera negativa al desarrollo de las personas. Es un concepto que refiere a la presencia de situaciones personales o contextuales, que pueden incrementar la probabilidad de desarrollar problemas conductuales, emocionales o de salud; conflictos que van a acarrear desajustes adaptativos y dificultades en el desarrollo esperado de un joven o adulto en capacidad de contribuir y participar activamente en la sociedad.

La denominada *delincuencia juvenil*, para la Criminología, es parte del desarrollo socio-cultural y puede abordarse desde la necesidad de conocer cuáles son los factores de riesgo en la perspectiva de dar una respuesta a dicha problemática. (Cura, Gamacchio y Lanzi, 2013, p. 4)  
(MarcadorDePosición1)

#### A.1. Factores relacionados con los aspectos conductuales individuales

En la investigación se detectó ciertos rasgos de personalidad o elementos caracterizadores de la individualidad de la persona, como emociones o valoraciones morales y de las reglas de convivencia que tiene el individuo sobre las conductas de transgresión que hubiere experimentado, que contribuyen a crear una posible tendencia hacia la actuación disruptiva (González J., p. 120).

#### Factores de riesgo evidenciados

- Variación ante distintas perspectivas del funcionamiento psicológico, expresada en las tendencias al aburrimiento (a veces, 53,51%; casi siempre, 16,03%) o a enojarse con facilidad (casi siempre 21,33%).
- Tendencia a buscar nuevas experiencias sin guía o adecuada valoración y con entorno de influencias negativas. La mayoría devela una tendencia a buscar nuevas experiencias (49,94%).
- Posibilidad de acciones sin medir consecuencias de las acciones (nunca, 1,23%; casi nunca, 5,18%).
- Conductas de agresión, ejecución de torturas y causar muerte a animales.
- Admitir como prácticas normales las bromas crueles o de mal gusto.

- Admisión de «utilidad» de la mentira. El escenario es de mayor complejidad cuando se advierte casi las dos terceras partes (a veces, 39,58%; casi siempre, 4,69%; siempre, 5,06%).
- Sentido utilitario de las reglas y su observación.
- Inconsistencias en torno a la responsabilidad y posibilidad de reiterar o reincidir en actos reprochables.
- Conductas de fugas, ambientes que producen aburrimiento o insatisfacción en las actividades académicas, conflictos con pares o con docentes. Participación en riñas, bullying, consumo de alcohol o sustancias. El 21,21% se ha escapado del colegio, lo cual representa una falta grave de comportamiento junto con un 18,74% que ha tenido riñas y conflictos físicos, y es una manifestación concreta de violencia, y no menos preocupante, el hecho de que existe un 11,47% que tiene conductas de consumo de sustancias.
- Actuaciones que demandan comparecencia ante autoridades educacionales y judiciales; actuaciones violentas, sustracción de bienes ajenos, consumo de sustancias y conducta sexual inapropiada. Se aprecia que el 4,32% de los participantes ha recibido ya algún tipo de denuncia; la mayoría (77,14%), provienen de una autoridad del mismo colegio, lo que reflejaría que muchas de las conductas inapropiadas se han dado dentro del mismo entorno de aprendizaje. Las mencionadas denuncias tienen como principal motivante la afectación vinculada a la propiedad ajena (34,29%) y las conductas de violencia (22,86%). También hay casos de consumo de sustancias (8,57%) y conducta sexual inapropiada (2,86%).
- Consumo de medicamentos no recetados, especialmente de calmantes: el 31,8% encuestado admite consumir calmantes sin receta.

#### *A.2. Factores relacionados con la vida familiar*

A partir de estas variables se ha pretendido indagar cómo y con qué profundidad, las relaciones familiares intervienen en la posibilidad de construcción de bases para posibilitar la conducta delictiva temprana o futura.

#### Factores de riesgo evidenciados

- Convivencia en hogares desestructurados. Muchos viven en hogares monoparentales o en los que conviven con otros familiares que no son su padre y madre.
- Necesidad de encontrar relaciones sociales fuera de la familia ante la ausencia de padres o falta de confianza y afectividad o maltratos.
- Algunos sufren ausencia de afectividad y seguridad familiar. Entornos familiares que vulneran gravemente la libertad de elección y producen la percepción de que el mismo es limitante o no adecuado para el interés de los y las adolescentes o jóvenes.
- Tendencia a la agresividad y reglas intrafamiliares que caracterizan la convivencia como autoritaria y con toma de decisiones impuestas o forzadas.
- Cargas de exigencia familiar frecuente y alta.

### *A.3. Factores relacionados con la actividad educativa*

Los factores educativos constituyen, en el caso de la población investigada, un elemento constitutivo de su ambiente de desenvolvimiento de alta importancia. Allí pasan gran parte de su tiempo diario y es ahí donde entablan las relaciones de relevancia. A partir de estas variables se pretende apreciar si las relaciones que adquiere y prácticas que desarrolla en ese medio, así como los estímulos o reconocimientos que recibe, constituyen posibles factores de contención o tendencias de conducta delictiva.

#### Factores de riesgo evidenciados

- Indisciplina escolar y ausencia injustificada a las actividades.
- Movilidad escolar y repetición por conductas disruptivas y problemas con autoridades o con compañeros y por faltas disciplinarias.
- Comunicación no confiable, difícil o escasa en el entorno escolar.
- Percepción de ausencia de apoyo.
- Oferta de drogas dentro del colegio; exposición a la oferta de alcohol, tabaco y drogas consumo de alcohol, tabaco y drogas.
- Participación en riñas o peleas entre compañeros/as, y actos sexuales dentro del centro educativo.
- Actos de sustracción de cosa ajena.

### *A. 4. Factores derivados de la violencia y directos de conductas ilícitas*

La violencia constituye un notable elemento transgresor en la conducta de los sujetos. El análisis de estas variables pretende detectar si la violencia en la familia o en la escuela son aspectos que están presentes en la vida del individuo y si tienen significación en otros ámbitos estudiados a fin de saber si permitirían mostrar indicios de posteriores conductas delictivas (Araya S., 2000, p. 80).

#### Factores de riesgo evidenciados

- Presencia de violencia en el entorno familiar de los y las adolescentes y jóvenes.
- Comunicación con sus padres restringida que induce a percibir la existencia de otras prioridades o jerarquías de problemas que bajan o eliminan la confianza para insertar sus intereses, que son autovalorados como secundarios o intrascendentes para la familia.
- Tratos permeados de agresividad que evidencian la existencia de conductas violentas, irrespetuosas y construyen ambientes de riesgo.
- Escenarios donde perciben que puede existir mayor amenaza a su integridad sexual. La posible agresión sexual es ejecutada por personas desconocidas para la víctima, o con personas conocidas y casi siempre y siempre, por parientes de la víctima.

#### *A.5. Factores derivados de las relaciones con pares*

Esta variable busca apreciar si la persona se ha relacionado con otras con conducta de riesgo y para qué le sirve la relación con los grupos, de existir; establecer si en ellas ha podido acceder a consumos ilegales o a prácticas transgresoras como las que pueden suceder en el ámbito sexual o en riñas.

#### Factores de riesgo evidenciados

- Cada adolescente conoce al menos a una persona consumidora de sustancias, dentro de su círculo personal.
- Las drogas socialmente aceptables y de libre venta, a pesar de la restricción para su expendio por edad, son fácilmente accesibles.
- El conocimiento de lugares de expendio y tener amigos consumidores mayoritariamente habituales, los expone a opciones de consumo y es posible que hayan experimentado consumo.
- Entorno de violencia frecuente.
- También tienen relación con personas incursores en delitos contra la propiedad.
- El hecho de que conozcan a personas vinculadas a ilícitos sexuales o a agresión social en redes y difusión de pornografía refleja que sus círculos sociales tienen influencias negativas, que los expone a que lleguen a normalizar esas conductas e incurrir en el mismo tipo de delitos.
- Es constatable, en algunos centros académicos, la reducida población estudiantil que tiene hábitos lectores y por ello reducida información o transmisión vía oral y recepción-trasmisión de valores y connotaciones de pares o medios y, por lo mismo, la necesidad de implantar actividades lectoras dirigidas en las actividades académicas.
- Entre las actividades que los y las adolescentes realizan en su tiempo libre, las más frecuentes son: ver películas o series (68%), seguido de los juegos digitales (54,38%), la música y artes (51,79%), y los deportes (48,49%).
- Existen condiciones de aislamiento relacionadas con dificultades o problemas de sociabilidad y existencia de sentimiento de soledad en la familia. Se aprecia que el 67,82% tiene un grupo de amigos, los cuales van a influenciar en el desarrollo de la identidad del adolescente. Un 32,18%, asevera no poseer un grupo social. Esto es importante porque refiere a la existencia de condiciones de aislamiento que están relacionadas con las dificultades o problemas relacionados con la sociabilidad.

#### *A.6. Factores relacionados con la vida social y comunitaria*

El territorio define importantes relaciones y comportamientos. La diferenciación de la habitabilidad territorial incide en el aprendizaje y legitimación de conductas o crea subjetividades, más si el territorio es de riesgo o tiene necesidades básicas insatisfechas. El examen de los resultados de esta variable permite apreciar la relevancia que

le da el sujeto a este aspecto, qué aprendizajes se detectan, o con qué otros aspectos de la configuración de la personalidad y la conducta, podría tener relaciones.

#### Factores de riesgo evidenciados

- La evidencia de conciencia de los riesgos en el territorio y la percepción de la inseguridad o de la peligrosidad. La percepción de la peligrosidad de su barrio, del 59,43%, les permite afirmar que habitan en sectores «medianamente peligrosos»; sin embargo, el 5,92%, los cualifican como sector «altamente peligroso», lo cual pudiera tener la implicación de que los encuestados/as tengan conocimiento o noticia y hasta visualicen, con cierta frecuencia, delitos. Y, en efecto, se aprecia que, entre quienes admiten la ocurrencia de delitos en su barrio (a veces, casi siempre y siempre), representan el 53,39%. Este es un factor de riesgo que, como se puede advertir, prácticamente expone a las dos terceras partes de los encuestados/as a condiciones de inseguridad e influencia de la misma.
- Este es factor de riesgo que expone a los/as adolescentes y jóvenes a condiciones de inseguridad e influencia de la misma.
- Al parecer, en el entorno comunitario, hay la notable presencia de sectores o lugares de alto riesgo que cuentan con la concurrencia preferente y fácil acceso para los/las adolescentes. Entre los lugares de concurrencia, la mayoría de la población encuestada (33,42%) asiste a aquellos en los que, conoce, existe presencia de delincuencia, seguido de lugares de juego y apuestas (25,65%), sitios en los cuales ha existido presencia de personas violentas (22,93%) y lugares donde el consumo de alcohol y drogas es frecuente (15,91%).
- Las condiciones materiales de vida de un segmento, son inadecuadas y reflejan condiciones de pobreza. A pesar de que las condiciones de habitabilidad relacionadas con la satisfacción de servicios básicos, indican que la mayoría de la población encuestada vive en inmuebles que cuentan con todos los servicios básicos (siendo el menos frecuente el de la telefonía pública), también es importante destacar que ninguno de los servicios se posee al 100%, lo que refleja una brecha entre las condiciones de vida de la población; y, que un 12,7% de los/as adolescentes carecen de servicio de internet; el 4,44% carece de agua potable; y, el 3,08% tampoco cuenta con energía eléctrica y se advierte la existencia de un segmento altamente pauperizado o viviendo en sectores de habitabilidad paupérrima.

#### *A.7. Factores relacionados con las condiciones socio-económicas*

Los factores socioeconómicos son determinantes en el desarrollo de las individualidades y las colectividades, y es indudable que el nivel económico, el acceso a la satisfacción de necesidades y la actividad económica en la que se inserta la familia o el sujeto, determinan intereses, relaciones y calidad de las relaciones. Estas variables permiten apreciar su incidencia en otros ámbitos que podrían corresponder a satisfacciones, valoraciones, subjetividades que intervienen en la inducción a contener o incentivar conducta ilícita.

## Factores de riesgo evidenciados

- Hay evidencia de que los adolescentes obtienen recursos propios tempranamente mediante actividades no formales y que pueden implicar incursionar en conductas transgresoras. Entre los factores de índole social, es importante determinar cómo los/las adolescentes obtienen los recursos para atender sus necesidades individuales de diversa índole. Puede apreciarse que la mayoría de los/las adolescentes (77,68%), afirma recibir sustento económico de sus familiares, lo cual debería ser lo normal. Sin embargo, también se admite la fuente de actividades por internet (25,52%) que necesitan precisarse puesto que en la indagación no se pretendió esa información que, luego de la relevancia del sector, parece tener importancia en las actividades de los y las encuestadas; de emprendimientos propios (16,03%) que, incluso podrían incluir ventas en la calle (2,22%) y servicios ocasionales a personas (3,70%). Existe también una fuente relacionada con la ayuda de los amigos/as y que alcanza al 9,49%. El 2,10% de los participantes tiene un trabajo de forma permanente y un 15,56% dice que tiene trabajos ocasionales.
- Proviene de familias de clase media baja o de clase obrera en condiciones de subempleo y desempleo o de empleos precarios y son víctimas de discriminación o exclusión. Se buscó conocer la percepción de los y las adolescentes sobre la condición de sus hogares, de modo que, en ese contexto, la mayoría indica tener un sustento económico familiar y, apenas el 43,4% de las familias de los estudiantes superan la remuneración mensual unificada de 400 dólares, mientras que el 56,6% de ellas obtienen un ingreso inferior a 400 dólares. Si relacionamos con el costo de la canasta básica familiar establecida por el Inec al mes de agosto del 2021 (de usd 746,77), se colige que las dos terceras partes de estudiantes viven en condiciones de pobreza, sus familias no están en capacidad de atender en forma satisfactoria las necesidades básicas.
- Sufren exclusión por varias causas. Cuando se averigua sobre problemas de exclusión o discriminación aparece un grupo que, inicialmente, parecería ser de 59 personas, pero cuando alude a la causalidad por la que se sienten excluidos, se incrementa a 91. En este grupo, el 7,27% de chicos admite ser víctima de alguna forma de rechazo o exclusión, cuya causalidad correspondería a la actitud de no ejecución de acciones requeridas por los otros (4,19%) o por la situación económica (1,97%), por el tipo de vestimenta (1,85%) o por razones étnicas (1,36%). También hay quienes acusan exclusión o discriminación por razones referidas a sus creencias (0,99%) o a condiciones relacionadas con el género o la sexualidad (0,86%).
- Las condiciones de pauperización o convivir en sectores de habitabilidad paupérrima de la mayoría, implica que sus familias no están en capacidad de atender en forma satisfactoria las necesidades básicas. Sin embargo, y contradictoriamente, el 26,14% afirma tener un nivel «muy alto» de satisfacción de necesidades básicas; el 38,59% percibe tener un alto nivel, seguidos de un 30,58% que afirma tener un nivel medio de satisfacción. Mientras el 77,13% de la población encuestada afirma tener ingresos familiares que no cubrirían la canasta familiar (de 201

a 600 dólares mensuales); el 95,31%, como se ha evidenciado, dicen tener condiciones admisibles de satisfacción de necesidades. El 2,22% y 2,47% dicen tener un nivel muy bajo y bajo de cobertura de sus necesidades alimenticias, salud y vivienda, respectivamente. Estos datos muestran indicios de graves distorsiones en la subjetividad de los individuos que podrían influir en otras valoraciones y en la normalización de sus conductas.

- El desempleo fortalece las dificultades socioeconómicas y genera la incorporación temprana a actividades económicas de adolescentes y jóvenes. Las ocupaciones de los padres, con mayor frecuencia corresponden a dueños de negocios propios (27,87%), trabajadores ambulantes (12,45%), y relacionadas con administración (7,27%). Entre las profesiones encontramos a técnicos/as (8,63%), profesores de escuela (5,30%), secretarios/as (4,32%), docentes universitarios (1,97%), abogados/as (0,62%), otros profesionales 0,86%, entre otros.

#### *A.8 Factores relacionados con los medios de comunicación*

La construcción de las subjetividades y los estímulos a la conducta y la valoración que desde ellas se produce, pueden ser visualizados al revisar los resultados de la encuesta sobre el uso de internet y las redes sociales. Estas tienen incidencia en las conductas de transgresión, cuando contribuyen a legitimar conductas o consumos o tratos.

#### Factores de riesgo evidenciados

- La televisión y las plataformas virtuales son los medios de mayor utilización y es en ellos donde se desarrollan varias percepciones y valoraciones. El medio de comunicación más utilizado es la televisión con un 80,93% de preferencia, seguido de plataformas virtuales (52,10%). Estos son los medios en los cuales se desarrollan los indicadores de riesgo que se reproducen en los y las estudiantes. Los demás, tienen una relevancia menor en la utilización del grupo encuestado: radio, 37,23%; revistas de historietas, 9,08%; periódicos impresos, 8,63%; radioemisoras digitales, 6,36%; revistas recreativas, 6,36%. Es relevante el hecho de que el menor porcentaje (5,33%) corresponda a las revistas académicas, y evidencia, también, la incidencia de la labor formativa de los adultos y docentes entre los estudiantes.
- Las preferencias muestran una exposición alta a mensajes con contenidos de violencia o conductas transgresoras y una escasa relación con medios que permiten acceder a contenidos constructivos o propositivos. Hay una expresa admisión del estímulo e interés por aprender de lo que se encuentra en los medios y las redes sociales. Los y las adolescentes, tienen como programas preferidos a dibujos animados (61,53%) y series de humor (52,16%). Sin embargo, existe una gran predisposición hacia las denominadas narconovelas (22,19%), novelas policíacas (14,92%) y novelas de pasión (20,59%), programas en los cuales se muestra de forma positiva el cometimiento de delitos, posibilitando que los y las adolescentes, sean influenciados a llevar ese estilo de vida.

- Las redes sociales son medios de acceso temprano y casi ilimitados. La edad de inicio en la que los y las adolescentes empezaron a usar redes sociales, mayoritariamente (26,39%), corresponde a la temprana edad de 11 años, teniendo el pico más alto hasta los 14 años. La mayoría de casos (30,58%) usa las redes sociales alrededor de una hora al día; quienes utilizan entre 3 y 4 horas, está un 20,72%; y, un 24,66%, las usa más de 4 horas en el día. Se puede estimar que los estudiantes de la muestra tienen una prolongada navegación online que hace que incrementen los factores de riesgo.
- Hay importantes expresiones de usos de sociabilidad de las redes sociales. Entre los usos más frecuentes que dan los y las adolescentes a las redes sociales, el principal o más frecuente, es el de conversar con amigos (75,34%); le sigue el ocuparse en juegos virtuales (54,38%). La actividad académica determina que también, obviamente, se deba usarlas para buscar información (34,77%). También hay un uso relacionado con sociabilidad (unirse a grupos de interés, 18,99% y conocer a otras personas, 19,36%). Se encuentra con menores porcentajes, algunas conductas de tipo disruptivo, como explorar contenido sexual explícito y conductas sexuales inapropiadas.
- Utilización desregulada y alejada de la supervisión parental o docente, con el aditamento de reacciones irritables o de confrontación en casos de reglas o decisiones restrictivas, al tiempo que existe débil incidencia de la labor formativa de los adultos y la docente entre los estudiantes. Se destaca un tibio y variable control sobre las normas en el hogar para el uso de redes sociales. Quienes tienen reglas corresponden a la mitad de encuestados/as (49,7%) y la otra mitad (50,3%) las tiene con mucha carencia (entre a veces, casi nunca y nunca). Existe una importante posibilidad de utilización de la tecnología desregulada y alejada de la supervisión. A ello se suma que existen reacciones disruptivas, violentas o agresivas ante la restricción del uso: algunos afirman ponerse furiosos si les quitan el celular (casi siempre y siempre, 9,77%); a veces (que es admisión de que sí lo hace), un 24,78%; los de mayor conflicto, por lo mismo, constituyen una tercera parte de los encuestados.
- A pesar de la conciencia de las incidencias negativas en la salud y sus actividades académicas, hay la preferencia del uso, facilitado por el escenario de desregulación. Quienes admiten consecuencias aflictivas por el uso de las redes sociales corresponden a porcentajes altos que confirman las tendencias de quienes exhiben conducta disruptiva.

## Discusión

### *El cambio de la nominación delincuencia juvenil y criminalidad prematura*

Un análisis sobre la etiología de la delincuencia juvenil o criminalidad prematura indica que es un fenómeno que surge, con frecuencia, como una respuesta personal a

una agresión social. En estos casos la sociedad le ha negado al adolescente algo que le era necesario, por ende, la culpa del delito no recae solo en el joven, sino que debe ser repartida entre la sociedad y el delincuente. La violencia se establece como una respuesta al vacío existencial experimentado por la juventud, es un efecto tanto personal como colectivo de una problemática social y estructural más profunda y más grave.

En una parte de la población adolescente, la delincuencia es un fenómeno transitorio que surge de la necesidad de llamar la atención, mientras que para otros se convierte en una forma de vida. Un factor de riesgo se establece en estas circunstancias en las que cuanto más joven sea el delincuente, más probable es que reincida, y a su vez, si es reincidente, más probabilidades tiene de convertirse en un delincuente en la vida adulta. En países como México, ella es evidente resultado de la baja calidad de vida de los jóvenes. (Jiménez, 2005)

#### A diferencia del enfoque teórico innatista para explicar la violencia,

Bandura refiere que el ser humano no es por naturaleza bueno ni malo, sino que *aprende a comportarse de forma antisocial*. La criminalidad prematura es fundamentalmente adolescente, es decir, reúne toda la problemática típica de este período evolutivo y de «adaptación», pero de una forma no normalizada. Kate Friedlander, alude a la existencia de un estado de delincuencia *latente*, pero la base de esa latencia es lo que se denomina el carácter antisocial que se ha formado en el menor a través de sus primeras relaciones sociales dadas en el entorno socio-familiar.

Ha de admitirse, de otra parte, que no todos los factores influyen con la misma incidencia y hay algunos que no son determinantes, pero pueden incidir en la conducta delictiva si existe previamente esa susceptibilidad o carácter antisocial. Una realidad social dañina o una familia tolerante, o bien, un entorno delictivo, serían algunos de los aspectos de mayor importancia que facilitarían también la evolución delictiva (Bailén, M., p. 28).

Por lo mismo y puesto que, aun existiendo factores que podrían considerarse como condiciones que crearían posibilidades de incorporación a la actividad delictiva, muchos adolescentes no optan por tales conductas, se ha preferido utilizar el término *criminalidad prematura* a cambio de *delincuencia juvenil*, puesto que se considera a esta expresión contraria al presupuesto anterior, como estigmatizadora de la población joven y como que la mera condición etaria, *per se*, es criminógena (Ahmad, S, p. 21).

El término delincuente estigmatiza y cualifica al sector etario; vincula a los adolescentes con un determinado rasgo conductual, cuando lo apropiado es reconocer que la adolescencia es una etapa vulnerable en la que el individuo está construyendo su identidad, por lo que identificarla como delictiva o criminal acarrea el riesgo de consecuencias negativas en tanto la persona tienda a admitir este término como rasgo de su condición etaria y, los demás, construyan una versión caracterizadora de la etapa.

Al proponer la denominación de *criminalidad prematura*, también ampliamos la comprensión del fenómeno puesto que se lo trata involucrando tanto a la sociedad como al individuo, y como un problema que debe ser abordado entendiendo las condiciones del desarrollo etario de los adolescentes. De este modo, hacemos referencia a «los diferentes comportamientos anticipados de los adolescentes que reflejan trasgresión de las reglas o normas sociales del orden penal».

De otra parte, permite respuestas más adecuadas a cuestiones como la siguiente: ¿la criminalidad es una cuestión atada a la edad de una persona o es un problema que, incluso, tiene mayor configuración entre los sujetos adultos?

El problema de la criminalidad prematura se presenta como una «especie» del fenómeno y siempre como una «excepción» al comportamiento abrumadoramente mayoritario de los adolescentes. Son un sector discriminado y excluido tanto por otros jóvenes con características diferentes, como por la población en general.

Según Jiménez

El pertenecer a cierto grupo en el que se comparten ideas, formas de vestir, música, lugares que frecuentar, tipo de escuela hace que exista una diversidad de expresiones y grupos juveniles que no sólo indican una forma de vestir sino también de ser. Esta diversidad hace que muchas veces los jóvenes sean discriminados y hasta violentados debido a su apariencia, ya que es vista en ocasiones como sinónimo de violencia y delincuencia. (Jiménez, 2005, p. 225)

Por ello, la comprensión de la conducta de este sector requiere de algunas reconstrucciones que empiezan por no estigmatizarlo y por admitir que sus actuaciones, que denotan ciertos niveles de conflicto o contradicción, no son siempre transgresoras y peor, configuran ilegitimidades o ilícitos.

Al intentar responder a la pregunta de si el criminal ¿nace o se hace?, las investigaciones han permitido concluir que, si bien hay elementos biológicos que pueden predisponer a la persona hacia una conducta delictiva, sobre todo va a ser el contexto en el que se desenvuelve, lo determinante para que tenga lugar el comportamiento criminal. La sociedad es la que

[...] facilita el comportamiento, proporcionando unas pautas de actuación prefijada y dificultar así la libre acción, imponiendo normas y límites a la voluntad del individuo. Por ello, aunque el sujeto es el que tiene la potestad para elegir en última instancia si realizar tales conductas delictivas o no, la conducta individual no se encuentra sustentada únicamente como resultado de nuestras decisiones, sino que la conducta se encuentra condicionada socialmente. (Barros, 2018, p. 42)

Por lo mismo, ¿la cuestión se explica desde la personalidad del individuo, o desde los factores que la generan y contextualizan, o desde la norma que criminaliza? Desde nuestra óptica, la explicación de la criminalidad, como ya se habrá advertido, no se agota en uno o dos factores. Por el contrario, corresponde al entramado de aspectos que implican la vida del sujeto y la sociedad en su contexto histórico concreto. La cuestión, obviamente, exige una visión holística. Por ende, un primer aspecto a tomar en cuenta, es entender que la criminalidad se genera a partir de una serie de factores y aspectos tanto biológicos, familiares, como sociales, históricos y culturales.

En consecuencia, para abordar la problemática de la criminalidad prematura, es necesario enfatizar que los sujetos de estudio son jóvenes y adolescentes.

Un elemento característico en esta edad es la búsqueda de referentes externos con la finalidad de construir una identidad y da lugar a que existan múltiples influencias de pares como de identificaciones que va a establecer el adolescente con figuras externas con el propósito de encontrar características y rasgos que definan su personalidad.

Los adolescentes desean saber quiénes son, cómo son y cómo se definen en las distintas áreas de la vida.<sup>2</sup> En otras palabras, los adolescentes se implican en la definición de su identidad y de la imagen de sí mismos. (Cura, Gamacchio y Lanzi, 2013, p. 33)

En estas condiciones, el adolescente está enfocado en formar parte de un grupo y, en muchos casos, puede ser un anclaje para que pertenezca a un contexto delictivo.

Por eso, Barros afirma que «hay dos factores que podrían predecir mejor la conducta delictiva que las propias relaciones familiares, siendo estas el contacto con jóvenes delincuentes y la edad del primer hecho delictivo o su detención» (Barros, 2018, p. 36). También éste es el período donde el adolescente tiende a identificarse con modelos difundidos en medios de comunicación (que pueden ser positivos como negativos) en el afán de determinar su identidad.

Al entender la relación entre el contexto de la persona y el comportamiento delictivo, cabe tener en cuenta que la conducta humana siempre es una respuesta adaptativa a las condiciones de existencia que tiene el individuo en su entorno. Y la cuestión es que, frente a un determinado estímulo, la respuesta adaptativa es variada y diferente a la que puede tener otra persona, por lo que también se plantea un entendimiento que vaya más allá del entorno o se busque explicar cómo es que circunstancias aparentemente iguales generan conductas diferenciadas.

De lo que se ha establecido en la anterior discusión, es posible concluir que:

1. En relación con los factores relacionados con los aspectos conductuales individuales, se detecta una dicotomía actitudinal y procesos fluctuantes de aprendizaje que exhiben variaciones en la influencia de los entornos y en la interiorización de valoraciones o estímulos y, por ello, requieren tratos diferenciados y no permiten propuestas globales o generalizables de trato.

Hay una importante tendencia que expresa la ineficacia de la sanción, porque se admite que no se tiene predisposición a cambiar la conducta como consecuencia de ella; y, menos de una quinta parte alude tener temor a la sanción. Puede implicar que las construcciones subjetivas de las personas incidan, de una parte, en la valoración y aceptación de las reglas, cuanto en la importancia y trascendencia de su cumplimiento.

De ello, se advierte que ni las reglas ni la sanción tienen alcance constructivo ni ratificadorio o educativo de la conducta y hay más incidencia de las propias convicciones o de los intereses de preservación de la presencia social.

2. Con referencia a los factores relacionados con la vida familiar, es posible establecer que, dentro de la población estudiada, se ha demostrado que existen rasgos de violencia, misma que se ha aprendido mayoritariamente desde los entornos social y familiar; en un sentido de normalización de violencia que se ve replicada en acciones, especialmente de violencia física y conductas antisociales.

2 Algunos filósofos (entre ellos Buyung Chul Han y Bauman) afirman que la sociedad entera vive hoy la pérdida de certezas y prima la incertidumbre, la frustración y hay relaciones inestables, esporádicas o transitorias que, desde luego, afectan a los jóvenes creando cansancio, angustias y depresión (Silva, 2019).

Se aprecia la existencia de inseguridad familiar, baja afectividad y entornos autoritarios. Hay evidencia de relaciones familiares fracturadas o deterioradas. Los conflictos pueden derivarse de los contradictorios intereses entre el adolescente o joven y los adultos que derivan en escenarios de angustia y ahogo del desarrollo individual por los excesos de reglas, imposición de decisiones y limitaciones.

La comunicación familiar y del entorno educativo, se vuelve un factor que repercute directamente en cómo el individuo manifiesta sus conductas, por lo cual el mismo debe ser comprensivo, empático, permitiendo que así las normas se manejen de una forma participativa y activa, que facilite que el adolescente las acepte y busque cumplirlas.

3. Cuando nos referimos a los factores relacionados con la actividad educativa, se puede considerar que las conductas encontradas, relacionadas con el hurto o el robo, si bien no debe descartarse el perfil de riesgo que aquello implica, puesto que el robo o el hurto están asociados a otras conductas que también entrañan actos disruptivos (como fugarse del hogar, usar alcohol tabaco, drogas o abuso de la sexualidad), para los y las adolescentes, pueden ser una aventura, considerando que en esta etapa del desarrollo optan por los riesgos; deciden apropiarse de algo que les gusta y sustraen bienes a sus compañeros.

También ha sido posible evidenciar que el entorno escolar no es «amigable» para un segmento de estudiantes, puesto que existen factores de interferencias comunicativas que los afecta y percepciones de ausencia de apoyo de docentes y pares. A lo anterior se suman los problemas de repitencia resultantes de condiciones materiales de la familia y de relaciones de conflicto o conductas disruptivas y evidencias de tendencia al irrespeto de las reglas institucionales y a actos de indisciplina que expresan prioridades irrelevantes y ejecución tolerada o débil vigilancia de conductas de gravedad.

4. En el ámbito de los factores derivados de la violencia y directos de conductas ilícitas, se puede establecer que los entornos en los que se desarrollan los y las adolescentes se caracterizan por la existencia de violencia; que ella existe en varios ambientes en los cuales actúan (familiar y escolar) y se perciben como ambientes inseguros y escenarios donde pueden ocurrir agresiones sexuales por conocidos o extraños; sus percepciones sobre los riesgos pueden ser factores que permitan generar tendencias preventivas en sus comportamientos de defensa.

5. En el escenario de las relaciones con pares, los factores derivados de ellas corresponden a las relaciones de mayor cercanía, incluso parecen superar a la que tienen con miembros familiares. Por lo mismo, son la de mayor incidencia y cuidado puesto que en ellas es donde se generan importantes posibilidades de valoración y aprendizaje de prácticas. El entorno de desarrollo de los y las adolescentes y jóvenes, está repleto de factores de riesgo, empezando por la cercanía y amistad con personas inmersas en la delincuencia o con conductas habituales de consumo, lo cual puede convertirse en un factor que incentive al adolescente a emular dichas características.

Los y las adolescentes y jóvenes muestran tenerlas con pares incluso incursos en ilícitos, y eso evidencia ser un ámbito en el que se observan varias posibilidades de

aprendizaje de conductas transgresoras que se inician y desarrollan como prácticas que no solo involucran el consumo de sustancias, sino accesibilidades y relaciones de intercambio. Los escenarios, igual que antes, son todos aquellos donde existe posibilidad de relacionamiento (Waldemar J., 2012).

La utilización del tiempo libre, denota preferencias por el consumo de productos ofertados en el mercado comunicacional sin posibilidad de discriminación y, por lo mismo, con alta posibilidad de incidencia en la subjetividad y construcción de valoraciones que normalizan la violencia y la violación de derechos.

6. En cuanto a los factores relacionados con la vida social y comunitaria, se puede concluir que los contextos territoriales donde habitan los y las adolescentes del estudio, están caracterizados por inseguridad y peligrosidad con altos porcentajes de realización de delitos, y las propuestas y organizaciones ciudadanas para prevenir son ineficaces o inexistentes.

Los y las adolescentes y jóvenes tienen conciencia de los riesgos a los que se enfrentan en esos escenarios, sobre todo, como amenaza a su integridad y convivencia, sin embargo, concurren a lugares que reproducen ilícitos y se exponen o, es posible, encuentren incentivos en esas prácticas.

7. Los factores relacionados con las condiciones socio-económicas, tienen significativa importancia en la influencia de la criminalidad, en general. En el presente caso, existe notoria condición de pauperismo en un segmento importante de los y las adolescentes, aunque existe resistencia o distorsión en la percepción de esta condición. Sin embargo, la situación objetiva podría promover la temprana incorporación de varios a actividades económicas para la obtención de recursos propios y apoyo a los ingresos familiares habilitando la incursión en actividades que los exponen a relaciones de riesgo.

De otra parte, las características socioeconómicas del grupo, advierten problemas de discriminación y brechas económicas que limitan la satisfacción de las necesidades vitales, situación que puede generar una frustración que se transforme en un verdadero conflicto entre pares, lo cual puede explicar los motivos de las riñas manifiestas por los participantes.

8. Finalmente, con respecto a los factores relacionados con los medios de comunicación, es posible determinar que la influencia de los medios de comunicación y las redes sociales, que es expresamente admitida por los y las adolescentes y jóvenes, en su aprendizaje puede ser nociva para la subjetividad y la construcción de aspectos valorativos y conceptuales debido a la preferencia de programas en los cuales se muestra de forma positiva el cometimiento de delitos, influenciando el estilo de vida de los y las adolescentes porque, además, su contacto empieza en edades tempranas.

Los medios de comunicación se vuelven un factor negativo, debido a que los y las adolescentes y jóvenes buscan adquirir modelos de comportamiento en la programación, sin embargo, reciben información sesgada y equivocada, que les hace ver la delincuencia como positiva. Esta información podría permitir apreciar que hay una

variada influencia de medios y contenidos, lo que permite considerar que existe posibilidad de contar con un espectro de opciones para actuar en la construcción de sus valoraciones y demás apreciaciones de su vida y relaciones.

Esa realidad pone en evidencia las debilidades u omisiones de las funciones parentales y docentes en la formación de los y las adolescentes y jóvenes como altos factores de riesgo en su desarrollo social, que también tiene un alto componente de desregulación.

## Referencias

- Ahmad, S. & Titus, J. (2004). *Neuropsychological characteristics of juvenile delinquency. Saunders cd, 4(2)*, 15-35.
- Araya, R. (2002). Influencia de los factores de riesgo social en el origen de las conductas delincuenciales. *Revista de Sociología de Chile, 5*, 78-96.
- Bailén, M. (2016). Delincuencia juvenil ligada a los factores de riesgo social. *Revista de Estudios Sociales, 23-45*.
- Barros, L. (2018). Teorías criminológicas sobre la delincuencia juvenil. Estudios sobre historia, derecho e instituciones. *Revista Aequitas, 27-48*.
- Bordignon, N. (2010). El desarrollo psicosocial de Erickson. *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, 50-63*.
- Byung-Chul, H. (07 de febrero de 2018). *El pais.com/cultura*. Obtenido de [https://el-pais.com/cultura/2018/02/07/actualidad/1517989873\\_086219.html](https://el-pais.com/cultura/2018/02/07/actualidad/1517989873_086219.html)
- Castro, R. (2015). El otro Estado: hacia una conceptualización de su carácter lumpen.
- Cura, Y. y Gamacchio, A. (2013). Factores protectores y factores de riesgo en los jóvenes en conflicto con la ley penal: una aproximación desde los profesionales de la SeNAF. *Nuestra Joven Revista Jurídica, 1-125*.
- González, J. (2017). Las relaciones afectivas y los procesos de subjetivación y formación de la identidad en el bachillerato. *Perfiles Educativos 34*, 116-131.
- Hein, A. (2004). *Factores de riesgo y delincuencia juvenil, revisión de la literatura nacional e internacional*. Santiago de Chile: Fundación paz ciudadana.
- inec. (Agosto de 2019). *Registro Estadístico de Nacidos vivos, 2018. Población y migración*. Obtenido de Boletín Técnico: [file:///C:/Users/rdari/Downloads/5.%20Boletín\\_tecnico.pdf](file:///C:/Users/rdari/Downloads/5.%20Boletín_tecnico.pdf).
- Jiménez, R. (2005). La delincuencia juvenil: fenómeno de la sociedad actual. En *Papeles de Población* (pp. 215-261).
- Martínez, E. M. (2015). *Uso de drogas en estudiantes universitarios y su relación con el maltrato durante la niñez en una universidad de San Salvador*, El Salvador. Texto Conte. El Salvador.
- mies. (2012). *Jóvenes ecuatorianos en cifras: indicadores en claves de la década 2001-2010*. Quito.
- mineduc. (2019). *Informe preliminar-Rendición de cuentas, 2019*. Quito.
- Plan V. (07 de agosto de 2021). Ecuador: radiografía del crimen organizado y sus actores. Crimen organizado, mercados criminales y actores criminales, i parte. Obtenido de Plan V: <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/ecuadorradiogra>

fia-del-crimen-or. Obtenido de <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/ecuadorradiografia-del-crimen-or>

Ruiz, J. M. (2019). Influence of parental styles and other psychosocial variables on the development of externalizing behaviors in adolescents: a systematic review. *The European Journal of Psychology Applied to Legal Cont.*

unicef. (24 de agosto de 2021). Comunicado de prensa. 8 de cada 10 hogares con niños en Ecuador cuentan con menos ingresos como consecuencia de la pandemia. Obtenido de <https://www.unicef.org/ecuador/comunicados-prensa/8-decada-10-hogares-con->

Universo. (16 de junio de 2021). [//www.eluniverso.com/noticias/ecuador/en-ecuador-90-mil-estudiantes-dejaron-de-asistir-a-clase-durante-la-pandemia-nota/#](https://www.eluniverso.com/noticias/ecuador/en-ecuador-90-mil-estudiantes-dejaron-de-asistir-a-clase-durante-la-pandemia-nota/#).

Waldemar, J. (02 de mayo de 2012). El 8% de los jóvenes en el Ecuador combinan el estudio con el trabajo. Diario *El Telégrafo*.

# REVISTA DERECHO PENAL CENTRAL



## Criptomonedas como método de blanqueo de capitales

### Cryptocurrencies as a method of money laundering

JULIO ANGULO GAONA

iD Investigador independiente (Ecuador)

#### RESUMEN

El blanqueo de capitales, como fenómeno, está lejos de ser un tema de análisis finalizado, pues en un mundo globalizado en el que todas las actividades comerciales avanzan en torno al desarrollo de la tecnología y las distintas herramientas que este desarrollo provee, obliga a adecuar los estudios en torno a este tipo penal de forma constante. Una herramienta tecnológica que ha tenido un impacto importante en los últimos años en lo que a actividades comerciales respecta son las monedas digitales, también conocidas como criptomonedas, las mismas que por su mecanismo de utilización se han convertido en una opción atractiva para el cometimiento de delitos especialmente para el crimen organizado, siendo uno de ellos el blanqueo de capitales; tan es así que los distintos organismos dedicados a la lucha contra este delito a nivel global, regional y estatal han desarrollado diversos criterios normativos en aras de controlar el uso de esta herramienta como método de blanqueo, sin embargo, se presenta de forma deficiente, lo cual ha generado complicaciones en la esfera jurisdiccional al conocer los casos de blanqueo relacionado con el uso de criptomonedas.

#### PALABRAS CLAVE:

#### ABSTRACT

Money laundering as a phenomenon is far from being a finished topic of analysis, as in a globalized world where all commercial activities advance around the development of technology and the different tools that this development provides, it forces to adapt the studies around this type of crime constantly. A technological tool that has had a significant impact in recent years on commercial activities are digital currencies, also known as cryptocurrencies, which by their mechanism of use have become an attractive option for the commission of crimes especially for organized crime, one of them being money laundering; so much so that the different organizations dedicated to the fight against this crime at the global, regional and state level have developed various normative criteria in order to control the use of this tool as a method of



Recibido: 12/12/2023  
Aceptado: 04/01/2024

laundering, however presenting itself in a deficient way which has generated complications in the jurisdictional sphere when knowing the cases of laundering related to the use of cryptocurrencies.

#### KEYWORDS

## Introducción

Actualmente es innegable que todas y cada una de las actividades desarrolladas por las distintas sociedades del mundo se ven influidas por la globalización<sup>1</sup> y sus efectos. El progreso y los recursos tecnológicos avanzan a pasos agigantados, así como las actividades, principalmente comerciales y económicas, que necesariamente giran en torno a dicho avance, lo cual constituye un beneficio en muchos aspectos para mejorar la calidad de vida de la sociedad a nivel mundial.

Del mismo modo, el crimen organizado usa en su beneficio estos avances y actualiza constantemente su proceder delictivo, siendo uno de los principales focos de atención de las organizaciones criminales la búsqueda de las formas más efectivas de blanqueo de los capitales generados de sus actividades delictivas.

Las criptomonedas o criptoactivos, a pesar de no ser una herramienta nueva, son utilizadas por las organizaciones criminales o por personas de forma individual, y ya se constituye en uno de los problemas sociales, económicos y también jurídicos que más preocupa a los organismos internacionales, regionales y estatales; ya que el delito de blanqueo se ha convertido en un problema de carácter transnacional, pues hoy en día se constituye como un mecanismo de blanqueo de capitales, por lo cual es necesario entender su finalidad y funcionamiento como actividad comercial y como herramienta para el blanqueo de capitales.

Tanto los organismos internacionales como los regionales y estatales han respondido normativamente ante el fenómeno de los criptoactivos y su uso delictivo, aunque de forma deficiente; sin embargo, sí se ha desarrollado diversa normativa en aras de prevenir, regular y controlar el uso de este tipo de instrumentos como herramienta comercial y como método de blanqueo de capitales o de cometimiento de cualquier otro delito.

Aun así, el momento de judicializarse casos en los que se usa criptomonedas las dificultades que se presentan en la actividad de los operadores de justicia es innegable. Por lo cual se revisará un caso en el que se ha sentenciado a la persona procesada por el delito de blanqueo en el que se verificó que la herramienta utilizada fueron las criptomonedas; proceso en el que, por la complejidad de su sistema de utilización, se dificulta el poder perseguir el cometimiento de los delitos por medio de esta herramienta.

1 Fondo Monetario Internacional, *La globalización: ¿Amenaza u oportunidad?*, 2020. Obtenido de <https://www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/esl/041200s.htm#II>: «Se refiere a la creciente integración de las economías de todo el mundo, especialmente a través del comercio y los flujos financieros».

## Desarrollo

### *Del delito de blanqueo de capitales*

Si algo ha caracterizado a las personas o grupos de personas que generan activos<sup>2</sup> por medio de delitos, es su afán por ingresar en la esfera de la legalidad dichos activos. El concepto de lavado de activos responde a la forma como se catalogó las actividades realizadas por los grupos criminales que mediante negocios lícitos pretendía dar apariencia de licitud a los réditos que dejaban las actividades ilegales<sup>3</sup> que era su actividad principal.

La cooperación entre instituciones a nivel internacional con la finalidad de prevenir, perseguir y erradicar esta actividad se ha fortalecido, pero siempre se ha presentado un paso atrás.<sup>4</sup> Las herramientas que los avances tecnológicos significan como mecanismos de blanqueo de capitales como son las criptomonedas superan los esfuerzos realizados en la lucha contra el delito. Por ello, a continuación encontramos lo necesario para entender qué es el blanqueo de capitales, su funcionamiento, qué son las criptomonedas y porque se constituye como un mecanismo de blanqueo de capitales; además de los más importantes mecanismos normativos que se han desarrollado a nivel global, regional y estatal a modo de cooperación<sup>5</sup> para combatir el blanqueo de capitales.

### *Definición de blanqueo de capitales*

El blanqueo de capitales, en la actualidad es definido a nivel académico y normativo, definición por la que hay que inclinarse. A nivel global la onu, a través de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (unodc), determina que el delito de blanqueo de capitales «...consiste en dar una apariencia de origen legítimo o lícito a bienes —dinerarios o no—, que en realidad son productos o «ganancias» de delitos graves»,<sup>6</sup> definición de la cual se puede destacar que en este delito la fuente de los activos serán delitos graves y el objetivo del delito es introducirlos en el ámbito de la legalidad; sin embargo, no se establece el alcance que dicho delito puede tener.

En tal virtud, la Unión Europea, a través de la Directiva (ue) 2015/849, en su artículo 1, apartado 3,<sup>7</sup> determina aquellas actividades que se consideran blanqueo de

2 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 2023, 23 edición, consultada en <https://dle.rae.es/activo> «Conjunto de todos los bienes y derechos con valor monetarios que son propiedad de una empresa, institución o individuo».

3 Zaragoza Aguado, Javier, «Combate al Lavado de activos desde el sistema judicial», *El delito de Blanqueo de capitales. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, 5.ª ed., Washington, CICAD, 2014, p. 300.

4 Sampedro, José, *El mercado y la globalización*, Barcelona, Editorial Destino, 2002, p. 65.

5 Socas, N. y Hourcade, O., «La cooperación internacional», *La cooperación internacional: clave para el desarrollo de nuestra región*, 1.ª ed., Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 21.

6 UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Lavado de activos*, 2023, consultado en <https://www.unodc.org/peruandecuador/es/02AREAS/DELITO/lavado-de-activos.html>

7 Directiva 2015/849/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, de 20 de mayo, determina en el artículo 1, apartados 3 y 4 que se considerará como blanqueo de capitales a) la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad o un hecho delictivo o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el

capitales y en su apartado 4 establece que, «Se considera que hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que hayan generado los bienes que vayan a blanquearse se hayan desarrollado en el territorio de otro Estado miembro o en de un tercer país»,<sup>8</sup> de lo cual se evidencia claramente el carácter transnacional que el delito de blanqueo de capitales puede alcanzar.

### *Del funcionamiento del delito de blanqueo*

Los organismos internacionales han aceptado la división de fases del delito de blanqueo de capitales que en su momento la desarrolló el Gafi (Grupo de Acción Financiera Internacional) en su informe *Tipología del blanqueo de capitales*, publicado en 1990. En este sentido, el profesor Eduardo Fabián Caparrós explica que «...aquello que diferencia el delito de blanqueo de capitales de otros delitos es su carácter progresivo y ese proceso se entiende como la secuencia de fases o etapas, siendo la primera, de colocación u ocultación; la segunda, de conversión, control o intercalación; finalmente, la tercera, de integración o reinversión».<sup>9</sup>

Los modos a través de los cuales se ejecuta el blanqueo de capitales por medio de esta secuencia de fases son diversos; sin embargo, previo a determinar más adelante lo que involucra cada una de las fases referidas analizaremos qué son las criptomonedas, cómo y por qué las mismas se constituyen como un fenómeno relacionado con el delito de blanqueo de capitales, para, finalmente, revisar cómo se regula el fenómeno de las criptomonedas.

### *De las criptomonedas*

El avance tecnológico en un mundo globalizado ha generado grandes retos en cuanto a la lucha contra las conductas delictivas más lesivas. El manejo del dinero y el manejo del comercio se ha digitalizado y las criptomonedas se han convertido en una de las opciones y mecanismos de los grupos criminales para el blanqueo de capitales, ahora bien, ¿qué son las criptomonedas?, los activos en red se deben entender de forma distinta según su tipo; según sea moneda o dinero digital, o moneda o dinero virtual;<sup>10</sup>

---

origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de su acto; b) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad; c) la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad; d) la participación en alguna de las acciones a que se refieren las letras a), b) y c), la asociación para cometer ese tipo de acciones, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o de facilitar su ejecución.

8 UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Lavado de activos*, op. cit.

9 Caparrós, Eduardo Fabián, «Combate al lavado de activos desde el sistema judicial», *Internacionalización del Lavado de Activos e Internacionalización de la Respuesta*, 5.ª ed., Washington, CICAD, 2014, p. 69.

10 Nieto, Alejandro, *Cuál es la diferencia entre criptomoneda, moneda virtual y dinero digital*, 2018, consultado en <https://www.xataka.com/criptomonedas/cual-es-la-diferencia-entre-criptomoneda-moneda-virtual-y-dinero-digital> «[...] Las monedas digitales son aquellas que se usan para pagar algún producto o servicio a través de un medio electrónico sin tener que utilizar el dinero físico como el dinero en nuestras cuentas bancarias [...] la moneda virtual es aquella que solo existe en formato digital sustituyendo el dinero físico como el usado en videojuegos».

siendo la criptomoneda una moneda virtual protegida por criptografía,<sup>11</sup> con las que según sus impulsores dotan a la sociedad de un sistema económico más seguro que no esté sujeto al control de ninguna autoridad gubernamental o estatal.<sup>12</sup>

En el año 2008 Satoshi Nakamoto publicó un artículo —*Bitcoin: A peer-to-peer electronic cash system*—<sup>13</sup> (Un sistema de efectivo electrónico entre pares), en el cual se deja claro que es una idea revolucionaria ya que brinda un nuevo sistema de transacciones económicas descentralizando el proceso de dichas transacciones<sup>14</sup> mediante tecnología de cadena de bloques —*blockchain*— utilizando lo que se denominaría criptoactivos.

El Parlamento Europeo y el Consejo a través de un reglamento determinó que «Criptoactivos es una representación digital de un valor o de un derecho que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro distribuido o una tecnología similar».<sup>15</sup> Este artículo captó la atención de todo el mundo en distintas esferas, hoy en día también de organizaciones o personas que se dedican a actividades criminales; aunque la finalidad de su creación no haya sido precisamente para usarlas con fines delictivos.

### *Tecnología blockchain*

La tecnología blockchain se aplica en diversas industrias. Javier Sáez explica que «El blockchain o cadena de bloques es aquella tecnología de operaciones descentralizada y pública que genera una base de datos compartida a la que tienen acceso sus participantes, los cuales pueden rastrear cada transacción que se haya realizado. Es como un gran libro de contabilidad inmodificable y compartido que van escribiendo una gran cantidad de ordenadores de forma simultánea».<sup>16</sup>

La cadena de bloques se constituye como una base de datos que almacena información descentralizada; es decir, que al no estar regulado no intervienen instituciones estatales o regularizadoras de valores; y que, además brinda confianza entre los socios comerciales o usuarios del sistema.<sup>17</sup> Este sistema en el que se manejan las criptomonedas, tiene varias características que representan cambios importantes en el manejo de los activos;<sup>18</sup> aunque como veremos son justamente las características de este sistema la razón por la que son atractivas para el cometimiento de delitos.

11 Bitcoin Project, *Vocabulario*, 2018, consultado en <https://bitcoin.org/es/vocabulario#confirmacion> «En el caso de Bitcoin (tipo de criptomoneda), la criptografía se utiliza para hacer imposible que alguien pueda gastar los fondos del monedero de otro usuario o que se pueda corromper la cadena de bloque».

12 El Economista, *Boom de las criptomonedas, ¿la criptonita de los mercados*, 2017, consultado en <https://www.economista.com.mx/mercados/Boom-de-las-criptomonedas-la-criptonitadel-mercados-20170918-0038.html>

13 Nakamoto, Satoshi, *Bitcoin: A peer-to-peer electronic cash system*. Consultado en <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

14 Santaella, Jesús, *¿Cómo nacen las criptomonedas? El origen de todo*, 2021, consultado en <https://economia3.com/como-nacen-las-criptomonedas/>

15 Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los mercados de criptoactivos, de 31 de mayo de 2023.

16 Sáez Hurtado, Javier, *Qué es blockchain y cómo funciona la tecnología blockchain*, 2023, consultado en <https://www.iebschool.com/blog/blockchain-cadena-bloques-revoluciona-sector-financiero-finanzas/>

17 García, J., «Criptomonedas y aplicación en la economía», Madrid, Comillas Universidad Pontificia, 2018, p. 8.

18 Rodríguez, Nelson, *6 características clave de la tecnología blockchain que debes conocer*, 2019, consultado en <https://101blockchains.com/es/caracteristicas-tecnologia-Blockchain/> «menos fallos por la organización y cálculo realizado por un sistema informático y no por personas, control de usuario pues los activos son controlados por los usuarios y no por terceros, menos propenso a averías por el costo para piratas informáticos, sin la influencia de terceros, es decir, no depende de empresas lo cual elimina riesgos añadidos y naturaleza auténtica que garantiza dificultades para piratas informáticos que pretendan vulnerar los sistemas».

### *Funcionabilidad de las criptomonedas*

Como se refirió en líneas anteriores, las criptomonedas se constituyen como valores virtuales; ahora bien, es una moneda de manejo descentralizado y de persona a persona; como usuarios de las criptomonedas tenemos a los conocidos mineros, que son quienes administran las transacciones hechas entre los usuarios. Los mineros verifican las transacciones y crean las cadenas de bloques aceptadas; es decir, debemos entender que las criptomonedas se crean a través de la minería.<sup>19</sup> Una vez que las criptomonedas son generadas, las mismas están listas para poder ser comercializadas de persona a persona, transacciones que quedan registradas en la cadena de bloques que garantiza la existencia de las criptomonedas.

Este proceso de verificación de existencia de criptomonedas ha generado confianza para poder aceptarlas como forma de pago en los diversos comercios. Herazo explica que existen tres sistemas de uso; estos son, el sistema cerrado, en el que las criptomonedas no se aceptan para la compra de bienes o servicios en el mundo real, sino solo en el mundo digital; el sistema unidireccional en el que las criptomonedas se consiguen por medio de dinero fiduciario para la compra de bienes o servicios, sea en el mundo digital o real y, por último, el sistema bidireccional, en el cual las criptomonedas son usadas para comprar bienes o servicios, incluso para poder ser cambiadas por dinero real de un Estado específico.<sup>20</sup>

Es así como, debido a las características del funcionamiento del manejo de las criptomonedas y su posibilidad de ser usadas en tanto en el mundo digital como en el mundo real, al punto de poder ser cambiadas por dinero real, Herazo Rivas explica que, son evidentes cuatro riesgos que se generan en el uso masivo de criptomonedas; los cuales son «el lavado de activos y financiación del terrorismo, los riesgos operativos, el riesgo de mercado y el riesgo de intercambio».<sup>21</sup>

### *Del blanqueo mediante cryptoactivos*

Al entender que existen los riesgos ya referidos, uno de ellos el blanqueo de capitales, por el funcionamiento del manejo de cryptoactivos, como son el anonimato de las transacciones, la rapidez de estas, el hecho de que no sean necesarias las transacciones presenciales y la transnacionalidad de las mismas,<sup>22</sup> resulta complejo el poder determinar de forma clara los actos específicos que se realizan con las criptomonedas para configurar el delito de blanqueo de capitales. Por ello, el reto se enmarca en

19 Sarmiento, J. y Garcés, J., «Criptodivisas en el entorno global y su incidencia en Colombia», *Revista Le Bret*, Universidad Santo Tomás, Colombia, 2016, p. 154. «Es un proceso mediante el cual un grupo de personas a través de computadores especializados contribuyen a la creación de bitcoins, resolviendo problemas matemáticos complejos, que son fáciles de reproducir, pero imposibles de revertir y difíciles de predecir, y como recompensa se reciben varias unidades de esta moneda».

20 Herazo Rivas, P., «La inclusión del bitcoin en el marco de la soberanía monetaria y la supervisión por riesgos en Colombia», *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2016, p. 7.

21 Herazo Rivas, P., «La inclusión del bitcoin en el marco de la soberanía y la supervisión por riesgos en Colombia», *Revista de Derecho Privado*, op. cit., p. 15.

22 Navarro, F., «Criptomonedas (en especial, bitcoin) y blanqueo de dinero», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Universidad de Granada, España, 2019, p. 18.

poder identificar como en el proceso del manejo de criptoactivos puede adecuarse el tipo penal de blanqueo de capitales produciendo un resultado que lesione intereses individuales o colectivos que se configuren como bienes jurídicos protegidos por los distintos ordenamientos jurídicos.

En primer lugar, tenemos el concepto de mezclado de criptoactivos (mixers), que radica en la forma en la que se ocultan las transacciones con mayor eficacia; pues elimina la posibilidad de conocer el historial de las mismas logrando eliminar hasta el alcance de conocimiento del registro final en la cadena de bloques y, por ende, la posibilidad de conocer a las personas implicadas (elemento esencial del tipo objetivo) del tipo penal; esto se evidencia en el Auto 338/2022 de la Audiencia Provincial de Oviedo, actuando como ponente Francisco Javier Iriarte Ruiz del 15 de diciembre de 2022 en el que se esgrime que “[...] el Grupo de Delincuencia Económica y Tecnológica de la Brigada Provincial de la Policía Judicial determina que el ciudadano francés Luis Miguel no sería el verdadero responsable de los hechos; y, por otro lado, no se puede determinar el destino final de los 2000 euros, porque el titular del monedero se corresponde con un mixer o mezclador, servicio que se emplea para mezclar los fondos de una persona con los de otras, con el fin de que se pierda el rastro del dinero, volviendo así las criptomonedas prácticamente anónimas y casi imposibles de rastrear».<sup>23</sup>

La Guía de investigación en el lavado de activos mediante criptodivisas determina que «Dado que las transacciones de bitcoin se registran y están disponibles públicamente a través de la cadena de bloques en blockchain, estas no son totalmente anónimas y pueden ser rastreadas. Los servicios de mezcla se utilizan para mezclar los bitcoins de uno con los de otra persona con la intención de hacer más fácil reconstruir el historial de transacciones y rastrear la fuente original. Varios proveedores de servicios de mezcla ofrecen diferentes técnicas de mezcla a través de la web de superficie, pero también de la darknet».<sup>24</sup>

En segundo lugar, tenemos el concepto de transacciones conocidas como *peer-to-peer*, en muchas transacciones hechas con el método anterior este es el complemento. Las operaciones *peer-to-peer* con fines delictivos consisten en eliminar la poca trazabilidad que tienen las transacciones con criptomonedas a través de varias wallets; es decir, sin que sin involucren terceros intermediarios o entidades con medidas de prevención; pues se ejecutan de persona a persona que se convierten en exchanges no confiables.<sup>25</sup> Estas transacciones principalmente se hacen a través de muleros virtuales que pueden llegar al punto de considerarse testaferreros con wallets propias, aspecto que dificulta aún más conocer la procedencia y el destino de los valores que se mueven de un lado a otro.

23 Audiencia Provincial de Oviedo, Auto 338/2022, 15 de diciembre de 2022, obtenido de file:///C:/Users/Usuario/Downloads/AAP\_O\_338\_2022.pdf

24 Bodoque, Á., Orduna, A., «Guía de Investigación en el lavado de activos mediante criptodivisas», *El PACCTO Europa-Latinoamérica*, Programa El PACCTO, Madrid, 2022, p. 36.

25 Bodoque, Á., Orduna, A., «Guía de Investigación en el lavado de activos mediante criptodivisas», *El Pacto Europa-Latinoamérica*, *op. cit.*, 36. «Las Exchange no confiables son los que no obedecen o no están sujetos a regulaciones o tienen programas de cumplimiento laxos, por lo que son muy atractivas para los actores ilícitos. Según un estudio reciente, el volumen de transacciones en el 2020 alcanzó la suma de veinte mil millones de dólares, de los cuales cuatro mil doscientos fueron transacciones ilícitas».

### *¿Blanqueo de capitales en el Código Orgánico Integral Penal mediante criptomonedas?*

Es necesario precisar que el Código Orgánico Integral Penal es el cuerpo normativo que regula la parte general, parte especial y parte procesal del derecho penal en el Estado ecuatoriano. En los artículos 317, 318, 319 contempla el tipo penal de lavado de activos, los cuales evidencian su carácter autónomo respecto de otros delitos o la adecuación de distintas formas de modalidad de lavado.

Respecto a las modalidades de conducta, el delito de lavado de activos puede ser adecuado, sea por acción, en relación con los artículos 317 y 318, u omisión; específicamente de una omisión propia<sup>26</sup> en relación con el artículo 319; pues la conducta omisiva se encuentra determinada en el tipo penal contemplado en dicho artículo. Y en este punto cabe recalcar que el artículo 317 contempla el carácter transnacional que este tipo penal puede involucrar; específicamente en el numeral 3, literal c), inciso cuarto.<sup>27</sup>

Respecto del bien jurídico, el lavado de activos se encuentra en el capítulo quinto que contempla los delitos contra la responsabilidad ciudadana; específicamente en la sección octava que regula los delitos económicos; sin embargo, no se determina el bien jurídico de forma clara; en tal virtud, se debe considerar que los valores producto de actividades ilícitas introducidas al régimen lícito distorsionan el sistema económico, afectando el correcto desarrollo del mercado, logrando en ocasiones afectar la cotización de las distintas monedas a nivel estatal y mundial.<sup>28</sup> Por ello, el hecho de que el cuerpo normativo contemple el tipo penal de lavado de activos como un delito contra la responsabilidad ciudadana; a consideración del autor del presente es preciso acoger como bien jurídico protegido el correcto desarrollo libre y digno del individuo en sociedad.<sup>29</sup>

Respecto al tipo objetivo, lo más importante a resaltar es el hecho de que en este tipo penal el sujeto activo puede ser principalmente no calificado, pudiendo adecuar la conducta al tipo penal a través de 24 verbos rectores; pero también, calificado como es el caso del artículo 319 (omisión de control de lavado de activos); sin embargo, en virtud del principio de legalidad es necesario que las criptomonedas sean consideradas como moneda legítima por parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo cual no sucede, por lo que determinar la culpabilidad de conductas relacionadas con las criptomonedas genera un conflicto en cuanto a la lucha contra el delito.

Por lo cual a continuación abordaremos la forma en la que se abarca la prevención del delito a través de criptomonedas a nivel internacional, regional y estatal en lo que respecta al Estado español y ecuatoriano a fin de garantizar la lucha contra el delito; y así garantizar la no vulneración de derechos a nivel individual y colectivo, así como estatal y regional.

26 Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 237. «Como delitos de omisión pura o propia, son aquellos que se castiga la simple infracción de un deber de actuar, sin más. Estos delitos de omisión pura equivalen a los delitos de simple actividad».

27 «El lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores, se hubiese realizado, total o parcialmente, en el extranjero [...]»

28 García Cavero, P., *El delito de lavado de activos*, Lima, Ed. Juristas Editores, 2013, p. 26.

29 Bustos Ramírez, J., «Los bienes jurídicos colectivos», en *Control social y sistema penal*, Barcelona, PPU, 1987, p. 197.

## *De la regulación normativa de las criptomonedas*

Previo a determinar cuáles han sido los pasos normativos dados por las instituciones correspondientes a nivel internacional, regional y estatal es necesario enfatizar el hecho de que dichas instituciones tienen como fin la lucha contra el crimen organizado y el terrorismo. Como parte de esta lucha se combate el delito de lavado de activos por ser un problema de carácter transnacional<sup>30</sup> y el desarrollo doctrinal y normativo ha sido abundante a lo largo de los años; sin embargo, desde la aparición de las criptomonedas, dicho fenómeno se constituyó como uno de los focos de atención; por lo cual, lo contemplado a continuación hace referencia al cómo estas instituciones, organizaciones o estados han abordado normativamente las criptomonedas como herramienta utilizada para el cometimiento del delito y/o fenómeno vulneratorio de derechos individuales y colectivos.

### *A nivel internacional*

#### *Grupo de Acción Financiera Internacional*

El GAFI, desde su nacimiento, se constituyó como el organismo que desarrolla los mecanismos y directrices para fortalecer la lucha contra el blanqueo de capitales y, por ende, la lucha contra la financiación del terrorismo a nivel transnacional, lo cual se evidencia por la diversidad de Estados y organismos adscritos. Es así como, en junio del año 2014, emitió una *Guía respecto a los posibles riesgos de lavado de activos y financiación de terrorismo con monedas virtuales*,<sup>31</sup> en el año 2015 determinó directrices con un enfoque basado en riesgos en monedas virtuales.<sup>32</sup>

En el 2018 actualizó la recomendación número 15 en la cual se incorporó la definición de activos virtuales y proveedores de servicios de activos virtuales,<sup>33</sup> lo cual fue completado por el organismo, pues en el año 2019 determinó una guía de riesgos para proveedores de servicios de activos virtuales,<sup>34</sup> por lo cual en el año 2020 volvió a determinar otra guía sobre indicadores de riesgos de operaciones con activos virtuales.<sup>35</sup>

30 UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Lavado de activos*, 2023, *op. cit.*

31 Grupo de Acción Financiera Internacional, *Monedas virtuales, definiciones clave y riesgos potenciales de BDC/FDT*, 2014. [HTTPS://WWW.FATF-GAFI.ORG/CONTENT/DAM/FATF-GAFI/REPORTS/VIRTUAL-CURRENCY-KEY-DEFINITIONS-AND-POTENTIAL-AML-CFT-RISKS.PDF](https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/reports/VIRTUAL-CURRENCY-KEY-DEFINITIONS-AND-POTENTIAL-AML-CFT-RISKS.PDF)

32 Grupo de Acción Financiera Internacional, *Directrices para un enfoque basado en riesgos para monedas virtuales*, 2015. [HTTPS://WWW.FATF-GAFI.ORG/CONTENT/DAM/FATF-GAFI/TRANSLATIONS/GUIDANCE/DIRECTRICES-PARA-ENFOQUE-BASADA-EN-RIESGO-MONEDAS-VIRTUALES.PDF](https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/translations/guidance/Directrices-para-enfoque-basada-en-riesgo-Monedas-virtuales.pdf)

33 Grupo de Acción Financiera Internacional, *Recomendación 15. Nuevas Tecnologías*, 2018. [HTTPS://WWW.CFATF-GAFIC.ORG/ES/DOCUMENTOS/GAFI40-RECOMENDACIONES/421-FATF-RECOMENDACION-15-NUEVAS-TECNOLOGIAS](https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/421-fatf-recomendacion-15-nuevas-tecnologias)

34 Grupo de Acción Financiera Internacional, *Orientación para un enfoque basado en el riesgo - Activos virtuales y proveedores de servicios de activos virtuales*, [HTTPS://WWW.FATF-GAFI.ORG/CONTENT/DAM/FATF-GAFI/GUIDANCE/RBA-VA-VASPs.PDF](https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/guidance/RBA-VA-VASPs.pdf)

35 Grupo de Acción Financiera Internacional, *Informe del GAFI - Indicadores de bandera roja de lavado de activos y financiación del terrorismo*, 2020. [HTTPS://WWW.FATF-GAFI.ORG/CONTENT/DAM/FATF-GAFI/REPORTS/VIRTUAL-ASSETS-RED-FLAG-INDICATORS.PDF](https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/reports/Virtual-Assets-Red-Flag-Indicators.pdf).  
coredownload.pdf

## *A nivel regional*

### *A nivel europeo*

A nivel europeo, la Unión Europea y el Consejo ha desarrollado importantes avances normativos a fin de garantizar la prevención del delito a través de criptoactivos. Es así como en el año 2005 la Unión Europea a través de la Directiva (UE) 2015/849, en su artículo primero, apartado tercero, determina aquellas actividades que se consideran blanqueo de capitales y lo más importante es que en su apartado cuarto determina el carácter transnacional de este delito.<sup>36</sup>

Más adelante la Directiva (UE) 2018/843, también conocida como la quinta directa, en su artículo primero, punto segundo, literal b, define aquello que debe entenderse como monedas virtuales. Esta directiva como punto principal prevenía el uso del sistema financiero con fines de blanqueo de capitales dando directrices de las medidas a tomar en torno al manejo de monedas virtuales,<sup>37</sup> para lo cual determinó que los proveedores de productos y servicios deben denunciar transacciones sospechosas cuando tengan conocimiento de que las mismas se hayan realizado por medio de criptomonedas además de que las instituciones de control deben llevar un registro.

Al año siguiente la Directiva 2019/713 de 17 de abril, define directamente las criptomonedas como una representación digital de valor, determina su carácter descentralizado frente a los controles de los órganos estatales y los considera como moneda virtual; por lo cual expone el riesgo del delito al determinar que es aceptada por personas tanto naturales como jurídicas puesto que es aceptada como medio de cambio o pago por productos o servicios.<sup>38</sup> En el mismo año se emitió la Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos.

Dicho reglamento tardó más de lo previsto en emitirse; sin embargo, entró en vigencia en el año 2023 y es el avance más importante por parte de la Unión Europea y del Consejo en el tema en concreto. El Reglamento (UE) 2023/1114; determina que los criptoactivos son una representación digital de un valor o de un derecho que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante tecnología de un registro distribuido o una tecnología similar; dejando por sentado que es una realidad, una herramienta usada con fines delictivos; además de políticas y procedimiento de control cuando los proveedores de servicios de criptoactivos tengan su domicilio en la Unión Europea.<sup>39</sup> Por medio de este reglamento la Unión Europea y el Consejo ofrece

36 Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, 20 de mayo de 2015. <https://www.boe.es/doue/2015/141/L00073-00117.pdf>

37 Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, 30 de mayo de 2018. <https://www.boe.es/doue/2018/156/L00043-00074.pdf>

38 Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo. <https://www.boe.es/doue/2019/123/L00018-00029.pdf>

39 Reglamento (UE) 2023/1114 del Reglamento europeo y del Consejo, Relativo a los mercados de criptoactivos. 31 de mayo de 2023. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32023R1114>

un marco de seguridad jurídica para consumidores, inversores y proveedores de servicios dentro del mercado de las criptomonedas.

### Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica

A nivel latinoamericano el desarrollo normativo en cuanto a criptomonedas ha sido limitado; más allá de la adopción de esta herramienta en países como El Salvador o Argentina, a nivel regional el desarrollo normativo ha sido escueto; aun así, por sus siglas el GAFILAT es una «[...] organización intergubernamental de base regional que agrupa a 18 países de América del Sur, Centroamérica y América del Norte. Creado para prevenir y combatir el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas [...]».<sup>40</sup>

Este organismo frente al manejo de criptomonedas para fines delictivos, en especial el delito de blanqueo de capitales, en el año 2023 ha emitido una guía en la región del GAFILAT,<sup>41</sup> por medio de la cual se explica la adopción normativa de los activos virtuales en la región gafilat, además de las iniciativas para el desarrollo de estándares globales de regulación de activos virtuales.

### *A nivel estatal*

#### *De la legislación en Ecuador*

El Estado ecuatoriano se ha caracterizado por ser muy deficiente a la hora de la lucha contra las distintas formas de delinquir. Ante un escenario como el que presentan las monedas virtuales en los sistemas de comercio, financiero y delictivo ha sido prácticamente nula; sin embargo, se ha manifestado de forma contundente al respecto. La Constitución de la República determina en su artículo 283 que en el Estado ecuatoriano el sistema económico es social y solidario, por lo cual el mismo se integra por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria; en la misma línea, el artículo 66, numeral 15, determina el derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, con lo cual la posibilidad de realizar actividades económicas mediante monedas virtuales no se encuentra cerrada.

Por ello, la Ley de prevención de lavado de activos y del financiamiento de delito determina en su artículo primero, literal a, que la finalidad de esta es poder detectar el manejo de activos o productos de los delitos que se traten en dicha ley, lo cual una vez más no abarca las monedas virtuales, como lo es las criptomonedas. En la misma línea, el Banco Central del Ecuador emitió un comunicado oficial determinando que

40 Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, *Qué es el GAFILAT*, 2023. <https://www.gafilat.org/index.php/es/gafilat/que-es-gafilat/>

41 Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, *Guía para la regulación ALA/CFT de activos virtuales y proveedores de servicios de activos virtuales en la región del GAFILAT*, 2023. <https://gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/guias-17/4580-guia-para-la-regulacion-alacft-av-psav/file>

la compra venta de criptomonedas no está prohibida en el Ecuador; sin embargo, no se considera como un medio de pago autorizado para su uso en el país<sup>42</sup>.

Esto evidencia la deficiencia en cuanto a la forma en la que el Estado ecuatoriano aborda el fenómeno que las monedas virtuales presentan en el desarrollo de la sociedad ecuatoriana; puesto que se limita a determinar que no se constituye como un medio de pago; sin embargo, no se ha previsto un marco normativo en aras de prevenir la posibilidad de cometimiento de delitos por medio de monedas virtuales.

### *De la legislación en España*

A diferencia del Estado ecuatoriano, España ha tenido mucho más avance en lo que respecta a la regulación de las criptomonedas como fenómeno afectante a la realidad comercial, económica, delictiva y, por ende, social que las mismas representan; sin embargo, dichos avances se presentaron después de muchos años después de que las criptomonedas hayan tomado fuerza. En el año 2018, el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores emitió un comunicado<sup>43</sup> en cuanto al riesgo que involucra realizar inversiones en criptomonedas por las variaciones inestables en cuanto a su valor.

Más adelante como efecto de la labor realizada por la Unión Europea en la lucha contra el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, el Estado español, a través del Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de la conocida quinta directiva, se constituye como un acto legislativo<sup>44</sup> importante en materia de criptoactivos, ya que introduce normativamente al ordenamiento jurídico español el concepto de criptoactivos o monedas virtuales; además se determina la definición de proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos y monedas virtuales.

En este punto es importante hacer referencia a las deficiencias existentes en el ámbito normativo, la lentitud con las que avanzan frente a los avances de las organizaciones criminales para utilizar herramientas como los criptoactivos con fines delictivos; sin embargo, existen pronunciamientos jurisdiccionales y jurisprudenciales que, como veremos, ya determinan un ejercicio de valoración en el cometimiento de actividades criminales relacionados con la utilización de criptomonedas.

### *Desde la perspectiva jurisdiccional*

En la búsqueda de la información para el desarrollo del presente se encontraron diversas sentencias, autos y resoluciones en los que dentro del análisis de los hechos relacionados con un delito de blanqueo de capitales las referencias mínimas, sin embargo,

42 Banco Central del Ecuador, *Comunicado oficial sobre el uso del bitcoin*, 2018. <https://www.bce.fin.ec/index.php/boletines-de-prensa-archivo/item/1028-co>

43 Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, *Comunicado conjunto de la CNMV y del Banco de España sobre «criptomonedas» y «ofertas iniciales de criptomonedas» (ICOs)*, 2018. <https://www.cnmv.es/loultimo/NOTACONJUNTAriptoES%20final.pdf>

44 Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en materias de competencia, prevención de blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la presentación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (BOE, 28 de abril de 2021).

se encontró las siguientes que se consideran importantes por la injerencia que tuvieron las criptomonedas en el cometimiento de los delitos.

La Sentencia de 5 de julio, J. R. Sáez Valcárcel, 22/2021, Blanqueo de capitales, ES:AN:2021: 2959 se emitió dentro de un caso en el que se sentenció a un ciudadano por diversos delitos; uno de ellos fue el delito de blanqueo de capitales por considerarse como sexto hecho probado que el sentenciado «movió en diferentes plataformas de intercambio de criptomonedas tres millones cuatrocientos mil dólares americanos», obtenidos producto de la apropiación del control de cajeros automáticos a través de un sistema de software ajeno a las entidades legítimamente propietarias de dichos cajeros; lo cual fue conocido por un comunicado de autoridades de Bélgica a las autoridades del Estado español.

Del análisis de la sentencia referida se puede evidenciar varios aspectos que a continuación se exponen. En primer lugar, se evidencia el alcance transnacional del delito de blanqueo de capitales, pues el cometimiento de los delitos evidenciados en el caso en concreto se realizan en países distintos; segundo, existe una actividad delictiva previa al manejo de criptoactivos y blanqueo de capitales con dicha herramienta; y, finalmente, se evidencia que los criptoactivos fueron uno de los medios utilizados en la búsqueda de la legitimación del dinero adquirido por medio de otras actividades delictivas con lo que se cumplen todas las etapas de delito de blanqueo referidas en líneas anteriores; por lo cual, este caso se constituye como un ejemplo en el análisis de la lesividad que la utilización de criptoactivos con fines delictivos provoca en el orden económico y los derechos y libertades de los integrantes de la sociedad.

Finalmente, resulta relevante hacer énfasis en las dificultades que las operaciones realizadas mediante criptoactivos significan en los procesos penales; por lo cual, se tomó el auto de sobreseimiento provisional de las diligencias número 51/17 emitido por la Audiencia Provincial de Ávila a través de la Resolución 150/2018 en un caso de estafa; en el que de los hechos estudiados se evidenció que el perjudicado habría invertido activos legales en criptomonedas y dichos activos se perdieron y no se pudieron recuperar ni encontrar a los responsables.

Así, a través de la resolución hecha referencia, la autoridad jurisdiccional determinó que, de los informes remitidos al Juzgado instructor sobre los hechos objeto de la querrela, se puede concluir que no se ha podido determinar la autoría de los hechos debido al funcionamiento del manejo de criptomonedas, por lo que su control es más difícil, al apoyarse en una red de distribución persona a persona, pues esta dificultad de control hace que sea muy complejo y difícil determinar la autoría<sup>45</sup> del cometimiento del delito.

A consideración del autor del presente, este caso y resolución resulta ser de gran importancia en el recaudo de información; pues a lo largo del trabajo se ha determinado los retos que herramientas como las criptomonedas representan, y causas como esta dan fe del hecho de que las criptomonedas son utilizadas por las organizaciones

45 Audiencia Provincial de Ávila, Resolución N.º 150/2018, 15 junio de 2018. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/99af33e31affd664/20180912>

criminales para el cometimiento de delitos siendo uno de ellos el blanqueo de capitales y la respuesta no solo para combatir, sino también para progresar en los procesos que logran judicializarse; por lo cual, el conocer este tipo de procesos es fundamental en aras de generar un avance urgente y necesario en el control del uso de los criptoactivos y en la lucha del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

## Conclusiones

1. Es innegable que las criptomonedas como fenómeno en un mundo globalizado y su desenfrenado avance genera riesgos que merecen la intervención legítima del derecho penal, pues su utilización con fines delictivos resulta ser una herramienta útil y atractiva, en especial para el cometimiento del delito de blanqueo de capitales por parte de personas o grupos criminales que generan activos de fuentes ilícitas.
2. Las conductas mediante las cuales se puede configurar el delito de blanqueo de capitales resultan ser en extremo diversas, esto debido al avance tecnológico y la utilización que dicho avance provee a la sociedad; razón por la cual, la incansable lucha librada por las instituciones y organismos de control es insuficiente frente a los nuevos mecanismos de blanqueo de capitales; capitales que pueden ser generados a base de la mayoría de los delitos contenidos en un código penal.
3. Los organismos de control y lucha contra el delito a nivel internacional, regional y estatal, a través de expresiones normativas, han generado básicamente conceptos y órdenes para los Estados a fin de solventar en mínima medida la lucha contra el cometimiento del delito, siendo insuficientes el momento de procesar un caso concreto; por lo que, el desarrollo de normativa colaborativa, procedimental y reparadora es urgente en aras de evitar las consecuencias lesivas de las conductas criminales.
4. El desarrollo académico encaminado a la generación de conocimiento de política criminal en aras de establecer un correcto sistema de lucha contra el delito de blanqueo de capitales a nivel estatal, regional y global; que no se base únicamente en la determinación de datos estadísticos es un precario en las distintas ramas de estudio del derecho penal; no así en materia económica o comercial.
5. El poco desarrollo de trabajo académico y jurídico respecto a las herramientas que los avances tecnológicos presentan en la realidad generan impunidad, ineficacia del proceso penal y lesividad extrema en los derechos a niveles individuales supraestatales.

## Referencias

Audiencia Provincial de Ávila, Resolución N.º 150/2018, 15 junio de 2018. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/99af33e31affd664/20180912>

- Audiencia Provincial de Oviedo, Auto 338/2022, 15 de diciembre de 2022, obtenido de [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/AAP\\_O\\_338\\_2022.pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/AAP_O_338_2022.pdf)
- Banco Central del Ecuador, Comunicado oficial sobre el uso del bitcoin, 2018. <https://www.bce.fin.ec/index.php/boletines-de-prensa-archivo/item/1028-co>
- Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, *Comunicado conjunto de la CNMV y del Banco de España sobre «criptomonedas» y «ofertas iniciales de criptomonedas» (ICOs)*, 2018. <https://www.cnmv.es/loultimo/NOTACONJUNTArip-toES%20final.pdf>
- Bitcoin Project, *Vocabulario*, 2018, consultado en <https://bitcoin.org/es/vocabulario#confirmacion>
- Bodoque, Á., Orduna, A., *Guía de Investigación en el lavado de activos mediante criptodivisas*. El PAcCTO Europa-Latinoamérica, Programa El PAcCTO, Madrid, 2022, p. 36.
- Bustos Ramírez, J., *Los bienes jurídicos colectivos, en control social y sistema penal*, Barcelona, PPU, 1987, p. 197.
- Caparrós, Eduardo Fabián, «Combate al lavado de activos desde el sistema judicial», *Internacionalización del lavado de activos e internacionalización de la respuesta*, 5.<sup>a</sup> ed., Washington, CICAD, 2014, p. 69.
- Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, 20 de mayo de 2015. <https://www.boe.es/doue/2015/141/L00073-00117.pdf>
- Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, 30 de mayo de 2018. <https://www.boe.es/doue/2018/156/L00043-00074.pdf>
- Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo. <https://www.boe.es/doue/2019/123/L00018-00029.pdf>
- El Economista, *Boom de las criptomonedas, ¿la criptonita de los mercados*, 2017, consultado en <https://www.economista.com.mx/mercados/Boom-de-las-criptomonedas-la-criptonitadel-mercados-20170918-0038.html>
- Fondo Monetario Internacional, *La globalización: ¿Amenaza u oportunidad?*, 2020, consultado en <https://www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/esl/041200s.htm#II>
- García Cavero, P., *El delito de lavado de activos*, Lima, Ed. Juristas Editores, 2013, p. 26.
- García, J., «Criptomonedas y aplicación en la economía», Madrid, Comillas Universidad Pontificia, 2018, p. 8.
- Grupo De Acción Financiera Internacional, *Monedas virtuales definiciones clave y riesgos potenciales de bdc/fdt*, 2014. <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/reports/Virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf>
- Grupo de Acción Financiera Internacional, *Directrices para un enfoque basado en riesgos para monedas virtuales*, 2015. <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/translations/guidance/Directrices-para-enfoque-basada-en-riesgo-Monedas-virtuales.pdf>
- Grupo de Acción Financiera Internacional, *Recomendación 15. Nuevas tecnologías*, 2018. <https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/421-fatf-recomendacion-15-nuevas-tecnologias>

- Grupo de Acción Financiera Internacional, *Orientación para un enfoque basado en el riesgo-Activos virtuales y proveedores de servicios de activos virtuales*, <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/guidance/RBA-VA-VASPs.pdf>
- Grupo de Acción Financiera Internacional, *Informe del GAFI – Indicadores de bandera roja de lavado de activos y financiación del terrorismo*, 2020. <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/reports/Virtual-Assets-Red-Flag-Indicators.pdf.core-download.pdf>
- Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, *¿Qué es el GAFILAT?*, 2023. <https://www.gafilat.org/index.php/es/gafilat/que-es-gafilat/>
- Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, *Guía para la Regulación ALA/CFT de activos virtuales y proveedores de servicios de activos virtuales en la región del GAFILAT*, 2023. <https://gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/guias-17/4580-guia-para-la-regulacion-alacft-av-psav/file>
- Herazo Rivas, P., «La inclusión del bitcoin en el marco de la soberanía monetaria y la supervisión por riesgos en Colombia», *Revista del Derecho Privado*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2016, p. 7.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 237.
- Nakatomo, Satoshi, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. Consultado en <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>
- Navarro, F., «Criptomonedas (en especial, bitcoin) y blanqueo de dinero», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Universidad de Granada, España, 2019, p. 18.
- Nieto, Alejandro, *Cuál es la diferencia entre criptomoneda, moneda virtual y dinero digital*, 2018. Consultado en <https://www.xataka.com/criptomonedas/cual-es-la-diferencia-entre-criptomoneda-moneda-virtual-y-dinero-digital>
- Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 2023, 23.ª edición, consultada en <https://dle.rae.es/activo>
- Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en materias de competencia, prevención de blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la presentación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (BOE, 28 de abril de 2021).
- Reglamento (UE) 2023/1114 del Reglamento Europeo y del Consejo, Relativo a los mercados de criptoactivos. 31 de mayo de 2023. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32023R1114>
- Rodríguez, Nelson, *6 características clave de la tecnología blockchain que debes conocer*, 2019. Consultado en <https://101blockchains.com/es/caracteristicas-tecnologia-Blockchain/>
- Sáez Hurtado, Javier, *Qué es blockchain y cómo funciona la tecnología blockchain*, 2023. Consultado en <https://www.iebschool.com/blog/blockchain-cadena-bloques-revoluciona-sector-financiero-finanzas/>
- Santaella, Jesús, *¿Cómo nacen las criptomonedas? El origen de todo*, 2021. Consultado en <https://economia3.com/como-nacen-las-criptomonedas/>

- Sampedro, José, *El mercado y la globalización*, Barcelona, Editorial Destino, 2002, p. 65.
- Sarmiento, J. y Garcés, J., «Criptodivisas en el entorno global y su incidencia en Colombia», *Revista Le Bret*, Universidad Santo Tomás, Colombia, 2016, p. 154.
- Socas, N. y Hourcade, O., «La cooperación internacional», *La cooperación internacional: clave para el desarrollo de nuestra región*, 1.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 21.
- UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Lavado de activos*, 2023. Consultado en <https://www.unodc.org/peruandecuador/es/02AREAS/DELITO/lavado-de-activos.html>
- Zaragoza Aguado, Javier, «Combate al lavado de activos desde el sistema judicial», *El delito de blanqueo de capitales. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Washington, CICAD, 2014, p. 300.



# REVISTA DERECHO PENAL CENTRAL



## El delito de cohecho en el sistema penal ecuatoriano

### Bribery crime in Ecuadorian penal system

JORGE AGUILERA QUEZADA

 Investigador independiente (Ecuador)

#### RESUMEN

El presente trabajo tiene como objeto realizar un estudio pormenorizado del tipo penal de cohecho, delito que se encuentra previsto en el artículo 280 del Código Orgánico Integral Penal como una de las conductas que atentan contra la eficiencia de la administración pública, bajo la luz de la doctrina autorizada y de acuerdo a la normativa ecuatoriana. En el último tiempo, en el país se ha debatido arduamente en torno a esta figura, debido a casos que involucran a altos funcionarios de gobiernos pasados y el actual, sin que se conozca verdaderamente su naturaleza y características especiales, por lo que este artículo tiene como propósito desentrañar sus particularidades para una mejor comprensión de esta.

**PALABRAS CLAVE:** COHECHO, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, CORRUPCIÓN, FUNCIONARIO PÚBLICO, DÁDIVA.

#### ABSTRACT

The actual dissertation analyze in detail the bribery crime, which is provided in the Código Orgánico Integral Penal article two hundred eighty, as a behavior that attacks the efficiency of the public government, in accordance with the authorized doctrine and Ecuadorian regulations. In the last time people have hardly discussed about this figure, due to the trials that involve senior officials from past governments and the actual one, however, its nature and especial features are not truly known, therefore, this paper looks for unraveling its characteristics in order to its better comprehension.

**KEY WORDS:** BRIBERY, PUBLIC GOVERNMENT, CORRUPTION, PUBLIC SERVANT, GIFT.



Recibido: 06/06/2023  
Aceptado: 25/07/2023

## Introducción

La administración pública constituye el conglomerado de acciones, prácticas, instituciones, políticas y decisiones emprendidas por el Estado con un fin único: gestionar los recursos públicos para servir a la colectividad. En esta línea, nuestra Constitución

de la República del Ecuador establece: «La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación».<sup>1</sup>

La forma mediante la cual la administración pública se desenvuelve para cumplir sus objetivos se denomina función pública, la cual consiste en el conjunto de tareas desempeñadas por las personas que la conforman, en el marco de las competencias a ellas atribuidas por la Constitución y la ley, con el propósito de satisfacer las demandas públicas. La función pública, según la Convención Interamericana contra la Corrupción, debe ser entendida como toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.<sup>2</sup>

Es en el contexto de la función pública en donde los principios que guían la administración del Estado pueden verse disminuidos, para el tema que nos atañe, su eficiencia, a través de conductas ejercidas por las personas que la integran (funcionarios públicos), alejadas de los valores que la inspiran, dando paso a una serie de sanciones tanto en el ámbito civil como administrativo y penal.

Las actividades de los funcionarios públicos que denotan un mayor apartamiento del significado de la función pública son los que alcanzan relevancia penal, por su alto grado de afección al bien jurídico que se protege o las libertades de los ciudadanos que se cuidan (cualquiera sea la visión que se tenga por aquello que la norma penal resguarda), las cuales son conocidas como actos de corrupción. La corrupción existe cuando un individuo desvirtúa o rompe las normas legales y axiológicas.<sup>3</sup>

La lucha contra la corrupción ha sido en los últimos años un eje de la política de las diferentes administraciones estatales, evidenciándose durante ese lapso un sinnúmero de casos llevados ante la justicia penal, en donde han estado involucrados altos funcionarios de gobiernos pasados y también del actual, empresarios y otros ciudadanos. La corrupción representa un mal que quebranta la confianza de la sociedad en el Estado de derecho, dado que pone en tela de duda la democracia y la institucionalidad, creando situaciones anómalas que atentan contra el desarrollo de los pueblos, la libre competencia, la igualdad y la responsabilidad sobre la administración de los recursos públicos, lo que provoca mayor inequidad y pobreza de los ciudadanos.

Nuestro país, como parte de su compromiso en la lucha contra la corrupción, es signatario de dos instrumentos internacionales fundamentales al respecto: 1) la Convención Interamericana contra la Corrupción y 2) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Es en el prefacio de este segundo tratado multilateral en donde se determina lo siguiente acerca de la corrupción:

La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos

1 Constitución de la República del Ecuador, Ecuador, Registro Oficial N.º 449, de 20 de octubre de 2008, art. 227.

2 Convención Interamericana contra la Corrupción, Organización de Estados Americanos, art. 1.

3 Cueva Carrión, L., *Peculado. Teoría, práctica y jurisprudencia*, Quito, Ediciones Cueva Carrión, 2006, p. 17, t. 1.

humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana.<sup>4</sup>

Es así que en el caso del Ecuador, en el plano normativo, la Constitución de la República del Ecuador contiene varias disposiciones vinculadas con los efectos legales que se generan en las personas que cometen actos de corrupción, cuyo principal desarrollo se encuentra en el Código Orgánico Integral Penal, en la sección tercera del capítulo quinto, título cuarto, libro primero de dicho cuerpo normativo, intitulada «Delitos contra la eficiencia de la administración pública», donde se tipifican y sancionan los tipos penales de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, ataque o resistencia, ruptura de sellos, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias, usurpación y simulación de funciones públicas, uso de fuerza pública contra órdenes de autoridad, testaferrismo, delitos contra los bienes institucionales de Fuerzas Armadas o Policía Nacional, elusión de responsabilidades de las o los servidores de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, alteración de evidencias y elementos de prueba, extralimitación en la ejecución de un acto de servicio, abuso de facultades y, el que nos interesa para nuestro estudio, el cohecho, previsto y reprimido en el artículo 280 del Código Orgánico Integral Penal. Vale destacar que en la sección siguiente a la mencionada se regulan las contravenciones contra la eficiencia de la administración pública.

### Antecedentes del delito de cohecho en la legislación ecuatoriana

El primer cuerpo normativo en materia penal del Ecuador fue el Código Penal de 1837, el cual, en su primera parte, título séptimo, capítulo segundo, reglaba acerca de los «sobornos, cohechos y regalos que se hacen a los que ejercen algún empleo o cargo público». El cohecho se encontraba regulado en el artículo 367 de acuerdo a lo siguiente:

Art. 367. El juez de hecho o de derecho, árbitro o cualquier otro funcionario público, que por sí o por alguno de su familia o por interpuesta persona, admitiere a sabiendas, o se conviniere en admitir algún soborno, cohecho o regalo, para hacer alguna cosa contraria a lo que como tal funcionario esté obligado, o deje de hacer alguna que por razón de sus funciones deba ejecutar, siempre que proceda a una cosa u otra, por el soborno, cohecho o regalos admitido u ofrecido, sufrirá la pena establecida en el artículo 365<sup>5</sup> (*sic*).

En esta tipificación confluyen tanto lo que la doctrina conoce como cohecho pasivo (funcionarios públicos en general) y como cohecho pasivo agravado (jueces y árbitros), donde los verbos rectores consisten en admitir o convenir en admitir un soborno para realizar algo, o dejar de hacerlo, en el ámbito de sus funciones. Como primer punto se debe precisar que se acepta la intervención de una tercera persona que actúe en nombre del sujeto activo para recibir o convenir sobre el soborno. Además, el delito se consuma únicamente con el convenio sobre el soborno, por lo que no resulta

4 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Organización de las Naciones Unidas, prefacio.

5 Código Penal de 1837, Ecuador, art. 367.

necesaria su recepción por parte del funcionario público. En la descripción del tipo penal se establece que la conducta por parte del agente se puede realizar tanto por acción como por omisión, pero siempre dentro de las tareas que le competen. En el numeral primero del artículo analizado se encuentra una condición objetiva de punibilidad, en el sentido de que si el funcionario público no hizo la cosa contraria a su obligación o dejado de hacer la que debía ejecutar, no se le imponen las penas del artículo 365, sino las que allí se determinan.

En el artículo 366 del Código Penal de 1837 se establece una modalidad especial de cohecho, relativa al funcionario encargado de proveer alguna dignidad o comisión del Gobierno, o proponerla, que la efectúa en virtud del soborno a favor de cierta persona; conducta que tiene las mismas sanciones del artículo 365 *ibidem*. Finalmente en el artículo 368 se tipifica lo que la doctrina llama el cohecho impropio. Vale resaltar que los actos aquí descritos no estaban reprimidos con pena privativa de libertad.

El Código Penal de 1872 trata en su capítulo sexto, título cuarto, libro segundo, el tema «De los sobornos o cohechos a los funcionarios públicos». En el artículo 272 de ese cuerpo legal, con una redacción más clara y elaborada, se prevén el cohecho pasivo impropio y propio. En el artículo 273 se incluye el tipo agravado del cohecho pasivo propio, el cual se produce cuando el autor hubiere ejecutado el acto injusto o se hubiere abstenido de ejecutar aquel que entraba en el orden de sus deberes. Se sigue contemplando la figura del cohecho pasivo agravado cuando el sujeto activo de la infracción posee la calidad de juez o árbitro, incluyéndose también a los jurados.

El avance con respecto al Código Penal anterior consiste en la inclusión del siguiente artículo:

Art. 278. Los que hubieren compelido por violencias o amenazas, o corrompido por promesas, ofertas, dones o presentes a un funcionario público, a una persona encargada de un servicio público a un jurado, árbitro o componedor, para obtener un acto de su empleo u oficio, aunque fuere justo, pero no sujeto a retribución, o la omisión de un acto correspondiente al orden de sus deberes, serán castigados con las mismas penas que el funcionario, jurado, árbitro o componedor culpables de haberse dejado cohechar. Las tentativas de compulsión o cohecho serán castigadas con una prisión de un mes a un año, y con una multa de diez a cien pesos.<sup>6</sup>

Este artículo lo que agrega es la tipificación del cohecho activo, esto es, la conducta de la persona que realiza el ofrecimiento o entrega el soborno al funcionario público. Además, se añade la figura de la tentativa de este delito, a lo cual haremos referencia cuando se analice el tipo penal vigente. Por último, cabe indicar que en este cuerpo normativo ya se sanciona al cohecho con penas de prisión, reclusión y penitenciaria.

La Codificación del Código Penal de 1889 no trajo ningún avance en cuanto a la regulación del cohecho. La siguiente evolución normativa se produce con el Código Penal de 1906, expedido durante el gobierno de Eloy Alfaro. En su gran mayoría, la tipificación del delito de cohecho no varía en la nueva legislación penal, salvo que se introduce la agravante de aceptar o recibir el soborno el funcionario público para cometer en el ejercicio de su cargo un crimen o delito.

6 Código Penal de 1872, Ecuador, art. 278.

En el Código Penal de 1938 se le dedica un apartado exclusivo al delito de cohecho, correspondiente al capítulo octavo, dentro del título tercero, libro segundo del mentado cuerpo normativo; empero, su regulación casi no varía con respecto a la contemplada en el revisado previamente. Lo mismo sucede con la Codificación del Código Penal de 1971 (último cuerpo normativo en nuestro recorrido de índole penal sustantivo, derogado por el Código Orgánico Integral Penal), donde la única alteración que sufren los artículos es lo concerniente a la actualización de las penas de multa de sucres a dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

### *Bien jurídico protegido*

Habíamos mencionado que, en la sección tercera del capítulo quinto, título cuarto, libro primero del Código Orgánico Integral Penal se recogen los delitos contra la eficiencia de la administración pública, por lo que podríamos entender, en principio, que todas las conductas allí sancionadas tutelan aquel bien jurídico. Si nos detenemos a examinar cada una de las figuras delictivas recogidas en dicho acápite nos podremos percatar que, antes que la eficiencia de la administración pública, subyacen otros valores diversos que realmente son los que protegen esas normas, por lo que parece que la denominación utilizada para agruparlos tan solo responde a su vinculación con un aspecto de la administración pública, lo que no hace que el bien jurídico tutelado deba ser necesariamente su eficiencia u otra característica de la misma. Según Donna, el bien jurídicamente tutelado es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública.<sup>7</sup>

En el caso del cohecho, consideramos que verdaderamente el bien jurídico que se resguarda es la objetividad o imparcialidad de la administración pública. De acuerdo con la Constitución de la República del Ecuador, todas las personas gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades, sin que se admita discriminación de ningún tipo.<sup>8</sup> Es en el marco de la objetividad o imparcialidad de la administración pública que el principio de igualdad de los individuos se puede materializar, ya que en sus relaciones con ella no deben incidir motivos de índole política, económica ni de ningún otro tipo que favorezca a unos y perjudique a otros, lo que podemos vincular, asimismo, con otra de sus características, en lugar de la eficiencia, como lo es la transparencia de la administración pública, señalada igualmente en el artículo 227 *ibidem*. Acerca del bien jurídico específico que se protege con la tipificación del cohecho se ha dicho que consiste en «Tutelar el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos. Sus decisiones deben tomarse sin la intervención de interferencias».<sup>9</sup>

Precisamente sustentamos que el bien jurídico tutelado en el caso del cohecho no puede ser otro que la objetividad o imparcialidad de la administración pública (o incluso su transparencia), y no su eficiencia, debido a que esta última no se ve afectada realmente con la recepción o aceptación del funcionario público del donativo, dádiva,

7 Donna, E. A., *Derecho penal. Parte especial*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018, p. 323, t. III.

8 Constitución de la República del Ecuador, Ecuador, art. 11, núm. 2.

9 Salinas, R., *Delitos contra la administración pública*, Lima, Editorial Iustitia, 2011, p. 449.

promesa, ventaja o beneficio económico indebido u otro bien de orden material. Pensemos en el caso de cierto servidor público que recibe una cantidad de dinero para que desarrolle sus funciones de manera que le beneficie al particular que entrega la misma. Aquí tenemos dos escenarios: 1) que el funcionario no cumpla con su parte del acuerdo y realice su trabajo de la misma manera que tenía planificada y 2) que el agente público «honre su palabra» y concrete la tarea que convino con el particular. En cualquiera de las dos posibilidades, el bien jurídico eficiencia de la administración pública no es vulnerado, debido a que en el primer caso el servidor público ni siquiera actúa de manera contraria a la que hubiera observado de no mediar el soborno, lo que no vuelve menos ni más eficiente su función ni a la administración pública y, en el segundo supuesto, el beneficio económico que recibe tiene el efecto de volver más diligentes u oportunas las acciones u omisiones que efectúa en el ámbito de sus competencias, lo que tiene el efecto contrario a lograr una menor eficiencia en la administración pública, lo que no quita de vista que esto haya sido a costa de la correcta prestación de la actividad estatal.

Lo que realmente se pone en peligro o se transgrede con el cohecho es la imparcialidad con la que debe actuar la administración pública en sus relaciones con los ciudadanos, ya que, tomando en cuenta los escenarios antes analizados, aceptado o recibido el beneficio de cualquier tipo, el funcionario pone en peligro la objetividad con la que debe actuar, en el primer supuesto, y transgrede el bien jurídico tutelado en el segundo, al poner en una situación distinta a aquellos que ofrecen u otorgan el soborno de aquellos que no lo hacen, generando un panorama desigual de las personas frente a la actividad estatal.

### *El tipo penal de cohecho*

El delito de cohecho está previsto en el artículo 280 del Código Orgánico Integral Penal, a través de la siguiente descripción:

Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, donativo, dádiva, promesa, ventaja, beneficio inmaterial o beneficio económico indebido u otro bien de orden material para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Se entenderá como beneficio inmaterial, a todo aquel beneficio o ventaja intangible que, por su naturaleza al no tener un valor económico o patrimonial cuantificable, no es susceptible de valoración alguna.

Si la o el servidor público, ejecuta el acto o no realiza el acto debido, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si la conducta descrita es para cometer otro delito, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La persona que bajo cualquier modalidad ofrezca, dé o prometa a una o a un servidor público donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones o para cometer un delito, será sancionada con las mismas penas señaladas para los servidores públicos.

La persona que ofrezca, dé o prometa donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material, a un funcionario público extranjero, a cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o en una empresa pública, o cualquier funcionario o representante de un organismo público internacional ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de este o para un tercero o, para que ese funcionario que en relación con el cumplimiento de deberes oficiales actúe o se abstenga de hacerlo, será sancionado con las mismas penas señaladas para los servidores públicos.

También se aplicará el máximo de la pena prevista cuando se realice aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción.

En caso de determinarse responsabilidad de la persona jurídica será sancionada con la disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.<sup>10</sup>

Como podemos apreciar, la regulación del delito de cohecho es bastante extensa, puesto que en un mismo artículo se recogen, en principio, tres modalidades de esta conducta delictiva, como lo son el cohecho pasivo, el cohecho activo y lo que la doctrina denomina como el soborno transnacional.

Empecemos por la primera de las figuras, el cohecho pasivo, en su concepción básica. Esta clase de cohecho es la que se conoce como un delito especial propio, ya que el sujeto activo es calificado y no admite que sea cometido más que por un servidor público o una persona que actúe en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado. La propia Constitución de la República del Ecuador se encarga de definir el significado de servidor público, señalando que: «Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público».<sup>11</sup> El legislador ha querido ser cuidadoso y no dejar abierta ninguna posibilidad de impunidad, por ello ha incluido como sujeto activo del delito a cualquier persona que actúe en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, por si en algún evento esta se escapa de la definición que trae la norma suprema, más allá de que aquella es bastante exhaustiva. Entonces, cualquier persona que no sea servidor público o que no actúe en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado no puede ser sujeto activo del delito de cohecho pasivo, admitiendo únicamente su participación como cómplice, consistiendo lo que en la doctrina se conoce como *extraneus*. En relación al sujeto pasivo no hay mayor discusión, puede ser cualquier persona, incluso un servidor público.

La conducta del cohecho pasivo se integra por dos verbos rectores, que son: recibir y aceptar. «Las acciones objetivamente descriptas en el tipo son de dos órdenes: recibir dinero o cualquier otra dádiva o aceptar una promesa. *Recibe* el que entra en la tenencia material del objeto que se le entrega. *Acepta* quien admite recibir en el futuro lo que se le promete».<sup>12</sup>

10 Código Orgánico Integral Penal, Ecuador, Suplemento del Registro Oficial N.º 180, de 10 de febrero de 2014, art. 280.

11 Constitución de la República del Ecuador, art. 229.

12 Creus, C., *Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998, p. 272, t. 2.

El delito de cohecho es un delito de doble vía, ya que requiere necesariamente la intervención de dos personas: una que entregue el beneficio y el funcionario público que lo reciba o acepte. Por esta razón, no se puede dar el cohecho pasivo sin que primero ocurra el cohecho activo. Sobre este punto se ha dicho que: «La posición que afirma que el cohecho tiene naturaleza bilateral ha señalado como argumentos principales, por un lado, el hecho de que para su perpetración se requeriría la concurrencia de dos personas —el empleado público y el particular— y, por otro, la circunstancia de que este delito consistiría en un acuerdo entre el funcionario y el particular, en cuya virtud aquel acepta de este una compensación no debida por un acto en el ejercicio de su cargo».<sup>13</sup> El cohecho pasivo es un tipo de infracción que se basa en la existencia de un contrato o acuerdo espurio, por lo que requiere la actuación de dos personas. Para que el servidor público incurra en la conducta tipificada en la ley penal, debe recibir o aceptar el beneficio entregado u ofrecido por el particular, por lo tanto, el delito se comete a través de estas dos modalidades, ya sea por recibir el beneficio o tan solo por aceptarlo (por generarse el acuerdo), más allá de que no lo termine recibiendo.

La recepción o aceptación del beneficio puede ser realizada por el propio funcionario público o a través de interpuesta persona. Este tercero que facilita el acto venal podría responder, según las circunstancias del caso y siempre que su participación no se adecúe a ninguno de los supuestos de la autoría y no sea servidor público, como cómplice. Además, este beneficio puede estar destinado para el propio sujeto activo o cualquier otra persona. Sobre este particular se ha resaltado: «Admite la participación de un tercero, ya sea en calidad de beneficiario o como intermediario a través del cual se recibe o acepta promesa remuneratoria, el cual tendrá la calidad de cómplice en la medida en que conozca la ilicitud de la conducta».<sup>14</sup>

El objeto «material» del delito lo constituyen los donativos, dádivas, promesas, ventajas, beneficios inmateriales o económicos o cualquier otro bien de orden material que reciba o acepte el servidor público. La principal discusión acerca del objeto material del delito de cohecho, en cualquiera de sus variantes, tiene que ver con el contenido económico o no que debe tener la dádiva o promesa que recibe o acepta el funcionario público. Esta cuestión está totalmente resuelta por el Código Orgánico Integral Penal, ya que el legislador fue prolijo al incluir como objeto material del cohecho tanto elementos económicos como aquellos que no revisten esa propiedad, así como bienes materiales e inmateriales. En el caso de los beneficios inmateriales, el propio código se encarga de explicar qué se entiende por aquellos. Por ejemplo, el funcionario público que acepta un beneficio de carácter sexual para omitir una actuación en su cargo, incurre en el delito de cohecho pasivo.

Adicionalmente, el donativo, dádiva o beneficio que reciba o acepte el funcionario público debe ser indebido, es decir, que no debe estar ligado a su cargo o función, como la contraprestación natural que obtiene por realizar su trabajo, sino que debe ser algo que no tiene derecho a obtener. En esta parte hay que tener en cuenta

13 Oliver, G., «Aproximación al delito de cohecho», *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 5, p. 91, 2004. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, url: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15047/15467>

14 Higuera, L., *La responsabilidad penal del servidor público*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2001, p. 119.

el principio de mínima intervención penal, preceptuado en el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal, en relación a que si un funcionario público recibe por parte de un usuario un objeto de valor insignificante, no quiere decir que comete el delito de cohecho pasivo, ni que aquel sea responsable de cohecho activo, ya que incluso por costumbre muchas veces las personas ofrecen a los servidores públicos objetos de escaso o casi nulo valor económico como agradecimiento por su atención. «Aunque en el ejercicio de la función pública el funcionario no debe admitir del particular ningún tipo de contraprestación económica, ni siquiera indirecta, pertenece a los usos sociales, sobre todo en comunidades pequeñas, ofrecer al funcionario algún tipo de regalo en correspondencia a “pequeños favores” que este pueda hacer, que van desde ahorrarle al particular la pesada espera en la larga cola ante la ventanilla, hasta rellenarle el mismo funcionario los complicados formularios que el ciudadano tiene que rellenar para pedir un subsidio de desempleo».<sup>15</sup>

En el plano subjetivo, el cohecho pasivo es un delito doloso, que solo admite el dolo de primer grado. En términos del Código Orgánico Integral Penal, el sujeto activo debe conocer y consentir la recepción o aceptación de la promesa o bien a cambio de hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones. Al contrario de lo que se pueda creer, los verbos anteriores no constituyen medios a través de los cuales se comete la infracción de cohecho pasivo, sino que vienen a ser un elemento subjetivo diferente del dolo que debe estar presente en la conducta del autor, que se puede manifestar a través de distintos actos, cuestión que es diferente. Entonces, la tipicidad del cohecho pasivo no exige que el servidor público haya hecho, omitido, agilizado, retardado o condicionado cuestiones relativas a sus funciones, sino que haya recibido o aceptado un beneficio de cualquier tipo con el propósito o ánimo de realizar alguno o varios de esos actos, sin que tenga trascendencia para su consumación que los haya efectuado. Al respecto, con referencia al cohecho propio, se ha dicho que: «Es importante recordar que, dentro de una recta interpretación, los elementos subjetivos del tipo no deben tener real ocurrencia para que se perfeccione la figura correspondiente. En este caso, la conducta se realiza para ‘retardar’, ‘omitir’ o ‘ejecutar’ un acto contrario a los deberes oficiales, de tal suerte que no es necesario que se produzca el retardo, la omisión o la ejecución».<sup>16</sup> En el escenario en que el servidor público haya ejecutado el acto o no haya realizado el acto debido, esto se considerará como una circunstancia agravante modificatoria de la infracción, como se prevé en el tercer inciso del artículo en revisión.

La tipificación actual del delito de cohecho no distingue entre el cohecho propio y el impropio. Esto quiere decir que ambas modalidades de cohecho están recogidas dentro de la descripción vigente, por lo que si el servidor público recibe o acepta un beneficio tanto con la intención de realizar un acto justo o apegado a derecho como uno que no lo es, resulta indiferente para el derecho penal, siendo el reproche el mismo.

En los incisos tercero y cuarto de este artículo se prevé lo que la doctrina denomina como cohecho pasivo agravado. En el caso del inciso tercero, se agrava la

15 Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 1024-1025.

16 Cancino, A. J., *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 134.

conducta inicial cuando el servidor público ejecuta el acto o no realiza el acto debido. Como se dijo, que esta situación no se produzca no obsta en lo absoluto para la consumación de la figura básica del cohecho pasivo, ya que consiste en una circunstancia agravante modificatoria de este tipo penal. Por otra parte, la conducta básica también se agrava cuando está destinada a la comisión de otro delito, escenario en el cual entran en juego las reglas del concurso.

Otra de las variantes del cohecho que se tipifica en este artículo es el cohecho activo. A diferencia del cohecho pasivo, el cohecho activo no es un delito de codeinfluencia necesaria, en virtud de que su consumación únicamente requiere la acción u omisión del particular y no la del funcionario público, es decir, no hace falta que aquel reciba o acepte el beneficio; dicho en otras palabras, no es necesario el contrato o acuerdo espurio, sino tan solo la actuación unilateral del particular dirigida a corromper al servidor público. Si el funcionario público no recibe ni acepta la oferta del tercero, solo se da la comisión del delito de cohecho activo por parte de este último.

El sujeto activo del cohecho activo, valga la redundancia, lo puede constituir cualquier persona, incluso un servidor público, que en este contexto no se encuentra cumpliendo una función de esas características. Los verbos rectores que forman parte de la conducta son el ofrecer, dar o prometer, sin que sea necesaria, como se dijo, la recepción o aceptación del beneficio por parte del servidor público para su consumación. En cuanto al objeto material del delito, se enumeran más elementos que lo constituyen, como lo son los presentes, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos y gratificaciones, sin que esto signifique que no estén englobados también para la descripción del cohecho pasivo, solo que aquí se realiza una desagregación más amplia. De igual manera, cualquiera de estos elementos debe ser indebido, esto es, que no guarden relación con la función del servidor público.

Al igual que el cohecho pasivo, el cohecho activo es un delito doloso, que solo admite dolo directo, puesto que la intención del particular debe estar dirigida inequívocamente a que el servidor público haga, omita, agilite, retarde o condicione cuestiones relativas a sus funciones o para cometer un delito, a cambio de un beneficio económico o de otra clase. «El sujeto activo indeterminado debe tener conocimiento que le da y ofrece a un servidor público, para que este asuma la pertinente acción funcional, y con tal conciencia antijurídica dirija voluntariamente su conducta corruptora, pudiendo y debiendo actuar diversamente».<sup>17</sup>

Finalmente, ante la creciente incidencia de la corrupción también en el plano internacional, se tipifica el soborno transnacional, que parte de la descripción básica del cohecho activo, pero con la variante de que el sujeto pasivo del delito lo constituye el funcionario público extranjero, cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, para un organismo público o en una empresa pública, o el funcionario o representante de un organismo público internacional.

17 Peña, E., *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 175.

### *Distinción con otros delitos, concurso, tentativa y casos de atipicidad*

Se suele confundir al cohecho con otro delito contra la eficiencia de la administración pública, como es la concusión, tipificada a continuación suyo, en el artículo 281 del Código Orgánico Integral Penal. En el cohecho, en su modalidad pasiva, el funcionario público acepta la propuesta indebida realizada por el particular; por otra parte, en la concusión es el servidor público quien ordena o exige la entrega de donativos, dádivas presentes u otros elementos. En otras palabras, en el cohecho pasivo el autor se limita a aceptar la oferta del particular, mientras que en la concusión la imposición surge del servidor público. «Hay consenso en precisar que la mayor diferencia entre las figuras de cohecho y concusión radica en la existencia o no de un acuerdo de voluntades entre el funcionario público y el particular. Allí donde arriben a un acuerdo con el libre consentimiento de ambos, se estará en presencia de un cohecho. Y cuando se fuerce la voluntad del particular, éste tendrá el carácter de víctima y la conducta del funcionario será una concusión»<sup>18</sup>. En la concusión no es necesario que quede de manifiesto que la exigencia del autor es para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, ya que la sola orden es objeto de reproche penal, sin importar el motivo.

Por otra parte, tenemos el delito de oferta de realizar tráfico de influencias, previsto en el artículo 286 del Código Orgánico Integral Penal. Esta infracción es una que, debido al principio de absorción, prevalece frente al delito de concusión, por su mayor amplitud, ya que a diferencia de esta requiere que la solicitud arbitraria del servidor público al tercero vaya acompañada de la oferta de traficar influencias. La distinción con el cohecho es la misma que para la concusión: la iniciativa o la posición activa la tiene el funcionario público.

En el contexto de la comisión del delito de cohecho se pueden presentar casos de concurso, tanto con delitos que protegen la eficiencia de la administración pública como con delitos que resguardan otros bienes jurídicos. En el primer caso, el cohecho puede concursar con el delito de peculado, tipificado en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal, cuando, por ejemplo, un servidor público recibe un beneficio económico indebido para distraer dineros públicos a favor de un tercero. En este escenario hablamos de un concurso real de infracciones. El cohecho puede concursar también con los delitos de enriquecimiento ilícito y de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, cuando, por ejemplo, la recepción de un beneficio económico entregado por un tercero lleve a que el funcionario público obtenga un incremento patrimonial injustificado o a que incumpla órdenes, prohibiciones específicas o legalmente debidas, dirigidas por autoridad competente, respectivamente. En el primer supuesto habrá concurso ideal, mientras que en el segundo concurso real.

Asimismo, el cohecho puede concursar con delitos que protegen otros bienes jurídicos distintos a la eficiencia de la administración pública, como, por ejemplo, los delitos contra la tutela judicial efectiva, como en el caso del prevaricato de los jueces,

18 Rúa, G. S., «En busca de los límites perdidos entre los tipos penales de cohecho y de concusión», *Revista de derecho penal* 2004-2: *delitos contra la administración pública II*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005, pp. 225-226.

en el evento de que el administrador de justicia acepte una promesa indebida para fallar en contra de ley expresa o conocer una causa en la que patrocinó a una de las partes como abogado, y luego realice ese propósito. Aquí existe concurso real de cohecho pasivo impropio agravado con prevaricato.

Como se revisó, en códigos penales anteriores estuvo prevista directamente la posibilidad de la tentativa en el delito de cohecho. Particularmente creemos que la tentativa, al tratarse de un delito de simple actividad, en el que su ejecución implica que el resultado se incluya dentro del mismo acto del tercero o del servidor público, no es posible. En el caso del cohecho activo pueden existir actos preparatorios, pero al no haber ejecución no pueden ser penados como tentativa. Al abordar la tentativa en el cohecho se ha expuesto: «Este es un convenio, cuando es *pasivo*, y un acto unilateral de dar u ofrecer, cuando es *activo*. Las primeras palabras pronunciadas por ambos contratantes lo agotan plenamente. Porque se consuma con el acuerdo de voluntades, sin esperar a que cada parte cumpla o no su finalidad contractual. Y si es *activo* la sola oferta lo agota, aun siendo rechazado por el funcionario a quien se pretendió corromper».<sup>19</sup>

Como se explicó en párrafos anteriores, el cohecho pasivo se consuma cuando el servidor público recibe o acepta el beneficio para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones y, a su vez, el cohecho activo se perfecciona con el ofrecimiento, entrega o promesa del beneficio por parte del particular, con el mismo motivo anterior. De esta manera, el pacto es anterior a la actuación justa o injusta del servidor público en el ámbito de sus funciones. Entonces, si un funcionario público recibe o acepta cierto beneficio como retribución por previamente haber realizado, omitido, agilizado, retardado o condicionado cuestiones relativas a sus funciones, no comete el delito de cohecho pasivo, más allá de poder incurrir en otra conducta delictiva, debido a que el acuerdo ilícito es posterior al cumplimiento o incumplimiento de sus tareas, por lo que en el mismo ya no subyace ese motivo o intención. Paralelamente, igual situación acontece con respecto al tercero que entrega o promete el beneficio, quien podría estar actuando por agradecimiento frente a un acto que fue de su beneficio, siendo su conducta atípica. Estas situaciones se conocen en la doctrina como cohecho subsiguiente o por recompensa, el cual no está tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, constituyendo para algunos una laguna de impunidad.

### *Particularidades del delito de cohecho*

Como se expuso al inicio, uno de los grandes males que aqueja al Ecuador es la corrupción. Por esta razón, uno de los principales ejes de actuación estatal, a través de todas las instituciones públicas, es el combate a la corrupción. Esto ha llevado a que a nivel normativo se contemplen una serie de regulaciones que haga más sencillo juzgar y sancionar los actos de corrupción, dentro de los cuales está incluido el cohecho.

La Constitución de la República del Ecuador determina que la acción para perseguir los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, así como

19 Ferreira, F. J., *Derecho penal especial*, Bogotá, Editorial Temis, 2006, p. 370. t. II.

las penas correspondientes, son imprescriptibles. Además, señala que la etapa de juicio se iniciará y continuará sin necesidad de que las personas acusadas estén presentes, por ejemplo, en el caso de estar prófugas. Estas mismas reglas serán aplicables a quienes, sin tener la calidad de servidores públicos, participen en estos delitos.<sup>20</sup> Es el caso de los llamados *extraneus*.

Por su lado, el Código Orgánico Integral Penal preceptúa el deber ciudadano de denunciar, entre otros delitos, el cohecho, cuando la persona conociere de su comisión al momento de desempeñar su actividad.<sup>21</sup> La denuncia o información por el delito de cohecho podrá presentarse con reserva de identidad del denunciante.<sup>22</sup> Así también, este cuerpo normativo reconoce un incentivo por denuncia efectiva en el cohecho y otros delitos, consistente en un monto de entre el 10% y máximo el 20% de lo recuperado, cuando una persona aporte elementos probatorios que permitan la recuperación efectiva de bienes, dinero, fondos, activos y beneficios que sean el producto de esas actividades ilícitas.<sup>23</sup>

El delito de cohecho también presenta algunas restricciones procesales y en la ejecución de la pena. No procede la suspensión condicional de la pena en los juzgamientos por esta infracción.<sup>24</sup> Por otra parte, no pueden acceder a los regímenes de rehabilitación social semiabierto ni abierto las personas privadas de libertad que hayan sido condenadas por cohecho.<sup>25</sup>

## Conclusión

El cohecho, como infracción que transgrede la objetividad e imparcialidad con la que debe actuar la administración pública en sus relaciones con los ciudadanos, es un delito que ha estado tipificado en el ordenamiento legal ecuatoriano desde el primer Código Penal. Su evolución normativa ha permitido construir una verdadera herramienta de lucha contra la corrupción, por medio de la inclusión de los elementos necesarios para que se castigue la venalidad de los funcionarios públicos y sus conductas delictivas no queden en la impunidad.

El cohecho, como cualquier otro tipo penal, posee características especiales, aún cuando lo comparamos con las demás infracciones contra la eficiencia de la administración pública, por lo que su real comprensión se vuelve de vital importancia a fin de identificar los actos que se enmarcan en su descripción, para conducir apropiadamente las investigaciones necesarias, obtener los medios de prueba suficientes para su comprobación, ejercer una defensa adecuada de los sospechosos o procesados y juzgar correctamente las conductas ilícitas.

El cohecho puede coincidir con la comisión de otros delitos, en los casos en que se manifiesta su faceta agravada, lo que será resuelto a través de las reglas del concurso.

20 Constitución de la República del Ecuador, Ecuador, art. 233.

21 Código Orgánico Integral Penal, Ecuador, art. 422, núm. 1.

22 *Ibid.*, art. 430, núm. 1.

23 *Ibid.*, art. 430, núm. 2.

24 *Ibid.*, art. 630.

25 *Ibid.*, arts. 698 y 699.

Asimismo, existen conductas que por más que sean reprochables no constituyen cohecho, sin perjuicio de la responsabilidad por un tipo penal diferente, por lo que nuevamente adquiere relevancia su cabal entendimiento, en aras de que su tipificación tenga la utilidad que se persigue.

## Referencias

- Cancino, A. J., *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Creus, C. *Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998, t. 2.
- Cueva Carrión, L., *Peculado. Teoría, práctica y jurisprudencia*, Quito, Ediciones Cueva Carrión, 2006.
- Donna, E. A., *Derecho penal. Parte especial*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018, t. III.
- Ferreira, F. J., *Derecho penal especial*, Bogotá, Editorial Temis, 2006, t. II.
- Higuita, L., *La responsabilidad penal del servidor público*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2001.
- Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- Oliver, G., «Aproximación al delito de cohecho», *Revista de Estudios de la Justicia*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N.º 5, 2004. URL: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15047/15467>
- Peña, E., *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.
- Rua, G. S., «En busca de los límites perdidos entre los tipos penales de cohecho y de concusión», *Revista de Derecho Penal 2004-2 delitos contra la administración pública II*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005.
- Salinas, R., *Delitos contra la administración pública*, Lima, Editorial Iustitia, 2011.

## *Códigos normativos y tratados internacionales*

- Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Suplemento del Registro Oficial N.º 180, de 10 de febrero de 2014.
- Ecuador, Codificación del Código Penal de 1889.
- Ecuador, Codificación del Código Penal de 1971.
- Ecuador, Código Penal de 1837.
- Ecuador, Código Penal de 1872.
- Ecuador, Código Penal de 1906.
- Ecuador, Código Penal de 1938.
- Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial N.º 449, de 20 de octubre de 2008.
- Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana contra la Corrupción.
- Organización de las Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

# REVISTA DERECHO PENAL CENTRAL



## El delito de lesa humanidad: un análisis del origen y su evolución

### The crime against humanity: an analysis of the origin and its evolution

WILLIAM CANTOS MÉNDEZ

 Investigador independiente (Ecuador)

#### RESUMEN

Los delitos contra la humanidad no han sido un tema actual, se ha desarrollado debido a las diversas atrocidades ocurridas por las guerras, en razón de su gravedad y el alcance que han tenido las mismas, lo cual motivó a la comunidad internacional a buscar un desarrollo normativo para que se juzguen aquellos actos de gran relevancia cometidos en contra de la humanidad, como un símbolo para salvaguardar —o buscar una medida frente a hechos que alteran— la paz, seguridad y el bienestar de la humanidad. En la presente investigación se abordará el origen de estos crímenes, las características que tiene, su definición dentro del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y sus elementos.

**PALABRAS CLAVE:** DELITOS DE LESA HUMANIDAD, DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD, LEYES DE HUMANIDAD, CORTE PENAL INTERNACIONAL, ESTATUTO DE ROMA, ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, NACIONES UNIDAS, TRATADOS INTERNACIONALES.

#### ABSTRACT

Crimes against humanity have not been a current issue, they have developed due to the various atrocities that occurred during the wars, due to their severity and the scope they have had, which motivated the International Community to seek a normative development to judge those acts of great relevance that are committed against humanity, as a symbol to safeguard —or seek a measure against facts that alter— the peace, security and well-being of humanity. This research will address the origin of these crimes, their characteristics, their definition within the Rome Statute of the International Criminal Court and its elements.

**KEY WORDS:** CRIMES AGAINST HUMANITY, CRIMES AGAINST HUMANITY, LAWS OF HUMANITY, INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, ROME STATUTE, STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, UNITED NATIONS, INTERNATIONAL TREATIES.



Recibido: 11/10/2023  
Aceptado: 01/01/2024

## 1. Introducción

El derecho penal internacional es una rama compleja, por ello, incluso el tomar elementos del derecho penal e internacional es complejo, más aún el crimen de lesa humanidad o también llamado «crimen contra la humanidad», que es un ejemplo claro de falta de tipificación inclusive en los Estados, pues no es fácil construir, describir los elementos, conductas, medios, descripciones mismas de este delito. Incluso dentro de los mismos instrumentos internacionales han existido cambios y alcances sustancialmente realizados.

Su origen yace en los horrores de las guerras mundiales y los crímenes cometidos, las diversas atrocidades que, por su gravedad y alcance, llevó a la comunidad internacional a buscar un marco jurídico internacional que pueda abordar aquellos actos más graves que se han realizado en contra de la humanidad, motivo por el cual, el crimen de lesa humanidad ha sido objeto de consenso internacional, mismo que se recoge en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En cuanto a los elementos de este delito son cruciales para el establecimiento de responsabilidad, pues incluye actos inhumanos y sistemáticos contra una población civil con conocimiento del mismo; como se dijo, por la gravedad y naturaleza colectiva de estos crímenes caen bajo la categoría de «lesa humanidad». En resumen, representa un avance significativo en cuanto a evolución normativa del derecho internacional. Se trata, pues, de buscar que rindan cuentas —a través de la justicia— quienes cometen estos actos. Y su conceptualización, desarrollo normativo y aplicación es el reflejo de una comunidad internacional que desea prevenir la impunidad y trata de proteger la dignidad del grupo colectivo humano.

## 2. ¿Cuál es su origen y su evolución? ¿Cuándo y por qué surgió?

El primer antecedente de los crímenes de lesa humanidad es la cláusula Martens —escrita por el profesor von Martens, delegado ruso en La Haya en 1899—,<sup>1</sup> misma que constó por primera vez en el preámbulo del Convenio de La Haya de 1899, como un intento de regularización de conflictos armados y posteriormente en la Convención Cuarta de 1907,<sup>2</sup> la cual tiene un valor de norma consuetudinaria y al paso del tiempo se la ha adoptado de forma total o parcial en los convenios (1949),<sup>3</sup> los protocolos

1 Ticehurst, Rupert, «La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados», *Revista Internacional de la Cruz Roja* (RICR), n.º 135, 1996, pp. 131-141.

2 *Ibid.*, «Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública»

3 i. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 12 de agosto de 1949. ii Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 12 de agosto de 1949. iii Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 12 de agosto de 1949. iv Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 12 de agosto de 1949. Disponibles en: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>

adicionales<sup>4</sup> y el preámbulo a la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas convencionales que pueden considerarse nocivas (1980).<sup>5</sup>

La definición de crimen contra la humanidad se la considera desde el genocidio armenio a manos del gobierno de los Jóvenes Turcos del Imperio Otomano durante la Primera Guerra Mundial, luego de que Francia, Reino Unido y Rusia realizaran una declaración conjunta donde condenaban esta «masacre». <sup>6</sup> Pues, tras la Primera Guerra Mundial en el marco de las negociaciones de la Conferencia de Paz de París, se estableció una Comisión a la que se le encargó investigar y establecer responsabilidades por los actos de guerra y aplicar la respectiva pena por la violación de las leyes y costumbres de la guerra,<sup>7</sup> dicha comisión llegó a la conclusión de la posible existencia de ultrajes contra las leyes, humanidad y la guerra.

A lo largo del tiempo ha existido discrepancia en cuanto a la adopción de lo que se comprende como ley de humanidad, y cuándo se puede reputar como infringida. Por ejemplo, el Tratado de Versalles (1919) no incluyó a los crímenes de lesa humanidad, sino hasta el Acuerdo de Londres en que se incluye como «ley[es] de humanidad» o «law of humanity». <sup>8</sup> Cabe indicar que el Acuerdo de Londres contenía una disposición recogida en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, donde contemplaba que debía juzgarse y condenarse a los culpables de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad (asesinato, exterminio, esclavización, deportación y otros actos inhumanos). Posteriormente, estos principios de responsabilidad penal internacional se desarrollarían en otros estatutos y la jurisprudencia emitida por el Tribunal, donde una vez más se reitera la cláusula Martens,<sup>9</sup> recogiendo los principios del derecho de gentes.

Entonces, ¿por qué surgió la expresión de crímenes de lesa humanidad —o contra la humanidad—? La respuesta yace en lo referido por Capellá, quien manifiesta es

4 Protocolo adicional a los convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977; Protocolo adicional a los convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), 8 de junio de 1977; y el Protocolo adicional a los convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (Protocolo III), 8 de diciembre de 2005. Disponible en: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>

5 Instrumento de ratificación de la Convención sobre prohibiciones y restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados elaborada en Ginebra el 10 de octubre de 1980. BOE: 14 de abril de 1994, núm. 89, pp. 11384-11393. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/ai/1980/10/10/\(2\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1980/10/10/(2))

6 Oficina de la Historia, *Documentos relacionados con las relaciones exteriores de los Estados Unidos*, 1915, Suplemento, La Guerra Mundial, Washington: Imprenta del Gobierno de los Estados Unidos, 1928. Disponible en: <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1915Supp>

7 Estupiñán Silva, Rosmerlin. «Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales», *Anuario mexicano de DI*, vol. XII, 2012, pp. 133-177, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

8 Informe presentado por la Comisión sobre las responsabilidades de los autores de la guerra y la aplicación de penas por violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. Carnegie, Fondo para la Paz Internacional, División de Derecho Internacional, Violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, Informe de la mayoría e informes disidentes de estadounidenses y japoneses. Miembros de la Comisión de Responsabilidades, Conferencia de París 1919, folleto n.º 32, Oxford, Clarendon Press, 1919, pp. 25 y 26. Véase también el Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional [Acuerdo de Londres], en Naciones Unidas, El estatuto y Sentencia del Tribunal de Núremberg, Historia y Análisis, documento A/CN. 4/5, Lake Success, Nueva York, 1949, pp. 89-90.

9 «Comisión sobre la Responsabilidad de los autores de la guerra y sobre la ejecución de las penas» *The American Journal of International Law*, 14, n.º 1/2 (1920), 95-154. <https://doi.org/10.2307/2187841>.

«una nueva categoría de delitos surgida “traumáticamente” de la experiencia de la guerra, que se castigó por la excepcionalidad de una situación en la que la intervención en los asuntos internos de un Estado se consideró necesaria».<sup>10</sup> Esta expresión agrupa las atrocidades cometidas por algunos grupos, las cuales no daban cabida para ser calificadas como un «crimen de guerra» y ante los ojos de la comunidad internacional reclamaban un castigo.<sup>11</sup>

Si bien es cierto, surge por la necesidad de regular y proteger a la humanidad durante conflictos (como lo explica la autora), el derecho internacional humanitario trata de hacer un esquema para evitar particularmente estos crímenes de gran magnitud, que se dan, en muchas circunstancias, durante el curso irracional de la guerra; por ende, no es que elimina el derecho humanitario la guerra, sino lo que intenta es que se haga un uso racional y limitado.

### 3. Características de los crímenes de lesa humanidad

Es de esta manera como se ha ido graduando la definición y se llega hasta el Estatuto del Tribunal de Núremberg que dispone en el artículo 6, apartado c) que:

El Tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el Artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones:

Cualesquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal: [...]

c) CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.<sup>12</sup>

El tribunal de Nuremberg, consideró como crímenes de lesa humanidad (o contra la humanidad) a los crímenes de guerra a gran escala durante un conflicto armado y aquellos actos inhumanos y persecuciones que no eran crímenes de guerra, pero que eran contra la humanidad porque fueron realizados —ejecutados o estaban conectados— durante la guerra.

Ahora bien, como se indicó supra (2.) la existencia de crímenes internacionales es un compromiso de los Estados a la obligación de abstenerse de realizar actos en contra de la humanidad,<sup>13</sup> por ello, como hemos visto, su concepto ha aparecido en los

10 Capellá I Roig, Margalida. *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 55-56.

11 *Ibid.*, pp. 44.

12 Los apartados a) y b) se refieren a crímenes contra la paz y los crímenes de guerra.

13 CDI, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 36 período de sesiones, n.º 113, p. 13. Véase cita al pie de Estupiñán Silva, Rosmerlin. «Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales», *ob. cit.*

preámbulos de las convenciones y el respeto de las leyes de humanidad.<sup>14</sup> Es así que, en el contexto de la guerra se ha considerado como nexos los elementos internacionales de estos crímenes,<sup>15</sup> los crímenes en contra de la humanidad, así como los de guerra se los entendió como lo mismo. Sin embargo, existe un elemento diferenciador, los de guerra son cometidos en tiempo de guerra de un Estado contra otro, mientras que los delitos contra la humanidad pueden realizarlos el mismo Estado o actores no estatales en contra de nacionales.

Lo antes mencionado se puede observar —a partir o— en la Comisión de las Naciones Unidas para los Crímenes de Guerra (1943), Declaración de los aliados (17 de diciembre de 1942), la Declaración de Moscú (1943), un factor preponderante luego de la definición dada por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (8 de agosto de 1945) y la Asamblea General de las Naciones Unidas (13 de febrero de 1946 y 95, y 11 de diciembre de 1946), y la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), es la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad de fecha 26 de noviembre de 1968, donde ya se establece la imprescriptibilidad de estos delitos en el artículo 1, este cuerpo normativo no considera la guerra como requisito *sine qua non* de los crímenes de lesa humanidad, esto, luego de la Segunda Guerra Mundial.<sup>16</sup>

#### 4. La definición de crimen de LH en el Estatuto de la CPI

A partir del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, así como la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, se empieza a tomar en consideración las definiciones de los crímenes de lesa —o contra la— humanidad que tuvo una evolución más clara y precisa para incorporarse en el Estatuto de Roma, es así que dentro del artículo 7 del referido estatuto se recoge dicha definición —tipifica al delito de lesa humanidad—. Esta definición —como se ha dicho— es el producto del cambio evolutivo de la sociedad que ha sabido influir en cada uno de los ordenamientos jurídicos, así como a nivel global, la cual busca hacer responsable a un sujeto —persona— de los actos graves o que se adecuen a la norma positiva.

A su vez, María Dolores Bollo Arocena menciona que es posible incluso que una persona cometa cierto crimen internacional en virtud de algunos factores: «como agente del Estado, por cuenta del Estado, en nombre del Estado, o incluso en virtud de una relación de hecho con el Estado, sin estar investido de ningún mandato legal».<sup>17</sup> Por esta razón debemos analizar cada elemento de los crímenes contra la humanidad.

14 Convención de La Haya sobre las Leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899 y 1907. Dentro de estos textos se recoge la cláusula de Martens antes mencionada.

15 Bassiouni, Cherif. «El derecho penal internacional: historia, objeto y contenido», *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1974, pp. 405 (1-42). Reproducido en Bassiouni, Cherif. *International Criminal Law. A Draft International Criminal Code*, Sijthoff & Noodhff, Alphen aan den Rijn. Trad. Cuesta Arzamendi, José, Prof. Derecho Penal de la Facultad de Derecho de San Sebastián, Universidad del País Vasco.

16 *Ibidem*.

17 Bollo Arocena, María, *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, pp. 45.

## 5. Bien jurídico protegido

Tomando en consideración el artículo 25 del Estatuto de Roma, que establece la responsabilidad individual de quien fuere responsable de ciertos actos en contra de los bienes jurídicos personales o colectivos, cabe efectuar una imputación a quien realice un delito contra la humanidad, sí —y solo si— dicha conducta ha sido tolerada o realizada desde el propio Estado, pues el Estado es quien debe garantizar o proteger los bienes jurídicos de mayor importancia dentro del mismo. Al tratarse de bienes jurídicos personales y colectivos se debe brindar y salvaguardar con la finalidad de evitar aquellos ataques masivos y sistemáticos de aquellos que ejercen un poder.

Todo esto adquiere importancia toda vez que la igualdad (para Ferrajoli) es: que toda persona (diferente en cualquier aspecto) sea respetada y tratada por igual; y, a pesar de las diferencias, las mismas se deberán tutelar, respetar y garantizar bajo el mismo principio —comprendiendo a la igualdad como un término normativo, y a la diferencia (o diferente) como un término descriptivo—.<sup>18</sup> Es esta la razón por la que, algunos autores, se decantan por el objeto de protección de los crímenes de lesa humanidad, los bienes jurídicos individuales<sup>19</sup> y colectivos,<sup>20</sup> entendiendo estos últimos como delitos pluriofensivos.

Para recordar lo que Mir Puig, establece en cuanto a ¿qué es un bien jurídico?, el autor hace una diferenciación clara entre bien jurídico material e inmaterial, mencionando que «aun cuando el bien descansa en una cosa corporal, su concepto no se agotará en el de ésta, puesto que requiere ser algo más que su ser cosa: “los bienes [...] son las cosas más el valor que se les ha incorporado”». <sup>21</sup> Pues para el autor este concepto es una «relación dialéctica entre la realidad y el valor»,<sup>22</sup> es decir, un equilibrio o punto medio entre estas dos cuestiones —realidad (ej.: material: vida) y valor (ej.: inmaterial: libertad)— opuestas.

Pero ¿qué nos dice el Estatuto de Roma? El preámbulo menciona que:

[...] Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad,

Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo [...].

De lo anterior podemos manifestar que atentaría contra la paz, seguridad, bienestar humano; es decir, contra todo bien jurídico no solo individual, sino también colectivo visto como un conjunto, a su vez, sería de trascendencia para la comunidad internacional, por ende, se otorga su carácter internacional<sup>23</sup> y se puede decir que

18 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la Ley del más débil*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 4.ª ed., Madrid, Trotta, 2010, pp. 79-80.

19 Véase Gil Gil, Alicia, «Crímenes contra la humanidad», en Gil Gil, Alicia, Maculan, E. (dir.) *Derecho penal internacional*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 371 y ss.; Liñán Lafuente, Alfredo, *El crimen contra la humanidad*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 185

20 Capellá I Roig, 2005, *op. cit.*, pp. 384.

21 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2016, pp. 173.

22 *Ibid.*, pp. 174.

23 Liñán Lafuente, Alfredo..., *op. cit.*, pp. 182-183

existe una lesión doble –o múltiple– de bienes jurídicos diferentes por ser de carácter individual y suprainvidual.

Ahora bien, su estructura (como tipo penal) tiene dos elementos: el elemento material del crimen o *actus reus* que va a describir: la conducta típica, consecuencia resultante y circunstancia externa para que se produzca,<sup>24</sup> y el elemento subjetivo o *mens rea* (intención y conocimiento).<sup>25</sup> Además, como se dijo, existe dentro del *actus reus* una conducta típica (ataque generalizado o sistemático) contra una población

24 Liñán Lafuente, Alfredo..., *op. cit.*, pp. 175-176. Véase también cita pie de página 780 donde el autor menciona que al *actus reus* se puede definir –o en palabras del autor «asimilar»– como el tipo objetivo del sistema utilizado dentro del ordenamiento interno.

25 El artículo 30 del Estatuto de Roma, habla del elemento de intencionalidad, donde para que una persona sea penalmente responsable es necesario que los elementos materiales se realicen con intención y conocimiento de los elementos materiales. Acorde la ponencia de la profesora Dra. Cristina Méndez con fecha 06 de noviembre de 2023, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca se explica que existen diferentes elementos:

Elemento contextual/Encabezado/Chapo/. Eleva esos delitos en concreto al nivel de crimen internacional. Enumera esos actos, y ellos tienen que formar parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

Dentro del Estatuto de la Corte PI los crímenes de lesa no están vinculados a la existencia de un conflicto armado, pueden aplicarse en cualquier momento.

ELEMENTO OBJETIVO: los hechos individuales —elemento objetivo— tiene que ser parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Aquí el propio estatuto define lo que debe de considerarse como ataque a población civil, en el artículo 7, numeral 2. A los efectos del párrafo 1: a) Por «ataque contra una población civil» se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política; esto quiere decir que el ataque tienen que implicar la comisión de una línea de conducta, más que se hayan cometido muchos hechos, puede estar iniciando el ataque, pero hay una planificación para cometer varias de las conductas definidas aquí en el elemento objetivo, pueden ser varias similares (varios asesinatos, o varios asesinatos y deportaciones) hay una línea de conducta que se incrimina, aunque esté comenzando no hace falta que haya ya un gran número de víctimas pero sí una línea de conducta que implica un ataque, y un ataque es la comisión múltiple de estos hechos (el mismo hecho muchas veces o hechos distintos de los mencionados aquí).

Tiene que ser un ataque generalizado o sistemático.

DOS ALTERNATIVAS:

- i. Generalizado: un ataque a gran escala, un ataque que va a conllevar un gran número de víctimas aunque no se haya producido efectivamente, se habla del ataque no del número de víctimas; se ha planificado para que tenga un gran número de víctimas;
- ii. Sistemático: aunque haya muy pocas víctimas hay una planificación para seguir un patrón y cometer ese hecho reiterada y repetidamente, aunque sea un hecho de poca importancia a partir del número de víctima; se ha planeado, se ha organizado con la finalidad de atacar de forma múltiple siguiendo un patrón, un orden del tiempo, que va a llevar a un número de víctimas pero no de golpe, sino escalonadamente en el tiempo, y ese ataque se tiene que dar contra la población civil: es el objeto del ataque, que es toda población que está indefensa frente al ataque del otro grupo; aquí no tiene mayor relevancia la nacionalidad de la población, o la existencia de militares; es el ataque a la población civil, y los actos individuales son contra los civiles. El ataque a la población civil debe realizarse de conformidad a la política de un Estado o de una organización para cometer esos actos o para promover esa política.

Los grupos opresores, grupos estatales, organización paramilitar, tienen que tener un nivel de organización y jerarquía que controle el territorio, que tenga unos mandos, que funcione bajo una organización militar y tácticas para planificar un ataque contra la población.

El bien jurídico: es pluripersonal o suprapersonal... es la población civil... es un grupo de personas (recordar que los bienes jurídicos en los crímenes internacionales protegen a los grupos protegidos por el derecho internacional: población civil indefensa frente el ataque).

El ataque contra el colectivo y los hechos individuales se dirigen contra las personas que forman parte del colectivo; por eso, los ataques individuales tienen que realizarse en función al ataque global de la población civil, no se admiten hechos aislados, tienen que formar parte objetivamente del ataque contra la población.

El autor que lo realiza sabe que su hecho individual se inscribe en un ataque colectivo contra la población civil.

ELEMENTO SUBJETIVO:

«Con conocimiento del ataque» es elemento subjetivo, tienen los crímenes internacionales en el artículo 30, el autor debe tener el conocimiento e intención, es decir, tiene que tener conocimiento y voluntad, respecto a los hechos individuales, y tiene que tener conocimiento sobre el hecho global, el chapo.

civil, sin ser necesario un ataque militar ya que dicho ataque requiere que el Estado —u organización— lo promueva positivamente.<sup>26</sup>

## 6. Elementos del tipo

- a. *Sujeto pasivo*: persona que es dueña del bien jurídico protegido —carácter individual o colectivo— dentro de la comunidad internacional, aunque para algunos (Alicia Gil y Alfredo Liñán<sup>27</sup>) el sujeto pasivo es únicamente aquella persona portadora del bien jurídico lesionado.<sup>28</sup>
- b. *Sujeto activo*: persona que actúa en un contexto específico recogido en el tipo,<sup>29</sup> no existe característica alguna, como si se tratase de un delito especial.
- c. *Acción*: como lo señala el *Diccionario de acción humanitaria y cooperación al desarrollo*,<sup>30</sup> al referirse a aquellos actos inhumanos prohibidos por el Estatuto de la CPI, pueden ser distintos comportamientos en cuanto a un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella, por pertenecer a un grupo (político, racial, étnico, cultural, entre otros especificados en el Estatuto), en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemática y otros actos inhumanos (especificados en los literales a, b, ..., y k del ECPI<sup>31</sup>), por ello, el mismo Estatuto especifica la definición de cada uno de ellos. El cometimiento de un delito internacional es aquella «conducta humana guiada por la voluntad, que ocasiona una cierta consecuencia en el mundo exterior, consistente en un simple movimiento corporal (mera actividad) o en [e]ste más un resultado (delitos de resultado)».<sup>32</sup>
- d. *Ataque generalizado o sistemático*: Liñán citando a Dixon señala que este término no se lo debe confundir como un ataque militar dentro de un contexto bélico, sino una —de varias— forma(s) de conducta(s) de actos criminales.<sup>33</sup> Ahora bien, hay que tomar en consideración que el Estatuto en el artículo 7.2.a), establece lo que comprende como «ataque contra una población civil», básicamente, es una línea de conducta que implica la multiplicidad de varios actos que se especifican en el párrafo 1, donde de la simple lectura *no se encuentra* contemplado que sea de *naturaleza militar*, sino que puede ser cualquier acto violento contra la población civil.

26 Gil Gil, Alicia, art. 607 bis: de los delitos de lesa humanidad. En Gómez Tomillo, Manuel (dir.) *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Valladolid, 2011, pp. 1996.

27 Liñán Lafuente, Alfredo..., *op. cit.*, pp. 180

28 *Ibidem*, 1997

29 García Ramírez, Sergio, *Derecho Penal, México*, McGraw-Hill, 1998, pp. 73-74.

30 Pérez de Armiño, Karlos. *Diccionario de acción humanitaria y cooperación al desarrollo*, 3.ª ed., Barcelona, Red de Bibliotecas, 2008, Disponible en línea: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=653996>

31 ECPI: Estatuto de la Corte Penal Internacional.

32 Acosta Estévez, José, «La tipificación del delito internacional en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», *Anuario español de derecho internacional*, n.º 25, 2009, pp. 175-238. (citando a De Toledo y Ubierto, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Edit. Rafael Castellanos, 1986, pp. 28).

33 Liñán Lafuente, Alfredo..., *op. cit.*, pp. 185-186.

Gómez Benítez<sup>34</sup> entiende por ataque generalizado aquella multiplicidad de uno o varios actos en contra de las víctimas, en razón de que, si se le da una interpretación literal desvía el objeto de protección, porque se estaría suponiendo que es la suma de actos encaminados a eliminar un grupo —por ejemplo— se podría decir que existe un delito de lesa humanidad; cosa contraria, si en el supuesto —no consentido— fuese que un solo acto encaminado a matar un grupo determinado dentro de un territorio, este no sería tomado en consideración como un crimen de lesa humanidad, así también lo ha sabido recoger incluso la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales —ad hoc—<sup>35</sup> que lo perciben como valores numéricos (en cuanto al término «generalizado») de altas escalas, y con un plan organizado —e incluso política organizada— (en cuanto al término «sistemático»)<sup>36</sup>.

De lo antes mencionado se extrae que puede constituir un delito contra la humanidad los siguientes actos: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzado, encarcelación u otra privación grave de libertad, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución u otra forma de violencia sexual grave, persecución de un grupo o colectivo, desaparición de personas, apartheid u otro acto inhumano de carácter similar a los que se definen en el artículo 7.1.

Resulta no menos importante realizar una precisión, en cuanto a la multiplicidad de estos crímenes, pueden los mismos coincidir en uno o varios actos —o ataques—<sup>37</sup> es necesario recurrir a la laguna existente, pues debemos preguntar si ¿es suficiente que el sujeto activo realice un comportamiento para que configure dicha acción u omisión en un delito de lesa humanidad?, porque puede darse el supuesto de que existan otros delitos realizados por otros sujetos, pero exista un plan generalizado o sistemático, es decir, un acto que ocasione cien muertes o cien actos que ocasionen la misma cantidad de muertes.<sup>38</sup>

*e. Ataque en contra de una población civil:* El ataque debe ser encaminado en contra de un conglomerado humano sin distinción alguna.<sup>39</sup> Pero ¿cuál es esta característica «civil»? Según la jurisprudencia describe tres escenarios:

34 Gómez Benítez, J., «Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el derecho penal español», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Derecho Penal Internacional. Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2001, pp. 1134

35 Un ejemplo de ello podemos encontrar en la sentencia de Jean-Paul Akayesu en el párrafo 580, donde el Tribunal entiende que generalizado es algo masivo, frecuente, una acción de gran escala dirigido contra varias víctimas.

36 TPIR, Caso N.º ICTR-96-4-T, Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, 2 de septiembre de 1998, párr. 328-329.

37 Liñán Lafuente, Alfredo..., *op. cit.*, menciona que: «el ataque suele desarrollarse de manera violenta» y que «ha de insistir en la distinción entre el ataque y los actos, pues la exigencia de que este se cometa de una forma 'generalizada o sistemática' y se dirija a una población civil solo afecta a esta 'línea de conducta' y no a los actos que en él se desarrollan» (p. 186).

38 Este criterio pues ha sido resuelto por las mismas cortes y no hace muchos años por el Tribunal Supremo en el Acuerdo del Pleno No jurisdiccional de la Sala Segunda de fecha 20 de enero de 2015: «ACUERDO: Los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya o no producido el resultado, realizado a partir de una acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (arts. 73 y 76 del CP), salvo la existencia de regla penológica especial. (v. gr. 382 del CP)».

39 Rodríguez-Villasanta y Prieto, José, «El proceso de aprobación y desarrollo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», *Revista española de derecho militar*, N.º 86, 2005, pp. 27-52. Sobre lo prescrito en el Estatuto (art. 7), se extrae que debe ser dirigido contra una población civil.

- que existan soldados entre la población no significa que no pueda ser un ataque en contra de civiles;
- cuando haya duda se debe suponer que tiene características de personas civiles el ataque; y
- el carácter civil lo determina el objeto del ataque, pero no con las condiciones de las víctimas en ciertos actos.<sup>40</sup>

Acorde a lo establecido por el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia en concordancia con el artículo 50 del Protocolo I Adicional y IV A del III del Convenio de Ginebra, es persona civil cualquiera que no pertenezca a las categorías de personas del artículo 4 (A, 1, 2, 3 y 6) del Convenio (III), y 43 del protocolo. En suma, desde estas dos aristas el término —población— «civil» es entendido como: toda persona «incluyendo quienes no participan en hostilidades, combatientes enfermos, heridos, etc.» dentro de un conglomerado (catalogado independientemente de su *status*) una población civil.<sup>41</sup>

*f. Conocimiento del ataque:* La jurisprudencia manifiesta que para realizar un análisis se debe tomar en cuenta dos aspectos: «El primero de estos pueden denominarse *actus reus*: el acto físico necesario para cometer el delito [...] El Segundo aspecto del análisis de cualquier delito (de homicidio) se relaciona con los *elementos mentales necesarios, o mens rea*».<sup>42</sup> Con lo cual, torna evidente que no podemos dejar de lado los elementos subjetivos (intención y conocimiento) que se encuentran recogidos en el artículo 30 del estatuto —como se anunció previamente—<sup>43</sup> que se los debe calificar para que una conducta sea considerada como crimen de lesa humanidad.

Por ello, en algunos casos la CPI se ha pronunciado en términos de que la persona (sujeto activo) debe conocer el contexto de que un hecho ocurre, pues, para que sea calificado como un acto punible es esencial que exista el elemento volitivo y el elemento cognitivo.<sup>44</sup> De esta manera, tanto la intención como el conocimiento deben estar entrelazados con el primer aspecto —*actus reus* (conducta o comportamiento, resultado y circunstancias)—.

El artículo 30.2.a del Estatuto se puede catalogar como un dolo directo —o de primer grado—; por otro lado, el artículo 30.2.b se lo puede denominar como un dolo de segundo grado; y, para finalizar el artículo 30.3 el autor debe ser consciente

40 Sentencia Akayesu, par. 582; TPIR, Sentencia de la Sala Segunda de primera instancia, Caso Kayishema y Ruzindana, 21 de mayo de 1999, párr. 128; TPIY, Sentencia de la Sala de Primera instancia, Cas Dragoljub Kunarac, Radomir Kova y Zoran Vukovi Fo a, 22 de febrero de 2001, párr. 426; TPIY, Sentencia de Sala de Apelación, Caso Mrkši , 5 de mayo de 2009, párr. 751.

41 TPIY, Sentencia Tribunal de Primera Instancia, Caso Dusko Tadic, 7 de mayo de 1997.

42 TPIY, Sentencia Tribunal Sala Primera Instancia, Caso Zejnil Delali Zdravoko Muci Alias «Pavo», Hazim Deli Esad Landzo alias «Zenga», 16 de noviembre de 1998, párr. 424 y 425.

43 Véase nota al pie 25.

44 Wessels, Johannes, Beulke, Werner, Satzger, Helmut, El delito y su estructura, *Derecho penal. Parte general*. 46.<sup>a</sup> ed. alemana, Trad. Pariona Arana, Raúl, 1.<sup>a</sup> ed., 2018, p. 132.

o conocer el contexto y el modo del ataque —circunstancia del hecho— como lo afirman varios juristas.<sup>45</sup>

## 7. Modalidades de comisión

- a. *Asesinato*: Este acto consiste en ocasionar la muerte de una o algunas personas como parte de un ataque generalizado o sistemático y puede ser cometido por acción u omisión, para lo cual, el sujeto además del elemento subjetivo debe conocer el elemento contextual.<sup>46</sup>
- b. *Exterminio*: Acorde el ER comprende la muerte de una o algunas personas parte de una población, como parte de un ataque generalizado o sistemático de forma directa o indirecta, es decir, privando, entre otras cosas, de alimentos, medicinas, etc.
- c. *Esclavitud*: Puede definirse acorde la definición dada por la Convención contra la esclavitud (25 de septiembre de 1926) que en el artículo 1 entiende como aquel estado o condición de un individuo sobre quien ejerce un derecho de propiedad, cuyo consentimiento de quien es víctima no excluye el delito.<sup>47</sup>
- d. *Deportación o traslado forzoso de población*: acorde el ER es el desplazamiento con coerción de personas, es decir, en contra de la voluntad de la víctima sin motivos —autorizados—.
- e. *Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional*. Acorde la jurisprudencia, se entiende como aquella privación de libertad «arbitraria» —e ilegal—, comprendiendo a esta como una falta al debido proceso.<sup>48</sup>
- f. *Tortura*: la definición está dada dentro del mismo ER, sin embargo, podemos acotar con la definición dada por la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (10 de diciembre de 1984) que entiende qué es la tortura, donde se la define como cualquier acto que inflija dolores, sufrimientos físicos o mentales graves para obtener una información, así como el castigo como forma de intimidación o coacción por funcionarios públicos u otras personas. La diferencia entre la primera (Estatuto) y la segunda (Convención) es que la del estatuto no exige un sujeto cualificado.
- g. *Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable*: estos crímenes presentan características propias de cada delito como: la invasión de un objeto externo en la cavidad vaginal, anal o bucal (violación), limitación de libertad

45 Véase Caro Coria, Dino. «El Elemento subjetivo del crimen imputado en el Caso Lubanga», Ed. Kai Ambos, Ezquiel Malarino y Christian Steiner, Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga. Bogotá, 2014, pp. 181-182; Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional*, Trad. Ezequiel Malarino, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung; Re-issue, pp. 392-396. Este último autor describe de forma clara la imputación que se debería realizar acorde la producción del resultado, y la relación con la circunstancia del autor.

46 CPI, Decisión de conformidad con el artículo 61.7.a y b. Caso Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 de junio de 2009, párr. 75, 132.

47 TPIY, Sentencia de la Sala de Primera instancia, Caso Dragoljub Kunarac..., *op. cit.*, párr. 120.

48 TPIY, Sentencia de Primera Instancia, Caso Dario Kordi, Mario erkez, 26 de febrero de 2001, párr. 302-303. Dentro del mismo caso, la Sala de apelación (17 de diciembre de 2004) coincide con la conclusión de la primera (párr. 116).

de la víctima con fines de sexuales (esclavitud sexual) u obligar a la misma con dichos fines (explotación sexual), dejar embarazada sin consentimiento para modificar las características genéticas de sus descendientes (embarazo forzado) o privarle de la reproducción biológica —consentida— a través de diferentes métodos (esterilización forzada) o cualquier otro acto que atente con la libertad e indemnidad sexual de las víctimas independiente de su género.

- h. *Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia*: Liñán Lafuente al hablar de la estructura de este crimen establece que estas conductas pueden identificarse con un elemento discriminatorio prohibido por el carácter *ius cogen*, motivado por diversas razones, que persiguen a varias personas con características comunes.<sup>49</sup>
- i. *Desaparición forzada de personas*: La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (18 de diciembre de 1992) describe en el art. 1(2) así como el ER, que es aquel acto en el que se detiene a un sujeto y se lo sustrae, donde no se conoce el paradero de la víctima.
- j. *Crimen de apartheid*: La segregación racial consiste en el cometimiento de uno de los actos establecidos en el artículo 7(1) del ER, de forma generalizada o sistemática.
- k. *Otros actos inhumanos de carácter similar que cause intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental y física*. A pesar de encontrarse descrito de forma ambigua en el ER, consiste en el cometimiento de actos con características similares en cuanto a su gravedad de los otros actos enumerados previamente cumpliendo las características de ataque generalizado o sistemático.

## 8. Conclusiones

Los crímenes «contra la humanidad —o de lesa humanidad—» son imprescriptibles como cualquier otro que atenta contra la comunidad internacional, motivo por el cual, los máximos organismos internacionales —así como los Estados— han sabido desarrollar criterios unificadores para salvaguardar la protección de ciertos derechos humanos (como por ejemplo: la vida, libertad, seguridad, no ser esclavizado, no ser explotado sexualmente, entre otros —art. 7 del ER—), y a través de su jurisprudencia podemos ver su desarrollo.

A pesar de lo mencionado, hay que ser conscientes y manifestar que cada Estado tiene la obligación de regular estas normas de carácter internacional y configurar tipos penales dentro de cada ordenamiento jurídico, puesto que de esta forma se podría incluso evitar la concurrencia de impunidad, así como el deber de regular aspectos que en muchas ocasiones no se les da importancia, como es la extradición.

En cuanto a las características propias (elementos) de los delitos de lesa humanidad exige la concurrencia de un ataque generalizado o sistemático en contra de una población, para lo cual es necesario que exista una relación entre conducta/comportamiento,

<sup>49</sup> Liñán Lafuente, «La tipificación del crimen de persecución en el Estatuto de Roma y su primera aplicación jurisprudencial en el Tribunal Híbrido Internacional de Timor Oriental», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 10, 2008, 12:1-12:61.

resultado y circunstancia, teniendo conocimiento del ataque a realizarse—o realizado—, tomando en consideración que la población civil es cualquier sujeto o persona que no participa hostilmente, y que puede darse en un conflicto armado o en tiempos de paz.

## Referencias

- Acosta Estévez, José, *La tipificación del delito internacional en el estatuto de la Corte Penal Internacional* (citando a De Toledo y Ubierto, E. y Huerta Tocildo, S. *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Edit. Rafael Castellanos, 1986, pp. 28). *Anuario Español de Derecho Internacional*, 25, 2009, pp. 175-238.
- Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional*, Trad. Ezequiel Malarino, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung; Re-issue, pp. 392-396
- Bassiouni, Cherif, «El Derecho penal internacional: Historia, objeto y contenido», *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1974, pp. 405 (1-42).
- Bollo Arocena, María, *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, pp. 45.
- Capellá I Roig, Margalida. *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 55-56.
- Caro Coria, Dino, «El elemento subjetivo del crimen imputado en el Caso Lubanga», Ed. Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner, *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga*. Bogotá, 2014, pp. 181-182.
- CDI, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 36 período de sesiones, n.º 113, pp. 13.
- Comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y sobre la ejecución de las penas, *The American Journal of International Law* 14, N.º 1/2 (1920), 95-154. Disponible en <https://doi.org/10.2307/2187841>.
- Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 12 de agosto de 1949.
- Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 12 de agosto de 1949.
- Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 12 de agosto de 1949.
- Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 12 de agosto de 1949.
- CPI, Decisión de conformidad con el artículo 61.7.a y b. Caso Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 de junio de 2009, párr. 75, 132
- TS, Acuerdo del Pleno No jurisdiccional de la Sala Segunda de fecha 20 de enero de 2015.
- Estupiñán Silva, Rosmerlin, «Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales», Instituto de Investigaciones Jurídicas *Anuario mexicano de DI*, vol. XII, pp. 133-177, 2012.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 4.ª ed., Madrid, Trotta, 2010, pp. 79-80.

- Fondo para la Paz Internacional, División de Derecho Internacional, Violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, Informe de la mayoría e informes disidentes de estadounidenses y japoneses miembros de la Comisión de Responsabilidades, Conferencia de París 1919, folleto N.º 32, Oxford, Clarendon Press, 1919, pp. 25 y 26.
- García Ramírez, Sergio. *Derecho penal*, México, McGraw-Hill, 1998, p. 73-74.
- Gil Gil, Alicia, «Crímenes contra la humanidad», en Gil Gil, Alicia, Maculan, E. (dir.) *Derecho penal internacional*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 371 ss.
- Gil Gil, Alicia. «Art. 607 bis: de los delitos de lesa humanidad». En Gómez Tomillo, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Valladolid, 2011, pp. 1996.
- Gómez Benítez, J. «Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el derecho penal español». *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Penal Internacional*, pp. 1134, 2001. Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- Instrumento de ratificación de la Convención sobre prohibiciones y restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados hecha en Ginebra el 10 de octubre de 1980. BOE, 14 de abril de 1994, núm. 89, pp. 11384-11393. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/ai/1980/10/10/\(2\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1980/10/10/(2)).
- Liñán Lafuente, «La tipificación del crimen de persecución en el Estatuto de Roma y su primera aplicación jurisprudencial en el Tribunal Híbrido Internacional de Timor Oriental», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 10, 2008, 12:1-12:61.
- Liñán Lafuente, Alfredo, *El crimen contra la humanidad*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 185.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2016, pp. 173.
- NN. UU. Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional (Acuerdo de Londres) Naciones Unidas, El Estatuto y Sentencia del Tribunal de Núremberg, Historia y Análisis, documento A/CN. 4/5, Lake Success, Nueva York, 1949, pp. 89-90.
- Oficina de la Historia, Documentos relacionados con las relaciones exteriores de los Estados Unidos, 1915, Suplemento, La Guerra Mundial, Washington, Imprenta del Gobierno de los Estados Unidos, 1928. Disponible en: <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1915Supp>.
- Pérez de Armiño, Karlos, *Diccionario de acción humanitaria y cooperación de desarrollo*, 3.ª ed., Barcelona, Red de Bibliotecas, 2008. Disponible en línea: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=653996>
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977.
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), 8 de junio de 1977.
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (Protocolo III), 8 de diciembre de 2005.

- Rodríguez Villasanta y Prieto, José, «El proceso de aprobación y desarrollo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», *Revista española de derecho militar* N.º 86, 2005, pp. 27-52.
- Ticehursts, Rupert, «La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados», *Revista Internacional de la Cruz Roja (RICR)*, N.º 135, 1996, pp. 131-141.
- TPIR, Sentencia de la Sala Segunda de primera instancia, Caso Kayishema y Ruzindana, 21 de mayo de 1999, párr. 128.
- TPIY, Sentencia de la Sala de Primera instancia, Cas Dragoljub Kunarac, Radomir Kova y Zoran Vukovi Fo a, 22 de febrero de 2001, párr. 426.
- TPIY, Sentencia de Sala de Apelación, Caso Mrkši , 5 de mayo de 2009, párr. 751.
- TPIR, Caso N.º ICTR-96-4-T, Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, 2 de septiembre de 1998, párr. 328-329
- TPIY, Sentencia de Primera Instancia, Caso Dario Kordi , Mario erkez, 26 de febrero de 2001, párr. 302-303.
- TPIY, Sentencia Tribunal de Primera Instancia, Caso Dusko Tadic, 7 de mayo de 1997.
- TPIY, Sentencia Tribunal Sala Primera Instancia, Caso Zejnil Delali Zdravoko Muci Alias «Pavo», Hazim Deli Esad Landzo alias «Zenga», 16 de noviembre de 1998, párr. 424 y 425.
- Wessels, Johannes, Beulke, Werner, Satzger, Helmut, «El delito y su estructura» *Derecho penal. Parte general*, 46.<sup>a</sup> ed. alemana, Trad. Pariona Arana, Raúl, 1<sup>a</sup> ed., 2018, p. 132.



# REVISTA DERECHO PENAL CENTRAL



## La responsabilidad sobre la reparación del daño por el delito de femicidio en casos de fallecimiento de victimarios en el Ecuador: desafíos y consideraciones legales

Responsibility for the repair of damage for the crime of femicide in cases of death of victims in Ecuador: challenges and legal considerations.

ANDRÉS URRESTA MERINO

iD Investigador independiente (Ecuador)

### RESUMEN

Según las estadísticas oficiales de 2022, Ecuador enfrenta la cruda realidad de un femicidio que ocurre aproximadamente cada 26 horas, lo que indica una urgente necesidad de políticas públicas efectivas y un sistema de justicia sólido. Las recientes crisis carcelarias y la violencia creciente subrayan la urgencia de abordar este problema, lo que lleva a un examen exhaustivo de la responsabilidad por el daño y la compensación a las víctimas, especialmente en casos donde los perpetradores evaden la justicia. A nivel internacional, la reparación integral, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), va más allá de la mera compensación económica, abarcando medidas tangibles y simbólicas para mitigar el daño. En Ecuador, los mecanismos de reparación integral sirven como herramientas vitales a las autoridades judiciales para atender las necesidades de las víctimas, independientemente de las circunstancias o disposición del perpetrador para ofrecer restitución. Como se detalla en el artículo 78 del Código Orgánico Integral Penal y la Constitución, la compensación emerge como un aspecto crucial, centrándose principalmente en pérdidas tangibles y reparaciones monetarias cuantificables. Los tribunales judiciales distinguen entre indemnización, dirigida a daños materiales y pérdidas de ganancias, y compensación, que aborda el daño intangible como el sufrimiento psicológico y emocional. Este enfoque dual garantiza una respuesta integral a los impactos multifacéticos de la violencia, abarcando tanto aspectos medibles como subjetivos de la victimización.

**PALABRAS CLAVE:** FEMICIDIO, REPARACIÓN, DAÑO, RESPONSABILIDAD, PROYECTO DE VIDA, INDEMNIZACIÓN Y COMPENSACIÓN, EFECTIVIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS, PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

### ABSTRACT

According to official 2022 statistics, Ecuador faces the stark reality of one femicide occurring approximately every 26 hours, signaling a pressing need for effective public policies and a robust justice system. Recent prison crises and escalating



Recibido: 24/12/2023  
Aceptado: 06/01/2024

violence underscore the urgency of addressing this issue, prompting a thorough examination of responsibility for harm and victim compensation, particularly in cases where perpetrators evade justice. Internationally, comprehensive reparation, as defined by the Inter-American Commission on Human Rights (CIDH), extends beyond mere economic compensation, encompassing tangible and symbolic measures to mitigate harm. In Ecuador, mechanisms of comprehensive reparation serve as vital tools for judicial authorities to address the needs of victims, regardless of the perpetrator's circumstances or willingness to provide restitution. As outlined in Article 78 of the Comprehensive Organic Criminal Code and the Constitution, compensation emerges as a crucial aspect, primarily focusing on tangible losses and quantifiable monetary reparations. Judicial courts distinguish between indemnification, aimed at material damages and lost profits, and compensation, addressing intangible harm such as psychological and emotional suffering. This dual approach ensures a comprehensive response to the multifaceted impacts of violence, encompassing both measurable and subjective aspects of victimization.

**KEYWORDS:** FEMICIDE, REPARATIONS, HARM, RESPONSIBILITY, LIFE PROJECT, INDEMNIFICATION, AND COMPENSATION, EFFECTIVENESS OF PUBLIC POLICIES, PRINCIPLE OF THE BEST INTEREST OF THE CHILD.

## Introducción

Según las estadísticas oficiales de 2022, en Ecuador se registró el alarmante dato de un feminicidio cada 26 horas.<sup>1</sup> Esta situación genera gran preocupación, destacando la falta de políticas públicas efectivas y de un sistema de justicia adecuado, tanto en su enfoque preventivo como en el de resarcimiento. La urgencia de abordar este problema se ve acentuada por las recientes crisis carcelarias y el crecimiento constante de violencia, instando a un análisis imperativo sobre la responsabilidad del daño en cuanto a la reparación de las víctimas y de los diversos niveles de victimización cuando el victimario fallece, se fuga o se suicida.

En el contexto internacional, de acuerdo con la CIDH, la reparación integral se caracteriza por la implementación de medidas que trascienden las esferas individuales y colectivas, abarcando tanto aspectos tangibles como simbólicos. La evolución de este concepto de reparación integral supera las limitaciones de las reparaciones tradicionales, que se circunscriben únicamente a compensaciones económicas, avanzando hacia soluciones más holísticas para mitigar los daños.

En el ámbito ecuatoriano, los mecanismos de reparación integral constituyen las diversas herramientas disponibles para las autoridades judiciales al dictar sentencias de reparación en favor de las víctimas. El Estado, en este sentido, tiene la obligación irrenunciable de asegurar la reparación *incluso cuando exista incapacidad material por parte del perpetrador, falta de voluntad por su parte o frente a la situación socioeconómica de la víctima*.

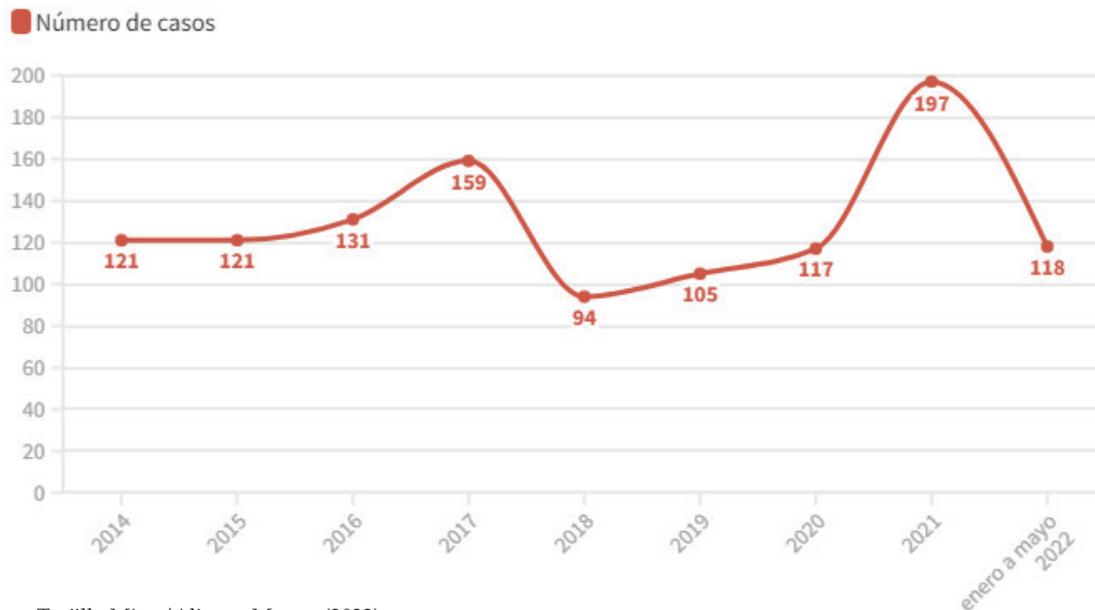
Específicamente, en el marco de los mecanismos de reparación integral contemplados en el artículo 78 del Código Orgánico Integral Penal, este estudio se centra en el inciso tercero, que aborda la indemnización como aspecto principal. Además de estar contemplado en el artículo 78 de la Constitución de la República. Este mecanismo emerge como una herramienta recurrente destinada a abordar las pérdidas tangibles e intangibles. La reparación de este tipo se caracteriza por su naturaleza pecuniaria, es decir, su capacidad de cuantificación en términos monetarios.

---

1 Fundación ALDEA.

En este contexto, los tribunales judiciales suelen establecer una distinción esencial entre indemnización y compensación. La indemnización está diseñada para reparar los daños materiales, abarcando tanto el daño emergente como los gastos derivados del acto ilícito, así como el lucro cesante. En contraste, la compensación económica se refiere a los daños intangibles, como los aspectos psicológicos, emocionales y sentimentales relacionados con el sufrimiento de la víctima. Este enfoque permite una consideración completa de los perjuicios sufridos, abarcando aspectos tanto cuantificables como aquellos de índole más subjetiva (ver Figura 1).<sup>2</sup>

**Figura 1.** El delito consta en el COIP desde 2014<sup>1</sup>



Fuente: Trujillo Mina/ Alianza Mapeo (2022).

El año 2023 concentra el mayor número de femicidios en comparación con los últimos 9 años y representa el 13,99% de casos con relación al total.<sup>3</sup> El término «femicidio» se incorporó en la legislación ecuatoriana con la aprobación de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia de Género contra las Mujeres, también conocida como Ley Orgánica contra la Violencia de Género, promulgada el 22 de enero de 2015. Esta ley, además de reconocer y sancionar diversas formas de violencia de género, introdujo el concepto de femicidio como una figura específica en el ámbito legal y está tipificada en los art. 141 y 142 del COIP.

Toda conducta antijurídica e ilícita conlleva consigo una sanción, cuyos objetivos y principios fundamentales están claramente delineados en la legislación ecuatoriana.

1 Trujillo.

2 Trujillo Mina, 2022.

3 Ministerio de la Mujer y Derechos Humanos.

En este contexto, el artículo 52 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) establece los fines de la pena, mientras que su principio rector se encuentra regulado en el artículo 201 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) y el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El derecho penal ecuatoriano se caracteriza por adoptar un enfoque preventivo general, alineándose con la teoría de Von Liszt sobre la *prevención especial positiva*.<sup>4</sup>

Esta perspectiva implica que la finalidad de la pena va más allá de la mera retribución, buscando en cambio, la capacidad de reformar a la persona condenada. Se aspira a lograr el desarrollo progresivo del individuo, a pesar de que diversos estudios han cuestionado esta premisa y han demostrado efectos contraproducentes en un gran porcentaje de los casos (*por ejemplo, esto es una de las principales causas de hacinamiento: la reincidencia*), generando un debate sobre la verdadera eficacia del sistema penal ecuatoriano.

## Problemática

La pregunta sobre el valor de la vida, aunque pueda sonar trillada, es esencial para reflexionar sobre nuestros principios fundamentales. Aunque reconocemos que la vida es invaluable y no puede ser reducida a un precio cuantificable, siempre debe regirse por principios universales irrenunciables.<sup>5</sup> Lamentablemente, en nuestro sistema, a menudo nos enfrentamos a procesos e historias que quedan sin resolver, sumiéndose en la total impunidad. Esta situación es especialmente preocupante en un sistema *que dice ser* garantista como el ecuatoriano, que debería asegurar que cada vida y cada historia reciban la atención y la justicia que merecen.

Algunos casos que han sorprendido y conmocionado al país incluyen: *los vacíos en la investigación del femicidio a Lisbeth Baquerizo*,<sup>6</sup> *las 101 historias que develan el femicidio más allá de los números*<sup>7</sup> o el caso de *Camila Aguilera*,<sup>8</sup> que requiere de igual atención, ya que a pesar de la claridad de que «No fue suicidio, fue femicidio» se consideró que no existían elementos probatorios y de convicción suficientes. Estas instancias resaltan desafíos significativos en la búsqueda de justicia y evidencian la necesidad de revisar los procesos judiciales.

La carencia de transparencia, corrupción, discriminación sistemática y cierto grado de indiferencia por parte de algunos actores del sistema judicial es profundamente preocupante, ya que genera una doble victimización para los sobrevivientes. Es importante destacar que las estadísticas oficiales presentan discrepancias significativas en comparación con los datos proporcionados por fundaciones y organizaciones civiles, señalando la insuficiencia de los acuerdos interinstitucionales existentes. La necesidad de una mayor cooperación directa entre los canales de comunicación se vuelve

4 García Falconí, 620.

5 Ayuda en Acción.

6 Castro.

7 Thalíe Ponce.

8 Hidalgo.

evidente. La implementación de herramientas como la inteligencia artificial podría ser una alternativa viable, considerando que la interpretación de los datos resulta inquietante. La utilización de indicadores se presenta como una herramienta útil para evaluar y medir la efectividad del Estado en abordar estas problemáticas.

Conforme al inciso cuarto del artículo 416 del COIP, la acción penal se extingue con la muerte del procesado. Dado que la pena tiene un carácter personalísimo, no puede afectar los bienes personales de los herederos. Esta circunstancia crea un vacío estructural al tratar la obligación civil del condenado respecto al pago por concepto de reparación integral a las víctimas directas e indirectas. De igual manera, existe otra laguna estructural cuando el ppl se suicida en las instalaciones de los centros de privación de libertad, puesto que la responsabilidad recae sobre el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores. Sin embargo, resulta sorprendente que la Fiscalía no investigue *supuestos suicidios* (cuando hay indicios de premeditación por parte de terceros) ya que estos no son considerados como *delitos de acción pública*.<sup>9</sup> En consecuencia, la Fiscalía carece del ejercicio de la acción penal.

### En relación con las víctimas indirectas o las categorías de afectados

Sobre el interés superior del niño, de las víctimas y del daño al proyecto de vida:

Art. 44 CRE. El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas [...].<sup>10</sup>

Desafortunadamente, de acuerdo con cifras recopiladas desde el 2014, más de 1200 niños, niñas y adolescentes (NNA)<sup>11</sup> han quedado en la orfandad. Solo en el año 2022 se registraron alrededor de 89 niños huérfanos producto de este delito.<sup>12</sup> Esta situación es extremadamente preocupante ya que en muchos casos también son víctimas de actos violentos. En algunos casos, han presenciado directamente femicidios o, de manera aún más lamentable, comparten el mismo destino trágico que sufrió su madre.

No obstante, el Estado ha optado por implementar un sistema de bono, mediante el Decreto Ejecutivo 563,<sup>13</sup> el cual se entrega en dos partes. El primero desde el momento de la investigación previa de la muerte violenta y el segundo que es definitivo luego de la sentencia ejecutoriada.

Sin embargo, los montos asignados, que oscilan entre USD 125,33 y USD 230,48, han generado críticas debido a su percepción de insuficiencia, sobre todo en un contexto donde el costo de la canasta familiar básica ha alcanzado los USD 784 en octubre de

9 En el contexto ecuatoriano, los delitos de acción pública son aquellos en los que la Fiscalía tiene la responsabilidad de iniciar la investigación y llevar el proceso judicial, incluso si la víctima no presenta una denuncia formal. Es decir, la Fiscalía puede actuar de oficio para perseguir y castigar el delito, sin depender exclusivamente de la voluntad de la persona afectada.

10 Asamblea Nacional del Ecuador.

11 Vivanco.

12 La Hora.

13 Registro Oficial n.º 563.

2023. La brecha entre estas cifras plantea la necesidad de una revisión exhaustiva de las medidas económicas adoptadas, considerando la complejidad y el impacto de esta problemática en la sociedad.

Desde el poder legislativo, se ha planteado el Proyecto de ley de contención, acompañamiento y reparación transformadora e integral a hijas, hijos, madres, padres y demás familiares de víctimas de femicidio<sup>14</sup> para contrarrestar esta problemática.

Aunque el proyecto ha superado el primer debate y actualmente se encuentra bajo la consideración de la Comisión de Garantías Constitucionales para recibir observaciones y elaborar un informe destinado al segundo y último debate, se percibe que la Asamblea Nacional está centrando su atención en otras prioridades que considera «más importantes». Es crucial emitir un llamado de urgencia para asegurar que este proyecto reciba la debida atención que merece, evitando así que más familias y víctimas queden sin justicia e impunidad.

Dentro de las consideraciones que se proponen es la creación de un «fondo de contención y atención prioritaria que se financiará con recursos de cooperación internacional, becas de educación básica y superior para hijos e hijas de las víctimas, atención a salud general y psicológica, acceso prioritario a vivienda, medidas positivas para inclusión laboral de hijas e hijos mayores de 18 años o para familiares de la víctima que se quedan a cargo de niñas, niños o adolescentes y, sobre todo, directrices de obligatorio cumplimiento que deberán aplicar juezas y jueces en las sentencias», que les brinde la posibilidad de superar la confusión cruel y restringida entre compensación económica y reparación integral.

Otro de los grandes problemas es la situación legal referente a la custodia de niños, niñas y adolescentes abandonados, ya que estas no siempre son iniciadas por el Estado; en muchos casos, son los familiares de estos menores quienes buscan llenar ese vacío legal y emocional. Este enfoque, además de generar una revictimización y costos, resulta confuso para los familiares que están atravesando un proceso de duelo y que no comprenden el funcionamiento del sistema judicial, lo que también interfiere en las posibles acciones de reparación planteadas.

La evaluación de elementos como el lucro cesante, daño emergente, proyecto de vida y, especialmente, la violación del derecho a la vida, resulta un desafío considerable en el ámbito legal. Cuantificar estos aspectos se vuelve especialmente complejo, dado que la dimensión de la vida, en su esencia, es invaluable y va más allá de una mera cuantificación numérica. Esta complejidad constituye un desafío primordial para el sistema legal con un gran costo social. Con frecuencia, se observa que muchos operadores de justicia no detallan el procedimiento de cálculo de manera explícita en sus sentencias, optando más bien por establecer montos sin respaldo matemático (¿es decir, sin estar debidamente motivadas?).

De acuerdo con el libro *Reparación del daño en el sistema penal mexicano: evolución y retos desde la perspectiva de género*, se define al lucro cesante como:

---

14 Herrera *et al.*

La disminución de ingresos y pérdida patrimonial que se produce como consecuencia del acto victimizante, constituyendo un componente indemnizatorio en relación con el daño material sufrido por la víctima. Su cálculo, según la jurisprudencia de la CoIDH, debe basarse en las expectativas de vida laboral en el país y los ingresos potenciales de la víctima en su empleo previo a la violación de derechos. (CoIDH, 1989, párr. 46)<sup>15</sup>

A pesar, de que nuestra Constitución no contempla de manera textual el *derecho a un proyecto de vida*, se puede desprender el ejercicio de este derecho gracias a la cláusula abierta del artículo 11, específicamente el inciso siete que señala:

Art. 11.- El Ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

A nivel de jurisprudencia internacional, existen casos dignos de análisis y que deben ser tomados en cuenta por los operadores de justicia de todos los niveles. El concepto se introdujo por primera vez en el año 1997 en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, donde se entiende como la obstrucción al conjunto de posibilidades que una persona tiene para elegir o desarrollar libremente su camino en la vida. A diferencia de los términos lucro cesante y daño emergente, no se limita exclusivamente a las afectaciones financieras provocadas por el hecho victimizante.

La Corte, en sus párrafos 147 y 148 establece lo siguiente:

147. Por lo que respecta a la reclamación de daño al «proyecto de vida», conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del «daño emergente» y el «lucro cesante». Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el «daño emergente». Por lo que hace al «lucro cesante», corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado «proyecto de vida» atiende a la realización integral de la persona afectada, *considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.*

148. El «proyecto de vida» se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. *Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.*<sup>16</sup>

Como se observa claramente, el objetivo central es garantizar el derecho a la libertad, ya que de este principio se derivan diversos derechos y garantías. En el trágico caso de un delito de femicidio, es innegable que el derecho al proyecto de vida de la víctima se

15 Unidad de Igualdad de Género (2021).

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998).

extingue por completo, afectando directamente a los proyectos de su entorno familiar, especialmente a su vínculo más cercano, sobre todo cuando existen descendientes. Considerando que el entorno familiar desempeña un papel crucial en las trayectorias de vida de niños, niñas y adolescentes, influyendo directamente en el establecimiento de metas y sueños, especialmente durante los períodos críticos de desarrollo.

La falta de claridad en la conceptualización del cálculo del daño al proyecto de vida en el Sistema Interamericano, así como el poco desarrollo de jurisprudencia local, ha generado un vacío en este concepto. Esta falta de precisión contribuye a la emisión de resoluciones deficientes y que pueden revictimizar en el ámbito de la justicia.

### ¿Cómo se calcula el daño en otras legislaciones?

De acuerdo con estándares normativos internacionales se observa lo siguiente (ver Tabla 1)<sup>17</sup>

**Tabla 1.** Derecho a un recurso efectivo y reparaciones. Estándares normativos interamericanos<sup>1</sup>

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1969)	
Art. 25	Derecho a un recurso efectivo Garantía de cumplimiento de las resoluciones judiciales
Art. 63	Corte IDH facultada para ordenar garantías de restitución y reparación, incluida indemnización.
CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS (1994)	
Art. 1	Obligación de prevenir, investigar y sancionar la desaparición forzada de personas.
CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA (1985)	
Art. 9	Garantía de compensación adecuada para víctimas.

En el ámbito externo la legislación internacional recomienda que los Estados implementen medidas reparadoras efectivas para las víctimas de violencia de género. Estas medidas deben abarcar indemnizaciones monetarias, servicios legales, sociales y de salud, incluyendo atención a la salud sexual, reproductiva y mental para una recuperación completa, así como satisfacción y garantías de no repetición. Las reparaciones deben ser adecuadas, otorgadas rápidamente, holísticas y proporcionales a la gravedad del daño sufrido. Además, se aconseja establecer fondos específicos para reparaciones, ya sea mediante la creación de fondos dedicados o la inclusión de asignaciones en presupuestos existentes, especialmente dentro de los mecanismos de justicia de transición para víctimas de violencia de género contra la mujer.

17 OEA *et al.*

Se sugiere, por otra parte a las autoridades ordenar pruebas periciales en diversos campos, como trabajo social, impacto psicoemocional, exámenes médicos, entre otros, como parte del proceso de reparación del daño. Estos análisis estimativos contribuirán a comprender mejor el impacto del incidente en la vida de la víctima.

Por ejemplo, en el estudio realizado de sentencias de feminicidios en la República Dominicana, en el período de 2017-2019,<sup>18</sup> se observa lo siguiente:

En cuanto a las medidas de reparación del daño causado a huérfanos/as, padres/madres, hermanos/as aparecen los siguientes datos: 24 sentencias fijan indemnización económica por daños morales a favor de huérfanos/as. En la mayoría de los casos se fija la indemnización de dos millones de pesos (USD 34,084.58) por hijo/a huérfano.

13 sentencias lo hacen a favor de la madre, padre o hermanos/as. En la mayoría de los casos se fija un millón de pesos dominicanos (USD 17,042.29) a favor de la madre o del padre. En el caso de reclamación de hermanos/as las sentencias analizan si existió trato y relación con la occisa (es decir, se puede desprender que existe un aspecto subjetivo puesto que el trato y relación no son cuantificables se añade una capa de dificultad que puede desembocar en la dilatación del proceso).

De igual manera existen casos interesantes como, por ejemplo, la sentencia núm. 517-17 donde se consideraba que la pretensión de indemnización resultaba desproporcionada al solicitar una cantidad de USD 170.769,46. El juez lo motiva de la siguiente forma:

Que los actores civiles en este proceso han solicitado una indemnización de Diez Millones de Pesos (RD\$10,000,000.00), por parte del imputado. Pero los jueces son soberanos en la apreciación de la fijación de las indemnizaciones pretendidas, por lo que ha estimado que —aun sabiendo lo invaluable de la vida— la suma exigida por los reclamantes y actores civiles resulta excesiva, y que procede en consecuencia su reducción proporcional, tal y como se establece en la parte dispositiva de esta decisión. (Madre y hermano/a víctima: 1 millón de pesos a repartir.<sup>19</sup>

La falta de datos actualizados en Ecuador dificulta una evaluación precisa de la situación actual. No obstante, estudios como el realizado por la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos,<sup>20</sup> en 2016 y 2017, han aportado valiosa información. Este estudio revela que muchas sentencias carecen de componentes esenciales en las medidas de reparación, centrándose mayormente en indemnizaciones económicas. Estas compensaciones a menudo adolecen de un sustento matemático sólido y, lo que es más crítico, no establecen mecanismos eficaces de seguimiento para evaluar su cumplimiento.

En cuanto a la indemnización, esta medida se aplica en la totalidad de las sentencias, y la discrecionalidad de las y los juzgadores a la hora de calcular los montos de reparación es una constante, con excepción de 6 casos. Como consecuencia de esto, la desproporción de valores entre unos y otros es abismal, constando casos con 5.000 dólares de resarcimiento económico y, en otros, cantidades de más de 200 mil dólares. Las decisiones judiciales en la materia, carecen de criterios de implementación de las medidas y, en general, no se especifica de manera diligente quiénes son las víctimas destinatarias de la indemnización, la forma en que el importe será repartido entre las víctimas para asegurar una distribución equitativa, de acuerdo a sus necesidades y su condición de vulnerabilidad, ni se establecen mecanismos de observancia del cumplimiento de las medidas.

18 Montalbán Huertas.

19 Montalbán Huertas.

20 Fernández Lavayen.

## Conclusiones

En conclusión, la problemática del femicidio en Ecuador demanda una urgente revisión y fortalecimiento de las políticas públicas y del sistema de justicia, tanto en su aspecto preventivo como en el resarcimiento a las víctimas. La falta de transparencia, la discriminación sistemática y la indiferencia en el sistema judicial generan una doble victimización para los sobrevivientes y una sensación de impunidad a nivel social.

Si bien es cierto que existe un vacío estructural respecto a la acción penal, ya que esta se extingue con la muerte del procesado, la responsabilidad siempre recaerá sobre el Estado, puesto que es el responsable de garantizar los derechos reconocidos tanto por la Constitución como por la normativa internacional.

A pesar de las recomendaciones por parte del Comité CEDAW al Estado ecuatoriano en lo relativo al derecho de acceso a la justicia. Es primordial que el Consejo de la Judicatura, brinde capacitación constante a sus operadores de justicia, debido a que la apreciación de la compensación para la víctima o víctimas indirectas en la sentencia recae en la discreción del juez. En consecuencia, se destaca la importancia de que los criterios judiciales sean objetivos y estandarizados a nivel nacional.

Se recomienda que tanto la Fiscalía como la acusación particular presenten pruebas que reflejen la evaluación completa de los daños tanto materiales como inmateriales experimentados por las víctimas en su sentido más amplio. Además, se insta a realizar solicitudes concretas durante las audiencias de juicio, centrándose en los intereses de las víctimas en cuanto a la compensación, rehabilitación, restitución, satisfacción y garantías para evitar la repetición de los derechos violados.

Se nota la ausencia de análisis recientes en sentencias judiciales relacionadas con muertes violentas de mujeres. Por lo tanto, se insta tanto a las organizaciones civiles como al Consejo de la Judicatura a llevar a cabo un seguimiento más riguroso para determinar si están progresando hacia el cumplimiento de los estándares establecidos por la jurisprudencia internacional o si, por el contrario, se percibe un retroceso en este aspecto.

Pese a que el Estado tiene la obligación de actuar con la debida diligencia, se deben implementar programas que garanticen un seguimiento adecuado de la reparación. Como se evidenció a lo largo del artículo, existe un alarmante número de víctimas y sobrevivientes que continúan enfrentándose a obstáculos para acceder a una reparación justa, en muchos casos incluso cuando ya existe una sentencia condenatoria. Sobre todo porque solo acceden a un conjunto limitado de medidas, centradas de forma exclusiva en la indemnización de los daños individuales y la rehabilitación, dejando de lado el concepto amplio referente a las medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición.

## Referencias

Asamblea Nacional del Ecuador. (2008, octubre 20). *Constitución de la República del Ecuador* 2008. Retrieved January 18, 2024, from [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)

- Ayuda en Acción. (2023, febrero 23). *Derechos humanos universales*. Ayuda en Acción. Retrieved January 18, 2024, from <https://ayudaenaccion.org/blog/derechos-humanos/derechos-humanos-universales/>
- Castro, M. (2023, enero 5). A un mes del femicidio de Lisbeth Baquerizo: irregularidades y trabas. *Gk. City*. Retrieved January 18, 2024, from <https://gk.city/2021/01/24/femicidio-lisbeth-baquerizo/>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1998). *Sentencia 42 cidh-Catálogo de Derechos Humanos*. Retrieved January 21, 2024, from <https://www.catalogoderechoshumanos.com/sentencia-42-cidh/>
- Fernández Lavayen, L. (2015). *La respuesta judicial del femicidio en Ecuador*. Observatorio de Igualdad de Género. Retrieved January 19, 2024, from <https://oig.cepal.org/sites/default/files/libro-la-respuesta-judicial.pdf>
- Fundación Aldea. (2023, enero 17). 2022, año mortal para las mujeres en Ecuador con 332 casos de femi(ni)cidio-*aldea*. Fundación aldea. Retrieved January 18, 2024, from <http://www.fundacionaldea.org/noticias-aldea/mapa2022>
- García Falconí, R. J. (2014). *Código Orgánico Integral Penal comentado: arts. 1 al 78, Principios y parte general* (2.<sup>a</sup> ed.). Universidad Internacional del Ecuador.
- Herrera, K., Ponce, I., Paz, E., Varas, E. y Girón, C. (2023, March 23). El proyecto de ley de reparación para familiares de víctimas de femicidio, *explicado*. *Gk. city*. Retrieved January 18, 2024, from <https://gk.city/2022/10/05/proyecto-ley-de-reparacion-para-familiares-victimas-femicidio-explicada/>
- Hidalgo, K. (2022, diciembre 6). No fue suicidio, fue femicidio: el caso de Camila Aguilera, la joven que habría sido lanzada de un edificio en Quito. *Revista Vistazo*. Retrieved January 18, 2024, from <https://www.vistazo.com/actualidad/nacional/no-fue-suicidio-fue-femicidio-el-caso-de-camila-aguilera-la-joven-que-habria-sido-lanzada-de-un-edificio-en-quito-LD3885058>
- La Hora. (2022, junio 14). 89 niños han quedado huérfanos por femicidio en lo que va de 2022. *Diario La Hora*. Retrieved January 18, 2024, from <https://www.lahora.com.ec/pais/89-ninos-han-quedado-huerfanos-por-femicidio-EN-LO-QUE-VA-DE-2022/>
- Ministerio de la Mujer y Derechos Humanos. (2023). *Información estadística de femicidios a nivel nacional*. [https://www.derechoshumanos.gob.ec/wp-content/uploads/2024/01/Informe-Estadistico-de-Femicidio\\_08012023.pdf](https://www.derechoshumanos.gob.ec/wp-content/uploads/2024/01/Informe-Estadistico-de-Femicidio_08012023.pdf)
- Montalbán Huertas, I. (2021). *Estudio de sentencias de feminicidios en el ámbito de la pareja o expareja dictadas por órganos judiciales en la República Dominicana 2017-2019*. Escuela Nacional de la Judicatura. Retrieved January 18, 2024, from <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/Informe-Reparacion-Integral.pdf>
- oea, cim & mesecvi. (2022). *Reparación integral en casos de femicidio y feminicidio en Latinoamérica: avances, desafíos y recomendaciones*. Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará. Retrieved January 18, 2024, from <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/Informe-Reparacion-Integral.pdf>
- Registro Oficial n.o 563. (2022). Registro Oficial. Retrieved January 18, 2024, from <https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial-web/publicaciones/registro-oficial/item/6837-registro-oficial-no-563>

- Thalíe Ponce. (2020, noviembre 25). 101 historias que develan el femicidio más allá de los números. *Primicias*. Retrieved January 18, 2024, from <https://www.primicias.ec/noticias/sociedad/101-historias-develan-femicidio-numeros/>
- Trujillo, Y. (2022, June 13). En lo que va del 2022 ya se ha producido el 60% de los femicidios del 2021. *El Comercio*. Retrieved January 18, 2024, from <https://www.elcomercio.com/actualidad/alianza-mapeo-en-lo-que-va-del-2022-ya-se-ha-producido-el-60-de-los-femicidios-del-2021.html>
- Unidad de Igualdad de Género. (2021, diciembre). *Determinación y reparación del daño con perspectiva de género*. Gobierno de México. Retrieved January 21, 2024, from [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/727507/Serie\\_5\\_Final\\_ISBN\\_978-607-7502-9.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/727507/Serie_5_Final_ISBN_978-607-7502-9.pdf)
- Vivanco, M. E. (2022). Respuestas del gobierno ecuatoriano ante la problemática de los niños huérfanos por causa de femicidio en el período (2014-2020). *Revista estudiantil de ciencia política y políticas de la universidad técnica particular de Loja utpl*. Retrieved January 18, 2024, from <https://utpl.edu.ec/maestrias/sites/default/files/Art%C3%ADculo%20Maria%20Vivanco.pdf>

## **INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES**

1. Revista Derecho Penal Central es una publicación de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador y del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas, que difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas en general. Su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del Derecho, a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los problemas más contemporáneos de la ciencia jurídica en el Ecuador y otros países.
2. Al presentar sus contribuciones a la revista Derecho Penal Central, los autores declaran que son titulares de su autoría y derechos de publicación, mismos que ceden al Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas. Si el autor llegare a presentar un artículo ya publicado en otra revista, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. El artículo debe ser remitido en soporte digital a los correos decanato.fjcps@uce.edu.ec, derpenalcentral@gmail.com, a la atención de Revista Derecho Penal Central
4. Los criterios de presentación de colaboraciones se detallan a continuación:
  - Los documentos deberán ser colaboraciones originales e inéditas que no hayan sido publicadas en ningún otro medio e incluirán en su primera página título, resumen analítico (de 100 palabras aproximadamente), de 5 a 7 palabras clave. Las secciones que conformen el texto deberán resaltarse. En caso de contar con figuras, estas se deberán entregar numeradas.
  - Las colaboraciones en revista Derecho Penal Central pueden ser: artículos de investigación, de reflexión, comunicaciones en congresos, reseñas de libros, entre otros, con primacía de contenido científico-académico y deberán contener como mínimo 15 páginas y máximo 30. Esta cantidad, puede variar dependiendo de las observaciones en el dictamen de los pares ciegos o del acuerdo entre el autor y el Consejo Editorial. Las referencias bibliográficas de los artículos deberán apearse a las normas de estilo de la Modern Language Association (mla) o del Modelo Editorial Latino (ml) de pie de página.
  - Deberán ser escritos en formato .doc (Microsoft Word), en letra Times New Roman de 12 puntos, con interlineado de 1,0, en hoja tamaño A4, con márgenes superior e inferior de 2,5 cm, y derecho e izquierdo de 3 cm. Todas las páginas estarán enumeradas y al inicio de cada párrafo se utilizará sangría.
  - En relación con el autor o autores, se incluirá su nombre completo, adscripción institucional, correo electrónico y teléfonos.
  - Debido a que la revista Derecho Penal Central se publica anualmente, la fecha límite para la recepción de los artículos será el mes de julio.
  - Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que creyeren convenientes.
  - Los artículos serán evaluados por el Comité Editorial y se someterán a un proceso de evaluación basado en el sistema de par ciego, quienes resolverán sobre su publicación conservando el anonimato del autor. Los trabajos no serán devueltos al autor.

- Los autores recibirán información de la eventual aceptación o rechazo de sus trabajos mediante un dictamen que puede ser: «publicable», «no publicable» o «publicable con observaciones».
- La inclusión de los originales aceptados queda sujeta a la disponibilidad del número de la publicación correspondiente.  
De la revista, y de no contar con la declaración jurada, no procederá a la evaluación del artículo.
- El Consejo Editorial seleccionará los trabajos de acuerdo con rigurosos criterios formales y de contenido, esperándose que haya un aporte original al mejor conocimiento del fenómeno objeto de análisis o perfeccionamiento de la disciplina pertinente a dicho estudio.
- El artículo será dictaminado por dos evaluadores que podrán ser miembros del Consejo Editorial o un miembro del consejo y otro que será escogido por el director según el tema de estudio. El dictaminador desconocerá el nombre del autor o de los autores del artículo.
- El dictaminador del artículo tendrá 22 días hábiles para evaluar y enviar sus observaciones con respecto al artículo, las cuales podrán incluir:
  - si aceptan, rechazan o sugieren revisiones previas a su publicación;
  - comentarios para el autor (indicando, en su caso, puntos a reconsiderar, explicar o modificar); y
  - sugerencias para ampliar las posibilidades de desarrollo del tema (sitios web de especial interés, referencias bibliográficas, otros documentos).

