

NON BIS IN IDEM y delincuencia organizada

José Sánchez Gutiérrez



NON BIS IN IDEM **y delincuencia organizada**

José Sánchez Gutiérrez

Diseño de carátula y edición: D.I. Yunisley Bruno Díaz

Dirección editorial: PhD. Jorge Luis León González

Sobre la presente edición:

© Editorial EXCED, 2026

ISBN: 978-9942-560-18-6

Podrá reproducirse, de forma parcial o total el contenido de esta obra, siempre que se haga de forma literal y se mencione la fuente.

El contenido del texto y sus datos en su forma, corrección y confiabilidad son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no representan necesariamente la posición oficial de la editorial EXCED.

Se permite descargar la obra y compartirla siempre que se den los créditos a los autores, pero sin posibilidad de alterarla de ninguna forma ni utilizarla con fines comerciales. El manuscrito fue previamente sometido a evaluación abierta por pares y aprobado por el Consejo Editorial, con base en criterios de neutralidad e imparcialidad académica.

EXCED se compromete a garantizar la integridad editorial en todas las etapas del proceso de publicación, evitando plagios, datos o resultados fraudulentos y evitando que los intereses económicos comprometan los estándares éticos de la publicación.



Editorial EXCED

Dr. Kennedy Nueva. 2do Callejón 11 A.
Manzana 42, Número 26.

Guayaquil, Ecuador.

E-mail: editorial@excedinter.com

DEDICATORIA



Para quienes forman parte de mi hogar y mi familia, especialmente mi esposa, hij@s y mis padres, a quienes amo con todo el ser.

Maritza Librada Cáceres-Mesa,

Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, México

Yamilka Pino-Sera,

Universidad de Holguín, Cuba

Samuel Sánchez-Gálvez,

Universidad de Guayaquil, Ecuador

María Hernández-Hernández,

Universidad de Alicante, España

Héctor Tecumshé-Mojica-Zárate,

Universidad de La Sierra, México

Yadir Torres-Hernández,

Universidad de Sevilla, España

Rodolfo Máximo Fernández-Romo,

Universidad Autónoma de Chile, Chile

Kenia Noguera-Nuñez,

Universidad Católica Santo Domingo, República Dominicana

Oscar Alberto Pérez-Peña,

Universidad Internacional de La Rioja, España

Marily Rafaela Fuentes-Aguila,

Universidad Metropolitana, Ecuador

Nancy Malavé-Quintana,

Universidad Rey Juan Carlos, España

Lázaro Salomón Dibut-Toledo,

Universidad del Golfo de California, México

Luisa Morales-Maure,

Universidad de Panamá, Panamá

Farshid Hadi,

Islamic Azad University, Irán

Mikhail Benet-Rodríguez,

Fundación Universitaria Cafam, Colombia

Prólogoi

Introducción iii

Capítulo 1. El principio non bis in idem: análisis doctrinal, jurisprudencial y derecho comparado

1.1. Origen y evolución histórica del principio non bis in idem 1

1.2. La triple identidad como presupuesto de aplicación del principio non bis in idem7

1.3. Alcance del principio non bis in idem: prohibición de doble juzgamiento y sanción 17

1.4. Desarrollo del principio non bis in idem en el derecho internacional22

1.5. La cosa juzgada fraudulenta y sus efectos en la flexibilización del principio non bis in idem27

1.6. El principio non bis in idem en el derecho comparado: análisis en Argentina, Perú y Ecuador34

Capítulo 2. Principios y derechos procesales vinculados al Non bis in idem

2.1. Seguridad jurídica como garantía estructural del proceso penal42

2.2. Principio de legalidad en materia penal: alcance, garantías y aplicación44

2.3. La reserva de ley como garantía del Estado constitucional de derecho 52

2.4. La presunción de inocencia como garantía esencial del proceso penal54

Capítulo 3. Delincuencia organizada: marco jurídico y análisis de su persecución

3.1. La delincuencia organizada: desarrollo histórico, conceptualización y características58

3.2. Marco internacional de la delincuencia organizada y su recepción en el ordenamiento jurídico ecuatoriano74

3.3. Análisis de la configuración legal del delito de delincuencia organizada 83

3.4. La investigación de la delincuencia organizada: técnicas especiales y control garantista87

Conclusiones92

Referencias100

Se ha dicho con frecuencia que los verdaderos valores de una sociedad no manan de la forma en que el Estado trata a sus ciudadanos ejemplares, sino del rigor con el que garantiza los derechos de aquellos que han desafiado sus leyes más básicas. En el ámbito del Derecho Penal, esta premisa se convierte en un imperativo categórico: el Estado solo es superior a un criminal cuando se somete a sus propias reglas.

Conocí a José Sánchez Gutiérrez en las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el marco de la Maestría en Derecho Penal del Mercosur (2012-2014). Él llegaba desde Ecuador con esa curiosidad insaciable del jurista que no se conforma con la literalidad de la norma, sino que precisa ahondar en sus fundamentos. Fue en ese entorno de debate académico donde nuestras trayectorias convergieron en una preocupación común: los límites del poder punitivo del Estado. Veo con agrado que aquella inquietud compartida se plasme hoy en estas páginas.

No es casual que esta obra surja en el actual escenario global, signado por un preocupante retorno al uso de la fuerza, donde la ley del más fuerte prima en la resolución de los conflictos internacionales. Observamos con alarma cómo algunos Estados desbordan los límites del derecho de gentes y el sistema internacional de derechos humanos en aras de la obtención de dudosos fines políticos. Este fenómeno advierte un riesgo sombrío, cuando el poder opera sin cauces en el ámbito internacional, la posibilidad de importar esa lógica de excepción al Derecho Penal doméstico, bajo la forma del Derecho Penal del Enemigo, deviene verosímil.

Frente a este riesgo de desborde institucional, la obra que el lector sostiene en sus manos constituye

una franca invitación al estudio y análisis de la criminalidad organizada, verdaderas empresas delictuales cuyas actividades típicas, por su brutalidad, atentan contra la vigencia misma de nuestros Estados democráticos. Este fenómeno de relevancia penal es abordado por el autor con profundo celo en el respeto irrestricto del debido proceso penal, y de los principios y garantías que el ordenamiento jurídico reconoce a todas las personas.

Con un pragmatismo riguroso, la primera parte profundiza en los alcances del principio *non bis in idem*, sustentándose en doctrina y jurisprudencia calificada. Posteriormente, la segunda mitad se adentra en la realidad ecuatoriana, caracterizando el fenómeno de la delincuencia organizada y vinculándolo con las técnicas de investigación de los Ministerios Públicos.

Como abogado en el ejercicio libre de la profesión, recibo este trabajo con el respeto que merece un colega que, desde su rol en la función pública, nos recuerda que el poder punitivo del Estado, en su afán por conservar el orden público, no puede traspasar —bajo pretexto de mayor eficacia— el límite impuesto por los derechos y garantías constitucionales de las personas en conflicto con la ley penal.

En un clima de populismo punitivo, donde la opinión pública exige resultados inmediatos a cualquier costo, que un fiscal, titular natural de la acción pública penal, examine los límites del *ius puniendi* es un acto de valentía e integridad intelectual que debe reconocerse al autor.

Es un privilegio presentar este estudio, que con seguridad se convertirá en consulta obligada para todos los operadores del Derecho.

Bruno Alfredo Scarafia

Abogado

Buenos Aires, 13 de abril de 2026.

El legislador, honrando compromisos de carácter internacional, como la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como Convención de Palermo, incorporó, en el naciente Código Orgánico Integral Penal del año 2014, la figura de la delincuencia organizada como un nuevo tipo penal, observando estrictamente la redacción de la norma supranacional.

Si bien es cierto que la criminalidad organizada en los últimos treinta años ha logrado un protagonismo paulatino y ascendente en la criminalidad a nivel mundial, diversos fenómenos sociales han influido en su desarrollo. En efecto, el crimen organizado constituye una cuestión actual sumamente compleja, sobre todo a partir de las formas o modalidades en que se manifiesta, construyendo entramados de difícil advertencia para las autoridades correspondientes.

La criminalidad organizada supone un rebasamiento de conceptos más tradicionales sobre las formas de delinquir, en los que se supera el simple acuerdo entre autores o cómplices para arribar a estructuras superiores, planificadas, diseñadas y colectivas, características que apuntan, en definitiva, a hacer mucho más efectiva la criminalidad y, por ende, más peligrosa y dañina su existencia en la sociedad, sobre todo porque supone una amenaza a la seguridad estatal.

Las formas de crimen organizado, en el sentido de una corporación criminal para delinquir, es la nota esencial con la cual se presentan las organizaciones criminales complejas, que no se reducen a una sola área del delito y ante cuya necesidad de contención han surgido instrumentos normativos específicos.

Este fenómeno, preocupante y lacerante para el mundo, debe ser combatido y justifica plenamente la implementación de políticas criminales encaminadas a erradicarlo o, al menos, disminuirlo; no obstante, ello no puede justificar la vulneración de principios y garantías de la seguridad jurídica y del debido proceso. De ahí la preocupación investigativa que se sostiene en este trabajo, ya que, con el afán de enfrentar la delincuencia organizada en todas sus manifestaciones, se han implementado, en ocasiones, políticas criminales erradas y técnicas especiales de investigación que, en teoría, podrían vulnerar principios y garantías del debido proceso, sobre todo en su adopción en el proceso investigativo.

El principio de prohibición de doble juzgamiento, persecución y sanción —conocido en la doctrina como *non bis in ídem*— constituye una especial prohibición de persecución doble o reiterada, no del mismo delito, sino del mismo hecho, que, a fin de cuentas, es la fuente a partir de la cual puede calificarse como delito y tipo penal el actuar delictivo en cuestión, recalcando que como doble juzgamiento debemos entender otra investigación o procesamiento por la misma conducta que ya fue considerada anteriormente como relevante para el derecho penal; por ejemplo, cabe preguntarse ¿es procedente sentenciar a varias personas por delincuencia organizada y posteriormente por cada uno de los delitos fines que cometieron?

En este sentido, la presente investigación busca realizar un estudio de algunos principios procesales, con especial énfasis en el principio *non bis in ídem*, principio constitucional y procesal que, en materia sancionadora, existe con la pretensión de evitar que una conducta pueda ser sancionada de un modo desproporcionado, más allá de lo que en justicia corresponda. Entendiendo que los principios han sido definidos como un enunciado normativo que permite solucionar un problema y orienta un comportamiento resuelto en un esquema abstracto, a través de un procedimiento de reducción a una unidad de la multiplicidad que ofrece la vida real.

Es necesario recordar que el debido proceso cobra mayor importancia con el neoconstitucionalismo y, sobre todo, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia como el ecuatoriano, que ha importado sobre este tema a su legislación material contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos y lo más relevante de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; por ende, se impone dar validez a las actuaciones investigativas y a todas las diligencias procesales, en aras de obtener sentencias y fallos válidos, legales, pero sobre todo, justos.

Hasta el momento, para muchos operadores de justicia y profesionales del derecho, este continúa siendo un tema poco explorado; por ello, resulta sumamente importante abordarlo desde una perspectiva descriptiva de cada uno de los componentes de los elementos normativos del tipo penal en su parte objetiva, desde una óptica constitucional del debido proceso, con especial énfasis en el principio de doble juzgamiento. Al constituirse en un tema novedoso, su investigación resulta necesaria y, evidentemente, más compleja que aquella de temas sobre los que existe abundante información; no obstante, la academia busca precisamente eso: investigar y brindar a la sociedad conocimiento y respuestas a las interrogantes que surgen con la expedición e incorporación de nuevos tipos penales en nuestra legislación. Consecuentemente, para realizar un trabajo riguroso y entregar información de calidad a la comunidad jurídica, es indispensable abordarlo con total profesionalismo.

Asimismo, resulta importante destacar que, si bien es cada vez más necesario enfrentar, mitigar y, de ser posible, erradicar la delincuencia organizada, dicho enfrentamiento debe realizarse de manera efectiva y respetando las garantías del debido proceso. De lo contrario, no se trataría de un combate eficaz, pues derivaría en nulidades procesales que, en muchos casos conllevan a la

impunidad delictiva y afectación a una justicia pronta u oportuna para las víctimas indirectas de la misma.

Finalmente, es relevante explicar de qué forma debe respetarse el principio non bis in ídem, cuyo contenido se traduce en la prohibición de “no dos veces por lo mismo”, aspecto que será ampliado y profundizado en este trabajo, enmarcado específicamente en el ámbito de los delitos de delincuencia organizada como forma especial de intervención delictiva. En la práctica, y partiendo de la propia concepción legal tanto del contenido prohibitivo de este principio como de la configuración legal de cada tipo penal, resulta necesario conocer la forma en que ha venido concibiéndose y aplicando este principio de “prohibición de no dos veces por lo mismo” en delitos relacionados al crimen organizado.

Por todo ello, se deduce la importancia investigativa del presente estudio, orientado a determinar en la medida de lo posible, si se vulnera o no el principio non bis in ídem en la investigación – juzgamiento de los delitos de delincuencia organizada y sus delitos fines.



CAPÍTULO

El principio non bis in ídem: análisis doctrinal,
jurisprudencial y derecho comparado

1.1. Origen y evolución histórica del principio non bis in ídem

El principio de non bis in ídem o ne bis in ídem tiene su origen histórico en el Derecho Romano y su significado básicamente se resume en que una persona no puede ser juzgada dos veces por la misma causa, era utilizado en procesos judiciales de la época en la que se pretendía una prohibición de promoción de nuevos juicios con segundas demandas sobre el mismo hecho imputado.

Este principio que aunque se remonta al Derecho Romano, se dio a conocer tras la Revolución francesa en el siglo XVIII, manifestándose en las vertientes material y procesal, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español en sentencia 2/1981 de 30 de enero, consideró pronunciarse sobre el principio del ne bis in ídem, pero, la importancia de esta sentencia no solo radica en el hecho de ser pionera en reconocerlo como un principio de relevancia constitucional, sino también en que, intentando

ofrecer una visión integral de aquél, puso de manifiesto de manera sistematizada una serie de elementos que habrían de constituir la base de toda discusión sobre el *ne bis in ídem*, al menos en España.

Sobre este principio, puede ser citado el *Corpus Iuris Civilis*, la siguiente mención, donde Ulpiano, dice así: “*Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur*”, cuya traducción es: “la buena fe no consiente que se exija dos veces la misma cosa” (Gayo, 1985).

Se dice que los posglosadores sacaron de allí la idea del “*non bis in ídem*” que tomaron luego los penalistas a partir fundamentalmente, de Beccaria. El basamento de este principio procesal está dado por un principio superior, que es el de seguridad, que impide que alguien pueda estar indefinidamente sujeto a persecuciones legales, cuando ya fue juzgado por ese mismo hecho, sea que haya sido condenado o absuelto.

Este principio no solo se aplica en materia penal y administrativo, sino también en lo civil, pues indudablemente, es una derivación del principio de cosa juzgada en materia civil, que hace que las sentencias definitivas ya no puedan ser revisadas, ni intentarse promover o accionar otra vez en ese litigio, extendiéndose finalmente por todas las ramas del derecho.

Desde su origen, el principio de *Non bis in ídem* ha sido analizado, estudiado y aplicado por diversos autores, organismos y estados, evolucionando en su aplicación y volviendo un término de obligatoria aplicación en el derecho interno de cada país democrático, respetuoso del apego al debido proceso, convirtiéndose sin duda, en una garantía propia del Estado de Derecho que no puede ausentarse en ningún ordenamiento jurídico que tenga por objeto la protección de los derechos fundamentales; con mayor razón si nuestro país se define desde el 2008 como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

En la mayoría de los países tanto de la región latinoamericana como en el resto del mundo, este principio es registrado incluso, como un Derecho Fundamental, reconocido por la Constitución de cada uno de ellos, y en esencia, va encaminado a prohibir que un acusado sea enjuiciado dos veces por un mismo delito, o por las mismas acciones que conformaron la estructura típica de ese delito.

En otro sentido implica también, que no pueda valorarse dos veces un mismo hecho o fenómeno para calificar la tipicidad de un delito o evaluar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que ya han formado parte de la configuración de la modalidad básica de ese tipo penal (López, 2015).

La doctrina penal sostiene que el principio non bis in ídem, también es conocido como ne bis in ídem, y que, entre ambos términos existen diferencias en cuanto a su conceptualización y en consecuencia encontramos que, se define el ne bis in ídem como: “Nadie puede ser enjuiciado por los mismos hechos que haya sido juzgado por resolución firme en un tribunal penal”, mientras que la definición de non bis in ídem indica: “Nadie puede ser juzgado doblemente por un delito” (Gayo, 1985).

Nieto (2012), plasma la conocida cita de Sarabia Pardo (1899). El principio Non bis in ídem, fue una derivación de la cosa juzgada en sus dos vertientes o efectos: el positivo, donde lo declarado por sentencia ejecutoriada constituye la verdad jurídica, y el negativo, que da al traste con la imposibilidad de que se produzca un nuevo planteamiento sobre el tema.

Non bis in ídem, escrito indistintamente como non bis in ídem o ne bis in ídem, en latín, que significa en idioma español (No dos veces por lo mismo), también conocido como autfois acquit en francés (ya perdonado), o double jeopardy en inglés, cuyo significado es: doble riesgo; constituye una importante herramienta de defensa en los procesos sancionadores y, sobre todo, penales.

En muchos países como Estados Unidos, Canadá, Argentina, Perú, Colombia, Ecuador, Cuba, República Dominicana, España, Australia e India, entre otros, como se indicó anteriormente, es registrado como un derecho de rango constitucional, prohibiendo que un acusado sea enjuiciado dos veces por un mismo delito.

En otro sentido, implica que no pueda valorarse dos veces un mismo hecho o fenómeno, para calificar la tipicidad de un delito o evaluar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (López, 2015).

Y es que resulta obvio que deba incluirse entre los principios generales del Derecho Penal, y que no sea permitida la aplicación de dos procesos o procedimientos distintos para juzgar o sancionar una misma conducta, tanto en un orden sancionador como en un orden adjetivo.

Con respecto a este aspecto, agrega Nieto (2012) que cuando el legislador prevé una sanción para un hecho tipificado como infracción, está obligado por el principio de proporcionalidad a mantener una adecuación entre la gravedad de la primera y la segunda y, por ello, el hecho de aplicar una nueva sanción en el mismo orden punitivo o en otros distintos, representaría la ruptura de esa consonancia, una sobre reacción del ordenamiento jurídico, que está infringiendo a un sujeto, un mal sobre sus bienes mayores o descompensado con respecto al cumplimiento que ha desarrollado del mandato jurídico.

Y es que, en última instancia, el principio non bis in idem está basado como en definitiva lo está todo el Derecho, en la idea de justicia, esto es, en la concepción de que, a cada individuo el ordenamiento jurídico debe compensarlo o punirlo, según su conducta, de forma que iría en contra de esta una regulación sancionadora que permitiera penalizar al infractor de forma desproporcionada o múltiple.

Pueden encontrarse diversas opiniones en la doctrina y la jurisprudencia comparada, en relación con su naturaleza jurídica, así, por ejemplo, unos consideran que es principalmente un derecho y otros que es un principio. Este autor, aprecia el principio non bis in ídem, como un principio constitucional que ha sido desarrollado por la jurisprudencia, al igual que otros principios, como el principio de legalidad, presunción de inocencia, proporcionalidad dentro de los procedimientos judiciales y administrativos de naturaleza sancionadora, o como el principio in dubio pro actionen, que resulta básico para configurar el ius puniendi del Estado, pero que al formar parte de la garantía de seguridad jurídica que debe propiciar el ordenamiento jurídico, se convierte en un derecho que ostenta cada persona.

El principio procesal ne bis in ídem y la prohibición de doble punición se hallan íntimamente vinculados, pero no coinciden en cuanto a su alcance, se dice que el primero, opera, aunque no haya habido punición, es decir, basta únicamente con el procesamiento previo, y el segundo, versa sobre casos en que el primero no se halla formalmente comprometido, en otras palabras, solo es posible su observancia cuando no concurra una sanción por los mismos hechos. Existen al menos tres grupos de casos en los que se dice que no entra en juego el principio de doble punición:

La primera hipótesis de doble punición tiene lugar cuando la administración impone penas, tratándose de coacciones que no tienen carácter reparador o restitutivo, ni de coacción directa, pero que conforme a los elementos negativos del discurso penal no son consideradas penas. Por ejemplo, hablamos de sanciones de multas, cesantías, exoneraciones e inhabilitaciones y estas, a veces podrían entenderse como más graves que las penas que impone el Derecho Penal mismo, y se aplican fuera de los límites del Derecho Penal, por lo cual su exclusión del discurso

penal abre el espacio para el ejercicio de un poder punitivo más discrecional y que, además, se suma al poder punitivo manifiesto.

El segundo grupo lo constituyen aquellas personas que sufren lesiones, enfermedades o perjuicios patrimoniales por acción u omisión de los agentes del estado en la investigación, represión o “rehabilitación” del sujeto activo por el delito cometido. Por ejemplo, no resiste el menor análisis aseverar que las cárceles (por lo menos en Ecuador y gran parte de la región) no son lugares seguros y arrostran otros problemas, tales como, suicidios, homicidios, enfermedades y lesiones. Tampoco es extraño que en sede judicial las personas aprehendidas o privadas de libertad aleguen actos de tortura en su contra, pero que no sea posible individualizar a los autores, ni demostrarlas o simplemente no se considera en serio la veracidad o no de tales afirmaciones. Y no nos cabe duda de que todas esas consecuencias, y otras, forman parte de la punición, o sea que, constituyen penas crueles, inhumanas y degradantes que si bien están prohibidas, la realidad es distinta y es que en los hechos, estas conductas ilegales son ejecutadas por parte de funcionarios del Estado, sea por omisión de los mismos o por la misma naturaleza de la prisión. Esto se trata de un efectivo y repudiable poder punitivo sumado a la pena impuesta mediante sentencia condenatoria.

Cabe preguntarse ¿si de comprobarse plenamente alguno de los supuestos planteados, los jueces pueden fijar una pena inferior al límite legal o incluso, dar por compurgada la pena?, valdría ahondar sobre estas proposiciones en un futuro trabajo.

El tercer grupo de casos de doble punición es muy común en América Latina, y se trata de las personas que, por pertenecer a pueblos indígenas con culturas diferenciadas, propias de su etnia e idiosincrasia, tienen su propio sistema de solución de conflictos y de sanciones. Ante esto, cuando una persona ha sido sancionada conforme a la justicia indígena a la que se somete, el Estado no puede imponerle una nueva pena en virtud de la justicia

ordinaria o, al menos, debe computar la pena comunitaria como parte de la que pretende imponerle, pues de otro modo incurriría sin lugar a dudas en doble juzgamiento y doble punición.

No obstante, esta aseveración no es del todo exacta, puesto que, en la sentencia expedida por la Corte Constitucional del Ecuador, caso “La Cocha”, se resolvió en lo medular lo siguiente: “1) al existir una sanción en la justicia indígena sobre delitos contra la vida, no existe doble juzgamiento y, por tanto, es susceptible de ser conocido y sancionado en la justicia ordinaria; y, 2) desde la fecha de expedición de la sentencia, todos los casos relativos a delitos contra la vida deberán ser conocidos exclusivamente por la justicia ordinaria”. Bajo este criterio del máximo organismo de justicia constitucional del país, no aplicaría la figura de *non bis in idem*, razón por la que es menester destacar que este principio no puede ser considerado como un derecho absoluto, sin dejar de lado la figura de la cosa juzgada fraudulenta, que será necesario abordar en próximos párrafos.

1.2. La triple identidad como presupuesto de aplicación del principio non bis in idem

Es preciso determinar cuándo se integran los elementos que nos permiten evitar vulnerar el principio non bis in ídem, o, dicho de otro modo, que nos permiten comprobar la confluencia de las tres identidades que deben corroborarse para conocer si efectivamente estamos ante una posible vulneración de este principio, siendo las siguiente: sujeto, hecho y fundamento. Resumiendo, para que el non bis in idem pueda invocarse y aplicarse, debe existir identidad de sujeto, hecho y fundamento, caso contrario su invocación y aplicación resulta inoficiosa.

Estos requisitos se exigen de la siguiente forma:

Identidad de sujeto: el presunto autor de la infracción penal (sujeto activo) que alega la violación del principio, debe ser el mismo que ya fue previamente procesado o sentenciado en un

proceso penal, es decir, a quien se le procesó o sentenció por determinado hecho (conducta penalmente relevante), siendo que la pretensión punitiva radica en activar en contra de la misma persona que ha sufrido la persecución penal. Para entenderlo de mejor forma, es necesario ejemplificar el requisito aludido. Por ejemplo, Geovanny M. es procesado por el delito de asesinato contra Darío P.; no obstante, en audiencia de juicio se ratifica su estado de inocencia por parte del Tribunal de Garantías Penales que conoce el caso, causando ejecutoria la misma por falta de apelación de fiscalía o la víctima. Pretender en esta ejemplificación que fiscalía inicie una nueva investigación contra Geovanny M. por el delito que ya fue juzgado, al considerar que “faltaron elementos por recabar”, sin lugar a duda contravendría abiertamente el principio estudiado, por más que se pretenda invocar una supuesta evasión de impunidad, cuando fue el órgano persecutor que no realizó correctamente su trabajo investigativo.

Según nuestra actual legislación penal, el sujeto activo del ilícito, puede ser una persona natural o jurídica, puesto que el artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal, refiere que en los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados. Es decir, el non bis in idem protege también al ente ficticio creado por el legislador; en el caso ecuatoriano, la responsabilidad penal de las personas jurídicas nació en el 2014 con el Código Orgánico Integral Penal.

Identidad de hecho: el hecho o los hechos que motivaron la sanción deben ser los mismos. El principio non bis in idem no se vulnera en caso de concurso real de delitos, definido por el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 20 de la siguiente forma: “Cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna

razón exceda los cuarenta años”; es decir, las penas se aplican por ilícitos penales diversos, pues se tratan de delitos autónomos e independientes, destacando además que, esta figura del concurso real a mi criterio, es aplicable en la parte de ejecución de la pena, para su sumatoria, que en el caso ecuatoriano, no puede superar los 40 años de privación de libertad.

Por otro lado, vale señalar que aquello no opera frente a un concurso ideal de infracciones, ya que, ante una conducta penalmente relevante a la que pueden subsumirse varios tipos penales, se iniciará el procesamiento, juzgamiento e imposición de la pena por la infracción más grave, conforme lo determina el artículo 21 del Código Orgánico Integral Penal “Cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave”, consecuentemente no se puede alegar o pretender iniciar un nuevo proceso por alguna de las infracciones cometidas en el decurso del iter criminis para llegar al resultado final, por ejemplo. La persona que, en unidad de actos, roba un vehículo, luego hurta un arma de fuego y finalmente comete un robo con resultado de muerte, deberá ser procesada y sancionada por este último tipo penal, sin que luego se pretenda iniciar acciones o procesos individuales por el robo y el hurto.

No es de entender que se trata de hechos donde coinciden el mismo sujeto activo y el mismo sujeto pasivo, e incluso, hechos que tengan similitudes en su ejecución, pues siempre van a existir factores diferenciadores con respecto a los hechos; es así que puede ser el mismo victimario, la misma víctima y por ejemplo también, un hecho de robo, pero siempre han de ocurrir en fechas y horas diferentes al anterior, por ello, cuando hablamos de identidad de hechos estamos diciendo que se trate del mismo hecho ocurrido en la misma fecha y horario (unidad de tiempo y espacio) en el que intervienen en cada posición fáctica, las mismas personas.

Un caso que nos permite entender correctamente este segundo requisito es el siguiente: Juan T., sustrae de la mochila de Priscila N., su teléfono celular el 20 de agosto del 2025; posteriormente, el 10 de septiembre del 2025, nuevamente de la mochila de la víctima extrae quinientos dólares en efectivo. Derivado de esta conducta ilícita, se aperturan dos procesos penales en contra de Juan T., por considerarlo autor directo del delito de hurto; sin embargo, por intermedio de su defensa jurídica, alega que existiría identidad objetiva y subjetiva (hecho y personas), ante lo cual, si bien es cierto que estamos ante la misma identidad subjetivas (sujeto activo y pasivo son los mismos), no es menos cierto que los hechos, por más que se adecuan al mismo tipo penal (hurto) fueron cometidos en diferentes espacios de tiempo; además, el objeto material, también es diferente, razón por la que, bajo ningún supuesto podría aceptarse que estamos frente a la misma identidad objetiva o mismo hecho.

Identidad de fundamento o causa: los fundamentos y objetivos de las sanciones deben ser idénticos. Esto está referido a los fundamentos jurídicos, es decir, qué es lo que se desea a partir de la imposición de una sanción.

Para entenderlo mejor, implica que la segunda persecución o sanción debe sustentarse en el mismo fundamento jurídico que la primera, es decir, que ambas respuestas estatales protejan el mismo bien jurídico y se apoyen en la misma razón normativa de reproche. No basta que coincidan el sujeto y el hecho, el reproche debe tener la misma naturaleza y finalidad. Por el contrario, si dos procedimientos sancionan una misma conducta, pero desde perspectivas jurídicas distintas, bajo ningún concepto podríamos hablar de identidad de fundamento, aunque sea la misma conducta (hecho); por ende, si las sanciones responden a esferas autónomas con fundamentos diferenciados y compatibles, puede no configurarse la vulneración del principio. Por ello, la identidad de fundamento actúa como un filtro técnico que evita confundir

duplicidad legítima de responsabilidades con doble sanción inconstitucional.

Debemos tener mucho cuidado en pensar que el fundamento jurídico simplemente se limita a la norma citada para la resolución de determinado caso; pues, realmente se pretende hacer alusión a la razón jurídica por la cual el Estado reacciona frente a un hecho. En términos técnicos, el fundamento jurídico debe entenderse en tres dimensiones a saber, el bien jurídico protegido, la naturaleza del reproche y la finalidad de la sanción que sustentan la intervención estatal.

Bien jurídico protegido

Si ambas respuestas estatales tutelan exactamente el mismo valor jurídico, hay un primer indicio de identidad, siendo necesario preguntarse ¿qué bien protege la norma?

Naturaleza de la responsabilidad

No es lo mismo responsabilidad penal (ius puniendi en sentido estricto) que disciplinaria o civil, pues la finalidad del castigo será diferente.

Finalidad de la sanción

Es sumamente importante identificar que busca el legislador con la sanción a determinada conducta, pues en material penal sabemos que busca castigar el desvalor del hecho; en materia civil el propósito es restituir o resarcir el daño material ocasionado; y, finalmente, en cuanto a la arista administrativa, la finalidad radica en conservar la probidad del servidor público, ejerciendo actos de disciplina interna.

En el caso de un funcionario público que comete un delito contra la eficiencia de la administración pública (peculado), por lo que es condenado a una pena privativa de libertad; no obstante, también es sancionado administrativamente por la institución

donde laboraba, siendo destituido del cargo; además, se emite glosa civil para el pago del perjuicio ocasionado al erario nacional; por ende, estamos frente a varias sanciones por el mismo hecho y en contra de la misma persona. Como se puede observar, la misma conducta activó distintos planos de responsabilidad y sanción, generando:

- Responsabilidad penal, imposición de una pena privativa de libertad;
- Responsabilidad administrativa disciplinaria, provocando la destitución del funcionario público; y,
- Responsabilidad civil o de repetición, para recuperar el dinero (resarcimiento).

Como puede observarse, aunque la conducta sea la misma, el fundamento jurídico no lo es, pues cada proceso o acción tiene naturaleza y sanciones diferentes, activándose de esta forma órbitas de responsabilidad autónomas.

Los tres requisitos estudiados anteriormente constituyen lo que la doctrina denomina como “triple identidad”, a partir de la cual deberá estudiarse en cada caso concreto si cabe la aplicación del principio non bis in idem y así evitar la vulneración de derechos.

Para que la regla produzca su efecto impeditivo deberán acreditarse las tres identidades enumeradas antes. De no ser así, se trataría de una transgresión que justifica la nulidad de la segunda sentencia por afectar el orden constitucional y por ello puede ser declarada de oficio. Recordemos que la identidad del objeto material del proceso debe referirse al hecho principal independientemente de las modalidades suyas ulteriormente ocurridas.

Esto se recoge en la Sentencia 2/2003 del Tribunal Constitucional Español (2003); cuando en su fundamento jurídico 5º dice que:

No podemos eludir que este Tribunal en sus Sentencias 177/1999, de 11 de octubre (FJ 2º) y 152/2001, de 2 de julio (FJ 2º), ha sostenido que la declaración efectuada por los órganos judiciales penales relativa a la existencia de la triple identidad, de hechos, sujetos y fundamentos, no puede ser cuestionada por este Tribunal y constituye el obligado punto de partida para el examen de la alegada vulneración del derecho que reconoce el art. 25.1. CE. Sin embargo, esta afirmación no puede compartirse, pues la triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en 'bis in idem', sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1. CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento.

En la misma línea, la Sentencia 48/2007 de 12 de marzo del mismo Tribunal dice en su fundamento jurídico 3º que:

Por tanto, se han de comparar los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por la Administración en la resolución sancionadora y por el órgano judicial penal en las Sentencias, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada por estos poderes del Estado (Tribunal Constitucional Español, 2007).

Siguiendo lo que dice el Tribunal Constitucional Español en estas dos sentencias analizadas, observamos que en los casos en los que falte alguno de estos requisitos, ya no habrá violación del principio non bis in idem. Esto es importante, ya que, si por ejemplo, dos procedimientos sancionadores tienen al mismo sujeto y enjuicia los mismos hechos, pero por distinto fundamento, ya no existirá una violación de este principio. Comprobar si los

requisitos de la violación del principio non bis in ídem se integran, será muy sencillo en algunos casos, pero en otros puede llegar a ser muy complicado, de todos modos, queda claro que esta triple identidad siempre será analizada en su contexto y obligatoriamente deberán concurrir las tres para determinar si en efecto existe o no vulneración al principio objeto de estudio.

Desde el español, ne bis in ídem y non bis in ídem yo lo aprecio como lo mismo, digo esto, dado a que, si se enjuicia a alguien o a algo (persona jurídica), también se le está juzgando; y en cualquiera de los dos casos el enjuiciamiento o juzgamiento, ha de terminar en una sentencia sea esta condenatoria o absolutoria, pero con sentencia al fin, la que se puede convertir en resolución firme que ponga fin al asunto y no solo digo sentencia, dígame también alguna otra resolución judicial, como bien pudiera serlo un auto definitivo (sobreseimiento).

Por ello no se ve mayor diferenciación entre el enjuiciamiento y juzgamiento, no obstante, sí me llaman grandemente la atención, los términos enjuiciamiento y sanción, eso sí que no es lo mismo, es que no es lo mismo decir, “Nadie puede ser sancionado dos veces por un delito”, a “Nadie puede ser enjuiciado por los mismos hechos que haya sido juzgado por resolución firme en un tribunal penal”, de ser: “no sancionar a nadie dos veces por lo mismo”, entonces se permitiría o cabría la posibilidad desde el punto de vista procesal de enjuiciar de modo múltiple por el mismo hecho, no obstante, no así sancionarlo más de una vez por un mismo hecho, pero sería una posición muy desfavorable para el ciudadano que podría ser enjuiciado cada vez, esto rompería su tranquilidad y sosiego, terminaría con su seguridad jurídica, y dígame esto, tanto para procesos de la misma o diferente materia.

Sin embargo, si fuese: “Nadie puede ser procesado dos veces por lo mismo”, sea hecho o delito, la seguridad jurídica si operaría como una garantía que de hecho y sin lugar a dudas propiciaría una tranquilidad al ciudadano, el que descansaría en

que sancionado o absuelto por determinado hecho le protege o ampara la garantía constitucional de que ese tema no volverá a investigarse, tramitarse ni enjuiciarse nunca más y de hacerse esto, entonces quedaría expuesto y por ende, vulnerado el principio non bis in ídem.

En conclusión, se clarifica que la invocación de violación al non bis in ídem no se agota con la sola presencia de una de las tres identidades, pues no nos encontramos ante requisitos disyuntivos, sino conjuntivos; en otras palabras, la alegación será válida, siempre y cuando se encuentren reunidas las tres identidades estudiadas, sujeto, hecho y

Se debe distinguir la búsqueda de una reacción disciplinaria de la búsqueda de una sanción penal, sin perder de vista que nuestro bloque de constitucionalidad claramente, prohíbe sancionar a una persona dos veces por el mismo hecho. El debate sigue teniendo plena actualidad; así lo señalan Zaffaroni et al. (2005) con relación a la determinación acerca de cuándo existe una unidad de conducta. Los autores entienden que no se trata de un problema menor del derecho penal, sino de una cuestión troncal cuyo descuido corre el riesgo de hacer naufragar varias garantías constitucionales e internacionales, y de permitir un ejercicio completamente irracional del poder punitivo, mientras que la pluralidad de criterios que se han señalado por la doctrina ha sembrado una enorme inseguridad en todos estos ámbitos.

Otro punto de vista importante, es que el tribunal con jurisdicción y competencia suficiente, debe haber podido consumir el objeto procesal completamente y haberse agotado el caso en su totalidad. El objeto del proceso debe haber sido examinado, no solo a través de la calificación jurídica recogida en la sentencia, sino en toda su extensión y aspectos en que pudo hacerlo jurídicamente el tribunal que conoció del asunto. Si el proceso se agotó con una decisión sobre el fondo, examinándose la pretensión hecha valer en todos sus aspectos fácticos y jurídicos,

no se puede perseguir nuevamente por el mismo hecho, aunque haya mediado abuso o error por parte del juez (Maier, 1986).

Sobre esta idea cabe recordar cuanto enseña Maier (1986) en el sentido que el *ne bis in idem* hace referencia a un único comportamiento básico como objeto de cognición y decisión en varios procesos, aunque en alguno de ellos se prediquen más elementos o circunstancias de ese comportamiento central, que en el otro.

Por ello, en cuanto al derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la interdicción del *ne bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia por la administración sancionadora de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental.

Lo siguiente en el análisis de este principio es si la prohibición de doble juzgamiento o sanción obedece al mismo delito o al mismo hecho, para lo cual es necesario traer a colación la figura de reincidencia constante en el artículo 57 del Código Orgánico Integral Penal “Reincidencia.- Se entiende por reincidencia la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada.

La reincidencia solo procederá cuando se trate de la misma infracción penal o se haya atentado contra el mismo bien jurídico protegido en cuyo caso deberán coincidir los mismos elementos de dolo o culpa. Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio”.

Definitivamente, resulta innegable que un delito idéntico puede repetirse en el actuar de una persona, confirmación de ello tanto desde la técnica del derecho, como desde los hechos, es la reincidencia específica, y la doctrina extrae el principio non bis in ídem de la reincidencia, toda vez que, depende de la voluntad intencional o negligente del actor, repetir el mismo delito, así podemos encontrar en la realidad a una misma persona que ha sido sancionada en más de una ocasión por delitos de homicidio, de asesinato, o de robo, y son el mismo delito, tipo penal, ilícito penal, el asunto es que no son el mismo hecho.

Cuando el legislador habla respecto de un “nuevo delito” se entiende por lógica jurídica que refiere necesariamente a nuevos hechos que integran esa conducta penalmente relevante, que será merecedora incluso de una pena agravada cuando concurren varios elementos, entre esos, los relacionados al dolo, por ende, los hechos existentes en delitos idénticos nunca serán los mismos, aunque siempre se califique, previa integración en el actuar del sujeto activo el mismo tipo de delito que servirá de base para un nuevo procesamiento y emisión de sentencia condenatoria, de ser factible.

1.3. Alcance del principio non bis in ídem: prohibición de doble juzgamiento y sanción

Puede entenderse que, el non bis in ídem y el ne bis in ídem son el mismo principio con igual contenido y que si la traducción desde el latín, significa “no dos veces por lo mismo”, pues entiendo que estaríamos hablando de la prohibición tanto de procesar, juzgar, como de sancionar a alguien dos veces por lo mismo, por ende, es importante definir que debemos entender por “lo mismo”, siendo que este significado ante este principio, se refiere al hecho, más no al delito, por lo que, ambos términos, serían la prohibición de procesar, enjuiciar y sancionar a una persona, más de una vez por los mismos hechos.

A fin de sustentar esta opinión, es de permitirse citar el literal b) del décimo noveno fundamento de la sentencia del Tribunal Constitucional Español (2003), caso Carlos Israel Ramos Colque, que señala:

En su vertiente procesal tal principio significa que «nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos ordenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo).

Este análisis conlleva a concluir que debe prevalecer la interpretación propiciada; la prohibición contra la múltiple persecución y sanción, la que obviamente sería un resultado del proceso y al prohibirse la doble persecución o juzgamiento, ya no podría llegarse a la doble sanción. Esto constituye una de las garantías más elementales de un Estado de Derecho, de modo que no debe ser acotada injustificada e ilegítimamente, sobre todo porque parte de un análisis conglobado del derecho positivo vigente y del espíritu de la mayoría de las constituciones modernas, que se apoyan en el principio pro homine.

Esta es también la posición de una parte importante de la doctrina moderna, por ejemplo, Maier (2002) afirma que es claro que la fórmula extiende su influencia al mismo trámite procesal, declarando inadmisibile... el regreso sobre una persecución penal ya agotada, en el sentido del aforismo *res iudicata pro veritate habetur*.

Recapitulando nuevamente, el principio de *non bis in ídem* se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos

que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del ius puniendi del Estado. En este punto vale la pena insistir en algo fundamental, pues, resulta atentatorio a este principio, pretender aperturar investigaciones penales bajo el lema de que se tratan de diferentes conductas ilícitas, cuando versan sobre los mismos hechos, con identidad objetiva y subjetiva; en otras palabras, pretender maquillar investigaciones o procesos en contra de determina persona, con el pretexto de que se tratan de diferentes delitos, cuando recaen sobre el mismo hecho, es abiertamente inconstitucional.

Para entender de mejor forma el non bis in idem, resulta necesario traer a colación el principio de cosa juzgada, pues goza de jerarquía constitucional y así lo ha entendido la Corte Nacional de Justicia, máximo organismo de justicia ordinaria en el país. Los derechos reconocidos en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada quedan incorporados al patrimonio del ciudadano. Toda sentencia ejecutoriada supone un derecho adquirido del que es titular la parte que en ella se beneficia, sobresaliendo tres características de esta institución:

Inmutable, es decir, la misma no puede ser modificada por ninguna persona o autoridad.

Vinculante, es de obligatorio cumplimiento para las partes sometidas al proceso jurisdiccional o administrativo.

Definitiva, no existe recurso vertical que permita su revisión y expedición de una nueva sentencia.

La cosa juzgada se trata del valor que el ordenamiento jurídico confiere al resultado de la actividad judicial: la subordinación a los resultados del proceso, convirtiendo en irrevocable la decisión del órgano jurisdiccional.

La autoridad de cosa juzgada es la fuerza reconocida por la ley a la decisión del juez para regular jurídicamente el caso concreto decidido y darle eficacia coercitiva, o sea ejecutiva y

eficacia prohibitiva, como preclusión que prohíbe la repetición total o parcial del juicio sobre el mismo objeto. La finalidad del proceso es llegar a un estable y certero ordenamiento jurídico de la materia objeto de la acción judicial. Si fuera lícito volver a cada momento sobre esa declaración para intentar que se la modifique o revoque, sería evidente que aquella finalidad de los juicios no podría conseguirse y la incertidumbre reinaría allí donde son necesarias la certeza y la inmutabilidad (Maier, 2002).

Para entender de mejor forma la cosa juzgada en sus dos dimensiones (formal y material) es necesario citar la Resolución No. 11-2017 del 26 de abril del 2017 emitida por el máximo organismo de justicia ordinaria del país, que en lo pertinente refiere:

La cosa juzgada es inimpugnable cuando se han agotado los recursos previstos en la ley o no se los ha ejercido; es inmutable cuando no se la puede atacar mediante otro juicio; y, es coercible por la posibilidad jurídica de su ejecución forzada en caso de incumplimiento voluntario (Ecuador. Corte Nacional de Justicia, 2017).

La sentencia no es susceptible de recurso alguno por habérselos consumado o no ejercido, es irrevocable o inimpugnable, pues ya no permite su ataque directo, y adquiere la categoría de cosa juzgada en sentido formal; mientras que, si la sentencia no es susceptible de ataque indirecto mediante otro juicio, adquiere la categoría de cosa juzgada material. Es así que:

a) La cosa juzgada significa, en general, la irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia cuando contra ella no procede ningún recurso que permita modificarla. No constituye, por lo tanto, un efecto de la sentencia, sino una cualidad que se agrega a ella para aumentar su estabilidad y que igualmente vale para todos los posibles efectos que produzca.

b) De lo dicho se sigue que la cosa juzgada supone, fundamentalmente, la inimpugnabilidad de la sentencia, o, lo que es igual, la preclusión de los recursos que procedan contra ella (tanto por no haberse deducido cuanto por haberse consumado la facultad de deducirlos).

Cuando se produce la preclusión que impide la impugnación directa de una sentencia, se afirma que esta adquiere autoridad de cosa juzgada en sentido formal. En cambio, cuando la resolución judicial, además de no poder ser cuestionada mediante recursos dentro del mismo proceso, tampoco puede ser revisada a través de un nuevo proceso, se configura la cosa juzgada en sentido material.

En consecuencia, existe cosa juzgada en sentido formal cuando, aun siendo inimpugnable la sentencia dentro del proceso en el que fue dictada, subsiste la posibilidad de obtener un resultado distinto en un proceso posterior. Este es el caso, por ejemplo, del juicio ejecutivo, en el cual, independientemente del contenido de la sentencia, la parte vencida conserva, con ciertas limitaciones, la facultad de iniciar un proceso de conocimiento con el fin de modificar lo resuelto (Congreso de la Nación Argentina, 1967). Situación similar se presenta en los procesos sumarios, como los juicios posesorios e interdictos, entre otros.

Existe cosa juzgada en sentido material cuando, a la irrecurribilidad de la sentencia, se agrega la imposibilidad de que en cualquier circunstancia y en cualquier otro proceso se juzgue de un modo contrario a lo decidido por aquélla. Como señalan Rosenberg et al. (1993), la cosa juzgada en sentido material comporta la normatividad del contenido de la sentencia: es decir, de la afirmación de la existencia o inexistencia de la consecuencia jurídica pretendida por una de las partes y expresada por el fallo, para todo procedimiento en que se cuestione la misma consecuencia jurídica. De lo expuesto se desprende, que la cosa juzgada en sentido material presupone la cosa juzgada

formal; y que esta última, por consiguiente, puede existir con independencia de la primera.

1.4. Desarrollo del principio non bis in idem en el derecho internacional

A continuación, se ofrecen fragmentos de varios instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en su mayoría suscritos y ratificados por el Ecuador, que acogen ampliamente este principio y que incluso han servido de base para su desarrollo en la normativa interna de nuestro país.

El Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 8 inciso 4 dice que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos” (Organización de Estados Americanos, 1978).

El artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Organización de las Naciones Unidas (1976) enuncia que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país”.

Por otro lado, el artículo 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) establece:

1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.
2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o

b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (Corte Penal Internacional, 1998).

El artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2016) proclamada solemnemente por su Parlamento, dispone: “Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la Ley”.

Un gran ejemplo de aplicación del principio non bis in idem lo es, la sentencia 2/2003 del Tribunal Constitucional Español, que en la parte de los requisitos para la integración del principio non bis in idem, dice:

En el Estado Constitucional de Derecho ningún poder público es ilimitado, por tanto, la potestad sancionadora del Estado, en cuanto forma más drástica de actuación de los poderes públicos sobre el ciudadano, ha de sujetarse a estrictos límites. La limitación de la potestad sancionadora del Estado es condición de legitimidad de su ejercicio en el Estado de Derecho, en el que la libertad es uno de sus valores superiores (art. 1.1 CE) y la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) uno de

los principios configuradores del mismo. Así, de un lado, las restricciones permanentes de la esfera de libertad individual inherentes a la situación de inseguridad derivada de la posibilidad de que el Estado pueda reiterar sus pretensiones punitivas por los mismos hechos sin límite alguno, carecen de todo fundamento legitimador en el Estado de Derecho. De otro, la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), impone límites a la reapertura de cualesquier procedimiento sancionador -administrativo o penal- por los mismos hechos, pues la posibilidad ilimitada de reapertura o prolongación de un procedimiento sancionador crea una situación de pendencia jurídica, que, en atención a su carácter indefinido, es contraria a la seguridad jurídica (Tribunal Constitucional Español, 2003).

Por otra parte, si se desea observar la incidencia de la prohibición del bis in idem dentro de la configuración del derecho a sancionar del Estado español, podemos acudir nuevamente a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español (1981), cuyo fundamento jurídico 4º dice que:

El principio general del derecho conocido por “non bis in idem” supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, entre otros-, que justificase el ejercicio del “ius puniendi” por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración.

Esta Sentencia de 1981, denota que, según el Tribunal Constitucional el principio non bis in idem deriva directamente del principio de legalidad y seguridad jurídica previsto en el artículo 25 de la Constitución Española de 1978.

La Sentencia 177/1999 del mismo Tribunal Constitucional, la cual fue muy criticada, también vinculó claramente, en su fundamento jurídico 3º, el principio de legalidad con el principio non bis in idem, al decir que:

Si la exigencia de la *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 25.1 de la Constitución obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita. Desde esta perspectiva sustancial, el principio de *ne bis in idem* se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del Estado (Tribunal Constitucional Español, 1999).

Este principio ha estado presente también, en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2010) en Argentina en el precedente “Sandoval. Allí se dijo, con remisión al voto de los Dres. Petracchi y Bossert en “Alvarado, Julio”:

Que la sentencia absolutoria dictada luego de un juicio válidamente cumplido precluye la posibilidad de reeditar el debate (en ese caso, y como el nuestro, luego de haberse revocado la absolución del imputado), pues lo contrario implicaría una violación del principio constitucional del *non bis in idem*; en consecuencia, también se afirmó que es nula la sentencia que condenó al imputado con posterioridad a la revocación de su absolución, pues al ordenarse la reiteración del debate respecto de quien había sido absuelto, se retrotrajo el juicio a etapas ya superadas, produciendo un apartamiento de las formas

sustanciales que rigen el procedimiento penal (Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1998).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006) apunta que:

En lo que toca al principio *ne bis in ídem*, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”. Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in ídem*.

De acuerdo con esta posición jurisprudencial, todo aquello que no sea un verdadero y legítimo proceso penal, irrespetuoso de derechos y que no busque en realidad la verdad histórica de los hechos, no tendrá valor para el mundo del derecho, pero, sobre todo, para la justicia. Es pertinente hacer mención que esta posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de poder excluir aquellos procesos penales aparentes dentro del ámbito que conforma el *non bis in ídem*, se desarrolla a otros

supuestos que no tienen ninguna relación con los procesos penales fraudulentos.

Con esta última aseveración emanada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su legítimo ejercicio de control de convencionalidad en la región, podemos entender que la persecución de los delitos que revistieron especial gravedad y atención en determinado periodo de tiempo, en el que se absolvió al acusado; pero que, en el supuesto que posteriormente aparezcan nuevos hechos o pruebas que, ahora sí, permitan establecer la materialidad del ilícito y responsabilidad penal, el proceso penal se puede reabrir o iniciar incluso uno nuevo, con las mismas pruebas que anteriormente fueron consideradas “insuficientes” por el juzgador; siempre que posea las características de fraudulento o aparente, en cuya ponderación de derechos fundamentales se llega a desplazar o dejar de aplicar el non bis in idem.

1.5. La cosa juzgada fraudulenta y sus efectos en la flexibilización del principio non bis in idem

Esta figura necesaria en el derecho y sobre todo en el derecho penal moderno, pretende cumplir uno de los fines más importante de todo proceso en que existan vejámenes a los derechos humanos, es decir, descubrir y entregar a las víctimas de un ilícito la verdad histórica de los hechos; incluso, para arribar a la tan anhelada verdad, por ende justicia y reparación, se deben en teoría “desconocer” derechos o principios procesales como el non bis in idem en su dimensión de cosa juzgada, siempre y cuando, como mencione en líneas superiores, se lo pueda calificar como fraudulento al proceso penal iniciado anteriormente.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Almonacid Arellano y Otros Vs Chile, describe cuando es posible desconocer el non bis in idem, así como también, define los supuestos que permiten concluir la existencia de cosa juzgada fraudulenta:

En lo que toca al principio *ne bis in idem*, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. 162. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”. Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006).

Chacón Mata (2015) desarrolla el concepto de cosa juzgada fraudulenta a partir de una comprensión general de la cosa juzgada, señalando que esta responde a la potestad de una jurisdicción para declarar el derecho vigente mediante una decisión definitiva y firme, que no admite ulterior revisión judicial. En este sentido, la cosa juzgada se entiende como aquel asunto que ha sido resuelto y, por tanto, concluido en los tribunales internos, adquiriendo un carácter inmutable.

Asimismo, se analizan las implicaciones de los pronunciamientos jurisdiccionales que evidencian prácticas fraudulentas, así como los mecanismos para revertirlas en el marco del sistema

internacional de protección de los derechos humanos. En este contexto, el énfasis se sitúa precisamente en la noción de “fraudulencia” como eje central del análisis. A partir de ello, se examina cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, ha interpretado las omisiones en las garantías procesales y sustantivas que dan lugar a decisiones judiciales viciadas. Estas actuaciones no solo constituyen un fraude en perjuicio de las víctimas, sino que también representan una afectación al Estado de derecho, con profundas repercusiones en la confianza y seguridad jurídica de la ciudadanía.

Se pueden identificar dos escenarios al finalizar un proceso judicial. Por un lado, aquel en el que el sistema de justicia actúa conforme a derecho, respetando el debido proceso y garantizando una adecuada valoración de los elementos que configuran la cosa juzgada. En este contexto, la decisión judicial puede consistir en la absolución de una persona inocente o en la condena de quien resulta responsable, sin que exista una intervención dolosa por parte de jueces, fiscales o auxiliares de justicia. En estos casos, el resultado puede considerarse justo y ajustado a los principios del Estado de derecho.

Por otro lado, cuando los operadores de justicia actúan de manera dolosa, manipulando el desarrollo del proceso penal, es posible que se generen decisiones injustas que, no obstante, se encuentren revestidas por la apariencia de cosa juzgada. Esto puede dar lugar a la condena de personas inocentes o a la absolución de quienes son culpables, lo que implica una grave afectación a las garantías procesales y a la legitimidad del sistema judicial. Este tipo de situaciones, especialmente en el contexto de graves violaciones de derechos humanos, constituyen un fenómeno que será analizado en detalle en el siguiente capítulo.

El culpable material absuelto mediante fraude en la investigación y proceso, frente a nuevas investigaciones que pretendan

deshilar los entramados de impunidad, alegará la garantía del non bis in idem, a pesar de la fraudulenta colocación de los elementos internos de identidad del sujeto activo, objeto y causa de persecución, así como los elementos externos de independencia e imparcialidad judicial, analizados en el capítulo anterior. Para subsanar este caso en concreto, es decir, las absoluciones fraudulentas, el sistema de impugnaciones ordinario y constitucional es insuficiente, tal como veremos.

En cambio, para remediar la condena de un inocente condenado, de cualquier forma (mediante fraude o error judicial), el sistema de impugnaciones en sus dos vertientes se torna eficiente y en gran medida suficiente.

A nuestro criterio, se pueden dar por la forma como está estructurado el proceso y por el método de interpretación probatoria que rige en nuestro sistema continental de «condenar más allá de toda duda razonable»

Un caso de gran conmoción social en el país sin lugar a duda fue el denominado “Caso Fybeca”; no obstante, en marzo del 2014, la Fiscalía General del Estado procedió a cambiar su nombre por el de “Las Dolores”, ya que tres de las denunciadas llevaban ese nombre; sin embargo, la Corte Nacional de Justicia definió que para referirse al mismo, se lo debía hacer como “Caso González y Otros”. Más allá de su denominación, lo relevante del proceso es que marcó un hito en la justicia ecuatoriana, puesto que en el 2015 la Alta Corte ecuatoriana, resolvió desconocer el principio non bis in idem y juicios con sentencias ejecutoriadas que pretendían transmitir una aparente cosa juzgada; acertadamente los señores magistrados consideraron que el proceso se llevó a cabo con el único propósito de favorecer a los implicados en este aberrante ilícito, razón más que suficiente para fundamentar y sostener la existencia de cosa juzgada fraudulenta; consecuentemente, se determinó la existencia material de la infracción y responsabilidad penal de varios miembros de la Policía Nacional, a quienes se les

impuso penas desde los 2 hasta los 16 años de privación de libertad.

En conclusión, la cosa juzgada fraudulenta nos recuerda que la justicia no puede convertirse en un simple trámite formal ni en un escudo para la impunidad, pese a que en este desarrollo investigativo hemos dejado claro que el principio *ne bis in idem* es fundamental para la seguridad jurídica, no puede ser invocado para proteger decisiones nacidas de procesos manipulados o carentes de imparcialidad, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso tantas veces citado. Cuando una sentencia ejecutoriada es el resultado de un simulacro de investigación destinado a encubrir responsables, lo que existe no es verdadera cosa juzgada, sino una apariencia de legalidad que burla la memoria de las víctimas. El caso ecuatoriano “González y otros”, demuestra claramente que el sistema puede corregirse cuando la justicia fue utilizada de manera fraudulenta en beneficio de pocos, perjudicando a muchos, por ende, reabrir un caso no significa debilitar el Estado de Derecho, sino fortalecerlo, puesto que la legalidad y seguridad jurídica cobran sentido cuando protegen decisiones legítimas, no cuando perpetúan la injusticia e impunidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011).

Nuestro ordenamiento jurídico prevé el recurso extraordinario de revisión, que pese a la existencia de una sentencia condenatoria ejecutoriada (cosa juzgada), permite (pero en un ámbito restringido) al sentenciado presentar argumentos o nuevos elementos probatorios que permitan dejar sin efecto la sentencia que pesa en su contra (nuevamente, deja en evidencia que la cosa juzgada no se la puede entender en sentido absoluto). Esta figura legal, es una posición jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que se convierte en obligatorio cumplimiento para todos los Estados parte; no obstante, pese a que se permite la revisión de una sentencia ejecutoriada, esto

no implica o puede interpretarse como una autorización para la violación del principio non bis in idem, ya que no se vuelve a juzgar y/o sancionar dos veces por lo mismo al sujeto activo de la infracción.

El artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal, refiere que este recurso podrá proponerse en cualquier tiempo, ante el máximo organismo de justicia ordinaria del país, es decir, la Corte Nacional de Justicia, siempre y cuando la sentencia condenatoria se encuentre debidamente ejecutoriada, por ende, no es factible su presentación si existe algún recurso pendiente de resolver. Las causas por las que puede presentar el recurso en mención son las siguientes:

1. Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta;
2. Si existen, simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre una misma infracción contra diversas personas sentenciadas que, por ser contradictorias, revelen que una de ellas está errada; y,
3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados

Es necesario destacar que, a diferencia de la casación (corrige errores de derecho), el recurso de revisión ataca errores que existieran en los hechos del caso que motivaron la expedición de la sentencia, por ende, se permite y exige la presentación de nuevas pruebas que refieran con claridad meridiana el yerro respecto a la parte fáctica del caso.

A diferencia de la cosa juzgada fraudulenta, que por regla general (con sus excepciones) refieren procesos penales instaurados con la finalidad de favorecer a los agresores, por lo que se convierte en necesaria la realización de un nuevo proceso penal o su reapertura, para encontrar la verdad histórica de los hechos y evitar impunidad; el recurso de revisión busca que aquel

procesado (injustamente sentenciado) pueda acceder a justicia real, sin necesidad de repetirse el proceso penal, sino únicamente, la revocatoria de la sentencia ejecutoriada en caso de que las nuevas pruebas determinan ciertos hechos de forma diferente a los conocidos en juicio. Un claro ejemplo que presento, Juan es sentenciado por asesinar a Pedro, la fiscalía basa su acusación en un testigo clave, Rodrigo, quien asegura encontrarse en el lugar de los hechos y observar como Juan disparo a Pedro, lo que ocasionó su muerte; además, el necropsia legal, determinó que en efecto Pedro falleció producto de un disparo con arma de fuego. Meses después de quedar en firme la sentencia contra Juan, este presenta un recurso extraordinario de revisión basado en el numeral 3 del artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal. En el desarrollo de la audiencia presenta como prueba un video reciente donde Pedro aparece en una fiesta; video que también fue periciado, corroborándose que en efecto se trata de Pedro y la fecha es dos años después de su supuesta muerte; además, se realiza una exhumación al cadáver y se determina que al cuerpo que se realizó la necropsia corresponde a otro individuo y no Pedro. Finalmente, comparece Pedro como testigo, se presenta ante la justicia y explica que la simulación de su “muerte” se debió porque tenía fuertes deudas en su contra y que Juan cuando eran adolescentes estuvo con su novia.

Como se puede observar, Juan no fue víctima de un proceso penal simulado o fraudulento, sino de una realidad procesal que cambió radicalmente por la aparición y presentación de prueba nueva decisiva en la sustanciación del recurso extraordinario; por ende, corresponde dejar sin efecto la condena, restituir sus derechos y, eventualmente, investigar la conducta de Pedro por la simulación que generó la indebida persecución y sanción penal en contra de Juan.

Con el recurso de revisión se otorga una importante herramienta a la persona sentenciada por cualquier delito para que su situación

jurídica sea revisada y revertida de ser factible; pero, por otra parte, ¿qué pasa con las víctimas de un delito o grave violación a sus derechos humanos?, ¿existe positivizada alguna disposición que permita la revisión de un juicio con aparente cosa juzgada fraudulenta? La respuesta es que no existe ninguna norma en el país que permita acceder a real justicia y verdad cuando de forma abrupta existen los elementos que hacen denotar con claridad meridiana la existencia de cosa juzgada fraudulenta; en el caso “González y Otros” se aplicó esta figura legal en base a consideraciones supranacionales, especialmente fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011), por lo que, resulta interesante discutir su inclusión en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como parte de una reforma integral que hace rato merece el Código Orgánico Integral Penal.

1.6. El principio non bis in idem en el derecho comparado: análisis en Argentina, Perú y Ecuador

En Argentina se realizó una importante y necesaria reforma constitucional en 1994, incorporando varios pactos sobre derechos humanos, otorgándoles a los mismos jerarquía constitucional, por lo que, los articulados de dichos pactos, como el de San José de Costa Rica, fueron incluidos en la norma fundamental, y ahora se considera entonces, “el non bis ídem” como parte expresa de la Constitución Nacional en su artículo 75, inciso 22, debiendo resaltar que este país sureño vivió realmente una dictadura que pretendió regalar impunidad a altos mandos militares con la instauración de procesos penales fraudulentos; no obstante, al igual que el caso peruano y otros más del continente, el establecimiento posterior de comisiones de la verdad, impidieron que acontecimientos de esta envergadura revestida de graves violaciones a los derechos fundamentales de los individuos queden en la impunidad y por ende sin sanción.

Considerando que Argentina es un Estado Federal, a diferencia del ecuatoriano (Unitario), cada provincia tiene un

ordenamiento jurídico que les rige, por ejemplo, en el artículo 29 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, donde consagra expresamente este principio, cuando dispone que ninguna persona será encausada dos veces por el mismo delito (Convención Constituyente, de la Provincia de Buenos Aires, 1994).

Por su parte, el texto del Código de Procedimiento Penal, establece en su art. 1° que “nadie podrá ser... perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho”; y, para despejar cualquier duda al respecto, el art. 3 del citado cuerpo normativo, impone que “toda disposición legal que... limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código... deberá ser interpretada restrictivamente” (Ministerio de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires , 1906).

Como se puede observar, a diferencia de la disposición constitucional ecuatoriana que prohíbe el doble juzgamiento (entendiéndolo desde una óptica exageradamente legista, como prohibición de juzgar, más no de investigar o procesar por los mismos hechos), la normativa argentina refiere textualmente que nadie podrá ser perseguido por los mismos hechos, lo cual amplía el derecho para quien invoca este principio a su favor, puesto que claramente veda el doble procesamiento.

Perú

La Constitución Política del Perú, no define expresamente el principio del ne bis in idem, pero, existe un reconocimiento implícito en el artículo 139 inciso 13° de la Constitución peruana, el cual señala que:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional... 13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada... (art 13 de la Constitución, el cual ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en el Exp. 2050-2002-AA/TC (Perú. Congreso Constituyente Democrático, 1993).

Similar deficiencia la encontramos en la legislación española donde el principio del *ne bis in ídem* no está expresamente definido, reconociéndolo de forma implícita en el Art. 25.1 de la Constitución: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento” (Perú. Congreso Constituyente Democrático, 1993).

Conforme se demuestra en el fundamento cuarto de la STC 2/1981 del Tribunal Constitucional Español (1981) el cual señala:

Si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 al 30 de la Constitución, que reconoce los derechos y libertades susceptibles de amparo (artículo 53, número 2 de la Constitución y 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en el artículo 25 de la Constitución (Tribunal Constitucional Español, 1981).

Así mismo, se encuentra reconocido este principio en el artículo 90 del Código Penal peruano, que expresa: “Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente”. (art. 90 C. P. Peruano). Sin embargo, es la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG) el primero en reconocer el *non bis in ídem* como un principio y garantía de la potestad sancionadora del Estado el cual establece en el artículo 230.10: “*Non bis in ídem*.- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento” (Congreso de la República del Perú, 1990).

En relación con los procedimientos administrativos por responsabilidad funcional a cargo de la Contraloría General de la República, la Directiva N° 008-2011-CG/GDES aprobado por Resolución de Contraloría N° 333-2011-CG en el numeral 5.3.12 reconoce el principio non bis in ídem en el procedimiento sancionador:

No se puede imponer sucesivas o simultáneamente dos o más sanciones administrativas, cuando se aprecie identidad de hechos, personas y fundamento. Asimismo, tampoco es posible procesar dos veces por un mismo hecho, a la misma persona y por el mismo fundamento (Contraloría General de la República, 2011).

Por otro lado, el nuevo Código Procesal Penal peruano (Perú. Presidencia de la República, 2004), en el artículo 3 del Título Preliminar, llamado interdicción de la persecución penal múltiple, plantea que nadie será procesado ni sancionado por el mismo hecho, más de una vez, si es el mismo sujeto e idéntico el fundamento. Rige este principio para el derecho sancionador, o sea, penal y administrativo.

Ecuador

Constitución de la República

Con la expedición de la Constitución de la República del Ecuador en septiembre del 2008, cambiamos radicalmente la estructura estatal, pasando de un Estado Social de Derecho a uno Constitucional de Derechos y Justicia, priorizando al ser humano y su dignidad por sobre las normas, con profundas transformaciones en lo político, jurídico y administrativo; siendo así, respecto del tema estudiado, exactamente en el art. 76 numeral 7, inciso i) se refiere que “nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto”

(Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008); haciendo franca alegación al principio de cosa juzgada, o prohibición de juzgar lo ya juzgado, y del non bis in idem o prohibición de doble juzgamiento.

Resulta interesante formar un sucinto análisis sobre la parte final de la norma aludida, puesto que la Corte Constitucional del Ecuador, en el conocido caso “La Cocha”, que tiene su génesis en el asesinato de Marco Olivio, ocurrido el 9 de mayo de 2010, en la parroquia de Zumbahua (recalcando que sus habitantes se reconocen como parte del pueblo indígena Panzaleo). El 23 de mayo del 2010 las autoridades indígenas procedieron al juzgamiento e imposición de sanciones a los infractores bajo las reglas de la justicia indígena; posteriormente, la Fiscalía General del Estado, instauró un proceso penal a los responsables por un presunto delito contra la vida, razón por la que, la Corte Constitucional avoca conocimiento del tema por una presunta vulneración a la prohibición de doble juzgamiento, abordándolo en su sentencia 113-14-SEP-CC, caso 0731-10-EP, fallo en el que, considero se aleja de la redacción constitucional y en lo medular de su parte resolutive indica:

3. Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kiwcha Panzaleo, cuando conoció este caso de muerte, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad, estableciendo diversos niveles de responsabilidad que son distribuidos, en distinto grado, entre los directamente responsables y sus respectivas familias, mientras que por su lado, el ministerio público y la justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar, respectivamente, la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte, por lo que esta Corte declara que no se ha configurado el non bis in idem o doble juzgamiento;

4. De conformidad con los artículos 11 numeral 8, y 436 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional establece las siguientes reglas de aplicación obligatoria que las autoridades indígenas, autoridades administrativas y jurisdiccionales, así como los medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, observarán de manera obligatoria, a partir de la publicación de la sentencia, bajo los siguientes términos: a) La Jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena. La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios.

Nuevamente se ratifica, el principio non bis in idem no es absoluto, si bien la norma suprema del Estado de forma taxativa refiere que los casos de justicia indígena deberán ser considerados para los efectos de la aplicación del principio, el máximo organismo de interpretación constitucional del país refiere que aquello únicamente aplica para los casos en que se afecten valores comunitarios y no bienes jurídicos protegidos como la vida, es decir, existen excepciones que lo limitan (Corte Constitucional del Ecuador, 2014).

Código Orgánico Integral Penal

Como indiqué anteriormente, con el nacimiento de nuestra norma suprema en 2008, el constituyente obligó al legislador, bajo el principio de reserva de ley, diseñar un cuerpo normativo

que constitucionalice el derecho penal y brinde homogeneidad al sistema jurídico penal del país, razón por la que, en febrero del año 2014 fue publicado y entró en vigencia desde el 10 de agosto de 2014, dejando atrás varios cuerpos normativos (Código Penal, Procedimiento Penal y Ejecución de Penas). La inclusión y desarrollo de principios de derechos humanos supranacionales se hace inminente en nuestra estructura estatal, razón por la que, el artículo 2 de este cuerpo legal hace franca alusión a los principios que deben respetarse en el proceso penal- “En materia penal se aplican todos los principios que emanan de la Constitución de la República, de los instrumentos internacionales de derechos humanos y los desarrollados en este Código” (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014).

El Código Orgánico Integral Penal no solo contiene principios, sino también garantías con el propósito de permitir su aplicación y por ende la plena vigencia de los derechos y libertades individuales del ser humano, razón por la que, en su artículo 4 refiere: “Dignidad humana y titularidad de derechos.- Las y los intervinientes en el proceso penal son titulares de los derechos humanos reconocidos por la Constitución de la República y los instrumentos internacionales”, con esto queda claro que el derecho penal está subordinado a la dignidad del ser humano, fuente de los derechos fundamentales, consecuentemente, es lógico que además la activación del proceso penal sea de última ratio (mínima intervención), ya que, por ser el más gravoso y aflictivo de los derechos, será el último al que se podrá acudir para solucionar los conflictos legales y que, su intervención solo estará legitimada cuando ya no se encuentre solución legal para el caso concreto en otra rama del derecho.

El artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal enumera varios principios procesales que regirán al debido proceso penal, determinando en su numeral 9. Ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los

casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio (López, 2015).

El legislador desarrolla un poco más este principio constitucional, agregando que “la aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio”, en otras palabras, se positiviza en el Código Orgánico Integral Penal no solo lo relacionado con la identidad de sujeto y hechos, sino también con la identidad de fundamento, descartando cualquier opción de alegar siquiera vulneración al non bis in idem cuando se impongan sanciones administrativas o civiles cuya génesis sea un juzgamiento penal.

CAPÍTULO

Principios y derechos procesales
vinculados al Non bis in idem



2.1. Seguridad jurídica como garantía estructural del proceso penal

Para un mejor entendimiento del non bis in idem y posterior análisis que se realizará con el delito de delincuencia organizada, se traerán a colación brevemente derechos y principios procesales que rigen el proceso penal y que deben obligatoriamente ser observados y respetados con el propósito de cumplir plenamente con esa garantía de otorgar plena vigencia y eficacia a los derechos de las personas que participan en la relación jurídica del proceso penal.

El artículo 82 de la Constitución de la República consagra el derecho a la seguridad jurídica en los siguientes términos: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Incluso la Corte Constitucional del Ecuador (2021a) en su Sentencia No. 330-16-EP/21, define al derecho a la seguridad jurídica: “del texto constitucional se desprende que el individuo debe contar con un ordenamiento jurídico previsible, de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos establecidos previamente y por autoridad competente para evitar la arbitrariedad”.

La misma Corte Constitucional del Ecuador (2016) en la sentencia No. 045-15-SEP-CC, caso No. 1055-11-EP, desarrolla de mejor forma su propio concepto de seguridad jurídica compilando además varias sentencias emitidas con anterioridad (Corte Constitucional del Ecuador, 2012, 2013).

En lo que se refiere al derecho a la seguridad jurídica, la Corte Constitucional ha señalado que consiste en la expectativa razonable de las personas respecto a las consecuencias de los actos propios y de ajenos con relación a la aplicación del Derecho. Para tener certeza respecto a una aplicación de la normativa acorde a la Constitución, las normas que formen parte del ordenamiento jurídico deben estar determinadas previamente, teniendo que ser claras y públicas, solo de esta manera se logra crear certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos para el respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional.

Mediante un ejercicio de interpretación integral del texto constitucional se determina que el derecho a la seguridad jurídica es el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos; en virtud de aquello, los actos emanados de dichas autoridades deben observar las normas que componen el ordenamiento jurídico vigente.

De igual manera, la seguridad jurídica implica la confiabilidad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y a la ley, como salvaguarda para evitar que las

personas, pueblos y colectivos sean víctimas del cometimiento de arbitrariedades. Esta salvaguarda explica la estrecha relación con el derecho a la tutela judicial, pues cuando se respete lo establecido en la Constitución y la ley, se podrá garantizar el acceso a una justicia efectiva imparcial y expedita”.

Conforme la definición realizada por el máximo organismo de interpretación constitucional del país sobre el derecho a la seguridad jurídica, podemos definirlo como aquel que busca otorgar al destinatario de la norma, certeza o noción razonable de las reglas de un proceso, que conozcan de forma clara y precisa cuales serían las consecuencias jurídicas de sus actos y los cometidos por terceras personas; sin dejar de lado también aquella normativa que tutela sus derechos básicos y fundamentales dentro del ordenamiento jurídico, por ejemplo, no ser juzgado más de dos veces por los mismos hechos.

2.2. Principio de legalidad en materia penal: alcance, garantías y aplicación

Principio derivado del famoso aforismo latino “nullum crimen, nulla poena sine lege praevia” creado por el criminólogo y filósofo alemán Feuerbach, en su tratado de 1801, cuya traducción al español significa “no hay crimen ni pena, sin ley previa”; a diferencia de lo que muchos piensan, el principio de legalidad tiene su origen en cuestiones de índole político más que jurídico, con propósito de limitar el abusivo poder estatal de la época.

En materia penal, el principio de legalidad busca según el mismo Código Orgánico Integral Penal “normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso...”; además, la idea radica en dotar de herramientas necesarias a los operadores de justicia para la correcta aplicación de la norma; también, en la creación de las mismas se propende a que el legislador las redacte de tal forma,

que evite utilización de analogías en la parte sustantiva penal por parte de funcionarios públicos, aquello incluso tiene prohibición expresa en el artículo 13.3 del cuerpo legal citado: “queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos.

En el caso ecuatoriano, sabemos nos rige un sistema penal acusatorio (anteriormente inquisitivo, luego mixto), que prohíbe al Juez, en primer lugar atribuir delitos a ciertas conductas que no estén descritas como relevantes para el derecho penal (tipificadas); en segundo lugar, imponer penas más altas o más bajas que las destinadas para castigar determinada conducta, convirtiendo de esta forma al principio en una garantía para la vigencia de los derechos de quienes intervienen en el proceso penal en calidad de procesado o víctima.

El Código Orgánico Integral Penal en el artículo 5.1 refiere: “no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla”, esto, se concatena con el artículo 17, sobre el ámbito material de la ley penal: “se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescente, y en materia de usuarios y consumidores” (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014).

Araujo Granda (2025), señala que el principio de legalidad (cuyo contenido respete los postulados de la ética normativa) comporte que el legislador, al momento de tipificar cualquier delito y más aún a la luz de nuevas necesidades sociales, deba acatar lo siguiente:

- a) La prohibición de la analogía (nullum crimen, nulla poena sine lege stricta)
- b) La prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (nullum crimen, nulla poena sine lege scripta)
- c) La prohibición de la retroactividad (nullum crimen, nulla poena sine lege praevia)
- d) La prohibición de delitos y penas indeterminados (nullum crimen, nulla poena sine lege certa); y, por sobre todo,
- e) El principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito (nullum crimen sine necessitate).

Garantías del Principio de Legalidad

Resta (2019), enfatiza cuatro garantías que nacen con el principio de legalidad:

Garantía criminal, el nullum crimen sine lege, es decir que ninguna conducta, por reprochable que parezca, puede ser considerada delictiva si no lo establece previamente una ley que pueda, de tal manera, garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos, los que puedan conocer de forma anticipada las conductas prohibidas por su ordenamiento jurídico y las penas como consecuencias de esas conductas. Dicha garantía implica a su vez cuatro consecuencias conocidas en doctrina como los corolarios derivados del principio de legalidad:

- La lex scripta, es decir, el monopolio de la ley para establecer crímenes y penas y el rechazo de las fuentes consuetudinarias;
- La lex praevia, es decir, la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes penales, regla complementada por la lex mitior, es decir, la aplicación de la ley más favorable al acusado;

- La *lex certa*, prescribir certeza y determinación, a través de la correcta delimitación por medio de la ley de todos los delitos y penas, excluyendo cualquier tipo de cláusula o disposición vaga o indeterminada;
- La *Lex stricta*, se refiere a una interpretación restrictiva que impida cualquier interpretación extensiva y analógica *in malam partem*
- La garantía penal, *nulla poena sine lege*, que prescribe la imposición por los tribunales de penas previstas por ley.

La Garantía Jurisdiccional, *nemo damnetur nisi per legale iudicium*, prescribe la posibilidad por todos los ciudadanos, indistintamente, de poder acudir a un juicio formal, ante un tribunal competente, con todas las garantías prescritas por ley, es decir, la posibilidad de ser juzgados por medio de una sentencia judicial dictada de conformidad a un procedimiento legalmente establecido;

La garantía de ejecución, conocida como *nulla executio sine lege*, establece que la ejecución de las penas debe ajustarse estrictamente a las formas previstas en la ley, excluyendo cualquier injerencia de otras instituciones u órganos que no estén legalmente facultados para ello. En este sentido, Rodríguez Mourullo (1978) sostiene que el principio también implica una doble garantía: una de carácter formal y otra de carácter material.

La garantía formal se refiere al rango y tipo de normas mediante las cuales se tipifican las conductas sancionables. Esta dimensión implica, sin lugar a dudas, una reserva de ley, ya que únicamente una norma con rango legal, en el caso ecuatoriano, de carácter orgánico, puede establecer una conducta como penalmente relevante, así como su correspondiente sanción.

Por su parte, la garantía material exige que tanto la conducta prohibida como la sanción asociada a su comisión estén previamente determinadas en la norma. De este modo, se busca

evitar el abuso y la arbitrariedad por parte de los funcionarios públicos encargados de aplicar la ley.

Definición del principio de legalidad según instrumentos internacionales de Derechos Humanos:

Como se indicó anteriormente, en el siglo XVIII aparece la necesidad de blindar y proteger al ciudadano de las arbitrariedades y abusos del poder público en todas sus formas, por lo que, en la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (Francia. Asamblea Nacional, 1789), su artículo 8 disponía: “nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada”. Así tenemos el nacimiento posterior de varios principios que han sido el punto de partida para el desarrollo progresivo del principio en mención.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11.2 refiere que “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito” (Organización de las Naciones Unidas, 1948).

La Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 9 declara que:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello (Organización de Estados Americanos, 1978).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15.1 establece que:

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello (Organización de las Naciones Unidas, 1966).

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del principio de legalidad

Existen varios fallos emitidos desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003), brindando uniformidad al significado y alcance del principio objeto de estudio, como Baena Ricardo Vs Panamá, en la que refirió lo siguiente:

En suma, en un estado de derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: LA REPRESIÓN.

Los hechos del presente caso se refieren al despido de 270 empleados públicos y dirigentes sindicales, que habían participado en distintas protestas contra la política gubernamental en reclamo de sus derechos laborales. El despido se produjo en base a la ley No. 25 de fecha 14 de diciembre de 1990, luego de que el Gobierno acusara a estas personas de haber participado en manifestaciones de protesta y de resultar cómplices de una asonada militar. Para concretar la sanción, se aplicó una ley dictada con posterioridad a los hechos que estableció que la tramitación de los juicios que iniciaran los trabajadores a raíz de

los despidos se realizaría en el fuero contencioso-administrativo y no en el laboral, tal como determinaba la legislación vigente.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001) resolvió:

En el presente caso la Ley 25 entró en vigencia el 14 de diciembre de 1990 y se aplicó retroactivamente al 4 de los mismos mes y año.

Las cartas de despido entregadas a los trabajadores contienen actos administrativos dictados según una ley que no existía al momento de los hechos. A los trabajadores despedidos se les informaba que su destitución se debía a la participación en la organización, llamado o ejecución de acciones que atentaron contra la democracia y el orden constitucional y señalaban la participación en el paro nacional como la atentatoria de la democracia y el orden constitucional.

De lo expuesto se deduce claramente, a criterio del Tribunal, que los actos del Estado que derivaron en la destitución de los trabajadores supuestas víctimas del presente caso se hicieron en contravención de principio de legalidad por el que se debe regir la actuación de la administración pública.

Por todo ello, la Corte concluye que el Estado violó los principios de legalidad y de irretroactividad consagrados en el artículo 9 de la CADH, en perjuicio de los 270 trabajadores relacionados en el párrafo 4 de la presente sentencia.

Casos emblemáticos a nivel mundial sobre principio de legalidad

Varios hechos históricos desafiaron la vigencia y validez de este principio, permitiendo luego de los procesos y deliberaciones correspondiente sentar precedentes trascendentales para la humanidad que han permitido ser analizados por personas que

formaron parte de tribunales de juzgamiento para dirimir lo que en derecho correspondía en ese momento, por ejemplo, tenemos el famoso Tribunal de Nuremberg (más importante a mi criterio), Tribunal de Ruanda, Tribunal ex Yugoslavia, entre otros.

En el caso del Tribunal de Nuremberg, su conformación data luego de terminada la segunda guerra mundial, en 1945. Estuvo integrado por un representante de cada potencia vencedora, en total cuatro (Estados Unidos, Francia, Inglaterra y Rusia). El encargo al tribunal era sumamente especial y trascendente en el tiempo, puesto que debía juzgar crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad, que no existían tipificados como tales, previamente en las leyes nacionales a la época de su comisión.

El rol de Fiscal acusador ante este Tribunal fue el estadounidense Robert H. Jackson, encargado de liderar el equipo de fiscales que sostenían las acusaciones contra varios colaboradores de Adolf Hitler, quienes recibieron severas condenas, en su mayoría; aún sin la existencia de la tipificación previa de su conducta como delito, en otras palabras, la trasgresión flagrante de la legalidad, non bis in idem fue evidente, puesto que basaron la condena en la costumbre como fuente del derecho internacional y no en la ley o norma.

Existieron varios principios que derivaron de este proceso, el más importantes para este estudio:

Principio II

El hecho de que las leyes internas no impongan castigo por un acto que constituya un crimen bajo las leyes internacionales no exime a la persona que cometió el acto de su responsabilidad bajo las leyes internacionales.

Sin lugar a duda esta regla contraviene el principio de legalidad, no obstante, esta preocupación global se vio apaciguada con

la creación de la Corte Penal Internacional, de la mano con el Estatuto de Roma, que rige su funcionamiento y tipifica un amplio catálogo de delitos que serán conocidos.

2.3. La reserva de ley como garantía del Estado constitucional de derecho

La Corte Constitucional del Ecuador (2013), en su sentencia No. 006-13-SIN-CC, recoge los casos N.º 0036- 10-IN, 0038-10-IN, 0039-10-IN, 0027-11-IN, 0032-12-IN y 0033-12-IN, analiza y resuelve el pedido de inconstitucionalidad sobre varias normas de carácter tributario, estableciendo, contrario a lo que afirma gran parte de la doctrina (que legalidad y reserva de ley son lo mismo), que la reserva de ley es un subprincipio del de legalidad.

No se puede pasar por alto la sentencia No. 33-20-IN/21 y acumulados, que contiene el análisis que realiza la Corte Constitucional del Ecuador (2021b) referente a la constitucionalidad del Acuerdo Ministerial No. 179 que contenía el “Reglamento del Uso Progresivo, Racional y Diferenciado de la Fuerza por parte de los Miembros de las Fuerzas Armadas”, en su parte medular dice:

Por ello, esta Corte encuentra que las disposiciones contenidas en el Acuerdo impugnado -al generar consecuencias directas sobre los derechos constitucionales a la vida e integridad personal- deben ser reguladas por medio de una ley orgánica. Esto, sin perjuicio de la existencia y posterior emisión de reglamentos, protocolos, manuales operacionales, entre otras normas infra legales necesarias para instrumentalizar la regulación legal y guiar a los funcionarios en la aplicación del régimen de uso de la fuerza.

La Corte Constitucional del Ecuador realiza un excelente trabajo al determinar claramente el alcance que tiene este subprincipio;

tanto es así que, esta sentencia sirvió de base para que la Asamblea Nacional tramite y finalmente expida la Ley Orgánica de Uso Legítimo de la Fuerza (actualmente vigente), en reemplazo del Acuerdo Ministerial que violentaba la reserva legal.

Claramente, este subprincipio busca proteger o preservar ciertos bienes jurídicos a través de su regulación en normas con rango de ley, por ejemplo, en el caso ecuatoriano, la Constitución de la República exige que: 1. Para regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales; 2. tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes... obligatoriamente se requerirá de ley, en otras palabras, cuando el legislador pretenda pronunciarse sobre derechos (vida, salud, educación entre otros), garantías (debido proceso, garantías normativas y jurisdiccionales); crear tipos penales, aumentar penas y establecer nuevas sanciones, deberá obligatoriamente hacerlo a través de la promulgación de una ley, sea esta orgánica u ordinaria, según corresponda; obviamente, no podrá ser un reglamento, ordenanza, acuerdo ministerial o resolución la que contenga estos temas tan delicados en su estructura (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Lo contenido en el párrafo precedente tiene una lógica que debe ser brevemente desarrollada. El legislador al momento de crear, modificar o derogar una ley (orgánica u ordinaria) debe observar y cumplir con el correspondiente procedimiento parlamentario para ese fin, procedimiento que está presente en la Ley Orgánica de la Función Legislativa (Ecuador. Presidencia de la República, 2009), de esta forma garantiza al soberano que las normas expedidas pasaron por un riguroso análisis, estudio, debates, correcciones, hasta finalmente ponerla en manos del Ejecutivo para su aprobación o veto, conforme considere el colegislador. Así, asegura el respeto al Estado Constitucional de Derecho y al elemento esencial que es la Democracia.

Resulta necesario destacar que existe una excepción a la regla del número 2 del artículo 133 de la Constitución de la República, puesto que, si nos remitimos a normas como el Código del Trabajo o Código Civil, fácilmente constataremos que aquellas no tienen carácter de orgánicas, son leyes ordinarias que velan por el derecho constitucional al trabajo y derechos como la propiedad, identidad, entre otros, respectivamente. Entonces, con esto se manifiesta evidente que, mientras no se restrinjan estos derechos en leyes ordinarias y por el contrario se busque un desarrollo en pro de la persona, es plenamente constitucional y legal hacerlo, caso contrario, establecer restricciones (que no sean incompatibles con la Constitución), deben constar en una ley orgánica.

En materia penal debe existir un énfasis adicional, puesto que está en juego la libertad del ser humano; además que, existe una doble vía (por un lado restringe derechos y por otro busca una reparación a favor de la víctima en la medida de lo posible), por lo que, el legislador debe ser sumamente analítico y meticuloso en el tratamiento de proyectos de ley que buscan incidir en esta materia, sea creando o modificando tipos penales, sanciones y herramientas propias del proceso penal como prisión preventiva. Sería imposible imaginar que en la actualidad ciertos delitos y penas se encuentren contenidos en reglamentos u ordenanzas.

2.4. La presunción de inocencia como garantía esencial del proceso penal

Definitivamente, la presunción de inocencia es un principio fundamental en el sistema acusatorio adversarial, esto es, que le corresponde a todas las personas investigadas (sospechosas o procesadas) y por ende, debe ser respetado, con independencia de su nacionalidad, lugar en el que se encuentren, sin distinción alguna por cuestiones de edad, género, sexo, raza, religión, creencia, entre otros. Se constituye en una garantía básica del proceso penal que transversaliza todo el ordenamiento jurídico,

constituyéndose en una regla de tratamiento del investigado durante la investigación y el proceso; evitando además el arbitrio en la valoración probatoria que incida finalmente en una sentencia condenatoria austera de pruebas de cargo. Por otro lado, también busca frenar la excesiva utilización de la prisión preventiva, que muchas de las veces (de forma errónea) la utilizan como una pena anticipada y no como una medida cautelar.

Contrario a este principio, obviamente podemos encontrar en la otra orilla la presunción de culpabilidad, que considero se encuentra constituido en algunos tipos penales de nuestra legislación, como por ejemplo el enriquecimiento privado no justificado (donde se parte de la concepción de que ese enriquecimiento sería ilícito y que el sospechoso tiene la carga de probar lo contrario); entonces, este principio debe ser observado por el órgano encargado de la construcción de las leyes al momento de pretender crear o modificar tipos penales en los que se quiera violentarlo, a cambio de fortalecer la presunción de culpabilidad.

Existen 3 esferas principales que cobijan al principio de presunción de inocencia, según lo ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varias sentencias y que considero oportuno citarlas de manera breve:

Regla de trato.

No basta con presumir la inocencia de una persona hasta que se demuestre lo contrario a través de una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, sino que, la persona sospechosa o procesada, debe ser tratada como tal durante la investigación y el proceso, incluso antes del inicio del mismo. La condena no puede venir de un servidor público diferente al Juez/a; además, para arribar a una, debe existir un juicio que respete la oralidad, publicidad y contradicción, para finalmente arribar a una sentencia ejecutoriada dictada conforme a la Constitución, convenios y

tratados internacionales, con respeto al procedimiento que fijen la norma adjetiva penal, en otras palabras, cualquier persona debe ser considerada inocente desde el inicio (o antes) de la investigación hasta el final del proceso.

Es realmente necesario citar un ejemplo sobre las violaciones a esta regla de trato que se ha constituido en cotidiano en nuestro país; así tenemos que, el día de hoy, ejecutan varios allanamientos en la ciudad de Machala, detienen a 8 personas supuestamente integrantes de un Grupo de Delincuencia Organizada dedicado al secuestro y extorsión (que lastimosamente está de moda en el país) e inmediatamente aparecerá un oficial de policía para ofrecer detalles del operativo, el que contendrá antecedentes penales de los detenidos, los delitos que supuestamente estarían cometiendo, indicios encontrados, exponiendo sus rostros, brindando de esa forma un trato desde ya violatorio a que se presuma su inocencia. Peor aún, recientemente el legislador incorporó al Código Orgánico Integral Penal el artículo 529.1 que violenta abruptamente esta regla de trato (por la que varios países han sido sancionados en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998), ejemplo: Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, en el que “Cantoral Benavides fue exhibido ante los medios de comunicación, vestido con un traje infamante, como autor del delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado”). Justamente estas “equivocaciones” populistas del legislador son las que luego le pasan factura al Estado que deberá cumplir con las reparaciones que se ordenen desde la Corte.

Regla de juicio y valoración de la prueba

Sin lugar a equivocarme y esto lo manifiesta toda la doctrina y amplia jurisprudencia existente, la falta de prueba plena de la responsabilidad en una sentencia condenatoria, constituye una violación a este principio, por ende, deben ser ampliamente observadas las reglas de valoración de la prueba, es decir, valorada

en su conjunto (comunidad y unidad de prueba), respetando las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, evitando el arbitrio. La presunción de inocencia solo puede destruirse cuando consta prueba de cargo suficiente, que demuestre la existencia de la infracción (materialidad) y la responsabilidad penal del sujeto activo de la infracción. Está prohibida la inversión de la carga probatoria del ente de acusación estatal hacia el investigado, es obligación absoluta de la fiscalía el presentar elementos de prueba que justifiquen su teoría del caso.

Vinculación con prisión preventiva

El derecho a la libertad es un derecho fundamental de todo ser humano, coartarla es posible en nuestra legislación si existe una sentencia condenatoria ejecutoriada, pero también bajo la adopción de una medida cautelar de carácter personal restrictiva de libertad denominada prisión preventiva. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional han emitido varias directrices respecto de los requisitos indispensables para la adopción de esta medida cautelar, que han sido aterrizadas en la Resolución 14-2021, emitida por la Corte Nacional de Justicia. En síntesis, se busca que no se irrespete la presunción de inocencia, que no se adopte la prisión preventiva como una pena anticipada, sino realmente como lo que es, una medida cautelar que podrá dictarse para asegurar la presencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, cuando las otras medidas cautelares personales son ineficaces para asegurar estos fines. El irrespeto a estas reglas ha sido reflejado en sentencias como: Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Caso Tibi Vs. Ecuador, Caso Bayarri Vs. Argentina, Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile, entre otros.

CAPÍTULO

3

Delincuencia organizada: marco jurídico y
análisis de su persecución

3.1. La delincuencia organizada: desarrollo histórico, conceptualización y características

Desde el punto de vista histórico, se puede afirmar que la organización con fines delictivos es tan antigua como la propia sociedad humana, ya que desde el principio existió la necesidad de agruparse para que las actividades resultaran más fáciles, aunque las mismas no siempre fueron con fines lícitos; este tipo de agrupaciones ha ido evolucionando a la par con la propia sociedad. En este sentido Cornejo (2001), señala que:

Las sociedades criminales son tan antiguas como la historia misma del hombre. Su evolución esta tan estrechamente ligada a la condición humana que el presente nos encuentra con un dilema irresoluto como lo es el crimen organizado. A la par de la sociedad global y las nuevas circunstancias de la vida económica, social

y política de los tiempos modernos, más el imponente avance de las comunicaciones se han desarrollado y sofisticado los niveles de la criminalidad (p. 11).

Sin embargo, el fenómeno del crimen organizado tiene su hito más importante en los últimos tres siglos, cuando éstas alcanzan niveles altos de efectividad y un mayor grado de organización, extendiéndose hacia ámbitos de carácter regional o transnacional. En este caso, el antecedente más próximo se encuentra en las mafias o camorras, que se originaron en Italia y Estados Unidos.

Desde la perspectiva, nuevamente de Cornejo (2001), precisaría por su importancia, que la delincuencia organizada posee históricamente una compleja estructura, similar a una empresa criminal, así como la creación de funciones específicas que hacen que exista una división del trabajo, en una estructura piramidal, en donde cada individuo tiene una función, siendo siempre su objetivo la obtención de beneficios de algún tipo.

En las últimas décadas hemos sido testigos de la forma en que la delincuencia ha mutado, pasando por el cometimiento de delitos comunes (sin mayor preparación para su perpetración), hasta observar cómo se han constituido verdaderas empresas del crimen, con estructuras sofisticadas y complejas que van más allá de las fronteras de un país (delito transnacional) y que de la mano con la tecnología y corrupción en los diferentes niveles políticos, judiciales, policiales y militares, han dificultado enormemente el trabajo de cada Estado para su descubrimiento, desarticulación, procesamiento, juzgamiento y sanción; siendo vital y necesario el trabajo articulado entre naciones para la contención de este fenómeno delictivo.

El devenir de los acontecimientos contemporáneos demuestra que ya no estamos ante un mundo monolítico, jerárquico y burocratizado, sino cada vez más fugaz, fluido y flexible, y en consonancia, la delincuencia afronta respectivamente procesos

evolutivos, adaptándose al entorno en el que pretende llevar a cabo sus actividades ilícitas, para evitar la pérdida de competitividad y eficacia.

Existe una cuestión dogmática bastante polémica en cuanto a los alcances extensivos o restrictivos que deben tomarse en cuenta para definir qué habrá de entenderse por crimen organizado, por lo cual, el fundamento racional respecto del marco convencional y legislativo puede ser susceptible de diversas valoraciones, pero las mismas deben de guardar cierta rigurosidad para no generar disfunciones, sobre todo porque con ello, se puede restar eficiencia a las manifestaciones de las organizaciones criminales, que se ubican en esta escala superior de sistematización en cuanto a la dimensión criminal.

Si un aspecto fundamental debe destacarse respecto de la criminalidad organizada, es el criterio que la distingue, el cual radica en la “organización”; sin este presupuesto me parece que no puede sostenerse racionalmente la dimensión de crimen organizado; esta cuestión fundamental de organización, no debe ser entendido como un concepto rudimentario, que se homologue o reduzca a la reunión, planificación, o a la puesta en común en el delito, o en su caso a la participación plural de personas; estos niveles “primarios” de organización, no son coherentes con la noción que constituye el sentido en forma amplia o restringida de la criminalidad organizada.

Es por ello esencial entender que el concepto de organización en materia de crimen organizado, requiere de una cierta complejidad, que la diferencia claramente de las asociaciones criminales, de ahí que, la criminalidad organizada pueda presentar diferentes niveles, dependiendo de los requerimientos en los cuales se desarrolle; así, puede constituir una organización criminal con alcance transnacional o solamente nacional; puede tener como finalidad la especialización en un rubro de la criminalidad, criminalidad unidireccional, o puede tener por objeto diversas

ámbitos de la criminalidad: criminalidad multidisciplinar; puede asumir un modelo único de asociatividad, o un modelo integrado de la misma; puede construir un modelo univertical de organización, o un modelo plurihorizontal de organización (Ujlala, 1998).

Como se nota, la breve reseña apenas esbozada determina la complejidad organizativa, en la cual se estructura una organización criminal en sentido estricto, y ello es peculiar del crimen organizado, esta clase de corporaciones criminales tienen su sentido distintivo en la organización, misma que no se compagina con otras formas de criminalidad, siendo claro que se trata de una forma de delinquir mucho más avanzada, con uno o múltiples propósitos delictivos y organizativos.

Desde la perspectiva organizacional, la estructura de criminalidad organizada en el sentido de empresa criminal –es decir de organización para cometer delitos– requiere que concurren los siguientes parámetros sin los cuales, es difícil entender una organización criminal en estricto sentido, es decir verdadero crimen organizado, al menos en su forma más acabada, lo cual implica máximos niveles de organización: (a) la actividad de un centro de poder en la organización, en el cual se toman las decisiones de orientación criminal, qué hacer, cómo hacer, quién va hacer, pero a nivel de grandes directrices; (b) distintos niveles de jerarquía en la actuación de la empresa criminal bien diferenciados, desde la jerarquía hasta los ejecutores y proveedores; no obstante, los niveles de jerarquía no tienen una interacción directa, sino sectorial, con lo cual, se desconoce por los ámbitos de menor jerarquía, la totalidad de los planes, conociéndose solo el área que les toca desarrollar; (c) utilización de tecnología “de punta” y una amplia logística, índices elevados de profesionalidad en las áreas a desarrollar; (d) fungibilidad absoluta de los miembros que integran la estructura criminal en las áreas inferiores; anonimato

internivelario para los miembros de las cúpulas. Mientras en la cúpula se tiende a la estabilidad, en los niveles inferiores se tiende a la renovación por inclusión; (e) nivel de obediencia altamente potenciado, y correspondencia disciplinaria al cumplimiento de órdenes; (f) transnacionalidad y corporatividad en el crimen internacional; (g) apariencia de legalidad e infiltración en los centros financieros; (h) y vinculación con centros de poder estatal de mediana y larga entidad (Virgolini, 2004).

El fenómeno de la delincuencia organizada no es completamente nuevo dentro de la historia del derecho penal, aunque su reconocimiento como delito autónomo es relativamente reciente. A lo largo del tiempo, distintas sociedades han enfrentado formas de criminalidad que no responden simplemente a la actuación aislada de una persona, sino a la acción coordinada de grupos que se organizan para cometer uno o varios delitos; sin embargo, durante gran parte de la evolución del derecho penal, el análisis de los delitos se concentró principalmente en la conducta individual del autor, lo que dificultaba comprender y sancionar adecuadamente aquellas actividades delictivas que se desarrollaban dentro de estructuras más complejas, por ejemplo, el juzgamiento a los alemanes aliados al Führer, luego de la Segunda Guerra Mundial.

Con el paso del tiempo, especialmente desde finales del siglo XIX y durante el siglo XX, comenzó a evidenciarse con mayor claridad la existencia de organizaciones criminales que operaban con cierta estabilidad, estructura jerárquica y división de funciones entre sus integrantes, demostrando que el crimen podía desarrollarse de manera planificada y sostenida, con roles definidos que permitían que la actividad delictiva continuara aun cuando algunos de sus miembros fueran reemplazados. Este tipo de funcionamiento empezó a llamar la atención de la criminología y posteriormente del derecho penal, pues evidenciaba que el fenómeno criminal

no siempre podía explicarse únicamente a partir de decisiones individuales.

En la historia contemporánea, uno de los ejemplos más estudiados de este tipo de estructuras es el de la Cosa Nostra en Italia, “La Cosa Nostra es una organización criminal jerárquica compuesta por ‘familias’ que ejercen control territorial y coordinan actividades ilícitas mediante reglas internas y vínculos de lealtad”; así como el de otras organizaciones criminales que se desarrollaron en ese país, entre ellas la Camorra y la ‘Ndrangheta (Dickie, 2004).

Estas agrupaciones se caracterizaron por mantener una organización interna relativamente estable, con jerarquías, normas de funcionamiento y mecanismos de control sobre sus integrantes. En muchos casos lograron establecer vínculos con actividades económicas legales o incluso influir en determinados espacios institucionales.

La experiencia internacional frente a este tipo de organizaciones fue demostrando que la respuesta penal tradicional resultaba insuficiente cuando se enfrentaban estructuras criminales capaces de actuar de manera coordinada y prolongada en el tiempo, razón por la que, el derecho penal fue desarrollando herramientas teóricas que permitieran comprender mejor la responsabilidad dentro de estas estructuras.

En este contexto adquirió especial relevancia la propuesta elaborada por el jurista alemán Roxin (2000), quien planteó la denominada teoría del dominio de la organización, considerando que dentro de ciertas estructuras jerárquicas es posible atribuir responsabilidad penal a quienes se encuentran en posiciones de dirección, incluso cuando no ejecutan materialmente el delito, centralizando que, quienes controlan el funcionamiento de la organización pueden valerse de ella para asegurar la realización de las conductas delictivas, lo que les permite mantener un dominio sobre el hecho a través de los subordinados que lo ejecutan, convirtiéndose en una herramienta sumamente útil

para explicar la responsabilidad de líderes o dirigentes dentro de organizaciones criminales complejas, “quien ocupa una posición de mando dentro de un aparato organizado de poder y puede asegurar la ejecución de órdenes mediante la estructura jerárquica, mantiene el dominio del hecho aunque no ejecute personalmente el delito”.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, la delincuencia organizada comenzó además a adquirir una dimensión claramente transnacional, puesto que, actividades como el narcotráfico, el tráfico de armas, la trata de personas o el lavado de activos evidenciaron que muchas organizaciones criminales operaban simultáneamente en varios países, aprovechando las diferencias entre los sistemas jurídicos y las limitaciones de la cooperación internacional.

A esto, se suma la muerte del reconocido Fiscal y Juez antimafia Giovanni Falcone a manos de Salvatore Riina, líder de la Cosa Nostra, lo que obligó a la comunidad internacional impulsar la creación de instrumentos jurídicos destinados a fortalecer la cooperación entre Estados y a establecer criterios comunes para enfrentar este tipo de criminalidad que sin lugar a dudas, sobrepasaba sus capacidades individuales como naciones.

En ese contexto se adoptó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional en el año 2000, conocida como la Convención de Palermo, constituyéndose en un instrumento internacional que representó un paso importante en el reconocimiento de la delincuencia organizada como una problemática global que requería respuestas coordinadas, estableciendo parámetros para que los Estados incorporaran en su legislación interna la sanción de la participación en grupos delictivos organizados, además de promover mecanismos de cooperación judicial, asistencia legal mutua y herramientas de investigación más especializadas, realizando una definición madre de lo que debe entender como grupo delictivo organizado,

la cual se basa en la existencia de una estructura integrada por varias personas que actúan concertadamente durante cierto tiempo con el propósito de cometer delitos graves para obtener beneficios.

En América Latina, la influencia de este instrumento internacional fue significativa, ya que varios países comenzaron a adaptar sus legislaciones penales para enfrentar de manera más eficaz fenómenos criminales cada vez más complejos. La expansión del narcotráfico, el fortalecimiento de redes de tráfico ilícito y el crecimiento de economías criminales en la región hicieron evidente la necesidad de contar con normas que permitieran sancionar no solo los delitos concretos, sino también la participación en las estructuras que los hacen posibles.

En el caso ecuatoriano, la tipificación del delito de delincuencia organizada tiene su génesis con el nacimiento del Código Orgánico Integral Penal, en el año 2014, tipificándolo en su artículo 369, dentro de los delitos que amenazan la seguridad pública, considerándolo un ilícito de peligro abstracto. La norma legal antes citada, es prácticamente una reproducción íntegra del artículo 2 de la Convención de Palermo, como veremos más adelante.

La incorporación de este delito dentro del sistema penal ecuatoriano no solo radica en el cumplimiento de un compromiso internacional, sino que también refleja una evolución en la forma de comprender el fenómeno criminal; más aún que en la actualidad, el país ha reconocido la existencias de Grupos de Delincuencia Organizada (GDO), los cuales se han constituido en un verdadero peligro para la generación de delitos de forma sistemática y generalizada, es por ello que, el legislador no debe buscar sancionar únicamente los hechos, sino también, a través de esta herramienta jurídica, desarticular las estructuras ilícitas que buscan permanecer en el tiempo y afectan de manera

significativa la seguridad, la economía y el funcionamiento de las instituciones del Estado.

Aunque la criminalidad organizada sea un fenómeno actual que ha trasverzalizado lo político, social y jurídico, ello no supone la habilitación absoluta de la exacerbación de los fines simbólicos del derecho penal; es decir, no justifica el uso excesivo o desmedido del derecho penal, que sigue siendo por principio y garantía un derecho de ultima ratio, de ahí que, debe mantenerse el balance racional entre eficiencias y garantías como un límite propio del Estado constitucional; por tal razón, el derecho penal no puede ser construido sobre la base de un derecho penal para enemigos sino para ciudadanos, el cual preserve sus garantías básicas, ofreciendo seguridad jurídica a cada ciudadano.

Ahora bien, hablar en general de las características de la Delincuencia Organizada es una tarea ardua si tenemos en cuenta que la característica principal de los grupos delictivos es precisamente su gran capacidad de adaptación. Nos encontramos ante una delincuencia globalizada, no solo en cuanto a los distintos miembros que componen los grupos, de diversa nacionalidad, sino también al decir de Sansó-Rubert (2005):

En cuanto a su circulación, que implica el aumento y establecimiento de lo que podemos llamar “crimen organizado foráneo” en zonas como la Unión Europea o Estados Unidos, sin olvidar otras regiones que hasta ahora no habían sido foco de atención, como el África Occidental, que por su posición geoestratégica empieza a ser un destino de narcotraficantes internacionales cuyo objetivo es aprovecharse de las rutas de migraciones ilegales para introducir drogas en Europa. En este sentido, cabe destacar que a partir de los años 90, tras la desmembración de la Unión Soviética, la Unión Europea será una de las regiones donde proliferen las mafias o grupos delictivos aprovechándose de la permeabilidad de las fronteras en el espacio Schengen (p.12).

Desde las concepciones antropológicas y fisonomistas, pasando por las sociológicas y ecológicas, entre muchas otras, el delito ha sido considerado como un fenómeno inevitable, parte integrante de la sociedad. El reconocido autor Durkheim (1999), nos describiría: “el delito es normal, ya que una sociedad exenta de delitos es del todo imposible, y es parte integrante de toda sociedad sana”. Por ello Chambliss (1989), desde su análisis profundo afirmaría:

La delincuencia no tiene lugar en “abstracto” sino, que se da en unas circunstancias de tiempo y espacio. Tiene lugar en unas determinadas condiciones sociales, de desarrollo tecnológico, político y humano, que influyen decisivamente en la forma en como esa delincuencia se produce, en sus modos y maneras de manifestarse, en su cantidad, intensidad y en todas sus connotaciones y peculiaridades (p.200).

El carácter de marco radica en la vinculación de los grandes aspectos del concepto para adaptarlo a las propias legislaciones de acuerdo a las particularidades de cada sistema normativo; así, crimen organizado en sentido amplio, se refiere a la criminalidad como empresa, la cual comprende todas aquellas actividades que igual se desarrollan en cualquier tipo de empresa, constituyendo lo que se conoce como “derecho penal económico” (Terradillos, 2001, p. 97).

Se trata aquí de la criminalidad en la empresa, con lo cual se hace énfasis en una criminalidad de tipo económico, que tiene como fundamento la organización y la finalidad estrictamente lucrativa en el sentido de ventajas económicas, es decir un modelo de crimen de empresa o empresarial.

“Por otra parte, un enfoque en sentido estricto de criminalidad organizada indica que la misma está constituida por organizaciones criminales que tienen características especiales, que la diferencian de la criminalidad convencional, siendo su

finalidad la de cometer masificadamente conductas delictivas homogéneas o heterogéneas; de ahí, la connotación que se le da a la criminalidad organizada estricta como la de “criminalidad como empresa” (Choclán Montalvo, 2001, p. 235).

Debe señalarse, que Fernández (2008), considera que la delincuencia organizada deberá verse como algo “enmarcado entre lo legal y lo ilegal donde conviven la corrupción, el blanqueo, la evasión fiscal y, en menor medida, la comisión de delitos considerados mayores por su espectacularidad, tales como el narcotráfico o el tráfico de personas y armas”.

Sin duda, hace varias décadas se materializa una constante evolución de la delincuencia organizada, cuyo objetivo es actuar tanto en la vertiente legal como en la ilegal. Esto es quizás lo que hace difícil una conceptualización rigurosa de este fenómeno según juicio de Calduch (1999), así como sus fines se relacionan con el beneficio económico que se obtiene de actos ilícitos o de negocios legales de origen ilícito y los daños, aunque pueden ser personales o físicos, son principalmente materiales y económicos.

Igualmente, en este orden Macedo (2003), indicaría que la delincuencia organizada por su objeto propio amenaza la existencia misma de la sociedad, así como examinar el impacto de estas empresas en la vida política y económica del país. Empresas, porque la delincuencia organizada ha llegado a contar con una estructura definida, así como con sistemas basados en estrategias, planeación con objetivos, división de tareas, asesores especializados, redes de comunicación y las más sofisticadas tecnologías.

En este sentido, Linares (1992) define al orden público como “un conjunto de valoraciones políticas, económicas, técnicas, morales y religiosas que se consideran justas por una comunidad estatal y estrechamente ligadas a la existencia y subsistencia de esta comunidad tal cual lo reclama la cosmovisión en ella vigente” (p. 23). Como bien señala Linares (1992) el orden público no son más

que las condiciones de distinto carácter, que permiten que una sociedad tenga tranquilidad, y, por lo tanto, pueda desempeñar sus actividades de subsistencia en forma normal, de modo que cualquier hecho que afecte a estas condiciones y las ponga en peligro, constituye un delito que atenta en contra de este bien.

El desarrollo de estas formas de organización criminal, poseen así mismo, un conjunto de características distintivas que la diferencian de otras figuras típicas, siendo las principales las siguientes:

El crimen organizado no es ideológico, aunque para alcanzar sus objetivos puede perseguir algunos fines políticos; no busca el poder político como tal;

- El crimen organizado posee una estructura jerárquica; hay una autoridad que define y planifica los objetivos;
- El crimen organizado posee una fuerte cohesión interna. El mayor grado de cohesión o las restricciones para romper con esta asociación ilícita se vincula a la violencia; es la violencia y el uso de la fuerza o la amenaza de ella uno de sus elementos característicos;
- El crimen organizado es una empresa ilegal, aunque por lo general estas empresas o asociaciones ilegales lo que hacen es penetrar negocios legítimos;
- El crimen organizado es crecientemente transnacional. La transnacionalización es una consecuencia creciente de la globalización. En este marco el crimen organizado adquiere una gran sofisticación cuando accede al uso de tecnologías de punta;
- El crimen organizado se articula en forma jerárquica y se especializa; y,

- El crimen organizado produce distintos tipos de daños. Daños sobre los individuos, daños sobre las comunidades, los negocios, las instituciones y la democracia.

El crimen organizado adquiere las características de una organización legal, ya que tiene una estructura jerarquizada que está dirigida por una o varias personas, además de que persigue determinados objetivos, que en este caso son ilícitos, siendo una organización con una fuerte cohesión interna, justamente por eso es que se dificulta el procesamiento de sus líderes, entonces, frente a esta realidad se crearon también herramientas investigativas que permitan recabar elementos de cargo para sustentar una acusación fiscal, me refiero a técnicas especiales de investigación como agente encubierto, entregas controladas, cooperación eficaz, entre otros.

Otras de las características que deben citarse para posteriormente entender mejor los elementos que componen el tipo penal, es que se trata de una estructura que no persigue una ideología, aunque eventualmente requiere de estrategias políticas para lograr sus objetivos, que se plantean dentro del ámbito local e internacional, ya que la globalización ha permitido una expansión de estas organizaciones y cuesta decirlo, pero han identificado la importancia de reclutar actores políticos para conseguir sus fines delictivos.

Por su parte, Brucet (2001) considera que, en primer lugar, debe mencionarse que la principal característica del crimen organizado es su peligrosidad, frente a la que representaría una delincuencia común, y la misma tiene su base en su mayor poder logístico y de organización; y en cuanto a las características genéricas que debe tener toda organización delictiva el autor considera que:

1. Antes que nada tiene que ser una organización, es decir una asociación conformada por tres o más individuos agrupados

bajo un trabajo de participación, y regulados por una división especializada de trabajo o actividad.

2. Esta asociación debe ser permanente, es decir, sin importar la zona territorial, siempre que las bandas delictivas estén invariablemente latentes en el tiempo, a pesar de que sus altos cabecillas sean presados, que sus líderes sean asesinados, incluso que una gran parte de sus miembros sean apresados...

3. Los individuos que estén vinculados a ella, deben basarse en una estructura jerárquica, es decir, donde se conformen mandos superiores, medios e intermedios... toda una amplia gama de división y especialización. Se conforma operacionalmente en los sistemas piramidal y celular.

4. Debe contar con individuos que estén totalmente disciplinados férreamente y subordinados con lealtad a su jefe inmediato superior.

5. Todos los integrantes de la asociación deben, por lo menos, tener o haber tenido un entrenamiento especializado o poseer una habilidad...

6. La asociación, para la consecución de sus fines, debe emplear el uso de tecnología de la más alta calidad, con infraestructura de punta.

7. En su mayoría, la forma de operar de las bandas dedicadas a la delincuencia organizada es por medio de acciones violentas, inesperadas, soborno, terror, y todo tipo de actos de corrupción.

8. Sus operaciones llegan al extremo de mantener, explotar e intercambiar bienes y servicios de cualquier espacio de fronteras internacionales...

9. Finalmente, las bandas delictivas han alcanzado un alto grado de organización, llegan a establecer una comunicación estrecha o formas de apoyo o vinculación con otras organizaciones de otras fronteras internacionales, que operan actividades de índole preferentemente subversivas, apocalípticas, o terroristas (Brucet, 2001, pp. 64-65).

Con esto se afirma que, dentro de sociedades, la existencia de grupos correctamente organizados tendientes a generar actividades ilícitas de forma grupal, acarreando consigo la intromisión de varios delitos de por medio, los cuales no impedirían su finalidad última, que es lograr la consecución de actividades ilícitas de manera permanente, ya no con personas simples o delincuentes simples, sino con utilización de personas aptas, con habilidades claras que podríamos denominarlas como “habilidades para superación personal y profesional”, que permiten al sujeto activo del ilícito a pretender encaminar hasta la cúspide dicha actividad ilícita, tratándola como una empresa de producción criminal, que para su crecimiento económico y delictual requerirá esta constante organización, gestión y financiación.

Estrechamente relacionado con el objeto investigado y todo lo cual permite visualizar la necesidad e importancia del enfrentamiento a la delincuencia y crimen organizado, aparecen aquellos delitos más comunes que se cometen a través de la creación de una estructura criminal, entre los que Pérez Kasparian (2020), los ubica en dos categorías: Delitos que son estructuralmente “instrumentales” para la vida de los grupos de la delincuencia organizada (tales como participación en un grupo, corrupción y blanqueo de dinero) y una abundante cantidad de “delitos finales”, que producen beneficio material directo.

La segunda categoría incluye: Tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de seres humanos, contrabando de migrantes, tráfico y contrabando de bienes, contrabando, delitos cibernéticos,

falsificación, fraude, tráfico de bienes culturales, piratería, crímenes ambientales, evasión fiscal, delitos financieros y otros delitos en contra de la Administración Pública.

Precisamente, los delitos cometidos por la delincuencia organizada en el Ecuador, son una de las causas mayores de la inseguridad, que cada año va en aumento, desde ésta perspectiva; por lo que se debe buscar alternativas reales y eficientes para la reducción de estos delitos (secuestros, extorsiones y sicariatos aumentan rápidamente) que diariamente afectan a los ciudadanos, dejando como consecuencias problemas sociales como la drogadicción, alcoholismo, violencia y degradación de la sociedad.

Con lo expuesto, a mi criterio existen ocho pilares esenciales que caracteriza plenamente al crimen organizado:

- 1. Estructura organizada.-** No se trata de una simple asociación ilícita, pues presenta cierto grado de organización estable, para coordinar las actividades ilícitas;
- 2. Permanencia en el tiempo.-** Su finalidad principal es la continuidad en el tiempo, no buscan la comisión de un solo delito;
- 3. División de roles o funciones.-** Obligatoriamente deben existir roles definidos dentro de la organización, líder o líderes, coordinadores, financistas y sus colaboradores (estos últimos sumamente fungibles);
- 4. Finalidad de cometer delitos graves.-** entendiendo como graves aquellos que reservan una sanción mayor a 5 años de privación de libertad;
- 5. Búsqueda de beneficios económicos o materiales.-** Como es lógico, buscan con su accionar ilícito obtener réditos y beneficios económicos o materiales;
- 6. Facilidad para reemplazar sus miembros.-** En la actualidad hemos evidenciado que no solamente los colaboradores son fungibles, también su directiva; es decir, el líder es fácilmente

reemplazable. Esto con el propósito de asegurar la continuidad de la empresa criminal;

- 7. Uso de violencia, intimidación o corrupción.-** Lastimosamente, el crimen organizado ha cooptado varios funcionarios públicos de instituciones sensibles, sea a través de violencia, amenazas o corrupción; y,
- 8. Alcance transnacional.-** En algunos casos, los GDO han fortalecido lazos de “cooperación” con grupos delictivos de otros países, por ejemplo, Cartel Jalisco Nueva Generación, se conoce que tiene grandes nexos con grupos criminales ecuatorianos para la contaminación y exportación de alcaloide.

3.2. Marco internacional de la delincuencia organizada y su recepción en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

La Delincuencia Organizada posee su historia y regulación jurídica en el área internacional. En este orden, podemos mencionar que las primeras iniciativas fueron el Acuerdo sobre Cooperación en materia de Justicia e Interior, concertado después de la aprobación del Tratado de Ámsterdam, el Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada (Unión Europea, 1997), la Resolución del Consejo sobre la prevención de la delincuencia organizada (Unión Europea, 1998) y el Plan de acción de Viena (Organización de las Naciones Unidas, 1983).

Es necesario subrayar que esto fue posible como parte de un proceso de evolución de la legislación nacional e internacional de lucha contra la delincuencia organizada. En el aspecto internacional, pueden destacarse como momentos importantes de este proceso, según Buscaglia et al. (2002), los siguientes:

1. La elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de Viena de 1988, sus comentarios y regulación básica a través de leyes modelos;

2. La elaboración de normas regionales como la de la Organización de Estados Americanos (OEA) mediante los trabajos de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD);
3. La normativa europea contra drogas y delincuencia organizada;
4. La normativa internacional de lucha contra el lavado de dinero de la OECD a través del GAFI.
5. El momento conclusivo de esta evolución está representado por la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus tres protocolos.

Ciertamente, la iniciadora de estos debates sobre la delincuencia organizada, resultó ser la Comisión europea, pues, en una de sus diez prioridades donde deberían trabajar los Estados miembros, se encontraba la de elaborar un concepto estratégico relativo a la delincuencia organizada. En este sentido, la lucha contra la delincuencia organizada hace necesario mejorar la cooperación entre las autoridades de sus Estados encargados de reprimirla, tanto de las diferentes policías como de los responsables en las aduanas, siendo una prioridad la creación de un modelo europeo en materia de información en el ámbito de lo criminal y la elaboración de un concepto estratégico (Unión Europea, 2005).

Sobre el propio concepto de delincuencia organizada, posee grandes dificultades de aplicabilidad (Unión Europea, 2005), dado a que el tratamiento de la delincuencia internacional tiene mucho de prevención, de medidas coercitivas, pero también de cooperación judicial y de relaciones exteriores, por ello, las medidas propuestas en este contexto, tal y como reza en esta Comunicación del Consejo, pueden afectar a otras infracciones no relacionadas o no exclusivamente relacionadas con la delincuencia organizada.

En esta perspectiva, son disímiles las propuestas y aprobaciones de instrumentos jurídicos internacionales que se han creado

desde la década de los 90 y que ya forman parte del ordenamiento jurídico de algunos países, siendo estos (Huber, 2002).

El delito de Delincuencia Organizada posee una génesis organizacional no autónoma, sino que derivaba de otros delitos verificados por organizaciones internacionales, es así que en el año 1961, se inicia por parte de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el auspicio para la firma de la Convención Única sobre Estupefacientes, llegando a generarse una internacionalización del peligro de este tipo de delitos o reconocer su peligrosidad dentro de ámbito internacional, en donde dentro de su artículo 36 expone la multiplicidad de verbos rectores, que claramente no involucraría una sola persona para generar su ejecución total, criminalizando dicha actividad si se cometen intencionalmente.

Es así como en 1988, dos décadas después, la Organización de Naciones Unidas, propone un nuevo documento, llamándola Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; dentro de esta Convención en su artículo 3, en su párrafo quinto, expresamente señala:

“Las partes dispondrán lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados, de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, tales como: a) la participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forma parte; b) la participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas”.

Entendiendo entonces que, ésta es la génesis del delito como tal, en donde la ONU ya propone la participación de una persona en varias actividades delictivas de orden internacional y organizado, que propone acciones grupales de organización, gestión y financiación de delitos. Posteriormente, se llega a una exposición más focalizada sobre Delincuencia Organizada, dándose lugar a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia

Organizada Transnacional, o llámese también la Convención de Palermo, aprobada por la Asamblea General de la ONU en el año 2000, pero, previo analizar sucintamente la Convención, es necesario caminar un poco más por la historia que considero incidió directamente en la necesidad por parte de los Gobiernos en expedirla.

En Italia (país conocido por la fortaleza de sus mafias) en la década de los 80', el gobierno libraba serias batallas en el campo policial y judicial en contra de entidades criminales bastante arraigadas en el medio, siendo que una de las más fuertes y sanguinarias, sin duda era la "Cosa Nostra", liderada en esa época por Salvatore Riina, conocido como la "bestia", quien orquestó innumerables asesinatos no solo contra miembros de bandas rivales, sino también contra policías, fiscales y jueces; entre ellos, el más importante y que se constituyó en el punto de inflexión para la captura y procesamiento del capo italiano, fue la muerte de Giovanni Falcone, acaecida el 23 de mayo de 1992, luego de que colocarán una gran cantidad de material explosivo debajo de una autopista, que fue activado justamente al momento en que Falcone se trasladaba en compañía de su esposa y equipo de seguridad hasta el aeropuerto internacional de Palermo. Este acto, ordenado por Riina, ocasionó que un año después fuera arrestado y condenado a cadena perpetua.

El evento mencionado replanteó a varios países; así como a la interna de la Organización de Naciones Unidas, la imperiosa y urgente necesidad de contar con normativa supranacional que permita hacer frente a este tipo de delincuencia mucho más sofisticada, pero sobre todo, trasnacional, puesto que no operaban únicamente dentro de un país, sino que habían traspasado las fronteras nacionales en el ejercicio de sus operaciones criminales. Kofi Annan, ex Secretario General de la ONU, al respecto indicó: "...Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no

solo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos de progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas...”.

Justamente, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional fue adoptada mediante Resolución 55/25 de la Organización de las Naciones Unidas (2000), en la ciudad de Palermo (ciudad natal de Giovanni Falcone), con esto se rindió un justo homenaje a todas las acciones emprendidas por Falcone contra la criminalidad reinante de la época, quién, en una de sus conferencias magistrales dijo:

El verdadero talón de Aquiles de las organizaciones mafiosas es constituido por los rastros que dejan los grandes movimientos de dinero relacionados con sus actividades criminales más lucrativas. El desarrollo de esas pistas, a través de una investigación patrimonial que siga el flujo de dinero procedente de los tráficos ilícitos, es, por lo tanto, el camino a seguir, porque es el que más permite, a los investigadores, reconstruir un sistema articulado de evidencias objetivas, documentales, unívocas, libres de distorsiones, y ricas de confirmaciones y repuebas de los datos emergentes de la actividad probatoria de tipo tradicional, dirigida a la inmediata corroboración de los delitos.

Esto se traduce en el famoso principio de investigación “follow the money” (sigue el dinero), el cual ha permitido la desarticulación de importantes y enormes grupos criminales.

La Convención de Palermo, en su artículo 2, reconoce el término:

Grupo delictivo organizado” en donde se lo entenderá y definirá como “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material (Organización de las Naciones Unidas, 2000).

Los Estados firmantes y que ratificaron la Convención de Palermo, se encuentran en la obligación de incorporar este tipo penal a la legislación local, obviamente ante la necesidad de cambio social y la generación de compromisos internacionales adquiridos con el fin de luchar contra la Delincuencia Organizada y especialmente sus delitos derivados (narcotráfico, tráfico de armas, trata de personas y tráfico de migrantes) debiendo atacar su actividad permanente o reiterada, que permita lograr determinar sus líderes e integrantes, a fin de evitar su direccionamiento y planificación delictiva que busca siempre réditos económicos.

La Organización de las Naciones Unidas, ha llevado a cabo una serie de acciones encaminadas a combatir aunadamente la delincuencia organizada como fenómeno mundial (sin mayores resultados), en consecuencia, ha dictado varios instrumentos internacionales; además, hasta el Consejo Europeo de Tampere (Parlamento Europeo, 1999), asume la delincuencia organizada como uno de los temas prioritarios de la Unión Europea, donde se elabora y propone el texto titulado: “Prevención y control de la delincuencia organizada. Estrategia de la Unión Europea para el nuevo milenio”, siendo así que paulatinamente de esta forma, ha ido dotándose de instrumentos y mecanismos para acabar con esta amenaza a la seguridad europea e internacional.

En 1991, durante el Noveno Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, se aprobó la Declaración de principios y programas de acción del programa

de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, estableciendo que:

El programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal aunará la labor de la comisión de prevención del delito y justicia penal, de los institutos de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente, de la red de corresponsales nacionales designados por los gobiernos en la esfera de la prevención del delito y justicia penal, de la Red de Información Mundial sobre la Delincuencia y la Justicia Penal y de los congresos de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente en la prestación de asistencia a los Estados Miembros en sus esfuerzos por reducir la incidencia y los costos del delito y en la consecución de un funcionamiento adecuado de sus sistemas de justicia penal... El programa tendrá por finalidad ayudar a la comunidad internacional a satisfacer sus apremiantes necesidades en la esfera de la prevención del delito y justicia penal y facilitar a los países asistencia oportuna y práctica para hacer frente a los problemas de la delincuencia tanto en el plano nacional como transnacional (Organización de las Naciones Unidas, 1985).

Sus objetivos generales serán:

Contribuir a: a) La prevención del delito en los Estados y entre los Estados; b) La lucha contra la delincuencia tanto en el plano nacional como internacional; c) El fortalecimiento de la cooperación regional e internacional en la prevención del delito, la justicia penal y la lucha contra la delincuencia transnacional; d) La integración y consolidación de los esfuerzos de los Estados Miembros para prevenir y combatir la delincuencia transnacional; e) Una administración de justicia más eficaz y efectiva, con el debido respeto a los derechos humanos de todos los afectados por la delincuencia y

de todos los relacionados con el sistema de justicia penal; f) La promoción de las más altas normas de equidad, humanidad, justicia y conducta profesional (Organización de las Naciones Unidas, 1985).

El Ecuador, honrando su compromiso contraído al momento de suscribir y ratificar la Convención de Palermo, incluye este ilícito en el naciente Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 369 (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), indicando la parte descriptiva de delimitación del tipo penal, que como delincuencia organizada se entenderá lo siguiente “La persona que mediante acuerdo o concertación forme un grupo estructurado de tres o más personas que, de manera permanente o reiterada, financien de cualquier forma, ejerzan el mando o dirección o planifiquen las actividades de una organización delictiva, con el propósito de cometer uno o más delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años, que tenga como objetivo final la obtención de beneficios económicos u otros de orden material, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años. Los demás colaboradores serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años. La pena privativa de libertad será de veintiséis a treinta años si la delincuencia organizada tiene como propósito cometer delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, terrorismo, actividad ilícita de recursos mineros, sicariato, secuestro, trata de personas y tráfico de migrantes, pornografía infantil, tráfico ilícito de armas de fuego, armas químicas, nucleares o biológicas o lavado de activos. En este caso, los colaboradores serán sancionados con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años.

Por colaborador se entenderá a quien ofrezca, preste o facilite conocimientos jurídicos, contables, técnicos, científicos u otros ya sea de manera ocasional o permanente, remunerados o no, con el propósito de servir o contribuir a los fines ilícitos de la

organización”. ; delito nuevo en la normativa interna, que antes se desenvolvía dentro del ámbito de asociación ilícita (Código Penal); no obstante, nuestros legisladores ansiosos constantemente de modificar el Código Orgánico Integral Penal (seguramente por cálculos electorales o simplemente populismo penal), introdujeron varias reformas al mismo vigente desde marzo del 2023, que únicamente reemplaza “dos o más personas” por “tres o más personas”, adecuando la parte objetiva del tipo al contenido de la Convención de Palermo.

Parecería ser que desde marzo del 2023 hasta la actualidad no podría existir nuevo cambio en el artículo invocado; pero oh sorpresa, la Asamblea Nacional, con fecha 08 de julio del 2024, reformó nuevamente al Código Orgánico Integral Penal, estableciendo penas de 22 a 26 años y 10 a 13 años, según corresponda, para los acusados por delincuencia organizada, protagonizando una sustancial alza del quantum punitivo.

Vale resaltar que, el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 370 establece también el tipo delictivo de asociación ilícita:

Cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos, sancionados con pena privativa de libertad de menos de cinco años, cada una de ellas será sancionada, por el solo hecho de la asociación, con pena privativa de libertad de tres a cinco años (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014).

Acá se puede apreciar que se trata igualmente de un delito de peligro abstracto, con personas cometiendo eventos delictivos (no necesariamente planificándolos); no obstante, las exigencias de los elementos que componen el tipo penal son abismalmente diferentes, incluso los delitos que se persiguen cometer en un caso serán superiores a cinco años y en el otro, inferior a ese rango punitivo.

3.3. Análisis de la configuración legal del delito de delincuencia organizada

La Delincuencia Organizada hoy es uno de los problemas más grandes que sufre la humanidad en general y es que como podemos ver no pasa ni un solo día sin que veamos sus consecuencias directa o indirectamente, especialmente la afectación que ha tenido y tiene sobre la economía de una nación, pues lastimosamente genera cierre de negocios, disminución del turismo, despidos, que incluso incide en la salida de capital humano (olas migratorias) buscando refugiarse en un tercer país que les brinde seguridad.

Cabe mencionar que este tipo de organizaciones cuentan con un orden jerarquizado claramente delimitado, teniendo un jefe o líder; luego, personas encargadas de otras actividades como planificación, reclutamiento, financiación y en la base se encuentran individuos disciplinados (colaboradores), todos siguiendo un mismo objetivo, aunque los colaboradores muchas veces no conozcan cual es el objetivo final, pues su intervención dentro de la estructura criminal es limitado a las órdenes y funciones que de manera puntual les son asignadas, pues no participan (en muchos casos) de la planificación, solamente son encargados de la ejecución de ciertos eventos que permiten a la organización cumplir con sus propósitos delictivos; es más, pueden desconocer el plan completo y solo coadyuvan en lo que les corresponde.

Por ejemplo, en un delito de tráfico de drogas, a Juan le ordenan retirar una maleta con armas (por lo que van a pagarle) y deberá trasladarlas hasta cierto punto de la ciudad, hasta ahí su actuación. Juan desconoce por completo para que serán utilizadas las armas, tampoco conoce la identidad de los integrantes de la cúpula de la organización, peor quien envió la maleta, en otras palabras, su intervención es importante para el normal desarrollo de las actividades ilícitas del grupo criminal, aunque ignora el

plan maestro, cumple únicamente el rol que se le ha asignado, en este caso, transportar una maleta.

La delincuencia organizada se ve alimentada por la falta de políticas criminales en el ámbito preventivo (tristemente somos parte de una sociedad que aplaude políticas criminales represivas, que son insuficientes para afrontar el fenómeno criminal que vivimos y creen que el uso exagerado de la prisión preventiva es la solución mágica a todos los problemas de inseguridad) como inversión y fortalecimiento de la educación, actividades deportivas, extracurriculares, empleo, salud y la honda crisis de valores que vivimos como sociedad.

Como indicaba anteriormente, los diferentes tipos de Delincuencia Organizada han existido desde épocas inmemoriales, pero claro no con los alcances que hoy poseen, con el nivel de sangre fría y crueldad con el que se desarrollan, tratando de imponer con violencia extrema el miedo y la zozobra en toda la población. Estos grupos denominados “GDO” han sido considerados incluso en nuestro país, como grupos terroristas, según lo manifestó en enero del 2024 el Presidente de la República.

Pérez Kasparian (2020), al analizar diversos elementos que componen el tipo penal de la delincuencia organizada, en su parte objetiva, indicaba que la primera dinámica se combina con el supuesto de que los grupos delictivos son oportunistas por naturaleza: se cambiarían fácilmente de un delito a otro por conveniencia operacional o para obtener un mayor beneficio. El programa de delincuencia desarrollado por los grupos delictivos estructurados siempre avizora un “siguiente paso” para preservar la continuidad, el éxito y la meta final de las utilidades.

De manera significativa, en aquellos sistemas legales nacionales donde las medidas penales contra la delincuencia organizada se centran en el delito de “asociación delictiva”, la jurisprudencia y la doctrina a menudo subrayan que los programas de los grupos delictivos son indeterminados, lo cual es necesario, en la mayoría

de los casos, para que un grupo encaje en la descripción del delito de “asociación”.

Algunas veces las categorías tradicionales de delitos adquieren un nuevo contenido específico (por ejemplo, debido a los diferentes modus operandi de los delincuentes) que las convierte en algo nuevo, en términos operacionales, para la aplicación de la ley y las autoridades de fiscalía.

El bien jurídico protegido que lesiona la delincuencia organizada es el orden o seguridad pública, pues al tratarse de un delito de peligro abstracto, la conformación de la estructura criminal ya supone un serio riesgo justamente para la tranquilidad ciudadana; aunque, es imperioso decir que este bien jurídico (seguridad ciudadana), por lógica, casi todo delito lo lesionaría.

Ahora bien, resulta necesario exponer conforme la teoría del delito, aterrizando en la categoría dogmática de tipicidad, los elementos del tipo penal delincuencia organizada en su parte objetiva, conforme el diseño que ha realizado el catedrático ecuatoriano Pablo Encalada Hidalgo, desarrollado en su obra “Teoría constitucional del delito”; así tenemos:

- 1. Sujeto activo.**- El tipo penal analizado no exige un sujeto activo calificado, por ende, es indeterminado o común; en otras palabras, cualquier persona puede ser investigada y procesada por este delito. Es importante recalcar que, la naturaleza del ilícito exige obligatoriamente pluralidad de sujetos (grupo estructurado) con roles claramente definidos (líder, financista, colaborador, entre otros).
- 2. Sujeto pasivo.**- No existe víctima claramente individualizada, pues, al tratarse de un delito de peligro abstracto y al ser, el bien jurídico protegido la seguridad pública, se entendería como sujeto pasivo a toda la sociedad en su conjunto, ya que la delincuencia organizada representa una amenaza para la seguridad pública y el orden social; sin embargo, es preciso

referir que, los delitos fines que persigue el crimen organizado pueden representar amenazas y vejámenes directos a ciertas personas, por ejemplo, en la trata de personas o tráfico de migrantes.

3. **Objeto jurídico o material.-** Como se ha mencionado en líneas anteriores, el bien jurídico que busca tutelar el legislador con este tipo penal, es la seguridad pública, pues, la sola existencia de la conformación de la estructura criminal, significa un riesgo para la paz ciudadana.
4. **Núcleo o verbo rector.-** Se encuentra constituido por varios verbos rectores que describen las conductas merecedoras de sanción, entre ellas tenemos, organizar, dirigir, financiar o colaborar con la estructura delictiva. Resulta importante destacar que, no se sanciona únicamente a quienes ejecutan materialmente los delitos, sino también a quienes se encuentran en la cúspide de la organización, dirigiendo o financiando la misma.
5. **Elementos normativos.-** Existen conceptos del tipo penal analizado que requieren interpretarse conforme al ordenamiento jurídico (desde una valoración jurídica) y no desde una perspectiva meramente descriptiva, por ejemplo, tenemos, “organización”, “grupo estructurado” o “delitos sancionados con pena privativa de libertad”, para entender este último, debemos dirigirnos al catálogo de delitos del Código Orgánico Integral Penal y verificar que ilícitos contienen puniciones superiores a los cinco años de privación de libertad.
6. **Elementos valorativos.-** Como sabemos, estos elementos significan o implican un juicio de apreciación por parte del operador judicial, pues se alejan de una descripción puramente objetiva; así vemos: acuerdo o concertación; permanente o reiterada; grupo estructurado; colaboración. Respecto a los colaboradores, podríamos entender en primer momento como la intervención directa en la estructura criminal; sin embargo, resulta complejo determinar en el plano objetivo, que actos

o conductas desplegadas por estas personas, constituyen en efecto una colaboración relevante con la organización y a partir de aquello considerarla como relevante para el derecho penal, razón por la que, esta “colaboración” ineludiblemente aterriza en el plano de la subjetividad (valoración).

3.4. La investigación de la delincuencia organizada: técnicas especiales y control garantista

Alrededor del tema que ocupa la segunda parte de este libro, que es, la delincuencia organizada, se impone hacer un breve esbozo de técnicas especiales de investigación que han ido evolucionando en el mundo para poder enfrentar la complejidad de la delincuencia organizada; previo aquello, considero puntualizar que el Código Orgánico Integral Penal, contiene actuaciones investigativas, actuaciones especiales de investigación y técnicas especiales de investigación, puesto que así el legislador las ha plasmado en ese texto jurídico y constantemente existe un desconocimiento por parte de juristas respecto de aquello.

Se puede decir que estamos frente a herramientas jurídicas que van de menor a mayor (por su complejidad, derechos que se violentan y autoridad que las autoriza). Por un lado, tenemos las actuaciones de investigación que se sujetan a las reglas del artículo 459 del Código Orgánico Integral Penal, en la mayoría de casos no necesitan autorización judicial, por ejemplo, el reconocimiento del lugar de los hechos, reconocimiento de objetos, entre otros.

Posteriormente, constan las actuaciones especiales de investigación, tales como retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones, registros, allanamientos, entre otras (todas estas pueden emplearse, siempre y cuando el garante de los derechos de las personas inmiscuidas en el proceso y/o la investigación, es decir, el/a juez/a, las autorice).

Finalmente, a partir del artículo 483 del Código Orgánico Integral Penal, se desarrollan las técnicas especiales de investigación, que indiscutiblemente tienen su nacimiento para combatir los delitos relacionados con la delincuencia organizada y delitos fines primigenios (tráfico de armas, trata de personas y tráfico de migrantes), técnicas que deben ser empleadas con rigurosidad y cautela absoluta, pues algunas de estas, implican poner en riesgo la vida de un ser humano (en el caso del agente encubierto).

Con esta breve, pero necesaria aclaración, ante el desarrollo de las más complejas y diseñadas formas de delincuencia organizada en torno a delitos como el narcotráfico, la trata de personas, el lavado de activos, entre otros; también se ha impuesto la necesidad de perfeccionar las técnicas de investigación para enfrentar aquellas modalidades, como ya lo manifestaba el gran Koffi Anan; incluso, incurriendo en necesarias violaciones a derechos de los investigados (sobre todo la privacidad), que luego de ser adoptadas mediante Instrumentos Internacionales y positivizadas en cada ordenamiento jurídico interno, se les ha otorgado legitimidad.

Someramente serán aquí esbozadas algunas de las técnicas especiales de investigación constante en nuestra legislación penal, entre ellas están:

- La entrega vigilada

Tiene sus asideros en la Convención de Viena (Organización de las Naciones Unidas, 1988), artículo 11, cuando establece que las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las partes interesadas. Luego, en la Convención de Palermo, como se ha dado a conocer, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional identificó estos procedimientos como técnicas especiales de investigación,

aclarando, “...en todo caso que serán de aplicación siempre que lo permitan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico interno de cada Estado”.

De una forma llana, se refiere, por ejemplo, al tránsito de un cargamento de drogas o estupefacientes que entren, salgan de un país o lo atraviesen, bajo el control secreto de las autoridades y con el objetivo de conocer la ruta y los implicados a ambos lados de la cadena de venta. Se manejan otros criterios dentro de la propia entrega vigilada, que la subdivide en tres opciones, de acuerdo con Almazán Sepúlveda (2005): “a) Entrega vigilada con sustitución o limpia. b) Entrega vigilada interna o de destino c) Entrega vigilada externa o de origen y tránsito.

- Las operaciones encubiertas

De acuerdo con Prado Saldarriaga (2017) dentro de estas operaciones encubiertas hay variantes entre las que se incluye el agente encubierto, la entrega vigilada y la vigilancia electrónica.

La doctrina identifica el inicio la aplicación del agente encubierto desde el siglo XV, al decir de Zaffaroni et al. (2005) el surgimiento de esta figura está en la inquisición, y precisa que el agente encubierto se emplea para aumentar la eficacia policial e intenta legitimar la coacción de las instituciones del Estado destinadas a investigar. Esta técnica especial tiene como finalidad que un agente estatal, que cuenta con la preparación adecuada y la debida autorización fiscal y judicial, asumiendo una identidad supuesta, pueda inmiscuirse dentro de la organización criminal con el objeto de identificar a los participantes, reunir y recoger información, elementos de convicción y evidencia útil para los fines de la investigación.

El Código Orgánico Integral Penal, agrega (conforme las nuevas modalidades de delinquir a través de plataformas informáticas) la figura del agente encubierto informático, el cual tiene “la finalidad de hacer seguimientos de personas, vigilar cosas, realizar

compras controladas y/o descubrir, investigar o esclarecer hechos delictivos cometidos o que puedan cometerse con el uso o en contra de las tecnologías de la información y comunicación, esto es ciberdelitos puros o replicas o cualquier otro tipo de delito” (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014).

El agente encubierto es un medio de amplia utilización en los sistemas jurídicos de varios países. En España definen esta figura como el sujeto, ordinariamente integrado en las fuerzas de seguridad del Estado, especialmente un agente de policía, que utilizará una identidad supuesta a los fines de lograr infiltrarse y obtener la confianza de los otros miembros de la organización criminal; no obstante, en nuestro país, hasta donde se conoce, esta figura no ha sido utilizada, puesto que se trata de un complejo proceso para otorgar una nueva identidad (supuesta) al agente (desde organizar récords escolares, cédula de identidad y demás documentos), con el propósito de salvaguardar su integridad física y vida, ya que, resulta obvio que una organización criminal bien estructurada (como las que existen hoy en día) realizarán todas las verificaciones posibles respecto del nuevo integrante, para asegurarse que no es una persona que pretende investigarlos, recabar información en su contra que luego pueda ser utilizada en un proceso penal y terminar “el próspero negocio”.

- Interceptación de las comunicaciones

Si bien es cierto, el legislador la ha clasificado como actuación especial y no técnica especial de investigación, se constituye en un instrumento sustancial para la investigación de esta clase de delitos, aunque, actualmente las organizaciones criminales utilizan nuevas formas de comunicación como redes sociales, complejas aplicaciones de mensajería y llamadas con encriptaciones, en la génesis de esta actuación se consolidaron importantes casos en contra de grupos criminales organizados, por lo que, resulta urgente que las autoridades encargadas de descubrir y develar a los integrantes de estas empresas del crimen y su modus

operandi, deben contar con equipos (softwares) que permitan la interceptación de sus comunicaciones a través de cualquier medio, caso contrario, se constituirá en una herramienta obsoleta de investigación.

Quintero Ospina (1991) asevera que: existen varios tipos de interceptación de las comunicaciones, entre las comunicaciones escritas se encuentran las cartas, la que puede ser identificada como medio de comunicación escrito por un emisor a un receptor que lleva información y que puede tener un remitente desconocido, lo que dificulta la investigación; el telégrafo, que se corresponde con el dispositivo de telecomunicación destinado para la transmisión de señales a distancia y los mensajes, consistentes en encargos de decir algo a alguien, que aunque son las formas más tradicionales de comunicación entre los humanos, no son necesariamente las menos usadas para delinquir.

La intervención telefónica es definida por Gimeno Sendra (2014) como todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el Juez, en relación con el hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento especial, decide, mediante auto especialmente motivado, que por la policía judicial se proceda al registro de llamadas y/o a efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor.

Las garantías procesales actúan como escudos protectores respecto a la intervención estatal a través del *ius puniendi*, se convierten en instrumentos para el resguardo de derechos fundamentales constitucional y convencionalmente reconocidos. Como bien afirma Maier (2002), las garantías procesales son las seguridades que se otorgan para impedir que el goce efectivo de los derechos fundamentales sea conculcado por el ejercicio del poder estatal, ya sea limitando ese poder o repeliendo el abuso.

Mientras que, Ferrajoli (1995), dice que las garantías son mecanismos jurídicos que impiden un uso arbitrario o desmedido de la coerción penal. Es evidente que, estas garantías cumplen una función esencial en cualquier sistema penal respetuoso del debido proceso, pues, se constituyen en mecanismos de protección frente a las arbitrariedades que eventualmente puedan surgir en el desarrollo de la investigación penal, en cualquiera de sus etapas.

Es menester hacer hincapié en la necesidad de un derecho penal respetuoso de las funciones de tutela de bienes y derechos fundamentales, debiendo conjugar garantismo, eficiencia y seguridad jurídica en el decurso del proceso investigativo. Estos elementos, asociados a la necesidad de aplicación de los métodos de investigación, la legalidad de la actuación, la proporcionalidad, y la efectiva intervención judicial, bien conjugados y aplicados, implicarían una mejor administración de justicia y respeto irrestricto al Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

La legalidad con un carácter fundamental y a la vez limitador de las actuaciones dentro de la actividad probatoria, significa que los elementos de prueba

deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y reglas previstos en la ley; seguido de la necesidad de la aplicación de éstos métodos según la gravedad de los hechos que se investigan, así como la proporcionalidad en cuanto a su aplicación y la lesión de los derechos que puede acarrear, haciendo hincapié siempre en la resolución judicial motivada que así lo dispone, lograrían un equilibrio esencial para el proceso penal, en fin, no se puede hablar de justicia, sino existe respeto absoluto a las reglas procesales que garanticen efectivamente los derechos de la persona acusada, esto se traduce en el respeto íntegro de los artículos 76 y 77 de la Constitución de la República del Ecuador.

Ahora bien, referente al tipo penal de delincuencia organizada, concebido como un ilícito que supone un serio riesgo para la seguridad y paz ciudadana, que además, a través de esta estructura buscan el cometimiento permanente de otros delitos graves, especialmente relacionados con el narcotráfico, trata de personas, tráfico de armas, tráfico de migrantes, secuestros y extorsiones (realidad ecuatoriana); supondríamos desde la óptica ciudadana, la imposición de castigos, más que sanciones, sin importar el camino que deba recorrerse para llegar a la misma; en otras palabras, “el fin justificaría los medios”; sin embargo, al existir un marco normativo claramente definido, por más que se busque esta vendetta pública frente a crímenes atroces, debe ponderarse la utilización de los métodos de investigación criminal con observancia y respeto a las garantías que conforman el debido proceso.

Entendemos que la lucha contra el crimen organizado es sumamente importante, aun, frente a la época que vive nuestro país y gran parte del continente americano; pero aquello, no autoriza violación de garantías constitucionales, entre ellas, la analizada en este trabajo investigativo, específicamente,

non bis in idem o prohibición de doble procesamiento y juzgamiento.

Por otro lado, también es importante considerar que, la lucha contra el crimen organizado parte de la consideración de que éste es un fenómeno de excepción frente a otras formas de delincuencia, por lo tanto, la reacción debe ser a su vez excepcional y justamente por eso, se justifican ciertas restricciones de derechos individuales en pro de derechos colectivos, como por ejemplo, restringir la intimidad de las personas investigadas cuando sus líneas telefónicas han sido intervenidas o se realizan seguimientos y vigilancias a sus actividades cotidianas. Esta reacción, encuentra su principio de legitimación en que se realiza para defensa de la sociedad, no obstante, el principio ideal del Estado de derecho rechaza cualquier alteración en este sentido, la ruptura de las reglas del juego se invoca... para tutela de las mismas reglas del juego; el estado de derecho se defiende mediante su negación (Ferrajoli, 1995).

La criminalidad organizada corresponde a un fenómeno estrechamente vinculado con la economía de mercado que abarca las áreas del capitalismo que quedan excluidas del mercado disciplinado y considerado legítimo, por ende, si el sistema capitalista se encarga de neutralizar las causas económicas que condicionan, fomentan y propician el crimen organizado, este podrá enfrentarse más efectivamente, sin dejar de existir en un estado de Derecho y Justicia, respetando normas básicas sustantivas y adjetivas penales.

El Derecho Penal ecuatoriano, se caracteriza por ser un derecho penal de autor en razón a la supuesta peligrosidad del acusado (antecedentes penales y linchamiento mediático) y no un derecho penal con relación al hecho delictivo. Por eso, critico las dos sedes de juzgamiento que existen en el país; por un lado, la judicial y por otro la mediática, está última, la mayoría de las veces exageradamente subjetiva e incide lastimosamente en la

resolución del juzgador, por ende, hay que ser cautelosos no solo con su aplicación, sino, con los medios utilizados para su investigación y sanción.

El modelo garantista es imprescindible, pues los principios en los que se sustenta son en sí mismos los fundamentos del Estado de Derecho y básicos para la convivencia en sociedad en la relación entre Estado y ciudadanos, no obstante, se muestra insuficiente para controlar la deriva del populismo punitivo y el uso del discurso de lucha contra la delincuencia organizada como el enemigo conveniente. Es necesario buscar alternativas, evitar la arbitrariedad, evitar desmesuras e injusticias, es de tener en cuenta que no siempre que se está analizando penalmente un caso, es precisamente exacto que estemos frente a las personas indicadas y realmente culpables, ni que esas personas dejen de ser seres humanos antes durante y después de haber delinquido, por ende, se requiere un tratamiento criminológico y preventivo.

El derecho penal garantista posee una estructura autolimitada que parte de la base de la exclusiva protección de los bienes jurídicos necesarios para la convivencia y fundamenta su existencia a partir de los fines de la pena y su adecuación para defender esos bienes. El derecho penal no existe para la promoción de valores, se concibe mejor como un mal necesario para el mantenimiento de la armonía de las relaciones sociales que debe ser aplicado con las limitaciones que le imponen varios principios constitucionales y procesales, entre ellos el de proporcionalidad entre el hecho y la sanción.

El discurso garantista debe mantenerse, no podemos permitir que pierda fuerza bajo el argumento de que enfrentar delitos complejos cometidos por el crimen organizado, justifican minimizar los estándares investigativos y probatorios; sin que esto signifique, no poder realizar ciertas acciones restrictivas de derechos de ciertas personas, en favor de toda la sociedad,

por ejemplo, interceptación de comunicaciones, seguimientos e incluso, adoptar nuevos tipos penales, como la pertenencia a grupos de delincuencia organizada.

La creciente tendencia a encargar mayor responsabilidad al derecho penal para satisfacer las demandas de seguridad de la sociedad, si bien se viene generando en forma desmedida (no puede ser desestimada simplemente bajo el amparo de la invocación a los principios de última ratio e intervención mínima), su aplicación debe ser respetuosa de cada garantía que conforma al debido proceso, obviamente entre ellas, el non bis in idem.

Ineludiblemente, los operadores de justicia (fiscales y jueces) deben garantizar el principio de non bis in ídem o prohibición de doble juzgamiento (procesamiento) en los delitos de delincuencia organizada y los delitos fines; es decir, deberán saber distinguir cuando es procedente un nuevo proceso y sanción en contra de las personas que ya fueron procesadas y sancionadas por un delito o delitos fines y luego por delincuencia organizada o viceversa, respetando así este principio, no solo constitucional, sino, universal; garantizando de esta forma el postulado de la seguridad jurídica.

En este tema específico donde se está abarcando la configuración y aplicación del tipo penal de delincuencia organizada frente al principio de no dos veces por lo mismo, como una espacial, taxativa y clara prohibición que ofrece al ciudadano ecuatoriano en este caso, la garantía y tranquilidad de que, el Estado solo en el uso de la facultad de perseguir y castigar delitos, que ostenta, podrá perseguir, juzgar y sancionar a través de sus jueces, solo una vez el mismo hecho, y véase que se refiere a el mismo hecho, y no, al mismo delito.

Perseguir el mismo delito es común (siempre y cuando sean diferentes conductas) pero además obligatorio para el Estado y su titular de la acción penal pública, en este caso, la fiscalía, de

hecho, cuando una persona repite el mismo delito y se descubre, se investiga, juzga y sanciona, este individuo se convierte en un reincidente; pero, lo que no puede volver a investigarse, procesarse, juzgarse, ni sancionarse, es el mismo hecho (tiempo y espacio) que nunca se repite, pues ocurre o tiene lugar en un lugar y fecha determinada, que por propia lógica y dialéctica es irreplicable, en consecuencia ese mismo hecho, ocurrido en esa fecha, esa hora y en esas circunstancias, una vez perseguido, juzgado y sancionado, no puede por imperio de ley, volver a ser perseguido, ni juzgado, ni sancionado y eso hace parte importante de la seguridad jurídica que debe disfrutar cualquier ciudadano.

El principio non bis in ídem, tiene dos vertientes, una sustantiva y otra procesal, que se ha conocido históricamente como: no dos veces por lo mismo y debe estar presente en todas las constituciones modernas, siendo parte primordial de la garantía de seguridad jurídica que deben ofrecer todos los ordenamientos jurídicos. En su vertiente sustantiva se refiere a la prohibición de sancionar a una persona, dos veces por el mismo hecho y en su vertiente procesal se refiere a la prohibición de investigar, procesar y juzgar a una persona, dos veces por el mismo hecho.

El significado actual de este principio debe ser: “nadie podrá ser investigado, procesado, juzgado ni sancionado dos veces, por el mismo hecho. Para determinar si existe vulneración del non bis in ídem, es indispensable verificar la concurrencia de las tres identidades clásicas: identidad de sujeto, identidad de hecho e identidad de fundamento. En el caso de la delincuencia organizada, aunque pueda existir identidad de sujeto (pues la misma persona participa tanto en la organización como en el delito concreto), generalmente no se configura identidad de hecho ni de fundamento. Esto se debe a que el hecho punible de la delincuencia organizada consiste en integrar o colaborar con una estructura criminal, mientras que el delito fin se refiere a la ejecución material de una conducta

delictiva específica, lo que impide afirmar la existencia de una doble sanción por el mismo hecho.

En principio, la aplicación del delito de delincuencia organizada no implica necesariamente una vulneración del non bis in idem, siempre y cuando exista una correcta delimitación entre este delito autónomo y los delitos que constituyen su finalidad. La delincuencia organizada sanciona la existencia, organización o participación en una estructura criminal estable y permanente en el tiempo; mientras que los denominados delitos fines castigan las conductas concretas que la organización ejecuta, como tráfico de drogas, extorsión o lavado de activos. En consecuencia, cuando se sanciona formar parte de la organización y, de manera separada, los delitos específicos cometidos en su ejecución, no se está castigando dos veces el mismo hecho, sino conductas distintas con bienes jurídicos diferenciados.

No obstante, la vulneración del non bis in idem podría presentarse si la persecución penal utiliza el delito de delincuencia organizada para sancionar nuevamente los mismos hechos ya juzgados como delitos individuales, sin demostrar la existencia real de una estructura criminal autónoma. En tales casos, se produciría una duplicidad punitiva incompatible con el debido proceso y con los límites del poder punitivo del Estado. Por ello, la correcta aplicación del tipo penal exige que los fiscales acrediten de forma clara la existencia de una organización criminal independiente, evitando que este delito se convierta en un mecanismo de sobrecriminalización o de reiteración indebida de sanciones.

Finalmente, es importante señalar que, para evitar este tipo de vulneraciones al debido proceso, al momento de formular cargos, tanto por el delito de delincuencia organizada y sus delitos fines, por parte del ente acusador y titular de la acción penal pública, se delimite claramente el alcance de la acusación fiscal.

Es decir, se debe determinar que la acusación que se realiza contra un grupo de personas que de forma voluntaria decidieron

conformar una estructura delictiva para cometer delitos, debería ser sancionada por el solo hecho de su conformación, ya que el bien jurídico que el legislador intenta proteger es la paz y tranquilidad ciudadana.

Por otra parte, se debe considerar la adecuada tipificación de los delitos fines (robo, extorsión, tráfico de drogas, tráfico de armas, trata de personas, entre otros). Estos serán procesados y sancionados por cuerdas separadas, especialmente porque se configura la consumación plena y concreta de la conducta delictual.

Consecuentemente, sería plenamente factible aperturar diferentes procesos y arribar a distintas sentencias de carácter condenatorio, sin que se vulnere el debido proceso en la garantía del non bis in idem, siempre y cuando se pueda verificar si son o no los mismos hechos por los que se está procesando, pretendiendo juzgar y sancionar posteriormente.

- Almazán Sepúlveda, F. (2005). *Entrega vigilada o controlada: herramienta eficaz para desarticular el crimen organizado*. Taller Internacional “Entregas (Remesas) Vigiladas: herramienta eficaz contra el crimen organizado. Lima, Perú.
- Alvarado, P., & Jiménez, A. (2005). Ne bis in idem, un principio constitucional de creación jurisprudencial (II). Significado del principio ne bis in idem”. Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura.
- Andrade, E. (1996). Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado. Senado de la República.
- Araujo Granda, M. P. (2025) La ética normativa de la justicia, principio de legalidad y Derecho Penal. Araujo Asociados. <https://araujoasociados.net/index.php/84-articulos-escritos-por-los-socios?start=12>
- Brucet, L. (2001). El crimen organizado. Porrúa.
- Buscaglia, E., González, S., Fumarulo, S., & Prieto, C. (2002). Delincuencia organizada y terrorismo. Su combate a través de la Convención de Palermo. Revista Universitaria de la Universidad Católica de Chile, 1(1), 1-9. https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID946943_code478205.pdf?abstractid=946943&mirid=1
- Calduch, R. (1999). Dinámica de la Sociedad Internacional. Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Chacón Mata, A. (2015). La cosa juzgada fraudulenta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Implicaciones para el Estado de derecho contemporáneo. Prolegómenos. Derechos y Valores, 18(35), 169–188. <https://doi.org/10.18359/dere.817>

- Chambliss, W. J. (1989). *State-organized crime, The American Society of Criminology, 1988 presidential address. Criminology*, 27(2), 183–208. <https://doi.org/10.1111/j.1745-9125.1989.tb01028.x>
- Choclán Montalvo, J. A. (2000). La organización criminal: Tratamiento penal y procesal. Dykinson.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1985). Informe anual 1984–1985. <https://cidh.oas.org/annualrep/84.85sp/Indice.htm>
- Cornejo, A. (2001). Asociación ilícita y delitos contra el orden público. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021a). Sentencia No. 330-16-EP/21. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUhLCB-1dWkOiczOGE5ZWEwOS0wZjU5LTQxMGltOTJjOS04YzU5N-2EwYWU2MmQucGRmJ30=
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021b). Acción de inconstitucionalidad presentada sobre el Acuerdo Ministerial No. 179 que contiene el “Reglamento del Uso Progresivo, Racional y Diferenciado de la Fuerza por parte de los Miembros de las Fuerzas Armadas”. <https://www.corteconstitucional.gob.ec/accion-de-inconstitucionalidad-presentada-sobre-el-acuerdo-ministerial-no-179-que-contiene-el-reglamento-del-uso-progresivo-racional-y-diferenciado-de-la-fuerza-por-parte-de-los-miembros-de/>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1998). Caso Cantoral Benavides vs. Perú (Excepciones preliminares, Serie C No. 40). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_40_esp.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 72). <https://www.catalogoderechoshumanos.com/sentencia-72-cidh>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. CIDH. https://www.te.gob.mx/juriselector/OEA/sites/default/files/sentencias_coidh/Almonacid%20V%20Chile%20septiembre%20de%202006.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). Caso Gonzales y otros vs. Estados Unidos. <https://hrlibrary.umn.edu/cases/S90-03.html>
- Dickie, J. (2004). *Cosa nostra: A history of the Sicilian mafia*. Hodder & Stoughton.
- Durkheim, E. (1999). *Las reglas del método sociológico*, Villatuerta.
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador- Registro oficial 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal de Ecuador. Diario Oficial. https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP_act_feb-2021.pdf
- Fernández Steinko, A. (2008). Crimen organizado y unilateralismo norteamericano. *El Viejo Topo*, (251), 42–47. <http://www.elviejotopo.com/web/revistas.php?numRevista=251>
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Francia. Asamblea Nacional. (1789). Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

- Gayo. (1985). Digesto 50.17.57. En T. Mommsen & P. Krueger (Eds.), *The digest of Justinian* (A. Watson, Trad.). University of Pennsylvania Press.
- Gimeno Sendra, V. (2014). *Manual de derecho procesal penal* (4ª ed.). Colex.
- Huber, B. (2002). *Lalucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional*. *Anales de la Facultad de Derecho*, (19), 95–116. https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/18453/AFD_19_2002_05.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Linares, J. (1992). El concepto de orden público. Academia de Derecho y Ciencias Sociales.
- López Soria, Y. (2015). *El principio non bis in idem, violado por la configuración legal del delito de femicidio, prevista en el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador*. *Revista Uniandes Episteme*, 2(2), 144–157. <https://revista.uniandes.edu.ec/ojs/index.php/EPISTEME/article/view/88>
- Macedo, R (Coord.). (2003). Delincuencia organizada. Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Maier, J. (2002). Derecho Procesal Penal. I Fundamentos. Editores del Puerto.
- Nieto, A. (2012). Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos.
- Organización de las Naciones Unidas. (1966). Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos. ONU. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Organización de las Naciones Unidas. (1983). Declaración de Viena y Programa de Acción. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/vienna-declaration-and-programme-action>

- Organización de las Naciones Unidas. (1985). Declaración de principios y programas de acción del Programa de Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal. ONU. <https://www.catalogoderechoshumanos.com/declaracion-de-principios-y-programas-de-accion-del-programa-de-naciones-unidas-en-materia-de-prevencion-del-delito-y-justicia-penal/>
- Organización de las Naciones Unidas. (2020). Convención Internacional de Palermo. [Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional - Palermo \(Italia\), del 12 al 15 de diciembre de 2000](#)
- Parlamento Europeo. (1999). Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere: Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia (Conclusiones de la Presidencia). https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm
- Pérez Kasparian, S. P. (2020). Delincuencia organizada: aspectos penales para la eficacia de la justicia. Iuris Tantum, 34(32), 15-32. <https://revistas.anahuac.mx/index.php/iuristantum/article/view/643/620>
- Perú. Presidencia de la República. (2004). Código Procesal Penal de Perú. Decreto Legislativo N° 957. https://www.sunat.gob.pe/legislacion/procedim/normasadua/gja-05/ctrlCambios/anexos/DLeg.957_19.pdf
- Prado Saldarriaga, V. R. (2017). Técnicas especiales de investigación en el proceso penal. Lima: Editorial Jurídica.
- Quintero Ospina, T. (1991). Las pruebas en materia penal. Editorial Jurídica Wilches.
- Resta, D. (2019). El principio nullum crimen, nulla poena sine lege en el Derecho Penal Internacional. en particular en el estatuto de la Corte Penal Internacional [Tesis doctoral, Universidad de Granada].

- Rodríguez Mourullo, G. (1978). *Derecho penal: Parte general*. Civitas.
- Rosenberg, L., Schwab, K.-H., & Gottwald, P. (1993). *Zivilprozessrecht* (15.^a ed.). Beck.
- Roxin, C. (2000). Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Marcial Pons.
- Sansó-Rubert, D. (2005). La internacionalización de la delincuencia organizada: análisis del fenómeno. Revista UNISCI, (9). <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-72532/UNISCI9Sanso.pdf>
- Terradillos Basoco, J. M. (2001). Empresa y Derecho Penal (1.^a ed.). AD-HOC.
- Ujlala, J. (1998). Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. En C Bello y E. Rosales (Comp.), Libro Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis (Tomo I, pp. 199–200). Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Central de Venezuela.
- Unión Europea. (1997). Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada. UE. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:1997:371:TOC>
- Unión Europea. (1998). Delincuencia organizada: estrategia para la prevención y el control de la delincuencia organizada. UE. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:I33125>
- Unión Europea. (2005). Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Desarrollo de un concepto estratégico para hacer frente a la delincuencia organizada {SEC (2005) 724}. COM/2005/0232 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52005DC0232>

- Unión Europea. (2016). Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. <https://fra.europa.eu/en/eu-charter>
- Virgolini, J. E. S. (2004). Crímenes excelentes: Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción. Editores del Puerto.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho penal: Parte general*. Ediar.



José Sánchez Gutiérrez

Abogado graduado en la Universidad Internacional SEK en Ecuador. Ha realizado estudios de posgrado en Ecuador y Argentina, entre los que destacan una Maestría en Derecho Penal del Mercosur, una Maestría en Derecho Constitucional y una Maestría en Derecho Procesal Penal; asimismo, culminó sus estudios doctorales en la Universidad Nacional de Mar del Plata, en Argentina. Su carrera profesional se inició en la Fiscalía General del Estado, continuó en la Defensoría del Pueblo y en la Defensoría Pública, y posteriormente regresó a la Fiscalía como agente fiscal, destacándose por haber obtenido la más alta puntuación a nivel nacional en su proceso de selección. Actualmente se desempeña como agente fiscal de fuera provincial en Pichincha. En el ámbito académico, ha impartido clases en diversas universidades del país, como la Universidad Católica de Cuenca, la Universidad Técnica de Machala y la Universidad Tecnológica Empresarial de Guayaquil, además de dictar cursos y seminarios en derecho constitucional, penal y procesal penal. También ha

ejercido como editorialista del Diario Correo en la ciudad de Machala, ha publicado artículos científicos en el campo jurídico y ha sido tutor de maestrantes en la elaboración de sus trabajos de titulación. Su labor en la lucha contra la delincuencia organizada ha sido reconocida por el Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos (Homeland Security) y por la Agencia Nacional contra el Crimen del Reino Unido.

Este libro ofrece un análisis profundo y crítico sobre la tensión entre dos pilares fundamentales del derecho penal contemporáneo: el principio non bis in idem y la persecución de la delincuencia organizada. En un contexto donde el Estado enfrenta formas de criminalidad cada vez más complejas, la obra plantea un desafío central: cómo garantizar justicia efectiva sin sacrificar las garantías fundamentales. A lo largo de sus capítulos, se examina el principio non bis in idem desde sus raíces históricas hasta su desarrollo en el derecho internacional y comparado, destacando su función como límite al poder punitivo del Estado. Se analizan sus elementos esenciales, identidad de sujeto, hecho y fundamento, y las tensiones que surgen en su aplicación práctica, especialmente en casos de cosa juzgada fraudulenta y procesos extraordinarios.

El texto también articula este principio con otros pilares del debido proceso, como la seguridad jurídica, la legalidad y la presunción de inocencia, subrayando su papel como garantías indispensables frente a posibles abusos del sistema penal. En paralelo, el libro profundiza en la delincuencia organizada como fenómeno jurídico y social, abordando su estructura, evolución y tratamiento legal en el ámbito internacional y nacional. Se examinan técnicas especiales de investigación que, si bien son necesarias para enfrentar estas redes criminales, generan importantes desafíos en materia de derechos fundamentales. La obra concluye que no existe una contradicción insalvable entre perseguir eficazmente el crimen organizado y respetar el non bis in idem. Por el contrario, propone una interpretación rigurosa y garantista que permita equilibrar la eficiencia penal con la protección de los derechos humanos, convirtiendo este equilibrio en el verdadero eje de un Estado de derecho sólido y justo.



ISBN: 978-9942-560-18-6



9 789942 560186