



UNIVERSIDAD SAN GREGORIO  
DE PORTOVIEJO  
*CARRERA DE DERECHO*

Informe Final de Investigación

Previo a la obtención del título de:

ABOGADOS

De los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador

TEMA:

Caso No. 13184-2015-03673, que sigue la Señora Mónica Elvira Romero López  
contra el Señor Juan Manuel Quiros por abuso de confianza: “La Violación del  
principio de Mínima Intervención Penal”

Autores:

Josenka Jacqueline Moreira Zambrano  
Eduardo Humberto Hernández Quijano

Director del Análisis de Caso.

Ab. Henry Villacis Londoño

Portoviejo - Manabí - República del Ecuador

2017

## **CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR**

Josenka Jacqueline Moreira Zambrano y Eduardo Humberto Hernández Quijano, de manera expresa hacemos la cesión de derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo investigativo: Estudio analítico de Caso No. 13184-2015-03673, que sigue la Señora Mónica Elvira Romero López contra el Señor Juan Manuel Quiros por ABUSO DE CONFIANZA: “La Violación del principio de Mínima Intervención Penal”.

Josenka Jacqueline Moreira Zambrano  
AUTORA

Eduardo Humberto Hernández Quijano  
AUTOR

# ÍNDICE

ÍNDICE .....	II
INTRODUCCIÓN.....	IV
MARCO TEÓRICO.....	1
Principios limitadores del poder punitivo del Estado.....	1
Principio de mínima intervención penal.....	1
Evolución histórica.....	1
La mínima intervención penal en la legislación nacional.....	2
La relativa dependencia del derecho penal en sus presupuestos.....	2
La subsidiariedad del derecho penal.....	3
Carácter fragmentario del derecho penal.....	5
Principio de intervención legalizada.....	6
Delito de abuso de confianza.....	7
Definición y generalidades del abuso de confianza.....	7
Bien jurídico protegido en el delito de abuso de confianza.....	9
Principios básicos del derecho penal.....	9
Principio de legalidad.....	9
Principio de oportunidad.....	12
Principio constitucional iura novit curia.....	13

Mediación.....	15
Definición.....	15
Mediación penal.....	15
Ventajas de la mediación penal para el sistema judicial.....	16
CAPÍTULO II.....	18
ANÁLISIS DEL CASO.....	18
CONCLUSIÓN.....	48
BIBLIOGRAFÍA.....	52

## INTRODUCCIÓN

El presente estudio de caso titulado la violación del principio de mínima intervención penal en un juicio de abuso de confianza, tiene por objeto indicar al lector, que en la actualidad este principio está configurado como una garantía constitucional frente al poder punitivo del Estado, y por lo tanto constituye el fundamento de los ordenamientos jurídico penales del Ecuador.

Se supone que el derecho penal es una rama del derecho que solo debe de inmiscuirse en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes, pero en caso de que existan otros medios diferentes para la defensa de los derechos, estos serán deben de ser escogidos, porque son menos dañosos.

Este estudio de caso está orientado específicamente a la violación del principio antes mencionado, no solo por parte del Fiscal como titular de la acción penal; sino también del juzgador que conoció la causa, al momento de formular cargos y dictar auto de llamamiento a juicio respectivamente, en contra del ciudadano **Juan Manuel Quiros Calero**.

La violación al principio de mínima intervención penal se lleva a cabo en el instante en que un juicio se desarrolla con antecedentes netamente civiles, por lo que, el conflicto nace de un contrato civil de obra donde existe un incumplimiento y como ya se mencionó, el Derecho Penal es el último de los medios que se debe utilizar para mantener la armonía y el orden social.

Por lo tanto, este estudio tiene como finalidad investigativa la delimitación correcta del acceso a la jurisdicción penal como último recurso del Estado para resolver los conflictos de la sociedad; así como también analizar el actuar de los operadores de justicia dentro de sus facultades en el campo jurídico penal, es decir, determinar si la fiscalía procedió a formular cargos en contra de un ciudadano con fundamentos legales necesarios.

Del mismo modo, se analizará la decisión tomada por parte del Juez, mediante la cual resolvió llamar o dictar Auto de Llamamiento a Juicio en contra del procesado.

# 1. CAPÍTULO I

## MARCO TEÓRICO

### 1.1. Principios limitadores del poder punitivo del Estado

#### Principio de mínima intervención penal.- Evolución histórica

Tomando en cuenta la información en el libro de Vergara<sup>1</sup> (1999), se puede conocer que:

El origen del principio de intervención mínima coincide con el nacimiento del liberalismo, que es una doctrina política nacida en la segunda mitad del siglo XVIII, principalmente en Francia y el Reino Unido, caracterizada por la "reivindicación de un importante espacio de libertad en el ámbito personal, religioso, literario, económico, etc.; un espacio mucho más amplio de lo que los filósofos del pasado (aun los más ilustrados, como Spinoza o Locke) consideraban razonable,(pág. 9).

Según la tesis de Beccaria<sup>2</sup> (1976), se puede conocer que:

Los ideales del liberalismo son totalmente explicables, en razón del momento histórico, marcado por la concentración de poderes ilimitados exclusivamente en las manos del monarca. En el campo del Derecho penal, imperaban leyes penales rígidas, que eran aplicadas en los más distintos aspectos de la vida social. Consecuentemente, las penas tenían un carácter severo, que abarcaban los destierros, fuertes penas pecuniarias y corporales, incluso la pena de muerte. Finalmente, el Derecho penal era utilizado como forma de coaccionar a las personas a la obediencia al soberano, (Beccaria, 1976).

El principio de intervención mínima, según la doctrina de Beccaria<sup>3</sup> (1976), se extrae la siguiente información:

---

<sup>1</sup> Vergara, F. (1999). *Introducción a los fundamentos filosóficos del liberalismo*. Madrid: Ed. Alianza.

<sup>2</sup>Beccaria, C. (1976). *De los delitos y de las penas*. Madrid: Ed. Aguilar.

Es mejor prevenir los delitos que punirlos. Este es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad, o al mínimo de infelicidad posible, por hablar según todos cálculos de los bienes y de los males de la vida. (...). Prohibir una multitud de acciones indiferentes no es prevenir los delitos que de ellas puedan nacer, sino crear otros nuevos: es definir caprichosamente la virtud y el vicio, que nos han sido predicados como eternos e inmutables, (Beccaria, 1976).

### **La mínima intervención penal en la legislación nacional**

Considerando la información pertinente en el Código Orgánico Integral Penal<sup>4</sup> (2014), se puede citar que: “La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales”,(pág. 27).

### **La relativa dependencia del derecho penal en sus presupuestos**

De la información sustraída de Muñoz Conde<sup>5</sup>, (2010), se da a conocer que:

Si el Derecho penal es totalmente independiente en sus efectos, no lo es tanto, sin embargo, en sus presupuestos. No puede desconocerse que hay delitos cuya creación es genuina-mente penal, en tanto en cuanto no tienen un explícito correlato en las leyes no penales o habría que buscarlo a través de cláusulas generales como las de los artículos 6 y 1902 del Código civil. Así ocurre, por ejemplo, con los delitos contra la vida y la libertad sexual.

Pero tampoco es menos cierto que existen otros grupos de delitos cuya relación con otras ramas del Derecho es tan estrecha que mal se pueden precisar sus presupuestos sin acudir previamente a ellas. Principalmente ocurre esto con los delitos contra el patrimonio, cuyos pre-supuestos existenciales descansan en relaciones jurídicas privadas,(pág. 77).

De la información extraída de Álvarez García<sup>6</sup> (2001) se conoce que:

---

<sup>3</sup>Beccaria, C. 1976. *De los delitos y de las penas*. Madrid. Ed. Aguilar.

<sup>4</sup>Asamblea Nacional. 2010. *Código Orgánico Integral Penal*.

<sup>5</sup>Muñoz Conde F y García Arán M. 2010. *Derecho Penal*. 8va. Edición. España. Tirant Lo Blanch.



No hay, pues, una obligación de proteger penalmente todo bien jurídico y mucho menos de protegerlo exclusivamente a través del Derecho penal, aunque de una Política criminal razonable cabe esperar que los bienes jurídicos fundamentales de carácter personalísimo (vida, integridad física, libertad) sean objeto de protección penal a través de la tipificación como delitos y consecuente amenaza de pena de los ataques más graves a los mismos, (p.66).

### **La subsidiariedad del derecho penal**

La subsidiariedad consiste en recurrir al Derecho penal, como forma de control social, solamente en los casos en que otros controles menos gravosos son insuficientes, es decir, según Álvarez García<sup>7</sup> "cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho", (pág. 73).

Prittwitz<sup>8</sup>, (1999), apunta dos significados para la subsidiariedad: uno negativo, que la equipara con la última ratio, y otro positivo, que exprime de qué manera el Estado junto al derecho penal y en el Derecho penal realiza un deber de ayuda. Concluye, entonces, que "la subsidiariedad es una norma de competencia (excluye las competencias negativas del Estado y fundamenta las positivas)", (pág. 24) (p.24).

De entre todas las ramas del ordenamiento jurídico, al Derecho Penal le incumbe la función de atribuir las sanciones más gravosas, porque hay un grave ataque de bienes jurídicos tutelados penalmente. Por ello, el Derecho penal debe ser considerado como la última ratio del sistema, lo que significa que, considerando la tesis de Muñoz Conde y García Arán, se puede citar que "cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea tan importante, o

---

<sup>6</sup>Alvarez García, 1999, pp. 16 ss.; MUÑOZ LLORENTE, 2001; SANTANA VEGA, 2001

<sup>7</sup>Muñoz, F. y García A., Mercedes. op. cit.

<sup>8</sup>PRITTWITZ, Cornelius. "El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿última ratio? - reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal" en ROMEO CASABONA, C.M. ed., La insostenible situación del derecho penal, Granada, Ed. Comares, 2000, traducción al castellano por CASTIÑEIRA PALOU, M. T., p. 431.

cuando el conflicto pueda ser solucionado con soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquéllas las aplicables". (p.74).

El Derecho Penal no puede ser tenido como prima o única ratio para la solución de los problemas sociales, que muchas veces son perfectamente filtrables por otras ramas del ordenamiento jurídico. De esta forma, como sustenta Bustos Ramírez<sup>9</sup>, la norma penal debe ser considerada como "un recurso excepcionalísimo frente al conflicto social", donde el Derecho Penal no sólo es la última, sino también la extrema ratio, es decir, interviene solamente cuando hayan fracasado todos los demás controles, formales o informales, (p.66).

No cabe duda que principios como el de última ratio tienen un indudable basamento de carácter político, pues, en definitiva, la decisión de intervenir constituye una determinación del legislador. De tal manera, que aquéllos sirven de orientación para las medidas que dentro del sistema jurídico penal se adopten.<sup>10</sup>, (pág. 9).

Ahora bien, aunque el Derecho Penal sea el que prevé las sanciones más gravosas (pena privativa de libertad), no es el único instrumento sancionatorio del ordenamiento jurídico. Así, para que la subsidiariedad del Derecho Penal sea llevada a efecto primeramente, deberá preferirse la utilización de los medios desprovistos del carácter de sanción; en seguida, tal como lo refirió Mirg Puig<sup>11</sup> "las vías que atribuyen sanciones no penales, como la civil o administrativa; en

---

<sup>9</sup>Bustos, J. J. y Hormazábal M. H. op. cit., p. 66.

<sup>10</sup>Marinucci, Giorgio/DOLCINI, Emilio. *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*. Milano: Giuffrè, 2004

<sup>11</sup>Mir Puig, S. (2015). *Derecho Penal*.

el hipótesis de fallo de esos medios, sólo entonces se apela al Derecho penal para sancionar el hecho". (p.90).

### **Carácter fragmentario del derecho penal**

El tratadista Mirg Puig<sup>12</sup> (s.f.), se refiere al tema al indicar que:

El carácter fragmentario consiste en limitar la actuación del Derecho penal a los ataques más violentos contra bienes jurídicos más relevantes. La protección de la sociedad justifica la actuación del Derecho penal en un Estado social. Esta protección es expresada a través de la tutela por el Derecho penal de bienes jurídicos (principio de protección de bienes jurídicos), que son los intereses sociales que merecen la protección penal en razón de su importancia, (p.91).

Por lo tanto, considerando la tesis de Muñoz Conde y Arán García,<sup>13</sup> "si una ley penal no protege un bien jurídico, hay infracción del principio de intervención mínima, acarreado la nulidad de esa norma, porque resultaría arbitraria", (pág. 81).

El ejemplo apuntado por Bustos Ramírez<sup>14</sup> es la protección penal del bien jurídico patrimonio: "el patrimonio está ampliamente protegido en el Código penal, pero no todo ataque a este bien jurídico tiene una respuesta penal. No está penalizado, por ejemplo, el incumplimiento de un contrato, el no pago de una deuda". Por lo tanto, para justificar la intervención penal es necesario un plus: la existencia del desvalor de acción y del desvalor de resultado, pues "... sólo una configuración doble del injusto (objetiva y subjetiva) que reconozca la importancia tanto al desvalor de acción como al de resultado puede dar una completa visión de los aspectos más relevantes del ilícito penal". (p.p. 67/159).

---

<sup>12</sup> MIR PUIG, Santiago. 2015. *Derecho Penal, parte general*.

<sup>13</sup> Muñoz, F. y García A., Mercedes. op. cit.

<sup>14</sup> Bustos, J. J. y Hormazábal M. H. op. Cit.

Considerando la tesis de Muñoz, F. y García A<sup>15</sup> (2010), se da a conocer que:

El desvalor de acción es, así, el límite entre una conducta delictiva y otra que no lo es, en el sentido de que constituye una especial peligrosidad para los bienes jurídicos<sup>24</sup>. Por ello, en el ejemplo arriba citado del bien jurídico patrimonio, hay conductas que, por no representar una especial peligrosidad para el bien que se trata de proteger, no se consideran delito. Y el desvalor de resultado tiene relación con el valor de un bien jurídico y la irreparabilidad del ataque a él dirigido, lo que justifica la sanción punitiva, (pág. 44).

Así, hay bienes jurídicos que poseen indiscutiblemente más valor que otros. Es lo que ocurre con el bien jurídico tutelado que es la vida si se compara al patrimonio. Una vez más tomando el ejemplo mencionado, en razón del valor del bien jurídico patrimonio, la conducta sólo será delictiva si es especialmente peligrosa o lesiva para el bien jurídico. En este sentido Roxin<sup>16</sup> afirma que, "... la realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor del resultado", (pág. 320).

En cuando a la opinión de Muñoz Conde<sup>17</sup>(2010), se logra entender que:

No todas las acciones que atacan bienes jurídicos son prohibidas por el Derecho penal, ni tampoco todos los bienes jurídicos son protegidos por él. El Derecho penal se limita a castigar únicamente las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, de ahí su carácter «fragmentario», pues de toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento jurídico, el Derecho penal sólo se ocupa de una parte o fragmento, si bien la de mayor importancia, (pág. 79).

### **Principio de intervención legalizada**

De la información disponible en Muñoz Conde<sup>18</sup>, (2010), se conoce que:

---

<sup>15</sup>Muñoz Conde F y García Arán M. 2010. *Derecho Penal*. 8va. Edición. España. Tirant Lo Blanch.

<sup>16</sup>Roxin, C. 1997. *Derecho penal. Parte general - fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. 2ª. edición, tomo I. Madrid. Ed. Civitas. Traducción al castellano de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y DE VICENTE REMESAL, Javier.

<sup>17</sup>Muñoz Conde F y García Arán M. 2010. *Derecho Penal*. 8va. Edición. España. Tirant Lo Blanch.

<sup>18</sup>Muñoz Conde F y García Arán M. 2010. *Derecho Penal*. 8va. Edición. España. Tirant Lo Blanch.

La gravedad de los medios que el Estado emplea en la represión del delito, la drástica intervención en los derechos más elementales y, por eso mismo, fundamentales de las personas y el carácter de *ultima ratio* que esta intervención tiene imponen necesariamente la búsqueda de un principio que controle el poder punitivo estatal y que confine su aplicación dentro de límites que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de los que ostentan o ejercen ese poder punitivo.

Este principio, tradicionalmente designado con el nombre de «principio de legalidad», establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el «imperio de la ley», entendida ésta como expresión de la «voluntad general», (págs. 85-86).

Abordando el tema en Muñoz Conde<sup>19</sup> (2010), encontramos que:

El *principio de intervención legalizada*, o de legalidad, sirve, pues, para evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo estatal. Aunque hoy se entienda como un principio fundamental del Derecho penal, su reconocimiento ha supuesto un largo proceso, en ningún modo continuo, en el que se observan, junto al deseo de los ciudadanos por conseguir un mínimo de garantías frente al poder punitivo estatal, retrocesos y vueltas a sistemas absolutos y arbitrarios, cuando no a burlas descaradas en la práctica penal de algunos Estados que, sin embargo, mantienen el principio de legalidad como «fachada formal» de su legislación penal positiva.

El principio de intervención legalizada supone, al mismo tiempo, un freno para una política penal demasiado pragmática que, decidida a acabar a toda costa con la criminalidad y movida por razones defensivas o resocializadoras demasiado radicales, sacrifique las garantías mínimas de los ciudadanos, imponiéndoles sanciones no previstas ni reguladas en ley alguna, (pág. 86).

## **Delito de abuso de confianza**

### **Definición y generalidades del abuso de confianza**

Estudiando la información disponible en la Amuchástegui Requena<sup>20</sup>, se puede conocer que: “El Diccionario de la lengua lo define como la “infidelidad

---

<sup>19</sup>Muñoz Conde F y García Arán M. 2010. *Derecho Penal*. 8va. Edición. España. Tirant Lo Blanch.

que consiste en burlar o perjudicar a otro que, por inexperiencia, afecto, bondad excesiva o descuido, le ha dado crédito”(Amuchastegui).

Investigando en Castellanos Fernando<sup>21</sup>, se llegó a conocer que:

Por abuso de confianza se entiende la disposición para sí o para otro, en perjuicio de alguien, de cualquier cosa ajena de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, ya sea por ejemplo de una cantidad de dinero en cualquiera de las formas que lo presentan, esto es, violando la finalidad jurídica de la tenencia, en forma tal, que el abusario obre como si fuera su dueño, sea para apropiársela en forma de ilícita retención, (Castellano).

Del mismo modo, según la tesis de Carrara<sup>22</sup>, nos da a conocer que:

En la práctica judicial se llega a confundir el abuso de confianza con el robo y el fraude; para delimitar estas figuras típicas se ha establecido el criterio de que en el abuso de confianza el sujeto activo ya detenta la cosa ajena mueble y únicamente dispone de ella en perjuicio de alguien, mientras que en el robo el activo del delito se apodera, va hacia la cosa mueble, y mientras que en el fraude la cosa va al activo, o sea es entregada por el pasivo en virtud de la actividad engañosa del activo.

Esto debido a que el momento consumativo del delito de abuso de confianza se constituye en el acto de apropiarse de la cosa, acompañado del dolo, o intención de no restituirla o devolverla a su propietario, de allí que, según Carrara, el elemento de la apropiación en el abuso de confianza incluye como presupuesto esencial, y por necesidad jurídica la intención de apropiarse por parte del agente del delito, intención que se traduce y resulta de un hecho externo que constituya jurídicamente acto de dominio, como sería la posesión de la cosa, (Carrara).

Según Fontan Balestra Carlos<sup>23</sup>, existen dos sujetos en este tipo penal, los mismos que son:

Sujeto Activo: Será cualquier persona, porque el tipo penal no especifica alguna calidad especial, ya sea por ejemplo que el sujeto activo deberá ser dueño, cuando la cosa se encuentre embargada y este tenga el carácter

---

<sup>20</sup>Amuchástegui R. Irma G. *Derecho Penal*. México. Editorial Harla.

<sup>21</sup>Castellanos, F. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. México. Editorial Porrúa.

<sup>22</sup>CARRARA, F. 2000. *Programa de Derecho Criminal*. –Segunda reimpresión de la tercera edición-, Parte Especial, Volumen III, Tomo V. Bogotá, Colombia. Editorial Temis.

<sup>23</sup>Fontan, C. 1994. *Tratado de Derecho Penal*. –Segunda edición actualizada por Guillermo Ledesma. Tomo VI. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot.

de depositario judicial, o como depositario de un contrato de prenda celebrado con alguna institución de crédito.

Sujeto Pasivo: Será cualquier persona, ya que esta es quien le ha confiado la tenencia del objeto, (Fontán).

Por otro lado, en el artículo 187 del Código Orgánico Integral Penal (2014), se tipifica al Abuso de Confianza de la siguiente forma:

La persona que disponga, para sí o una tercera, de dinero, bienes o activos patrimoniales entregados con la condición de restituirlos o usarlos de un modo determinado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La misma pena se impone a la persona que, abusando de la firma de otra, en documento en blanco, extienda con ella algún documento en perjuicio de la firmante o de una tercera, (pág. 83).

### **Bien jurídico protegido en el delito de abuso de confianza**

Analizando la información disponible en Derecho Penal, Edgardo Alberto Donna<sup>24</sup> (2001), se puede conocer que:

El Código Penal, en el Libro II, Título VI, ha adoptado como bien jurídico general para todos los tipos penales de ese título el término propiedad, que tiene una serie de problemas, como se verá, que van desde lo terminológico hasta lo conceptual, de manera que no es del todo adecuado, principalmente porque la voz propiedad no tiene un concepto unívoco para el Derecho sino todo lo contrario, es decir, es utilizada con diversas y distintas acepciones, (Donna, 2001)

### **Principios básicos del derecho penal**

#### **Principio de legalidad**

En Principio de Legalidad tiene origen en el siglo XVIII, y parte como una reacción contra la: arbitrariedad, el abuso del poder y la inseguridad jurídica.

---

<sup>24</sup>Donna, E.A. 2001. *Derecho Penal*. Tomo II. Argentina. Rubinzal - Culzoni

La filosofía de esa época apunta a esta dirección con Charles Louis de Secondat baron de Montesquieu y Jean Jacques Rousseau.

Su verdadero enunciado está en el libro de De los delitos y de las Penas de Cesar de Bonesana, Marqués de Beccaria. En el capítulo “**III Consecuencias**”<sup>25</sup> (2001), dice que: sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y que esta autoridad no puede residir mas que en el legislador que representa aun toda la sociedad agrupada por una contrato social,(pág. 74).

El Poder Legislativo (se pensaba en esa época) es incapaz de equivocarse.

Algunos autores dicen que el Principio de Legalidad fue plasmado por primera vez en la Cláusula N° 39 de la Carta Magna de Juan “sin tierra”<sup>26</sup>:

Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.

En este sentido, el principio de legalidad tiene dos presupuestos básicos a saber:

1.- La obligación de los Fiscales para investigar todos los casos, a menos que sea evidente que la posible noticia no constituya un delito o que se trate de un potencial delito cuyo ejercicio de la acción sea privada o existan requisitos de prejudicialidad; y,

2.- La obligación del órgano jurisdiccional de llevar a cabo el juicio si hubiere acusación fiscal. El Ecuador, ha consignado en forma material, normativa y vinculante la posibilidad de apartarse del principio de legalidad,

---

<sup>25</sup>Beccaria, Cesare. 2005. *De los delitos y de las Penas*. Bogotá, Colombia. Temis. 3ra.

<sup>26</sup>Carta Magna, Cláusula 39.



toda vez que ha consagrado el principio de oportunidad, fragmentando la lógica de buscar la imposición de la pena en todos los casos.

La aplicación del principio de oportunidad contribuye positivamente a reflexionar el principio de legalidad, rompiendo con la persecución penal obligatoria, permitiendo así que se realice una distinción en el tratamiento de los casos, a la vez que evita la innecesaria saturación de la justicia penal realizando un proceso de selección legal y racional.

Estas consideraciones le llevan a opinar que con la aplicación adecuada de este principio, es factible, que se consiga un descongestionamiento de la justicia penal, tanto en el área investigativa como en el contexto jurisdiccional.

Se trata de que al momento en que la fiscalía recepte las denuncias, está en la obligación de calificarlas para ver, si son viables o no para proceder con la investigación, con lo que innegablemente se logrará filtrar un considerable número de casos que en primera fase no tenían futuro, como hurtos callejeros y demás delitos bagatelares, en los que no hay ninguna posibilidad de identificar a los responsables.

De esta forma, el investigador público logrará utilizar eficientemente los recursos estatales que se encuentran disponibles para la persecución penal que ameriten la defensa de los intereses de la sociedad, absteniéndose de iniciar la investigación pre-procesal penal o desistir de una ya iniciada. Es obvio que una de las diferencias y avances más significativos entre el sistema inquisitivo y el modelo acusatorio, representa la aplicación del principio de oportunidad.

Hay que señalar que el principio de oportunidad no es nuevo, ya que tiene una vigencia que data desde tiempo, bajo el razonamiento de que cuando la

persecución del hecho supuestamente punible le corresponde a la persona ofendida, no hay soporte para diferenciarlo con el principio de legalidad.

### **Principio de oportunidad**

El principio de oportunidad puede entenderse como la oportunidad que tiene la Fiscalía como titular de la acción pública, de abstenerse de un caso, de solicitar ante el órgano jurisdiccional el sobreseimiento de la causa, bajo determinados requisitos previstos por la ley, pudiendo ser estos concurrentes o excluyentes entre sí.

La doctrina de Cruz Fernando (2010)<sup>27</sup>, nos indica que:

Este principio alternativo-procesal, otorga facultades discrecionales a la fiscalía para no iniciar la investigación /o/ suspenderla, actuando básicamente como una especie de criba (filtro) que se encarga de tamizar noticias de hechos presumiblemente típicos; concretamente los relatos que hacen referencia a una proposición de hecho que –ni de lejos– pudiera llegar a configurar delito y/o aquellas que tienen un obstáculo legal insubsanable que impide el desarrollo del proceso (prohibiciones) y/o presupuestos a ejercicio de la acción penal (cuestiones prejudiciales) y/o aquellas denuncias que contienen cuestiones fácticas presuntamente punibles pero que no existen antecedentes objetivos para iniciar la investigación y/o delitos culposos y, aquellos que en razón de la priorización de los recursos y empleo de la capacidad estatal de persecución criminal son dejados de lado (delitos bagaterarios), (págs. 59-60). (p.p.59 – 60).

Brito Diana<sup>28</sup> (2010), manifiesta que:

No podrá en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de Oportunidad regulado dentro del marco del Estado, el cual

---

<sup>27</sup>Ortiz, F. 2010. *El Modelo Adversarial en el Sistema Procesal Penal*. Primera edición. Loja–Ecuador. Editorial: Universidad Técnica Particular de Loja.

<sup>28</sup>Brito, D. 2010. *Justicia Restaurativa Reflexiones sobre la experiencia de Colombia*. Primera edición. Loja-Ecuador.

estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías, (págs. 51-52).

### **Principio constitucional *Iura novit curia***

Sentis Santiago en su obra *Iura novit curia*<sup>29</sup> (1978), determina que:

Sobre el origen histórico del aforismo *iura Novit curia* solo se conoce con precisión que era invocado como traducción latina de una expresión empleada por los jueces en el siglo XIII, cuando frente a las interminables discusiones normativas efectuadas por los letrados hacia las cuestiones de derecho con descuido de los hechos, eran obligados a interrumpirlos con la siguiente expresión: “aténgase el letrado a los hechos, que el juez conoce el derecho”.

Como bien ha escrito Sentís Melendo la frase *venite ad factum. Iura Novit curia* surgió como una advertencia de un juez fatigado por la exposición jurídica de un abogado y que, además, guarda relación con otro aforismo latino: *da mihifactum, dabo tibi ius*, el cual se traduce como “dame los hechos, yo te daré el derecho”. Igualmente, detalla su significación idiomática precisando que el sujeto en la oración es el término *curia* que representa al juez, al tribunal o al juzgador en general; el verbo es el término *novit*, el cual constituye la tercera persona del singular del pretérito perfecto de *nosco, noscis, noscere, Novit, notum*, y denota un conocimiento expresamente logrado –no un conocimiento que se va obteniendo dentro del proceso–; mientras que *iuraes* un término plural que significa “derechos”, refiriéndose al derecho objetivo, no así a los derechos subjetivos, (págs. 937-938).(p.p.937 – 938).

Peyrano<sup>30</sup> (1978), menciona que:

Aquel deber conlleva también al órgano técnico encargado de aplicar el derecho a que en su labor de suplir la ignorancia o de subsanar el yerro de las partes al fundar normativamente sus pretensiones, ponga todos los medios de investigación necesarios para procurarse el conocimiento del derecho vigente, incluso fuera del proceso, (pág. 69). (p.96).

En relación con lo expuesto, Montero Aroca<sup>31</sup>, (s.f.) señala que:

---

<sup>29</sup>Sentis, S. 1978. “*Iura Novit curia*”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XVI. Buenos Aires, Editorial Driskill.

<sup>30</sup>Peyrano, J. 1978. *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Buenos Aires, Editorial Astrea.

El *Iura Novit curia* pone de manifiesto el deber del juez de conocer el derecho y la facultad de aplicar en el caso concreto la norma adecuada; este deber y facultad no está sujeto a discusión doctrinal alguna, simplemente porque la norma jurídica no sirve para delimitar el objeto del proceso. (p.342).

En este mismo sentido, Sentís Melendo<sup>32</sup> sostiene que:

Para el juez es un deber el conocimiento del derecho y que a su vez este conocimiento encuentra su manifestación de interés máximo en su obligación de juzgar sin que pueda dejar de hacerlo bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de leyes. (p.940).

El citado profesor Ezquiaga Ganuzas<sup>33</sup> postula además que:

El aforismo *Iura Novit curia* expresa un principio estructural o institucional del sistema jurídico, es decir se trataría de lo que ha sido denominado principio-construcción o una *regula iuris*, una elaboración de la ciencia jurídica que sistematiza el ordenamiento jurídico, articula las funciones legislativa y jurisdiccional y se configura como un armazón o estructura que sostiene toda la organización jurídica. (p. 18 – 19).

El procesalista uruguayo Jorge Peyrano<sup>34</sup> recoge la limitación del principio de contradicción, reformulando el *iura Novit curia* bajo la denominación de “reconducción” de postulaciones y diferenciándola de la “recalificación”; así explica que en la “reconducción”, el juez cumple una tarea docente que también le incumbe, advirtiéndolo lo antes posible a la parte que ha elegido el camino equivocado, indicándole cuál es el rumbo correcto y permitiéndole, además, reformular su pretensión; mientras que en “recalificación”, el órgano jurisdiccional se circunscribe a señalar en la etapa final del proceso que se ha formalizado un encuadramiento legal

---

<sup>31</sup>Montero, J. Tomo I.

<sup>32</sup>Sentís Melendo, Santiago.

<sup>33</sup>Ezquiaga Ganuzas, F. J.

<sup>34</sup>Peyrano, J. “*Iuranovit curia* procesal: La reconducción de postulaciones”. En *Revista de Ponencias del II Congreso Internacional de Derecho Procesal*. Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima.

erróneo realizando el correcto, pero sin brindarle a las partes la posibilidad de reajustar sus pretensiones, (págs. 67-68).

## **Mediación**

### **Definición**

De la información que nos proporciona Brito Diana<sup>35</sup> (2010), se conoce que:

La mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, trata de permitir el intercambio de opiniones entre la víctima y el ofensor que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta. La persona que hace las veces de mediador o mediadora no administra justicia, es un facilitador natural para la comunicación entre la víctima y el victimario. El mediador o mediadora debe acercarse a la víctima y al ofensor/a a fin de asegurarse de que la mediación sea apropiada para ambos, (pág. 49).

### **Mediación penal**

Dentro del marco de este principio se presenta la mediación como una forma alternativa de resolución de disputas que permite a las partes recuperar el protagonismo en un conflicto que de hecho les pertenece, y arribar a soluciones pacíficas con posibilidades concretas de cumplimiento, donde la víctima encuentra satisfechos sus intereses, más allá de la reparación económica.

La mediación es un modo alternativo de buscar soluciones a los conflictos sociales que se producen a través de los delitos, es buscar un cambio en el sistema procesal, un cambio en la materialidad de las personas en cuanto a

---

<sup>35</sup> Brito, D. 2010. *Justicia Restaurativa Reflexiones sobre la experiencia de Colombia*. Primera edición. Loja-Ecuador.

lo que es el delito, proteger más a las víctimas y darles una oportunidad para que obtengan una reparación lo más pronto posible.

Según la tesis de Brito Diana<sup>36</sup>, podemos conocer que:

El encuentro víctima-ofensor es una oportunidad para que, en condiciones de seguridad física y emocional, la víctima se reúnan con el ofensor y discutan sobre el delito ocurrido con el acompañamiento de un mediador/a entrenado/a. Se pide a la víctima que cuente al ofensor los efectos físicos, emocionales y financieros que le ocasionó la agresión; se escucha al ofensor sobre la causas de su comportamiento; y finalmente se busca un acuerdo de reparación, (pág. 40).

Quienes defienden esta nueva teoría de la justicia enfatizan que la reparación del daño sólo puede alcanzarse mediante un proceso reparador, mediador –o facilitador- definido, en ocasiones, en términos de un proceso “en el que las partes del conflicto deciden de mutuo acuerdo cómo resolver el mismo y sus consecuencias”, o en términos de su finalidad “reparar en vez de castigar”<sup>37</sup>. (p.3).

### **Ventajas de la mediación penal para el sistema judicial**

- La importante disminución del tiempo que generalmente requiere procesar las ofensas penales dentro del sistema adversarial tradicional.
- El incremento de la comprensión y sentido de pertenencia de la comunidad respecto de su sistema de justicia criminal o juvenil, como resultado del compromiso y participación de víctimas y voluntarios.
- La justicia restitutiva traslada a la justicia de una ofensa contra una entidad abstracta como el estado, hacia un completo encuentro humano entre la

---

<sup>36</sup> Brito, D. 2010. *Justicia Restaurativa Reflexiones sobre la experiencia de Colombia*. Primera edición. Loja -Ecuador.

<sup>37</sup> ADAMS, A., “Restorative Justice, Responsive Regulation, and Democratic Government”, *Journal of Sociology and Social Welfare*, March 2004, vol. XXXI, N° 1.

víctima, el victimario y la comunidad, de tal modo que las características significativas de la experiencia criminal puedan ser tratadas y asumidas adecuadamente.

## **CAPÍTULO II**

### **2. ANÁLISIS DEL CASO**

En el mes de Octubre del año 2013, la señora Mónica Elvira Romero López, en su calidad de contratante; y el Señor Juan Manuel Quiros Calero, Representante legal de la empresa MADROÑO HOLDING S.A., en su calidad de contratista, celebraron un contrato civil que tenía por objeto el suministro de materiales y construcción de seis viviendas en un terreno de propiedad de la contratante; mismo que está ubicado en la parroquia Puerto Cayo, cantón Jipijapa, de la provincia de Manabí.

Dicho contrato estaba valorado en \$172.302,11 (Ciento setenta y dos mil, trescientos dos con 11/100, dólares americanos) y tenía un plazo de 90 días para la entrega de materiales y 60 días más para el montaje de la obra, lo que suma 150 días para su entrega total; existiendo prórroga pactada por los contrayentes hasta el 1 de agosto del año 2014.

Una vez suscrito el contrato, los pagos por parte de la contratante, señora Mónica Elvira Romero López, se realizaban periódica y constantemente, a medida que avanzaba la compra de los materiales que serían importados desde España y a medida que avanzaba la obra, desde el 10 de octubre del año 2013, hasta el mes de junio del año 2014, siendo el monto total pagado de \$141.116,75 dólares americanos.



Una vez realizados todos estos depósitos, la señora Mónica Elvira Romero López se abstuvo de seguir realizando pagos, puesto que se sintió afectada por la falta de entrega de los materiales y estancamiento en la ejecución de la construcción de las viviendas, por lo que con fecha 30 de junio del 2014, la antes mencionada, presentó un reclamo en el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de la ciudad de Manta; manifestando su inconformidad con el cumplimiento por parte del contratista y a la vez solicita dejar sin efecto el contrato celebrado y la devolución de la cantidad de \$128.418,50, valores que fueron entregados a la compañía demandada.

Con fecha 8 de septiembre del 2014 se realizó la respectiva Audiencia de Mediación, en la cual la Ab. Mirian Ovando Castro, en su calidad de Mediadora, deja constancia mediante Acta de Imposibilidad de Mediación que las partes no llegaron a ningún acuerdo.

El día 25 de Julio del año 2014, la señora Mónica Elvira Romero López, presentó una denuncia ante la Fiscalía General del Estado del cantón Manta, por el delito de Abuso de Confianza, tipificado en el artículo 560 del Código Penal, norma vigente al momento de la presentación de la denuncia; en contra del señor Juan Manuel Quiros Calero.

Con fecha 28 de julio del 2014, el fiscal, Ab. César Ponce Silva, inicia la Indagación Previa N. 130801814070430, y del mismo modo dispone se realicen las diligencias previstas en los numerales 2, 3, 5 y 8 del artículo 209 del CPP, a fin de determinar la existencia material del delito y los presuntos responsables.

Dentro de la indagación previa, el juez a cargo dictó una providencia ordenando una Inspección Judicial del lugar donde se estaba realizando la construcción de la obra; por lo cual el perito encargado de dicha diligencia emitió el respectivo informe indicando que de acuerdo al análisis respectivo la obra quedó parcialmente construida hasta el 23 de junio del 2014 en un 67,62%.

El día 20 de noviembre del año 2015 se realizó la audiencia de Formulación de Cargos en contra del señor Juan Manuel Quiros Calero, misma que fue realizada por la fiscal Ab. Luz Marina Delgado Delgado por el delito de Abuso de Confianza y se dicta la medida cautelar de presentación periódica cada 21 días en la Unidad Judicial, durante los 3 meses que dure la instrucción fiscal.

Con fecha 18 de febrero del 2016, la señora Mónica Elvira Romero López presenta su Acusación Particular en contra del denunciado, por el delito de Abuso de Confianza, tipificado en el artículo 560 del Código Penal, norma vigente al momento de la comisión del presunto delito.

Con fecha 19 de febrero del año 2016, mediante providencia dictada por el Juez de la Unidad Judicial Penal de Manta de Manabí, se da por concluida la instrucción fiscal y se señala día y hora para la audiencia preparatoria de juicio y sustentación de dictamen.

Con fecha 6 de Junio del 2016 se llevó a cabo la Audiencia Evaluatoria y Preparatoria de Juicio, donde la autoridad jurisdiccional competente se pronuncia al respecto resolviendo lo siguiente:

El delito debe causar un daño, consistente en un perjuicio económico.- El bien jurídico lesionado, en este caso, es el derecho personal de la víctima a la restitución o al uso determinado de la cosa, obligaciones que pesan sobre el o los procesados y que este o estos quebrantaron, violando así la confianza depositada en la perjudicada.

Se debe analizar la situación jurídica del procesado tomando en consideración todo lo que conste en el proceso, sea a favor o en contra del mismo, análisis que el señor Fiscal debe hacerlo de forma objetiva de acuerdo a los artículos 25 y 65 del mismo cuerpo de ley nombrado en líneas anteriores y al artículo 282 del Código Orgánico de la Función Judicial. Los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal establecen las normas fundamentales aplicables a la prueba, la cual debe ser apreciada por el juez de acuerdo a las normas de la sana crítica, es decir, a través de su conocimiento y experiencia. Consagra el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal, así mismo el artículo 88 ibídem reza: Para que de los indicios se pueda presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables, es necesario:

1.- Que la existencia de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho;

2.- Que la presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones; y,

3.- Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean:

- a) Varios;
- b) Relacionados, tanto con el asunto materia del proceso como con los otros indicios, esto es, que sean concordantes entre sí;
- c) Unívocos, es decir que, todos conduzcan necesariamente a una sola conclusión; y,
- d) Directos, de modo que conduzcan a establecerla lógica y naturalmente.

Todas las presunciones deben estar basados sobre indicios probados, precisos y concordantes y estos deben ser unívocos, varios, relacionados y directos y no cabe llamar a juicio a una persona por meras presunciones.-

Se debe tener en consideración los artículos 5, 6, 9, 19, 21, 20, 25 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial que hacen referencia a los Principios de: Aplicabilidad Inmediata y Directa de la Constitución, de Interpretación Integral de la Norma Suprema, de Imparcialidad, Dispositivo, de Inmediación y Concentración, de celeridad, de Probidad, de la Seguridad Jurídica y de la Verdad Procesal , relacionados todos con la Constitución de la República del Ecuador; Por lo que, el suscrito Juez, una vez que se ha analizado las constancias procesales enunciadas anteriormente, con las que a criterio del suscrito, efectivamente, se establecen los indicios sobre la Materialidad de la infracción; así como también existen indicios sobre la responsabilidad del procesado JUAN MANUEL QUIROS CALERO, indicios que emergen de manera esencial de la denuncia presentada por la ofendida MONICA ELVIRA ROMERO LÓPEZ que consta desde fojas 3 hasta fojas 14 del expediente de la Fiscalía, debidamente reconocida, donde además de reconocer su denuncia se ratifica en su contenido,

constancias de cargo que jamás fueron desvanecidas por el procesado durante la Etapa de Instrucción Fiscal, ni durante la Audiencia Preparatoria del Juicio y Formulación del Dictamen.

La Fiscalía por considerar que existe el nexo causal del Art. 88 del Código de Procedimiento Penal, manifiesta que existe materialidad y responsabilidad del señor JUAN MANUEL QUIROS CALERO y adecua su conducta como autor conforme al Art. 42 y Art. 560 del Código Penal y conforme al Art. 114 y 224 emite dictamen acusatorio solicitando que se mantengan las medidas ya dictadas anteriormente contra el señor mencionado, su abogado defensor el Ab. Arturo Gualberto Mera Intriago, manifiesta que no está de acuerdo con el dictamen acusatorio manifestado por la señora Fiscal ya que considera que no existen elementos de responsabilidad en contra del mencionado señor, en tal virtud el suscrito Juez acogiendo lo solicitado por la Fiscal Ab. Luz Marina Delgado Delgado y por el Dictamen Acusatorio DICTO AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO en contra del señor JUAN MANUEL QUIROS CALERO, con cédula de ciudadanía número 095448347-5, de estado civil casado, EN CALIDAD DE AUTOR CONFORME AL ART. 42 Y 560 DEL CÓDIGO PENAL, manteniéndose las medidas que pesan sobre el mencionado señor conforme a las que ya fueron dictadas anteriormente, esto es la presentación en esta Unidad Judicial Penal cada 21 días.- Envíese este llamamiento a Juicio al Tribunal de Garantías Penales de esta ciudad de Manta.- Téngase en cuenta la pruebas anunciada tanto por la Fiscalía cantonal, como de la defensa particular del procesado.”(Manta, 2016).

En la presente decisión, el juez hace referencia al artículo 5 de la Constitución de la República, en donde se determina que:

Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, o para negar el reconocimiento de tales derechos. (p. 4).

Artículo 42 del Código Penal<sup>38</sup> (1971), determina que:

Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin, (pág. 15). (p. 15).

Dictado el Auto de Llamamiento a Juicio, el Dr. Arturo Mera Intriago, defensor del acusado, con fecha 8 de junio del mismo año, mediante solicitud de Nulidad Procesal ante la Sala Especializada en materia penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, manifestó su divergencia en la decisión tomada por el juez a cargo del proceso.

---

<sup>38</sup>Congreso Nacional. 1971. *Código Penal*. Ecuador. Registro Oficial.

El recurso de nulidad se interpuso fundamentándose en lo establecido en los artículos 330 N. 1) del CPP, que dice: “Habrá lugar a la declaración de nulidad, cuando el juez de garantía penales o el tribunal de garantías penales hubieren actuado sin competencia”. (p. 340).

Artículo 33139 del mismo cuerpo legal, que dice: “Si al momento de resolver un recurso, la Corte respectiva observare que existe alguna de las causas de nulidad enumeradas en el artículo anterior, estará obligada a declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso desde el momento en que se produjo la nulidad a costa del funcionario u órgano jurisdiccional que la hubiere provocado. Sin embargo, se declarará la nulidad solamente si la causa que la provoca tuviera influencia en la decisión del proceso”. (p. 341).

El artículo 33240 de la misma norma, que manifiesta: “El recurso de nulidad podrá interponerse por las partes, dentro de los tres días posteriores a la notificación de la sentencia, del auto de sobreseimiento, o de llamamiento a juicio, haciendo constar la causa de la nulidad.” (p.342).

Con fecha 10 de Agosto del 2016 se llevó a cabo la audiencia de Recurso de Nulidad donde intervinieron los sujetos procesales y el tribunal de la sala conforme a los hechos narrados, resolvió lo siguiente:

---

<sup>39</sup>Congreso Nacional. 2000. Código de Procedimiento Penal. Ecuador. Registro Oficial

<sup>40</sup>Congreso Nacional. 2000. Código de Procedimiento Penal. Ecuador. Registro Oficial

“Por lo expuesto y ante los hechos analizados, La Sala observa que dentro de la tramitación de esta causa se ha violentado el trámite y se han trasgredido principios constitucionales que infieran en la decisión de la causa, por lo que RESUELVE aceptar el recurso de nulidad presentado por el procesado Juan Manuel Quiros Calero; y, de acuerdo a lo que dispone el art. 330 numerales 1 y 3 del Código de Procedimiento Penal se declara la nulidad de todo lo actuado dentro de la presente causa desde la audiencia de formulación de cargos a costas de los funcionarios que la provocaron.”; también Por ello creemos pertinentes poner adjunto un análisis doctrinario donde claramente se puede apreciar acerca del derecho penal mínimo

***“Qué bienes jurídicos deben entonces protegerse en la norma penal?”***

La respuesta surgió, históricamente, con la corriente iluminista y sus exponentes: Tomassius, Feuerbach, Romagnosi, Bentham, Pagano y Carmigniani quienes sostenían que *el objeto del delito debe ser necesariamente un derecho subjetivo natural de la persona*, denominación en la que se incluyen derechos fundamentales que a decir de Locke son *aquellos para cuya tutela se constituye el Estado*.

Luego Birbaun amplía esta noción a *cualquier bien que debe ser tutelado por el Estado*. En tanto que Hegel lo torna abstracto cuando expresa que *es aquello que es justo en su existencia* ( el derecho en sí), en la misma línea, perdiendo todo vínculo con los intereses materiales de los individuos de carne y hueso a los que se pretende regular, Ihering señala que el bien jurídico protegido *es todo lo que*



*puede servir al interés del Estado, y Binding lo expresa de modo más crudo cuando señala que es todo lo que tiene valor a los ojos del legislador, rasgo que es característico de las doctrinas fascista y nazista en donde incluso se pasa del interés del Estado al interés del caudillo o del líder (Führer) para la determinación per se de lo que debe tutelarse como bien jurídico a través de la norma penal, tal y como ya lo exponía Giuseppe Maggiore *todo delito es en definitiva un delito de felonía, un crimen de lessa majestad. [3]**

Este ha sido el trajín histórico de la noción y conceptualización de bien jurídico ocurrida principalmente en Europa, para luego de las postguerras mundiales reparar en la referencia semántica de bien jurídico, para luego redefinirlo y encontrar su verdadera función axiológica a tono con la Constitución, dotándole a la norma de (contenido) de un contenido que lo sustente.

Para ahondar en la reflexión, ya en nuestros lares, se ha de considerar que el Estado ecuatoriano (constitucional de derechos y justicia) de entre las opciones político criminales escogió la mínima intervención penal, así se colige del texto del art. 195 constitucional en que se determinan las funciones de la Fiscalía General del Estado. Posicionamiento normativo que es ciertamente parcial toda vez que se enfoca sólo sobre la persecución penal pública, dejando de lado la privada y la contravencional. En la privada, aparentemente, no existe el propósito de viabilizarlo, con lo que no se logra la realización de derecho penal mínimo al mantenerse vigentes tipos penales arcaicos y de bagatela. En tanto que, las contravenciones bien merecen desaparecer o ser reguladas a través del derecho administrativo.

Es en ese entorno en el que aparece el Proyecto de Código Penal Integral, promovido desde la Asamblea bajo la premisa de “curar” el estado de situación deveniente del crecimiento exponencial de la delincuencia.[4] Esta premisa ha servido para acelerar su proceso de discusión y aprobación pero sin incluir las necesarias reflexiones sobre la clase de derecho penal que el país quiere tener. Debe sumarse a esto que necesaria e invariablemente, debe estar a tono con los postulados de la Constitución de la República que sí reconoce, aunque parcialmente, la mínima intervención penal y desde luego estar inserto en la tendencia del garantismo que morigera el rigor del ius puniendi y provee al juez, de todo rango y funcionalidad, la calidad de garante y por tanto la potestad para controlar derechos en el proceso y la aplicación pro homine en los casos concretos sometidos a su conocimiento y resolución.

De lo expresado, surgen más preguntas que respuestas, pues el propósito del foro y la academia, no siempre es encontrar, de modo inmediato, soluciones, sino empezar por tratar seriamente los temas que involucran el destino de todos y todas los ciudadanos y ciudadanas en cuanto al derecho penal que queremos tener como Estado.

Quizás una de las virtudes de la propuesta de Código Penal Integral es la unicidad, es decir, el hecho de aglutinar los ejes: adjetivo, sustantivo y ejecutivo penal.

No obstante, me pregunto: se ha definido por el Estado la opción político-criminal a implementar?

Se ha escogido acaso el maximalismo, el minimalismo o el abolicionismo?

Luego de definir la opción político criminal, en el mínimo, ésta debe ser congruente con la Constitución, es decir, tanto en los tipos como la punición, medidas cautelares, etc., Este no sólo será el límite del ius puniendi sino la declaración del deber ser (valor teleológico) del derecho penal dentro del Estado.

Pero de nada servirá escoger por una opción político-criminal mínima, si en la definición de los tipos penales no se precisa con claridad cuáles son los bienes jurídicos de relevancia que realmente requieren de una tutela a través del derecho penal que es de ultima ratio por ser el mas restrictivo de los derechos.

Es evidente que no hay sistemas perfectos pero si perfectibles, es obvio que es necesario el derecho penal, pero en qué medida? y una vez determinada esta medida hay que tomar conciencia que el derecho penal no cura nada y menos aún rehabilita, re socializa, ni repara.

Es por ello que también en la elaboración de la ley penal, luego de resuelto qué penalizar (bienes jurídicos) por qué penalizar, corresponderá luego establecer la medida de la pena que no puede ser sino mínima.

Tal y como está concebido el proyecto de ley penal se evidencia que la tendencia implícita en él, es ampliar el espectro penal al incluir nuevos tipos penales, con bienes jurídicos de discutible relevancia que pasan de la noción del derecho

individual a un controvertible derecho colectivo y/o del Estado, luego se mantienen los tipos penales de bagatela y el índice contravencional, lo cual es incongruente con los postulados de los mínimos, siendo también relevante la proporcionalidad de la pena que no está muy claramente definida, pues para ello hay que partir de la base de los bienes jurídicos que se pretenden tutelar a través de las normas y luego precisar la medida de la pena (dosimetría).[5]

Tómese en cuenta que los criminalizados, los victimizados y los policializados[6] (o sea todos los que padecen los efectos de esta “guerra de inseguridad”) son seleccionados de los sectores subordinados de la sociedad en donde el ejercicio del poder punitivo aumenta y reproduce, de modo directamente proporcional, los antagonismos que ahí subyacen. De donde la cura resultará peor que la enfermedad.

Espero con todo fervor equivocarme, pero estos ciclos ya han sido materia de estudio a lo largo de la historia de la humanidad, sin embargo el género humano no aprende y continúa sosteniendo que el derecho penal lo cura todo y está por sobre todo, cual ídolo de piedra al que se acude en momentos difíciles, frente a cuestiones ciertamente insalvables”.

El artículo en el que se basó la nulidad del artículo 330, numerales 1 y 3 del Código de Procedimiento Penal<sup>41</sup>, que determina las causas de nulidad:

Habrà lugar a la declaración de nulidad, en los siguientes casos:  
1. Cuando el juez de garantías penales o el tribunal de garantías penales hubieren actuado sin competencia; y,

---

<sup>41</sup>Congreso Nacional. 2000. Código de Procedimiento Penal. Ecuador. Registro Oficial.

3. Cuando en la sustanciación del proceso se hubiere violado el trámite previsto en la ley, siempre que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa, (Nacional C. , 2001).

Como lo explica el artículo citado en el párrafo anterior, las causas por las que se determinó la nulidad del proceso por el cual se llamó a juicio al señor Juan Manuel Quiroz Calero, fueron la falta de competencia del juez para llevar a cabo la causa, ya que como era evidente desde un inicio, el conflicto inició por el incumplimiento de un contrato civil; y de acuerdo a esto, la vía correcta era la vía civil, ante los jueces garantistas de la Unidad Civil, mas no ante los jueces penales.

La otra causa por la cual se declaró la nulidad del proceso, fue por haber violado el trámite correspondiente, ya que como se lo ha repetido anteriormente, la vía civil no era la vía correcta.

De acuerdo al principio de mínima intervención penal que se encuentra consagrado y descrito en el Art. 3 del Código Orgánico Integral Penal, presentada la denuncia ante la Fiscalía, este funcionario como titular del ejercicio de la acción penal pública, tal como lo consagra el art 195 de la constitución<sup>42</sup>:

La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial;

---

<sup>42</sup>Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Ecuador.

dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley, (pág. 66).

Así mismo está determinado en el artículo 411 del Código Orgánico Integral Penal<sup>43</sup> (2014):

La Fiscalía, ejercerá la acción penal pública cuando tenga los elementos de convicción suficientes sobre la existencia de la infracción y de la responsabilidad de la persona procesada. La o el fiscal podrá abstenerse de ejercer la acción penal, cuando:

1. Se pueda aplicar el principio de oportunidad.
2. Se presente una causal de prejudicialidad, procedibilidad o cuestiones previas, (págs. 157-158).

...el Fiscal debe examinar si en el hecho fáctico expuesto en la denuncia, existe o no los elementos constitutivos del tipo penal denunciado en el caso concreto, materia de nuestro estudio, el ABUSO DE CONFIANZA; porque se sabe y se conoce que los hechos contenidos en una denuncia son meras sospechas, y estas, constituyen dudas y el Fiscal para poder formular cargos o dictar la respectiva instrucción fiscal, requiere dos presupuestos fundamentales como son, haberse establecido la existencia material de un hecho conforme a derecho, datos que hagan presumir la participación de la persona en el hecho denunciado.

Sobre el derecho de castigar Montesquieu<sup>44</sup> sostiene que “toda pena que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránica”, (pág. 59).

En el caso del presente estudio, se pudo visualizar, que el señor Juan Manuel, a lo largo de toda la indagación previa, probó y demostró de forma

---

<sup>43</sup>Asamblea Nacional. 2014. Código Orgánico Integral Penal. Ecuador.

<sup>44</sup>Marqués, C. (1993). Tratado de los Delitos y de las Penas, Brasil, Editorial Heliasta,

documentada, que la relación que había mantenido con la denunciante Mónica Elvira, había sido un contrato de obra civil, el cual de acuerdo al contrato original y su adendum debió haber concluido en el mes de agosto del año 2014, sin embargo, el mismo no pudo concluir en vista de que la denunciante en el mes de junio del mismo año, procedió a separarlo del lugar donde se encontraba ejecutando la obra.

Asumiendo que lo expresado por el ciudadano Juan Manuel, se ajuste a la verdad, lo legal y constitucional era haber demandado en el campo civil el incumplimiento de dicho contrato, ya que como indica Bustos Ramírez<sup>45</sup>:

Es la protección penal del bien jurídico patrimonio: "el patrimonio está ampliamente protegido en el Código penal, pero no todo ataque a este bien jurídico tiene una respuesta penal. No está penalizado, por ejemplo, el incumplimiento de un contrato, el no pago de una deuda". Por lo tanto, para justificar la intervención penal es necesario un plus: la existencia del desvalor de acción y del desvalor de resultado, pues "... sólo una configuración doble del injusto (objetiva y subjetiva) que reconozca la importancia tanto al desvalor de acción como al de resultado puede dar una completa visión de los aspectos más relevantes del ilícito penal, ". (p.p. 67/159).

Por otro lado adjuntamos un análisis técnico jurídico de juristas de la universidad de Valencia con respecto al principio de subsidiariedad y mínima intervención penal

El principio de intervención mínima, para Carlos Blanco Lozano, quiere decir que "el derecho penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino sólo en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos" (2003, 122).

---

<sup>45</sup>Bustos, J. J. y Hormazábal M. H. op. Cit.

Hemos de preguntarnos cuál es su sentido jurídico, esto es, en qué medida cobra significación a la luz de la dogmática. Es muy ilustrativa al respecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de ocho de enero del año 2004, cuyo ponente fue el Excelentísimo señor don José Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, actualmente magistrado del Tribunal Supremo. Se transcribe, a continuación, uno de sus pasajes más ilustrativos:

“El principio de intervención mínima, que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:

a) El ser un derecho fragmentario, en cuanto no se protegen todos los bienes jurídicos, sino tan solo aquellos que son más importantes para la convicción social, limitándose además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.

b) El ser un derecho subsidiario que, como ultima ratio, ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

(...) el carácter doblemente fragmentario del derecho penal, a que hemos hecho referencia, como principio inspirador del concepto material del delito, no sólo exige la protección de los bienes jurídicos más importantes, sino también que dicha protección se dispense sólo frente a los ataques más importantes y reprochables y exclusivamente en la medida que ello sea necesario”.

El punto de partida, pues, es el principio de proporcionalidad. Hoy día no se concibe como una ponderación abstracta entre el peso de las respectivas



magnitudes de la pena y del delito. O sea, que hemos de desterrar la imagen de una balanza en cada uno de cuyos platillos se posara la infracción penal y su sanción, hasta alcanzar una especie de equilibrio ideal entre ambos. El objetivo es la búsqueda de la eficacia. La pena será proporcionada en la medida en que su contenido de violencia sea suficiente para lograr los fines a los que aspira. Todo lo que rebase ese umbral será superfluo y, por ende, desproporcionado. Por eso se habla de que son corolarios suyos los principios de “necesidad” y “utilidad”. En las palabras del magistrado don Javier Hernández García, sus límites se exceden cuando se produzca una “inadecuación clara entre el medio empleado y las finalidades obtenidas” (2005, 36).

Este planteamiento permite percibir la esencia de la intervención mínima. Ha de ser “mínima” en tanto que la represión criminal no se presenta como un fin en sí misma, sino que está subordinada al cumplimiento de unos objetivos. Y, dado que el Estado usa de la sanción más potente de la que dispone (la pena), la reserva a los supuestos extremos, sólo los más graves. Por eso ha de ser comedido. He aquí uno de los componentes del principio de intervención mínima: la fragmentariedad. Es decir, que el derecho penal no protege todos y cada uno de los bienes jurídicos, sino sólo los más preciados.

La sentencia citada también se refería al principio del principio de *ultima ratio*, igualmente como manifestación del de intervención mínima. El ponente aclara que debe recurrirse al derecho penal “exclusivamente en la medida que ello sea necesario”. En este sintagma se condensa la idea clave que lo inspira. Si la pena no vale para proteger el bien jurídico, de nada sirve imponerla. Un buen ejemplo es el principio de insignificancia.

La motivación del auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 25 de marzo del año 2008, en lo que toca al principio de intervención mínima, se contrae a la siguiente idea: el bien jurídico afectado por las conductas de venta callejera ya recibe eficaz tutela en otras ramas del ordenamiento jurídico, luego el derecho penal sobra. Esta función se reserva a otras normas, ora las relativas a la propiedad intelectual, ora a la regulación administrativa sobre orden público.

En sus propias palabras: “(...) el delito sólo lo configuran aquellas conductas infractoras de los derechos de las propiedades intelectuales e industriales que por su gravedad trasciendan del ámbito mercantil y justifiquen la aplicación del tipo penal”: Asimismo, “contra la venta callejera de estos productos, por personas que sólo buscan una manera de ganarse la vida, la lucha no pasa, a juicio de esta Sala, por la aplicación del derecho penal, sino por la de normas de orden público que impidan este tipo de ventas, debiendo entrar en juego las normas administrativas sancionadoras, a través del cumplimiento de las respectivas ordenanzas municipales que de manera general prohíben la venta ambulante o descontrolada”.

Semejante fundamentación jurídica parece *prima facie* ser respetuosa con los principios antes enunciados. Tengamos presente que la sanción criminal está sometida al principio de *ultima ratio* y, consiguientemente, sólo entra en escena cuando haya fracasado el resto de los instrumentos legales. Luego, si el tribunal comprueba que otras ramas del ordenamiento jurídico brindan suficiente protección, habrá abstenerse de imponer pena alguna. En caso contrario, se haría caso omiso de los principios de necesidad y utilidad, amen de violar las exigencias de proporcionalidad.

Traigamos a colación nuevamente la dimensión de la proporcionalidad, tal como lo enunciaba el magistrado don Javier Hernández García. La desproporción entre los medios y los fines acarrea una “irracionalidad ética” al utilizarse “un exceso de coacción punitiva no necesaria para la protección de los intereses en juego” (2005, 39) por “concurrir espacios de protección superpuestos” (2005, 47).

Sería, entonces, factible construir una regla en virtud de la cual cuando, para la protección de un mismo bien jurídico, coexistan acciones civiles (en su sentido más amplio) y penales, habría de conferirse preferencia a aquellas frente a éstas. Sería sencilla solución, si no fuese porque contradice la consolidada doctrina del Tribunal Supremo.

El Alto Tribunal ha repetido que el destinatario del principio de intervención mínima, ante todo, es el legislador, no el juez (sentencia de 13 de junio del año 2.000, fundamento jurídico segundo, ponente Excelentísimo señor don Enrique Bacigalupo Zapater). Lo clarifica en el segundo de los fundamentos jurídicos con estas palabras:

“El principio de "intervención mínima" no puede ser invocado como fundamento de la infracción de Ley en el recurso de casación, toda vez que sólo es un criterio de política criminal dirigido particularmente al legislador y sólo inmediatamente puede operar como criterio regulador de la interpretación de las normas penales, que en ningún caso puede servir para invalidar una interpretación de la ley ajustada al principio de legalidad. Su contenido no puede ir más allá, por lo tanto, del principio liberal que aconseja que en la duda se adopte la interpretación más favorable a la libertad (in dubio pro libertate)”.

En la misma línea la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero del año 2003, fundamento jurídico decimoctavo, ponente Excelentísimo señor don Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, en estos términos (fundamento jurídico 18o):

“El llamado por la doctrina principio de intervención mínima no está comprendido en el de legalidad ni se deduce de él. Reducir la intervención del derecho penal, como última "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio precisamente con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y la penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal.”.

Diríase que estas enseñanzas caen en saco roto, pues la doctrina académica porfía en la falsa creencia de que al juzgador le es dado comprobar por sí mismo la eficacia punitiva de la norma penal y, según vea, decidir si es aplicable o no. A tal extremo llega esta distorsión que algún autor llega a calificar de minoritaria la postura contraria (GÓMEZ IBARGUREN, 2007), cuando es precisamente la que avala la más alta institución judicial del Reino de España.

Sea como fuere, es muy importante hacer hincapié en que esta tesis no es fruto de un capricho de los magistrados del Supremo, sino que representa la única que goza de respaldo positivo. Los artículos tres a siete de la Ley de Enjuiciamiento Criminal resolvieron tiempo ha las dudas en esta materia.

Recordemos que el artículo tres estipula que: “Por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extienda a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación”. Es más, “si la cuestión civil prejudicial se refiere al derecho de propiedad sobre un inmueble o a otro derecho real, el Tribunal de lo criminal podrá resolver acerca de ella cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión”. (artículo seis) Y, en todo caso, “si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquella por quien corresponda (...) – artículo cuatro”. Ante reglas tan claras, lo verdaderamente sorprendente es que se sostenga que la convergencia de espacios de protección acarree la destipificación de conductas que encajan dentro de la descripción del articulado del Código Penal.

Es verdad que los tribunales está facultados para tomar en consideración el principio de intervención mínima, mas sólo como un criterio exegético auxiliar que, a la postre, se reduce llanamente al reconocimiento del principio *in dubio pro libértate* (como puntualiza la citada jurisprudencia). O sea, un recordatorio del principio *in dubio pro reo*, de la presunción de inocencia y, en definitiva, de todo el repertorio interpretativo a favor del sujeto pasivo de la acción penal que ha regido tradicionalmente en los juzgados patrios. Insistimos, lo que llama muchísimo la atención es que, invocando tan vaporoso principio, se llegue nada más y nada menos que a inaplicar la legislación criminal.

En el fondo subsiste una tendencia, hoy arcaica, que defendían jurisconsultos como Crispigni o Maurach y, según la cual: “Al derecho penal no le correspondería una función valorativa, sino meramente sancionadora. Las normas (mandatos y prohibiciones) del derecho penal podrían ser deducidos en su totalidad de otros sectores del ordenamiento jurídico” (CEREZO MIR, 2004, 68-69). Partiendo de esta concepción, la represión criminal sería como una especie de techo superior del edificio jurídico, al que sólo se llegaría después de haber ascendido fatigosamente a lo largo de los peldaños de las otras disciplinas legales. Como el propio Cerezo Mir reconoce, esta posición doctrinal no ha encontrado acogida entre la dogmática moderna.

En conclusión, es el legislador el que ha de plegarse al principio de intervención mínima. A los tribunales sólo afecta en tanto que han de interpretar las normas de la forma en que resulte más favorable al reo. No obstante, este canon hermenéutico no precisa para su formulación del referido principio, sino que radica en la médula del sistema de justicia criminal nacido tras la Revolución Francesa. Por eso, si un juzgador, estima que cualquier norma penal vulnera el principio de proporcionalidad, lo que tiene que hacer es plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Jamás, empero, inaplicarla, pues entonces estaría usurpando el papel del legislador y quebrando la división de poderes.

Quizás este nítido esquema se enturbie un tanto ante la presencia del principio de insignificancia, que conduce a sentencias absolutorias cuando no se alcanza a dañar el bien jurídico que el precepto penal tutela. Ahora bien, a poco que se medite con algo de detenimiento, es evidente que hace acto de aparición

el principio de legalidad, ya que, a fin de cuentas, opera una exclusión tácita dentro la descripción típica.

El Código Penal prohíbe traficar con drogas. Lo que sucede es que no merece la consideración de tal un producto que ha sido tan adulterado que ha perdido su potencial psicoactivo. Lo mismo con una falsedad tan tosca que resulte objetivamente inhábil para engañar a nadie. Compárese ahora, y véase cuán distinta es esta postura de la que mantiene que el derecho penal ha de ceder siempre que otras ramas del ordenamiento jurídico otorguen protección igualmente eficaz. Es perfectamente plausible que el legislador confeccione un ramillete de acciones (civiles y penales) para defender por varios flancos un mismo bien jurídico. Y el juez carece de potestad para cerrar la puerta de los tribunales penales porque, según su criterio, considere que la protección es redundante.

Otro de los puntos, es que las partes se habían sometido al centro de mediación y arbitraje de la cámara de comercio de la ciudad de Manta, de conformidad a lo que establece el art 42 de la ley de arbitraje, clausula que de conformidad a la ley de mediación y arbitraje, excluye a cualquier juez ordinario, sea civil o penal, lo cual en efecto así ocurrió, ya que la ciudadana, MÓNICA ELVIRA ROMERO LÓPEZ, presentó su respectiva demanda ante el centro de mediación y arbitraje de la ciudad de manta.

El art 1454 del Código Civil<sup>46</sup> (19), manifiesta que el contrato constituye ley para las partes, por lo que, al existir un supuesto incumplimiento en la ejecución del contrato, otra de las alternativas que debió haber escogido la

---

<sup>46</sup>Congreso Nacional. 2005. *Código Civil*. Ecuador.

señora Mónica, era el de haber solicitado la liquidación del contrato, para establecer cuál era el porcentaje de lo ejecutado en obra, (Nacional C. , Civil, 2005).

Todos estos argumentos fueron esgrimidos por el denunciado Juan Manuel, en la fase de indagación previa, que se llevó acabo ante la señora agente fiscal, es decir, que era evidente que existían otros mecanismos extra penales, tal cual se lo ha expuesto; sin embargo, la señora Agente Fiscal, contrariando todo principio legal y constitucional, procedió a formular cargos en contra del ciudadano Juan Manuel Quiros Calero, sin obtener los presupuestos necesarios para la dicha formulación, y además solicitar varias medidas cautelares reales, violando el principio de oportunidad, ya que con éste pudo abstenerse de iniciar un proceso penal en contra del ciudadano mencionado, por el simple hecho de que la conducta no era penalmente relevante, de acuerdo al artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal<sup>47</sup>, mismo que establece que “son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables”, (pág. 10); de haberse aplicado este principio, la Fiscalía hubiera ahorrado tiempo y dinero al Estado, estimulando la economía procesal del Sistema Judicial Penal.

Posteriormente y una vez concluida la instrucción fiscal y llevada a efecto la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, el Señor Juez de la Unidad Judicial Penal, determinó, que existían graves y fundadas presunciones de responsabilidad en contra del procesado Juan Manuel, por lo que, procedió a dictar el auto de llamamiento a juicio.

---

<sup>47</sup>Asamblea Nacional. 2014. *Código Orgánico Integral Penal*. Ecuador.



Tomando en cuenta la decisión tomada por parte del juez, al dictar auto de llamamiento a juicio al procesado, se puede estudiar que se violenta el principio constitucional *Iura Novit Curia*, mismo que significa, que el juez conoce de derecho; mas sin embargo, en este caso, el juez faltó a este principio.

El actuar de los operadores de justicia en este puntual caso, se puede determinar que existió una mala administración de justicia, lo cual causó un perjuicio económico al Estado y a la vez pérdida de tiempo al sistema judicial, al iniciar todo un proceso que dio como resultado una nulidad procesal.

De acuerdo al párrafo que antecede, podemos citar el artículo 11, numeral 9, inciso cuarto de la Constitución de la República del Ecuador<sup>48</sup>, que manifiesta lo siguiente:

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso(pág. 4). (p. 4).

Al hablar del debido proceso, se acude al artículo de la misma Constitución<sup>49</sup> (2008), que nos determina que:

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

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no

---

<sup>48</sup>Asamblea Constituyente. 2008. Constitución de la República. Ecuador.

<sup>49</sup>Asamblea Constituyente. 2008. Constitución de la República. Ecuador.

prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.(Nacional A. , 2008).

Una vez citado el artículo constitucional que responsabiliza a los operadores de justicia, por la mala administración y por faltar a las normas del debido proceso,

citadas anteriormente, es fácil determinar que el Estado es el único responsable en enmendar todo el daño y perjuicio que se le ocasionó al ciudadano Juan Manuel Quiros Calero; y es por esto que al momento de declararse la nulidad, se realiza a costas del juez garantista de los derechos del mismo.

Cabe precisar que este proceso, se sustanció o tramitó con las normas del Código Penal y Procesal Penal vigentes hasta el 10 de agosto del año 2014, fecha en la cual existía el recurso de nulidad como medio de impugnación, al cual se acogió el procesado Juan Manuel, interponiendo dicho recurso de nulidad, aduciendo que se había violado el art 330 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal<sup>50</sup> (2001), que consagra que habrá lugar al recurso de nulidad cuando en la sustanciación del proceso se hubiera violado el trámite previsto en la ley, siempre y cuando dicha violación incida en la decisión de la causa, (Nacional C. , 2001).

En efecto, una vez que el recurrente fundamentó el recurso de nulidad ante la sala especializada en materia penal, de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, en donde además, incorporó una resolución de la Corte Constitucional de nuestro país, en la que, justamente se hace un análisis sistemático respecto a la alegación que hiciera el denunciado a lo largo del proceso, esto es, de que al existir una cláusula compromisoria en la que las partes de común acuerdo resuelven someter sus conflictos al centro de mediación y arbitraje de la ciudad de Manta, por así determinarlo el contrato, la Corte Constitucional determina que, cuando las partes se someten a los centros de mediación, desplaza cualquier competencia de cualquier juez ordinario común, llámense estos civil o penal, por lo que la Corte Provincial de justicia acogiendo los argumentos del procesado

---

<sup>50</sup>Código de Procedimiento Penal. 2001. Ecuador.

Juan Manuel, resolvió declarar la nulidad a partir de la audiencia de formulación de cargos, nulidad que se la declaró a costa del Fiscal y Juez que conocieron esta causa.

De acuerdo a la narración de los hechos, se puede determinar a simple vista que existe una violación a derechos y principios constitucionales del procesado, por parte del sistema judicial del Estado, que en este caso representan el fiscal y el juez; al formular cargos y al dictar auto de llamamiento a juicio, respectivamente.

El Código Orgánico Integral Penal<sup>51</sup> (2014), en su artículo primero, establece que: “Este Código tiene como finalidad sancionar las infracciones de carácter penal, garantizar la seguridad de las y los ciudadanos y mantener el orden social”, (Nacional A. , 2013).

Dentro de los principios constitucionales que se le afectaron al procesado, señor Juan Manuel Quiros Calero, se encontraron los siguientes:

En primer orden, el principio de mínima intervención penal, que de manera contundente se explicará su inobservancia, al momento de dar paso en la vía penal, a un problema de materia civil.

Si bien es cierto, dentro del marco teórico del presente estudio, se conceptúa puntualmente el principio de mínima intervención penal.

Se ha venido defendiendo la conveniencia de institucionalizar el llamado el principio de oportunidad y de mínima intervención penal en sede del Ministerio Público. Hoy es una realidad desde la Constitución de Montecristi del

---

<sup>51</sup>Asamblea Nacional del Ecuador, Comisión de Justicia, “Borrador, segundo debate, código orgánico integral penal”, 3 de mayo de 2013, Artículo 1.

2008, aprobada en referéndum del 28 de septiembre. Se debe recordar que es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General, no obstante, que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción al control de legalidad a cargo del Juez de Garantías Penales.

La consolidación de un Estado Constitucional de derechos y justicia (Art. 1 de la Constitución vigente) y el respeto a las garantías del Derecho al debido proceso, demandan la implantación de un modelo acusatorio oral en que se cumpla realmente con el principio de oportunidad y de mínima intervención penal, establecidos en el art. 195 de la Constitución Política del Ecuador del 2008.

## CONCLUSIÓN

De acuerdo a lo analizado en las páginas anteriores, y en virtud de la laxa actuación por parte del Juez y el Fiscal al ser muy permisivos con un asunto que a prima facie es un “capricho” y a su vez se permitieron usar la vía penal como el primer medio y el más idóneo, que en el lenguaje de ellos denominaríamos al Derecho Penal como de “prima ratio”; para querer resolver un problema que desde el principio no iba a prosperar por el simple hecho de ser competencia de la vía civil, y no obstante, a ello mover todo un aparataje judicial con la finalidad de querer crear hitos jurisprudenciales que a su vez simplemente se convirtieron en una de tantas decisiones atroces que palpamos en el mundo del derecho, se ha podido establecer la indebida aplicación de principios constitucionales y normas de inmediata aplicación, por ende nos centramos en los siguientes puntos para determinar los garrafales errores que se esmeraron en crear.

Si bien es cierto y como ya lo hemos descrito en líneas anteriores, el derecho penal es un mecanismo de ultima ratio, a ello se suman los principio de subsidiariedad y fragmentariedad. Sin embargo, el señor agente fiscal Ab. Cesar Ponce Silva agente con fecha 28 de julio del 2014 inició la investigación previa N. 130801814070430 actuó en base a su criterio, y se permitió dar trámite a un asunto (denuncia) que no era susceptible de llegar a tal instancia; pero más allá de eso, lo más desastroso es que el Señor Fiscal violó principios constitucionales, sin olvidarnos que desde el 2008 ya existían nuevos cánones constitucionales y en este caso en concreto, el artículo 195 de la antes nombrada

es claro y taxativo en lo establecido; pero insistimos en que el Señor Fiscal simplemente se dejó llevar por el sentido común.

El día que se llevó a efecto la audiencia de formulación de cargo por el supuesto delito de abuso de confianza, esto es el 20 de noviembre del 2015. El señor juez simplemente resolvió en dictar medida cautelar de carácter personal como lo es “asistir periódicamente cada 21 días a la unidad judicial”, es decir, que el juez no tuvo la capacidad de aplicar el principio constitucional “iura novit curia” simplemente hizo caso omiso a lo que la defensa del procesado había expuesto y solicitado en la audiencia. Hemos podido constatar que el señor juzgador a lo largo de todo el injusto proceso que se llevó en contra del señor Juan Manuel Quiroz Calero, simplemente fue “la boca de la ley” dejando a un lado todo razonamiento de constitucional.

La resolución emitida con fecha 6 de junio del 2016, por el juez de garantías penales en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, es tan escueta, al carecer de argumentación jurídica, rompiendo las bases del Art. 76 de la CRE apartándose absolutamente de todo contexto garantista. La pregunta que nos formulamos es ¿acaso el señor juez se tomó la molestia de revisar los expedientes y en base a ello llegar a la verdad procesal para tomar la decisión de llamar a juicio al señor Juan Manuel Quiroz Calero, por un asunto que debió haberse tramitado hasta la plenitud por la jurisdicción civil?

Es muy diferente que el procesado haya realizado algún otro accionar que no se haya desprendido de un incumplimiento de un contrato, sin embargo, consideramos, que este proceso por más que le queramos así sea dar una vuelta

tres sesenta, no vamos a encontrar un solo elemento por la cual se haya configurado el abuso de confianza. Es grave que el señor juez unipersonal haya manifestado que existieron indicios para poder llamar a juicio simplemente basándose en una investigación escueta por parte de la fiscalía, en un dictamen acusatorio basado en hechos civiles y dejando a un lado el petitorio de la defensa del procesado.

Asumamos que en el hipotético caso, que el señor Quiroz Calero si haya cometido el delito de abuso de confianza, aun así si el fiscal se permitía hacerlo bajo la premisa de un asunto civil, aun así, utilizando todo el caso de materia civil para combinarlo y hacer de ello un asunto penal, sin duda alguna carecería de eficacia jurídico penal procesal.

Todos estos precedentes fueron la base de la fundamentación jurídico-penal por parte de la defensa del procesado, para llegar a la conclusión que se vulneraron gravemente principios constitucionales que fueron violados progresivamente tanto por los fiscales, que llevaron a cabo una pobre investigación, sin aplicar la objetividad, es decir que simplemente reproducían normas y no se tomaron la molestia de investigar tanto los elementos de cargo como de descargo; y el juez que desde un comienzo en todo este absurdo proceso, se permitió de la manera más abrupta llegar a hacer de la INJUSTICIA una práctica diaria.

Es por esto que dos meses después de haber presentado el recurso de nulidad se llevó a efecto la audiencia para su fundamentación, convirtiéndose en un límite frontera de este calamitoso proceso por lo que al momento de la fundamentación del recurso, los jueces se pudieron percatar sin mucho esfuerzo



de aquel error in procedendo, concluyendo el tribunal de la sala, de manera muy sesuda y apegado totalmente a la realidad procesal, declaró la nulidad de todo lo actuado desde la formulación de cargos que para nosotros significó una grave vulneración de derechos y principios, y que su vez deja marcado precedentes judiciales.

Este caso es probablemente uno de tantos, en los que se encuentran violaciones de derechos, principios, y tomando como letra muerta a la constitución; rompiendo esquemas garantistas. Es así que en este caso en concreto es apreciable un sin número de violaciones procesales, en el que fiscales y juez son considerados como normativistas sin algún apego posible al garantismo. Insistimos en que El señor Juan Manuel Quiroz Calero fue víctima de un atropello constitucional, vulnerando sin consideración alguna los artículo 82, 76 y 195 de la CRE y principios como el de mínima intervención penal que a su vez se encuentra vinculado con el de subsidiariedad y fragmentariedad.

## Bibliografía

- Amuchastegui, I. (s.l.). *Derecho Penal*. Mexico: Harla.
- Beccaria, C. (1976). *De los Delitos y de las Penas*. España: Aguilar.
- Carrara, F. (2000). *Programa de Derecho Criminal, Segunda Reimpresión de la Tercera Edición, Parte Especial, Volumen III, Tomo V*. Colombia: Temis.
- Castellano, F. (s.l.). *Lineamientos Elementales del Derecho Penal*. Mexico: Porrúa.
- Diana, B. (2010). *Justicia Restaurativa, Reflexiones sobre la Experiencia de Colombia*. Loja - Ecuador: s.l.
- Donna, E. (2001). *Derecho Penal Tomo II*. Argentina: Rubinzal - Culzoni.
- Fontán, C. (1994). *Tratado de Derecho Penal*. Argentina: Abelardo Perrot.
- Jorge, P. (1978). *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Argentina: Astrea.
- Jorge, P. (s.l.). *Iura novit curia procesal: La reconducción de postulaciones*. Perú: Universidad de Lima.
- Manta, U. J. (2016). *Audiencia de Evañuación y Preparatoria de Juicio*. Manta: Consejo de la Judicatura.
- Marinucci, D. (2004). *Manuale di Diritropenale, Parte Générale*. Italia: Giuffré.
- Marqués, C. (1993). *Tratado de los Tratados y las Penas*. Brasil: Heliasta.
- Muñoz, F., & García, M. (2010). *Derecho Penal 8 Edición*. España: Tirant Lo Blanch.
- Nacional, A. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial.
- Nacional, A. (2013). *Borrador, segundo debate, Código Orgánico Integral Penal*. Ecuador: s.l.
- Nacional, A. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Ecuador: Registro Oficial.

- Nacional, C. (1971). *Código Penal*. Ecuador: Registro Oficial.
- Nacional, C. (2001). *Código de Procedimiento Penal*. Ecuador: Registro Oficial.
- Nacional, C. (2005). *Civil*. Ecuador: Registro Oficial.
- Ortiz, F. (2010). *El Modelo Adversarial en el Sistema Procesal Penal*. Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Prittwitz, C. (1999). "El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? - reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal. España: Comares.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General - Fundamentos de la Teoría del Delito*. España: Tirant Lo Blanch.
- Sentis, M. (1978). *Iura Novit Curia, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XVI*. Argentina: Driskill.
- Vergara, F. (1999). *Introducción a los fundamentos filosóficos del liberalismo*. Madrid: Alianza.
- Vergara, F. (1999). *Introducción a los Fundamentos Filosóficos del Liberalismo*. España: Alianza.

# **ANEXOS**