



UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO

Informe final de Proyecto de investigación

Previo a la obtención del título de:

Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador.

TEMA:

Caso N° 17283-2016-05689, Asociación ilícita: El estado contra MUÑOZ Figuroa Tulio Oldemar y otros “Errónea aplicación del tipo penal correspondiente al hecho punible y su consecuencia jurídica”

AUTORES:

Jorge Luis Mera García

Jean Carlos Demera Ferrín

TUTOR

Abg. Arturo Mera Intriago

Portoviejo - Manabí - Ecuador

2017

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.

Jorge Luis Mera García y Jean Carlos Demera Ferrin, de manera expresa hacen la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo de investigativo: Caso penal N° 17283-2016-05689, Asociación ilícita: El estado contra MUÑOZ FIGUEROA TULIO OLDEMAR y otros “Errónea aplicación del tipo penal correspondiente al hecho punible y su consecuencia jurídica”, a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por haber sido realizada bajo su patrocinio institucional.

Portoviejo, 25 de julio de 2017.

Jorge Luis Mera García

Jean Carlos Demera Ferrin.

C.C.

C.C.

AUTOR

AUTOR

Índice

Contenido

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.....	II
Índice.....	III
INTRODUCCIÓN	V
MARCO TEÓRICO.....	1
1.1 El Derecho Penal	1
1.2. El Proceso Penal.....	1
1.3. Principios rectores del proceso penal	3
1.3.1. El principio de legalidad en el proceso penal.....	4
1.5. La fase de investigación previa como diligencia pre- procesal.....	6
1.6. Etapas del proceso penal	8
1.6.1. Instrucción fiscal	8
1.6.1. Instrucción fiscal – formulación de cargos.....	9
1.6.2. Etapa de evaluación y preparatoria de juicio.....	11
1.6.3. Etapa de evaluación y preparatoria a juicio.....	12
1.7. El tipo penal y la conducta típica	13
1.8. Delito de asociación ilícita	15
ANÁLISIS DEL CASO	17
2.1. Hechos Facticos.....	17
2.1.1. Formulación de cargos.....	20
2.2.2. Etapa de evaluación y preparatoria de juicio	24
2.2.3. Sentencia de juicio por asociación ilícita.....	31
CONCLUSIONES	45
BIBLIOGRAFÍA	48

Anexos51

INTRODUCCIÓN

El análisis jurídico del caso N° 17283-2016-05689, se sustenta en la importancia y trascendencia del mismo, por cuanto se estudia y se analiza un caso concreto con una problemática significativa como lo es la errónea adecuación del tipo penal en un delito, es decir; el estudio se profundiza en investigar los elementos constitutivos de un delito en particular, y cuáles son las consecuencias que esta inadecuada o errónea aplicación acarrea en un proceso penal.

Bajo la figura delictiva de asociación ilícita, se realizará un estudio exhaustivo respecto de la conducta típica a la que debe adecuarse un sujeto para la configuración de este delito como tal, para lo cual se estudiará también la teoría del delito de manera general, haciendo un enfoque a la tipicidad como elemento del delito, a la configuración del tipo y a la ausencia del tipo.

Del delito en argumento, El COIP no brinda una definición exacta de lo que es el delito de asociación ilícita, por lo que, es importante profundizar los elementos de este delito como lo son su verbo rector, el bien jurídico al que afecta, los caracteres de este delito tales como: que se debe tomar parte en una asociación o banda; que debe haber un número mínimo de partícipes y el propósito colectivo de cometer delitos.

Otro aspecto importante por el cual se encuentra justificado el presente estudio es el verbo rector que se describe en los delitos en este caso es significativo y necesario tener en claro el verbo rector de la asociación ilícita,

puesto que; en el caso estudiado la mala adecuación del tipo penal ha traído consecuencias jurídicas, consecuencias que han sido observadas desde la investigación previa hasta la audiencia de juicio, otro punto importante de señalar es la actuación que han tenido los fiscales en la investigación del presente casos que ha sido manejado no solo por uno si no por cuatro fiscales.

Para la realización, desarrollo y análisis del caso estudiado se revisará la normativa penal vigente, es decir; el Código Integral Penal que contiene los diferentes tipos de delitos, su penalidad y su procedimiento, así como también se revisará la doctrina referente a los tipos penales y la tipicidad, de la misma manera se considerará la jurisprudencia pertinente con relación a la problemática, para con ello lograr esclarecer el problema a manifestar y la idea a defender.

MARCO TEÓRICO

1.1 El Derecho Penal.

Para iniciar el presente informe se considera significativo indicar que es el derecho penal pues el caso estudiado pertenece a esta rama del derecho, por lo que es importante dar a entender que es lo que estudia esta rama del derecho, en palabras de Cortázar citado por Lonzón, (20013): El Derecho Penal es:

La rama del ordenamiento jurídico que contiene las normas impuestas bajo la amenaza de sanción. También podemos decir que el derecho penal se entiende como el conjunto de normas jurídicas que regulan en principio con pretensión de justicia la vida social de una comunidad. (p.46)¹.

Para el Autor Armeta, el Derecho Penal es aquel por el cual el Estado ejerce su facultad punitiva o castigadora, que va de la mano de un proceso dentro de la misma materia, que en la legislación ecuatoriana se encuentra actualmente en un solo cuerpo normativo. Así Armeta expone: “El proceso penal es el único instrumento a través del cual puede aplicarse el derecho penal” (Armeta,2009,párr.)².

1.2. El Proceso Penal.

El proceso penal como lo indicó el autor en líneas anteriores citado es el que nace del derecho penal, es la parte adjetiva del Derecho Penal como tal; es decir el procedimiento a realizarse una vez se ha configurado un delito por el

¹ Luzón Peña, Diego. (20013) “*Curso de Derecho Penal Parte General*”. Editorial Universitas S.A.

² Deu, Armenta, (2009). “*Lecciones De Derecho Procesal Penal*”. Editorial Marcial Pons.

cual haya que seguirse algunos de los procedimientos establecidos en el cuerpo integral para la resolución del mismo.

Revisando a Párraguez, el proceso penal es: “Aquel proceso que se encuentra motivado por el poder punitivo de parte del Estado, es decir que tiene su origen en la Constitución, en el que el Estado ejerce su facultad sancionadora (ius puniendi) en deterioro de los derechos básicos de una persona” (Párraguez, 2004, p.89)³.

El proceso penal posee un balance de garantías y eficiencia, respecto de la justicia penal como tal, este balance consta de manera escrita en la parte preliminares del Código Orgánico Integral Penal, es un título incrustado como exposición de motivos en el COIP, que hace referencia al papel que tiene la justicia penal, respecto de las personas sospechosas, la exposición de motivos número 6 del COIP, (2015) imprime:

Todo sistema penal se encuentra en el dilema entre combatir la impunidad y garantizar los derechos de las personas sospechosas de haber cometido una infracción penal. Si las garantías se extreman, se crearía un sistema que nunca sanciona; si las garantías se flexibilizan, se acabaría condenando a la persona inocente. El sistema penal tiene que llegar al término medio para evitar que en la sociedad se toleren injusticias y procurar que exista algo parecido a la paz social en el combate a la delincuencia. Se limita la actuación del aparato punitivo del Estado. La o el juez es garante de los derechos de las partes en conflicto. El proceso se adecua a los grados de complejidad de los casos. Las personas sometidas al poder penal -como víctimas o procesados- tienen, en todas sus etapas, derechos y garantías .(p.22)⁴.

³ Párraguez Ruiz, Luis. (2004). Manual de derecho civil Ecuatoriano. Editorial UTP

⁴ Asamblea Nacional. (2014). “Código Orgánico Integral Penal”. Ecuador. Registro Oficial N° 180.

El balance de la justicia penal de acuerdo a lo expuesto en las líneas anteriores hace referencia al valor que posee el proceso penal en cuanto a la igualdad de oportunidades de todos los sujetos procesales, esto es; la parte acusada y la acusadora.

1.3. Principios rectores del proceso penal

Los principios rectores del proceso penal son aquellos que se encuentran determinados de manera concreta en el Artículo 5 del COIP, y son:

Favorabilidad.

Duda a favor del reo.

Inocencia.

Igualdad.

Impugnación procesal.

Prohibición de empeorar la situación del procesado.

Prohibición de autoincriminación.

Prohibición de doble juzgamiento.

Intimidad.

Oralidad.

Concentración.

Contradicción.

Dirección judicial del proceso.

Impulso procesal.

Publicidad.

Inmediación.

Motivación.

Imparcialidad.

Privacidad confidencialidad.

Objetividad, y.

Legalidad.

Como se observa son varios principios procesales que rigen al proceso penal, que por lo corto del marco teórico no se procederá a indicar que significa o que encierra cada uno de ellos, más si se desarrollará el principio de legalidad que tiene relevancia con el problema del caso estudiado, cabe recalcar que además de estos principios procesales el proceso penal también se rige por los principios emanados de la Constitución tales como, el debido proceso, tutela judicial, seguridad jurídica entre otros.

1.3.1. El principio de legalidad en el proceso penal.

La legalidad es un principio estrechamente relacionado con el proceso penal; es uno de sus principios fundamentales sobre todo a la hora de formular cargos, pues este principio en materia penal determina que no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho es decir, sin ley previa, para que se configure un delito este debe estar establecido legalmente en el cuerpo normativo que lo regula y sanciona.

El COIP preponderará conjuntamente que este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla. (COIP, 2014,p, 27)⁵. Lo que establece en otras palabras este principio es que

⁵Asamblea Nacional. (2014). “*Código Orgánico Integral Penal*”. Ecuador. Registro Oficial

para que exista un proceso penal se debe cometer la acción u omisión, la misma que debe estar legalmente tipificada al tiempo de su cometimiento, es decir que se cumpla con la descripción exacta de los hechos contenidos en la norma.

1.4. La Infracción penal: El Delito.

Para definir a la infracción penal de manera doctrinaria se referencia a lo exteriorizado por el ecuatoriano García Falconí, (2014); en una de sus obras que indica:

La infracción penal es aquella adecuación que proviene de una acción u omisión que es típica, antijurídica y culpable, siendo estas las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; con una consecuencia bajo el poder punitivo del Estado de punibilidad como elemento de la infracción, estas infracciones de conformidad con el artículo 19 del Código Orgánico Integral Penal, se clasifican en delitos y contravenciones. (p.201)⁶.

Este mismo autor en una obra anterior a la vigencia del Código Orgánico Integral Penal también indicaba sobre el delito como infracción penal:

Delito es la acción u omisión penada por la ley, el concepto está sometido por completo al principio de legalidad, de tal forma que el principio acuñado por los juristas romanos *nullum crimen nullum poena sine lege*, es su regla elemental, además agrega que resulta irrelevante el intento de averiguar una noción sustancial de delito, como pueda ser en otras épocas el delito natural, pues delito es solo aquello castigado por la ley. Por otro lado indica que también resulta evidente que la ley penal no puede ser arbitraria y castigar respondiendo al criterio exclusivo de poner a prueba a los ciudadanos, sino que pretende la defensa de bienes jurídicos concretos. (p.78)⁷.

Revisando a Bernal respecto al delito como infracción penal ha manifestado que es: “Acción típica, antijurídica, imputable, culpable, sometida a

N180

⁶ García, Ramiro. (2014) “*Código Orgánico Integral Penal Comentado*” . Quito. Editorial Ara Editores.

⁷García Falconi, José. (2003). “*Manual de práctica procesal constitucional y penal*”. Quito. Editorial del Ministerio de justicia.

una sanción penal, y a veces a condiciones objetivas de punibilidad. Supone una conducta infraccional del Derecho Penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley. (Bernal, 2013, párr)⁸.

1.5. La fase de investigación previa como diligencia pre- procesal.

La fase de investigación previa forma parte de una etapa propia del sistema acusatorio que exige presupuestos necesarios para la iniciación del proceso penal, denominada antes del a vigencia del Código integral penal como indagación previa que de acuerdo a Vaca; es: “Conocida como preprocesal, está constituida por los actos que se cumplen antes de la iniciación del proceso penal y que sirven para dar sustento o firmeza a la decisión de ejercer la acción penal” (Vaca, 2009, p.322)⁹.

El objetivo de la ejecución de esta etapa pre-procesal se encuentra establecida en el artículo 580 del COIP que manifiesta que la finalidad de la investigación previa es:

Reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan a la o al fiscal decidir si formula o no la imputación y de hacerlo, posibilitará al investigado preparar su defensa.

Determinar si la conducta investigada es delictuosa.

Determinar las circunstancias o móviles de la perpetración.

Determinar la identidad del autor o partícipe.

Determinar la identidad de la víctima.

⁸ Bernal Cuellar, J, Montealegre L, E. (2013). *“El Proceso Penal”*.4ta edición. Editorial Buena Fe.

⁹ Vaca Andrade, Ricardo. (2009). *“Manual de derecho Procesal penal”*. Quito. Cooperacion de Estudios y Publicaciones.aqq

Determinar la existencia del daño causado, o a su vez, desestimar estos aspectos.

Esta fase que es de carácter pre-procesal es dirigida por el Fiscal, quien por mandato constitucional tiene esa atribución, la de dirigir la investigación pre procesal y procesal penal sea de oficio o a petición de parte tal como lo establece el art .195 de la Carta Política. Esta fase de investigación tiene un tiempo de duración determinado la misma que consta en el artículo 585 del COIP que señala:

Artículo 585.- Duración de la investigación.- La investigación previa no podrá superar los siguientes plazos, contados desde la fecha de su inicio: 1. En los delitos sancionados con pena privativa de libertad de hasta cinco años durará hasta un año. 2. En los delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años durará hasta dos años. 3. En los casos de desaparición de personas, no se podrá concluir la investigación hasta que la persona aparezca o se cuente con los elementos necesarios para formular una imputación por el delito correspondiente, fecha desde la cual empezarán los plazos de prescripción. Si la o el fiscal considera que el acto no constituye delito o no cuenta con los elementos de convicción suficientes para formular cargos podrá dar por terminada la investigación incluso antes del cumplimiento de estos plazos, mediante el requerimiento de archivo. (p.221)¹⁰.

De lo anotado se indica que la fase de investigación tiene una duración dependiendo de los tipos de delitos y de su pena, cabe recalcar que esta no es una etapa del proceso penal, es una fase pre – procesal.

¹⁰ Asamblea Nacional. (2014). “*Código Orgánico Integral Penal*”. Registro Oficial N° 180. Ecuador Gráficas Ayerve C. A.

1.6. Etapas del proceso penal.

Una vez que se ha hecho referencia sobre la investigación previa como fase pro procesal del proceso penal, se procede a distinguir las etapas procesales del mismo, El proceso penal independientemente del proceso a seguir (ordinario o especial); consta de tres etapas luego de la fase de investigación previa tal como lo determina el Artículo 589 del COIP, (2015):

Artículo 589 Etapas.- El procedimiento ordinario se desarrolla en las siguientes etapas:

1. Instrucción.
2. Evaluación y preparatoria de juicio.
3. Juicio (p.222)¹¹.

1.6.1. Instrucción fiscal

La etapa de instrucción fiscal es la primera etapa del proceso penal de acuerdo al artículo mencionado del COIP, es la que indica el procedimiento penal. García, (2012); en un artículo de una revista de derecho, cita a Carnelutti quien se ha pronunciado respecto de esta etapa expresando:

Se llama jurisdicción instructoria, aquella especie de potestad jurisdiccional que se da al juez a fin de que pueda proveer los medios o sea las razones y las pruebas necesarias para la decisión, se denomina instrucción a la primera y preparatoria etapa del proceso penal, cumplida por escrito y con limitada intervención de la defensa, con el objetivo de reunir y seleccionar las pruebas sobre el supuesto de hecho imputado,

¹¹ Asamblea Nacional. (2014). “*Código Orgánico Integral Penal*”. Ecuador. Registro Oficial N° 180. Ecuador Gráficas Ayerve C. A.

suficiente para realizar el juicio sobre la base de una acusación o evitarlo mediante sobreseimiento (párr)¹².

El COIP en su Artículo 590 establece que la finalidad de la etapa de instrucción es determinar los elementos de convicción, de cargo y descargo, que permita formular o no una acusación en contra de la persona procesada (p222)¹³.

Del artículo precedente que señala cual es la finalidad de la instrucción fiscal, se desprende que como primera etapa es aquí donde el Fiscal haciendo uso de sus facultades debe comprobar si existen lo suficientes elementos de convicción para formular una acusación, es decir; debe de determinar que los elementos que ha recabado en la fase de investigación, sean claros, inequívocos, exactos y comprobales, respondiendo al principio de oportunidad si encuentra que estos elementos son suficientes debe abstenerse de formular la acusación.

1.6.1. Instrucción fiscal – formulación de cargos.

La etapa de instrucción Fiscal como se ha señalado da inicio al proceso penal, que conjuntamente empieza con la audiencia de formulación de cargos, esta audiencia se deberá llevar a cabo de acuerdo con las reglas del Art 594

Artículo 594.- Reglas.- La etapa de instrucción se sustanciará conforme con las siguientes reglas: 1. Cuando el fiscal cuente con los elementos suficientes, solicita a la o al juzgador, convoque a la audiencia de formulación de cargos. 2. El juzgador, dentro de 24 horas, señala día y hora para la audiencia, que debe realizarse dentro de los 5 días posteriores a la solicitud, salvo los casos de flagrancia y notificará a los

¹² García Falconí, Jorge. (2012). “*La Instrucción Fiscal*”. Revista judicial Derecho Ecuador. (en línea). Consultado 30 de julio del 2017. En: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientopenal/2012/12/17/la-instruccion-fiscal>

¹³ Asamblea Nacional. (2014). “Código Orgánico Integral Penal”. Registro Oficial N° 180. Ecuador Gráficas Ayerve C. A.

sujetos procesales. 3. El fiscal debe agotar todos los medios necesarios que permitan identificar el domicilio del investigado. 4. El fiscal, en audiencia, formulará cargos cuando existan elementos sobre la existencia de la infracción y la participación de la persona en el hecho investigado. 5. A la audiencia de formulación de cargos deberá comparecer el Fiscal, la persona procesada o su defensor público o privado. 6. En esta audiencia, si la persona procesada considera pertinente podrá solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, así como cualquiera de los derechos y garantías en la forma y términos previstos en la Constitución y en este Código. 7. Los sujetos procesales quedarán notificados en la misma audiencia con el inicio de la instrucción y las decisiones que en ella se tomen. El contenido íntegro de la audiencia quedará registrado en el expediente y por cualquier medio tecnológico (pp.223-224)¹⁴

Para la sustanciación de la audiencia de formulación de cargos se deberán respetar estas reglas establecidas, así se hará efectiva la justicia y la igualdad para la partes procesales quien tienen además el derecho de ejercer su defensa, pues; también deben mostrar lo elementos de descargo.

La formulación de cargos contiene intrínsecamente ciertos requisitos, que también se encuentran determinados de manera exacta en la ley penal, precisamente en el Artículo 595 del COIP que establece:

Artículo 595.- Formulación de cargos.- La formulación de cargos contendrá: 1. La individualización de la persona procesada, incluyendo sus nombres y apellidos y el domicilio, en caso de conocerlo. 2. La relación circunstanciada de los hechos relevantes, así como la infracción o infracciones penales que se le imputen. 3. Los elementos y resultados de la investigación que sirven como fundamento jurídico para formular los cargos. La solicitud de medidas cautelares y de protección, salidas alternativas al procedimiento o cualquier otro pedido que no afecte al debido proceso. (p. 224)¹⁵.

¹⁴ Asamblea Nacional. (2014). “Código Orgánico Integral Penal”. Registro Oficial N° 180. Ecuador Gráficas Ayerve C. A.

¹⁵ Asamblea Nacional. (2014). “Código Orgánico Integral Penal”. Registro Oficial N° 180. Ecuador Gráficas Ayerve C. A.

1.6.2. Etapa de evaluación y preparatoria de juicio.

También denominada como la “etapa intermedia” del proceso penal, legalmente encuentra su finalidad en lo establecido en el artículo 601 del COIP que indica que mediante esta etapa:

1. Se conoce y resuelve sobre cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, competencia y procedimiento.
2. En esta etapa se establece la validez procesal.
3. En esta etapa se valoran y evalúan los elementos de convicción en que se el Fiscal ha sustentado su acusación.
4. Aquí se excluyen los elementos de convicción que se consideran ilegales
5. En esta etapa se fijan los argumentos por debatirse en el juicio oral, se anuncian las pruebas que han de ser practicadas en el juicio.
6. De existir en un caso concreto, en esta etapa se dan los cuerdos probatorios a que llegan las partes. (Código Orgánico Integral Penal, 2015)¹⁶.

Como su nombre lo indica por medio de esta etapa se prepara el juicio, podría indicarse que es la herramienta para clave para revelar la existencia o no de un principio de culpabilidad o de inocencia, por tanto, su desarrollo, permite obtener un criterio amplio y suficiente mediante el cual, el juzgador, conozca detalles de importancia y evalúe con criterio sano el o los hechos, mientras las

¹⁶ Asamblea Nacional. (2014). “Código Orgánico Integral Penal”. Registro Oficial N° 180. Ecuador Gráficas Ayerve C. A.

partes en la audiencia aportan los elementos para establecer criterios lógicos sobre el esclarecimiento de aquello que se impute.

La audiencia de evaluación y preparatoria a juicio se sustancia de acuerdo a lo establecido en el Artículo 602 del COIP, en esta etapa también puede darse el sobreseimiento o el auto de llamamiento a juicio.

1.6.3. Etapa de evaluación y preparatoria a juicio.

La etapa de juicio es la última de la etapa del proceso penal, ésta de acuerdo con lo revisado tiene como finalidad:

Practicar los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, para según corresponda condenarlo o absolverlo. Es importante señalar que en esta etapa del juicio se sustanciará a base de la acusación fiscal. Es decir si no hay acusación fiscal, no hay juicio (Ecuamundo, 2017,parr)¹⁷.

En concordancia con lo antedicho el Artículo 609, del COIP establece efectivamente que esta etapa que es la principal es sustanciada sobre la base de la acusación fiscal, es decir, que es necesario que exista una acusación. Este mismo cuerpo normativo también en su artículo más adelante señala que la etapa de juicio se rige con los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción en la actuación probatoria.

En la audiencia de juicio se presentan tres puntos importantes que son:

¹⁷ Consultoria Juridica Ecuamundo Asociados, (2017). “Derecho Procesal Penal Ecuatoriano”. (en línea). Consultado 10 de Agosto 2017. En: <https://www.ecuamundo1.com/derecho-penal-ecuatoriano/>

- Alegatos de apertura;
- Practica de pruebas;
- Alegatos finales o de cierre; y
- La decisión.

La decisión emitida por el Juez de lo penal, deberá contener lo que se encuentra establecido en el Artículo 619 del COIP que se reducen a las siguientes:

1. Referencia a los hechos contenidos en la acusación y la defensa.
 2. La determinación de la existencia de la infracción y la culpabilidad de la persona procesada.
 3. La persona procesada no podrá ser declarada culpable por hechos que no consten en la acusación.
 4. La individualización de la responsabilidad penal y la pena de cada una de las personas procesadas.
 5. Una vez declarada la culpabilidad y la pena, el juzgador dispondrá la reparación integral de la víctima siempre que ésta sea identificable.
 6. En caso de que se ratifique el estado de inocencia de la persona procesada, el tribunal dispondrá su inmediata libertad, si está privada.
- (Codigo Organico Integral Penal, 2015)¹⁸.

1.7. El tipo penal y la conducta típica.

¹⁸ Asamblea Nacional. (2014). “Código Orgánico Integral Penal”. Registro Oficial N° 180. Ecuador Gráficas Ayerve C. A.

El tipo penal ha sido conceptualizado como el elemento que contiene de manera literal la configuración de un delito, mientras que la conducta típica es la adecuación de ésta al tipo, por otro lado la Tipicidad, como lo ha manifestado Muñoz, es “La adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley pena” (Muñoz, 2004, p.251)¹⁹.

Machicado, (2012), hace referencia a la importancia del tipo:

Es importante porque desempeña las funciones de: garantía procesal y penal. Garantía Procesal. Si el supuesto de hecho encaja en la descripción es decir si hay suficientes indicios de culpabilidad sólo así se dictará Auto de Culpa. Sobre esta base recién el plenario comprobara si dicha conducta fue antijurídica y culpable. Garantía Penal. Si las leyes se refieren a modos de obrar es obvio que nadie puede ser penalmente inculcado por lo que es, sino sólo por lo que hace. Así nadie puede ser obligado a hacer lo que la Constitución política y las leyes no manden, ni privarse de lo que no prohíban. (Machicado, 2012, parr)²⁰.

El autor referido ha señalado que el tipo penal es importante por su carácter de garantizador, lo que significa que mientras no se compruebe que una persona ha cumplido o ha incurrido en todos los elementos del tipo penal, no puede ser procesada por éste, lo que garantiza que no haya un seguimiento penal que no esté tipificado en norma jurídica de manera expresa impuesta con anterioridad a la comisión del hecho.

Ahora es importante aclarar las funciones de la tipicidad, Fontán, (2004); respecto de la función que cumple la tipicidad ha manifestado:

La principal función de la tipicidad es la descripción legal, con sus características de rigidez y no comunicabilidad es, como idea genérica, lo

¹⁹Muñoz Conde., Francisco y Garcia A., Mercedes, (2004). “*Derecho Penal. Parte General*”. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.

²⁰ Machicado, Jorge. (2012). “¿*Que es la Tipicidad y el Tipo penal?*”. Apuntes juridicos. (en linea). Consultado 12 de Agosto 2017. Recuperado de: <https://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/tipo-penal-y-tipicidad.html#4>

que constituye la tipicidad. Pero el principio se va perfeccionando, para adquirir una triple función, delimitada a través del desarrollo actual de la doctrina: a. Función prejurídica, condicionante de las legislaciones: función de garantía; b. función cualificativa de todos los demás elementos del general delito; más exactamente, de las otras características de la acción; c. función de determinación del particular delito, a través de los tipos penales, tipos de delito o simplemente tipos. (p. 234)²¹.

1.8. Delito de asociación ilícita.

El delito de asociación ilícita, es uno de esos delitos que no contiene una definición amplia en el COIP, para lo cual se cita a Rosillo quien en su blog de derecho cita a la profesora Patricia Ziffer, quien de este delito ha manifestado: “El delito de asociación ilícita, al igual que otros delitos de peligro abstracto, suelen plantear problemas para su legitimación dentro de un derecho penal orientado a la vigencia del principio de lesividad”. (Rosillo, 2017, parr)²².

El COIP en su artículo 370 señala:

Asociación Ilícita. - Cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos, sancionados con pena privativa de libertad de menos de cinco años, cada una de ellas será sancionada, por el solo hecho de la asociación, con pena privativa de libertad de tres a cinco años. (Codigo Organico Integral Penal, 2015)²³.

²¹ Fontán Balestra, C. (1998). “*Derecho Penal Introducción y Parte General*”. Buenos Aires: Editorial. Abeledo Perrot.

²² Rosillo, Vinicio. (2017). “*El delito de Asociación ilícita en el Ecuador*”. Poder del Derecho. (en línea). Consultado 11 de Agosto 2017. Recueprado de: <http://poderdelderecho.com/delito-de-asociacion-ilicita-en-el-ecuador/>

²³ Asamblea Nacional. (2014). “Código Orgánico Integral Penal”. Registro Oficial N° 180. Ecuador Gráficas Ayerve C. A.

ANÁLISIS DEL CASO

2.1. Hechos Fácticos.

El caso N° 17282 2016 05689, se inicia el 07 de Octubre del 2016, con la fase de investigación previa en un principio por el supuesto delito de tráfico de influencias a través de la denuncia presentada por la Sra. Ministra de la Política Paola Pabón, y el Sr. Gerardo Moran.

La denuncia inicial con la que se inicia la fase de investigación previa se fundamenta en presuntos actos de corrupción que se generan en el concurso para la adjudicación de frecuencias de radio difusión, por lo que pone en conocimiento de las autoridades para que se realice las investigaciones pertinentes, en la que están involucrados varia personas.

La Ministra en su denuncia informa que los ahora procesados, Marcos Párraga, funcionario de la CORDICOM; Diego Orellana y Tulio Oldemar Muñoz empleado de COMARVISA, se tomaban el nombre de ella y del Vicepresidente Glas para ofertar frecuencias radiales a cambio de una cantidad de dinero (\$200.000)

La denunciante, declara que ella es una de las personas perjudicadas en este fraude, que los mencionados sujetos utilizan llamadas telefónicas para organizar reuniones y así realizar la entrega de dinero en efectivo. Adicional menciona que tiene conocimiento que otros de los perjudicados es el Sr. Gerardo Morán, también fue contactado por estos delincuentes, y que con engaños le han exigido mucho dinero; engañándolo, diciéndole que ese dinero va a funcionarios

y que le garantizan ser uno de los beneficiarios en el proceso de adquisición de frecuencias.

Terminada la fase penal de investigación previa se convoca a la audiencia de formulación de cargos en donde la Fiscalía formula los cargos por el delito de asociación ilícita, en esta audiencia el Fiscal con sus elementos de convicción recabados solicita prisión preventiva para los acusados, y el Juez le concede esta medida.

Dentro de la audiencia y preparatoria de juicio, la Fiscalía presentó su dictamen acusatorio, fundamentando su acusación por el delito de asociación ilícita, señalando que va a demostrar la existencia de este delito, por cuanto existe una red de corrupción entre estos tres acusados que participaron para la asignación de frecuencias del CORDICOM solicitando la cantidad de 200.00 mil dólares.

Señala también el Fiscal que va a demostrar que para solicitar estos valores lo procesados se tomaban los nombres del Vicepresidente y la Ministra; mientras que la defensa del señor Tulio señala que va a demostrar que los procesados **no se han reunido para delinquir, que la conducta no se adecúa al tipo penal ,que la Fiscalía pretende que se dicte auto de llamamiento a juicio sin que existan los elementos suficientes.**

La defensa señaló que su defendido con el ánimo de obtener su libertad presentó una petición de que se fije el monto de caución, se fijó un monto de la misma fue de \$ 200.000, por lo que en la audiencia respectiva se solicitará el

sobreseimiento, el Juez dicta auto de llamamiento a juicio y ratifica la medida de prisión preventiva.

Se instaló la audiencia de juicio donde la Fiscalía y la defensa expusieron sus alegatos de apertura, procediendo la fase producción y práctica de la prueba, en la práctica de prueba la Fiscalía toma el testimonio de Gerardo Morán, quien respecto a su relación con el señor Tulio, manifiesta no conocer a Tulio M. y Marcos P., solo a Diego A. calificándolo como honorable.

Que el dinero entregado era para estudios y análisis de su proyecto y para traer equipos de radio, además que nunca se tomaron el nombre de los altos funcionarios y que el dinero no era para campaña política, además se retracta de su versión donde indicaba que era un aporte para la campaña presidencial.

La Fiscalía en su alegato final, por esta retractación queda sin sustento para continuar con su acusación, toda vez que no existieron testimonios que como prueba establezcan la calidad de sujetos pasivos de las personas procesadas, por ende no puede sustentar su acusación fiscal, absteniéndose de acusar, por lo que, el Juez considera que sin acusación no hay juicio y ratificaba el estado de inocencia al Sr Tulio.

En el caso estudiado se han encontrado varios problemas, pero se focalizará principalmente en la tipicidad del delito; pues, la tipicidad como elemento del delito es la adaptación o adecuación de un hecho que acaecido al tipo penal previsto por la ley sustantiva que en este caso es el de asociación ilícita.

Para determinar si existe una errónea aplicación del tipo penal correspondiente al hecho punible en caso 05689- 2016. Se revisará el fallo emitido por la Unidad Judicial Penal de Quito, para a la vez determinar cuáles son las consecuencias jurídicas al no cumplir con los elementos constitutivos del tipo penal del delito de asociación ilícita.

La Fiscalía, en este caso en su fase pre – procesal inicia la investigación previa por el presunto delito de tráfico de influencias, pero inicia la instrucción fiscal formulando cargos por asociación ilícita, respecto al primer delito el artículo 286 del COIP indica:

Artículo 286.- Oferta de realizar tráfico de influencias.- La persona que, ofreciéndose a realizar la conducta descrita en el artículo anterior, solicite de terceros: dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o acepte ofrecimiento o promesa, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. (COIP).

Como algo introductorio luego de revisar el expediente del caso, se puede indicar que los elementos que componen este tipo penal bien pudieron adecuarse a la conducta del presente caso, es decir, al tráfico de influencias, sin embargo como se indicó la Fiscalía hace su formulación de cargos por el delito de asociación ilícita.

2.1.1. Formulación de cargo.

La instrucción fiscal inicia con la audiencia de formulación de cargos en donde el Juez manifiesta que de acuerdo a lo mostrado por la fiscalía, en calidad de titular de la acción pública penal y conforme a todos los elementos de convicción obtenidos por fiscalía en la etapa investigativa, ha formulado cargos

en contra de Muñoz Figueroa Tulio Oldemar y otros por el delito, tipificado y sancionado en el Art. 370 del Código Integral Penal; esto es, asociación ilícita.

En la audiencia el Fiscal solicita medidas cautelares como la prisión preventiva en contra del procesado Tulio y Muñoz; en relación a las medidas cautelares solicitadas y motivadas por parte de fiscalía, el Juez declara que a fin de garantizar la inmediación procesal y por encontrarse reunidos los requisitos del Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal, esto es, existen elementos de convicción las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes, y ordena la prisión preventiva.

Se ordena la prisión preventiva, según el Juez porque la documentación entregada no han garantizado la comparecencia de los procesados a las diferentes etapas del proceso penal y que es necesaria esta medida para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena; y, se trata de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año, también indica que la instrucción durará 90 días como lo establece la ley.

(...). En mi calidad de juez de la unidad de garantías penales con competencia en infracciones flagrantes, por encontrarme de turno, soy competente para avocar conocimiento de la presente audiencia de formulación de cargos solicitado por el servidor Fiscal, audiencia en la cual se han cumplido y respetado el debido proceso consagrado en la constitución de la república del Ecuador. 1).- se notifica a los señores Muñoz Figueroa Tulio Oldemar, y a otros implicados 2).- de acuerdo a lo manifestado por la fiscalía, en calidad de titular de la acción pública penal y **conforme a todos los elementos de convicción** obtenidos por fiscalía en la etapa investigativa, ha formulado cargos en contra de Muñoz Figueroa Tulio Oldemary otros, por el delito, tipificado y sancionado en el art. 370 del código integral penal; esto es, **asociación ilícita. 3).**- en relación a las medidas cautelares solicitadas y motivadas, a fin de garantizar la inmediación procesal y por encontrarse reunidos los requisitos del art. 534 del código orgánico integral penal, esto es, **existen**

elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción; elementos de convicción claros y precisos de que la procesada es autora o cómplice de la infracción; indicios de los cuales las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes, la documentación entregada no han garantizado la comparecencia de los procesados a las diferentes etapas del proceso penal y que es necesaria la prisión preventiva; y, se trata de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año; en tal virtud, a fin de garantizar una buena y pronta administración de justicia ordeno la prisión preventiva de arellano fuentes diego xavier; parraga quintero marcos miguel; y, muñoz figueroa tulio oldemar; para lo cual deberá girarse la respectiva boleta constitucional de encarcelamiento. En relación al señor parraga quintero marcos miguel por cuanto no se encuentra presente en esta audiencia se orden su localización y captura, por lo cual se dispone oficiar la policía judicial de Pichincha, 4).- el trámite que se dará a la presente acusa será ordinario 5).- la duración de la instrucción fiscal será de 90 días, contados a partir de esta fecha.- 5).- la fecha de inicio hoy 26 de octubre del 2016. 6).- por tratarse de una audiencia de formulación de cargos, se dispone que la presente actuación se remita a sala de sorteos de la función judicial, a fin de que se radique la competencia en una de las unidades de garantías penales de Pichincha y se continúe con la etapa de instrucción pertinente. Las partes quedan notificadas de las resoluciones adoptada en esta audiencia. En esta audiencia se entrega los documentos originales a la abogada de la defensa. Con lo cual se da por terminado la presente audiencia. Las partes quedan notificadas con las decisiones adoptadas en la presente audiencia sin perjuicio de lo dispuesto en la ley respecto de su notificación escrita en las casillas judiciales que las partes procesales han señalado para tal efecto. (370 Asociación Ilícita, 2016).

Como se observa en esta primera etapa del proceso penal el Fiscal asegura que ha reunido todos los elementos de convicción para formular cargos por asociación ilícita, y por ello se formula cargos y se ordena la prisión preventiva para los tres procesados, de esta medida cautelar el procesado Tulio Omar, solicita una caución, para lo cual se celebra la audiencia.

El abogado de la defensa en los alegatos de la audiencia por caución fundamenta:

En la audiencia de formulacion de cargos dictó prisión preventiva en contra de mi defendido, esa medida cautelar, una sustitución la misma que ha sido negada, por lo que hemos concurrido a solicitar una caución para que se suspenda la prisión preventiva. **El Art. 544 establece los requisitos de admisibilidad, más aún cuando el señor Fiscal se ha allanado a la petición**, lo que corresponde es discutir el monto. Usted sabrá valorar que en el proceso obran múltiples certificados en torno al estado de salud de Tulio Muñoz, en cuanto al daño causado, Fiscalía establece el monto en base a la versión rendida por el Sr. Gerardo Morán, quien expresa que le entrego \$ 20000 a Diego Arellano, a mi defendido 4 cheques por \$ 10000, uno fue cobrado por Televisión Manabita, lo que está probado que a mi defendido se le entregó \$ 10000,00, Según la versión rendida por el ofendida el presunto perjuicio suma un total de \$ 65.000,00, Por lo que se tomará en cuenta este valor para que sea depositada en el BAN Ecuador y se suspenda la prisión preventiva y se ordene la libertad. Dr.- Santiago Trujillo, Fiscal: Se ha concurrido a esta audiencia de caución, en contra de los 3 procesados, se ha iniciado una IF por el delito del Art. 370 del COIP, de asociación ilícita. Indicando el art. 543 del COIP. De conformidad con el numeral 3 del Art. 545, del COIP, analizado el expediente la víctimas han indicado que el perjuicio asciende a la suma de \$ 80000,00, por lo que solicito se sirva regular en este monto para cada procesado. Tomando en cuenta que se encuentra por cerrarse esta instrucción fiscal. **Resolución del Juez:** en atención a lo solicitado se dispone: 1.- el Juez titular de esta Unidad Judicial Penal de conformidad con los Art. 224 y 225 del COFJ, es competente para conocer de la presente causa.- 2.- En la tramitación de la causa se ha respetado el debido proceso, por lo que se declara su validez.- 3.- Se ha llevado a efecto la audiencia con la finalidad de fijar el monto de la caución. 4.- Fiscalía de conformidad con el Art. 411 DEL COIP y 195 de la CRE no se ha opuesto a que se fije una caución pecuniaria manifestando que el tipo penal tiene una pena de hasta 5 años, que el presunto monto del perjuicio es de \$ 80000 y al estar procesadas 3 personas ha solicitado para cada ese monto para cada uno. Los abogados han manifestado que no existe oposición y que están de acuerdo en que se fije el monto de la caución y que se tome en cuenta los antecedentes de sus defendidos. Con estos elementos tomando en consideración que Fiscalía no se ha opuesto y que una de las personas afectadas esta autoridad **acepta la caución** y se fija el monto de la caución conforme el art. 546 numeral 3 del COIP, en la suma de \$ 200000,00. (370 Asociación Ilícita, 2016).

2.2.2. Etapa de evaluación y preparatoria de juicio.

Aceptada la caución y terminada la etapa de instrucción fiscal, se llega a la etapa intermedia del proceso, y se da la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, en esta audiencia el Abogado de la defensa del señor Tulio en sus alegatos iniciales señala:

- Que no se allana a las nulidades procesales.
- No tiene nada que opinar.
- Que la Fiscalía pretende que se dicte auto de llamamiento a juicio sin que existan los elementos suficientes.
- Que comparece de acuerdo a lo establecido en el Art. 5 un 4 del COIP, por el estatus de inocencia.
- Que existe **el derecho a la libre asociación**, esa es la que se debe respetar y si se dicta auto de llamamiento a Juicio tendrá que destruir el principio de inocencia.
- Que este proceso ha sido manejado por 4 o 5 fiscales, ninguno **actuó con objetividad**.
- Que en esta audiencia Fiscalía debió actuar con lealtad procesal, porque existen elementos de descargo en favor de Tulio Muñoz, como el hecho que existe un cheque de \$ 50.000 que entregó a Gerardo Moran, como Garantía, de la entrega de un pago de \$ 10.000,00 y lo deposita en la cuenta del Canal de Televisión Manabita. Si se pide coimas, no se podría dejar rastros de ninguna naturaleza.

- Que el Sr. Tulio Muñoz, que de acuerdo a movimiento migratorios ha viajado a China, EE UU, Panamá, que se incorporó como elementos de descargo el nombramiento de Gerente de Televisión Manabita.
- Que Tulio Muñoz es Representante Legal de periódico El Mercurio de Manta; que ejerce las funciones de Gerente General de El Mercurio.
- La noticia criminis la genera Paola Pavón Ministra de la Política, a través de un Meil, que le envía a la Dra. Tania Moreno, Fiscal de Pichincha. No se tomó la versión del Vicepresidente de la República, para saber las funciones de Marcos Parraga, no se investigó de los otros supuestos perjudicados que habla la denunciante, entre ellos Gerardo Morán, no hay sola versión que se encuentre perjudicado por Tulio Muñoz o de los demás procesados.
- Que lo que se evidencia es una relación con Gerardo Morán, que existió una negociación comercial, que como prueba tiene un cheque en garantía de \$ 50.000,00 por un cheque que le entregó Gerardo Morán y que fue depositado en la cuenta de la Corporación Televisión Manabita.
- Que en la versión no se dio lectura a lo que favorece a los procesados, donde está el cheque al que se refiere Gerardo Morán.
- Que se dijo que se han realizado operaciones básicas de inteligencia, seguimientos, vigilancias, audio videos, pero en esas actividades en ninguna se refleja **algún accionar que se justifique en la conducta del Art. 370 del COIP.**
- Que el señor Tulio Muñoz actuó en el plano de la absoluta inocencia y no hay un solo elemento para que se presente acusación.
- Que la única relación que existe es con el Sr. Gerardo Morán es comercial.

- Que el cheque fue cobrado por Televisión Manabita, más bien es un elemento que le favorece.
- **Que el tipo penal del Art. 370 del COIP no configura el delito acusado por fiscalía.**
- La defensa concluye por cuanto los elementos no son suficientes para presumir la existencia del delito y la participación de los procesados **debe dictar el sobreseimiento a favor de Tulio Muñoz.**

Luego de la intervención de la defensa la fiscalía por su parte en esta audiencia de evaluación y preparatoria alega:

- Que si efectivamente se ha fijado ese monto, no tiene nada que alegar.
- En cuanto a la petición de Procedimiento abreviado: Efectivamente con la Fiscalía no se ha acordado el monto de la pena.
- Dentro de la aplicación del Procedimiento Abreviado, lo relevante es la manifestación de la aceptación de los hechos fácticos, la Fiscalía considera que al no reunirse los presupuestos que establece el Art. 635, del COIP. Escuchado el Sr. Tulio Muñoz, manifiesta que es inocente, que se han violentado sus derechos, mi estado de salud es calamitoso, no acepto el procedimiento abreviado.
- En cuanto a la primera parte de la audiencia preparatoria señala que se han observado todas las garantías constitucionales, tratados internacionales, el debido proceso y toda vez que no se han realizado alegaciones sobre vicios solicito declare su validez.

Terminado los alegatos el Fiscal procede a realizar su dictamen acusatorio:

(...). DICTAMEN: De conformidad con el Art. 603 del COIP, consigno siguientes datos: INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS PROCESADOS: TULIO OLDEMAR MUÑOZ FIGUEROA: CC 130204, domiciliado en la ciudad de Manta, provincia de Manabí su grado de participación de conformidad del Art. 42 es de autor del delito establecido en el Art. 370 del COIP; respecto de DIEGO XAVIER ARELLANO FUENTES, domiciliado en Cumbayá, Fiscalía considera que el grado de autor del delito tipificado en el Art. 370 del COIP; MARCOS MIGUEL PARRAGA QUINTERO, domiciliado en Quito, su participación como autor del delito tipificado en el Art. 370 del COIP. RELACION DE LOS HECHOS: La Secretaria Nacional de la Política Paola Pavón, hace conocer que un funcionario de CORDICOM conjuntamente con Tulio Muñoz Figueroa de Televisión Manabita y Diego Arellano el 7 de octubre del 2016, realizaban coordinaciones con gerentes de canales de televisión y radio para adjudicar frecuencias con la finalidad de recibir coimas. Entre los perjudicados estaría Gerardo Morán, quien entregó la suma de \$ 80.000,00. Se incorporaron técnicas de investigación, como seguimientos y vigilancias, triangulación de llamadas telefónica (370 Asociación Ilícita, 2016).

Respecto de los elementos de convicción para emitir su dictamen:

ELEMENTOS DE CONVICCIÓN QUE SIRVEN DE FUNDAMENTO: versión de Víctor Gerardo Morán A., versión de Paola Pabón Caranqui; informe investigativo de Diego Puentes Ponce, Capitán de Policía, delegado para la investigación, esto es, de seguimientos y vigilancias; otro parte integrado de los avances de la investigación; parte el parte sobre el flujo de llamadas telefónicas; estos elementos son comunes para los tres procesados. Se tiene el cheque del Banco del Pichincha girado a Julio Muñoz Figueroa, el mismo que fue cobrado, elemento de convicción en contra de Tulio Muñoz; en el allanamiento en la casa del Sr. Diego Arellano, se encuentran **documentos de convicción como carpetas, facturas, CDs**, se tiene reconocimientos de los lugares de los hechos. A fs. 286 el Banco del Pichincha adjunta los movimiento financieros; versión de Tulio Muñoz Figueroa; versiones de Domínguez Garzón Esteban Andrés; Cevallos Díaz María Dolores; Fernando López Cevallos; María Córdova Cegarra; Bélgica Verdugo Ochoa; Víctor H. Reinoso Villavicencio; informe de inspección ocular técnica, reconocimiento de indicios; reconocimiento del lugar de los hechos con indicios de responsabilidad penal; versión de Tamara Merizalde Manjarrez, ampliación de la versión de Gerardo Morán , versión de Luis Peñaherrera; informe de audio video y afines suscrito por Walter P. Chicaiza; versión de Diego Arellano Fuentes; dos informe de documentología; acta de allanamiento de la casa de Tulio Muñoz; 77 fojas que

referencias concurso público para la adjudicación de frecuencias; versión de diego Arellano fuentes; información del SRI; oficio del SRI; parte informativo elaborado por Diego Fuentes Ponce; reconocimiento del lugar y de evidencias. Estos son los elementos de convicción para los procesados en forma general e individual como las evidencias encontradas en los allanamientos. El tipo penal relevante se encuentra tipificado en el Art. 370 del COIP, de asociación ilícita, que afecta al estado constitucional, además es pluri ofensivo. La asociación ilícita es un delito de peligro no de resultado. De conformidad con el art. 498 del COIP, los medios de prueba son los testimonios de las personas que rindieron las versiones y de las personas que realización los informes y pericias; además presento por escrito el anuncio de prueba testimonial, además de la prueba documental y testimonial a la que me referì. Respecto de medidas cautelares, solicito se ratifiquen las dictadas en la audiencia de formulación de cargos. El tipo penal es en el grado de autor a TULIO OLDEMAR MUÑOZ FIGUEROA, DIEGO ORELLANA FUENTES y, MARCO PARRAGA QUINTERO. No existen acuerdos probatorios. En cuanto a la petición de sustitución no se ha justificado conforme a derecho se encuentran reunidos los requisitos de Art. 534 del COIP. No ha variado su situación jurídica. Están los elementos de convicción en contra del procesado, la documentación presentada no alcanza a eliminar el riesgo de fuga, que existe el delito y la participación del procesado. **Solicito se ratifique la prisión preventiva** (370 Asociación Ilícita, 2016).

Una vez concluido el dictamen acusatorio, y que la Fiscalía y la defensa han señalado las pruebas que van a practicar en la audiencia de juicio en caso de dictarse auto de llamamiento, el Juez emite su resolución en la que dicta auto de llamamiento a juicio en contra de Tulio Muñoz y los otros procesados.

Resolución del Juez: (Resumen en 200 caracteres) Conforme se ha resuelto en audiencia del 24 de enero del 2017, a solicitud del procesado se ha fijado el monto de la caución por un monto de \$ 200.000. Se extenderá el formulario respectivo a fin de que se haga efectiva la caución. Se ha escuchado a la defensa y al procesado Julio Muñoz, a Fiscalía, el suscrito Juez considera que al no reunirse los requisitos del Art. 635 del COIP, no se puede realizar la audiencia de procedimiento abreviado, por lo que se continuará la audiencia preparatoria. En cuanto a vicios que puedan afectar la validez del proceso, por cuanto no se han presentado alegaciones a requisitos de procedibilidad, prejudicialidad,

admisibilidad, competencia y procedimiento se da paso a la siguiente etapa. Escuchados los sujetos procesales esta autoridad se pronuncia. 1.- En cuanto a la Jurisdicción y competencia, los procesados Tulio Oldemar Muñoz Figuera, con CC. 1302049232, domiciliado en Manta; Diego Xavier Arellano Fuentes, con CC. 1711992899 domiciliado en Quito; y Marcos Miguel Pàrraga Quintero con CC. 1304975095, domiciliado en Quito. se encuentran bajo la jurisdicción penal ecuatoriana, conforme Art. 398 y 399 del COIP, concordante con los Art. 224 y 225 del COFJ por lo tanto esta judicatura es competente en razón del territorio, materia y personas (370 Asociación Ilícita, 2016).

Respecto a la validez procesal y a la fundamentación del dictamen acusatorio, el Juez indica:

VALIDEZ PROCESAL: En esta audiencia preparatoria de juicio conforme al Art. 604 del COIP, no se hace referencia a vicios que puedan afectar la validez del proceso, que hayan sido inobservadas por la Fiscalía, por lo que superada esta etapa, al haberse observado el debido proceso y las garantías constitucionales se declara la validez procesal. 4.- Fiscalía ha fundamentado **su acusación por cuanto presuntamente han participado como autores del delito de asociación ilícita, ha sustentado en base a evidencias que se coligen, como versiones, diligencias, informes, ha fundamentado su acusación en principios de objetividad, transparencia, imparcialidad, justicia, equidad.** Las investigaciones realizadas han dado elementos suficiente para emitir una acusación circunstancias por cuales se ha enunciado una serie de elementos como versiones de Gerardo Moran, Paola Pavón, informe Policial, varios partes integrados de avances e investigaciones de seguimientos y vigilancias, parte de flujo de llamadas, un cheque del banco Pichincha por \$10.000, allanamiento al domicilio de Diego Arellano, certificado de SRI, de Tulio Muñoz, reconocimientos de todos los lugares donde se realizó seguimientos y vigilancias, certificados de Banco del Pichincha, versiones de Tulio Muñoz, Esteban Domínguez, Luis Espinosa Aulestia, María Cordova Segarra, Belgica Verdugo Ochoa , Víctor Reinoso, Tamara Merizalde, inspección ocular técnico, informe de reconocimiento del lugar de los hechos, dispositivos de almacenamiento electrónico, ampliación de la versión de Gerardo Moran, informes de audio, video y afines, versión de Diego Arellano, informes documentológico. Con estos elementos Fiscalía ha emitido su acusación estimando que existen los elementos suficientes para que le llame a juicio a los procesados en esta causa. Circunstancias por las cuales tomando en consideración lo manifestado por Fiscalía al amparo del art.

608 del COIP, **acogiendo la acusación dicta auto de llamamiento a juicio contra TULIO OLDEMAR MUÑOZ FIGUERA** y otros (370 Asociación Ilícita, 2016).

Sobre la medida cautelare en esta audiencia, el Juez ratifica la prisión preventiva que fue dictada en la formulación de cargos.

En cuanto a medidas cautelares, al encontrarse privados de la libertad Tulio Oldemar Muñoz Figuera y Diego Xavier Arellano Fuentes, **se ratifica la prisión preventiva**. En cuanto a MARCOS MIGUEL PARRAGA QUINTERO, tomando en cuenta el Art. 11 y 77 de la CRE, que no contraviene el Art. 536 del COIP y tomando cuenta que tiene una sanción de 5 años de prisión, la sustituye por las medidas contempladas en el art. 522 numerales 1 y 2 del COIP, esto es, la prohibición de salida del país, para lo cual se oficiará a la Dirección nacional de Migración; presentaciones periódicas 2 veces por semana, los días viernes y lunes ante el Fiscal, en horario de 8h00 a 17h00, en caso de incumpliendo se dispondrá la inmediata prisión preventiva. De conformidad con el Art. 555 del COIP, se dispone la prohibición de enajenar bienes por la suma de \$200000,00 para lo cual se oficiará al señor Registrador de la Propiedad del Cantón Quito. No se han llegado acuerdos probatorios, se toma en cuenta los anuncios probatorios anunciados por Fiscalía indicados en el escrito. La prueba anunciada en forma oral por los defensores de Tulio Muñoz Figueroa, Diego Arellano Fuentes y Marcos Parraga Quintero 7.- Las declaraciones contenidas en esta audiencia no surtirán efecto irrevocable en el juicio; 8.- Quedan notificadas las partes procesales con el contenido de esta audiencia. 9.- Se dispone se remita a la oficina de Sorteos el acta resumen, adjuntando los anticipos de prueba y haciendo contar la prueba anunciada oralmente por las partes procesales. Se deja constancia que en este momento se devuelve el expediente fiscal al Dr. Oswaldo Carvajal Torres: RAZÓN: El contenido de la audiencia reposa en archivo de la judicatura. La presente acta queda debidamente suscrita conforme lo dispone la Ley por el señor Secretario del UNIDAD JUDICIAL PENAL de Garantías Penales del cantón QUITO, el mismo que da fe de su contenido. Las partes quedan notificadas con las decisiones adoptadas en la audiencia sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley respecto a su notificación escrita en las casillas que las partes procesales han señalado para tal efecto. (370 Asociación Ilícita, 2016).

Como se observa en la audiencia de evaluación y preparatoria a juicio se ratifica la prisión preventiva a los procesados, y se dicta auto de llamamiento a juicio por el delito de asociación ilícita, y se convoca a audiencia de juicio, la misma que se lleva a cabo el 05 de mayo del 20117, en la que se ratifica el estado de inocencia de Tulio Omar.

2.2.3. Sentencia de juicio por asociación ilícita.

La sentencia que ratifica el Estado de inocencia del procesado indica lo siguiente: se relata lo ocurrido en las audiencias pasadas, para luego pasar a los alegatos donde la Fiscalía tiene primero la palabra para invocar su alegación respecto de los hechos, y lo que va a demostrar en esta última etapa del proceso penal como lo es la etapa de juicio.

(...). ALEGATOS DE APERTURA 2.1 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: **Se va a demostrar un delito de asociación ilícita tipificado y sancionado en el artículo 370** del Código Orgánico Integral Penal, por cuanto una red de corrupción liderada por Marcos Miguel Párraga Quintero ex miembro del CORDICOM, quien coordinaba con Diego Xavier Arellano Fuentes y Tulio Oldemar Muñoz Figueroa, quienes participaron para la asignación de frecuencias del CORDICOM, solicitado la cantidad de 200.000 mil dólares; además los procesados se tomaban los nombres del Vicepresidente de la República Jorge Glass y de la Ministra Paola Pabón a fin de cometer el ilícito; dentro de la presente causa consta como víctima el ciudadano Gerardo Moran quien habría hecho la entrega de 80.000 dólares. (370 Asociación Ilícita, 2016).

La Fiscalía alega que va demostrar que existe la asociación ilícita: respecto del procesado del cual se hace estudio del caso su defensor técnico en su alegato inicial expone:

(...). DEFENSA DE TULIO OLDEMAR MUÑOZ FIGUEROA El Doctor Arturo Mera, indicó que: Su defendido hace aproximadamente 3 años, mantuvo una relación laboral con el señor Diego Xavier Arellano

Fuentes, en agosto del año 2016 le propone a su defendido que le implemente una radio a Gerardo Moran por el valor de 100.000 dólares, se le hace la entrega de tres cheques, dos por un valor de 10.000 y uno por el valor de 20.000 dólares, un cheque fue cobrado por su defendido y la cantidad de 10.000 dólares se le entregó en efectivo, posteriormente el señor Gerardo Morán le manifestó que no podía pagar los cheques por lo que su defendido los devuelve, cuando Gerardo Morán entrega los cheques le pide como garantía a su defendido se le entregue a su nombre un cheque por 50.000 dólares; el acto que mantuvo su defendido es un acto mercantil el cual no se cumplió por la falta de pago del señor Gerardo Morán. (370 Asociación Ilícita, 2016).

Respecto de la admisión y valoración y práctica de la prueba

(...). LA PRUEBA FISCALIA La Dra. Paola Córdova presentó lo siguiente: 3.1.1 Testimonio de Víctor Gerardo Morán, quien advertido de las penas del perjurio en síntesis manifestó: **Que del delito no tiene conocimiento, que conoce a Diego Xavier Arellano Fuentes, quien es su amigo por más de 16 años con quien tiene una sociedad verbal desde hace año y medio, siendo su amigo quien le invitó a participar en el concurso de frecuencias pero que él por su agenda no tenía tiempo de comparecer**, siendo Diego Arellano Fuentes quien se encargó de los trámites, y al interesarle tener un medio de comunicación ha visto oportuno e idóneo hacer el trámite, manifestándole Diego Arellano Fuentes que se debían presentar ciertos documentos, y que debían acercarse a Arcotel y realizar un estudio técnico, también le dijo que había que cancelar una cantidad de dinero, pensando que era legal por lo que ha entregado a Diego Arellano Fuentes la cantidad 25.000 dólares, y que su amigo puso la cantidad de 15.000 dólares, entregando en total 40.000 dólares para los estudios técnicos, sin recordar cuando fue la fecha de la entrega del dinero, desconociendo la fecha del concurso, y al pasar un año Diego Arellano Fuentes le ha manifestado que no había resultados, que iba a haber una nueva disposición y que luego le iba a avisar lo que suceda, reuniéndose en alguna ocasión en la Gasolinera Móvil ubicada en Miravalle, en una cafetería, con unas personas que Diego Xavier Arellano Fuentes dijo eran los delegados de la Arcotel, lugar donde conoció a Tulio Oldemar Muñoz Figueroa y Marcos Miguel Párraga Quintero, hablando de las frecuencias le han manifestado que había una nueva disposición y que generaba un costo, sin darle ningún nombre, refiriéndole que Marcos Miguel Párraga Quintero era la persona indicada, que el costo era de 200.000 dólares, confiando siempre en su socio Diego Xavier Arellano Fuentes, ha procedido a entregar \$40.000 dólares en cheques y en efectivo, en presencia de Diego Xavier Arellano Fuentes y de su esposa en una segunda reunión, dinero del que solo se ha

cobrado un cheque y el resto le devolvieron, sin conocer a dónde se direccionaba el dinero, conociendo que Diego Xavier Arellano Fuentes se contactaba con los otros procesados vía telefónica, y que de igual manera él se contactó por teléfono con el señor Tulio Oldemar Muñoz Figueroa y un par de veces con Marcos Miguel Párraga Quintero, desconociendo si otro funcionario público estaba involucrado (370 Asociación Ilícita, 2016).

(...). **Contrainterrogatorio:** Diego Xavier Arellano Fuentes ha fabricado todos estos años sus discos, goza de toda su confianza, y era su socio verbal para presentar un proyecto para la obtención de una frecuencia aportando su socio \$15.000 dólares y el la diferencia entregando en total era 40.000 dólares, destinados para obtener cualquier frecuencia, no se concretó la obtención de la frecuencia, el concurso quedo parado, dinero que era para los trámites y estudios técnicos, sin jamás referirle que era para coimas, **ni para tráfico de influencias, nunca le dijo que se reunió con Tulio Oldemar Muñoz Figueroa** y Marcos Miguel Párraga para realizar actividades contra la ley, nunca le manifestó nada ilegal, él fue perjudicado porque apporto con el dinero; haberse reunido con Tulio Oldemar Muñoz Figueroa por cuatro ocasiones, jamás hablaron de la comisión de un supuesto delito, el cheque al que se refirió lo entregó a Tulio Oldemar Muñoz Figueroa, fueron dos cheques uno de 10.000 dólares y uno de 20.000 dólares, solo se cobró el cheque de 10.000 dólares, girado a nombre de Televisión Manabita, y por cuanto no conocía a estas personas le entregaron un cheque en garantía por la cantidad de 50.000 dólares, sin fecha, de Televisora Manabita, jamás le mencionaron al Vicepresidente Jorge Glass ni a la Ministra Paola Pavón, que participó de manera indirecta, a través de una sociedad de una productora denominada “Producciones KROC”, y los representantes son Jacinto Barreno y Dayana Moran, sin ser el socio de la compañía, desconociendo que el dinero entregado era para la comisión de un delito. (370 Asociación Ilícita, 2016).

Los anotados son los testimonios principales, de ahí hay vario testimonios más, en los cuales todas indican que los procesados se reunían en un hotel a vista de todos y lo que ya han dicho los demás testigos, sobre la prueba documental la Fiscalía práctica:

(...). Certificado otorgado por la señora Catalina Salazar, Firma Autorizada del Banco del Pichincha, en el cual se informa que la cuenta corriente No. 3038602604, pertenece al señor Moran Arciniega Víctor Gerardo, con CI 1709628067, se detalla información y se adjunta imagen

del cheque 3147 perteneciente a la cuenta No. 3038602604, por \$10.000, Estado Cheque pagado, Fecha de cobro 08/09/2016, Agencia Reales Tamarindos. * Copias certificadas remitidas mediante oficio por parte del Dr. José Luis Peñaherrera Vejar, Director de Patrocinio y Coactivas de ARCOLTEL, referentes a la postulación ingresada con el número de tramite ARCOTEL-DGDA-2016-011060, de 30 de junio del 2016, presentada por el señor BARRENO MARIÑO MANUEL JACINTO, en su calidad de Gerente General de la compañía PR,DUCCIONES KROC S.A., solicitándola frecuencia de la radio denominada LA MÁS QUERIDA 93.3 para la ciudad de Quito. (370 Asociación Ilícita, 2016).

La defensa de Tulio Oldemar practica las siguientes:

(...). Testimonio de Tulio Oldemar Muñoz Figueroa, con C.I. 1302049232, de 60 años, de estado civil casado, de instrucción superior, de ocupación empresario, domiciliado en Manabí, Manta, ciudad Manta Beach, casa 11, quien advertido de sus derechos constitucionales manifestó: Conocer a Diego Xavier Arellano Fuentes hace 3 años, por una fábrica de CDs en Quito, quien le ha presentado en el mes de agosto a Gerardo Morán, indicándole que estaban participando en la adquisición de frecuencias y que necesitaban equipos, solicitándole su ayuda en la parte técnica, realizando un contrato verbal para la compra de equipos de radio, y al realizarle la entrega de un anticipo de 40.000 dólares, él les ha entregado un cheque en garantía por 50.000 dólares el mismo que provenía de la cuenta de su empresa Televisión Manabita, compra de equipos que no se ha concluido procediendo por esto solo a cobrar un solo un cheque por 10.000 dólares mientras que el resto de dinero se lo ha devuelto al señor Diego Xavier Arellano Fuentes; que es amigo de Marcos Miguel Párraga Quintero quien trabajaba en la vicepresidencia pero nunca le ha ofrecido solicitado nada ilícito, aclarando que hasta la actualidad no se le ha entregado el cheque dado en garantía; que en su vehículo al realizarse el allanamiento existían documentos de Ramón Arteaga quien es su cuñado, y además está concursando para una frecuencia, realizando para a él una evaluación de equipos indicándole como implementarlos.

Los alegatos de cierre:

(...). **FISCALÍA El artículo 370 del Código Orgánico Integral Penal describe el tipo penal de asociación ilícita, y refiere que cuando dos o más personas se asocien para cometer delitos; los artículos 280 y 281, 285 se refieren al delitos de tráfico de influencias, esos son los delitos que se pudieron cometer;** en su testimonio Víctor Gerardo Moran se retractó de lo que manifestó, en su versión donde indicaba que era un

aporte para la campaña presidencial, por esta retractación **Fiscalía se ha quedado sin sustento para continuar con su acusación, toda vez que no existieron testimonios que como prueba establezcan la calidad de sujetos pasivos de las personas procesadas, por ende no puede sustentar su acusación fiscal, absteniéndose de acusar** (370 Asociación Ilícita, 2016)

(...). DEFENSA DE TULIO OLDEMAR MUÑOZ FIGUEROA La acusación se debió manifestar en audiencia, por ende se allana al criterio de Fiscalía. (370 Asociación Ilícita, 2016).

Luego del que el Fiscal indicara que se ha quedado in los elementos suficientes para continuar con su acusación, el Juez fundamenta su resolución:

(...). FUNDAMENTACIÓN En un Estado constitucional de derechos y justicia, como es el Ecuador, el Derecho Penal, dentro del ordenamiento jurídico, se convierte en un medio de control social teniendo como función principal la protección y tutela de los bienes jurídicos, los que pueden ser vulnerados por ciertas conductas lesivas, generando la inmediata reacción del estado en búsqueda de precautar el orden jurídico y social vulnerado. Corresponde a los Jueces de los Tribunales de Garantías Penales, en ejercicio de la potestad jurisdiccional, otorgada por el Estado, conocer la etapa del juicio, y sentenciar los delitos que devienen de una acción u omisión típica, antijurídica y culpable; cuando éstos presupuestos se cumplan a cabalidad, logrando el convencimiento del juzgador de la culpabilidad de la persona procesada más allá de toda duda razonable; para lo cual el onus probandi está en manos del ente persecutor, que sustentado en hechos reales introducidos a través de un medio de prueba, deberá demostrar la existencia del nexo causal entre la existencia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, superando el máximo estándar de la presunción de inocencia, para lo cual el juzgador deberá valorar los medios suasorios presentados sustentándose en su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica, excluyendo todo medio de prueba obtenido con violación a los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la ley, los que carecerán de eficacia probatoria. La actividad probatoria ejercida en la audiencia de juzgamiento bajo los principios de oportunidad, inmediación, contradicción, libertad probatoria, pertinencia y exclusión permiten la búsqueda y acopio de los elementos necesarios para reconstruir un hecho delictivo y las

circunstancias que lo rodean, permitiendo que el juez logre “ el conocimiento del hecho que mejor responda a la realidad del mismo, a partir de los medios que dispone en el proceso y al amparo de un fin práctico y social no metafísico”, logrando un grado de convencimiento propicio para resolver más allá de toda duda razonable beyond a reasonable doubt-, maximizándose el apego al derecho y minimizando riesgos de decisiones violentas imprevisibles o arbitrarias. Siendo necesario que el juzgador al aplicar este estándar probatorio, que establece nuestra normativa penal, sustente su convencimiento, no solo en el campo subjetivo, sino en un examen lógico de los hechos y una apreciación ponderativa de los medios de prueba, previo a establecer como verdadera una hipótesis, en este sentido Mauricio Duce al construir una aproximación práctica al estándar de la duda razonable señala “ en primer lugar debe tratarse de una duda articulada, esto es, que exista una explicación que sea capaz de estructurar los diversos elementos, no solo aquellos que no se encuadran en la versión de la acusación, y mostrar como todos ellos en conjunto constituyen una duda razonable; y, en segundo lugar que esta articulación tenga alguna evidencia, es decir, la prueba debe prestar alguna plausibilidad a la articulación que se haga de la duda (370 Asociación Ilícita, 2016)

Respecto del tipo penal de la acusación inicial:

(...). El tipo penal por el que han sido traídos a juicio las personas procesadas es por el delito del Art. 370 Asociación Ilícita.- Cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos, sancionados con pena privativa de libertad de menos de cinco años, cada una de ellas será sancionada por el solo hecho de la asociación con pena privativa de libertad de tres a cinco años.” (..).En el caso en concreto, previo a que este juzgador preceda a analizar si se ha demostrado de manera efectiva la existencia de la infracción y la responsabilidad de las persona procesadas, considera importante establecer que la Constitución de la República, que en su artículo 195, dispone: “La Fiscalía dirigirá de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; (...) De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.”; en concordancia con el Art. 609 del Código Orgánico Integral Penal que señala “Necesidad de la acusación.- El juicio es la etapa principal del proceso. Se sustancia sobre la base de la acusación fiscal.”; y conforme a lo estipulado en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece: “Principios dispositivo, de intermediación y concentración.- Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso, y en mérito de las pruebas

pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley”, sustentados en varias resoluciones de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia[1] que al analizar el significado y alcance de las normas antes transcritas, ha señalado: “La sentencia es el acto por el cual el juez cumple con la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho de contradicción de resolver las pretensiones (...), toda sentencia es resultado de premisas que plantean las partes ante el juzgador; en materia penal, estos planteamientos los realiza la Fiscalía, quien ejerce la acción penal pública, es decir la potestad persecutoria e investigativa del Estado; y, por otro lado, los planteamientos que formula la defensa. Las resoluciones judiciales deben mantener concordancia entre las pretensiones de las partes litigantes y lo resuelto por el juzgador; esta identidad jurídica se la conoce como principio de congruencia o consonancia, que es una garantía del debido proceso, y una consecuencia lógica de la jurisdicción, como derecho y deber del Estado de administrar justicia, pero limitando el poder discrecional del juez a las pretensiones de los sujetos procesales intervinientes. (370 Asociación Ilícita, 2016).

Respecto a la aplicación del principio de congruencia.

(...). La aplicación del principio de congruencia, en el sistema penal acusatorio, en primer lugar permite establecer la distinción de funciones entre partes procesales como son Juez Fiscalía y defensa; y, en segundo lugar restringe la actividad jurisdiccional a lo aportado por las partes; por tanto, la valoración y la calificación jurídica de los hechos que realiza el juzgador, se ve limitada al avance progresivo de la prueba pedida, ordenada, introducida y practicada por los operadores de justicia. (...) en un sistema como el nuestro, que se sustenta en el principio dispositivo, para la sustanciación de los procesos judiciales y específicamente penal, queda en manos de la Fiscalía, la decisión de que actos deben ser investigados, y que asuntos deben llegar a juicio, es por ello que no debemos confundir que el fiscal durante la indagación previa y la instrucción fiscal producen elementos de convicción, que pueden dar paso a una acusación en la etapa intermedia, o para solicitar un sobreseimiento, más no son la base de una sentencia, que necesariamente declare la culpabilidad del acusado. Puede ocurrir, como en este caso, que el Fiscal que actuó en la etapa de juicio e incorporó los medios de prueba y sometió sus actuaciones a los principios inter alia de inmediación y contradicción, en lugar de acusar y pedir una pena, se abstenga de hacerlo, con lo que eliminaría los cargos iniciales de su acusación, planteados en el debate de apertura; por lo que el juez, basándose en los principios dispositivo y de congruencia, debe dictar sentencia ratificando el estado de inocencia del ahora recurrente, en vista

de que “sin acusación fiscal, no hay juicio. (370 Asociación Ilícita, 2016).

Ratificación del estado de inocencia.

Este Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, respetando la debida correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia (principio de congruencia), en base al pronunciamiento de la señora representante de la Fiscalía Dra. Paola Córdova Vinueza, que implica la renuncia de los cargos formulados contra las personas procesadas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 609 del Código Orgánico Integral Penal, que sustancia el proceso penal-etapa de juicio- en la acusación de Fiscalía, impidiéndose a este juzgador emitir su pronunciamiento al no existir la correspondiente acusación por el ente persecutor. Con los argumentos señalados, al no haberse desvirtuado la garantía de presunción de inocencia establecida en el artículo 76. 2 de la Constitución de la República, acorde con los instrumentos internacionales de derechos humanos, integrantes del bloque de constitucionalidad (Art. 425 de la Constitución), que prescriben: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 11.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Artículo. Convención Americana Sobre Derechos Humanos: (Pacto de San José). Artículo 8 Garantías, **ratifica el estado de inocencia de las personas procesadas** DIEGO XAVIER ARELLANO FUENTES, TULIO OLDEMAR MUÑOZ FIGUEROA y MARCOS MIGUEL PÁRRAGA QUINTERO. (370 Asociación Ilícita, 2016).

Luego de exponer las partes de la sentencia de lo sucedido en la audiencia de juicio se procede al análisis. En el proceso analizado se han encontrado varios problemas, pero se focalizará principalmente en la tipicidad del delito y la adecuación del tipo penal en primer lugar se puede indicar que como se ha planteado en los objetivos del estudio existe una errada adecuación del tipo penal respecto del hecho punible en todo el caso desde la formulación de cargos, esta errónea adecuación deja sin elementos al Fiscal para que se abstenga en la audiencia de juicio

Antes de sustentar la problemática encontrada se desprenden tres aspectos importantes encontrados en el caso:

- 1) La Fiscalía en su fase pre – procesal inicia la investigación previa por el presunto delito de tráfico de influencias, pero inicia la instrucción fiscal formulando cargos por asociación ilícita.
- 2) La Fiscalía emite su dictamen acusatorio señalando que cuenta con los elementos e indicios suficientes para solicitar auto de llamamiento a juicio por el delito de asociación ilícita en contra del Sr Tulio Muñoz, a quien ya en audiencia de formulación de cargos se le dictó prisión preventiva por este delito y en preparatoria se le ratificó.
- 3) En la Audiencia de juicio el Fiscal en su alegato final se pronuncia con un dictamen abstentivo para los tres procesados por asociación ilícita por cuanto; de la prueba documental, testimonial, y pericial, no ha concluido en una asociación ilícita, esto resulta de una inadecuada aplicación del tipo penal.

Para responder la pregunta de la problemática planteada, la cual es sí en el caso 05689- 2016, existe una errónea aplicación del tipo penal correspondiente al hecho punible y cuáles son las consecuencias jurídicas al no cumplir con los elementos constitutivos del tipo penal del delito de asociación ilícita 370 se considera lo siguiente:

Para iniciar una formulación de cargos, el Fiscal como encargado de la investigación pre procesal y procesal debe primero hacer la comprobación de los elementos del delito por el cual va a formular cargos, esto es la comprobación la

tipicidad, es decir, debe asimilar la concurrencia del hecho cometido con la descripción exacta contenida en la ley.

De no realizar lo antedicho se puede incurrir en la ausencia del tipo, que es lo que ha ocurrido en el caso estudiado. La ausencia de tipicidad o atipicidad como lo ha mencionado Bacigalupo, (1999) es:

Cuando en la acción falta alguno de los elementos descritos en la ley, y puede darse por falta de: calidad en el sujeto activo; calidad en el sujeto pasivo; elemento valorativo en el objeto del delito; referencias temporales o espaciales; medio previsto; elementos subjetivos del injusto. Lo que trae por consecuencia **la imposibilidad de que la acción se adecue a todos los elementos que el legislador ha empleado para hipotetizar el delito** (p.219)²⁴.

Ahora respecto de los elementos del tipo de la asociación ilícita el COIP Artículo 370 únicamente indica: “Cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos, sancionados con pena privativa de libertad de menos de cinco años, cada una de ellas será sancionada, por el solo hecho de la asociación, con pena privativa de libertad de tres a cinco años” (COIP, 2015).

Primero hay que indicar cual es el bien jurídico tutelado que se atenta con el cometimiento de este delito que es el orden y la seguridad pública interna de un estado buscando precautelar “la confianza general y el mantenimiento de la paz social”, seguridad que se demuestra en la tranquilidad, calma y orden en el que se desarrollan las actividades de una sociedad organizada (370 Asociación Ilícita, 2016).

Para la concurrencia de este delito se necesitan que se cumplan estos elementos del tipo:

²⁴ Bacigalupo, Ernesto. (1999). “*Derecho penal Parte General*”. 2da. Edición. Buenos Aires Editorial Hammurabi.

1. La concurrencia o participación de dos o más personas en el cometimiento de la conducta antijurídica -asociación-;
2. Que esta agrupación humana cause conductas lesivas cometer delitos sancionados con pena privativa de libertad de menos de 5 años, reprimiéndose, no el cometimiento de un delito en específico sino que la asociación sea para el cometimiento de delitos en general.
3. La existencia de esta conducta solo por el hecho de la organización de su partida, es decir, que no requiere una lesión efectiva producto de la conducta ejecutada por los sujetos activos, contrario se adelanta al umbral ofensivo, generando una sanción a un riesgo, ex ante o de posibilidad de un daño -delito de peligro. (370 Asociación Ilícita, 2016).

Entonces de acuerdo a lo indicado para que la conducta se adecúe al tipo se debe concurrir en los tres elementos del mismo, y en el juicio se debe probar que por medio de esta asociación existe la posibilidad de un peligro potencial o un acto riesgoso, el hecho punible se ejecuta únicamente siendo parte de dicha asociación.

Doctrinariamente como lo ha indicado la sentencia del caso 05689- 2016, el delito de asociación ilícita tiene características especiales:

(...). Es importante establecer desde el punto de vista dogmático que la asociación ilícita debe reunir características especiales que la distinguen de la mera participación, siendo por tanto desde su estructura objetiva: una conducta carácter estable, duradera en el tiempo de la actividad delictiva, con la participación de por lo menos tres personas unidas con la voluntad de cometer delitos en general, con existencia de reciprocidad, cohesión y uniformidad, lo que permite generar un nivel de pertenencia entre sus

integrantes, donde cada uno de sus miembros ejecutan y tienen un rol o función en el contexto de la actividad ilícita dentro de una estructura preestablecida; y, desde el punto de vista subjetivo: solo requiere la intención o voluntad de los miembros de la asociación de intervenir en la conducta delictiva, siendo un delito de carácter doloso, donde el autor debe conocer que participa en esta asociación y debe existir su voluntad de participar en ella. (370 Asociación Ilícita, 2016).

Si se analiza lo aludido por la sentencia, se puede observar que en el caso estudiado la formulación de cargos que hizo el Fiscal no cumple para nada con los elementos del tipo penal de asociación ilícita, es decir que la conducta ejecutada por los procesados no se adecúa al tipo, no existe la tipicidad para iniciar la acción; pues, si bien es cierto se comprueba de que los procesados recibían ciertas cantidades de dinero por una negociación de frecuencias revisando los tipos penales no se adapta al de la asociación.

Los delitos se conforman de acuerdo a su estructura misma, es decir, dentro sus elementos intrínsecos, que cumplen una finalidad que es establecer si se ha cometido o no el delito que describe la norma, como Zaffaroni, ha manifestado: “La Teoría Del Delito sirve para verificar si están dados los elementos del delito para requerir a los tribunales o jueces penales una respuesta que habilite el ejercicio de poder punitivo del Estado” .(Zaffaroni, 2006, p. 288)²⁵.

Entonces, para que la justicia penal funcione de manera eficaz, los Fiscales y jueces deben aplicar el tipo penal adecuado respecto al hecho punible, para lo cual deben realizar una revisión de los elementos del mismo, es decir,

²⁵ Zaffaroni, Raul, Alagia, A., Slokar, A. (2006). “Manual de Derecho penal. Parte General. Quinta Edición. Editorial EDIAR.

deben analizar que estos elementos cumplan con los elementos del tipo, que todos estén presente para determinar y juzgar la adecuación a la conducta típica.

La Constitución como norma suprema ha otorgado a los Fiscales la investigación en el proceso penal, en donde deben actuar con objetividad, lo que también les ordena que en determinado momento preprocesal o procesal desistir de la acción cuando consideran que no hay pruebas suficientes, o elementos de convicción suficientes para continuar con el seguimiento penal.

El Fiscal además debe respetar los principios constitucionales y procesales que rigen al proceso penal desde la fase de investigación previa, por lo que si el Fiscal determina que el hecho es atípico, es decir; que la conducta no se adecua al tipo, no tiene la obligación de exigir una acción solo porque está ante una denuncia, esto se considera irracional.

El Fiscal en la Audiencia de Juicio en su alegato final literalmente expresa: **El artículo 370 del Código Orgánico Integral Penal describe el tipo penal de asociación ilícita, y refiere que cuando dos o más personas se asocien para cometer delitos; los artículos 280 y 281, 285 se refieren al delitos de tráfico de influencias, esos son los delitos que se pudieron cometer. (370 Asociación Ilícita, 2016) .**

Lo dicho por el Fiscal está en lo correcto, si bien es cierto analizando el caso, con las pruebas testimoniales, documentales y periciales se podría determinar que los procesados si incurrieron en un delito, pero este fue el tráfico

de influencias que sí cumplía con los elementos del tipo, mas no la asociaicon ilícita, por lo que con la retractacion de un testimonio, el Fiscal se queda sin sutento y no le queda mas que abstenerse.

CONCLUSIONES

Existe una errónea aplicación del tipo penal correspondiente al hecho punible en el caso N° 17283-2016-05689, lo cual conlleva a una consecuencia jurídica, esta consecuencia es la abstención del fiscal en la audiencia de juicio por quedarse sin sustento para continuar su acusación por el delito de asociación ilícita.

De lo que se desprende en este proceso es la importancia que tiene la adecuación de una conducta a un determinado tipo penal, el Fiscal como encargado de la investigación desde la fase pre procesal está en la obligación de verificar que el delito por el que va a acusar y dar persecución penal a un sujeto cumpla con los elementos del tipo.

Los Fiscales, para acoplar elementos de convicción e iniciar el proceso penal deben estar convencidos de que el hecho investigado constituye delito, y que este delito cumple con los elementos del tipo, de no hacerlo o de no encontrar la tipicidad del delito debe abstenerse, en todo caso como pudo haber ocurrido en el presente caso, hacer una reformulación de cargos en la etapa procesal oportuna.

Hablando de principios una errónea adecuación del tipo penal vulnera principios como el de presunción de inocencia, el principio de oportunidad, el principio de legalidad, y la objetividad a cargo del Fiscal, quien pudo haber no formulado cargos por un delito del cual no se adaptaba el hecho punible con los elementos del tipo.

El tipo penal no es el que el procesado la adecuado su conducta siendo este asociacion ilicita, de acuerdo a los elemnetos revisados en el capitulo del analisis, los hechos no se adecúan al tipo penal, la asociaicon ilicita es un delito contra la seguridad pública que lo ejecuta un individuo por el hecho de ser parte de un grupo o banda delictiva, lo que no se ha comprobado en el presente caso, si bien es cierto los procesados se reunian, no se pudo comprobar que era para planear un delito.

Hay que tener en claro que la asociación ilícita es una agrupación muy bien organizada que su unica finalidad es perpetrar delitos, que como requisito según la doctrina debe tener el carácter de permanente con un número mínimo de miebros que se dedican aa planificar los delito a cometer en un futuro.

Otro punto a colcuir es que un Fiscal no puede someter a una persona a investigación penal, esto es, a una investigacion preprocesal penal sin que exista “causa probable”, es decir, sin la evidencia o indicio material que establezca la ocurrencia de un hecho que pueda constituir un delito y de la participación del sospechoso, mas aun no puede formular cargos por un delito si no ha comprobado que la conducta del hecho se ha adecuado al tipo.

Una adecuada adecuación del tipo penal es sinónimo de garantía procesal, donde el hecho se adecúa a la conducta, de no serlo habrá audiencia del tipo que es aquella que no preveé ninguna acción en el tipo penal, que se intenta aplicar pero sólo hace alusión a ella, o como ha ocurrido en el caso simplemente se menciona sin describir sus elementos constitutivos.

La adecuación del tipo penal es demasiado importante dentro de un proceso, el tipo fundamenta la responsabilidad penal, en el sentido de que de acuerdo a la acción adecuada al tipo se impone una pena, por lo que, se debe estar seguro de que esta persona ha incurrido en todos los elementos del tipo para que se le pueda dar seguimiento penal.

Los tipos penales responden al principio de legalidad, es decir, existen de acuerdo a su descripción exacta en la ley y permiten diferenciar una figura penal de otra, por lo que una errónea aplicación del tipo acarrea consecuencias jurídicas para todos los sujetos procesales, tanto para el procesado al que se le han vulnerado, principios como el de inocencia, como a los demás sujetos procesales y a la naturaleza del procedimiento mismo.

BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Ecuador: Registro Oficial N° 180.

Bacigalupo, Ernesto. (1999). Derecho penal Parte General. 2da. Edición. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Bernal Cuellar, J, Montealegre L, E. (2013). El Proceso Penal. 4ta Edición: (s.n): Editorial Buena Fe.

Consultoría Jurídica Ecuamundo Asociados, (2017). Derecho Procesal Penal Ecuatoriano. (En línea). Consultado 10 de Agosto 2017. En: <https://www.ecuamundo1.com/derecho-penal-ecuatoriano/>

Deu, Armenta, (2009). Lecciones De Derecho Procesal Penal. (s.n): Editorial Marcial Pons.

Fontán Balestra, C. (1998). Derecho Penal Introducción y Parte General. Buenos Aires: Editorial. Abeledo Perrot.

García Falconí, Jorge. (2012). La Instrucción Fiscal. Revista judicial Derecho Ecuador. (en línea). Consultado 30 de julio del 2017. En: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientopenal/2012/12/17/la-instruccion-fiscal>

García Falconi, José. (2003). Manual de práctica procesal constitucional y penal. Quito: Editorial del Ministerio de justicia.

García, Ramiro. (2014) Código Orgánico Integral Penal Comentado. Quito: Editorial Ara Editores.

Luzón Peña, Diego. (20013) Curso de Derecho Penal Parte General. (s.n): Editorial Universitas S.A.

Machicado, Jorge. (2012). ¿Que es la Tipicidad y el Tipo penal?. Apuntes juridicos. (en linea). Consultado 12 de Agosto 2017. Recuperado de: <https://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/tipo-penal-y-tipicidad.html#4>

Muñoz Conde., Francisco y Garcia A., Mercedes, (2004). Derecho Penal. Parte General. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Parraguez Ruiz, Luis. (2004). Manual de derecho civil Ecuatoriano. (s.n): Editorial UTPL

Rosillo, Vinicio. (2017). El delito de Asociación ilícita en el Ecuador. Poder del Derecho. (En línea). Consultado 11 de Agosto 2017. Recuperado de: <http://poderdelderecho.com/delito-de-asociacion-ilicita-en-el-ecuador/>

Vaca Andrade, Ricardo. (2009). Manual de derecho Procesal penal. Quito: Cooperacion de Estudios y Publicaciones.

Zaffaroni, Raul, Alagia, A., Slokar, A. (2006). Manual de Derecho penal.
Parte General. Quinta Edición. (s.n): Editorial EDIAR.

Anexos