

## Acta Sesión de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado

**Número de sesión:** No.050

**Fecha:** 28 de octubre del 2019

**Nombre quien preside la sesión:** Asambleísta Ximena Peña Presidenta Comisión de Justicia y Estructura del Estado

**Asambleístas presentes:** Ximena Peña Pacheco en su calidad de Presidenta, Henry Cucalón Camacho, María de Lourdes Cuesta, Rosa Orellana, Elio Peña, Franklin Samaniego, Esteban Torres Cobo.

**Constatación del quorum:** La Presidenta dispone a la Secretaria que proceda a constatar el cuórum reglamentario en la sala, se deja constancia el cuórum con 7 asambleístas presentes.

Se verifica que existe una solicitud de principalización de la Asambleísta Alterna Marcela Cevallos a solicitud del Asambleísta José Serrano.

**Aprobación del orden del día:** Se procede a dar lectura por parte de la secretaria

1. Recibir en comisión general al Dr. Pablo Encalada experto en Derecho Penal con el objetivo de recibir sus observaciones a la objeción parcial al Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria Al Código Orgánico Integral Penal.
2. Tratamiento de la objeción parcial al Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria Al Código Orgánico Integral Penal, remitido por el licenciado Lenin Moreno Garcés, Presidente Constitucional de la República del Ecuador.

### Desarrollo de la sesión:

**Ximena Peña, Presidenta de la Comisión:** instalada la sesión, tenga la bondad de dar lectura al primer punto del orden del día.

**Secretaria Relatora:** 1. Recibir en comisión general al Dr. Pablo Encalada, experto en derecho penal, con el objetivo de recibir sus observaciones a la objeción parcial al proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código orgánico integral Penal.

**Ximena Peña, Presidenta de la Comisión:** Muchísimas gracias Dr. sea usted bienvenido.

**Pablo Encalada, Experto en Derecho Penal:** Muy buenas tardes, con todos, señores asambleístas, señora presidenta de la comisión. Es un honor para mí estar acá, presentando mis criterios respecto del veto que ha presentado el Presidente de la República y espero que sirva y sea de utilidad para una mejor resolución de ustedes. Se me ha pedido que analice lo relacionado con las objeciones parciales, entiendo que las constitucionales ya han sido tratadas, por eso me concentro en aquellas. Son varios los artículos que ha presentado el Presidente por eso yo, de una manera quizás arbitraria en honor al tiempo, voy

a referirme a los que considero más relevantes, sin embargo, ojalá si de parte de ustedes hay alguna pregunta, algo que quieran compartirlo respecto de aquellos con gusto yo podría referirme aquello.

Lo primero, relacionado con el dolo, entiendo que esta fue una discusión bastante amplia en la comisión y por ello es que la Asamblea aprobó, por ejemplo, la incorporación de la idea del error de tipo, esto ya es un avance importante porque, de alguna forma, se está dejando aquellos conceptos caducos que están más relacionados con la escuela del causalismo, sin embargo, en el veto del presidente hay un cambio al concepto del dolo como lo había presentado la Asamblea, entonces, el Presidente dice que cambia este artículo y dice que actúa con dolo la persona que tiene conciencia y voluntad de realizar estos actos, esto podría parecer un tecnicismo, de hecho, yo no sé si realmente en la práctica habrá de tener efectos realmente graves a la hora de administrar justicia pero podrían encontrarse con un vacío legal y podría procurar de alguna forma impunidad, por qué razón, porque la Asamblea decía, de manera correcta, que el dolo es el conocimiento de los elementos del tipo, es decir, de la descripción de la conducta y la voluntad de realizar es hecho, en cambio, se dice que dolo es quien tiene conciencia y voluntad pero la conciencia no se puede conocer, digamos de una manera empírica, como saber quién actúa con conciencia, eso a través de un examen de hipnosis, psiquiátrico, no sé, entonces, esto podría llevar a crear inseguridad jurídica, pero lo que más me preocupa, más allá de la conciencia y la conciencia es un concepto bastante caduco, es que dice que hay que tener el conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, aquí si les presento un ejemplo que puede ser clarificador, un elemento objetivo del tipo es el sujeto pasivo, por ejemplo, la víctima de un abuso sexual, como alguien puede tener la voluntad de realizar el sujeto pasivo, no sé si me explico, está tan mal, técnicamente, redactado el veto, que yo creería que en la práctica no habría muchos problemas pero podrían encontrarse algún mal administrador de justicia que pueda aprovecharse de estos vacíos legales y ahí si para procurar impunidad, no como hoy por hoy que creo que es la forma que más herramientas le da a los actores de justicia para sancionar los delitos, incluso mucho más que el concepto anterior, como el designio de causar daño. Entonces, mi recomendación en este punto sería que se ratifique el concepto aprobado por la Asamblea Nacional.

Otro tema importante, me parece aquel relacionado con las circunstancias agravantes, aquí en cambio, discrepo con la propuesta de la Asamblea porque había propuesto, además de dos agravantes, la 9 y la 10, la 9 que no tengo problema; respecto de la 20 que dice: "registrar al autor una o más aprehensiones previas en delito flagrante". Yo en este punto estoy de acuerdo en lo que dice el veto del Presidente, por cuanto el presidente dice que tiene que haber una sentencia condenatoria y claro me parece que de alguna forma amplia, positivamente, la posibilidad de la reincidencia, ya para el mismo delito sino con aquellos delitos relacionados con la afectación de un mismo bien jurídico, es decir, agravar una pena por una detención previa sin que haya sentencia, es una abierta violación al estado de presunción de inocencia y esto seguramente puede observar, o va a observar, la Corte Constitucional, entonces, en este punto creo que el Presidente de la República en el veto más garantista y yo creo que eso debería ser aprobado. También el Presidente incorpora agravantes relacionadas con las lesiones o agresiones o las víctimas de los

delitos sean los funcionarios de la policía nacional, etc., creo que derivado de las protestas de octubre y como no podemos, creo, hacer un mix, parecería que el veto tendría que ser aprobado.

Luego, en el proyecto de la Asamblea estaba previsto ya una descripción de que es la reincidencia, aquí en cambio, me parece que el concepto de reincidencia que propuso la Asamblea Nacional es el más adecuado porque la propuesta del veto del Presidente es una propuesta anti-técnica cuando dice que: "hay reincidencia cuando se hayan verificado los elementos de dolo o culpa", es decir, hay reincidencia cuando una persona ha realizado ese delito o un delito que pertenece a los mismos bienes jurídicos, cuál es la duda que aparece por acá, digamos, podría haber reincidencia cuando una persona comete homicidio por accidente de tránsito o un asesinato, qué relación tiene un accidente de tránsito con un asesinato; yo creo que la redacción de la Asamblea está mucho mejor.

Quizá aquí un tema que pueda parecer polémico, pero también estoy de acuerdo con el veto del presidente, lo relacionado con la desaparición voluntaria como delito. La desaparición voluntaria en sí mismo jamás podría ser punible por que la persona se va de la casa, digamos, esto atenta al libre desarrollo de la personalidad, si yo quiero me voy y no vuelvo es el problema de cada quien; lo que ha hecho el Presidente de la República es incorporar en el veto un tipo de secuestro agravado, es decir, tenemos el secuestro simple: la privación ilegal de la libertad de la persona en contra de su voluntad; tenemos el secuestro extorsivo: que es el secuestro, digamos, la privación de la libertad de la persona en contra de su voluntad más la exigencia de dinero o de alguna otra contraprestación y lo que ha incorporado el presidente es el secuestro más la falta de información respecto al paradero de esta persona y este le da una calificación agravada, porque de alguna forma lo que se estaba proponiendo desde la Asamblea Nacional era que una persona desaparece y no sabemos dónde está, entonces, a quién le podemos atribuir esa responsabilidad; lo que ha hecho el presidente es decir, si una persona desaparece en manos del Estado, esto ya está, es la desaparición forzada, pero si es que desaparece en manos de un particular y no nos da información, entonces, estamos hablando de un secuestro más falta de entrega de información, por eso estoy de acuerdo con el veto del Presidente. Pero si ahora tienen alguna observación, estamos para solventar.

**María de Lourdes Cuesta, Asambleísta:** Sí, siempre tuvimos dudas sobre el tema de desaparición voluntaria que sea tipificada como delito, precisamente por el concepto, veto contradictorio en la figura del secuestro. Entonces, al momento que incorporamos aquí otra comprensión podemos estar generando confusión, ambigüedades y estamos atentando al principio de unidad de norma, entonces, si les sugerimos que se analice por ese lado. Por otro lado, que el segundo inciso de lo que plantea el ejecutivo no abone en lo absoluto a mejorar nada de lo que ya no estemos comprometidos por el derecho convencional, es decir, nosotros ya tenemos que cumplir normas internacionales sobre hasta donde pueden ir los... exactamente, porque ya nosotros ya somos parte de hecho y ya debemos cumplir la normativa relativa a lo que pueden hacer las fuerzas armadas o los órganos o los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. En ese marco, si bien es cierto no se equivoca el ejecutivo en señalar de que esta es una institución nueva específica, en eso tiene toda la razón, y lo mas pertinente, sería si este dentro de las causas de exclusión de la antijuricidad por principio no es

menos cierto que lo que se hace en el texto aprobado por la Asamblea es desarrollar al detalle lo que se entendería incluso por deber legal, y es algo que vale decirlo tratadistas e incluso organismos internacionales recomiendan, se recomienda que los Estados tomen medidas para definir hasta dónde llega ese deber legal, hasta donde llegan estos actos de servicios, y en ese sentido la norma de la Asamblea estaría más pertinente, la recomendación del equipo técnico sería ratificar eso.

**Asambleísta Lourdes Cuesta:** No recuerdo en realidad si es que cuando propusimos este articulado se analizó normativa de las Naciones Unidas que data del año 90 sobre el uso de la fuerza, y por ejemplo, en el caso de la policía nacional tienen un reglamento específico al respecto, entonces lo que está planteado por la Asamblea Nacional, yo creo que es lo correcto y debe ratificarse sobre todo porque se hace ahí un análisis y se establecen los casos, lo otro es general y deja para que cualquier ministro pueda hacer lo que quiera.

**Ximena Peña, Presidenta de la Comisión:** Algún otro comentario asambleístas, los equipos. Estaríamos de acuerdo entonces con la ratificación.

**Pablo Encalada, Experto en Derecho Penal :**A ver qué es lo que pasa cuando se aprueba una nueva causa de exclusión de antijuricidad básicamente se les esta dando una condena a la policía nacional y a los agentes de tratamiento penitenciarios adicionalmente, que tiene varios vicios de constitucionalidad porque dice que los agentes penitenciarios tienen una misión constitucional, cual es la misión constitucional, solo los únicos que tienen misión constitucional son la policía nacional y las fuerzas armadas. Entonces, ese es el primer vicio de inconstitucionalidad, el segundo es que inclusive se les da un tratamiento diferenciado no solo en el ejercicio de sus funciones sino dice durante antes y después, como puedes justificar una causa de exclusión de antijuricidad un deber de cuidado cuando el agente penitenciario capaz estaba afuera de la cárcel y el fin de semana que se yo con sus amigos y ese va a ser motivo para que se aplique una causa de exclusión antijuricidad.

Entonces, a mi si me preocupa eso y creo que el veto del ejecutivo más bien lo que hace es afinar lo ya existente que está en el artículo 30 de COIP y claro y de hecho se fundamenta en lo que establecen los principios básicos sobre empleo de la fuerza y otras normativas, tal es así, que ya incluso existen reglamentos que te detallan cual es el uso progresivo de la fuerza, entonces, yo no le veo inconveniente con el veto del ejecutivo y más bien me parece que es más técnico.

En este caso, yo quisiera dar lectura a una parte chiquita, el día jueves mientras se aprobaba la ley de desaparecidos, en la ex base aérea hubo la ceremonia por 99 años de la FAE, el comandante general de la FAE dice: "Como pudimos evidenciar las fuerzas armadas estuvieron involucradas en tareas sin respaldo o mando legal queriendo resaltar el valor del soldado ecuatoriano que si usa armamento de dotación bajo un confuso precepto de uso progresivo de la fuerza.

Entonces, la legislación actual es confusa a criterio del comandante general, por ejemplo, el 11 de septiembre, el diario expreso ha llevado una buena cobertura sobre este punto de uso progresivo de la fuerza, en varios artículos que solo voy a mencionar la fecha y el guion, por ejemplo dice, 11 S cobertura de Roberto Aguilar: la asamblea propuso una definición técnica de uso progresivo de la fuerza, después del 20 de septiembre cuando ya se agoto dice la policía con nuevas, este es un artículo de Rodríguez, Se norma el uso progresivo de la fuerza, el deber legal del acto de servicio y después el 24 de octubre, este ya es una noticia sobre la ceremonia que había mencionado..., el comandante de la fuerza aérea dijo que los militares salían a cumplir su trabajo sin acto legal de respaldo. Entonces, yo creo que esta comisión hizo bien en crear un artículo 30.1, la objeción sobre si este debería estar dentro o fuera del artículo 30 parece que es un tema formal, pero si no se dota a los militares de normas claras de que se concibe como uso progresivo de la fuerza hay un riesgo.

Yo considero que de todos modos el deber constitucional del régimen de rehabilitación social si está en la constitución en los artículos 201 a 203, que describe que hace el organismo técnico que la comisión lo llama organismo técnico.

Y luego hay otra objeción sobre el artículo 30.1 que se aprobó aquí, no solamente abarque el tiempo de servicio del uniformado, sino también, el tiempo camino a su lugar de trabajo y fuera del lugar del trabajo.

Hace unas tres semanas, no tengo el link, pero si salió en las noticias, hace unas tres semanas, el jefe director de la cárcel de guayaquil fue baleado en su casa ya, entonces, eso se llama en seguridad de salud en riegos del trabajo se llama un riesgo, el ex subsecretario de rehabilitación social aquí en Quito, abrió la puerta de la casa y le balearon y casi le matan, entonces que la protección que contempla el artículo 30.1 abarque, no solamente el tiempo que esta efectivamente encerrado en su lugar de trabajo sino también rumbo al trabajo es algo que si esta considerado en la legislación nacional de estos casos como por ejemplo en la seguridad social.

**Ximena Peña, Presidenta de la Comisión:** Bien algún criterio de los legisladores,

**Héctor Muñoz Asambleísta:** Quería aclarar lo del veto en cuestión de la violación cuando la comisión en su momento elimino el artículo 171 número 6 entiendo que la justificación es porque se añadió la violación incestuosa, sim embargo a este artículo cuando quien ejerce el cuidado de la víctima es pariente,

el Presidente en contra de lo que la Comisión había aprobado, y lo deja cuando el agresor está al cuidado de la víctima.

**Pablo Encalada Experto en Derecho Penal:** es correcto el veto del Presidente, no es el único caso en el que tenemos agravantes genéricas y específicas, de acuerdo con el Presidente, circunstancias adicionales, sistema de justicia que aplique los agravantes, problema de ley sino de aplicación del juez.

Respecto a las causas de justificación, estado de necesidad, cumplimiento de la ley y otras varias, en el veto del Presidente, incorporar en el artículo respecto a las causas de necesidad, legítima defensa conceptos genéricos uso racional de medios empleados y someterse, en caso de Ibarra claramente debía actuar porque estaba actuando en legítima de terceros, limitas el poder de accionar de las fuerzas del orden, restricción de capacidad de las fuerzas del orden.

**Asambleísta Esteban Torres:** distinta fuerza armada a la policía esto sería importante conocerlo.

**Pablo Encalada Experto en Derecho Penal:** el paradigma de los Códigos Penales o permitir que desarrollen, se debe acudir a la legítima defensa, suficientemente claro para aplicar a caso concreto, proporcionalidad de medios empleados significa que lo que la persona define tiene esos elementos en sus manos, no pasa por una falta de ley, abarcan posibilidades, tolerantes a uso de la fuerza, exigentes con las fuerzas del orden.

**Asambleísta Héctor Muñoz:** consulta del criterio respecto al artículo 12 Tiene que ver con estado de inocencia, no se puede establecer agravante, no se puede impedir elección popular sino sentencia ejecutoriada flagrante, de acuerdo con el veto.

**Ximena Peña, Presidenta de la Comisión:** me preocupa la definición de deber legal que ya no se incluye, y cuando nos reunimos con los policías eso nos preocupaba, el artículo 89 mandatorio medidas sustitutivas si me preocupa sino nos ratificamos.

**Pablo Encalada Experto Derecho Penal:** El deber legal está descrito en todo el articulado, entonces es materialmente imposible describirlo en un solo artículo, delito flagrante policía puede allanar casa, puede actuar en justificación de deber legal, falta capacitación en el sistema, necesidad racional de la defensa, problema de conocimiento hasta donde pueden actuar los militares.

Preterintencionalidad es un concepto incompatible con la propuesta del Presidente, resultados más allá de los queridos, sancionado con la pena del dolo directo, el legislador no aprobó los delitos preterintencionales.

**Ximena Peña Presidenta:** muchas gracias doctor por sus aportes. Por favor dar lectura al segundo punto del orden del día.

**Secretaria Relatora:** procede a dar lectura a segundo punto del orden del día. 2.Tratamiento de la objeción parcial al Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria Al Código Orgánico Integral Penal, remitido por el licenciado Lenin Moreno Garcés, Presidente Constitucional de la República del Ecuador. Lectura de la primera objeción.

**Ximena Peña, Presidenta de la Comisión:** Señores legisladores, el equipo de la comisión ha preparado ciertos criterios para su análisis.

**Asesora Comisión de Justicia:** gracias señora Presidenta, tutela judicial efectiva y debida diligencia, ámbito doctrinario ni legislación alude el principio de justicia material, se opone a normas establecidas y aplicación de legisladores, contradicción del juez en el ordenamiento jurídico, equipo sugiere allanamiento basado en temas doctrinarios.

**Ximena Peña Presidenta de la Comisión:** se aprueba el allanamiento por parte de los Asambleístas.

**Secretaria Relatora:** procede a dar lectura a objeción No.2

**Ximena Peña Presidenta de la Comisión:** Explicación de solo cambio de forma, concede la palabra a Asambleísta Cuesta.

**Asambleísta Lourdes Cuesta:** la ley no sugiere, manda, prohíbe o permite, el verbo se procurará no tiene nada que ver.

**Ximena Peña Presidenta de la Comisión:** Propuesta de ratificación es aceptada.

**Asesora Comisión de Justicia:** Instrumentos internacionales que deben establecer trato especializado, es imperativo.

**Secretaria Relatora:** procede a dar lectura a objeción No.3

**Asesora Comisión de Justicia:** de acuerdo a sugerencia de Dr. Encalada debería ratificarnos.

**Ximena Peña Presidenta de la Comisión:** Ratificación aceptada por los comisionados.

**Secretaria Relatora:** procede a dar lectura a objeción No.4

**Ximena Peña Presidenta:** Eliminación artículo 30.1, causas de exclusión antijuricidad, concede la palabra a Asambleísta Torres.

**Asambleísta Esteban Torres:** normativa secundaria del uso de la fuerza, tema para debate puede ser equivocado o no.

**Asesora Comisión de Justicia:** la Constitución reconoce en cumplimiento del debe ser juzgado por órganos específicos de la función judicial, mala concepción de legitima defensa, artículo 33 COIP legitima defensa se atenta principio unidad

de norma, no abona a lo comprometido por el derecho convencional, recomendaciones internacionales de deber legal.

**Asambleísta Lourdes Cuesta:** se analizó normativa de Naciones Unidas del año 90, se debe ratificar.

**Ximena Peña Presidenta:** Es aceptada ratificación por parte de los Asambleístas, pendiente como nudo crítico.

**Asambleísta Esteban Torres:** Analizar utilidad para clarificar, segundo párrafo saludo a la bandera, abierto al debate.

**Secretaria Relatora:** procede a dar lectura a objeción No.5

Incisos incluidos coyunturales, sugerencia ratificación

**Asesora:** Regresión derecho penal moderno, superado hacia algún tiempo, no es apropiado, debe ratificarse en texto aprobado en la Asamblea.

**Asesora Comisión de Justicia:** Legislación comparada, incorpora agravantes en varias legislaciones.

**Ximena Peña Presidenta:** Se acepta ratificación.

**Secretaria Relatora:** procede a dar lectura a objeción No.6

**Ximena Peña Presidenta:** ratificación es aceptada por los legisladores.

**Secretaria Relatora:** procede a dar lectura a objeción No.7

**Asambleísta Henry Cucalón:** No se puede tratar la venta incautada por la Asamblea, este avance podemos comunicar.

**Ximena Peña Presidenta de Comisión:** Propuesta de ratificación, de acuerdo.

**Secretaria Relatora:** procede a dar lectura a objeción No.8

**Asesor Viviana Bonilla:** sugiere ratificación del texto, de acuerdo a tratados internacionales.

**Asambleísta Lourdes Cuesta:** Reclutamiento ilegal de niños, sugiere ratificación.

**Ximena Peña Presidenta de Comisión:** Propuesta de ratificación, de acuerdo.

**Secretaria Relatora:** procede a dar lectura a objeción No.9

**Asesora Comisión:** Análisis doctrinario, ninguna legislación establece tipo autónomo diferencia secuestro autónomo de extorsivo, se sugiere allanamiento.

**Asambleísta Lourdes Cuesta:** Desaparición involuntaria como delito, necesidad para que fiscalía actúe y active protocolos.

**Ximena Peña Presidenta de Comisión:** Propuesta de allanamiento, de acuerdo.

**Secretaria Relatora:** procede a dar lectura a objeción No.10

**Asesora Comisión:** Se ha identificado error del legislador, lo establecido en el artículo 38, duplicación de artículo sugerencia de ratificación.

**Asambleísta Lourdes Cuesta:** Violación incestuosa tipo penal que no debería existir, jurídicamente no existe.

**Ximena Peña Presidenta de Comisión:** Sugerencia de ratificación, de acuerdo.

**Secretaria Relatora:** procede a dar lectura a objeción No.11

**Asesora Comisión de Justicia:** Alerta del Ministerio del Ambiente, asamblea se ratifique debido a protección adicional a lo que plantea el ejecutivo.

**Asambleísta Marcela Cevallos:** Gracias presidenta, colegas, cuando se realizan operativos de la autoridad nacional en territorio, no es suficiente, prevenir, salvaguardar a favor.

**Asambleísta Lourdes Cuesta:** Organizaciones internacionales nos alertaron respecto a la ratificación.

**Ximena Peña Presidenta de Comisión:** Sugerencia de ratificación, de acuerdo.

**Secretaria Relatora:** procede a dar lectura a objeción No.12

**Asambleísta Marcela Cevallos:** libre albedrío de gobiernos municipales, preocupante que reforma apertura, caso judicializado en Santo Domingo.

**Asambleísta Esteban Torres:** allanarse a lo propuesta del ejecutivo, está de por medio el sector gallero, sostiene por fuera de la consulta popular.

**Asambleísta Lourdes Cuesta:** Me preocupa la rebaja de penas, corrige error en lectura.

**Ximena Peña Presidenta de Comisión:** pendiente, en espera de comparecencia de galleros.

Siendo las 18h30 se suspende la sesión.



**Ximena Peña**

**Presidenta**

*Diana Velasco*  
Diana Velasco

**Secretaria Relatora**