



Carrera de derecho.

Trabajo de Investigación de Análisis de Caso.

Previo a la obtención del Título de:

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

Tema:

Caso Penal No 13283-2016-0094; que por el delito de falsificación de moneda y otros documentos, sigue la Fiscalía General del Estado, contra Bernardo Solórzano Cedeño: “La falsificación de moneda y sus grados de ejecución”.

Autor:

Danny Andrés Soledispa Bravo.

Tutor Personalizado:

Abg. Javier Antonio Artíles Santana.

Cantón Portoviejo-Provincia de Manabí-República del Ecuador.

2018 - 2019

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.

Danny Andrés Soledispa Bravo, de manera expresa hago la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo investigativo: Caso No 13283-2016-0094; que por el delito de falsificación de moneda y otros documentos, sigue la Fiscalía General del Estado, contra Bernardo Solórzano Cedeño: “La falsificación de moneda y sus grados de ejecución”, a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por haber sido realizada bajo su patrocinio institucional.

Portoviejo, 11 de marzo del 2019.

Danny Andrés Soledispa Bravo
C.C. 130761550-8

ÍNDICE.

Cesión de derechos de autor.....	II
Introducción.....	1
1. Marco Teórico.....	2
1.1. Falsificación.....	2
1.3.1. Falsedad Material.....	6
1.3.2. Falsedad Ideológica.....	7
1.4. Acciones típicas en el delito de falsificación de moneda.....	8
1.4.1. Falsificar.....	8
1.4.2. Introducir.....	9
1.4.3. Exender.....	10
1.4.4. Poner en circulación.....	11
1.5. La Tentativa.....	12
1.5.1. Clases de tentativa.....	14
1.5.1.1. Tentativa Inacabada.....	14
1.5.1.2. Tentativa Acabada.....	15
1.6. El Iter Criminis.....	15
1.6.1. Etapas del Iter Criminis.....	16
1.6.2. Momentos de la fase interna.....	17
1.6.3. Momentos de la fase externa.....	17
1.7. Actos Preparatorios y de Ejecución.....	18

1.8.	Fundamentos para la punición de la Tentativa.....	19
1.9.	El Garantismo Penal.....	21
2.	Análisis del caso No 13283-2016-0094.....	24
2.1.	Análisis de los hechos.....	24
2.2.	Análisis de la sentencia del caso No 13283-2016-0094.	27
3.	Conclusión.....	47
	Bibliografía.....	50

INTRODUCCIÓN.

La presente es una investigación teórica-práctica que estudia a profundidad los problemas centrales de una interpretación correcta de la tentativa, en un caso en específico. El trabajo plantea aspectos generales que son necesarios para entender lo que es la tentativa en el derecho penal y estudia a fondo la naturaleza jurídica de la tentativa y el tratamiento doctrinario y legislativo que se le ha dado a esta institución.

De aquí pues que en el universo fáctico- jurídico no pueda hablarse de tentativa a "secas", sino de un delito tentado, cuya específica estructura típica surge de la fusión de dos normas: la que prevé un tipo de delito en particular o tipo penal y la que consagra a la tentativa como hipótesis que capta momentos anteriores a aquél que cristaliza la particular figura delictiva.

Queda claro que la tentativa no es absoluta sino relativa y no se sanciona el querer consumir un delito, sino a la conducta que por sí misma entrañe la concreción de los actos que constituyen el verbo rector o núcleo de un delito en particular, de tal suerte que por esta vía se ponga en peligro el bien jurídico protegido por la norma que supedita en el tipo penal de que se trate. La voluntad del agente, como voluntad de consumir el delito a cuya esfera ingresó con sus actos, es vínculo para afirmar la culpabilidad, pero no es base primaria para proclamar la tipicidad ni la antijuricidad de la conducta en el delito tentado.

1. MARCO TEÓRICO.

1.1. Falsificación.

La falsificación es el desarrollo de un acto o acción que conlleva a un resultado, consistente en crear cualquier objeto (marcas, alimentos, dispositivos electrónicos, documentos públicos y privados, etc), con una imagen y forma, tan idénticos al original, con el objeto de engañar a su adquirente de forma dolosa; a sabiendas de que es un acto contrario al derecho.

Pero, este es un término que tiene su complejidad y es necesario elaborar una indagación más profunda; ya que como verbo rector de un tipo penal la acepción de lo que es falso y su multiplicidad manifestadas en acciones, se prescriben de diferentes manera en los códigos penales de distintas legislaciones; tanto así que en otras legislaciones usan el término falsedad cuando se habla en concreto de documentos y de falsificación cuando se habla de monedas o billetes, como se puede evidenciar en el Código Penal Francés:

Artículo 441-1.- Constituye una falsedad toda alteración fraudulenta de la verdad, susceptible de causar un perjuicio y realizada por cualquier medio, en un escrito o en cualquier otro medio de expresión del pensamiento que tenga por objeto o que pueda tener como efecto constituir la prueba de un hecho con consecuencias jurídicas o de un derecho.

La falsedad y el uso de lo falsificado serán castigados con tres años de prisión y multa de 45.000 euros.

Artículo 442-1.- La imitación o la falsificación de monedas o billetes de banco de curso legal en Francia o emitidos por las instituciones extranjeras o internacionales habilitadas a tal fin será castigada con treinta años de reclusión criminal y 450.000 euros de multa. (Código Penal Frances, 2006, pág. 110 y 112)

Mientras que nuestra legislación ecuatoriana por medio del Código Orgánico Integral Penal, no establece ninguna diferencia entre los términos falsedad y falsificación, así se trate de documentos públicos-privados o monedas y billetes:

Artículo 306.- Falsificación de moneda y otros documentos.- La persona que falsifique, fabrique o adultere moneda de curso legal nacional o extranjera, ponga en circulación o use fraudulentamente efecto oficial regulado por el Estado, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Artículo 328.- Falsificación y uso de documento falso.- La persona que falsifique, destruya o adultere modificando los efectos o sentido de los documentos públicos, privados, timbres o sellos nacionales, establecidos por la Ley para la debida jurídica, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Cuando se trate de documentos privados la pena será de tres a cinco años. (COIP, 2014, pág. 119 y 125)

Pero, el uso del término falsedad no es ajeno al COIP; porque en el segundo inciso del artículo 306 si la menciona:

La persona que cometa falsedad forjando en todo o en parte efectos, cheques, títulos valores, tarjetas de crédito, débito o pago, dispositivos empleados como medio de pago equivalente a la moneda o haciendo verdadera cualquier alteración que varíe su sentido o la información que contienen, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. (COIP, 2014, pág. 119)

1.2. Diferencias entre Falsedad y Falsificación.

Para llegar a una definición y posteriormente a su diferenciación, entre estas dos acepciones primeramente, hay que entender su origen, razón de su existencia, de su significación y de su forma; para ello citaremos a los siguientes autores:

Guillermo Cabanellas de Torres (2007); da el siguiente significado a estas dos palabras:

Falsedad.- Falta de verdad, legalidad o autenticidad. Traición, deslealtad, doblez. Engaño o fraude. Falacia, mentira, impostura. Toda la disconformidad entre las palabras y las ideas o las cosas. Cualquier mutación, ocultación o desfiguración de la verdad y de la realidad que produce la nulidad de los actos jurídicos según las leyes civiles o sancionadas como delito en los códigos penales.

Falsificación.- Adulteración, corrupción, cambio o imitación para perjudicar a otro u obtener ilícito provecho; ya sea en la escritura, en la moneda, en productos químicos, industriales o mercantiles, etc. Delito de falsedad cometido en documento público o privado o en monedas, sellos y marcas. (Cabanellas de Torres, 2003, pág. 114)

Y para ampliar mucho más la diferencia entre estas dos acepciones de falsedad y falsificación, ahora como figuras más estudiadas en su complejidad jurídica, la doctora en Derecho Carolina Villacampa Estiarte (1999), colige de forma notoria a través de varios doctrinarios de la siguiente forma:

Para Pacheco, la diferencia entre falsedad y falsificación consistía en que la falsedad, que para él no era más que la falta de verdad, era aplicable a las personas y a los sujetos, pero no a las acciones a las que debe aplicarse el término falsificación. En distinto sentido Groizard, que admite que en el lenguaje usual ambas palabras se intercambian, para quien la falsedad es el género y la falsificación es la especie de manera que la falsificación implica siempre falsedad, pero la falsedad no supone siempre falsificación. Según Groizard ha de acontecer la alteración de un documento u objeto verdaderos previamente existentes, para poder hablar de falsificación. En contraposición, la falsedad implica “la comisión de un hecho o la ejecución de un acto, en el que no se expresa la verdad, sino que a sabiendas se emiten conceptos no verdaderos”, de manera que para que la falsedad se cometa no es necesaria la previa existencia de un objeto.

Según el mercantilista Aparicio Ramos, que coincide con la opinión de Groizard, la falsedad es la mera imitación de la verdad, esto es, supone “la realización originaria de un acto creador con apariencias de legitimidad”, e implica el “poner lo falso en lugar que debiera ocupar lo verdadero”, mientras la falsificación supone sustitución o “poner lo falso en el lugar ocupado anteriormente por lo verdadero”, lo que implica necesariamente la preexistencia de un acto auténtico. Sin embargo, tal tesis es criticada por Quintano Ripollés, en el sentido de que la misma es aplicable solamente en relación con los documentos para los que fue ideada, las letras de cambio, pero no para la falsedad en general.

En la doctrina italiana Malinverni asume también respecto de esta diferenciación una postura en parte coincidente con la de Groizard, por lo menos en lo que a la falsificación se refiere. Para este autor la falsificación tiene un sentido más restringido que la falsedad el “falso” en el Código Penal Italiano y supone una alteración de la verdad documental con finalidad de engaño. El falso se presenta así como una modificación de la

verdad, incluyendo la formación integral de un documento falso y también la supresión documental, pero sin que en él quepan otros comportamientos, como el uso de documentos falsos, el uso ilícito de documentos o el abuso de documentos verdaderos. (Villacampa Estiarte , 1999, pág. 234)

Ya teniendo como base los argumentos necesarios y suficientes, ahora se pasará al siguiente nivel de estudio sobre la falsedad, como lo son sus modalidades o clases, la falsead material y la falsedad ideológica.

1.3. Clases de falsedad.

En nuestra normativa penal tratándose especialmente de los delitos contra el Régimen Monetario, se alude a las formas de falsedad , entendiéndose la falsedad material y la ideológica, con esto no se da a entender que las clases de falsedades, no vayan a aplicarse en los delitos contra la Fe Pública, aunque no se haga alusión en estos, como lo hace el artículo 304 del COIP (2014): “La persona que introduzca, adquiera, comercialice, circule o haga circular moneda adulterada, modificada o falseada en cualquier forma, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.”

En otras legislaciones como la chilena hacen alusión a otras clases de falsedades aparte de la material y de la ideológica, que realmente no se ajustan al término de falsedad, como se alude a la ocultación y el uso del instrumento falseado, así lo manifiesta Mario Garrido Montt (2008) en su análisis referente a los artículos 193 y 198 del Código Penal de la República de Chile:

El análisis sistemático de la normativa que se refiere a las falsificaciones - sobre todo de los arts. 193 y 198- demuestra que en el Código se consideran una serie de conductas distintas, entre ellas la dirigida a crear

un documento mendaz, o la que persigue adulterar uno verdadero, u ocultarlo, destruirlo y aun usarlo.

Se habla, de consiguiente, en la doctrina nacional, de cuatro tipos de falsedades: material, ideológica, de ocultación o destrucción y de uso. En justicia deberían existir sólo dos clases de falsedades, las dos primeramente mencionadas -material e ideológica-, porque las restantes no ameritarían denominarse tales. El uso del documento inauténtico y su ocultación, son maneras de operar que el legislador asimiló a la falsificación para su castigo, pero no podría decirse que destruir un documento u ocultarlo es falsificarlo. Sucede otro tanto con el uso doloso de un instrumento falso, usarlo es algo distinto a falsificarlo. La distinción en realidad no ofrece grandes beneficios, porque el artículo 193 describe minuciosamente cuáles son las conductas que importan falsificación, y el intérprete ha de estarse a ellas; la distinción permite, en todo caso, una conceptualización de las modalidades que pueden adoptar esos comportamientos, sin necesidad de incurrir en una casuística, tendencia esta última a la cual desgraciadamente adhiere con preferencia el legislador. Además, hacer diferencias entre diversas clases de documentos permite establecer ciertas características propias de cada tipo de falsificación. La ideológica, por ejemplo, puede llevarla a cabo únicamente un sujeto calificado, un funcionario público, porque es un delito especial; en tanto que la falsedad material puede ser cometida por cualquiera persona, funcionario o no, ya que se trata de un delito común, al igual que la falsificación por uso. La falsedad por ocultación normalmente será cometida por un funcionario público y es un delito de lesión, porque requiere que la ocultación cause un perjuicio, en tanto que todas las otras formas de falsificación de un instrumento auténtico son delitos de peligro, en los cuales la consumación se produce por la mera realización de la acción prohibida. (Garrido Montt, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV, 2008, pág. 62)

1.3.1. Falsedad Material.

Con lo que respecta a la falsead material, que no es otra cosa, más que una conducta que se manifiesta en crear de forma total o parcial, sobre el objeto material sobre el cual recae la conducta criminal, todo esto para inducir al error a las personas, para hacer pasar dicho objeto material como legítimo o verdadero de forma dolosa, cuyo fin es el tráfico jurídico, monetario, etc; por ejemplo: Si se trata de dinero falsificado hacerlo circular en el sistema monetario de un país.

El jurista argentino Carlos Creus (1998), nos ilustra en la definición de lo que significa esta clase de falsedad:

Como su denominación lo indica, esta falsedad recae sobre la materialidad del documento, sobre sus signos de autenticidad, incluidos los que forman su contenido, ya sea que se los imite, creándolos o que se los modifique, alterando los verdaderos. Ataca, pues, la verdad con el menoscabo de la autenticidad del documento. (Creus, 1998, pág. 402)

1.3.2. Falsedad Ideológica.

Esta clase de falsedad muy distinta de la material, se distingue por el simple hecho de que el objeto material es auténtico, goza de legitimidad, pero si son falsas las ideas, datos o información que en él se quieren afirmar como verdaderas; es decir, no requiere de la creación del objeto material o instrumento ni que su uso y valga la redundancia de la creación no sean efectuados por la misma persona, que los vaya a utilizar.

Carlos Creus (1998) se refiere a este tipo de falsedad:

La falsedad ideológica -que algunos también llaman histórica- recae exclusivamente sobre el contenido de representación del documento, sin que se modifiquen ni imiten para nada los signos de autenticidad. En ella nos encontramos con un documento cuya forma es verdadera, como lo son también sus otorgantes, pero que contiene declaraciones falsas sobre hechos a cuya prueba está destinado; en él se hacen aparecer como verdaderos -o reales-, hechos que no han ocurrido, o se hacen aparecer hechos que han ocurrido de un modo determinado, como si hubiesen ocurrido de otro diferente.

Es, pues, un primer presupuesto del documento ideológicamente falso, la veracidad de su autenticidad o genuinidad; esto es, tiene que tratarse de un documento auténtico con todos los signos que lo caracterizan como tal. Y es esa autenticidad lo que se aprovecha para mentir, para hacer que contenga declaraciones falsas, es decir, no verdaderas; el autor se sirve de los signos de autenticidad formalmente verdaderos para hacer pasar, como tales, hechos o actos relatados en el documento, pero que no lo son. En resumen, en el documento ideológicamente falsificado hay una forma auténtica y un contenido falso. (Creus, 1998, pág. 426)

1.4. Acciones típicas en el delito de falsificación de moneda.

1.4.1. Falsificar.

El jurista Carlos Creus (1998), ya indicando como tipos penales, los términos jurídicos, que se encuentran vinculados al tipo penal del delito de falsificación de moneda, refiere en su obra lo que es falsificar:

Falsificar, es imitar; en el caso, imitar la moneda auténtica, o sea, hacer una pieza similar. No constituye falsificación en el sentido de este tipo la simple alteración de una pieza auténtica –que como veremos cae en otros– sino la creación imitativa (Fontán Balestra) de la pieza completa. Tiene que tratarse de una imitación idónea para que tenga posibilidades de circular como si fuese pieza auténtica; esto es, lo que se ha llamado expendibilidad de la moneda falsificada, lo que importa que haya alcanzado un grado de imitación suficiente para que un número indeterminado de personas la acepte como verdadera; no basta, por tanto, con que la pieza imitada haya logrado engañar a personas determinadas si ella carece de la mencionada idoneidad (p.ej, monedas de burda falsificación, fácilmente discernibles como falsas, que se han utilizado en circunstancias particulares para inducir a engaño a un sujeto). Dándose esa idoneidad, no importa el valor intrínseco de la moneda falsa, que hasta puede ser superior a la denominación del cuño (p.ej., fabricar una moneda de valor de cien pesos con metales que valen mil), puesto que lo protegido es la autenticidad del símbolo.

Edgardo Donna (2004), también se pronuncia con el significado de esta acción típica, así:

La falsificación de moneda presupone la existencia de un modelo o signo oficial de moneda, genuino u original, es decir, una moneda de ciertas características determinadas oficialmente. Para falsificar moneda es necesaria la existencia de un modelo pre constituido. La acción del sujeto se ve limitada a imitar dicho modelo, ya que él no puede elegir libremente el objeto valioso que va a producir; por el contrario, debe imitar los símbolos a los cuales la ley acuerda un valor preestablecido; en definitiva, debe copiar algo existente.

Falsifica, en palabras de Moreno, quien fabrica la moneda cualquiera sea el medio de que se valga, ya sea que grabe planchas con ese fin o simplemente dibuje sobre el papel los billetes. El delito se comete por el solo hecho de la fabricación. (Donna, 2004, pág. 44)

1.4.2. Introducir.

Este es un término jurídico que se encuentra normado en nuestra legislación penal específicamente en el artículo 304 (Tráfico de moneda) del COIP (2014), ante lo cual por estar normado en otro artículo distinto del de falsificación de moneda artículo 306 del mismo cuerpo legal, da apertura al concurso material de delito, toda vez que nuestra legislación penal no contempla la figura del concurso medial o delito de medio a fin, sino la conexidad procesal del artículo 406.2 COIP en cuyo caso ambos delitos serán juzgados en un mismo proceso tal y como establece la citada norma, pero en el orden de la punibilidad deberá imponerse una pena por cada uno de ellos por separado, distinto a lo que ocurre por ejemplo en la legislación penal argentina donde ambas acciones se encuentran reguladas en el mismo tipo penal.

La doctrina por medio de Carlos Creus (1998), ilustra:

Introducir es hacer penetrar la moneda en el territorio de la nación o en lugares sujetos a su jurisdicción (en los cuales la moneda verdadera que se imita tenga circulación). No interesa la forma en que se ha producido la introducción, hasta puede habérsela realizado observando las formas legales (p.ej., declarando que se introduce moneda). (Creus, 1998, pág. 364)

Edgardo Donna (2004) dice:

Moreno afirma que introduce moneda quien -desde el extranjero hacia el país- la importa. Se entiende entonces que el introductor es una persona distinta al falsificador. Otra explicación llevaría a que la norma no fuera necesaria. El castigo se debe a que la conducta es tan grave como la de la falsificación.

Para que se entienda más la cuestión: la ley comprende tanto al que la expende, esto es, la vende, como al que la coloca poco a poco, haciéndola circular. De modo que la venta de moneda falsificada como mercadería implica un negocio ilícito de ambas partes que se complementan.

En base a estas ideas la doctrina posteriormente ha dicho que esta acción es la de hacer entrar, de cualquier forma -incluso legal y por ende por cualquier medio -por envío o llevándola personalmente-, la moneda falsificada al territorio de la Nación o a un lugar sometido a su jurisdicción. Por ello la doctrina ha señalado que tanto la introducción, expedición y puesta en circulación constituyen posibilidades ulteriores a la falsificación misma; vienen a ser una especie de terminación del delito de falsificación. (Donna, 2004, pág. 46)

La introducción, se configuraría cuando la producción de monedas y billetes falsos son introducidos desde un país extranjero y también violan la validez espacial en la legislación penal ecuatoriana como lo demuestra el COIP (2014) que dice:

Art. 14.- Ámbito espacial de aplicación.- Las normas de este Código se aplicarán a:

2. Las infracciones cometidas fuera del territorio ecuatoriano, en los siguientes casos:

a) Cuando la infracción produzca efectos en el Ecuador o en los lugares sometidos a su jurisdicción.

b) Cuando la infracción penal es cometida en el extranjero, contra una o varias personas ecuatorianas y no ha sido juzgada en el país donde se la cometió. (COIP, 2014, pág. 35)

1.4.3. Expende.

Aunque en el Ecuador no se menciona esta conducta por parte de la Ley Penal, se dirá que es gastar el dinero falsificado o aquel beneficio, pago, contraprestación que se genera de una relación jurídica. Inclusive de forma fáctica los billetes falsos son sujetos de venta o intercambio por billetes verdaderos.

Carlos Creus (1998), da su siguiente concepto: “Expende significa entregar la moneda falsa a alguien que la acepte como verdadera. La entrega puede realizarse a título oneroso (darla en pago) o a título gratuito (donarla)”. (Creus, 1998, pág. 364)

Por su parte Edgardo Donna (2004), mencionando a otro doctrinario, se refiere sobre expender, así:

Afirma con razón Moreno- que expender y poner en circulación no es la misma cosa. "El que expende se supone el dueño de la moneda falsa, que la vende o la coloca poco a poco. El que circula puede ser, en cambio, un agente de los falsificadores o empresarios que se encargue de colocar la moneda por cuenta y orden de otro". La doctrina, siguiendo esta idea, ha sostenido que expender es hacer aceptar como moneda buena las piezas falsificadas, de manera que estas cumplan en ese acto la función propia de la moneda; es entregar la moneda falsa a alguien que la acepte como verdadera⁴⁹. La entrega puede realizarse a cualquier título, sea oneroso -por ejemplo darla en pago- o a título gratuito -por ejemplo donarla-. (Donna, 2004, pág. 47)

1.4.4. Poner en circulación.

En este término jurídico se hace notar claramente su diferencia con los anteriores términos referidos y, que para hacer circular la moneda falsa no necesariamente debe existir un receptor humano de dicho instrumento carente de veracidad, es decir que se puede valer de otros medios de circulación de monedas que no sean directamente con una persona, como medios mecánicos, etc.

Carlos Creus (1998) habla al respecto:

Circular es introducir la moneda, por cualquier medio que no sea la expedición, en el tráfico cambiario; se da, por tanto, cuando no existe una persona que la haya aceptado como verdadera (p.ej., depositarla en una alcancía colocada en la vía pública, emplearla en aparatos mecánicos). En todos los casos, el tipo aparece ya cuando esas conductas se observan con relación a una pieza, pero realizadas con relación a una pluralidad de piezas en el mismo contexto de acción no multiplica la delictuosidad; sí cuando se trate de distintos contextos (p.ej., introducir moneda falsificada en dos oportunidades distintas). (Creus, 1998, pág. 364)

Edgardo Donna (2004), dice sobre la circulación, ampliando mucho más su comprensión, de esta manera:

La conducta, en este caso, comprende un concepto mucho más amplio que las otras acciones previstas por el tipo; en este sentido se ha señalado que hay diversas formas de hacer salir la moneda del poder del falsificador sin emplearla en actos específicos de pago, con la expresa y personal aceptación de alguien, y cumpliendo con el poder cancelatorio. Por ejemplo, el sujeto que echa monedas en una alcancía pública las pone en circulación porque las hace confundir con otras monedas, lo mismo ocurre si se las echa en un aparato automático.

Sin embargo, Fontan Balestra sostiene que...no parece posible que quede comprendido en este supuesto aquel sujeto que pone una moneda falsa en la hucha de una iglesia o la entrega al acomodador del cine en la oscuridad, pues en tal caso el sujeto "hace circular" la moneda, que es diferente a ponerla en circulación. El autor efectúa la siguiente distinción: pone en circulación una moneda falsa el primero que la hace circular y no quien la recibió ya circulando, "...de modo que tal conducta supone una relación con la persona que posee la moneda falsa que aún no ha circulado, y supone una ayuda al falsificador que le será siempre necesaria, pues resulta muy difícil a una sola persona llegar a poner en plaza una cantidad más o menos importante de dinero falso, sin que recaigan inmediatamente las sospechas sobre él, ya que los valores falsificados, salvo casos excepcionales, quedarían dentro de un limitado grupo de personas, todas las cuales, de primera intención, los habrían recibido del propio falsificador".

Por su parte, Molinario-Aguirre Obarrio señalan que "poner en circulación" se refiere a una clásica modalidad del negocio del falsificador. Generalmente, la moneda falsa se pone en el mercado por la venta a mayoristas. Ellos reciben paquetes de moneda falsa a sabiendas de su falsedad. Así, la moneda falsa se vende -a mucho menos del valor que ella expresa- y el mayorista o distribuidor se encargara de colocarla al público. Esta forma de pasar de la producción a la circulación, que en economía se llama comercio, aquí se denomina poner en circulación. (Donna, 2004, pág. 48)

1.5. La Tentativa.

De manera general se puede apreciar que la tentativa es la fase de ejecución en lo que se denomina la vida del delito o más conocido como *Iter Criminis* y, ocurre cuando alguien o sujeto activo ha comenzado su ejecución; pero que, por distintas causas a su voluntad no logra consumir su propósito delictivo. Nuestro

COIP, se refiere así: “Art. 39.- Tentativa.- Tentativa es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito”. (COIP, 2014, pág. 41)

En todas las legislaciones se tiene en claro que la tentativa no es absoluta sino relativa, es decir que necesita de un tipo penal específico, por ejemplo: tentativa de asesinato, tentativa de falsificación de moneda, etc.

Carlos Fontan Balestra (1998), nos amplía más sobre esta figura jurídica penal:

Tentativa es el comienzo de ejecución de un delito determinado, con dolo de consumación y medios idóneos, que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del autor. La acción de tentativa es típicamente antijurídica y culpable.

a. Comienzo de ejecución es empezar a cumplir la acción típica. El comienzo de ejecución no tiene lugar al exteriorizarse en hechos la voluntad criminal, como lo han querido doctrinas subjetivas, sino al darse comienzo a la realización del acto típico (adecuación incompleta), que llega a poner en peligro el bien jurídico tutelado.

b. El tipo objetivo no debe cumplirse totalmente. Tentativa es comienzo de ejecución sin llegar a la consumación. El cumplimiento fragmentario de la conducta típica - de los actos de ejecución- es presupuesto fundamental de los actos de tentativa, y la razón de ser misma de su accesoriidad.

c. El acto ejecutivo debe ser idóneo para lesionar el bien jurídico tutelado por la ley penal. De otro modo, estaremos ante la tentativa inidónea, sometida a un régimen distinto.

d. El dolo de la tentativa es el dolo del delito. Comienzo de ejecución sin dolo del delito consumado, es un acto sin significado para el Derecho Penal.

e. La falta de consumación ha de ser ajena a la voluntad del autor. El acto que queda en grado de tentativa por voluntad de su autor, que puede y no quiere consumarlo, da lugar al desistimiento voluntario de la tentativa, situación específicamente regulada.

El desarrollo de estos temas, a los que debe agregarse el estudio de los criterios que fundamentan y determinan la penalidad de la tentativa, constituyen la teoría del conato. (Fontan Balestra, 1998, pág. 377)

1.5.1. Clases de tentativa.

Ésta puede ser de dos clases: acabada e inacabada; para distinguirlas se debe atender a un criterio objetivo.

1.5.1.1. Tentativa Inacabada.

En el Ecuador está regulada esta clase de tentativa, es la que se da cuando el sujeto realiza actos de ejecución propios del delito, pero le falta la consumación, se puede decir que este acto solo llegó a la etapa de ejecución, sin ningún tipo de resultado de lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido.

El COIP (2014) prescribe una regulación especial para los supuestos de la infracción tentada referida al desistimiento y arrepentimiento, puesto que la tentativa está presente cuando por causas ajenas a la voluntad del sujeto el delito no llega a consumarse, pero cuando éste desiste voluntariamente de la consumación, la legislación penal lo regula de la siguiente manera: “Art. 40.- Desistimiento y arrepentimiento.- Quedará exenta de responsabilidad penal por la infracción tentada, la persona que voluntariamente evita su consumación, al desistir de la ejecución ya iniciada o al impedir la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad por los actos ejecutados”. (COIP, 2014, pág. 41)

La Dra. Ana Calderón Sumarriva (2010) explica lo que es esta clase de tentativa:

Se da cuando el autor no realiza todos los actos necesarios para la consumación del delito. En otros términos, la acción típica se interrumpe por la irrupción de un factor extraño al querer del agente, pues mientras más se aproxime a la consumación mayor será la pena. Dentro de la

tentativa inacabada puede surgir la figura del “desistimiento”. Por ejemplo: una persona se dispone a disparar sobre su enemigo, pero en el último minuto decide no hacerlo. (Calderón Sumarriva, Teoría General del Derecho, 2010, pág. 267)

1.5.1.2. Tentativa Acabada.

Es la tentativa acabada cuando el sujeto habría desplegado todos los actos necesarios para la consumación del delito, pero el resultado no llega a verificarse por causas independientes de su voluntad, en consonancia no hubo la consumación del delito; porque, el autor no logró conseguir su propósito que era llegar hasta el estadio de la consumación delictiva.

Esta acepción es ampliada de la siguiente manera por la Dra. Ana Calderón Sumarriva (2010) cuando habla de la tentativa acabada:

Se da cuando el autor ha realizado todos los actos necesarios para la consumación, pero ésta no se realiza. Cierta grupo de la doctrina denomina a esta figura como el “delito frustrado”. No puede haber desistimiento en la tentativa acabada, pues como indica el profesor Creus: “(...) es indudable que si el autor completó la conducta que el tipo requiere en lo que compete a su actividad u omisión, ya no puede desistir”. Por ejemplo: una persona dispara cuatro balas sobre su enemigo, pero la intervención oportuna y rápida de los peritos médicos impide que la persona muera. Sin embargo, en la tentativa acabada puede surgir el “arrepentimiento”, denominado por cierto sector de la doctrina como “desistimiento activo”. (Calderón Sumarriva, Teoría General del Derecho, 2010, pág. 267)

1.6. El Iter Criminis.

Como el delito tiene sus etapas de desarrollo, desde que este nace en el pensamiento en la etapa de ideación (no punible) hasta que logra exteriorizarse o materializarse en la realidad, si se quiere ser más concreto, para esto en Derecho Penal se hizo uso de una locución latina, conocida como el Iter Criminis, que

significa camino del delito, para referirse a cada una de las fases del delito y, lograr identificar las diferencias que existen entre una y otra fase de desarrollo del mismo, que permita luego aplicar las diferentes penas o poder eximir de responsabilidad penal al autor.

Carlos Fontan Balestra (1998) nos dice al respecto:

El hecho delictuoso se genera en la mente del autor y se exterioriza en actos, hasta llegar al total agotamiento del delito. Este proceso psicofísico es denominado, desde la época de los "prácticos", iter criminis.

En ese espacio que va desde la idea a la consumación, se distinguen cuatro etapas: a) la idea: b) los actos preparatorios. c) los actos de ejecución: d) la consumación.

Las ideas y con ellas la decisión del delito, por sí solas, no son punibles: cogitationis poenam nemo patitur (nadie puede ser penado por sus pensamientos). El delito es acción.

En cuanto al delito consumado, excluido por definición de la tentativa, se caracteriza por su adecuación directa a una figura delictiva; la tentativa, en cambio, es alcanzada por obra de la norma en la que se prevé la ampliación de los tipos para llegar a la punición de acciones que sólo concretan parcialmente el tipo objetivo del delito. Descartadas las ideas y la consumación del delito de tentativa, por los distintos motivos señalados, restan los actos dirigidos a la consumación del delito, sin lograrlo. Pero esa característica es propia tanto de los actos preparatorios como de los de ejecución. La diferencia entre unos y otros significa tanto como distinguir el acto impune del punible, puesto que sólo los actos de ejecución constituyen tentativa.

En la distinción entre actos preparatorios, de tentativa y de consumación radica uno de los problemas más arduos que presenta el estudio de la tentativa. (Fontan Balestra, 1998, pág. 378)

1.6.1. Etapas del Iter Criminis.

Ana Calderón Sumarriva (2010) refiere a las etapas de Iter Criminis de la siguiente forma:

La doctrina del derecho penal ha reconocido la existencia de dos etapas: a) fase interna y b) fase externa.

Se entiende por fase interna a aquella que se encuentra constituida por los momentos del ánimo a través de los cuales se formaliza la voluntad criminal y que preceden a su manifestación.

Por otra parte, se entiende como fase externa a aquella en la cual se comienza a realizar la exteriorización de la voluntad. En otras palabras, es la fase la objetivación del delito. (Calderón Sumarriva, Teoría General del Derecho, 2010, pág. 266)

1.6.2. Momentos de la fase interna.

El jurista ecuatoriano Ernesto Albán Gómez (2012), da su interpretación a esta etapa del delito así:

La fase interna del delito, que en algunos casos puede prolongarse largamente y en otros ser instantánea, comprende lo que se llamaba por los viejos comentaristas la ideación, la deliberación y la resolución. Hoy día, la doctrina no se preocupa tanto por estas distinciones, pues el principio predominante es que, mientras el proceso delictivo no salga de la mente de la persona, no interesa al Derecho Penal. La frase “el pensamiento no delinque” ha servido desde hace siglos para eliminar toda posibilidad de sanción de la fase interna. En cambio, si se han producido ya actos externos, es decir si se ha pasado a la otra fase, el aspecto subjetivo, interno, interesa profundamente, pues será determinante para establecer la culpabilidad del sujeto activo, elemento del delito vinculado a conocimiento y a la intención. (Albán Gómez, 2004, pág. 150)

Ana Calderón Sumarriva (2010) complementa este análisis de esta etapa interna, con las fases que componen al delito y se pronuncia de la siguiente manera:

Se reconoce generalmente tres momentos:

- a) La ideación, esto se produce cuando en el sujeto la idea de cometer un delito aparece en su mente;
- b) La deliberación, esto se da cuando el sujeto inicia la evaluación de los pro y los contra que sucederían al momento de ejecutar el delito; y
- c) La realización criminal, que se produce cuando se constituye la firme voluntad de cometer el crimen. (Calderón Sumarriva, Teoría General del Derecho, 2010, pág. 266)

1.6.3. Momentos de la fase externa.

Ana Calderón Sumarriva (2010) explica en que consiste la división de esta etapa:

En la fase externa la doctrina ha señalado la existencia de tres momentos:

- a) Previa a la ejecución, aquí se producen los actos preparatorios;
- b) En el momento de la ejecución, aquí se ubican la tentativa y la consumación; y
- c) Posterior a la ejecución, aquí se produce el agotamiento. (Calderón Sumarriva, Teoría General del Derecho, 2010, pág. 267)

1.7. Actos Preparatorios y de Ejecución.

Es de mucha relevancia hacer una distinción entre los actos preparatorios y los actos de ejecución; porque, de ahí dependerá la punición del delito hacia el sujeto activo, si se llegó a la consumación o solo se llegó a la tentativa, aunque existen casos de típicos actos preparatorios que el legislador ecuatoriano eleva a la categoría de delito consumado como el caso del artículo 305 COIP Producción, tenencia y tráfico de instrumentos destinados a la falsificación de moneda, en el que, por ejemplo, la simple tenencia de tales medios puede llegar a constituir delito consumado, según lo establece la norma que se señala a continuación:

Artículo 305.- Producción, tenencia y tráfico de instrumentos destinados a la falsificación de moneda.- La persona que produzca, conserve, adquiera o comercialice materias primas o instrumentos destinados a la falsificación, fabricación o alteración de moneda nacional o extranjera, cheques, títulos valores, tarjetas de crédito, débito, pago u otros documentos o dispositivos empleados como medio de pago equivalente a la moneda, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. (COIP, 2014, pág. 119)

Ernesto Albán Gómez (2012), dice ante tal dilema se han propuesto algunas alternativas:

- a) Aquella que elimina la distinción entre preparación y ejecución, porque la considera extremadamente difícil, sino imposible y hasta inconveniente. Según estos autores (afiliados al finalismo; Scarano, por ejemplo), una vez que hay actos externos, cualesquiera que éstos sean, ha empezado la ejecución y debe hablarse de una tentativa punible, pues en el proceso de la acción delictiva ya son actos que el autor dirige a producir un resultado delictivo. Naturalmente el problema consistirá en poder demostrar que tales actos estaban en el Plan del autor encaminados a la producción de un delito. Pero si la prueba es posible, deben ser sancionados como tentativa.

b) Aquella que establece la univocidad como criterio de distinción. Esta teoría expuesta inicialmente por Carrara (y cuestionada posteriormente por él mismo) y aceptada por tratadistas y códigos clásicos, basa la distinción en la interpretación del acto realizado. Si el acto es equívoco, o sea que puede ser interpretado de varias maneras y alguna de ellas es lícita o penalmente indiferente, el acto no puede considerarse de ejecución sino simplemente preparatorio y, por lo tanto, no es punible. Pero si el acto es unívoco, o sea que admite una sola interpretación en orden a la comisión de un determinado delito, se trataría ya de un indudable acto de ejecución; o sea que se estaría ya en el ámbito de la tentativa punible. Por ejemplo, el acto realizado (llevar un arma de fuego) lo mismo puede ser conducente a cometer lesiones que homicidio; o la acción del sujeto activo (tomar entre los brazos a la víctima) de igual manera puede estar encaminada a cometer una violación que un atentado contra el pudor. Sólo el sujeto activo, interiormente, sabe a dónde se dirige su conducta; y en ocasiones ni él mismo estará seguro. Con lo cual el asunto se convierte en un estricto problema probatorio.

c) Aquella que considera que los actos de ejecución son aquellos que empiezan a realizar el tipo descrito por la ley, mientras que son actos preparatorios los que no realizan todavía el tipo legal. Esta posición la adoptan muchos autores modernos (Beling ha sido su principal expositor y la incluye el Código penal alemán) y parte de un criterio más científico, conceptualmente válido para la distinción entre preparación y ejecución. Esta teoría remite el análisis del asunto a la descripción típica de cada delito. Así, por ejemplo, solamente habrá ejecución de un homicidio al empezar a matar; y de hurto, cuando se empieza a sustraer. En otros delitos el comienzo de ejecución estará ligado a los elementos que acompañan al núcleo del tipo: habrá robo, cuando se empieza a sustraer con violencia o fuerza; o violación, cuando se intimida o se ejerce violencia sobre la víctima para efectuar el acceso carnal. Pero este criterio no excluye las dificultades prácticas: ¿cuándo se empieza a matar? ¿Al apuntar con el arma sobre la víctima o solamente al apretar el gatillo? ¿Sería o no un acto de ejecución el enviar con un mensajero una caja de chocolates envenenados que luego la víctima no llega a consumir? (Albán Gómez, 2004, pág. 155)

1.8. Fundamentos para la punición de la Tentativa.

Para que un acto sea punible, no basta con que esté escrito en un código penal; antes de eso, debió haberse considerado sus fundamentos para considerarlo peligroso y, que después se creara su eventual castigo. De esta manera la punición de la tentativa, cuenta con bases teóricas, que afloraron su punición, mediante la doctrina veremos cómo se llegó a ese punto.

Garrido Montt (2007) dice:

Para explicar por qué debe ser sancionada la tentativa de consumación de un delito existen distintas teorías que se enunciarán a continuación y que se agrupan en objetivas, subjetivas y mixtas. Estas tienen importancia porque permiten adoptar posición respecto de la denominada tentativa inidónea, sobre si corresponda o no penarla.

a) Teorías objetivas o clásicas.

Parten del supuesto que los comportamientos típicos merecen castigo exclusivamente cuando lesionan o ponen en peligro un bien jurídico digno de protección; es el resultado en que se materializa la conducta lo que determina su penalización. Si la lesión se produce, el hecho está consumado y merece todo el rigor de la pena; si sólo se puso en peligro el bien protegido, como sucede con el delito intentado, también el comportamiento se pena, pero con una sanción menor. Si la conducta no provoca ningún riesgo, no puede castigarse; es la lesión o peligro del bien jurídico lo determinante.

Corolarios de esta posición son los siguientes:

1° Si bien subjetivamente el hecho consumado y el intentado son análogos, o sea el dolo en ambos es igual, la pena es distinta para el consumado, porque ha dañado el interés protegido por la norma, interés que en el delito intentado sólo ha corrido peligro; esto es, suministra elementos para diferenciar el castigo de una misma voluntad delictiva, pero objetivada en formas distintas.

2° Hace posible diferenciar la pena correspondiente al delito frustrado de la que correspondería al intentado propiamente tal, pues en el primer caso el bien jurídico corre un peligro mayor que en el segundo.

3° La tentativa inidónea absoluta no es punible, por cuanto no significa el más mínimo riesgo para el bien jurídico protegido. Tampoco lo serían los actos denominados preparatorios.

b) Teorías subjetivas.

Reconocen en general que en la tentativa falta la lesión del interés jurídico protegido, pero afirman que lo castigado es la conducta en sí misma, en cuanto importa una rebelión contra el orden normativo; es la voluntad contraria al derecho lo que se castiga, y tanto en el delito consumado como en el intentado esa voluntad es la misma. Esta es la doctrina del positivismo italiano, que valora el *animus necandi* del sujeto en lugar del resultado, que V. Bury llevó a los tribunales del imperio alemán y que exacerbó la Escuela de Kiel, la que se pronunció por el derecho penal del autor: no se castiga el acto peligroso, sino al individuo peligroso para el Estado.

Sus consecuencias son obvias: permite extender el ámbito de lo punible a cualquier comportamiento dirigido al delito, porque evidencia una voluntad rebelde, posibilita igualar la sanción del delito intentado y la del consumado; la lesión del bien protegido aparece como secundaria, además permite que la tentativa inidónea absoluta pueda castigarse, toda vez que conforme a ella desaparece toda diferencia entre la tentativa idónea y la inidónea; en ambas formas el sujeto inicia la acción y la consumación no sobreviene por causas ajenas a su voluntad.

c) Teorías mixtas

Esta tendencia ha sido planteada por autores como Welzel, y con más énfasis por Jescheck, que afincando la punición de la tentativa en la voluntad rebelde del delincuente, como lo hace la teoría subjetiva, limita su penalidad a la hipótesis en que, además, esa conducta provoque una conmoción en el ordenamiento jurídico, en cuanto a la sensación de seguridad existente en la comunidad.

Es una tesis ecléctica, donde la tentativa se pena por ser voluntad rebelde, pero donde el merecimiento de la sanción queda sujeta a circunstancias objetivas, como la provocación de una pérdida de la confianza en la efectividad del orden normativo.

La doctrina se traduce en consecuencias de interés que permiten establecer principios objetivos para diferenciar los actos de ejecución punibles de los no punibles, basándose en sus efectos en la comunidad (su mayor o menor conmoción); esta misma circunstancia permite regular la pena del acto intentado y hace innecesario castigar la tentativa irreal y la supersticiosa porque no crean desconfianza o no provocan verdadera conmoción. Esa doctrina sí puede servir de fundamento para la sanción de la tentativa absolutamente inidónea (delito imposible), que es una exteriorización de una voluntad rebelde y crea una alteración en el ordenamiento. (Garrido Montt, Derecho Penal. Parte General. Tomo II, 2007, pág. 344)

1.9. El Garantismo Penal.

Si bien nuestro país sigue un modelo garantista, debido al cambio de Constitución en el año 2008, este modelo no ha sido entendido a cabalidad, puesto que, siempre será una gran interrogante, entender cómo aplicar el Derecho; ya que, en muchas ocasiones ni siquiera se logra entender la sustancia misma del Derecho.

En la teoría del Garantismo Penal, como en todas las teorías anteriores, se intentará establecer un modelo ideal de justicia; ya que, este planteamiento, como toda teoría realizada por el hombre carecerá de perfección.

Luigi Ferrajoli (1989) expuso así su teoría del Garantismo penal, en uno de sus capítulos:

Modelos de justicia y modelos de legalidad. Los conjuntos de respuestas más o menos homogéneas que se pueden dar o se han dado históricamente a las diversas cuestiones de justificación externa constituyen otros tantos modelos de justicia penal; los que por el contrario pueden darse o se han dado históricamente a las diversas cuestiones de legitimación interna constituyen otros tantos modelos de legalidad penal. Está claro que todo modelo de legalidad expresa un modelo de justicia. Pero mientras los modelos de justicia tienen siempre un valor axiológico o normativo, respecto a los modelos de legalidad cabe tanto un uso con función asertiva como un uso con función normativa. Con más precisión, allí donde un ordenamiento positivo -como ocurre en todos aquellos con una constitución rígida- acoja un modelo de justicia, deberá hablarse asertivamente de un modelo de legalidad constitucional refiriéndonos a las normas constitucionales que lo incorporan; normativamente, de ese mismo modelo respecto a las leyes ordinarias conformes o disconformes con él; asertivamente, del (distinto) modelo de legalidad ordinaria eventualmente configurado por éstas; y normativamente de este mismo modelo respecto a su aplicación jurisdiccional.

Para los fines del análisis filosófico de los distintos problemas de la legitimación, resulta esencial mantener claramente diferenciados tanto el punto de vista externo (o ético-político de la justicia) del punto de vista interno (o jurídico de la legalidad) en relación con cada una de las cuestiones, como las distintas cuestiones entre sí. De lo contrario, la confusión puede dar lugar a equívocos y malentendidos insuperables. Por ejemplo, como veremos, algunas teorías de la pena –como las doctrinas retribucionistas- son sostenidas usualmente como teorías de justificación externa del «por qué castigar*», cuando más bien enuncian parámetros de legitimación interna del «cuándo castigar», perfectamente compatibles con teorías utilitaristas acerca del fin de la pena. Otras veces se confunde la cuestión de la justificación de la pena como tal con la de la justificación de un tipo específico de pena como la reclusión carcelaria, es decir, entre una cuestión relativa al «si» y una relativa al «cómo» de la pena, de manera que se presentan como justificaciones de la pena en general funciones como la reeducación o la reinserción social del condenado que, si pueden tener en mente las modalidades de ejecución de la pena privativa de libertad, resultan sin embargo extrañas en relación con otros tipos de pena, como por ejemplo las penas pecuniarias; o bien -y éste es el equívoco más grave y desorientador- se proponen como doctrinas abolicionistas del derecho penal o de la pena (como veremos, escasamente persuasivas) las que por contra son solamente doctrinas abolicionistas de la cárcel (como veremos, perfectamente plausibles) y a las que mejor sería llamar sustitucionistas o reformadoras. (Ferrajoli, 1989, pág. 236)

En un artículo de Derecho comparado, el profesor Rodolfo Moreno Cruz (2007), hace una conclusión interesante sobre el Garantismo de Ferrajoli:

El fenómeno jurídico, con la propuesta garantista, busca cubrir los diversos flancos que de forma aislada han sido enfocados por los reduccionismos. El modelo garantista, en su dimensión normativa del derecho, cumple una función de limitación del poder. Esta dimensión se identifica, en Ferrajoli, con el Estado de derecho, y los límites al poder se materializan con los principios de legitimación formal y legitimación sustancial. En su dimensión de teoría del derecho, incide en una nueva concepción de la cientificidad del derecho y promulga un iuspositivismo crítico que fortalece el papel de los jueces y de los juristas como los encargados de la mejora permanente de los ordenamientos jurídicos. En su dimensión de filosofía política, asume la responsabilidad de la crítica y deslegitimación externa de los ordenamientos jurídicos con base en criterios éticos-políticos.

Esta nueva concepción integral de abarcar el fenómeno jurídico abre una puerta metodológica importante para continuar con la intensa y permanente lucha por entender y responder a la pregunta ya clásica de ¿qué es el derecho? (Moreno Cruz, 2007).

2. ANÁLISIS DEL CASO No 13283-2016-0094.

2.1. Análisis de los hechos.

La Fiscalía General del Estado conoció por parte de los agentes de la Policía Nacional el 30 de junio del 2016, por información que habían obtenido los policías que un ciudadano estaría dedicándose a la fabricación de billetes falsos, para esto estaría utilizando dos vehículos en los cuales se movilizaban, para esto solicitándose aperturar la investigación con la finalidad de obtener orden de vigilancia, es así que la Fiscalía solicita al juez de turno la autorización de vigilancia extendiéndola el señor Juez Ab. Fabián Gordillo Gallegos el 30 de junio del 2016. Así mismo, los señores agentes de la policía una vez que verificaron la denuncia que habían presentado y que se les había dado a conocer mediante las personas que les informaron que estaría cometándose el acto en un local y en el domicilio del hoy procesado, también les dieron unas fotografías a los agentes, en las cuales se podían ver varias impresiones de billetes, una computadora y una impresora. Es así que el 30 de junio los agentes hacen verificación e identifican dos inmuebles, uno ubicado en la Av. Reales Tamarindos y Tennis club, donde funciona la lavandería y hay un rótulo que se lee PRESTOCLEANER y otro en la ciudadela El Maestro, de construcción de hormigón, dos plantas y cubierta metálica. Los agentes pueden ver a un ciudadano y ya lo identifican como Bernardo Sebastián Solórzano Cedeño quien para moverse utilizaba dos vehículos, un Mazda de placas GJJ-366 y otro Vehículo de placas GJD- 540, y se lo ve ingresar a varios inmuebles, por esto a petición de los agentes solicitan la orden de allanamiento e incautación para los dos inmuebles, otorgándola la señora

Jueza Abogada Lorena Palma y la ejecuta la Fiscalía el 1 de julio del 2016, a las 2 de la madrugada, donde se pudo , encontrar al ciudadano Bernardo Sebastián Solórzano Cedeño quien tenía la orden para fines investigativos, saliendo del inmueble 1, del local conocido como PRESTOCLEANER en el momento que se prestaba a salir en un Mazda y también se allanó el domicilio 2, en la Cdla. El Maestro donde se encontró a una señora y el vehículo que también utilizaba esta persona marca Toyota Lexus GJE 5340. En el inmueble N° 1 donde estaba Bernardo Sebastián Solórzano Cedeño se pudo encontrar: un computador portátil marca FUJITSU SIEMENS; una impresora marca EPSON con su respectivo accesorio; un monitor 19 pulgadas, marca LG; un soporte con cuatro impresiones de billetes con denominación de 10 dólares americanos, un soporte con cuatro impresiones de billetes con denominación de 5 dólares americanos; 25 soportes de papel color amarillo tamaño A4, 3 soportes de papel con tamaño A4 con impresiones de varios colores.

Como inicio de análisis de esta situación fáctica específica, empiezo diciendo que el bien jurídico protegido en esta figura es el régimen monetario, la acción prohibida es fabricar moneda, y debe tratarse de aquella que legalmente está en circulación. El delito consiste en hacer una moneda en su integridad imitando aquella que tiene curso legal; sea de origen nacional o extranjera; y así, lo corrobora nuestro COIP, en el artículo 306.

Como se demuestra esta clase de delitos se encuentra regulado por nuestra legislación ecuatoriana, el mismo que cuenta con sus fases de desarrollo, conocido como el iter criminis, la falsificación de moneda o billetes también cuenta con este

proceso de realización del delito; pero, su constitución merece un análisis muy detallado, para establecer si la falsificación de moneda es susceptible de ser castigada, aunque no haya logrado consumarse, es decir que solo llegó al grado de tentativa.

En Portoviejo el día martes 6 de diciembre del 2016 a las 11h09 de la mañana, dentro de la causa penal N° 2016-00944 el Tribunal de Garantías Penales de la Corte Provincial de Manabí durante el desarrollo de la audiencia oral, pública y contradictoria de juzgamiento, escuchó las teorías iniciales de los sujetos procesales Abg. Luis Fernando Cadena Vélez, en su calidad de Fiscal de la Unidad FEDOTI 2 de Portoviejo, y del procesado Bernardo Solórzano Cedeño asistido jurídicamente por su Defensor Particular Ab. Edwin Zambrano Zambrano y se evacuaron las pruebas testimoniales, documentales y materiales, tanto de cargo como de descargo, asimismo se escucharon los alegatos finales y, luego de la deliberación correspondiente, el tribunal procedió a pronunciar su decisión judicial de conformidad a lo prescrito en el artículo 619 del COIP, quien por unanimidad resolvió ratificar el estado de inocencia de la persona procesada.

Entonces bajo esta base fáctica entramos en debate sobre el tipo penal y a dar un profundo análisis teórico-práctico de la sentencia que emitió el Tribunal de Garantías Penales, para establecer si hubo o no una correcta valoración del delito frustrado.

2.2. Análisis de la sentencia del caso No 13283-2016-0094.

El mandato establecido en el artículo 76 numeral 7, literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador que en su parte pertinente indica:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho....**Fuente especificada no válida.**

Como es de interés llegar al entendimiento de el por qué el Tribunal falló de tal manera en que absolvió al procesado; primero se tomará esta argumentación para ver si faltó a la norma constitucional y reafirmada por la Ley Penal y por la doctrina jurídica penal de exponer de manera clara y precisa el fundamento de la decisión, la Ratio Decidendi de las resoluciones o si razonó de forma errónea en la valoración de los grados de ejecución del delito.

Antes de entrar de lleno al análisis del caso, es necesario poder hacer una distinción entre lo que significa la Fe Pública en la legislación comparada y el Régimen Monetario en la legislación ecuatoriana, como bienes jurídicos protegidos para la represión de la falsificación de moneda.

El jurista ecuatoriano Ernesto Albán Gómez (2012) argumenta en su obra Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, lo siguiente:

Fue Carrara el primero que trató de delimitar el concepto de fe pública. Según él, lo que distingue a la fe pública de la fe privada es la intervención de la autoridad del Estado, que crea signos materiales y delega en ciertos funcionarios la potestad de asegurar, mediante tales signos o con su participación, las características y condiciones de ciertos objetos o la existencia de ciertos hechos o convenciones. Y es, gracias a esa intervención de la autoridad pública, que los ciudadanos confían en la autenticidad de los objetos que llevan esos signos y en la veracidad de los

documentos en que se afirma la existencia de ciertos actos. (Albán Gómez, 2004, pág. 321)

Y de nuevo Ernesto Albán Gómez (2012) esclarece más el significado de la fe pública al mencionar sobre las lesiones a dicho bien jurídico:

Correlativamente, las conductas que la ley califica como delitos contra la fe pública consisten en atentar contra esa confianza de los ciudadanos, mediante la introducción de elementos de falsedad. La falsedad es, indudablemente, el medio característico para la comisión de estos delitos, pero no se puede desconocer que hay otros delitos, que afectan a distintos bienes jurídicos, en los cuales el sujeto activo también acude a un medio falso; la estafa, por ejemplo. (Albán Gómez, 2004, pág. 322)

En contraste queda establecido que el régimen monetario es un sistema monetario; es decir, que es cualquier cosa que sea aceptado como un estándar de valor y medida de riqueza en una región en particular o un Estado y este sistema se encuentra regulado por el Código Orgánico Monetario y Financiero del Ecuador.

Ya que, en nuestro país se adquiere una nueva significación a raíz del proceso de dolarización, que se produce en el año 2000, y que se oficializa en una reforma sustancial de la Ley de Régimen Monetario y que posteriormente fue reemplazada por el Código Orgánico Monetario y Financiero en el año 2014, en donde se establece que la prohibición de la falsificación de moneda en nuestro país, ya no es un delito contra la Fe Pública sino contra el Régimen Monetario, así como lo refiere esta ley en el siguiente artículo:

Art. 98.- Prohibiciones. Se prohíbe de forma general:

1. La emisión, reproducción, imitación, falsificación o simulación total o parcial de moneda y dinero, así como su circulación por cualquier medio, soporte o forma de representación;
2. La alteración o transformación de la moneda metálica en circulación, mediante su fundición o cualquier otro procedimiento que tenga por

objeto aprovechar su contenido metálico. (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014, pág. 17)

Esta estipulación legal queda concordante con la Ley Penal, cuando en el mismo año 2014 entra en vigencia el nuevo Código Orgánico Integral Penal y establece en el Capítulo Quinto y su Sección Séptima a los delitos contra del régimen monetario, que sanciona la falsificación de moneda, desde el artículo 304 hasta el 306, y no como lo establecía el ya derogado Código Penal en su Título IV donde regulaba los delitos contra la Fe Publica y este a su vez, tipificaba la falsificación de monedas billetes de banco a partir del artículo 318 y siguientes.

Entonces entramos de lleno al estudio sobre si existió o no, la infracción por lo analizado en líneas anteriores sobre el hecho, que se suscitó el día 30 de junio del 2016 es en este punto, que procede el análisis del tipo penal por el cual la Fiscalía está acusando al procesado, siendo este el delito de falsificación de moneda y otros documentos, infracción tipificada en el Art. 306 del COIP que textualmente indica: “La persona que falsifique, fabrique o adultere moneda de curso legal nacional o extranjera, ponga en circulación o use fraudulentamente efecto oficial regulado por el Estado, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años”. (COIP, 2014, pág. 119)

Y es necesario también citar el Art. 39 del COIP que dice:

Tentativa es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito. (COIP, 2014, pág. 41)

En este caso, la persona responderá por tentativa y la pena aplicable será de uno a dos tercios de la que le correspondería si el delito se habría consumado.

En el presente caso se escuchó los testimonios de los agentes de la Policía Judicial Cristian Santiago Enríquez Granda, Darwin Emiliano Baca Barrera y Washington Xavier Martínez Aldaz, quienes coincidieron en manifestar que recibieron información de fuente humana respecto a que un ciudadano se estaría dedicando a la falsificación de monedas en la provincia y del inmueble allanado, ubicado en la Avenida Reales Tamarindos y Tenis Club, donde se levantaron varios indicios: una computadora portátil marca FUJITSU SIEMENS; una impresora marca EPSON; varios soportes de papel color amarillo, conteniendo dos de ellos en una de sus caras, impresiones de billetes de denominación de cinco y diez dólares.

Vemos pues que el Tribunal tiene ante sí un hecho que sí se amolda a la figura jurídica del delito en cuestión; ya que, recae sobre la moneda de curso legal en el Ecuador, que es el dólar americano, incluyendo tanto a la moneda metálica como al papel moneda. Y que quien se atreva a falsificar, fabricar o adulterar moneda de curso legal nacional, ha incurrido en una infracción penal.

A continuación el Tribunal hace un análisis, donde identifica varios núcleos o verbos rectores: “quien falsifique, fabrique o aduldere”, falsificar significa imitar o reproducir ilegítimamente una moneda de curso legal de modo tal que provoque un error acerca de su autenticidad ante un número indeterminado de personas, la misma que se puede dar en dos modalidades, fabricar que significa

elaborar, crear una moneda inauténtica, lo que está prohibido al común ciudadano, ya que es el Estado quien tiene el privilegio exclusivo de la emisión y acuñación del medio circulante; y, adulterar que es la alteración o falseamiento del sentido auténtico de la moneda ya confeccionada.

Lo que compete en este caso es el verbo rector de falsificar, los otros dos verbos rectores quedan fuera de análisis, porque el tipo penal se ajusta al núcleo de la falsedad y sus grados de ejecución como delito, pero cabe recalcar también que el jurista argentino Carlos Creus declara:

Que esta clase de delitos se tratan de una ley compleja alternativa, por lo que si bien la realización de una sola de dichas acciones llena la conducta típica, su realización plural no multiplica la delictuosidad; por ejemplo, quien falsifica la moneda comete el delito, pero quien la falsifica y luego la expende no comete dos delitos sino uno solo, con lo cual queda absolutamente claro que entre las distintas acciones previstas por el tipo en cuanto se realicen con relación al mismo objeto, no se da posibilidad de concurso. (Creus, 1998, pág. 363)

Lo mencionado aquí se basa en lo estipulado en el Código Penal argentino en su Art. 282 que dice lo siguiente: “Serán reprimidos con reclusión o prisión de tres a quince años, el que falsificare moneda que tenga curso legal en la República y el que la introdujere, expendiere o pusiere en circulación”. (Código Penal de la Nación Argentina, 1984, pág. 78)

Pero, en nuestra legislación ecuatoriana es distinto, por lo debido a que el COIP divide o separa el tipo penal de introducir y hacer circular moneda falseada (Tráfico de moneda) del tipo penal de falsificación de moneda (Art. 306 del COIP) y, más aún existe un tercer tipo penal el de tenencia de instrumentos destinados a falsificación de moneda, tal como lo expresan los correspondientes artículos:

Art. 304.- Tráfico de moneda.- La persona que introduzca, adquiera, comercialice, circule o haga circular moneda adulterada, modificada o falseada en cualquier forma, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Art. 305.- Producción, tenencia y tráfico de instrumentos destinados a la falsificación de moneda.- La persona que produzca, conserve, adquiera o comercialice materias primas o instrumentos destinados a la falsificación, fabricación o alteración de moneda nacional o extranjera, cheques, títulos valores, tarjetas de crédito, débito, pago u otros documentos o dispositivos empleados como medio de pago equivalente a la moneda, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. (COIP, 2014, pág. 119)

Entonces diremos que respecto al concurso real el COIP establece que "Cuando una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años", es decir, tiene una valoración desde la perspectiva de la autonomía del delito y su independencia, siendo estos varios delitos en realidad (Ejemplo: A, maneja en estado etílico un vehículo, cuando le detienen los oficiales le encuentran en posesión de 300 gramos de cocaína), por lo que existe una acumulación material de penas. En este tipo de concurso existe una clara determinación según la doctrina, por un lado existe una pluralidad de acciones u omisiones y por el otro lado una pluralidad de delitos, en el que el límite absoluto del principio de acumulación es de 40 años.

Art. 20.- Concurso real de infracciones.- Cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años. (COIP, 2014, pág. 38)

Siguiendo con el análisis de la sentencia a continuación vemos como el Tribunal se refiere a la tentativa, que como ya se había mencionado consta en nuestra normativa penal en el artículo 39 del COIP y, para eso se vale de la doctrina

y explica que la tentativa es posible en cualquiera de sus formas, a este respecto, cita al jurista argentino Carlos Creus, de la siguiente manera:

La consumación de este tipo de delitos se da en distintos momentos, según el supuesto del que se trate. La falsificación se consuma con la fabricación de la imitación de la pieza falsa de la moneda verdadera; admite la tentativa, que se da cuando la imitación no se ha llegado a completar, es decir, cualquier acto de fabricación de la pieza que no haya alcanzado las características de expendibilidad por falta de rasgos imitativos imprescindibles. (Creus, 1998, pág. 365)

En este punto es necesario distinguir las acciones descritas por el tipo. El tipo penal queda consumado cuando la falsificación de una pieza de moneda o un papel está completa y en condiciones de expendibilidad. Se debe admitir la tentativa ya que se trata de un delito de resultado. Por ende, quien comenzó la falsificación y no culminó su obra será punible en virtud del artículo 39 del Código Orgánico Integral Penal.

Soler señala que al trabajo ejecutado y no concluido debe aplicársele el mismo criterio de idoneidad para la circulación que se aplica a la moneda concluida, aunque aclaramos que debe tenerse en cuenta el problema de la tentativa inidónea. Núñez, consecuente con su postura objetivista, pero apartándose de la idea de tentativa inidónea, descarta la posibilidad de tentativa ante la falta de idoneidad. Afirma que la imitación idónea para lograr la circulación de la moneda consuma el delito, mientras que la que no lo es no constituye ni siquiera una tentativa, pues esta requiere interrupción de una tarea idónea para lograr la expendibilidad.

La sentencia del Tribunal de Garantías Penales distingue que la consumación de esta clase de delitos (falsificación de moneda) se da en distintos

momentos (Iter Criminis) y luego vuelve a reconocer que este tipo de delito si admite la tentativa al invocar la citada doctrina en la parte que dice: admite la tentativa, que se da cuando la imitación no se ha llegado a completar, es decir, cualquier acto de fabricación de la pieza que no haya alcanzado las características de expendibilidad por falta de rasgos imitativos imprescindibles. Es inentendible por qué el Tribunal, no aplica entonces en lo que basa su sentencia; ya que, lo expuesto es jurídicamente irrefutable sobre la tentativa de este tipo penal.

Pero, desglosemos más lo que respecta al artículo 39 del COIP, refiriéndonos a la distinción de los grados de ejecución del delito y, como reconocer cuando se ha llegado al grado de consumación y cuando llegó solamente al grado de tentativa, el delito:

Con respecto a los actos preparatorios y los actos de ejecución que muy en claro se determina en el artículo 39 del COIP en su parte pertinente que dice: Tentativa es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, diremos que, una vez que el sujeto activo del delito empieza a realizar actos externos, materiales, encaminados a su objetivo, surgen las mayores dificultades para determinar su posible sanción, en el evento de que el proceso delictivo quede finalmente interrumpido. Fueron los clásicos quienes, al llegar a este punto, sostuvieron la necesidad de distinguir entre los distintos actos realizados por el sujeto activo. Los clasificaron entonces en actos preparatorios y actos de ejecución; más todavía, definieron a la tentativa como un principio de ejecución.

La diferencia, no solamente es importante en cuanto a la precisión doctrinaria, sino que también tiene una enorme repercusión práctica: los actos preparatorios deben quedar impunes, mientras que si se producía un principio de ejecución, es decir si había ya tentativa, ésta debía ser sancionada.

Esta diferencia se justifica por dos razones: la naturaleza indeterminada de los actos preparatorios, en primer término, y, en segundo lugar, el que éstos no llegan a constituir todavía una amenaza directa al bien jurídico protegido. Pero el problema verdaderamente serio se plantea al tratar de encontrar el límite entre unos y otros actos.

Es obvio distinguir entre lo que significa preparar un delito y ejecutar un delito; pero en la práctica, la frontera no resulta tan fácil de establecer. Hay actos que ordinariamente suelen considerarse como preparatorios: adquisición de medios e instrumentos, adecuación de los mismos, actos que ponen al agente en situación de realizar el delito o que buscan garantizar su impunidad; pero aun en estos casos, podrían producirse situaciones dudosas.

Hay que tomar en cuenta además las múltiples modalidades con las que se puede llevar adelante un proceso delictivo (hay tantas formas de matar, de robar o en el caso que nos compete de falsificar dinero) y los diversos tipos de delitos, tan distintos unos de otros. Todo esto lleva a afirmar la necesidad de establecer un criterio general, para distinguir entre actos de preparación y de ejecución.

Porque si se quiere llegar a una determinación de la pena, el juzgador tiene que preponderantemente saber distinguir los límites entre actos de preparación y actos de ejecución, para llegar a establecer una pena correspondiente según el grado de realización del delito por parte del sujeto activo o se estaría cometiendo un error grave, al llegar a condenar de forma demasiado rígida al procesado o de manera muy atenuada y, hasta se llegaría a absolver de culpabilidad a quien si es culpable del cometimiento de un delito.

Ernesto Albán Gómez en su análisis sobre este tema, pero con respecto a la teoría de la univocidad afirmó:

Esta teoría expuesta inicialmente por Carrara (y cuestionada posteriormente por él mismo) y aceptada por tratadistas y códigos clásicos, basa la distinción en la interpretación del acto realizado. Si el acto es equívoco, o sea que puede ser interpretado de varias maneras y alguna de ellas es lícita o penalmente indiferente, el acto no puede considerarse de ejecución sino simplemente preparatorio y, por lo tanto, no es punible. Pero si el acto es unívoco, o sea que admite una sola interpretación en orden a la comisión de un determinado delito, se trataría ya de un indudable acto de ejecución; o sea que se estaría ya en el ámbito de la tentativa punible. Como se ve en esta base teórica se pretende darle al juez un criterio que le permita decidir sobre el acto concreto que tiene que calificar. Pero esto mismo produce cierta relatividad en la apreciación de los actos. En efecto, un acto realizado por una persona en determinadas circunstancias sería calificado como acto preparatorio, pues el juez lo considera equívoco; pero el mismo acto realizado por otra persona en otras circunstancias podría ser calificado como acto de ejecución, por cuanto al juez le parece unívoco. En algunas ocasiones hasta entrarían en juego los antecedentes personales y otros elementos previos, que serían los que en realidad se estarían juzgando antes que el acto en sí mismo. En otros casos, en cambio, la dificultad consistirá en determinar qué tipo de delito es el que se iba a cometer. Por ejemplo, el acto realizado (llevar un arma de fuego) lo mismo puede ser conducente a cometer lesiones de homicidio; o la acción del sujeto activo (tomar entre los brazos a la víctima) de igual manera puede estar encaminada a cometer una violación que un atentado contra el pudor. Sólo el sujeto activo, interiormente, sabe a dónde se dirige su conducta; y en ocasiones ni él mismo estará seguro. Con lo cual el asunto se convierte en un estricto problema probatorio. A pesar de estas dificultades esta teoría, a la que suele llamarse, tal vez impropriamente, carrariana, ha tenido gran aceptación. (Albán Gómez, 2004, pág. 155)

Pero no hay que dejar de lado la interesante argumentación para poder distinguir los actos preparatorios y de ejecución como lo demuestra Francisco Muñoz Conde (2010):

Sin embargo, la indeterminación de muchos de los términos empleados en la descripción de la acción típica, de cuya ejecución se trata («matar», «apoderarse de una cosa», «acceso carnal»), dificulta enormemente la delimitación entre acto ejecutivo y acto preparatorio del delito. ¿Es acto de ejecución de un asesinato comprar el veneno que se piensa suministrar a la víctima? ¿Es acto de ejecución sacar la pistola de su funda o quitar el seguro para disparar? ¿Es acto de ejecución del robo con fuerza en las cosas apoyar la escalera en el muro de la casa donde se piensa robar? ¿Es acto ejecutivo de aborto explorar a la embarazada antes de comenzar la operación abortiva? Con casos como éstos, o similares a éstos, se enfrenta la praxis jurídico-penal diariamente y la verdad es que resulta difícil, con ayuda de una teoría puramente formal, precisar con seguridad dónde termina la fase simplemente preparatoria (impune) y comienza la ejecutiva del delito (punible).

Ante las insuficiencias de una teoría puramente formal han surgido variantes de la misma u otras de naturaleza objetiva (que atienden a la puesta en peligro) o subjetivas (que atienden al plan del autor). Actualmente es dominante una teoría intermedia o mixta que, partiendo de la descripción legal de la acción típica, atiende, en primer lugar, a la imagen que tiene el autor del curso de los acontecimientos (plan del autor) y luego a si, de acuerdo con esta imagen, el comportamiento realizado está tan estrechamente ligado a la acción típica que prácticamente no hay eslabones intermedios esenciales para poner en actividad inmediata su realización (teoría objetiva-individual). El problema de esta teoría sigue siendo el de que subjetiviza un criterio que en la ley es objetivo, ya que, en definitiva, para esta teoría es el propio delincuente quien, conociendo todas las circunstancias del hecho, decide si hay o no ejecución del delito. (Muñoz Conde, 2010, pág. 417)

Según este punto teórico y tomando en cuenta el artículo 306 del COIP, donde se da la descripción típica del delito de falsificación de moneda, solamente habrá ejecución del mismo, cuando se empiece a falsificar, fabricar o adulterar moneda de curso legal nacional o extranjera. Parecería fácil llegar a clarificar los actos preparatorios de los actos de ejecución; ya que, como veremos a continuación en la práctica no lo es.

Por eso este criterio no excluye las dificultades prácticas: Porque en el artículo 305 del COIP, menciona claramente que la persona que produzca, conserve, adquiera o comercialice materias primas o instrumentos destinados a la falsificación, fabricación o alteración de moneda nacional o extranjera.....será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Algo que muy ciertamente se lo podría considerar como los actos preparatorios del delito de falsificación de moneda si no existiera este artículo que describe un tipo penal ajeno al de falsificación de moneda.

Entonces: ¿cuándo comienzan los actos preparatorios de la falsificación de moneda? Si bien los actos preparatorios forman parte de la fase externa del iter criminis, aún no se ha lacerado el bien jurídico protegido que en esta clase de delitos es el régimen económico, con solo la tenencia de materias primas o instrumentos destinados a la falsificación.

Para ello analicemos lo siguiente sobre la máxima latina: *Cogitationis poenam nemo patitur* (Nadie puede ser castigado por lo que piensa). “El agente o autor, tal como lo afirma Günther Jakobs, debe estar decidido al hecho, a la ejecución de la acción con sus consecuencias pretendidas. Por esa razón sustancial, bien podemos decir que los deseos, los pensamientos, los requerimientos o los actos preparatorios se mueven a extramuros del derecho penal y, por consiguiente, no son punibles”.

Tomando como base los lineamientos ya referidos, se propondrá analizar las evidencias encontradas por los agentes de la policía en el operativo de

allanamiento y detención, en el cual encontraron un soporte de papel pigmentación beige, tamaño A4 con la impresión del lado anverso de 4 billetes con denominación de diez dólares y otro soporte de papel con pigmentación beige, tamaño A4 con impresión en el lado anverso de 4 billetes con denominación de cinco dólares, así como 25 soportes de un papel con pigmentación beige, soportes de papel que poseen características de composición y tramados diferentes a los soportes auténticos de este tipo de documentos, es decir, diferente al papel moneda original.

El Tribunal colige que las impresiones de billetes constantes en los soportes de papel encontrados como evidencia solo estaban del lado anverso, es decir, no se ha completado la confección de un billete para poder establecer el verbo rector de falsificación, fabricación o adulteración, ya que no se podría decir que las impresiones de una sola carilla de cuatro billetes en una misma hoja (no recortada), sean con el fin de realizar una imitación a un billete para introducirlo al tráfico monetario.

Aquí encajaría muy bien la conceptualización de la falsedad material, para poder establecer el verbo rector del tipo penal y llegar a valorar de forma inequívoca el grado de ejecución del delito y desarrollar un razonamiento exacto para la motivación de la sentencia; de esta manera nos orienta el concepto de la falsedad material que nos dice: que es la que se realiza de forma material, mediante la contrahechura o fabricación total, o imitación, de un documento enteramente falso; o parcialmente, mediante agregados, supresiones o modificaciones de un

texto original legítimo. En este caso se atenta contra la autenticidad y la veracidad del documento.

Y la motivación de la sentencia sigue diciendo sobre la pericia practicada a los soportes de papel encontrados: “más aún que si bien es cierto existió la pericia que indica que el papel utilizado tiene características diferentes al papel auténtico, no determina si el papel utilizado es capaz o no, de entrar en el tráfico económico y engañar a algún ciudadano, para acreditar la vulneración del bien jurídico de régimen monetario y fe pública.

Aquí seguimos dándonos cuenta de que la valoración del delito frustrado sigue siendo errónea y contradictoria; pues, no se puede ir a contra corriente de una conceptualización universal de la falsedad material, que como vemos ha llegado a concretarse en este caso específico, y mucho más teniendo como base la pericia practicada por uno de los agentes de criminalística y así lo corrobora la doctrina por medio del Doctor en Derecho Xavier Abel Lluch al afirmar que:

La pericia es un medio de investigación y prueba que tiene por finalidad acreditar los hechos objeto de enjuiciamiento mediante el informe técnico que aporta al proceso un experto en una determinada disciplina científica. (Lluch, 2011, pág. 464)

Por lo expuesto por este jurista español el agrega además dos consideraciones importantes sobre la pericia. En primer lugar que la pericia es un genuino medio de investigación y no una suerte de medio auxiliar de conocimiento del Juez. En segundo lugar, que la pericia es un medio de prueba en el que tiene especial importancia el elemento personal y la contradicción efectiva, aun a pesar

de la documentación por escrito que se contiene en el informe pericial que se adjunta a los autos.

Si vemos que la naturaleza de la pericia es ser un medio investigativo y que producto de este se da origen al informe pericial, que posteriormente se convierte en un medio de prueba, que será valorado luego por el Tribunal dentro del desarrollo del proceso penal y que le servirá para conducirse, más allá de toda duda razonable, porque la prueba es la única y principal vía mediante la cual se podrá llegar a descubrir la verdad material y real de un hecho delictivo. Y dicha valoración de la prueba se encuentra regulada por nuestro COIP, de la siguiente manera:

Artículo 457.- Criterios de valoración.- La valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales. (COIP, 2014, pág. 170)

En este caso vemos que el Tribunal no le dio la valoración correcta al informe pericial o la prueba, suministrada por la Unidad de apoyo Criminalístico de Manabí; es decir no consideró esta prueba para considerar que sí hubo la tentativa en el delito de falsificación de moneda.

En esta misma parte de la sentencia, analizada arriba, el Tribunal de Garantías Penales, tampoco corresponde a darle el debido lugar a la antijuricidad que ha quedado denotada, en este delito de falsificación de moneda en grado de tentativa; porque, no toma en cuenta la puesta en peligro del bien tutelado por esta acción que es contraria al derecho, como se menciona en el artículo 18 de nuestra

normativa penal: “Infracción penal.- Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código”. (COIP, 2014, pág. 38)

Francisco Muñoz Conde (2010), respecto a la antijuricidad dice:

Una vez afirmada la tipicidad del caso real concreto, es decir, una vez comprobado que el caso es subsumible en el supuesto de hecho del tipo de delito previsto en la norma penal, el siguiente paso, en orden a la averiguación de si ese caso puede engendrar responsabilidad penal, es la determinación de la antijuricidad, es decir, la constatación de que el hecho producido es contrario a Derecho, injusto o ilícito.

El término antijuricidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del Ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la Teoría del Delito, la antijuricidad no es un concepto específico del Derecho penal, sino un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo.

El Derecho penal no crea la antijuricidad sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos que generalmente constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes, conminándolos con una pena. (Muñoz Conde, 2010, pág. 299)

Era necesario entrar en esta parte, donde de a poco se ve, que efectivamente si se ha estado probando, la existencia de la infracción penal, para su posterior responsabilidad penal, categorías que se describen en la teoría del delito y las cuales están plasmadas en el COIP. Pero para que se concrete primeramente la antijuricidad en la tentativa del delito de falsificación de moneda, se indagará más en lo que respecta a los fundamentos para su punición.

Ya se habían estudiado los fundamentos para punir la tentativa dentro del marco teórico; los cuales, resultaron ser mediante la teoría objetiva, subjetiva y mixta, pero faltó definir cuál es el fundamento que se utiliza en nuestro país, para castigar la tentativa de un delito. Entonces veremos cómo nuestra legislación ecuatoriana define a la tentativa, con respecto a sus fundamentos de punición:

Art. 39. Tentativa es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito”. (COIP, 2014, pág. 41)

Claramente evidenciamos que en este artículo, se toma una postura mixta; porque, incluye tanto fundamentos objetivos, como subjetivos, cuando la normativa se refiere, a la ejecución y al dolo, respectivamente. Aunque un poco distinta la legislación mexicana, también ha adoptado una fundamentación teórica mixta.

Gerardo Armando Urosa Ramírez (2011), refiriéndose a la legislación mexicana y, su definición, de la tentativa bajo los siguientes parámetros, dice:

Para el Código Penal Federal:

Artículo 12. Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

El Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 20 prácticamente reproduce el concepto federal antedicho, agregando, como requisito para sancionar a la tentativa, que se ponga en peligro el bien jurídico tutelado, señalando:

Artículo 20. (Tentativa punible). Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.

Como se observa, la ley penal asume una postura ecléctica entre el criterio objetivo y el subjetivo, para justificar la punibilidad en la tentativa. En efecto, la ley recoge el criterio subjetivo al demandar la definición legal, la “resolución de cometer un delito”, lo que ratifica el aspecto doloso de la acción, perfeccionado por el criterio objetivo plasmado en la ley, al establecer que la tentativa exige, además del citado aspecto intelectual, “la realización en parte o total de actos ejecutivos que deberían producir el resultado”. (Urosa Ramírez, 2011, pág. 324)

Pero, en el caso de la legislación argentina y española, han adoptado una postura claramente objetivista, para la punición de la tentativa, como se muestra a continuación:

Carlos Fontan Balestra(1998), habla del criterio objetivo contenido en la legislación argentina:

El código penal argentino ha adoptado para la sanción de la tentativa un criterio objetivo, al requerir que el autor comience la ejecución de un delito determinado (art. 42). Este criterio se ratifica cuando en el artículo 44 se fija una escala de reducción de la pena referida a la que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito. La exigencia de la idoneidad está implícita en la previsión específica del tratamiento penal para la tentativa de delito imposible (art. 44) y en el comienzo de ejecución. Por último, el hecho debe haber quedado en la etapa de tentativa contra la voluntad de su autor, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad (art. 42).
Art. 42.- El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44.
Art. 44.- La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad. (Fontan Balestra, 1998, pág. 388)

Francisco Muñoz Conde (2010), confirma la postura objetiva, en cuanto a la punición de la tentativa, en la legislación española:

La distinta gravedad de la tentativa y la consumación del delito han llevado a un sector de la doctrina española a ver el fundamento del castigo de la tentativa en un criterio fundamentalmente objetivo, es decir, en su proximidad a la lesión del bien jurídico protegido, ya que, desde el punto de vista subjetivo, tanto en la consumación como en la tentativa, la voluntad del sujeto no sufre modificaciones.
Artículo 16.
1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. (Muñoz Conde, 2010, pág. 414)

Pasando a otro aspecto que se dejó muy de lado, para una correcta interpretación del delito frustrado, ha sido la idoneidad; ya que, juega un papel muy importante, porque para que se pueda realizar la tentativa, debe existir identidad de acción, con aquella necesaria para la producción del delito consumado y, así ante el juzgador, se demostraría de forma fundamentada, que lo que impidió la realización del resultado, fueron las causas ajenas a la voluntad del autor.

Quedando de tal forma configurada la idoneidad, en el delito que llegó a tentativa, atribuyéndose meritoriamente las características de punibilidad.

Para ello citamos a Carlos Fontan Balestra (1998), para que nos refiera con respecto a la idoneidad:

Los actos de ejecución constitutivos de tentativa deben ser idóneos. Con ello se completan las características objetivas que distinguen la tentativa propiamente dicha de la de delito de consumación imposible. De la idoneidad de los actos de tentativa resulta la puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la figura correspondiente; es la capacidad lesiva -jurídicamente hablando- del acto de ejecución. Idoneidad es la capacidad potencial de la acción, en el caso concreto, para lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado por la ley, según las exigencias del tipo penal al que la acción de tentativa está subordinada. Los delitos se consuman con la lesión, puesta en peligro o posibilidad de peligro de un bien jurídico, conforme con la amplitud de la tutela legal alcanzada por el tipo; pero en la tentativa es esencial la falta de resultado típico o de consumación; de suerte que, para el criterio objetivo, la punición de la tentativa idónea se fundamenta siempre y únicamente en el peligro corrido. (Fontan Balestra, 1998, pág. 385)

Parece ser que el Tribunal de Garantías Penales, cuando dictó su sentencia a favor del procesado, se basó en un sentido completamente subjetivo, para deducir que no existía razón para punir la tentativa en el delito de falsificación de moneda, un error craso, puesto que como hemos analizado desde diferentes perspectivas

jurídicas, en nuestra legislación penal, se toma en cuenta el criterio objetivo aparte del subjetivo, para punir la tentativa.

También en esta sentencia se confundió los conceptos de idoneidad, pensando que se habían cometido una tentativa de delito inidónea, algo que en nuestra legislación no se toma en cuenta, para nada.

Con todo lo proporcionado en la teoría del caso planteada por la Fiscalía, el Tribunal de Garantías Penales de la Corte Provincial de Manabí, consideró que no fue suficiente para destruir el estado de inocencia del procesado, por lo que dicta sentencia absolutoria, el día martes 6 de Diciembre del 2016.

3. CONCLUSIÓN.

Al haber analizado los distintos grados de ejecución del delito; a través, de los artículos 306 delito de falsificación de moneda y 39 tentativa, del COIP, se puede llegar a la conclusión de que no es fácil establecer los ya mencionados grados de desarrollo del delito conocido jurídicamente como ITER CRIMINIS, mucho más cuando hay teorías que fundamentan la punición del delito desde su concepción mental, este es el caso de la teoría subjetiva y, otros afirman que la punición de un delito es cuando se ha llegado a causar lesiones en el bien jurídico protegido, como se lo afirma en la teoría objetiva.

No obstante, el COIP acoge una teoría mixta, al hacer referencia, de un lado aspectos subjetivos, tales como el inicio de ejecución dolosa del tipo penal y de otro, aspectos objetivos, referido a los actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito.

En el caso No 13283-2016-0094, obviamente no se configuró el tipo penal de falsificación de moneda, porque en este caso no se llegó al grado de consumación del delito, mucho menos al agotamiento del mismo que constituye una etapa posterior a la consumación; etapas que son necesarias para que se considere un acto como delictuoso de forma completa y punible con una sanción más alta que la de un delito que no llegó a concretarse enteramente y que solo llegó a ser un delito frustrado.

Haciendo un análisis objetivo, y tratando de entender la decisión del tribunal de garantías penales, es necesario citar al maestro, Luigi Ferrajoli (Ferrajoli, 1989, pág. 851) en su obra *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, muestra que existe la legitimidad sustancial y formal, en otras palabras podríamos decir que el derecho sustancial es el que crea la obligación o derecho, y el formal, es el que lo reglamenta el que hace posible la consecución de su objetivo; claro, siempre tomando en cuenta como base principal los Derechos Humanos, como garantía en la aplicación del derecho sustancial y formal, por parte del órgano jurisdiccional.

En nuestro ordenamiento jurídico parece haberse olvidado aquello, la Ley Penal no solamente debe ir dirigida a sanciones drásticas, sino también alternativas que aflore un garantismo penal, que conlleve a crear una cultura orientada a la buena conducta de los ciudadanos, en base a reparaciones de sus actos no necesariamente con penas privativas de libertad, sino con actividades que demuestren su verdadero arrepentimiento y por ende que lo lleve a la prevención general para la comisión de los delitos como lo expresa el artículo 52 del COIP, y en su segundo inciso del mismo artículo pone de manifiesto que: “En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales”. (COIP, 2014, pág. 46)

Finalmente, y para concluir, deseo referirme a la utilidad que puede derivarse de una correcta interpretación del delito frustrado (la tentativa de falsificación de moneda) dentro del proceso penal, para la protección del bien jurídico protegido que en este caso resulto ser el régimen monetario, definimos

entonces al bien jurídico como aquellos intereses sociales que por su notable importancia para el desarrollo personal y para el desenvolvimiento de la sociedad en general son merecedores de resguardo y protección a través de las normas jurídicas que componen el Derecho penal; pero, sin dejar de lado que el castigo de este delito, que no llegó a consumarse, no debería ser sancionado de forma tan dura, ni mucho menos restando importancia al Derecho a la Libertad.

BIBLIOGRAFÍA.

- Albán Gómez, E. (2004). *Manual de derecho penal ecuatoriano: parte general*.
Quito: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Monetario y Financiero*. Quito.
- Cabanellas de Torres, G. (2003). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires:
Heliasta.
- Calderón Sumarriva, A. (2010). *Teoría General del Derecho*. Lima: San Marcos.
- Código Orgánico Monetario y Financiero. (2014). Quito: Fiel Web. Evolución
Jurídica.
- Código Penal de la Nación Argentina. (1984). Tucumán: El Derecho.
- Código Penal Frances. (2006). Salamanca: El blog de la Biblioteca Francisco de
Vitoria.
- COIP. (2014). Quito.
- Creus, C. (1998). *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 2*. Buenos Aires: Astrea.
- Donna, E. (2004). *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV*. Santa Fe: Rubinzal-
Culzoni Editores.
- Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid:
Trotta, S. A.
- Fontan Balestra, C. (1998). *Derecho Penal. Introducción y Parte General*.
Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Garrido Montt, M. (2007). *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*. Santiago:
Editorial Jurídica de Chile.
- Garrido Montt, M. (2008). *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV*. Santiago:
Editorial Jurídica de Chile.

- Lluch, X. (2011). *Estudios sobre Prueba Penal*. Madrid: La Ley.
- Moreno Cruz, R. (2007). *El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales*. Mexico: Boletín mexicano de derecho comparado.
- Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Urosa Ramírez, G. (2011). *Teoría de la Ley Penal y del Delito*. Mexico: Porrúa.
- Villacampa Estiarte, C. (1999). *La Falsedad Documental: Análisis Jurídico-Penal*. Lleida: Cedecs.