



UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO

Informe Final del Trabajo de Titulación

Previo a la obtención del título de:

Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador

Tema:

Caso Penal No. 13253-2017-00232, que por delito de extralimitación en la ejecución de un acto de servicio sigue el Estado Ecuatoriano en contra de Luis Darwin Elizalde Jaramillo: “Falta de objetividad fiscal en causas de justificación en la antijuridicidad”

Autor:

Manuel Alejandro Verdezoto Carlosama

Tutor:

Ab. Tania Muñoa Vidal

Portoviejo – Manabí – Ecuador

2019

CESIÓN DE DERECHOS

Manuel Alejandro Verdezoto Carlosama, de manera expresa hace la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo investigativo: CASO PENAL No. 13253-2017-00232, que por delito de extralimitación en la ejecución de un acto de servicio sigue la Fiscalía General del Estado del Cantón Sucre en contra de Luis Darwin Elizalde Jaramillo “Falta de objetividad en causas de justificación de la antijuricidad”, a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por haber sido realizada bajo su patrocinio institucional.

Portoviejo, septiembre de 2019.

Manuel Alejandro Verdezoto Carlosama
C.I. 1714850896
Autor

ÍNDICE

CESIÓN DE DERECHOS	I
ÍNDICE.....	II
1. INTRODUCCIÓN	IV
2. MARCO TEÓRICO	1
2.1. Principios del Proceso Penal	1
2.1.1.Principio de objetividad y política criminal.....	1
2.1.2.Principio acusatorio	2
2.1.3.Principio de investigación.....	3
2.2. Atribuciones del fiscal.....	4
2.3. Antijuridicidad	6
2.3.1.Relación: dolor y antijuridicidad	12
2.3.2.La tipicidad	12
2.3.4.Antijuridicidad formal	14
2.3.5.La conducta materialmente antijurídica.....	14
2.3.6.Antijuridicidad en Código Orgánico Integral Penal	15
2.4. Causas de exclusión de la antijuridicidad	15
2.4.1.Legítima defensa.....	16
2.4.2.Presunción de inocencia en la Constitución de la República Del Ecuador	16
3. ANÁLISIS	18

3.1. Hechos fácticos	18
3.2. Instrucción.....	22
3.3. Evaluación y preparatoria de juicio.....	27
3.4. Etapa de Juicio	29
3.4.1.Actividad probatoria	30
4. CONCLUSIÓN.....	42
5. BIBLIOGRAFÍA	46

1. INTRODUCCIÓN

La presente investigación: “falta de objetividad en causas de justificación de la antijuridicidad” busca examinar la objetividad del fiscal al momento de formular cargos, así como también la valoración de los elementos de convicción por parte del Juez de Garantías Penales en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio; valorando si en el presente caso existieron causas de exclusión de la antijuridicidad que permitía excluir la responsabilidad del procesado.

El titular de la acción penal pública corresponde a la Fiscalía General del Estado, quienes al cumplir con sus funciones deben actuar en defensa del interés público, enmarcados en las garantías y principios rectores del proceso penal observando otros derechos prescritos en la Constitución de la Republica; el fiscal deberá actuar con criterio objetivo al momento de investigar los hechos y circunstancias de un acto punible, tomando en consideración los elementos de convicción de cargo y también los que permitan eximir, atenuar o extingan la responsabilidad del procesado.

El Juez de Garantías Penales en la audiencia preparatoria de juicio está en la obligación de seguir las reglas establecidas en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) y el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) para este fin evaluar los elementos de convicción presentados por el fiscal, donde teniendo la obligación de resolver cuestiones prejudiciales, competencia y cuestiones de procedimiento que afecten la valides del proceso, así como también establecer causas de exclusión de la antijuridicidad el juzgador podrá dictar auto de sobreseimiento.

Se destaca, entonces, que en la presente investigación se establecerá que la doctrina conjuntamente con el Código Orgánico Integral Penal (COIP) manifiestan claramente que los elementos constitutivos de delito son: la conducta típica, antijurídica y culpable; preceptos jurídicos que deben estar perfectamente encuadrados en la acción típica para ser considerado punible, señalando que el injusto penal es la acción típica, antijurídica. Sin embargo, no constituye delito hasta que el actor sea imputable o penalmente responsable.

De esta manera, se analizará la teoría jurídica del delito de la antijuricidad penal, donde se establece que el delito es un ente cultural estructurado por los elementos anteriormente señalados, para establecer la antijuricidad de una conducta significa comprobar su incompatibilidad con el ordenamiento jurídico, esta se manifiesta comprobando por una parte la trasgresión de un bien jurídico protegido por el estado y que el autor ha creado con su comportamiento típico, por otra parte la conducta típica no ha sido realizada cumpliendo ciertas circunstancias que podrían constituir causas de justificación.

No basta que la conducta encuadre en el tipo penal, ella es necesario que sea antijurídica; es decir, que si la acción típica presenta causas de exclusión de la antijuricidad no existe infracción penal.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. Principios del Proceso Penal

Como punto de partida se debe señalar que la Constitución de la República del Ecuador CRE (2008)¹ en su Art. 169, establece que: “el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia basados en principios procesales” (pág. 45). Mismos que garantizaran el debido proceso; entonces, podemos referirnos a la práctica del derecho como una ciencia que posee su parte formal y material, por ende, la misma debe ser estudiada y analizada en forma conjunta mas no individualmente.

Por su parte, Gutiérrez (2016)² expresa:

El principio se puede establecer como el punto de partida, para tomar el camino correcto. Es decir que es la primera forma de interpretar el desarrollo de una ciencia o disciplina por tener las características de universalidad contiene el carácter formal como también el material. Por lo tanto, no es necesario que esté elevado a norma jurídica para su cabal cumplimiento, caso en el cual se les denomina principios rectores. (pág. 152)

Explicando en cuanto al principio del proceso penal que se instituyen como el inicio de todo proceso a bien de escoger el camino correcto en el mismo. Por tanto, es una garantía que se establece para que todo se accione de forma justa y aplicando el derecho adecuadamente.

2.1.1. Principio de objetividad y política criminal

¹ Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

² Gutierrez, L. (2016). *El Sistema Penal Acusatorio en el Estado de Mexico*. Mexico: Ujat.mx.

La política criminal se puede definir a todos los medios o acciones que el estado utiliza para su lucha contra la delincuencia, estas pueden ser preventivas o represivas, son acciones que necesariamente deben estar ligadas con el principio de objetividad en razón de que su finalidad es valorar los elementos de convicción, hechos y circunstancias en las que se suscitaron un hecho presumiblemente punible, para obtener un resultado final que obviamente es obtener una verdadera justicia, que permita a la sociedad vivir con una percepción de justicia.

Bertucci (2011)³ determina que:

Cuando se habla del principio de objetividad y la política criminal, se relaciona directamente con la investigación, es decir que la aplicación de la criminalística debe llevar al fiscal a la presunción de las causas jurídico penalmente relevante, que incide en la conducta del individuo y conlleve a la materialidad del hecho punible; en lo referente a la política criminal, el principio de objetividad cobra importancia puesto que forma parte integral de la primera; es decir, que la política criminal es la que se encarga del estudio del fenómeno delictivo, es por eso que su campo de acción es muy amplio y debemos delimitarlo a relacionarlo con el principio de legalidad. (pág. 56)

2.1.2. Principio acusatorio

El principio acusatorio es básicamente un sistema adversarial donde las partes procesales se enfrentan en igualdad de condiciones en el proceso penal ante un juez imparcial el que con base a las pruebas y argumentos decidirá si acusa o absuelve, este proceso siempre debe estar regulado por principios rectores que son: publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

³ Bertucci, D. A. (2011). La Participación de la víctima en la persecución penal oficial. Análisis a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho*. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041326003>

El tratadista Vega (2013)⁴ expresa:

Se caracteriza exclusivamente porque las funciones de acusar y de juzgar van por vías separadas, así el fiscal tiene la función de acusar y el tribunal la función de juzgar, es decir que el juez y el fiscal son distintas personas, es decir que por una parte está el papel del fiscal de aportar con los elementos o medios probatorios, para el juez sobre la base de la sana crítica realice la valoración de las pruebas y llegue a la resolución final. (pág. 645)

Expresa además la importancia que tiene el fiscal como titular de toda acción penal ya que es éste quien realiza la acusación de los actos. De ello, resulta necesario admitir que donde no existe acusador, no hay juzgador. Por lo tanto, resulta necesario considerar que si el tribunal no se encuentra competente para actuar de oficio ni si quiera para presentar todos los elementos de prueba en el proceso, dicha actividad será competencia a ejecutar la Fiscalía.

2.1.3. Principio de investigación

El principio de investigación en un proceso penal en el Ecuador por mandato legal es responsabilidad del fiscal, en el recae el ejercicio publico la acción penal, entre sus atribuciones es organizar y dirigir la investigación, para ello tiene a su disposición el sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses, con la utilización ciencias técnico científico debe descubrir la verdad de un hecho presuntamente punible, observando y valorando elementos de convicción que apoyen una acusación fiscal o que puedan desvirtuar la responsabilidad del procesado.

⁴ Vega, M. R. (2013). Sistema Acusatorio de Justicia Penal y principio de obligatoriedad de la acción penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000100020.

Vallejo (2011)⁵ refiere en su investigación que:

Este principio opera en presencia de la noticia crimines que activa la investigación. También se conoce como principio de la verdad material o de instrucción, según el cual el Fiscal como titular de la acción penal debe demostrar la existencia de la infracción y su vinculación con el sospechoso, está obligado a descubrir la verdad histórica recurriendo a técnicas de investigación avanzadas, con fiel observación de los derechos constitucionales. (pág. 10)

De ello resulta necesario admitir que todo principio de investigación debe hacer referencia y por tanto énfasis en la competencia e idoneidad que tiene el fiscal para indagar, hallar y establecer la responsabilidad penal de la persona que se encuentra procesada.

Es por tanto que, el derecho penal y la criminología son ramas que buscan en todo momento detectar los distintos procesos de construcción y aplicación de las distintas normas establecidas en el proceso penal.

2.2. Atribuciones del fiscal

En el procedimiento penal ecuatoriano, una institución de gran importancia para el ejercicio de la acción penal es la Fiscalía General del Estado, quien es la encargada de dirigir la investigación tanto pre procesal como procesal penal durante el proceso con estricto apego a los principios de oportunidad y además mínima intervención, ya que el Código Orgánico Integral Penal (COIP) ecuatoriano es garantista de derechos tanto de la víctima como de la persona procesada.

⁵ Vallejo, J. (2011). *Estado del arte de la investigación en Derecho Penal*. Chile: Universidad Católica del Norte.

Si la Fiscalía en su valoración de los elementos de convicción encuentra méritos suficientes realizara la acusación fiscal en contra de los presuntos infractores de la ley ante el Juez con autoridad competente y por lo tanto impulsara la acusación en la sustentación del juicio penal.

Según Alexis Maldonado (2015)⁶:

En el actual Sistema Penal Oral Acusatorio, el Fiscal dirige, coordina, controla y ejerce verificación técnica sobre la fase de investigación previa e instrucción, como también sobre la actividad desarrollada por la Policía Judicial, de manera que de su trabajo depende el éxito de la audiencia del juicio oral, considerada como el acto más importante del actual sistema. (pág. 26)

Lo que quiere decir que, en el sistema penal ecuatoriano el ente encargado del control, dirección y veedor de los procesos durante la fase previa de investigación e instrucción penal es el Fiscal. Además, controla la actividad que desarrolla la Policía Judicial en su accionar. Por lo tanto, del proceder de este fiscal depende la eficacia de todos los procesos relacionados a él.

De lo que se puede añadir también que para que la Fiscalía ejecute las funciones ya mencionadas anteriormente debe realizar dos contextos fundamentales: la indagación y la investigación. Sin embargo, tiene prohibiciones como la de disponer de la libertad de los individuos en cuanto a captura, detención, entre otras. Por tanto, le debe proferir a los magistrados de Control de Garantías Penales.

Los juristas, además de lo dicho anteriormente, también exponen acerca de las atribuciones del fiscal lo siguiente, Maldonado (2015)⁷ dice:

⁶ Alexis, M. (2015). *Vulneración al principio de objetividad por parte del fiscal*. Machala: Universidad Técnica De Machala.

Igualmente a los fiscales, en el nuevo rol del Sistema Penal Oral Acusatorio, no les está permitido producir pruebas en sentido formal durante la etapa investigativa y solo recaudan elementos materiales y evidencia física que luego van a servir de medios probatorios para demostrar la responsabilidad penal del procesado; durante la etapa de investigación, cuando esta ha sido precedida de la fase de indagación, corresponde a la Fiscalía la verificación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió el delito así como también el actuar de acuerdo al principio de objetividad. (pág. 25)

Por lo tanto, es necesario evitar que se vulneren los derechos primordiales establecidos en la Carta Magna, es más, también se debe hacer valer las garantías como la correcta aplicación del principio de legalidad que ejerce el magistrado sobre lo que ejecute el fiscal.

De allí se puede resumir que el principio de objetividad es deber principal de la Fiscalía en el ejercicio de sus funciones, ello para garantizar que el condenado obtenga en todo momento un justo proceso.

El autor Maldonado, menciona además que la etapa de investigación se caracteriza por que es reservada en todos sus aspectos. Pues, en esta tanto la Fiscalía General del Estado como la Policía judicial, de manera autónoma, se encargan de desarrollar las diligencias que consideren necesarias para el caso; pero, normalmente realizan ello sin participación de los otros sujetos procesales.

2.3. Antijuridicidad

La antijuridicidad es uno de los elementos más importantes en la teoría del delito ya que permite darle movilidad al engranaje de la ley penal, cuyo objetivo es

⁷ Maldonado, A. (2015). *Vulneración al principio de objetividad por parte del fiscal*. Machala: Universidad Técnica De Machala.

alcanzar la verdad por ende impartir justicia a la sociedad, en resumen darle a cada quien lo que le corresponde.

En primer lugar, se presenta la idea del autor Zaffaroni (1991)⁸ quien respecto al bien jurídico protegido por el derecho penal sostiene que:

La legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que estos son creados por la Constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación. En esos ámbitos se trata de bienes jurídicos tutelados para la respectiva norma que lo manifiesta. La ley penal solo eventualmente individualiza alguna acción que lo afecta de criterio modo particular, pero nunca puede brindarle una tutela amplia o plena, dada su naturaleza fragmentaria y excepcional el derecho penal recibe el bien jurídico ya tutelado y la norma se deduce del tipo no hace más que anunciar un castigo para ciertas formas particulares y aisladas de lesión al mismo, incluso cuando lo hace por expreso mandato constitucional o internacional. (pág. 235)

Dichos mandatos ordenan por lo tanto la criminalización de orden primario en algunas acciones que lo llegan a afectar; sin embargo, aunque dejen de hacerlo no dejarán jamás de ser bienes jurídicos.

En la idea presentada por el autor entonces se deja en claro la existencia de bienes jurídicos, los mismos que están señalados en la Constitución e instrumentos internacionales. La finalidad del derecho penal es proteger estos derechos, que en algunos casos son irrenunciables; de igual forma se crea sanciones como un medio coercitivo para el cumplimiento cabal del respeto y protección de tales bienes.

Por otro lado, para Ramos Mejía (2015)⁹:

⁸ Zaffaroni, E. (1991). *Manual de Derecho Penal*. México: Cárdenas

⁹ Ramos, E. (2015). *La teoría del delito desde Von Liszt y Beling a hoy*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Buenos Aires.

El tipo consigue de tal modo, como punto de referencia para la anti- juridicidad y para la culpabilidad y como factor importante para la función de garantía de la ley penal, un lugar dominante en la estructura de la teoría del delito. (pág. 9)

La antijuridicidad y la culpabilidad son las bases en la que se fundamenta la teoría del delito, estos dos elementos valorativos contienen una diferencia básica; por una parte la antijuridicidad comprueba que una conducta es o no acorde con la norma a diferencia de la culpabilidad que es una acción por la cual se le atribuye una imputación de conducta a un sujeto; es decir, son valoraciones que tienen una distinta finalidad en la rama del derecho penal.

Beling (1905)¹⁰ dice:

La antijuridicidad y la culpabilidad subsisten como notas conceptuales de la acción punible, pero concurre con ellas, como característica externa, la Tipicidad (adecuación al catálogo), de modo que, dentro de lo ilícito culpable, está delimitado el espacio dentro del cual aquellas son punibles. (pág. 37)

A través de la historia se ha enseñado que el ejercicio del derecho penal se basaba en la voluntad del juez quien era el que imponía las penas sin realizar ningún tipo de valoración científica, sancionando de una forma empírica e ilegal; esta práctica fue quedando en el pasado con el nacimiento del liberalismo corriente que permite la evolución de la práctica del derecho penal, tomado a favor desde un punto de vista personal.

Beling (1905)¹¹ también manifiesta:

La común práctica jurídico-penal había extendido de tal modo el poder judicial que el juez podía castigar toda ilicitud culpable; toda acción antijurídica y culpable era ya por eso una acción punible, contra esto dirigió sus ataques el Liberalismo naciente del siglo XVIII, afirmando la inseguridad jurídica que tal

¹⁰ Beling, E. v. (1905). *Antijuricidad*.

¹¹ Beling, E. v. (1905). *Antijuricidad*.

sistema importaba: a falta de una firme de- limitación de las acciones que pudieran considerarse punibles, el juez podía someter a pena toda acción que le desagradara, pretendiéndola antijurídica, y podía imponer arbitrariamente una pena grave o leve para toda acción estimada punible. (pág. 232)

Con base en dicho movimiento liberal, la legislación que le seguía a éste decide estrechar la conceptualización de acción antijurídica en su normativa.

Antiguamente el juzgador estaba atado directamente a la norma sin opción a una rectificación a la ley por esta razón sus sentencias se basaban al cumplimiento literal de la norma, en este aspecto se produce un cambio trascendental con el surgimiento de la antijuridicidad y su carácter objetivo la que abre un nuevo camino a seguir.

A partir de común dominio de la ilegalidad fueron amenorados y además extraídos determinados tipos delictivos a bien de quedar punibles distintas formas de actuar de modo antijurídico. Así, se logra un pensamiento importantísimo en el contexto de la teoría de la antijuridicidad, Beling (1905)¹² entonces sostiene que: “sólo ciertos modos de conducta antijurídica, los típicos, son suficientemente relevantes para la intervención de la retribución pública y que, además, deben todos ser colocados en una firme escala de valores” (págs. 36-37).

Mezger (1910)¹³ por su parte dice:

El juez está ligado por la ley" sin posibilidad de rectificar el derecho vigente, Aquí también se produce un cambio substancial. Se mantiene, cierta- mente, el carácter objetivo de la antijuridicidad, entendida ésta, según Mezger, como

¹² Beling, E. v. (1905). *Antijuricidad* .

¹³ Mezger. (1910). *Tratado de Derecho Penal*.

"una contradicción objetiva con los preceptos jurídicos, como una lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración" (pág. 282).

Según el finalismo la antijuricidad es un juicio des valorativo a una acción típica contraria a la ley; sin embargo, de estos dos elementos mencionados nace el precepto injusto penal que no es más que la relación entre lo típico y lo antijurídico, si a estos elementos se comprueba un nexo causal como de aquella acción, se lesione un bien jurídico protegido por el estado se completaría el círculo.

Ramos Mejía (2015)¹⁴ menciona:

En opinión de Welzel, pues a él seguimos en esta exposición ya que dentro del finalismo hay posturas parcialmente discrepantes, la anti-juricidad es un juicio des valorativo sobre la conducta típica que se formula con arreglo a un criterio general sobre la base de todo el ordenamiento jurídico, siendo esa conducta sin embargo una unidad de elementos objetivos y subjetivos. (Ramos, 2015, pág. 8)

De ello resulta entonces la distinción entre dos importantes conceptos: antijuricidad e injusto. Para el tratadista Ramos, el primer concepto (antijuricidad) es una mera relación, es decir, un predicado. Mientras que: del segundo término se dice que se trata de una conducta antijurídica misma de un sustantivo. Entonces, el autor resalta que la antijuricidad trata siempre de observar la desaprobación en un acto en referencia a un autor determinado.

Corregir los conflictos que presenta la sociedad es una finalidad de la antijuricidad y la culpabilidad jurídica nos conduce a la ejecución de una pena esta como medio coercitivo para el cumplimiento de la norma establecida para el orden social.

¹⁴ Ramos, E. (2015). *La teoría del delito desde Von Liszt y Beling a hoy*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Buenos Aires.

En la investigación “La teoría del delito” Ramos Mejía (2015)¹⁵ señala: “La de la antijuridicidad en dar solución a los conflictos que se suscitan en el seno de la sociedad, y la de la culpabilidad resulta acuñada por los fines de la pena” (pág. 16).

El delito y sus elementos como la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad deben ser analizados desde el punto de vista de la política criminal cuya definición es el conjunto de políticas públicas direccionadas a prevenir, perseguir y castigar el delito, el estado como responsable de crear métodos de trabajo, definir metas, crear instrumentos de diferente índole con esa finalidad, será de gran ayuda incluso para identificar los defectos de la norma y poder corregirlas,

Otorgando el máximo de seguridad jurídica para aquellos que no han cometido un delito como la víctima el encargado de hacer cumplir la ley y el mínimo de acción punitiva para quienes si han cometido un delito que afectan un bien jurídico protegido por el estado.

Roxin (1972)¹⁶ indica:

Las concretas categorías del delito —tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad— deben sistematizarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político criminal", a cuyo respecto señala que la función del tipo consiste en dar cumplimiento al principio de legalidad, la de la antijuridicidad en dar solución a los conflictos que se suscitan en el seno de la sociedad, y la de la culpabilidad resulta acuñada por los fines de la pena. (pág. 15)

¹⁵ Ramos, E. (2015). *La teoría del delito desde Von Liszt y Beling a hoy*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Buenos Aires.

¹⁶ Roxin. (1972). *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Barcelona.

2.3.1. Relación: dolo y antijuricidad

El dolo según la corriente finalista es un elemento subjetivo del tipo penal, lo podemos definir como la intención que posee un individuo de causar algún daño sobre otro. Se compone de dos elementos: el cognitivo que enfatiza en el conocimiento que tiene el sujeto activo del acto que va a cometer incluso de sus consecuencias jurídicas y elemento volitivo que se define como el ánimo de cometer una conducta pese al conocimiento de sus consecuencias.

Ramos Mejía (2015)¹⁷ indica:

El contenido del elemento intelectual del dolo, pues el dolo para los primeros sistemas comprendía, además del conocimiento de los hechos, la conciencia de la antijuricidad, como *dolus malus*, mientras que el dolo del finalismo sólo requiere el conocimiento de los hechos recogidos en el correspondiente tipo objetivo, pues la conciencia de la antijuricidad es un elemento de la culpabilidad. Y este cambio, que no tiene consecuencias desde los puntos de vista expositivo y didáctico, sí las tiene en orden a la punibilidad o no de algunos hechos. (Ramos, 2015, pág. 11)

2.3.2. La tipicidad

El tipo penal es la descripción que el legislador realiza ante una determinada conducta humana antijurídica, es decir describe una acción prohibida por la norma y la tipicidad es el encaje o adecuación de una conducta al tipo penal.

Ramos Mejía (2015)¹⁸ señala:

¹⁷ Ramos, E. (2015). *La teoría del delito desde Von Liszt y Beling a hoy*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Buenos Aires.

¹⁸ Ramos, E. (2015). *La teoría del delito desde Von Liszt y Beling a hoy*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Buenos Aires.

La tipicidad es un indicio de antijuridicidad, y sobre ésta no tiene por qué llevar a cabo el juez una investigación autónoma, bastando con investigar si en el derecho positivo se encuentra alguna causa de justificación, y si no la encuentra queda establecido un elemento más del delito, de naturaleza substancial: la antijuridicidad. Sin antijuridicidad, sin una relación de contradicción con el derecho, ninguna acción, por típica que sea, puede merecer sanción. (pág. 8)

Entonces, la tipicidad puede ser una prueba de antijuridicidad; y por tanto, debe enmarcarse en todo momento a lo que se describe en la normativa penal. Sobre ella no debe el juez llevar a cabo una indagación personalizada. Por tanto ninguna acción ni, porque se encuentra más enmarcada a la tipicidad, debe ser sancionada.

2.3.3. Consideración de una conducta como antijurídica

Para considerar una acción sea antijurídica se debe aplicar el ordenamiento jurídico en su totalidad, tomando en cuenta que puede existir causa de justificación, de igual manera el juzgador tiene la posibilidad de acudir a la doctrina, jurisprudencia para determinar su fallo, si una conducta típica no es antijurídica por encuadrarse en los requisitos de la justificación de la antijuridicidad no es punible.

El autor Hava (2012)¹⁹ dice:

La consideración de una conducta como antijurídica se decide en función de todo el ordenamiento, pues es posible que para determinar si concurre o no una causa de justificación (que excluiría la antijuridicidad) haya que acudir a normas no penales; así por ejemplo, para determinar si el hecho no es antijurídico por haberse realizado en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, habrá que atender a la concreta regulación del deber, derecho, oficio o cargo de que se trate. (pág. 33)

¹⁹ Hava, E. (22 de octubre de 2012). *Derecho Penal*. Obtenido de Concepto de antijuridicidad formal y material: <https://www.infoderechopenal.es/2012/10/concepto-de-antijuridicidad-formal-material.html>

2.3.4. Antijuricidad formal

Para considerar una acción típica sea antijurídica debe ser contraria a derecho y no presentarse causa de justificación, a este precepto se lo conoce como antijuricidad formal, en conclusión es la oposición de cierta conducta humana a la ley.

Por ello, Hava (2012)²⁰ dice:

De este modo, se afirma que una conducta típica es formalmente antijurídica cuando supone una contradicción a Derecho por no concurrir en el hecho ninguna causa de justificación (por ejemplo, legítima defensa). Por lo tanto, la antijuricidad formal no es más que la oposición entre un determinado hecho y el ordenamiento jurídico positivo. (pág. 256)

2.3.5. La conducta materialmente antijurídica

Si la acción típica es penalmente antijurídica estaríamos comprobando la antijuricidad formal, sin embargo es necesario que la conducta humana haya lacerado un bien jurídico protegido por el estado o en algún caso lo haya puesto en riesgo de este modo se la consideraría materialmente antijurídica existiendo una relación entre estos dos preceptos jurídicos.

El mismo tratadista Hava (2012)²¹ menciona que:

Pero para afirmar que la conducta típica es también penalmente antijurídica no basta con constatar la presencia de antijuricidad formal. Es preciso además que el comportamiento haya lesionado o al menos puesto en peligro el bien jurídico protegido por la norma penal. De este modo, se dice que una conducta es materialmente antijurídica cuando, además de ser contraria al ordenamiento,

²⁰ Hava, E. (22 de octubre de 2012). *Derecho Penal*. Obtenido de Concepto de antijuricidad formal y material: <https://www.infoderechopenal.es/2012/10/concepto-de-antijuricidad-formal-material.html>

²¹ Hava, E. (22 de octubre de 2012). *Derecho Penal*. Obtenido de Concepto de antijuricidad formal y material: <https://www.infoderechopenal.es/2012/10/concepto-de-antijuricidad-formal-material.html>

lesiona o pone en peligro un bien jurídico que el Derecho penal quería proteger. (pág. 254)

2.3.6. Antijuricidad en Código Orgánico Integral Penal

De igual manera el Código Orgánico Integral Penal, considera para que una conducta humana sea considerada antijurídica debió esencialmente vulnerar o amenazar un bien de carácter jurídico que sea tutelado por el Estado sin causa justa.

Ello se puede observar en el Art. 29 del Código Orgánico Integral Penal COIP (2014)²² mismo que establece: “Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código” (pág. 11).

2.4. Causas de exclusión de la antijuricidad

Iniciando con la premisa de que solo las acciones humanas pueden instaurar la base fundamental de la responsabilidad en el ámbito penal y que una vez que se ha comprobado un comportamiento como típico; es decir, que la acción a ejecutar encuadra a la descripción del tipo penal en la normativa. No obstante, dicho comportamiento puede ser justificado, o en todo caso está adecuado al derecho.

El Código Orgánico Integral Penal COIP (2014)²³, en su artículo 30 menciona:

²² Asamblea Nacional . (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

²³ Asamblea Nacional . (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa. Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal. (pág. 11).

2.4.1. Legítima defensa

Una de las causas de exclusión de la antijuridicidad que establece nuestro ordenamiento jurídico es la legítima defensa ya que de forma clara manifiesta no existir responsabilidad penal cuando la acción típica se encuentra justificada, por ende mencionado comportamiento estaría enmarcado en derecho, en conclusión no es culpable.

Según lo referido en el Art. 33 del Código Orgánico Integral Penal COIP (2014)²⁴ menciona lo siguiente:

Existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos: 1.- Agresión actual e ilegítima, 2.- Necesidad racional de la defensa. 3.- Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho. (pág. 11)

2.4.2. Presunción de inocencia en la Constitución de la República Del Ecuador

El Ecuador siendo un país de derechos, suscrito y ratificado a los tratados internacionales de derechos humanos, establece en su carta magna la protección a la libertad humana, la presunción de inocencia como eje fundamental del ejercicio de justicia de un estado soberano.

²⁴ Asamblea Nacional . (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Por tanto, el artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República Del Ecuador (2008)²⁵ establece que:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. (pág. 53)

Es decir, todo acto o procedimiento debe garantizar el derecho del procesado a la existencia de un debido proceso, y este principio se desarrolla en base a ciertas garantías tipificadas en la normativa. Una de ellas es la inocencia de las personas, misma que será garantizada hasta que no se demuestre lo contrario o no se resuelva mediante una sentencia ejecutoria.

²⁵ Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

3. ANÁLISIS

A continuación, se da estudio al Caso Penal No. 13253-2017-00232, que por delito de extralimitación en la ejecución de un acto de servicio, según lo referido en el Art. 293 inciso 2 del Código Orgánico Integral Penal, sigue el Estado Ecuatoriano en contra de Luis Darwin Elizalde Jaramillo, con título: Falta de objetividad fiscal en causas de justificación en la antijuricidad.

Este análisis tiene como objeto de estudio examinar la aplicación debida del principio de objetividad del fiscal al momento de formular cargos en las distintas etapas del proceso, así como también la valoración de los distintos elementos de persuasión que le son competencia al Juez de Garantías Penales en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio; Por lo tanto, se pretende observar si en el presente caso existieron suficientes causas de exclusión de la antijuricidad para permitir exceptuar la responsabilidad penal del imputado.

3.1. Hechos fácticos

El presente caso inicia el día 22 de julio del año 2017 a las 10h00 aproximadamente en el cantón Bahía provincia de Manabí, en circunstancia que una unidad móvil de la Policía Nacional (Patrullero) conformada por los señores policías Sgos. Calero Tituaña Richard Oswaldo y el Cbos. Luis Darwin Elizalde Jaramillo, en cumplimiento de su misión se encontraban circulando con dirección de Bahía – San Vicente al encontrarse a la altura media del puente “Los Caras”.

Se percataron que sobre el paso peatonal tres sujetos se encontraban forcejeando con dos turistas amedrentándolos con armas blancas, sustrayéndoles sus pertenencias con violencia, al mismo tiempo uno de los perjudicados al notar la presencia policial solicita auxilio inmediato.

Por tal motivo habían parado la marcha del vehículo frente a la escena del crimen e inmediatamente el señor Sgos. Calero Tituaña Richard Oswaldo procede a bajarse del vehículo conjuntamente con dos aspirantes, con la finalidad de neutralizar la acción delictiva y evitar la consumación del acto delictivo, sin embargo los presuntos infractores de la ley al observar el actuar de la policía, emprenden la huida con el dinero y objetos producto del robo.

Procedieron los antisociales a precipitada carrera con dirección al cantón San Vicente, en ese momento el señor Cbos. Luis Darwin Elizalde Jaramillo quien se encontraba conduciendo el vehículo policial procede adelantarles la huida a unos 200 metros aproximadamente para poderles interceptar y proceder a su captura.

El señor Cbos. Luis Darwin Elizalde Jaramillo, al estar frente a los presuntos infractores de la ley se percata que dos de ellos tenían en sus manos armas blancas de una manera amenazante, por lo que a viva voz se identifica como Policía, manifestándoles de forma clara que se detuvieran y arrojaran sus armas y depusieran su actitud.

Sin embargo haciendo caso omiso a las disposiciones que en forma reiterada les indica, los infractores de la ley incrementan su nivel de agresión letal, por esta

razón el efectivo policial desenfunda su arma de fuego y nuevamente les manifiesta que se detuvieran y arrojaran sus armas, no sin antes advertirles que estaba armado y que podía hacer uso del arma de dotación, haciendo caso omiso de las claras advertencias, uno de ellos procede a decirle “quítate paco chucha tu madre que si no te quitas te mato concha de tu madre”.

El señor Cbos. Luis Darwin Elizalde Jaramillo, continua verbalizando manteniendo el cono de seguridad personal indicándoles nuevamente que arrojen las armas, no dando muestras de colaboración, uno de los presuntos infractores de la ley levanta su mano derecha empuñando un arma blanca de forma violenta e ilegítima con dirección a la humanidad del servidor policial, al ver que el ataque era real, actual y eminente, luego de haber agotado todas las instancias pacíficas de mediación y verbalización dándose cuenta que estaba en peligro su vida hace uso de su arma de fuego entregada en dotación.

Procediendo a realizar dos detonaciones en primera instancia una detonación al ver que no cesaba la agresión letal realiza otra detonación logrando neutralizar la acción de la agresión letal del infractor de la ley dándolo de baja, seguidamente uno de los sujetos que portaba un cuchillo recoge del piso el arma del infractor que fue neutralizado para posterior arrojarlas al mar.

Acto seguido el señor Sgos. Calero Tituaña Richard Oswaldo procede a la neutralización de los dos sujetos restantes quienes respondían a los nombres de Vera Matamoros Pablo Antonio y Marcillo Napa Digno Alexander, haciéndoles un registro corporal encontrándoles en su poder dos bolsos medianos con las pertenencias de los

victimias del robo, procediendo a reportar la novedad al Centro de Atención Ciudadana.

Se pidió había pedido la asistencia de la ambulancia para que preste los primeros auxilios al herido, sin embargo solo se comprueba su deceso, al lugar de los hechos había arribado el Cbop. Edgar Singo, perteneciente a la unidad de Criminalística a quien le entrega el arma de dotación bajo los protocolos de cadena de custodia para las investigaciones pertinentes.

Se puede apreciar el desarrollo cronológico de los eventos descritos anteriormente del cual se desprenden varios delitos y hechos, los mismos que entran en contradicción normativa según lo establecido, por un lado, se deduce el cometimiento de un robo utilizando armas blancas y en pandilla, siendo éste un agravante de aquella acción reprochable.

Seguido de ello se nota la efectividad de la Policía Nacional que actúa de forma oportuna protegiendo los bienes de las víctimas; de aquello se desprende un nuevo delito como es la tentativa contra la vida de un miembro policial que actúa enmarcado en el orden legal y que, respetando el uso racional y progresivo de la fuerza, se ve forzado a utilizar un medio letal de defensa, siendo esta el arma de fuego proporcionada en dotación por el Estado al miembro de la institución policial.

Resultado de este procedimiento se da la muerte de un infractor de la ley, que atentó contra el bien jurídico máspreciado que tiene el ser humano como es la vida, creando así un conflicto penal que tendrá que ser dilucidado por los organismos que

ejercen justicia, no sin antes aclarar que éste poder radica en el pueblo a través de sus funcionarios judiciales que tienen el deber legal y prioritario de buscar la verdad, siendo este precepto superior a la búsqueda de justicia.

Por ende, la actuación de los administradores de justicia debe ser en favor de la aplicación de principios como el de objetividad ya que éste permite que el ejercicio de las funciones de la Fiscalía General de Estado sea convincente y con probidad; garantizando siempre la observancia de cargos y descargos en el procesado. Es decir, tutelando la imparcialidad del hecho y siguiendo la normativa establecida tanto en la Carta Magna como sus derivados.

3.2. Instrucción

El 23 de julio de 2017, se realiza la audiencia de calificación de flagrancia en el cantón Portoviejo la que preside la Abg. Ana Posligua Ronquillo, Jueza de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Sucre.

Por motivo de salvaguardar la integridad física de los sujetos procesales, así como las instalaciones del complejo judicial de Sucre, y una vez de escuchar a los sujetos procesales, en especial a lo manifestado por la Abg. Angélica Viviana Beltrán Vallejo señora Fiscal quien como titular de la acción penal pública de conformidad a lo determinado en el art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador.

Se resolvió dar inicio a la Instrucción Fiscal en contra del ciudadano Luis Darwin Elizalde Jaramillo, por el delito de homicidio tipificado en el art. 144 del

Código Orgánico Integral Penal, como autor directo, razón por la cual el Juzgador acoge el inicio de la Instrucción Fiscal.

El tema central de la presente investigación es la falta de objetividad del Fiscal General del Estado al momento de iniciar la acusación, en razón de que uno de sus principios procesales es precisamente la objetividad ya que es su deber legal analizar y evaluar los hechos y circunstancias de una conducta típica que agraven una culpabilidad así como también los hechos que excluyan de una responsabilidad penalmente punible; es decir, que cuya acción puede estar protegida con el manto de la justificación de la antijuridicidad tales como la legítima defensa y el estado de necesidad.

Sin embargo, se puede observar claramente que la fiscal no considera este principio que se encuentra tipificado en el Art. 5 numeral 21 del Código Orgánico Integral Penal, es más, para agravar la situación inicia la instrucción fiscal sustentado en el Art. 144 ibídem como autor directo de un delito de homicidio sin observar que el miembro policial estaba cumpliendo una misión legal amparada en la Constitución de la República.

Así mismo, según lo tipificado en la ley, el fiscal deberá actuar con criterio objetivo al momento de investigar los hechos y circunstancias de un acto aparentemente punible, tomando en consideración también los distintos elementos de convicción de cargo y también los que permitan eximir, atenuar o que extingan la responsabilidad penal del procesado.

Por tanto, le conceden a la Fiscalía el plazo de 30 días para que dé por terminada la Instrucción Fiscal, en la que debe actuar con absoluta objetividad, valorando los elementos de convicción de cargo como los de descargo, con respeto a la medida cautelar de carácter personal solicitada por la Fiscalía en contra del ciudadano Luis Darwin Elizalde Jaramillo.

Medidas cautelares que se encuentran determinadas en el Art. 522 numerales 1 y 2 del Código Orgánico Integral Penal, con ello se dicta medidas de carácter personal, es decir la prohibición de salida del país y la presentación periódica ante la Unidad Judicial Penal de Sucre.

El 18 de agosto de 2017, el señor Fiscal Ab. Fabián Mendoza Macías, en calidad de Fiscal Cantonal de San Vicente, solicita la reformulación de cargos, la que se encuentra prevista en el Art. 596 del Código Orgánico Integral Penal indicando que:

“...por cuanto de la revisión del proceso investigativo se desprenden resultados que hacen variar justificadamente la calificación jurídica de la imputación hecha en la formulación de cargos, en contra del procesado Elizalde Jaramillo Luis Darwin, a quien la Fiscalía le imputará el delito de extralimitación en la ejecución de un acto de servicio, tipificado en el artículo 293 inciso 2 del Código Orgánico Integral Penal”.

El señor Fiscal Ab. Fabián Mendoza Macías al darse cuenta del error en cuanto al tipo penal imputado al señor Elizalde Jaramillo Luis Darwin procede a solicitar al señor Juez de Garantías Penales se realice la reformulación de cargos argumentando que en el desarrollo de la investigación ha variado justificadamente el tipo penal, por

lo que se le imputará el delito de extralimitación en la ejecución de un acto de servicio; nuevamente no prevé la objetividad fiscal ya que solo se concentra en los aspectos de cargo, más nunca en los de descargo.

El 21 de agosto de 2017, se realiza la audiencia de reformulación de cargos donde la juzgadora una vez analizado los argumentos presentados por la Fiscalía, acoge la reformulación de cargos en contra del procesado Elizalde Jaramillo Luis Darwin por el delito tipificado en el art. 293 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de autor directo según lo señala el art. 42 numeral 1, por lo que se amplía el plazo por 30 días más en donde la Fiscalía tiene que dar por terminada la Instrucción Fiscal, mantenido las medidas cautelares el procesado.

El 21 de agosto de 2017, a las 17:30, en la cámara de Gesell, se recepto el testimonio anticipado del adolescente de iniciales M.N.D.F, con cedula de ciudadanía No. 080479902-1, que el 22 de julio de 2017, en la que indica claramente que el conjuntamente con dos amigos se iban a la playa de Bahía, en momentos que estaban caminando sobre el puente los Caras a la altura media aproximadamente uno de sus amigos de forma repentina había sacado un cuchillo para seguidamente proceder agarra del cuello a una señora.

Razón por la cual se había quedado confundido sin saber qué hacer ante el acto delictivo que estaban cometiendo sus amigos, el menor de edad que fallece en este acto había cogió dos bolsos que llevaba la señora y \$100.00 (cien dólares 00/100) que el esposo de la señora le había dado para que no lastimara a su conyugue.

El esposo de la señora al ver que se aproximaba un patrullero había comenzado a gritar pidiendo ayuda a los señores policías gritando a viva voz auxilio nos están robando, razón por la cual habían salido en precipitada carrera uno de ellos le lanza uno de los bolsos y continúan corriendo, confiados que nos íbamos a escapar.

En momentos que habían corrido algunos metros escuchan a uno de los policías que en reiteradas ocasiones les solicita que se detuvieran, y que arrojaran las armas sin embargo hacen caso omiso de la petición del encargado de hacer cumplir la ley, para agravar la situación uno de sus amigos con cuchillo en mano se lanza contra la humanidad del policía para poder escapar es en esos momentos que al estar en peligro inminente la vida del agente del orden hace dos disparos, lo que como consecuencia causo la muerte del infractor de la ley.

Al escuchar los disparos se había quedado paralizado observando su cuerpo con la finalidad de ver alguna herida en ese momento había visto a su amigo caer al piso esto hizo que dejaran de correr, seguidamente la policía neutraliza al mayor de todos y lo único que recuerda es que estaba amenazando e insultando al policía que disparo.

En el desarrollo de la instrucción fiscal se hacen más evidente las causas de justificación ya que por las versiones, pericias, documentos recabados por la Fiscalía se afianza mucho más la exclusión de culpabilidad del procesado.

Sin embargo, contra todo pronóstico proceden a iniciar la acusación fiscal sin tener bases suficientes para sustanciar el proceso judicial, inobservando de igual

manera el principio de economía procesal, el mismo que se consagra en el Art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador.

Mismo que emite acerca del sistema procesal que es un medio para garantizar la imparcialidad, considerando además ciertos principios rectores para el cumplimiento de la justicia; Por tanto, prevé que se deben hacer valer todas las garantías del debido proceso.

3.3. Evaluación y preparatoria de juicio

El 27 de noviembre de 2017, se realizó la audiencia preparatoria de juicio en el que una vez de escuchar a las partes intervinientes en la audiencia, en especial a lo manifestado por la Fiscalía General del Estado quien ha resuelto emitir un dictamen fiscal acusatorio en contra del ciudadano Elizalde Jaramillo Luis Darwin, de cédula de ciudadanía No. 070515849-1.

Dicho dictamen se da por el delito determinado en el art. 293, inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de autor directo, así mismo la defensa de la acusación particular expresó acoge lo manifestado por la Fiscalía.

Por su parte la defensa del procesado, manifiesta que la Fiscalía no ha probado que su defendido se haya extralimitado en sus funciones como miembro policial y que se dicte auto de sobreseimiento a favor de su defendido, una vez de analizados los elementos de convicción con lo que la Fiscalía General del Estado fundamenta su

acusación fiscal, la juzgadora acoge el dictamen fiscal acusatorio, de conformidad a lo determinado en el Art. 608 del Código Orgánico Integral Penal.

Como ya se manifestó en líneas anteriores, la doctrina del maestro Zaffaroni dice que los bienes jurídicos son creados por la Constitución, el Derecho Internacional y las demás legislación; el derecho penal protege tales bienes, que en la mayoría de los casos son irrenunciables, especialmente la vida. Para esto, en base a la política criminal el Estado es el responsable de crear normas que protejan estos bienes aplicando coerción ante la inobservancia de tales normas.

Se dictó auto de llamamiento a juicio, en contra del ciudadano Elizalde Jaramillo Luis Darwin, por el delito determinado en el art. 293 inciso segundo del referido órgano legal se dispone la prohibición de enajenar bienes, oficiando al registrador de la propiedad del cantón las Lajas de la provincia del Oro, sin embargo se ratifica la medida cautelar.

El Juez de Garantías Penales en el ejercicio de sus funciones primordialmente es garantista de derechos, por lo que debe precautelar la libertad como un bien jurídico muypreciado para la sociedad, respetando las normas constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En el presente caso no se observó que la conducta típica del imputado se encuadraba en causas de justificación de la antijuridicidad por lo que era su deber dictar auto de sobreseimiento, mismo que se encuentra enmarcado en el Art. 605 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal.

De igual manera como principios generales del derecho, el Art. 28 inciso 3 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009)²⁶ menciona: “Así como la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia” (pág. 25).

3.4. Etapa de Juicio

Con fecha 16 de mayo de 2018, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el Cantón Sucre; en virtud de que, la señora Ab. Posligua Ronquillo Ana Ofelia, Jueza de la Unidad Judicial Multicompetente Penal del Cantón Sucre, una vez concluida la Audiencia de Evaluación y Preparatoria de Juicio, desarrollada el día 27 de noviembre del 2017, dictó AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO, en contra del señor procesado: ELIZALDE JARAMILLO LUIS DARWIN, en calidad de presunto AUTOR DIRECTO del delito extralimitación en la ejecución de un acto de servicio con base a lo referido en el artículo 293 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal.

Por tanto, se integra el Tribunal de Garantías Penales por los señores Jueces, Ab. Mendoza Córdova Ginger Jackeline, (Ponente), Ab. Macías Fernández Walter Samno y Kuffó Figueroa María Alexandra; se solicitó entonces conocimiento del proceso y fundamentando en los principios de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción en la acción probatoria, estando convocadas las partes procesales con el

²⁶ Asamblea Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones

objetivo de realizar la audiencia de juicio para resolver la situación jurídica del ya referido imputado.

3.4.1. Actividad probatoria

Dentro del caso en análisis la Fiscalía muestra declaraciones con el objetivo de constituir la exactitud o inexactitud del caso. Por ello, en las pruebas presentadas, la fiscal cantonal de San Vicente, abogada Angélica Viviana Beltrán Vallejo muestra pruebas de tipo testimoniales; además de pruebas periciales y pruebas documentales.

A Continuación, se detallan las distintas pruebas que presentaron ambas partes en la actividad probatoria:

Pruebas testimoniales de la Fiscalía:

Como aluden los distintos tratadistas ya mencionados en líneas anteriores, las pruebas testimoniales son un derecho que poseen los individuos para presentar y probar con declaraciones propias, ante una autoridad judicial, evidencias a favor del esclarecimiento del proceso en cuestión.

La fiscal cantonal de San Vicente, abogada Angélica Viviana Beltrán Vallejo pide pruebas de tipo testimoniales en la presente Acusación Fiscal:

- Sbte. Briceño Garófalo Geovanny Paúl: Oficial directivo del Unidad de Policía Comunitaria (UPC) – Bahía de Caráquez.

- Calero Tituaña Richard Oswaldo: Jefe de Patrulla de la unidad móvil Bahía, testigo presencial del hecho.
- Zambrano Hidalgo Juan Carlos: PPL que sería trasladado a realizar una declaración, testigo presencial del hecho.
- Taípe Lascano Narcisa del Jesús: Víctima de robo agravado, testigo presencial del hecho.
- Púas Quinde José Armando: Aspirante a policía, testigo presencial del hecho.
- PPL Vera Matamoro Pablo Antonio: asaltante, testigo presencial del hecho.
- Ordoñez Quito Brayan Armando: Aspirante a policía, testigo presencial del hecho.

Como parte de ellas se presenta una de la pruebas principales del hecho; el testimonio anticipado del testigo del fiscal: el joven M.N.D.F. (2018)²⁷ quién dice lo siguiente:

Bueno pues, voy a relatar las cosas como fueron. Nunca pensé que iban a hacer esas cosas, tampoco sabía porque cuando él dijo “aquí están las pintas” yo no sabía a qué se refería; yo no supe que hacer, yo no supe si salir corriendo, sentarme, no sabía qué hacer. Y por eso me dio nervios, ellos salieron corriendo primero, yo también salí corriendo más atrás. Yo vi pasando un patrullero, vino el señor, llamó al patrullero, bajó un oficial, siguió por la parte

²⁷ testimonio anticipado del testigo M.N.D.A. (2018). Pág. 282.

trasera a nosotros; el otro oficial vino, cogió, aceleró el carro y se nos atravesó más adelante, en frente a nosotros y de ahí como el mayor, que se encuentra aquí presente, llevaba en cuchillo en las manos, él se abalanzó al policía para que lo dejara pasar y ahí fue cuando el policía hizo dos disparos y los dos le dieron al menor. (Pág. 282)

La presente prueba testimonial practicada por la Fiscalía le resulta contradictoria ya que en su contexto se acepta la violación de bienes jurídicos protegidos por el Estado ecuatoriano: la vida como principal bien jurídico y la propiedad de forma secundaria, sin que ésta deje de ser importante, dejando en claro que el agente policial actúa apegado a derecho cumpliendo con lo establecido en el Art. 33 del Código Orgánico Integral Penal con base en la legítima defensa.

Otra prueba presentada por la Fiscalía es la de la señora Taipe Lascano Narcisa del Jesús: Víctima de robo agravado y testigo presencial del hecho. Misma que en sus declaraciones manifiesta que en el día del hecho estaban de vacaciones en la ciudad de Bahía de Caráquez, se encontraban en el puente “Los Caras” tomándose fotos, luego un muchacho la agarró por atrás amenazándola con un arma blanca, apretándole por ende el cuello y exigiendo que le dieran las pertenencias y el dinero.

En esos momentos, ella menciona que, aparece un patrullero; el marido salta la baranda y pide auxilio, inmediatamente los policías toman procedimiento y el patrullero adelanta la marcha para darles alcance ya que emprendieron la huida; los policías pedían que paren la marcha. Sin embargo, los muchachos hacían caso omiso, a lo que la señora dice haber escuchado un ruido y observó que uno de ellos estaba sangrando.

La testigo menciona que el policía actuó en defensa propia ya que el ahora occiso lo atacó con un cuchillo, mismo con el que amenazó a la señora. Ella destaca que los chicos lanzaron el arma blanca al mar.

Dicho testimonio ratifica nuevamente la causa de justificación de la antijuridicidad lo que es contradictorio para la finalidad de la Fiscalía, en mencionado testimonio se evidencia que los infractores de la ley atentaron contra los bienes jurídicos tutelados por el estado: la vida y la propiedad. Además, manifiesta que el policía no tuvo otra opción que utilizar su arma letal de dotación en vista de que había agotado todos los recursos disuasivos para evitar un daño mayor.

Pruebas periciales de la Fiscalía:

Como manifiestan los distintos juristas ya analizados anteriormente, las pruebas periciales son aquellas que realiza un especialista en un caso criminal a fin de aclarar ante el juez situaciones presentadas en el lugar de los hechos. Por tanto, los peritos muestran información objetiva de su investigación.

En el presente análisis de caso, se muestra el testimonio de los peritos:

- Perito Cbop. De policía Edgar Singo Alarcón: Quien realizó el informe de inspección ocular técnica.
- Perito Cbop. De policía Geovanny Ibarra Guillen: Quién cumplió con la reconstrucción del lugar de los hechos.

- Perito Cbop. De policía Ab. Xavier Chango Llerena: Realizó la pericia balística.
- Dr. Laura Johanna Villavicencio Cedeño: Hizo el informe pericial de autopsia.
- Lcda. María Sosa: Perito encarga de la pericia de informe barrido electrónico

Pruebas documentales de la Fiscalía:

La Fiscalía basa su acusación fiscal en la siguiente prueba documental:

- Parte policial: acta de resumen, fotografías, pericias, información de asuntos internos, documentos informativos proporcionados por el organismo policial.

Por otro lado, dentro del caso en análisis la defensa muestra declaraciones con el objetivo de constituir la exactitud o inexactitud del caso. Por ello, en las pruebas presentadas, el Ab. Marcelo Ponce muestra pruebas de tipo testimoniales; además de pruebas periciales y pruebas documentales.

Pruebas testimoniales de la defensa:

Como parte de ellas se presenta una de las pruebas principales del hecho; el testimonio anticipado del testigo del fiscal que sirve como evidencia para la defensa: el joven M.N.D.F. (2018)²⁸ quién dice lo siguiente:

Bueno pues, voy a relatar las cosas como fueron. Nunca pensé que iban a hacer esas cosas, tampoco sabía porque cuando él dijo “aquí están las pintas” yo no sabía a qué se refería; yo no supe que hacer, yo no supe si salir corriendo, sentarme, no sabía qué hacer. Y por eso me dio nervios, ellos salieron corriendo primero, yo también salí corriendo más atrás. Yo vi pasando un patrullero, vino el señor, llamó al patrullero, bajó un oficial, siguió por la parte trasera a nosotros; el otro oficial vino, cogió, aceleró el carro y se nos atravesó más adelante, en frente a nosotros y de ahí como el mayor, que se encuentra aquí presente, llevaba en cuchillo en las manos, él se abalanzó al policía para que lo dejara pasar y ahí fue cuando el policía hizo dos disparos y los dos le dieron al menor. (Pág. 282)

Dicho ello, se puede expresar que su testimonio prueba el accionar del policía mismo que realiza en su legítima defensa. En primer lugar, el testigo acepta que se estaba violando un bien jurídico tutelado por el Estado, en este caso haciendo referencia a bienes materiales. Seguidamente, acepta de forma sucinta que uno de los asaltantes quiso acabar con la existencia del miembro policial utilizando un arma blanca y violentando el derecho a la vida.

Siendo esta una causa de exclusión de la antijuridicidad ya que si bien es cierto, la conducta del agente policial es típica. Sin embargo, lo realiza para salvaguardar su vida. Es decir, en legítima defensa ya que estaba defendiendo un derecho ajeno y el propio mismo, claramente se puede identificar que existió una agresión actual e ilegítima; el medio utilizado fue racional y para corroborando a ello no existió por parte de quien actuó en defensa de estos derechos garantizados por el Estado.

²⁸ testimonio anticipado del testigo M.N.D.A. (2018). Pág. 182.

Así mismo, la defensa presenta el testimonio de Calero Tituaña Richard Oswaldo: Jefe de Patrulla de la unidad móvil Bahía y testigo presencial del hecho, quien manifiesta que el sábado 22 de julio a las 10 horas 30 aproximadamente se encontraban trasladando al PPL Carlos Zambrano; sin embargo, a la altura media del puente “Los Caras” se percataron que se estaba desarrollando un robo por lo que pararon la marcha del vehículo, luego él bajó a brindar ayuda a las víctimas y emprendieron la persecución a los victimarios, gritándoles que depongan su actitud sin obtener atención alguna. Entonces, otro compañero en el vehículo patrullero les adelanta la marcha a los infractores.

Calero menciona que su compañero Elizalde salta la barra y empieza a verbalizar para que depongan la actitud sin que ellos acataran tales órdenes. Enfatiza además que él observó cuando uno de ellos se abalanzó contra la humanidad del otro policía, hoy imputado, en ese entonces se escuchó la detonación y uno de los chicos cayó en decúbito ventral. El otro muchacho se inclina, toma dos cuchillos y los lanza al mar.

Analizando aquello se puede decir que, la defensa con el presente testimonio prueba el procesado Cbos. Elizalde Jaramillo Luis Darwin actuó en legítima defensa y por tanto apegado a derecho ya que, en primera instancia está protegiendo dos bienes jurídicos tutelados por el Estado, mismo que son la vida y la propiedad.

Justificando su actuación de la siguiente forma: en primer lugar, se encontraba cumpliendo con un deber legal según lo referido en el Art. 30 inciso 2 del Código

Orgánico Integral Penal que es el del servir y proteger, de igual forma agotó todos los medios no letales para evitar dar de baja al presunto infractor.

Se debe señalar que, además, utilizó el arma proporcionada por el Estado para el cumplimiento de su misión; encuadrando esta acción en el precepto de la legítima defensa, siendo esta una causa de justificación de la antijuridicidad.

Pruebas periciales de la defensa:

Es importante destacar que, las pruebas periciales son las mismas para ambas partes. Sin embargo, a favor de la defensa pretenden ser analizadas a continuación a fin de establecer un punto de vista:

Informe de inspección ocular técnica, Perito Cbop. De policía Edgar Singo Alarcón: Ésta pericia es de gran importancia probatoria para el presente caso, en la que se hace una explotación de la escena del crimen tomando como principio fundamental que los indicios son testigos mudos de una escena.

De igual forma, se hace referencia al principio de mismidad que refiere el espíritu de tal experticia en el que se hace notar que fueron levantadas dos vainas servidas en un radio no mayor de tres metros en relación a la ubicación del cadáver.

Así mismo, en la inspección del cuerpo, en la región genital debajo del interior tipo bóxer color rojo se localizaron cuatro soportes de papel con impresiones de denominaciones de 20 dólares americanos, de la misma manera en el área torácica se

pudo fijar un orificio de entrada similares a los producidos por paso de proyectil de arma de fuego y un orificio de salida en la parte de la espalda.

En poder del occiso se encontró también un celular, documentos de identificación de las víctimas del robo y una cámara fotográfica; evidencias que fueron fijadas, embaladas, etiquetadas e ingresadas a la cadena de custodia.

En base a los indicios que fueron procesados por el perito de inspección ocular técnica, los que guardan estrecha relación con lo manifestado por los testigos de ambas partes, se puede establecer que se consumó el delito de robo agravado por parte del hoy occiso ya que en su cuerpo se le encontró las evidencias producto de tal delito.

De igual forma, en la inspección ocular técnica del cadáver se da a notar que existió un disparo que impactó la humanidad del referido infractor de la ley; siendo esta pericia de gran valor probatorio que desvirtúa la responsabilidad penal del imputado Cbos. Elizalde Jaramillo Luis Darwin.

Por otra parte, se realiza un análisis a partir de la reconstrucción del lugar de los hechos, realizada por el Perito Cbop. De policía Geovanny Ibarra Guillen: en cuya pericia se establece que por manifestación de los aspirantes a Policía Nacional, mismos que presenciaron los hechos, y con la manifestación de las víctimas: Señor Jorge Polivio Cevallos Arias y señora Narcisa de Jesús Taipe Lascano por los agentes policiales Sgos. Calero Tituaña Richar y el Policía Nacional Elizalde Jaramillo Luis Darwin guardan relación cronológica de los hechos.

En resumen, en los hechos se justifica la actuación del miembro policial imputado en este delito ya que este informe de reconstrucción de los hechos estuvo basado en aspectos relevantes y concatenados directamente con los hechos suscitados a partir de los relatos de las personas intervinientes. Los que fueron proporcionados, en forma libre y voluntaria, en presencia de sus abogados patrocinadores y del señor agente fiscal.

De igual modo, es importante resaltar que el perito Cbop. De policía Ab. Xavier Chango Llerena fue quien realizó la pericia balística del hecho; en el que determinó el orificio de entrada en el cuerpo del occiso, presenta una forma circular con la presencia de anillo de contusión y cerco de limpieza, sin observar presencia de tatuajes o incrustaciones de residuos de pólvora.

Dicho ello, son características propias de una herida causada por un impacto de proyectil a larga distancia; tomándose en consideración que estos impactos son estimados sobre los 30 centímetros en armas de fuego cortas y sobre los 150 centímetros en armas de fuego largas.

Tomando como referencia el principio de intercambio en mencionada prueba, el perito concluye muy acertadamente que la herida presentada tenía las características propias de un disparo a larga distancia. De igual forma, no se encuentran residuos de pólvora o tatuajes de ahumamiento lo que desvirtúa la posibilidad de una ejecución extrajudicial, que en su gran mayoría tiene esta característica peculiar.

Así mismo, determina que la distancia mínima en la que se realizó la detonación fue de 70 cm lo que evidencia claramente que la agresión letal era inminente y que el infractor de la ley se encontraba violando el cono de seguridad del miembro policial.

Pruebas documentales de la defensa:

- Informe pericial de inspección ocular técnica.
- Informe pericial de reconstrucción de los hechos.
- Informe pericial balístico e informe pericial balístico de trayectoria.

Entonces, por las pruebas testimoniales, periciales y documentales presentadas, tanto por la Fiscalía como por la defensa técnica del procesado, no deja tela de dudas que existieron causas de justificación de la antijuridicidad en torno a la actuación del Cbos. Elizalde Jaramillo Luis Darwin en el procedimiento policial que es causa de la presente investigación.

Por ende, queda claro que el procesado actuó en base a derecho, respetando en todo momento las normas de procedimiento establecidas y protegiendo los bienes jurídicos ya señalados anteriormente, razón por la cual el tribunal sentencia a favor de él quedando excluido de todo delito.

Los juzgadores una vez practicada la prueba, conforme a lo dispuesto en el artículo 619 *Ibíd.*, en el momento del alegato de cierre el fiscal manifiesta principalmente que dentro del caso expuesto se ha logrado probar hasta la saciedad la materialidad de la infracción, ello en base a las pruebas testimoniales y periciales practicadas.

De igual manera indica que, si bien es cierto se probó la materialidad del hecho, misma que ha dejado duda con respecto a la responsabilidad ya que la Fiscalía General del Estado, con sus diligencias, no ha podido probar la relación o el nexo causal entre los elementos de materialidad y la responsabilidad. De igual modo, con los testimonios de los testigos se comprueba la existencia de un arma blanca, que fue usada por el infractor de la ley, y de un arma de fuego, que fue disparada por el miembro policial, dentro de los parámetros establecidos por la norma.

Se establece entonces que el occiso invadió el cono de seguridad del policía procesado con el resultado de la muerte del mismo, por lo que se justifica la legítima defensa como causa de justificación de la antijuridicidad.

Por tanto, la Fiscalía al no encontrar indicios de responsabilidad en el presente caso establece ella misma que existió una exclusión de la antijuridicidad y en base al principio de objetividad retira la acusación dada al ciudadano Elizalde Jaramillo Luis Darwin con cédula de ciudadanía No. 070515849-1. Por consiguiente, se ratifica su estado de inocencia.

4. CONCLUSIÓN

Luego de haber dado análisis al Caso Penal No. 13253-2017-00232 con tema: Falta de objetividad fiscal en causas de justificación en la antijuricidad, se puede decir entonces que el fiscal debe ser imparcial a la hora de formular cargos en contra de los procesados ya que entre sus competencias tiene que hacer valer principios como el de objetividad; atributos que le permite hacer uso de las normas constitucionales con ponderación, probidad y prudencia al momento de ejercer sus funciones.

Por ende, el fiscal como titular de toda acción penal debe ser un individuo que actúe apegado a derecho y cumpliendo en todo momento con el compromiso de actuar en defensa del interés público. Puesto que, su accionar se realiza en base a la objetividad a fin de analizar los elementos, tanto de cargo como de descargo, en su investigación para que el proceso se realice de manera diligente y siguiendo los estándares legales tipificados en la normativa.

Entonces, en el caso expuesto, cuando se da la etapa de Instrucción Fiscal existe falta de objetividad de parte de la Fiscalía ya que inicia la acusación sin evaluar los hechos de manera integral, por lo que dicta que se trata de un delito de homicidio con base en el Art. 144 del COIP. Sin embargo, la autoridad no observa sigilosamente otros aspectos dentro del proceso, tales como que el imputado se encontraba cumpliendo el deber de tutelar los bienes jurídicos; por lo que se considera que dicho ente no actúa acorde al principio de objetividad; pues asunta a los elementos de cargo, pero no a los de descargo para su dictamen. De ello aconteció más adelante la reformulación de cargos a fin de justificar la falta de objetividad de la Fiscalía.

Por otra parte, es importante resalta que la antijuricidad dentro de los actos penales se entiende como toda acción que no se encuentra apegada a derecho, es decir, es contraria a las leyes siempre y cuando tenga una causa de justificación como la legítima defensa o el estado de necesidad, y por ende sirve para establecer que un proceso se realice o no acorde a la normativa.

Por tanto, es menester indicar que en el caso planteado se presentaron causas que justifican la antijuricidad. Pues, en la actividad probatoria los testimonios anticipados de los testigos presenciales del hecho aclaran que el proceder del imputado fue en legítima defensa, por lo que se sustenta aún más la exclusión de culpabilidad de Luis Darwin Elizalde Jaramillo por delito de extralimitación en la ejecución de un acto de servicio ya que no existían suficientes recursos para dar lugar al procedimiento judicial.

De hecho, el testimonio anticipado de los distintos testigos también prueba que el ahora occiso quiso violentar el derecho a la vida del procesado utilizando un arma blanca, por lo cual éste decide actuar en legítima defensa con el fin de proteger su existencia y la propiedad. Esto se considera entonces una causa de exclusión de la antijuricidad tomando en cuenta que el proceder del policía inculcado se enmarca dentro de una conducta típica, pero en pro de su vida, justifica su conducta.

Ahora bien, resulta contradictorio e ilógico que habiendo suficientes pruebas para demostrar casusas de exclusión de la antijuricidad se declare sentencia a un caso, primero por delito de homicidio y en segundo lugar por extralimitación en la

ejecución de un acto de servicio, conociendo que el actuar del procesado en todo momento fue apegado a derecho, así como cumpliendo con un deber legal, protegiendo la propiedad de la sociedad y la vida del encargado de hacer cumplir la ley, respetando los procedimientos y protocolos establecidos en la norma para el cumplimiento de su deber.

Más aún, vulnerando el principio de economía procesal la Fiscalía General del Estado, luego de un largo proceso judicial, donde el estado ha invertido recursos económicos y tiempo de los servidores judiciales, decide tomar en consideración las circunstancias que justificaron el accionar del imputado, así como también decide proceder de forma objetiva retirar los cargos. Por lo que resuelve en el cierre de alegatos se ratifique el estado de inocencia del Cbos. Elizalde Jaramillo Luis Darwin considerando ahora sí la legítima defensa como casusa de exclusión de la antijuridicidad.

Sin embargo, el caso expuesto ya marcó un antecedente en el accionar de la Fiscalía General del Estado no actuó de forma objetiva omitiendo los elementos de convicción descargo en las distintas etapas del procedimiento penal; por lo que su actuación se enmarca como inexactitud al ejercer sus funciones en base al principio de objetividad.

De igual manera el Juez de Garantías Penales en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio debió considerar la existencia de causas de justificación de la antijuridicidad, así como observar que la acusación fiscal no contaba con los suficientes elementos de convicción que le hagan presumir de forma grave la

existencia de la infracción y la responsabilidad del imputado por lo que era su deber legal sobreseer al Cbos. Elizalde Jaramillo Luis Darwin.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional . (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Beling, E. v. (1905). *Antijuricidad*.
- Bertucci, D. A. (2011). La Participación de la víctima en la persecución penal oficial. Análisis a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho*. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041326003>
- Gutierrez, L. (2016). *El Sistema Penal Acusatorio en el Estado de Mexico*. Mexico: Ujat.mx.
- Hava, E. (22 de octubre de 2012). *Derecho Penal*. Obtenido de Concepto de antijuricidad formal y material: <https://www.infoderechopenal.es/2012/10/concepto-de-antijuricidad-formal-material.html>
- Maldonado, A. (2015). *Vulneración al principio de objetividad por parte del fiscal*. Machala: Universidad Técnica De Machala.
- Mezger. (1910). *Tratado de Derecho Penal*.

- Ramos, E. (2015). *La teoría del delito desde Von Liszt y Beling a hoy*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Buenos Aires.
- Roxin. (1972). *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Barcelona.
- Vallejo, J. (2011). *Estado del arte de la investigación en Derecho Penal*. Chile: Universidad Católica del Norte.
- Vega, M. R. (2013). Sistema Acusatorio de Justicia Penal y principio de obligatoriedad de la acción penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000100020.
- Zaffaroni, E. (1991). *Manual de Derecho Penal*. México: Cárdenas.