



UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO

CARRERA DE DERECHO

ARTÍCULO CIENTÍFICO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

TÍTULO:

**ANÁLISIS DE LA IGUALDAD DE ARMAS EN EL DELITO DE DELINCUENCIA
ORGANIZADA DENTRO DEL ECUADOR**

AUTORES:

JOHNN ANTHONY MENDOZA ESPINOZA

HUGO ABRAHAN SANTANA ALAY

TUTOR

HENRY STALIN VILLACIS LONDOÑO

Portoviejo, Manabí, Ecuador

OCTUBRE 2022- MARZO 2023

CESIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Johnn Anthony Mendoza Espinoza y Hugo Abraham Santana Alay, declaramos ser los autores del presente trabajo investigativo, cuyo contenido es autentico y original que no infringe derechos de propiedad intelectual de terceros. En ese sentido, asumimos la responsabilidad correspondiente ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión de la información obtenida en el proceso de investigación.

De manera expresa cedemos los derechos de propiedad intelectual del artículo científico “*Análisis de la igualdad de armas en el delito de delincuencia organizada dentro del Ecuador*”, a la Universidad San Gregorio de Portoviejo, para que publique el texto impreso y electrónico por ser la Institución de Educación Superior que nos acogió en todo el proceso de desarrollo del mismo.

Portoviejo, 06 de abril 2023



Johnn Anthony Mendoza Espinoza

C.C 1312544107



Hugo Abraham Santana Alay

C.C 1313488239

Análisis de la igualdad de armas en el delito de delincuencia organizada dentro del Ecuador

Analysis of equality of arms in the crime of organized crime in Ecuador

Autores

Johnn Anthony Mendoza Espinoza. <https://orcid.org/0000-0003-4006-7931>
Universidad San Gregorio de Portoviejo
abogado.mendozaespinoza@gmail.com

Hugo Abraham Santana Alay <https://orcid.org/0000-0002-3946-9012>
Universidad San Gregorio de Portoviejo
e.hasantana@sangregorio.edu.ec

Tutor

Ab. Henry Villacis Londoño Mgs. <https://orcid.org/0000-0003-0823-2503>
Universidad San Gregorio de Portoviejo
hsvillacis@sangregorio.edu.ec

Resumen

El principio de igualdad de armas no ha sido objeto de estudio profundo dentro de la doctrina y jurisprudencia ecuatoriana, por no ser contemplada de manera explícita en el texto normativo. Sin embargo, su aplicación es de suma importancia para el ejercicio de los demás principios, derechos y garantías del debido proceso. Es por esto que, el presente artículo tiene como finalidad analizar el principio de igualdad de armas en el procesamiento del delito de delincuencia organizada dentro del Ecuador y sentar bases teóricas para que este pueda ser abordado de una forma más amplia, para así lograr fortalecer la praxis en el sistema de justicia. La investigación es de tipo cualitativa, basada en la consulta de documentos y bibliografía especializada de normativa y jurisprudencia que se consideró pertinente para el desarrollo de la presente temática, asimismo se procedió a ejecutar una investigación de carácter descriptiva, ya que se abordó de forma puntual un fenómeno que requiere mayor definición. Como conclusión se logró determinar que en el sistema de justicia ecuatoriano existe una evidente vulneración al

principio de igualdad de armas en el procesamiento del delito delincuencia organizada tipificado en el artículo 369 del Código Orgánico Integral Penal.

Palabras Clave: delincuencia organizada; prueba; principio de igualdad de armas; diligencias investigativas.

Abstract

The principle of equality of arms has not been the subject of in-depth study in Ecuadorian doctrine and jurisprudence, since it is not explicitly contemplated in the normative text. However, its application is of utmost importance for the exercise of the other principles, rights and guarantees of due process. For this reason, the purpose of this article is to analyze the principle of equality of arms in the prosecution of the crime of organized crime in Ecuador and to lay the theoretical foundations so that it can be approached in a broader manner, in order to strengthen the praxis in the justice system. The research is qualitative, based on the consultation of documents and specialized bibliography of regulations and jurisprudence that were considered relevant for the development of this topic, and also proceeded to execute a descriptive research, since a phenomenon that requires further definition was addressed in a timely manner. As a conclusion, it was determined that in the Ecuadorian justice system there is a clear violation of the principle of equality of arms in the prosecution of organized crime as defined in Article 369 of the Organic Integral Penal Code.

Keywords: delincuencia organizada; prueba; principio de igualdad de armas; diligencias investigativas.

Introducción

La protección a los derechos humanos en los Estados garantistas exige que el sistema de justicia penal se enfoque en dos elementos esenciales: el objetivo de acabar con la impunidad para llevar a los criminales ante la justicia; y el de garantizar un juicio justo. (Cañas & Muñoz, 2015). Es decir que, los objetivos de los actuales modelos estatales no culminan con el ejercicio del poder punitivo, sino que el ejercicio de aquel poder debe tener manifestaciones justas para ambas partes.

Los actuales modelos de gobierno influenciados por los designios humanistas de los instrumentos internacionales de protección de derechos, han adoptado estas normativas a manera de principios, uno de ellos, como aquel que recoge todos los preceptos de igualdad dentro del proceso. Este principio es fundamental en todo sistema de justicia, y compromete otras garantías procesales al interior de un juicio, como el derecho a las audiencias públicas y el derecho de la defensa de interrogar a los testigos en las mismas condiciones que la parte contraria (Constanza & Jaramillo, 2015).

Sin embargo, a pesar de la plena conciencia desarrollada e institucionalizada acerca del principio de igualdad de armas, su aplicación en la práctica deja bastante que desear. Muchos son los casos en los que la desigualdad procesal en la cual se apodera de los tribunales de justicia del país, precisamente por diversos factores relacionados a intereses personales o políticos, falta de preparación judicial y la propia ambigüedad de la ley. En las etapas investigativas y procesales en el procesamiento del delito de delincuencia organizada, son momentos donde más se evidencia las posibles vulneraciones al principio de igualdad de armas, especialmente en demostrar todos los elementos del tipo penal tipificado en el Código Orgánico Integral Penal.

Por este motivo, es necesario el estudio y difusión de los alcances del principio de igualdad de armas en el Estado ecuatoriano a través de alternativas académicas que sirvan para fortalecer los estándares de la doctrina respecto de este principio. Con este fin: “se promueve el fortalecimiento de principios procesales como la presunción de inocencia, el in dubio pro reo, las prohibiciones de doble incriminación y de autoacusación, entre otros” (Corte Constitucional, sentencia C-396 de 2007). Principios que, aunque son necesarios, no son suficientes para evitar los yerros judiciales que permiten la desigualdad y la vulneración de derechos. Con el presente estudio se pretende fortalecer y aclarar el ámbito de aplicación de los principios, derechos y mecanismos que rodean a la igualdad de armas, en el delito de delincuencia organizada tipificado en el artículo 369 del Código Orgánico Integral Penal.

De esta manera, y con los actuales problemas que se presentan en los casos concretos sometidos a resolución de los jueces, resulta indispensable el estudio del principio de igualdad de armas en el Estado ecuatoriano, al ser de gran relevancia para el proceso y se materializa en el presente trabajo a través de la línea de investigación relacionada a la praxis penal “*Sistemas procesales modernos, litigación, argumentación jurídica y vías alternativas para la solución de conflictos*”.

Por todo lo antes expuesto, la pregunta de investigación a resolver es: ¿Existe vulneración al principio de igualdad de armas dentro del procesamiento del delito de delincuencia organizada? para esto, fue necesario establecer como objetivo general: Analizar la igualdad de armas en el delito de delincuencia organizada en el Ecuador, cuyo cumplimiento se llevará a cabo a través de los objetivos específicos direccionados a: a) realizar un análisis técnico jurídico sobre el delito delincuencia organizada, b) analizar tres casos judiciales sobre el delito de

delincuencia organizada, c) proponer soluciones para que el procesado pueda gozar de igualdad de armas en el delito de delincuencia organizada.

Metodología

El presente artículo es de reflexión, donde la investigación es de tipo cualitativa, basada en la consulta de documentos y bibliografía especializada de normativa y jurisprudencia que se consideró pertinente para el desarrollo de la presente temática, asimismo se procedió a ejecutar una investigación de carácter descriptiva, ya que al investigar de forma puntual un fenómeno, a su vez se pudo extraer vital información que permitió no solamente enriquecer conocimiento, si no a su vez, palpar la realidad jurídica-normativa que tiene nuestro País al ser un Estado Constitucional de Derecho con respecto al principio de igualdad de armas en el delito de delincuencia organizada.

Problema Jurídico

Actualmente se vive en una sociedad donde el crimen organizado se ha apoderado del territorio ecuatoriano, el miedo se empodera de los sentimientos de las personas en vista de que no hay seguridad en las calles, la realidad que afronta el Ecuador es indiscutiblemente delincencial, aun así no se puede dejar a un lado los preceptos teóricos y los requisitos que se necesitan para condenar a una persona, es así que en el delito de delincuencia organizada se puede notar la desigualdad de condiciones que tiene el procesado ante la Fiscalía.

En los casos que suceden día a día donde hay sentencia condenatoria del delito de delincuencia organizada con una escasez de elementos y medios de prueba que no son suficientes para poder declarar una responsabilidad penal, de esta manera vulnerando las condiciones de

igualdad, es así que surge la pregunta ¿Existe vulneración al principio de igualdad de armas en el procesamiento del delito de delincuencia organizada? en vista que la ambigüedad del tipo penal del 369 del Código Orgánico Integral Penal, donde requiere un estándar probatorio alto, en cambio en la realidad existe discrecionalidad en la valoración probatoria, causando un abuso de la potestad punitiva.

Marco Teórico

Sistema Inquisitivo al Sistema Adversarial

La transición del sistema inquisitivo al dispositivo adversarial, ha cambiado de una forma integral el funcionamiento del sistema de justicia. Anteriormente el sistema inquisitivo se caracterizaba por facultar a un tercero para el manejo de las pruebas y la decisión del conflicto. Sin embargo, en el sistema adversarial, es un tercero imparcial quien tiene la facultad de decidir, pero son las partes quienes tienen la potestad de probar sus argumentos e intervenir en el proceso en igualdad de condiciones.

De esta manera entre los caracteres fundamentales del sistema adversarial se encuentra la igualdad de armas, en el caso de Ecuador, desde la entrada en vigencia de la Constitución de la República del 2008, se incluyen varios aspectos direccionados a garantizar, ante todo, los derechos establecidos en dicho cuerpo normativo, constituyendo al país como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia que denota de principios y elementos que configuran el desenvolvimiento justo del proceso, como el principio de igualdad de armas.

Principio de Igualdad de Armas

Resulta indispensable hablar de que el principio de igualdad de armas es de los principios que garantizan un juicio justo e imparcial en el sistema procesal adversarial que, a pesar de no encontrarse establecido explícitamente en la legislación, si se lo reconoce implícitamente y es de gran relevancia para la praxis jurídica. Para poder abordar este principio, es necesario saber cómo surge el mismo, además del concepto y características que este contiene.

En este sentido, desde la antigua Grecia existía ya la preocupación por perfeccionar el sistema de justicia a través de la protección de los derechos procesales. La máxima *audi alteram partem* (escuchar a la otra parte) era considerada un medio esencial para la toma de una decisión de calidad y, en consecuencia, proteger tales derechos. Así mismo en Roma, se continuó con la línea trabajada en Atenas y el Digesto de Justiniano, en la cual se establecía que un padre no podía matar a su hijo sin antes haberle otorgado la posibilidad de ser escuchado, surgiendo así el derecho a un debido proceso, defensa e igualdad de condiciones.

Al igual que varios de los principios que rigen los procesos, el principio de igualdad de armas surge en la normativa constitucional, en este sentido “el principio de igualdad de armas forma parte del derecho al debido proceso” (Canelo, 2021, pág. 224). De igual manera el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador en el numeral 7 del artículo anterior establece al derecho a la defensa como una garantía básica del debido proceso, la cual ampara a las partes procesales para ser escuchadas en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. En conjunto con la igualdad como derecho constitucional, también está intrínsecamente ligada a la tutela judicial efectiva, en vista que el juez quien es un tercero imparcial dentro del proceso, es el encargado de que las partes gocen de igualdad de condiciones durante todo el proceso, todo esto

se justifica en que los medios probatorios con los que cuenta la fiscalía, en ciertas ocasiones no se encuentran a la misma altura que las posibilidades de la defensa.

La igualdad de armas es “una de las garantías del modelo acusatorio, que consiste en que las partes que intervienen en la investigación se les brinda los mismos derechos, posibilidades y oportunidades” (García, 2021, pág. 8). Siendo este principio una garantía del sistema procesal en general y también por su puesto en la investigación fiscal, este no sólo constituye en elemento teórico orientador, sino que su inobservancia es altamente reprochable. Esto es lo que da paso al cumplimiento de los preceptos básicos del garantismo en el derecho procesal penal que, tiene como disposición principal el poder garantizar a las partes que litiguen en igualdad de armas, siendo el desarrollo del proceso el momento crucial en el que se define el ejercicio o no de estos. Por este motivo, el principio de igualdad de armas se convierte en un elemento coadyuvante del proceso litigioso con el garantismo según pensamientos de Ferrajoli (2005), donde hace referencia a que no puede existir un verdadero garantismo, sin que las partes gocen sus derechos fundamentales durante el proceso penal, por lo menos es lo que el propone como elementos teóricos.

Sin embargo, para perpetrar el ejercicio del principio de igualdad de armas no basta con su sola aplicación, pues es un principio dependiente del ejercicio de otros principios y garantías que el servidor judicial debe poner en práctica, en vista que, aunque se garantice por si mismo y no se respeten los demás principios rectores del proceso, no habría un juicio justo, algunos autores mencionan que:

El principio de igualdad de armas es un principio que, como cualquier otra norma de carácter principal, no basta por sí mismo, pues para lograr su objetivo de garantizar

iguales posibilidades procesales a las partes, debe complementarse con otros principios como: el derecho de defensa, la dignidad humana, la presunción de inocencia y postulados como el *in dubio pro reo* para así integrar las garantías que establece nuestro ordenamiento jurídico en favor del procesado. (Rugeles, 2020, pág. 311)

Dentro del derecho penal la igualdad de armas constituye un elemento esencial para contrarrestar los primeros sesgos de desequilibrio que existen en el proceso y que dan pauta a las posibles vulneraciones de derechos fundamentales, el solo hecho de que una persona se encuentre delante de el poder punitivo y el ente investigativo se encuentra en desventaja, por lo tanto:

Los principios que constituyen el contenido esencial del debido proceso penal, son el de preclusión procesal y el de igualdad de armas, ambos tendientes a compensar el desequilibrio que se presenta entre la fiscalía y la defensa, ya sea durante las etapas previas al juicio o durante el desarrollo del mismo. (Bravo, 2022, pág. 4)

Pero, a pesar de los alcances ya establecidos en relación al principio de igualdad de armas, no se ha logrado definir con mayor precisión, por lo que varios autores como Guitierrez aseguran que “la igualdad de armas es un principio procesal fundamental que carece de definición. Los tribunales no han realizado una delimitación nítida del concepto, aunque sí ofrecen notas con indudable valor interpretativo. La igualdad de armas no implica una identidad” (2021, pág. 5). Por ende la definición de la figura en estudio, es necesaria para poder garantizarla en el proceso con mayor fundamento, además que pueda ser claro y preciso en caso de estar en una situación de desventaja; Por este motivo, los enunciados que describen aspectos de este principio dan pauta a varias interpretaciones, por lo que, para algunos juristas es un más

accesible el entendimiento de términos como “principios” o “igualdad”, pero cuando se hace mención a “armas” se puede pensar en palabras distintas al significado, por tal motivo:

La idea de armas es una noción elemental que responde a la pregunta de cuáles son los mecanismos de ataque y defensa de los que se dispone para cristalizar la disputa entre tesis opuestas; en otras palabras, las facultades para una efectiva presentación del caso. (Moratto, 2021, pág. 55)

Por lo tanto, cuando se habla de “armas” se hace referencia a aquellos mecanismos de ataque y defensa que disponen las partes para actuar en el proceso en igualdad de condiciones, en vista que se suele pensar que cuando se ahonda en la igualdad de condiciones, solo se hace referencia a las garantías que tiene el procesado para defenderse más nunca el poder atacar su teoría del caso, una de las maneras para poder fortalecer los mecanismos de ataque y defensa se complican cuando la otra parte tiene la potestad monopólica de poder dirigir las investigaciones que en lo posterior ayudará al juez a tomar una decisión condenatoria o en su defecto ratificatoria de inocencia, todo para poder exigir “medios adecuados para que su labor conforme los intereses que se defienden, y las pretensiones que derivan de su teoría del caso no se vea obstaculizada por medidas discriminatorias o limitaciones logísticas y económicas que desequilibran la balanza a favor de la contraparte” (Olaya, 2015, pág. 42). En este sentido:

La introducción del principio de igualdad de armas dentro del proceso penal, como presupuesto del derecho al debido proceso, se justifica en la medida en que las facultades probatorias y técnicas con las que cuenta el defensor, no son las mismas que las del ente acusador, es decir la Fiscalía. (Gonzales, 2017, pág. 62)

Para que exista un juicio justo, es necesario que los órganos operadores de justicia y demás instituciones del Estado, se articulen de tal forma que faciliten la obtención de los medios probatorios adecuados para que ambas partes cuenten con las mismas posibilidades para reforzar y justificar sus argumentos. En este sentido, el artículo 22 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que: “los órganos de la Función Judicial y el Consejo de la Judicatura establecerán las medidas para superar las barreras estructurales (...) de cualquier naturaleza que impida la igualdad de acceso y de oportunidades de defensa en el proceso”. En otras palabras, la finalidad del principio de igualdad de armas es quitar cualquier ventaja subjetiva que goce la presunta víctima y el trato desfavorecedor que podría recibir el presunto culpable. Por este motivo, este principio no solo se enfoca en fortalecer la defensa de las partes sino también en que la parte acusadora, deba cumplir con una adecuada y suficiente labor probatoria:

El principio de igualdad de armas o igualdad de medios, supone entonces que la carga probatoria del acusador es proporcional a sus medios y que las reglas de ejercicio del principio contradictorio en virtud de esa carga, buscan equiparar la participación en el proceso penal, tanto optimizando lo más posible las garantías de la defensa, como incrementando la exigencia del cumplimiento de la labor probatoria del acusador. (Bustillo, 2022, pág. 2)

La igualdad suele ser tratada desde dos puntos de vista: “por un lado, como mandato dirigido al legislador que representa la exigencia de igualdad de facultades y cargas entre los litigantes, y por el otro, como mandato dirigido al juez, entendido como deber de promoción del contradictorio” (Hunter, 2011, p. 71). Es decir, la igualdad puede constituirse como un mandato, por un lado, formal, al estar plasmada en la norma y material, al ser el juez quien debe garantizar las mismas condiciones durante todas las etapas del proceso. Estos principios son por su puesto

garantías que coadyuvan a la aplicación del principio de igualdad de armas en las audiencias, por lo que se puede decir que, la igualdad de armas es un macro principio procesal que acoge a otros principios si el proceso se desarrolla de forma oral y a varios otros si se desarrolla de forma escrita. De cualquier forma, se evidencia la necesidad de aplicar este principio durante todo el proceso, pues es este el que finalmente para el mismo autor “favorece la conservación de la imparcialidad”. (Hunter, 2011, pág. 5)

Delito de Delincuencia Organizada

En este contexto, se puede indicar que la delincuencia organizada es un sinónimo de mafia, la cual tiene “su origen en Sicilia, Italia, en donde grupos organizados operaban desde el siglo XVII cometiendo robos, fraudes, estafas y sobornos” (Bonilla, 2020, pág. 16). Asimismo, la falsificación de moneda en el Imperio Romano era una expresión de este tipo de organizaciones, que actuaban al margen de la ley, a más de los traficantes de esclavos que compraban y vendían personas para sus espectáculos. Por ello se puede decir que el crimen organizado tiene como fin principal el obtener ganancias económicas rentables para cada uno de sus miembros, generando violencia en todas las actividades para llegar a la consecución de su fin. De acuerdo al Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 28 determina que la doctrina servirá 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, de esta manera se reconoce a la doctrina como interpretación para suplir cualquier tipo de ausencia o de vacíos legales.

Por ello la *teoría del derecho penal del enemigo* explica por qué en estos tipos de delitos los Estados ejercen el poder punitivo con mayor agresividad en el delito de delincuencia

organizada. El derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos “(..) en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, (Guithecho futuro), en lugar de como es lo habitual retrospectiva (hecho cometido).” (Jakobs, 2003, pg. 79). Es decir que el primer elemento de la teoría del derecho penal del enemigo se caracteriza por un adelantamiento de la punibilidad de un hecho futuro por razones subjetivas. En segundo lugar, “las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada”, las penas impuestas a los denominados enemigos, son desproporcionadamente altas, lo cual incluye la anticipación de barreras de punición sin ser tomada en cuenta como atenuante para la pena que se amenaza. En tercer lugar, “determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas”, por último, en tercer lugar, se suprimen garantías procesales, que según la constitución son propias de todos los ciudadanos.

Es así que aterrizando a las políticas criminales del Ecuador donde se tipificó el delito de delincuencia organizada a partir del Código Orgánico Integral Penal (COIP), en el artículo 369, donde se inició una transformación en la estructura normativa interna de nuestro país inclusive para combatir aquel mal social que perpetró dentro de la sociedad. Una vez entendido los antecedentes del crimen organizado, es relevante poder hacer un análisis técnico jurídico del delito del tipo penal de acuerdo a la parte general del derecho penal, especialmente en la teoría del delito.

Al visualizar el tipo penal de delincuencia organizada, se puede connotar que el núcleo del delito se basa en cinco verbos rectores que son el *formar, financiar, ejercer mando, direccionar o planificar*, se puede considerar de esta manera un delito *compuesto* así lo denomina el reconocido catedrático español Luzón (2012), ya que tiene varios verbos rectores y

los separa la letra “o” es decir que es un delito compuesto *disyuntivo*, esto significa que cualquier verbo rector que se cumpla puede ser considerado una conducta típica. De tal manera la Fiscalía debe especificar dentro de su formulación de cargos a que tipo de verbo rector presuntamente cometió el imputado.

Así mismo Luzón se refiere que hay acciones de mera conducta o de resultado, al revisar los verbos rectores del tipo penal delincuencia organizada, se verifica que es un delito de mera conducta ya que no requiere un resultado para consumar el delito, lo que conlleva a la exigibilidad absoluta de todos los elementos del tipo con una carga probatoria que vaya más allá de toda duda razonable, en vista que es un delito abstracto o de peligro.

El sujeto activo del delito delincuencia organizada es común y unisubjetivo en vista que cualquier persona puede cometer la conducta delictiva y basta que sea solamente una, a diferencia de los sujetos plurisubjetivos como se puede visualizar en el delito de asociación ilícita, es sumamente necesario que existan varios sujetos activos. Sobre los elementos que tienen los tipos penales, como los elementos descriptivos y normativos, el primero se caracteriza por ser entendible por medio de los sentidos de forma empírica, y los normativos en cambio requiere una valoración, Francisco Muñoz explica que:

Se debe ser parco en la utilización de elementos normativos (acreedor, insolvencia, ajenidad, etc.), que implican siempre una valoración y, por eso, un cierto grado de subjetivismo, y emplear, sobre todo, elementos lingüísticos descriptivos que cualquiera pueda apreciar o conocer en su significado sin mayor esfuerzo (matar, daños, lesiones, etc. (Muñoz, 2010, pg. 256)

De esta manera se puede identificar dentro del tipo penal de delincuencia organizada, que como elementos descriptivos se encuentra *grupo de dos o más personas*, donde se entiende de manera empírica y sin complejidad su significado, en cambio todos los demás son elementos normativos como que requiere una interpretación y valoración, así mismo la Fiscalía debe probar que se cumplan todos estos elementos dentro del proceso.

En la parte subjetiva de la parte típica de la teoría del delito, se encuentra el dolo y la culpa, sin dudas el tipo penal es doloso, en vista que se requiere que el sujeto conozca los elementos del tipo penal y voluntariamente realice la conducta, para Nicolás Oxman (2019) dentro de su artículo *El dolo como adscripción de conocimiento*, menciona que “ el dolo natural enunciado bajo la fórmula académica conocimiento y voluntad de los elementos del tipo”, es decir que el dolo se caracteriza por el conocimiento y la voluntad, siendo estos los requisitos subjetivos de la tipicidad en el delito delincuencia organizada. Con respecto a la antijuricidad formal y material en el tipo penal analizado, el catedrático Muñoz (2010) menciona que la primera se relaciona con una conducta contraria a derecho, pero la parte formal requiere de cierta manera un daño o lesividad de un bien jurídico protegido. En cuanto al bien jurídico protegido del delito delincuencia organizada es la seguridad pública, no obstante, no está reflejado así dentro del Código Orgánico Integral Penal, ya que está catalogado dentro del capítulo VII Terrorismo y su financiación.

La igualdad de armas en el proceso penal

Dentro de la sentencia No. 0442-2013-LBP emitido por la Corte Nacional de Justicia (2013) en donde el juez describe la potestad monopólica que tiene la Fiscalía mencionando que “La decisión de dar o no inicio a una investigación preprocesal penal, es facultad exclusiva de la

Fiscalía General del Estado, como sujeto que ostenta el monopolio de la acción penal pública” es decir que en cierta manera la Fiscalía goza de la dirección y organización especial de la investigación, que posteriormente serán elementos para presentar cargos. Dentro de la normativa ecuatoriana se establece que el Sistema Especializado de Investigación debe cumplir las órdenes que imparta el fiscal para la práctica de cualquier investigación, en pocas palabras queda en evidencia que todas estas prácticas van hacer dirigidas y supervisadas por la Fiscalía General del Estado. Al hablar de igualdad de armas en todas las etapas del proceso, se hace referenica en primer lugar, a que este principio debe ser aplicado desde que la Fiscalía empieza con las investigaciones del actor pasivo, por lo que Erraez, Soto, & Ocampo señalan que:

Es de enorme importancia la notificación a una persona a quien el Estado está investigando su posible participación en un ilícito, de manera que pueda contar con tiempo para defenderse en igualdad de armas, sino el Fiscal actuaría como un inquisidor representante del Estado que busca dañar la libertad de las personas actuando en silencio como un depredador detrás de una presa. (Erraez ,2019, pág. 5)

Con este precepto se logra entender, que para que exista el principio de igualdad de armas, en primer lugar, deben existir actuaciones previas por parte del órgano autónomo de la función judicial dirigidas a poner en conocimiento de la parte acusada de qué se lo está acusando para que, en consecuencia, sea esta la que active los medios necesarios para su defensa. Autores como Pérez expresan que la desigualdad de condiciones del procesado se ve evidenciado especialmente en la instrucción fiscal, donde menciona que:

Durante mucho tiempo se ha cuestionado severamente la efectiva satisfacción de las exigencias propias del principio de igualdad de armas en la medida que en la práctica las

decisiones judiciales se fundamentan en lo actuado durante la fase de instrucción, etapa que muestra contradictoriamente una desigualdad de armas. (Pérez, 2019, p.44)

En concordancia con lo antes manifestado, es necesario tener en cuenta que el principio de igualdad de armas debe continuar aplicándose no solo en las diligencias preprocesales sino también en aquellas etapas en donde la controversia se resuelve de manera oral, como puede ser la instrucción fiscal, la preparatoria de juicio y la etapa de juicio. Por lo tanto, en este tipo de etapas es imprescindible la aplicación de otros principios, para alcanzar la materialización de la igualdad de armas. En este sentido, Rojas determina que:

En efecto, recordemos que las convenciones probatorias se acuerdan en el marco de la audiencia de preparación del juicio oral que como tal se desarrolla respetando las garantías procesales propias de una audiencia judicial en un sistema procesal predominantemente oral, como son la igualdad, contradicción, inmediación, concentración y publicidad. (Rojas, 2021, pág. 12)

Dentro del actuar probatorio y la etapa de juicio la valoración de la prueba puede realizarse a través de la íntima convicción; algunos autores utilizan la expresión en inglés *intimate conviction*; otros, como ya se mencionó, hablan de convicción personal, íntimo convencimiento, convicción íntima profunda, prueba moral, certeza moral o prudente apreciación, y también libre convicción. Para Cruz la íntima convicción consiste en “la libertad que tiene el juzgador o jurado al momento de valorar la prueba, que solo se basa en nociones subjetivas como la moral, creencias o conocimientos, dificultando la motivación de la decisión tomada” (Cruz, 2020, pág. 20). Siendo que, la íntima convicción se centra en las nociones subjetivas que tiene el juez puede ser creencias o ideología que dificulta la motivación de la

decisión, esta se diferencia con la sana crítica ya que el mismo autor menciona que “la sana crítica se basa en reglas de la lógica, de la experiencia, de los conocimientos científicos, que, en conjunto, ayudan a que una decisión sea motivada”, por ende la sana crítica tiende a no ser arbitraria en vista que es mucho más subsumible al poder motivar la decisión.

La motivación cobró protagónica importancia con la libre valoración de la prueba, con la que “el juez puede llegar a su propio resultado mediante la deducción y las experiencias adquiridas a lo largo de su desempeño profesional. En este ámbito imperan las reglas de la sana crítica que, obligan a exteriorizar el juicio realizado sobre los medios probatorios a través de las sentencias evitando la arbitrariedad” (Guevara, 2020, pág. 36). El artículo 76 numeral “7”, literal “L” de la Constitución política del Ecuador, establece que: *las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas*. Por lo tanto, al ser la motivación un mecanismo de limitación a la arbitrariedad, se constituye como una garantía del debido proceso, que limita a los poderes estatales de cualquier extralimitación que conlleve a vulnerar derechos fundamentales. En relación a la valoración de la prueba es indispensable referirnos a una teoría o doctrina que ha sido desarrollada durante los últimos años y que aparece frecuentemente en la órbita de la praxis procesal penal, que efectivamente es preponderante a la hora de resolver un conflicto en la parte adjetiva, consecuentemente se hace referencia a la *Teoría del fruto del árbol envenenado*.

La lógica de la frase sería si la fuente de la evidencia el "árbol" se corrompe, automáticamente se asume que el "fruto" también está contaminado, es decir el fruto que provenga de un árbol contaminado no tendrá validez con todo lo que se haga posteriormente (Calderón, 2011, pág. 99). Siguiendo esta misma línea y ejemplificando toda esta contextualización, se puede asumir si un oficial de policía realiza un allanamiento, sin previa autorización de parte de la autoridad competente y encontrara evidencia del crimen en el armario

o cualquier otro sector de la casa esta sería ilícita e inconstitucional. En síntesis, la presentación y práctica de la prueba deben ser ejercidas con estricto cumplimiento del principio de igualdad de armas, pues de esta manera se garantiza que los hechos sometidos a conocimiento del juez, sean veraces y relevantes para alcanzar su convencimiento y obtener una decisión fundada en derecho.

Casos de Delincuencia Organizada

Para poder evidenciar como es el procesamiento del delito delincuencia organizada tipificada en el artículo 369 del Código Orgánico Integral Penal se ha podido analizar tres casos judiciales, con el fin de determinar la existencia de la vulneración al principio de igualdad de armas en este tipo de delito, entre ellos el caso 13283-2018-02701 donde un sujeto fue sentenciado a veinte meses de prisión de libertad, en calidad de autor directo, por encuadrar su conducta a la norma penal del 369, aunque voluntariamente a través de su defensa técnica decidió someterse a un procedimiento abreviado, en la sentencia que no se especifica el verbo rector por el cual él fue procesado, tampoco el elemento de que el grupo haya tenido un tiempo permanente o reiterado en sus actuales, sobre los elementos de convicción la Fiscalía tenía solo dos, un parte policial donde se evidencia que existe un posible tráfico de drogas y un informe sobre de información telefónica, de diálogos en los cual manifestaban palabras como “tiren la merca y que va en camino”, mismo que no daban certeza alguna o llevaban a la convicción del juez.

El segundo caso es el 17721202000002G, conocido como la corrupción del Hospital de Pedernales, dónde no se comprueba el dolo como elemento del tipo de una persona que vinculada al proceso, donde el procesado tenía una subordinación laboral, con uno de los involucrados, en vista que él no tenía en su haber la capacidad de la toma de decisión o

disposición, cuya función era efectivizar a través de cobros de cheques en el sistema financiero nacional, para posteriormente entregárselo a la persona involucrada, de esta manera desconocía cualquier actividad en la cual estuviera inmersa esta persona, es decir no se evidencia el elemento subjetivo del dolo por ende la Corte Nacional ratificó el estado de inocencia.

El tercer caso es el 17294201502617, conocido también como la Corrupción de los Pases Policiales, donde se involucra varias autoridades de la Policía Nacional, donde vendían los pases a los mismo integrantes de la institución, dentro de esta estructura organizada se implicó a un Cabo de Policía, en calidad de cómplice de la organización delincencial, acotando que Generales (fueron sentenciadas con culpabilidad) solicitaron al procesado que les enviara la cuenta bancaria personal para depositar un dinero, dinero que posteriormente se evidenció que eran productos de las ganancias de los pases, el procesado al ser subordinado obedecía ordenes, de esta manera no se demostró que él sabía (dolo) y que él estaba ayudando a la organización delictiva.

Resultados y Discusión

Como resultados del presente trabajo, se ha podido llegar a que el procesado se encuentra en clara desventaja con respecto a su oponente durante la investigación previa y las etapas procesales en el delito de delincuencia organizada, de esta manera vulnerando el principio de igualdad de armas dentro del proceso penal ecuatoriano, recordando que al hablar del principio de igualdad de armas se hace mención aquella figura que consiste que cada una de las partes inmersas en un proceso penal debe tener la oportunidad razonable para presentar su caso en condiciones que no lo pongan en desventaja con respecto a su oponente.

Este principio a pesar de ser uno de los más fundamentales dentro de la praxis procesal penal, no ha sido objeto de estudio profundo en vista de que normativamente no está explícitamente constituido, pero si implícitamente, sin embargo su valor dentro de la administración de justicia es preponderante para la resolución de un caso determinado, dispone el inclinar la balanza en favor del acusado de manera que alcance una misma condición que tiene la Fiscalía, ya que por tener la monopolización de la investigación goza de una situación más ventajosa.

En cuanto a la delincuencia organizada se entiende que viene siendo un mal social que históricamente se ha venido perpetuando en las diferentes sociedades, dentro de nuestro medio el modo operar ha venido evolucionando, cada vez se va perfeccionando a tal punto que este delito viene siendo un cáncer, se analizó de manera técnica jurídica, lo cual se caracteriza por tener dentro del núcleo del delito un sin número de elementos que se necesitan para considerar una conducta penalmente relevante, además de una contundente labor probatorio que debe hacer la Fiscalía para poder demostrar cada una de estas especificidades, dado que al no hacerlo y además obtener una sentencia condenatoria, vulneraría el principio de igualdad de armas.

A su vez el juez goza de la potestad decisiva que por medio de su sana crítica debe analizar los medios de prueba que se involucran dentro del proceso, para poder resolver de una forma debidamente motivada, pero cuando este es influenciado por su íntima convicción de forma abusiva y arbitraria, de esta manera al favorecer a uno indiscutiblemente pondrá a la otra parte en desventaja, por ende, vulnera la característica fundamental del sistema adversarial de contar con un juez imparcial.

Conclusiones

Luego del estudio al principio de igualdad de armas en el procesamiento del delito de delincuencia organizada, se ha podido llegar a la conclusión que este carácter fundamental del sistema adversarial está determinado implícitamente dentro de la normativa ecuatoriana, específicamente en el derecho de la defensa como una sub garantía del debido proceso. Por ende, la vulneración del principio de igualdad de armas conlleva al menoscabo de demás los principios y derechos del sistema adversarial y de la Constitución de la República del Ecuador.

También se ha llegado a la conclusión que el principio de igualdad de armas es menoscabado y vulnerado en la praxis, en vista de que las condiciones que tiene la Fiscalía no son las mismas que goza la contraparte dentro del proceso, en los casos analizados en el presente artículo se puede evidenciar el incumplimiento de todos los requisitos técnicos y teóricos para poder demostrar la materialidad y responsabilidad penal en el procesamiento del tipo penal delincuencia organizada tipificado en el artículo 369 del Código Orgánico Integral Penal y aún obtener una sentencia condenatoria.

Finalmente, para que pueda existir una armonía del principio de igualdad de armas con la parte adjetiva del derecho penal en el tipo penal de delincuencia organizada, debe ser reformado para que sea aplicable de una forma menos compleja y no ponga en desventaja al procesado, como resultado se disminuiría la impunidad para tener a una sociedad más segura y juicios justos en los tribunales en materia penal.

Referencias Bibliográficas

- Bravo, C. (2022). Preclusión procesal y principio de igualdad de armas en el proceso penal peruano. *Ciencia Latina Revista Multidisciplinaria*, 4.
doi:https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v6i1.1688
- Asamblea Nacional de Ecuador. (2014, 10 de febrero). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial. Obtenido de Secretaría Nacional
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008,20 de octubre). *Constitución de la Republica del 2008*. Registro Oficial. Obtenido de Secretaría Nacional
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2009, 9 de marzo). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Nacional. Obtenido de Secretaría Nacional
- Bonilla, R. (2020). *La cooperación eficaz como tecnica de investigación frente al delito de delincuencia organizada y su aplicación en el Ecuador periodo 2014-2018 [Tesis de Post Grado]*. Universidad Tecnica de Ambato, Ambato. Obtenido de <https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/31099/1/FJCS-POSG-192.pdf>
- Bustillo, J. (2021). *Análisis doctrinal del principio de la igualdad de armas en el proceso penal colombiano*. UNIVERSIDAD LIBRE SEDE BOGOTA, Bogotá, Colombia. Obtenido de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/22321/ARTICULO%20FINAL%20IGUALDAD%20DE%20ARMAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Calderón, B. (2011). *La Teoría del Fruto del Árbol Envenenado y su Aplicación en el Proceso Penal en relación a la Ineficacia Probatoria [Tesis de Pregrado]*. Universidad Nacional de Loja, Loja, Ecuador. Obtenido de <https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/1286/1/TESIS%20DE%20LICENCIADA.pdf>
- Canelo, R. (2021). Inconvenientes de la introducción de las cargas probatorias dinámicas en el sistema procesal civil peruano. *Ius Et Praxis*.
doi:<https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.4975>
- Cañas, A. (2015). *La eficacia del principio de igualdad de armas como amparo de los derechos constitucionales de defensa y debido proceso, y su aplicación en el ambito probatorio del sistema procedimental penal acusatorio en la ciudad de Manizales durante los años (..)*. UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA, Pereira . Obtenido de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/16597/LA%20EFICACIA%20>

EN%20EL%20PRINCIPIO%20DE%20LA%20IGUALDAD%20DE%20ARMAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Conde, F. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Corte Constitucional de Colombia. (2007). *Sentencia C-396* .
- Corte Nacional de Justicia. (2013). *Sentencia No. 0442-2013-LBP*.
- Corte Nacional de Justicia. (2015). *Sentencia 17294-2015-02617*.
- Corte Nacional de Justicia. (2020). *Sentencia 17721-2020-00002G*.
- Cruz, H. (2020). *La íntima convicción en la valoración de la prueba [Tesis pre grado]*. Universidad Católica de Guayaquil. Obtenido de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/14535/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-520.pdf>
- Erraez, M. (2019). Estudio de la notificación del inicio de la indagación previa y la legitimidad del proceso penal. *Universidad y Sociedad vol.11 no.5*, 5. Obtenido de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202019000500396
- Ferrajoli, L. (2005). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (10 ed.). Madrid : Trotta, S.A., 1995.
- García, A. (2021). *Separación del instituto de medicina legal del Ministerio Público con el fin de garantizar el principio de igualdad de armas. [Revista de. Universidad Cesar Vallejo, Piura, Perú. Obtenido de <https://hdl.handle.net/20.500.12692/88292>*
- Gonzales, A. (2017). *El Principio de Igualdad de Armas en el Proceso Penal: Analisis del Rol del Ministerio Publico y del Acusador Privado*. Universidad Libre de Colombia, Bogotá, Colombia .
- Guevara, M. (2020). *La motivación jurídica en la admisibilidad probatoria a partir del Código Orgánico General de Procesos [Tesis Post Grado]*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7792/1/T3375-MDP-Figueroa-La%20motivacion.pdf>
- Guitierrez, D. (2021). La necesidad de definir el principio de igualdad de armas. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 5. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7928240>

- Hunter, I. (2011). La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el proyecto de código procesal civil. *Ius et Praxis*, 5. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000200004>
- Jakobs, G. (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid, España: Thomson Civitas.
- Moratto. (2021). El principio de igualdad de armas, un análisis conceptual. *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, 55. doi:<https://doi.org/10.18601/01210483.v41n110.08>
- Noles, S. (2016). El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en relación con la seguridad ciudadana en Ecuador. *Tla-melaua*, 5. Obtenido de https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-69162016000100058
- Olaya, F. (2015). *Marco de condiciones para la correcta aplicación del principio de igualdad de armas en la audiencia de imputación del sistema penal acusatorio colombiano [Tesis Post Grado]*. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia. Obtenido de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/7725/VILLARREAL%20FRANCISCO2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Oxman, N. (2019). El dolo como adscripción de conocimiento. *Política criminal* 14. doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000200441>
- Peña, D. (2012). *LECCIONES DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL* (3 ed.). Madrid, España: Manuales Tirant lo Blanch .
- Rojas, S. (2021). Eficacia y límites de las convenciones probatorias en el proceso penal chileno. *Ius et Praxis*, 12. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122021000100210>
- Rugeles, M. (2020). El acusador privado y el principio de igualdad de armas: una crítica al ordenamiento jurídico colombiano. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 311. doi:<https://doi.org/10.18566/rfdcp.v50n133.a04>
- Unidad Judicial Penal de Portoviejo. (2018). *Setencia 13283-2018-02701* .