

EL COVID – 19 Y LA INTENSIFICACIÓN DEL PODER PUNITIVO EN ECUADOR.

COVID - 19 AND THE INTENSIFICATION OF PUNITIVE POWER IN ECUADOR.

Giovani Criollo-Mayorga¹

¹ Universidad Técnica del Norte. Instituto Superior de Posgrado. Ibarra – Ecuador. E.mail: montecrhisto@gmail.com

RESUMEN

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1017, de 16 de marzo de 2020, el Presidente Lenin Moreno decretó el estado de excepción en el territorio ecuatoriano con la finalidad de detener la propagación de la COVID-19, para ello se establecieron varias medidas emergentes: la limitación a varios derechos fundamentales como la libertad ambulatoria, de asociación y de libre reunión; se movilizó a fuerza pública para garantizar el orden; se suspendió la jornada presencial de trabajo; y se impuso una cuarentena comunitaria obligatoria y toque de queda. Para reforzar el cumplimiento del estado de excepción decretado, se habilitó una intervención punitiva extremadamente grave e irrazonablemente intensa, al establecerse que el irrespeto a la cuarentena y toque de queda conllevaba la presunción del cometimiento automático del delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, previsto en el artículo 282 del Código Orgánico Integral Penal. Esto generó varios procesamientos penales, la imposición de encarcelamientos preventivos y penas intramurales arbitrarias, establecidas por fuera de las garantías del debido proceso propias de un Estado constitucional de derechos. La seria afectación a los principios elementales del Derecho penal como la presunción de inocencia, la lesividad material y el bien jurídico penal, son la muestra de la utilización del estado de excepción por fuera de los límites constitucionales, en franco perjuicio a la libertad de muchos ciudadanos que actualmente se encuentran sometidos a prisión y procesamientos arbitrarios.

Palabras clave: Estado de excepción – presunción de inocencia – lesividad material – COVID-19

ABSTRACT

Through Executive Decree No. 1017, of march 16, 2020, President Lenin Moreno decreed a state of exception in the Ecuadorian territory in order to stop the spread of COVID-19, for which several emerging measures were established: the limitation to various fundamental rights such as freedom of movement, of association and of free assembly; the public force was mobilized to guarantee order; the face-to-face work day was suspended; and, a mandatory community quarantine and curfew were imposed. To reinforce compliance with the decreed state of exception, an extremely serious and unreasonably intense punitive intervention was enabled, by establishing that disrespect for quarantine and a curfew entailed the presumption of automatic committing of the crime of non-compliance with legitimate decisions of the competent authority, provided for in article 282 of the Integral Organic Criminal Code. This generated several criminal prosecutions, the imposition of preventive imprisonment and arbitrary intramural penalties, established outside the guarantees of due process typical of a constitutional State of rights. The serious affectation of the elementary principles of criminal law, such as the presumption of innocence, material injury and criminal law, are evidence of the use of the state of exception outside of the constitutional limits, in frank detriment to the freedom of many citizens who are currently in prison and arbitrary prosecutions.

Keywords: State of exception - presumption of innocence - pecuniary injury - COVID-19

INTRODUCCIÓN

Actualmente la humanidad se enfrenta a una crisis sanitaria muy grave y severa provocada por el coronavirus COVID-19, una enfermedad viral mortal que se transmite de forma alarmante y que ha provocado, en corto tiempo, que la mayor parte de países del mundo decreten el estado de excepción como medida necesaria para impedir la transmisión del virus, lo que ha resultado en el encierro de millones de personas y en la imposibilidad de las distintas estructuras de la administración pública de desarrollar sus labores con la normalidad acostumbrada.

El Ecuador, al igual que sus similares, adoptó el estado de excepción y dispuso el toque de queda para combatir la pandemia del COVID-19, lo que implicaba la restricción de la libertad ambulatoria, la de asociación y la de libre reunión. Para ello se implementó un principio de culpabilidad que contraviene el derecho fundamental al debido proceso, pues su previsión normativa habilitaba la intervención punitiva más allá de los límites tolerables en una sociedad democráticamente organizada.

Bajo esta presunción de culpabilidad se entiende que desobedecer el toque de queda implica automáticamente el cometimiento del delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, previsto en el artículo 282 del Código Orgánico Integral Penal COIP, lo cual es sancionado con una pena intramural de uno a tres años.

De manera que en estos casos se prescinde de las garantías básicas del Derecho penal referidas a la presunción de inocencia, la carga de la prueba de la Fiscalía y el principio de lesividad material, generando que amplios sectores de la población hayan sido procesados penalmente y encarcelados de forma arbitraria.

El problema de este controversial mecanismo, radica en su inconformidad con el derecho fundamental del debido proceso que se encuentra regulado tanto por la Constitución de la República, como por varios instrumentos de protección de derechos humanos tales como la Convención Americana de Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los cuales la intervención penal está contenida y racionalizada a límites tolerables que impiden, como el caso ecuatoriano, un uso desproporcionado y perjudicial de este mecanismo de control social en perjuicio de los ciudadanos (Garland, 2005).

En este contexto, el objetivo de este estudio es establecer las posibilidades jurídicas que tiene el Estado ecuatoriano para implementar la presunción de culpabilidad como dispositivo que garantice el cumplimiento del toque de queda, así como la identificación del bien jurídico que se intenta proteger con el artículo 282 del COIP, y la lesividad material del delito mencionado, lo cual permitirá comprender lo excesivo de esta medida extraordinaria, que no se compadece con el esquema de protección de los derechos humanos previsto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El estado de excepción.

El estado de excepción, también denominado “estado de emergencia”, “toque de queda” o “suspensión de garantías”, etc., es una institución jurídica regulada desde el Derecho Constitucional (González Jácome, 2015). Consiste en una situación jurídica extrema provocada por hechos gravísimos, que cambian drásticamente las condiciones generales de vida de una sociedad en la que están afectados los órdenes económico, ecológico o social. Por esa razón, el estado de excepción constituye un régimen jurídico excepcional, pero democrático, adoptado como último recurso para solventar la crisis imperante que aqueja a una nación determinada o a parte de esta (Ayala Corao, 2020).

En estas circunstancias, se tiende a limitar derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por instrumentos internacionales que protegen derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de manera que la limitación no es arbitraria sino razonable y proporcional a las previsiones constantes en el ordenamiento interno e internacional. En efecto, las restricciones deben estar en conformidad

con el artículo 27 de la Convención y el artículo 4 del Pacto que impiden suspender o limitar los siguientes derechos: el reconocimiento de la personalidad jurídica; la vida; la integridad personal; la prohibición de tortura, penas o tratos crueles inhumanos o degradantes; la prohibición de cárcel por deudas; la prohibición de la esclavitud y servidumbre; los principios de legalidad y de retroactividad de normas con contenido penal o sancionatorio propias del Derecho penal y del Derecho Administrativo Sancionador; la libertad de conciencia y de religión; la protección a la familia; al nombre o identidad; a los derechos del niño; a la nacionalidad; a los derechos políticos o las garantías judiciales y el debido proceso.

De manera que los únicos derechos que pueden limitarse en el estado de excepción, de acuerdo con el artículo 165 de la Constitución ecuatoriana, son la inviolabilidad de domicilio, la inviolabilidad de correspondencia, la libertad de tránsito, la libertad de asociación y reunión, y libertad de información.

En la lista de derechos antes consignada, se establece la imposibilidad jurídica de restricción del derecho al debido proceso regulado por los artículos 76 y 77 de la Constitución ecuatoriana y por el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual consiste en una serie de garantías procesales que tienden a establecer límites en la actuación jurisdiccional, de forma general y que en su contenido penal, implica una serie de limitaciones para el ius puniendi estatal que garantizan la plena vigencia de la presunción de inocencia, la carga probatoria inexorable de la Fiscalía, el principio de lesividad material, la motivación de los actos jurisdiccionales, etc., impidiendo que la reacción punitiva estatal sea arbitraria, ilegítima y desproporcionada (Ferrajoli, 1995). De manera que cuando se decreta el estado de excepción, el Estado está jurídicamente impedido de restringir este derecho, pues en estas circunstancias el debido proceso adquiere un reforzamiento jurídico que blinda aún más su estructura original, evitando que las respuestas adoptadas sean desmedidas o perjudiciales para los derechos humanos.

Adicionalmente a ello, el estado de excepción debe satisfacer otros requisitos como la necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad (Melo Delgado, 2015). La necesidad implica la inexistencia de otras vías adecuadas para solucionar la situación extraordinaria, de manera que el estado de excepción, como respuesta subsidiaria, es la única de la que dispone el gobierno para superar la crisis. La proporcionalidad requiere que las medidas extraordinarias decretadas sean adecuadas y eficientes para gestionar apropiadamente la situación gravosa. Bajo el requisito de legalidad se hace referencia al estado de excepción como una institución jurídica previamente establecida por la ley, la cual puede materializarse bajo el cumplimiento de requisitos mínimos indispensables previstos en el ordenamiento jurídico. La temporalidad se refiere a la duración del estado de excepción la cual debe ser la estrictamente necesaria para superar la crisis, de manera que cualquier extensión temporal innecesaria vuelve ilegítima a esta institución. La territorialidad implica la delimitación del espacio físico en el cual la medida debe regir, pues en determinados casos las circunstancias generadoras del estado de excepción no afectan a todo el territorio nacional sino a una porción de aquel. Finalmente, la razonabilidad consiste en un análisis metódico gracias al cual se puede determinar que las medidas adoptadas para superar la situación crítica son las estrictamente necesarias y adecuadas para superarla, de manera que existe una conexión lógica y causal entre las circunstancias fácticas gravosas y las medidas de remediación que se adoptan.

La confrontación de estos requisitos con la presunción de culpabilidad decretada, destaca y reafirma el carácter arbitrario de esta medida. En efecto, si se la valora desde el punto de vista de la necesidad, la medida resulta particularmente innecesaria pues el encarcelamiento de los ciudadanos que incumplen la medida genera mayores problemas que los pretende evitar, al producir una mayor tasa de hacinamiento carcelario y una mayor población carcelaria que es particularmente afectada por la pandemia, pues en estos lugares la propagación del virus es mucho más rápida y lesiva que en circunstancias normales. Desde la proporcionalidad, la medida provoca en los procesados su exclusión social y confinamiento en una institución total que destruye los vínculos familiares y obliga destinar recursos económicos escuálidos que servirían para el sostenimiento del hogar. Desde la legalidad, se pervierte la razón de ser del estado de excepción y se emplea para aumentar desmedidamente el poder punitivo; y, desde la razonabilidad, el mecanismo empleado es completamente ajeno a la relación lógica y causal de los hechos extraordinarios y las medidas para contenerla la propagación del virus.

Pese a la notoria arbitrariedad de la medida, la Corte Constitucional ecuatoriana emitió un juicio favorable a la declaratoria de excepción en su Dictamen No. 1-20-EE/20, de 19 de marzo de 2020, reafirmando la aplicación del principio de culpabilidad que provocó, entre el 16 y el 24 de marzo de 2020, que existan un total de 1.015 personas procesadas al amparo de la presunción de culpabilidad establecida en el artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 1017, de las cuales 340 habían sido sometidas a prisión preventiva, 207 se encontraban en indagación previa, 404 fueron beneficiarias de medidas sustitutivas a la prisión preventiva, 53 fueron sentenciadas, a 3 se les archiva la causa y 8 estaban detenidos en espera de audiencia (Fiscalía General del Estado, 2020).

Esta situación gravísima para los derechos humanos se mantuvo hasta el 25 de marzo de 2020, en que se dictó el Acuerdo Interministerial No. 00002-2020, suscrito por los Ministros de Gobierno y Salud Pública. En este Acuerdo se eliminó por completo el principio de culpabilidad del Decreto Ejecutivo No. 1017, y se modificó drásticamente la aplicación del artículo 282 del COIP en aquellos casos de desobediencia ciudadana al toque de queda. Para ello se estableció que el incumplimiento de la medida constituía apenas una mera falta administrativa sancionable con una multa de cien dólares si es por primera vez; la reincidencia genera una multa de una remuneración básica unificada; y la tercera vez que se incumpla la medida, recién se puede valorar jurídicamente como delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente pero en función al debido proceso que implica analizar ciertas garantías como las que se describen a continuación.

La presunción de inocencia, lesividad material y bien jurídico penal.

Entre los principios más importantes que permiten racionalizar el poder punitivo del Estado se encuentran los de presunción de inocencia y de lesividad o antijuricidad material del bien jurídico penal (Muñoz Conde, 2007).

La presunción de inocencia es un derecho fundamental y un mecanismo de protección (Mir Puig, 2003). Bajo este principio se estima que las personas sometidas a persecución penal son inocentes mientras no exista una sentencia condenatoria, debidamente ejecutoriada, que declare su culpabilidad. En tal virtud, el trato que merecen los procesados de parte de los funcionarios públicos es el que se da cualquier persona inocente, y ello obliga a realizar la investigación penal con absoluta imparcialidad, de forma objetiva, sin favoritismos o perjuicios que puedan contaminar la delicada labor de descubrimiento de la verdad material necesaria en el proceso penal (Binder, 1999). Este principio además obliga a que la Fiscalía realice una determinada labor probatoria, lo que en sentido técnico procesal implica una carga probatoria inexorable que debe ser satisfecha por el órgano persecutor en base al estándar de que la culpabilidad del procesado debe ser demostrada más allá de toda duda razonable.

El principio de lesividad material implica que solamente puede existir delito cuando un bien jurídico ha sido gravemente lesionado o puesto en peligro (Zaffaroni, Alaglia, Slokar, 2002). La configuración anterior permite extraer dos requisitos importantes para su existencia: el primero, se refiere a la existencia de bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal; y, el segundo, que dichos bienes resulten seria o gravemente afectados o puestos en peligro, de manera que en estos casos la intervención del Derecho penal se vuelve necesaria e indispensable. En sentido negativo la lesividad material implica que la lesión o puesta en peligro, que no sea grave, no merece reproche penal alguno.

La teoría de los bienes jurídicos considera que el bien jurídico penal es un conjunto de condiciones necesarias, básicas e indispensables, gracias a las cuales el individuo puede auto realizarse en una sociedad democrática que se preocupa del respeto de sus derechos fundamentales, por tanto, permite la convivencia pacífica de los individuos en una sociedad (Bricola, 2012).

La noción de bien jurídico permite establecer un catálogo de conductas humanas que lo lesionan o lo ponen en peligro, por esa razón las distintas ramas del Derecho lo regulan en función de los riesgos que comprometen su integridad. Así, el legislador recurre primero a la protección dispensada por el Derecho Civil, el Laboral, el Administrativo o el Administrativo

Sancionador, etc., y luego, si estos mecanismos extrapenales son insuficientes o poco efectivos para contener el riesgo de daño o lesión del bien jurídico, se procede a articular una gestión del riesgo desde el Derecho penal mínimo, mediante la tipificación de delitos o contravenciones que están destinados a tutelarlos.

Ahora bien, no cualquier afectación o puesta en peligro del bien jurídico merece la intervención penal, sino solamente aquellas que tienen la entidad suficiente para dañarlo o ponerlo en peligro grave e irreparable, pues de no presentarse estas características el sistema penal se encuentra ante conductas que no merecen reproche penal (Mendoza Buergo, 2001). Ello se debe a la existencia de un Derecho penal mínimo constitucionalmente previsto en el artículo 195, que solo entra en funcionamiento ante la presencia de las conductas más graves y vejatorias del bien jurídico.

El delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente.

El artículo 282 del COIP protege, como bien jurídico colectivo, la eficiencia de la administración pública (Santana Vega, 2000). Se trata de un valor constitucional indispensable para el funcionamiento adecuado de la sociedad ecuatoriana debido a su utilidad colectiva y función social, que se materializa en el adecuado desenvolvimiento de las funciones estatales, es decir es un servicio público que garantiza el respeto de derechos humanos como su finalidad primordial (Mir Puig, 1994).

La técnica legislativa que se empleó para la redacción de este delito es la que corresponde a los delitos de peligro, en los cuales existe un adelantamiento de las barreras de protección del Derecho penal, pues se considera como habilitante de la intervención penal, ya no el resultado lesivo del bien jurídico, sino solamente la conducta peligrosa o la alta probabilidad de afectación de aquel (Schulenburg, 2007).

Este delito es constitucionalmente objetable porque prescinde del principio de lesividad material, ya que habilita el poder punitivo en una situación previa a la real afectación del bien jurídico (Rodríguez Montañés, 1994). De esta forma lo que se sanciona es la conducta previa y no la lesión efectiva del bien, por ello se convierte en un delito de mera actividad o de violación formal a la ley sin interés para el Derecho penal (Ferrajoli, 1992). A más de ello, el bien jurídico colectivo tutelado prácticamente resulta indemne o imposible de ser puesto en peligro grave por la conducta típica, por lo que su tutela requiere ser realizada por otros sectores del Derecho (Gracia Martín, 2007).

A más de lo anterior, es importante destacar que el artículo 282 del COIP es un delito de peligro abstracto, lo que denota que la conducta peligrosa o la alta probabilidad de afectación del bien jurídico se sustentan en una presunción del legislador (Romeo Casabona, 2007). Esta presunción es formulada en base a las reglas de la experiencia, la cual opera solo respecto de determinadas conductas o indicios derivados de conductas peligrosas (Corcoy Bidasolo, 1999). Además, amerita prueba en contrario, por lo tanto el procesado puede demostrar que su conducta no genera peligro alguno para el bien jurídico o no existía la probabilidad, casi cercana a la certeza, de perturbar su tranquilidad (Beristáin, 1969).

También es importante destacar que el toque de queda tenía por finalidad detener la propagación del COVID-19, de manera que el incumplimiento de esta medida esta matizada por un *plus* en la conducta criminal que dota de un contenido más amplio al injusto penal y que se refiere a la propagación del virus. Gracias a este aditamento la carga de la prueba de la Fiscalía se amplía mucho más y por eso estaba obligada a demostrar que la desobediencia generó la transmisión del COVID-19 (Luzón Peña, 2012).

En este contexto, los procesos que se incoaron por el artículo 282 del COIP, entre el 16 y el 24 de marzo de 2020, adolecen tanto de la inconstitucionalidad del principio de culpabilidad previsto en el artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 1017, como del principio de lesividad material, pues la conducta (desobediencia al toque de queda) no es lo suficientemente apta para poner en grave peligro al bien jurídico tutelado (eficiencia de la administración pública).

Finalmente, es importante destacar que la argumentación expuesta no intenta justificar la desobediencia ciudadana al toque de queda, sino que constituye un análisis crítico y jurídico al mecanismo odioso y poco democrático de la presunción de culpabilidad, inadecuado en un estado democrático. La aplicación del artículo 282 del COIP, debe ser justa, racional y mesurada, en el marco de las garantías del proceso penal democrático y en función a las particularidades propias de un delito de peligro abstracto.

CONCLUSIONES

El artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 1017 contenía una norma abiertamente inconstitucional que contravino las restricciones jurídicas del estado de excepción previstas en la Constitución y en varios instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. Ello se debe a que en el estado de excepción no puede suspenderse la vigencia de las garantías del debido proceso (presunción de inocencia, lesividad material), pues en esas circunstancias constituyen límites jurídicos reforzados en defensa del ciudadano y en contra de los excesos punitivos de los agentes del Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ayala Corao, C. (2020). Retos de la pandemia del COVID-19 para el estado de derecho, la democracia y los derechos humanos. MPIL Research Paper Series, 17,1-25.
- Bastida, F., Villaverde, I., Requejo, P., Presno, M. A., Aláez, B. y Sarasola, I. (2004). Teoría de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978. Madrid, España: Tecnos.
- Beristáin, A. (1969). Resultados y delitos de peligro. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 13 (34-36), 445-465.
- Binder, A. (1999). Introducción al Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Argentina: Ad- Hoc.
- Bricola, F. (2012). Teoría general del delito. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.
- Corcoy Bidasolo, M. (1999). Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Ferrajoli, L. (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (1992). Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 4 (5), 25-48.
- Garland, D. (2005). La cultura del control. Castigo y orden social en la modernidad tardía. Barcelona, España: Gedisa.
- González Jácome, J. (2015). Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Gracia Martín, L. (2007). Modernización del Derecho penal y Derecho penal del enemigo. Lima, Perú: Idemsa.
- Luzón Peña, D. M. (2012). Lecciones de Derecho penal: Parte General. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Melo Delgado, R. (2015). El estado de excepción en el actual constitucionalismo andino. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Mendoza Buergo, B. (2001). Derecho penal en la sociedad del riesgo. Madrid, España: Civitas.
- Mir Puig, S. (1994). El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Barcelona, España: Ariel.
- Mir Puig, S. (2003). Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método. Buenos Aires, Argentina: B de F.
- Muñoz Conde, F. (2007). Derecho penal, Parte Especial. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

- Rodríguez Montañés, T. (1994). Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Madrid, España: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- Romeo Casabona, C.M. (2007). Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo. México DF, México: Coyoacán.
- Santana Vega, D.M. (2000). La protección penal de los bienes jurídicos colectivos. Madrid, España: Dykinson.
- Schulenburg, J. (2007). Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva. En R. Hefendehl (Ed.), La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? (págs. 349-364). Madrid, España: Marcial Pons.
- Zaffaroni, E., Alaglia, A. y Slokar, A. (2002). Derecho penal. Parte General. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Normas jurídicas.

- Acuerdo Interministerial N°. 00002-2020, Edición Especial del Registro Oficial No. 468, Quito, Ecuador, 27 de marzo de 2020.
- Código Orgánico Integral Penal COIP, Suplemento del Registro Oficial No. 180, Quito, Ecuador, 10 de febrero de 2014.
- Constitución de la República, Registro Oficial No. 449, Quito, Ecuador, 20 de octubre de 2008.
- Decreto Ejecutivo No. 1017, Suplemento del Registro Oficial No. 163, Quito, Ecuador, 17 de marzo de 2020.
- Dictamen No. 1-20-EE/20, Edición Constitucional del Registro Oficial No. 41, Quito, Ecuador, 14 de abril de 2020.
- Organización de Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. ohchr.org. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Organización de Estados Americanos. (1969). Convención Americana de Derechos Humanos. oas.org. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm