

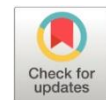


Vulneración de los principios non bis in ídem y de no discriminación con la aplicación de la agravante constitutiva a la infracción del numeral 20 artículo 47 del COIP

Violation of the non bis in idem and non-discrimination principles with the application of the constitutive aggravating circumstance to the infraction of numeral 20 article 47 of the COIP

- 1 Cristian Eduardo Flores Vera  <https://orcid.org/0000-0002-3090-3396>
Universidad Católica de Cuenca – Cuenca Ecuador
cefloresv17@est.ucacue.edu.ec
- 2 Daniel Eduardo Rafecas  <https://orcid.org/0000-0002-4259-122x>
Investigador independiente
drafecas@ucacue.edu.ec



Artículo de Investigación Científica y Tecnológica

Enviado: 12/09/2022

Revisado: 27/10/2022

Aceptado: 11/11/2022

Publicado: 12/12/2022

DOI: <https://doi.org/10.33262/concienciadigital.v5i4.1.2417>

Cítese:

Flores Vera, C. E., & Rafecas, D. E. (2022). Vulneración de los principios non bis in ídem y de no discriminación con la aplicación de la agravante constitutiva a la infracción del numeral 20 artículo 47 del COIP. *ConcienciaDigital*, 5(4.1), 192-211. <https://doi.org/10.33262/concienciadigital.v5i4.1.2417>



CONCIENCIA DIGITAL, es una revista multidisciplinar, **trimestral**, que se publicará en soporte electrónico tiene como **misión** contribuir a la formación de profesionales competentes con visión humanística y crítica que sean capaces de exponer sus resultados investigativos y científicos en la misma medida que se promueva mediante su intervención cambios positivos en la sociedad. <https://concienciadigital.org>

La revista es editada por la Editorial Ciencia Digital (Editorial de prestigio registrada en la Cámara Ecuatoriana de Libro con No de Afiliación 663) www.celibro.org.ec



Esta revista está protegida bajo una licencia Creative Commons Attribution Non Commercial No Derivatives 4.0 International. Copia de la licencia: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Palabras**claves:**

principios,
sanción penal,
debido proceso,
derecho penal.

Keywords:

principles,
criminal
sanction, due
process,
criminal law

Resumen

Este trabajo de investigación se enfocó en el análisis de la vulneración de los principios constitucionales non bis in ídem (no ser juzgado dos veces por la misma causa) y de no discriminación, cuando se aplica la agravante constitutiva a la infracción del numeral 20 artículo 47 del Código Orgánico Integral Penal. Bajo esta perspectiva, es necesario examinar teorías, conceptos, ley, doctrina, jurisprudencia, entre otros documentos que permitirán demostrar el problema planteado en este trabajo académico. Además, es un tema de actualidad puesto que todo procesado por una infracción tiene derecho a la aplicación eficaz del debido proceso, con la finalidad que el Estado a través de sus órganos responsables, garantice la seguridad jurídica de quienes se encuentran inmersos en esta situación. Este trabajo de investigación se realizó a través de un enfoque mixto: cualitativo y cuantitativo; su nivel de profundidad se basará en lo exploratorio descriptivo, aportando al tema planteado. Los métodos que se aplicaron fueron el inductivo - deductivo, analítico – sintético y dogmático jurídico. También se obtendrán datos a través de la técnica de la encuesta utilizando como instrumento el cuestionario.

Abstract

This research work focused on the analysis of the violation of the constitutional principles non bis in idem (not being tried twice for the same cause) and non-discrimination, when the constitutive aggravating circumstance is applied to the infraction of numeral 20 article 47 of the Comprehensive Criminal Organic Code. Under this perspective, it is necessary to examine theories, concepts, law, doctrine, jurisprudence, among other documents that will allow to demonstrate the problem raised in this academic work. In addition, it is a topical issue since everyone prosecuted for an infraction has the right to the effective application of due process, so that the State, through its responsible bodies, guarantees the legal security of those who are immersed in this situation. This research work was conducted through a mixed approach: qualitative and quantitative; its level of depth will be based on the descriptive exploratory, contributing to the proposed topic. The methods that were applied were the inductive - deductive, analytical - synthetic and legal dogmatic. Data will also be obtained through the survey technique using the questionnaire as an instrument.

Introducción

La Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Constituyente, 2008) en el numeral 4 del artículo 66 dispone: “se reconoce y garantizará a las personas: (...) 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”. Por lo tanto, se reconoce el derecho a la no discriminación esto en relación con el numeral 2 del artículo 11 ibidem que establece:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. (Asamblea Constituyente, 2008)

Aunado a lo expuesto, el literal i) del numeral 7 del artículo 76 de la Norma Supra dispone: “nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia” (Asamblea Constituyente, 2008). Bajo este contexto, la Constitución garantiza la no discriminación y el principio del “non bis in ídem”, como una garantía al debido proceso y tiene como objetivo el evitar que una persona sea sancionada dos veces por la misma causa.

En este sentido, las normas infra constitucionales deben guardar armonía con la Norma Suprema; sin embargo, existen contradicciones como del numeral 20 del artículo 47 del Código Orgánico Integral Penal en adelante COIP, que expresa: “Son circunstancias agravantes de la infracción penal: 20. Registrar la o el autor una o más aprehensiones previas en delito flagrante calificado, cuando se trate del mismo delito o atente contra el mismo bien jurídico protegido”.

En base a lo expuesto en líneas anteriores, se puede colegir que existe una contradicción en la normativa entre la Constitución y el COIP, respecto a que existe inconstitucionalidad de la agravante constitutiva a la infracción del numeral 20 del artículo 47, de la norma penal.

Por lo tanto, tal agravante en caso de que el procesado incurra nuevamente en la aprehensión por ser el presunto responsable de un tipo penal que ha sido juzgado anteriormente, aquello empeoraría su situación, evidentemente es atentar contra un

principio básico del proceso penal como es el “non bis in ídem”, además de la falta de aplicación del debido proceso.

Este tema de investigación es de relevante importancia y sobre todo de actualidad, la vigencia de tal agravante constitutiva a la infracción en el COIP, compromete la vulneración de las garantías básicas de todo justiciable, en consideración que tanto los antecedentes penales, como conductas anteriores a la comisión del ilícito son irrelevantes en consideración a la dogmática penal al momento de juzgar tal conducta.

En este sentido, no queda duda de que el derecho a la defensa jamás puede vulnerarse; que una persona no puede ser juzgada dos veces por la misma causa de acuerdo con el principio non bis in ídem, por lo tanto, todo imputado tiene derecho que se garantice la aplicación del debido proceso de acuerdo lo establece la Carta Magna. La Corte Constitucional del Ecuador (2016), en el caso No. 1924-14-EP (sentencia No. 140-16-SEP-CC, 2016), establece:

La non bis in ídem es un principio constitucional que garantiza que nadie sea juzgado más de una ocasión por los mismos hechos y actos, de ahí que este aforismo latino en el contexto penal implica el no ser juzgado dos veces por la misma causa, evidenciando seguridad y certeza jurídica para el presunto infractor.

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 1997), también ha interpretado y analizado el principio non bis in ídem. Así en el caso Loayza Tamayo vs. Perú, señaló:

(...) centrándonos en la naturaleza del non bis in ídem y atendiendo a la disposición del texto constitucional, este principio para ser invocado como una garantía del debido proceso, precisa (únicamente) que exista una resolución proveniente de una causa iniciada ex ante, a un proceso en el cual confluyan cuatro presupuestos que deriven en la prohibición de doble juzgamiento contenida en el principio cuestión, a saber: *eadem personae*, identidad de sujeto, *eadem res*, identidad de hecho, *eadem causa petendi*, identidad de motivo de persecución, y finalmente, al tenor de nuestra Norma Suprema, identidad de materia (...).

Bajo este contexto, es importante señalar que este trabajo de investigación persigue el esclarecimiento que la disposición señalada en el Código Orgánico Integral Penal es contraria a la normativa Constitucional; y, por lo tanto, carece de eficacia jurídica por cuanto toda norma infra constitucional debe estar articulada con la norma supra.

El problema de investigación se basa en las siguientes interrogantes: ¿Cómo se vulnera el principio non bis in ídem frente a la comisión de un mismo delito por el cual una persona fue aprehendida con anterioridad por el mismo tipo penal? ¿Cómo se vulnera el

principio de no discriminación, si en la legislación se aplica la agravante constitutiva de la infracción a una persona que fue aprehendida con anterioridad por la misma causa?

Siendo su objetivo general analizar la vulneración de los principios de no discriminación y non bis in ídem en la agravante constitutiva de la infracción establecida en el numeral 20 del artículo 47 del COIP, a través de ley, doctrina, jurisprudencia, datos estadísticos, con la finalidad exista una aplicación efectiva del debido proceso en la legislación ecuatoriana.

Marco teórico

Principio non bis in ídem

Respecto al principio o regla non bis in ídem, es necesario conocer su evolución, al respecto se establece:

(...) aparece formulada en el diccionario compilado por *Liebs* ‘como *ne bis in idem* (*crimen iudicetur*), cuya traducción literal es como sigue: “que no se sentencie dos veces por un mismo delito”. El deseo de transformar la frase a estilo directo es lo que hace que, en ocasiones, se prefiera expresar esta regla como “non bis in ídem”. (López, 2004, p.14)

El principio non bis in ídem, es una garantía, pues la definición que más emplea la doctrina es que nadie puede ser juzgado, o castigado, dos veces por el mismo hecho. Esta garantía se encuentra reconocida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mismo que en su artículo 14 número 7 establece: “nadie puede ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme” (Asamblea General de las Naciones Unidas. 1977), disposición que no es la más acertada, toda vez que un procesado sí puede ser sujeto a nuevo proceso por medio del recurso de revisión, situación reconocida por el mismo Pacto en su artículo 14 número 6.

Además, la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene una mejor redacción en su artículo 8 numeral 4 que indica “(...) inculpado absuelto por una sentencia firme” es quien no puede ser sometido “a nuevo juicio por los mismos hechos” situación que es confirmada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos [OEA], 1969).

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano el principio non bis in ídem se reconoció en la norma constitucional de 1998, en su artículo 24 número 16, se disponía que nadie podría ser juzgado más de dos veces por la misma causa. Más tarde, con la entrada en vigor de la Constitución (Asamblea Constituyente, 2008), la letra i) del numeral 7 del artículo 76 establece como garantía del debido proceso el principio del non bis in ídem, “nadie podrá

ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia”. Entonces se comprende de manera general, como la prohibición de ser juzgado más de una vez por la misma causa.

Este resulta un principio del derecho moderno siendo reconocido a nivel universal, al respecto el tratadista ecuatoriano Oyarte (2016) explica:

Es necesario que la justicia humana ponga un punto final a la litis, aun corriendo el riesgo de errar o de cometer una injusticia. Es preciso a veces aumentar las posibilidades de error, antes que consagrar una constante inestabilidad. Si pudiera discutirse los derechos sin ninguna limitación no habría prácticamente nunca seguridad de “estar en su derecho”. Hay que sacrificar esa posibilidad de discusión indefinida para tener certeza legal del derecho de cada uno.

De acuerdo con lo expuesto, la seguridad jurídica debe ser garantizada con el objeto de impedir un desequilibrio en el ámbito del derecho. Además, la Corte Constitucional del Ecuador (2014), ha determinado en el caso 0529-12-EP (sentencia No. 012-14-SEP-CC, 2014), lo siguiente:

Así, el principio non bis in ídem y la institución de la cosa juzgada se encuentran íntimamente relacionados, aunque diferenciándose entre sí, en el sentido de que el principio de non bis in ídem atiende al hecho de que nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo hecho y materia (conforme lo determina nuestra Constitución) y la cosa juzgada por su parte, resulta en un atributo, en una calidad que el ordenamiento jurídico destina a la sentencia, cuando esta cumple con los requisitos para que quede firme: sea inimpugnable (cosa juzgada formal) y sea inmutable (cosa juzgada material).

Bajo este contexto, cuando el principio non bis in ídem se ha establecido como garantía que tiene como fin evitar que una persona pueda ser juzgada dos veces por una misma causa, amplía el resguardo de la seguridad tanto individual como social, la protección de derechos de la persona ante el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado.

Esta potestad en el ámbito penal, que tiene como finalidad, esencialmente, el hecho de que la autoridad jurisdiccional ya se haya pronunciado sobre un tipo penal y de esa manera evitar que, ante la aprehensión posterior, no agrave la pena ante otra conducta independiente (Guerra, 2018).

El principio analizado cuenta con dos características relevantes: por un lado, material que se relaciona con la prohibición de sanción doble por una misma causa; y, por otro lado, procesal que se trata de no instaurar un nuevo procedimiento sobre un caso que ya fue resuelto. Así lo explica la Corte Constitucional del Ecuador (2009) (sentencia No. 1149-07-RA):

En efecto, la dimensión material de este principio impide que una persona sea sancionada o castigada dos o más veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento; mientras que en su dimensión procesal se había establecido que tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, es decir, todo esto tiene su fundamento en la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico ante la eventual comisión de un hecho antijurídico. Tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica.

El autor Cabrera (2011), manifiesta que “una persona no puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos que se consideran delictuosos a fin de evitar que quede pendiente una amenaza permanente sobre el que ha sido sometido a un proceso penal anterior” (p.83).

El relevamiento de la doctrina y la jurisprudencia permiten identificar los siguientes campos de aplicación del *ne bis in idem*: a) Con relación a los casos de cosa juzgada; b) Frente a la aplicación de la reincidencia; c) En casos de concurrencia de sanciones administrativas y penales; d) En casos de litispendencia; e) Frente a la determinación de la pena; f) En el concurso de delitos; g) En casos de extradición; h) En el ámbito del derecho penal internacional; e i) Frente al juicio de reenvío. (Vargas, 2021)

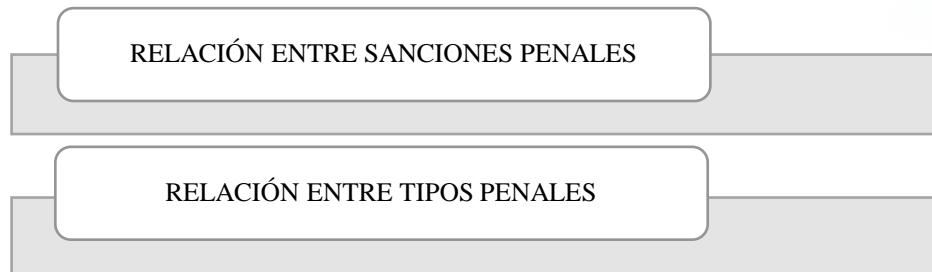
El principio del non bis in ídem constituye una de las garantías del sistema procesal penal menos exploradas por la doctrina. Los motivos que mejor explica esa realidad es la sorprendente complicación de la institución jurídica, que resume muchos de los problemas de la justicia penal. De la misma existen una serie de interrogantes ¿Es una garantía penal sustantiva o procesal? ¿forma parte del derecho al debido proceso? ¿Abarca solo a la sentencia condenatoria o también a un absolutorio firme?

Oyarte (2016) respecto a la garantía del non bis in ídem expresa:

Que nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia (Art. 76, N.º 7, letra i, CE) es lo que impide que las personas sean sometidas a múltiples procesos simultáneos, o que sean procesadas de modo ulterior a haberse concluido una causa previa, lo que no solo se contempla para el Derecho Penal (Arts. 5, N.º 9, COIP y 5 CPP), sino sobre la generalidad de procesos, lo que genera dos institutos: la cosa juzgada y la litispendencia. (p.158)

Figura 1

Ámbito del principio non bis in idem



Respecto a las sanciones penales, cuando existe una resolución penal y otra autoridad incurre sobre la misma cuestión. La solución del hecho se produce por medio de la cosa juzgada. La finalidad de esta garantía es incidir no solo al impedir se condene nuevamente, sino que no exista un segundo proceso. En lo referente a los tipos penales, hace alusión a problemas de índole concursal, entonces se fundamenta respecto que el tipo coincide con una agravante.

Principio de igualdad y no discriminación

La noción de igualdad en el campo del derecho constitucional se resiste las distinciones que se basan en características que puntualizan la pertenencia a ciertos grupos como por ejemplo raza, sexo, religión. Por lo tanto, la noción de la igualdad se habría apoyado en formas que tienen como finalidad el desarrollo de doctrinas específicas. La idea fundamental detrás de esta igualdad y no discriminación se dirige a otorgar los mismos derechos a todos los individuos con la finalidad de garantizar los derechos constitucionales y un juicio justo, mismo que se define como:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme la ley y en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

En esta línea, la agravante constitutiva de la infracción establecida en el numeral 20 del artículo 47 del COIP, vulnera el principio de no discriminación al establecer el hecho de registrar una o más aprehensiones previas en delito flagrante calificado, cuando se trate del mismo delito o atente contra el mismo bien jurídico protegido, obviamente se estaría juzgando a la persona dos veces por la misma causa. En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador (2017) (sentencia No. 072- 17-SEP-CC, caso 1587-15-EP) determina:

Las normas constitucionales e internacionales (...) nos han dejado claro que la igualdad de las personas incluye: a) el principio de no discriminación, mediante el cual se prohíben diferencias que no se puedan justificar con criterios razonables y objetivos, y b) el principio de protección, que se satisface mediante acciones especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva. De allí que la igualdad, impone tratar ‘igual a los iguales’ y ‘desigual a los desiguales’.

De manera específica, es necesario explicar que no existe armonía con la norma suprema, en virtud que ninguna persona puede ser juzgada dos veces por la misma causa. El término discriminación tiene un entorno político, es tratado frecuentemente en el espacio social. Por ello, se enfatiza su naturaleza polisémica.

Se establece que la discriminación se sostiene en juicios que escasean de objetividad, concebido en la colectividad en contraposición de una persona o agrupación. En otras palabras, al momento de establecer un hecho de discriminación, no existen evidencias reconocidas que acrediten a un individuo o entidad que ejercerá este accionar, a realizar exclusiones o diferencias dirigidas a otro ser humano o comunidad (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2019).

Con todo lo expuesto, existe una clara vulneración del derecho a la no discriminación y al principio non bis in ídem (no ser juzgado dos veces por la misma causa), al aplicarse la agravante constitutiva a la infracción del numeral 20, del artículo 47 del COIP.

Los derechos humanos en la actualidad no solo prohíben políticas, condiciones y prácticas discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto es improcedente contra cierto grupo de personas, cuando no se pueda probar la intención directa de tal discriminación.

Se trata de que el Estado y los particulares logren superar circunstancias de injusticia que son víctimas dentro de algunos escenarios sociales. Lo que se busca de manera concluyente, es romper la desigualdad histórica, concibiendo que la desigualdad es una situación social y más no natural. Bajo este contexto, la discriminación es el hecho que transgrede la igualdad de oportunidades.

Es relevante indicar que de forma habitual se utiliza la no discriminación para referirse a la violación de la igualdad de derechos para los individuos por cuestión social, racial, religiosa, orientación sexual, razones de género o étnico culturales, entre otros. Se debe manifestar que, en la actualidad existe un amparo igualitario y consecuente de la no discriminación consagrada en la norma suprema como principio y derecho, así como goza de protección en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En la rama del derecho penal, una de las mayores dificultades, sobre todo en el campo legislativo, es coincidir los discernimientos de las situaciones de la infracción como reconoce el Código Orgánico Integral Penal a las atenuantes y agravantes (Carmigniani

et al., 2016). En virtud de lo expuesto, es necesario conocer la definición de varios términos jurídicos para una mejor comprensión del tema.

Según el Diccionario Panhispánico del español jurídico (2021), constituye agravante: “circunstancia modificativa de la responsabilidad que determina un aumento de la pena correspondiente al delito por suponer una mayor peligrosidad del sujeto o una mayor antijuridicidad de su conducta”. Por lo tanto, se puede colegir que se relaciona a un aumento de la pena por la conducta realizada.

Asimismo, la infracción se determina como: “conducta antijurídica tipificada en una ley como susceptible de ser sancionada, previo el procedimiento establecido, con la imposición de una sanción administrativa o penal” (Diccionario Panhispánico del español jurídico).

Por lo tanto, al ser catalogada como una conducta y que puede obtener una sanción, la legislación ecuatoriana debe precautelar la seguridad jurídica de las personas que sean imputadas en la agravante constitutiva a la infracción del art. 47, numeral 20, del COIP, puesto que el Estado debe velar por garantizar la seguridad jurídica y la aplicación de un debido proceso sin vulnerar principios que van en contra de la norma constitucional.

Análisis del artículo 47 numeral 20 del Código Orgánico Integral Penal

El COIP en el numeral 20 del artículo 47 dispone: “Son circunstancias agravantes de la infracción penal: 20.- Registrar la o el autor una o más aprehensiones previas en delito flagrante calificado, cuando se trate del mismo delito o atente contra el mismo bien jurídico protegido”. Este numeral fue agregado en el artículo 12 de la Ley s/n, del Registro Oficial 107-S, de fecha 24 de diciembre del año 2019.

Ahora bien, la disposición citada con anterioridad infringe de manera evidente los principios analizados en el primer apartado como son la no discriminación y *la non bis in ídem*, mismos que se encuentran dentro de la norma madre del país; además, el juzgador puede agravar la pena, al determinar situaciones como la aprehensión a una persona en delito flagrante, cuando registra una aprehensión anterior por el mismo tipo penal.

En este sentido, el Estado debe velar por la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva, en este escenario, la persona puede haber sido ratificada como inocente en un anterior proceso; no obstante, ese antecedente puede agravar la situación actual, imponiendo un aumento de la pena.

En la misma línea, se ha podido dar cuenta de una evidente incongruencia entre lo dispuesto por el numeral 20 del artículo 47 y el artículo 57 del COIP, este último enuncia:

Se entiende por reincidencia la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada. La reincidencia solo

procederá cuando se trate de la misma infracción penal o se haya atentado contra el mismo bien jurídico protegido en cuyo caso deberán coincidir los mismos elementos de dolo o culpa.

Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio.

Entonces, la reincidencia se constituye cuando ha existido con la repetición de un delito con los mismos elementos subjetivos del tipo penal, puesto que, ya tuvo una sanción con anterioridad, esto implica obviamente incurrir en el pasado judicial de la persona, pues es completamente inconstitucional juzgar a una persona por un mismo acto. Al imponer una pena más rígida al justiciable en caso de ser reincidente, por un hecho delictivo que fue ya juzgado, se afecta de manera evidente al principio material del non bis in ídem. Esto quiere decir, que el hecho originario de la pena no ha quedado atrás, sino al contrario, es considerado para imponer una nueva sanción.

Esta práctica puede ocasionar desviación en el sistema de la regulación de penas que constan dentro del COIP, una persona no puede ser juzgada más de una vez por la misma causa, esto se encuentra establecido tanto en el derecho penal sustantivo como procesal, su función principal hace relación a limitar las condenas que no cumplen con un debido proceso.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se promueve contar con un sistema penal racional, que haga efectivo el debido proceso, y asegure diferentes garantías para aplicar una verdadera justicia. Por lo tanto, las normas infra constitucionales deben emitirse dentro de un marco que guarde absoluta armonía con la Carta Magna y los principios dispuestos en la misma. Al respecto el autor Maier (1999), manifiesta:

no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad. (p.602)

Ahora bien, es importante tratar sobre la proporcionalidad de la pena, este debe establecer límites respecto a las medidas de sanción, pues no se puede emplear las sanciones de manera desmedida, sino velar porque exista una proporcionalidad formal y material entre el resultado lesivo y la pena, a fin de mantener un balance. Para esto se presenta la siguiente tabla, en la que constan los elementos para imponer una pena y no vulnerar el principio non bis in ídem.

Tabla 1*Elementos para imponer una pena*

Elemento	Explicación
Necesidad	Situación para enfrentar el problema y debe aplicarse.
Idoneidad	Medida adecuada.
Proporcionalidad	Derechos que se pueden afectar respecto a los fines que busca el Estado.

La Constitución en el artículo 76 numeral 6 contempla: “la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales (...)”. Esta disposición establece que el órgano legislativo, genere penas controladas; es decir, deben ser determinadas en relación de los daños provocados por el cometimiento del delito.

Seguridad Jurídica y Tutela Judicial Efectiva

La Corte Constitucional del Ecuador (2020), sentencia No. 1000-17-EP/20, sentencia No. 1000-17-EP, se ha pronunciado respecto a la seguridad jurídica y al respecto establece:

De conformidad con el artículo 82 de la CRE, el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes. Por lo cual, el papel de los jueces constitucionales es fundamental para la protección de derechos constitucionales, en el sentido de que se constituyen en los actores protagónicos del respeto a la Constitución.

De acuerdo con el tema en revisión, se evidencia la vulneración a la seguridad jurídica, pues las personas durante el proceso deben tener la protección judicial, situación que no se cumple al aplicar el numeral 20 del artículo 47 del COIP, como se ha explicado a lo largo de este artículo. La seguridad jurídica como parte del derecho debe estar basada en situaciones de tipo fundamental que obedece a un legítimo orden jurídico, que tiene como objetivo constituir de forma positiva la justicia, respeto de los derechos fundamentales y a velar por el interés común. Este es el fin que se requiere, pero que no cumple el artículo citado del COIP.

Por otro lado, en lo referente a la tutela judicial efectiva, es un derecho otorgado por el Estado a las personas, esto con la finalidad de garantiza el acceso a la justicia, así lo establece el artículo 75 de la norma suprema que contempla:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de

inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

En el caso que corresponde a este artículo, al no respetar los principios del non bis in ídem y de no discriminación con la aplicación del numeral 20 del artículo 47 del COIP, no existe una tutela judicial efectiva, ya que esta debe estar presente durante todo el proceso, desde el inicio, hasta culminar con una sentencia, pues este es un derecho inherente al ser humano, pues el Estado debe garantizar que a través de sus órganos de justicia se dé una prestación integral de los servicios, pues esta tutela está acompañada de un abanico de derechos que como se ha dicho el Estado debe precautelar a todas las personas que formen parte de un proceso, evitando las ilegalidades que se pudieren presentar dentro del procedimiento.

Más allá de lo expuesto la tutela judicial efectiva, tiene como finalidad un proceso justo para la persona del imputado en el caso que nos ocupa, este derecho está compuesto por:

a) el derecho de acceder a los órganos de justicia, el cual implica universalidad, gratuidad, igualdad y debido proceso. b) obtener una sentencia motivada y congruente. c) que la sentencia se ejecute de manera efectiva. d) derecho al recurso legalmente previsto. Es decir, para que sea realmente efectiva esta tutela que empieza con el acceso a los órganos de justicia, debe concluir con una decisión posible y materialmente ejecutable. (López, 2013, p.21)

En virtud de la cita, la tutela judicial efectiva hace alusión, a que la persona del imputado pueda acceder a un proceso justo y a través de las vías oportunas, los órganos de justicias deben precautelar la tutela de sus derechos, con la finalidad de llegar a la justicia. En este caso, esta tutela se vulnera con la aplicación del numeral 20 del artículo 47, puesto que, denota que se han echado de menos el principio non bis in ídem y de no discriminación.

Metodología

Este trabajo de investigación se realizó con la utilización del enfoque mixto, es decir, cualitativo y cuantitativo. El enfoque cualitativo nos permitió obtener información relevante sobre el tema a través de las bases de datos científicas, la teoría fundamentada y el análisis de la ley, doctrina y jurisprudencia que permitieron explicar a cabalidad la vulneración de los principios constitucionales con la aplicación de la agravante constitutiva a la infracción tipificada en el numeral 20 del artículo 47 del COIP.

El enfoque cuantitativo, nos permitirá obtener datos estadísticos que permitan demostrar el problema planteado en esta investigación. El nivel de profundidad se basó en el exploratorio – descriptivo; exploratorio, por cuanto existe poca recopilación de datos del tema planteado; y descriptivo, puesto que se acentuarán teorías emitidas por los tratadistas

del derecho en investigaciones anteriores que permitirán presentar resultados eficaces en este proyecto.

Los métodos aplicados en este artículo fueron el inductivo – deductivo, que nos permitió obtener datos partiendo de particularidades hasta llegar a generalidades e inversa; además, la aplicación del método analítico – sintético cabe dentro de esta investigación puesto que se fragmentaron datos a través del análisis para luego componerlos a través de una síntesis fundamentada.

La aplicación del método dogmático – jurídico permitió la elaboración de una teoría sistemática del derecho positivo, sin formular sobre el mismo ningún juicio de valor. Las encuestas serán una técnica que se llevará a cabo a través de un muestreo probabilístico, teniendo como población los abogados registrados en el Foro del Consejo de la Judicatura de la ciudad de Azogues, utilizando el instrumento del cuestionario.

Resultados

Universo de estudio y tratamiento muestral

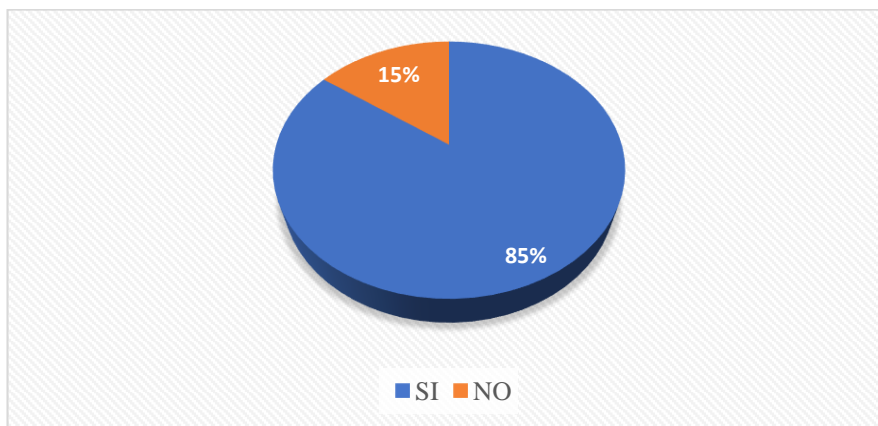
Para este trabajo de investigación se utilizó el muestreo aleatorio que es una técnica de muestreo probabilístico, del total de la población en este caso los abogados inscritos en el Foro del Consejo de la Judicatura del Cañar de manera aleatoria se envió la encuesta, la muestra fue de 60 personas entre ellos jueces, fiscales, abogados en libre ejercicio profesional, conocedores del tema.

Tratamiento estadístico de la información

Los datos fueron obtenidos a través del instrumento cuestionario, este fue realizado en vía telemática utilizando los formularios realizados por Google (<https://docs.google.com/forms>), la información obtenida se fue procesando en tablas de datos a través de la información aportada por los abogados involucrados en la investigación, su tabulación se realizó programa Microsoft Excel versión 2019.

Figura 2

La aprehensión en delito flagrante vulnera los principios de no discriminación y non bis in ídem

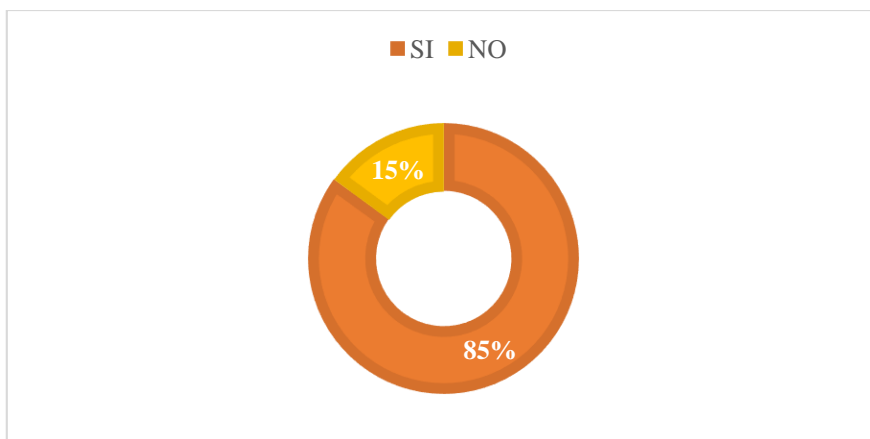


Nota: Abogados del Consejo de la Judicatura

De acuerdo con la información que consta dentro del gráfico estadístico, el 78 % de abogados tienen el criterio que la agravante constitutiva a la infracción tipificada en el numeral 20 del artículo 47 del COIP vulneran los principios de no discriminación y non bis in ídem, mientras el 22% considera que no.

Figura 3

Presentar una acción de inconstitucionalidad



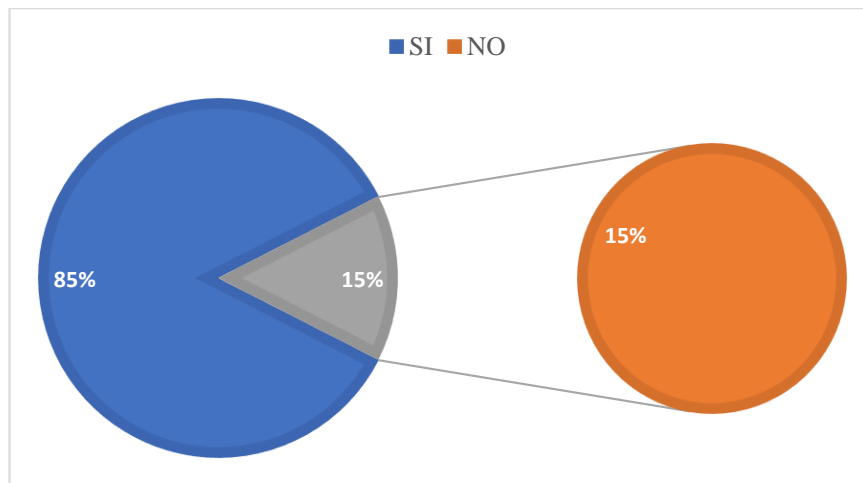
Nota: Abogados del Consejo de la Judicatura

Respecto a la necesidad de presentar una acción de inconstitucionalidad, respecto de la aprehensión previa en delito flagrante calificado cuando se trate del mismo delito o atente contra el bien jurídico protegido, artículo 47.20 del COIP, los abogados han

respondido el 78% a favor de esta necesidad, mientras el 22% lo ha considerado innecesario.

Figura 4

Seguridad jurídica a través de los principios non bis in ídem y de no discriminación



Nota: Abogados del Consejo de la Judicatura

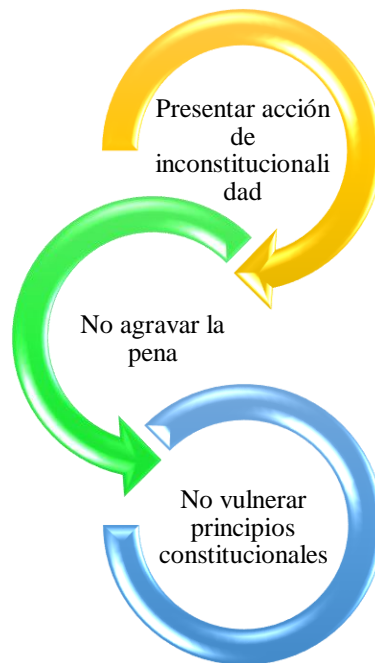
De acuerdo con la información que se evidencia en el gráfico, el 85% de los abogados encuestados establece que el Estado debe velar por la seguridad jurídica a través de los principios non bis in ídem y de no discriminación al momento de graduar la imposición de penas, sin embargo, el 15% ha emitido su criterio que no.

Discusión

Este problema de investigación se puede solucionar a través de un planteamiento de inconstitucionalidad de la norma ante la Corte Constitucional, de la disposición que consta dentro del numeral 20 del artículo 47 del COIP, esto consentirá que cuando el juzgador instituya el fallo o sentencia condenatoria no agrave la pena, pues al establecer un hecho agravante como es delito flagrante en que se ha logrado aprehender al individuo, obviamente se vulneran los principios constitucionales. Como se ha expuesto a lo largo de este trabajo de investigación, los principios directamente vulnerados son la no discriminación y la non bis in ídem.

Figura 5

Propuesta



Conclusiones

- De acuerdo con el numeral 20 del artículo 47 establecido en el COIP, es posible que el juzgador respecto de la pena la pueda agravar, esto cuando se trata de una aprehensión por un mismo hecho delictivo en delito flagrante, siendo una situación que puede ser catalogada como antijurídica, existiendo la necesidad de seguir con un debido proceso, con el objeto de resolver de manera eficaz la responsabilidad del delito imputado.
- Por otro lado, al aplicarse la disposición del COIP, se vulneran principios constitucionales como la non bis in ídem y el de no discriminación, pues ninguna persona puede ser juzgada dos veces por la misma causa, como tampoco recibir discriminación por su pasado judicial, situación que se evidencia en este contexto.
- El Estado a través de sus poderes tanto legislativo como judicial, debe velar por medidas o sanciones que no vulneren los principios constitucionales, así como tampoco la situación procesal de la persona; es decir, debe garantizar la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva, con la finalidad que exista un verdadero debido proceso en el que se garantice la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva a los justiciables para llevar a buen recaudo un proceso sobre todo de índole penal, en que la libertad de la persona depende de llevar un juicio justo.

- La aplicación del artículo mencionado a lo largo del trabajo de investigación denota de manera clara, la vulneración de principios constitucionales, que dejan en entredicho el debido proceso que debe ser garantizado al justiciable.

Conflicto de intereses

No existe conflicto de intereses con respecto a la información y análisis presentado en el documento.

Referencias Bibliográficas

Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República*. Montecristi: Registro Oficial N° 449.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1977). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

Cabrera Paredes, R. (2011). *La reincidencia vulnera el “Non bis in ídem*. Ciencia Amazónica.

Carmigniani, E., García Larriva, H., & Cepeda, C. (2016). Arbitraje en Ecuador: Desarrollo Jurisprudencia y Reformas Legales Recientes. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*.

Corte Constitucional del Ecuador. (8 de junio de 2009). Sentencia Nro. 1149-07-RA

Corte Constitucional del Ecuador. (15 de enero de 2014). Sentencia Nro. 012-14-SEP-CC, Caso 0529-12-EP

Corte Constitucional del Ecuador. (27 de abril de 2016). Sentencia Nro. 140-16-SEP-CC, Caso Nro. 1924-14-EP

Corte Constitucional del Ecuador. (15 de marzo de 2017). Sentencia Nro. 072- 17-SEP-CC, Caso 1587-15-EP

Corte Constitucional del Ecuador. (23 de septiembre de 2020). Sentencia No. 1000-17-EP/20, Sentencia No. 1000-17-EP

Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (17 de septiembre de 1997). *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*

Defensoría del Pueblo de Ecuador. (2019). *El derecho a la igualdad y no discriminación de las personas*.

Diccionario Panhispánico del español jurídico. (22 de diciembre de 2021).
<https://dpej.rae.es/>

Guerra Padilla, L. (2018). <https://repositorio.uasb.edu.ec>.
<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6125/1/T2632-MDEM-Guerra-La%20aplicacion.pdf>

López Barja de Quiroga, J. (2004). *El principio non bis in idem*. Dykinson.

López, M. (2013). *Tutela Judicial Efectiva en la ejecución de sentencias expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Ecuador*. UASB.

Maier, J. (1999). *Derecho Procesal Penal. I Fundamentos*. Editorial del Puerto.

Organización de los Estados Americanos [OEA]. (22 de Noviembre de 1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*. Obtenido de <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>

Oyarte Martínez, R. (2016). *Debido Proceso*. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Vargas, N. O. (2021). *Ne bis in ídem y juicio de reenvío*. Universidad Nacional de Lanús.

El artículo que se publica es de exclusiva responsabilidad de los autores y no necesariamente reflejan el pensamiento de la **Revista Conciencia Digital**.



El artículo queda en propiedad de la revista y, por tanto, su publicación parcial y/o total en otro medio tiene que ser autorizado por el director de la **Revista Conciencia Digital**.



Indexaciones

