

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

**La inexigibilidad de otra conducta en el encubrimiento entre
cónyuges y parientes próximos, a la luz del Código Orgánico
Integral Penal**

Miguel E. Coronel Endara

Trabajo de titulación como requisito para la obtención de título de abogado

Director: Santiago Escobar Saráuz

Quito, 19 de marzo de 2018

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

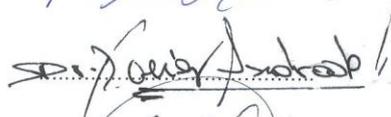
“La inexigibilidad de otra conducta en el encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos, a la luz del Código Orgánico Integral Penal”

Miguel Coronel Endara

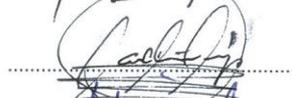
Mgr. Santiago Escobar
Director del Trabajo de Titulación



Dr. Xavier Andrade
Lector del Trabajo de Titulación



Dra. Gladis Proaño
Lectora del Trabajo de Titulación



Dr. Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, mayo del 2018

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA**

TESINA/TITULO: Inexigibilidad de otra conducta en el encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos, a la luz del Código Orgánico Integral Penal

ALUMNO: Miguel Coronel Endara

E VALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

El problema que se plantea adquiere relevancia a partir de la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal en el año 2014. Se trata de la exclusión del supuesto de inexigibilidad a favor del cónyuge y pariente cercano que comete actos de encubrimiento. El tema gira en torno al estatus de punibilidad que recae sobre la conducta de encubrimiento, que se encuentra tipificada como delito autónomo bajo el tipo penal de fraude procesal, y que le es exigible, y por lo tanto punible, al cónyuge y pariente cercano encubridor. El aumento del poder punitivo estatal que deviene de éste estatus de punibilidad, es a consideración del investigador excesivo. Por esto, es trascendental que se discuta a nivel doctrinario sobre las consecuencias de esta exclusión, y sobre la necesidad de revisar la conveniencia de incluir a este supuesto de inexigibilidad, más aún, cuando no existe en el país trabajos que aborden el tema de manera específica.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis se centra en la punibilidad que recae sobre la conducta de encubrimiento efectuada por un cónyuge o pariente cercano, toda vez que éstos pasan a ser penalmente responsables. Para el investigador, la exclusión de la inexigibilidad en la ley, conlleva a que el juez penal no se encuentre en posición de dejar esta conducta impune. La hipótesis adquiere trascendencia, cuando se analiza la amplitud que en un determinado proceso se le conceda al principio de inexigibilidad. Es fundamental encontrar el límite de aplicación del mencionado principio, puesto que las consecuencias en cuanto a punibilidad difieren dependiendo del alcance que se le otorgue.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

El investigador recoge en su trabajo de investigación bibliografía nacional e internacional, abarcando diversos temas de dogmática penal. Se ha hecho uso de obras antiguas de notables doctrinarios como Welzel (1959), así como obras modernas como la de Román Márquez (2015). Es importante el uso bibliográfico de otras ciencias que apoyan su argumentación, como las de Hoquet o Myers. El autor hace un adecuado análisis del tratamiento que se le da al tema de investigación en los países de la región, se ha apoyado a su vez, en jurisprudencia extranjera, ante la falta de sentencias nacionales que discuten la inexigibilidad de la conducta en cuestión en los últimos años, a partir de su exclusión. Por lo que los materiales bibliográficos y documentos de soporte han producido un adecuado desarrollo estructural del contenido.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

El trabajo de investigación se compone de cuatro capítulos en poco más de cuarenta páginas. El capítulo 1 aborda conceptos introductorios que sirven como base para el desarrollo del resto de capítulos. Inicia con una definición de encubrimiento, desde la descripción de la conducta penalmente relevante. Posteriormente aborda las características del encubrimiento sin profundizar en cada una de ellas. Luego continúa con la descripción de las distintas clases de encubrimiento, haciendo alusión a la terminología empleada por el legislador al tipificar esta conducta. Termina el estudio del encubrimiento con una adecuada discusión sobre su tratamiento como forma de participación y como delito de características autónomas (p. 6). Hace luego un repaso de la situación anterior al nuevo código y una comparación con el actual. Posteriormente entra a analizar el tema de investigación que consiste en el encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos, aquí el autor se refiere a la exclusión de la inexigibilidad y especula sobre la causa de dicha exclusión. Sigue con el desarrollo de conceptos introductorios y se refiere al principio de inexigibilidad de manera general, así como la consideración al supuesto de inexigibilidad en cuestión, como causa de inculpabilidad o de excusa absolutoria (p.10). Considera apropiado al menos dedicarle un pequeño espacio de su trabajo a la teoría de exclusión de la pena, por cuanto la mayor parte de la doctrina española, considera a la inexigibilidad de otra conducta, en el encubrimiento entre cónyuges y parientes cercanos, como un caso de excusa absolutoria. El autor relaciona estos temas de manera oportuna con la respuesta a la pregunta de investigación que desarrolla en el tercer capítulo. Finalmente, de la misma forma que lo hace en el encubrimiento analizado de manera general, el autor dedica un acápite para el análisis de la legislación anterior y actual en relación al encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos. El segundo capítulo inicia con una revisión histórica del desarrollo doctrinario del concepto de inexigibilidad, aterrizando en el supuesto en cuestión relativo al encubrimiento entre cónyuges y parientes cercanos. Posteriormente hace un análisis de legislación comparada tomando en cuenta países cercanos. De manera muy breve, se refiere a las legislaciones que no contienen la inexigibilidad en cuestión, como es el caso de Colombia. Continúa con aquellas legislaciones que sí incorporan la inexigibilidad en el encubrimiento entre parientes y cónyuges, haciendo un suficiente análisis del tratamiento del encubrimiento como delito autónomo así como de los tipos de encubrimiento que abarca la inexigibilidad (p.18). Continúa con el análisis jurisprudencial, que no es abundante a nivel local, por lo que recurre al análisis de una sentencia de la Corte de Casación colombiana que resuelve varios de los puntos contenidos en el trabajo de investigación (p.24). En el tercer capítulo ciertamente hay mayor profundidad en el desarrollo doctrinario, a partir del uso adecuado de fuentes bibliográficas. El autor delimita la discusión de la inexigibilidad a partir de una causa de inculpabilidad, negando su concepción como excusa absolutoria. El posicionamiento de la inexigibilidad en la culpabilidad, le permite aproximarse a la comprobación de su hipótesis, a partir del alcance que le otorga a la aplicación de las causas de culpabilidad. Inicia negando por razones de seguridad jurídica y respeto al principio de legalidad, una aplicación de tipo supra legal, el autor considera que dicho alcance no amerita mayor análisis por lo que le dedica poco espacio de su trabajo. Continúa con un análisis más profundo donde destaca una mayor amplitud y profundización, en la aplicación por analogía, realizando una adecuada comparación del supuesto jurídico de inexigibilidad en la conducta de encubrimiento con la conducta de obligación de denunciar (p. 33). El autor no se dirige hacia la negación del uso de la analogía en el derecho penal, sino que

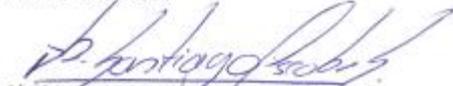
niega que exista una norma que permita extender el supuesto de hecho de la inexigibilidad en el encubrimiento entre cónyuges y parientes cercanos. Comprueba de esta manera su hipótesis de que la conducta es punible, al entender que la extensión del alcance de la inexigibilidad se circunscribe únicamente a los casos previstos en la ley. El autor decide completar su trabajo de investigación con un estudio de las razones por las cuales la conducta en cuestión debe ser inexigible, apoyándose en la ciencia de la psicología criminal (p.35). Con esto, estima conveniente proponer una reforma al Código Orgánico Integral Penal, que consista en incluir el supuesto de inexigibilidad en el encubrimiento entre cónyuges y parientes cercanos, excluyendo los casos de aprovechamiento, y limitando su alcance al cónyuge y a los ascendientes, descendientes y hermanos.

Si bien es discutible el nivel de exigibilidad que debe recaer sobre el cónyuge y pariente cercano encubridor, reconozco su capacidad de identificar un problema de trascendencia y actualidad, así como su iniciativa de no solo resolver el estatus actual de punibilidad, sino de recomendar una reforma al Código, con base a un apropiado sustento dogmático.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación. Durante el desarrollo del trabajo investigativo, se formularon observaciones a los capítulos uno y dos durante el mes de enero, tanto de fondo como de forma. Durante el mes de febrero el resto del trabajo, esto es, tercer capítulo y páginas preliminares y finales, fue monitoreado mediante entregas y reuniones semanales. El trabajo terminado y corregido fue entregado la segunda semana de marzo. Se cumplieron todos los requerimientos de investigación, bibliografía mínima y metodología para el desarrollo de trabajos investigativos según las exigencias y reglamento de la USFQ.

Por todo lo expuesto, al haberse desarrollado en presente trabajo dentro de los requerimientos mínimos para la elaboración de tesinas, la apruebo.

FIRMA DIRECTOR:



Ab. SANTIAGO F. ESCOBAR SARAUZ.

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma: -----

Nombre: Miguel Esteban Coronel Endara

Código: 00024183

C. C.: 1002772430

Fecha: Quito, 19 de marzo de 2018

Agradezco a:

Mi familia y director, por el apoyo brindado durante la investigación.

Resumen

El delito de encubrimiento, como estaba concebido en el Código Penal anterior, incorporaba una causal de inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta a favor de los cónyuges y parientes próximos encubridores. La actual tipificación del encubrimiento, bajo el delito autónomo de fraude procesal, no incorpora dicha causal. La presente investigación pretende determinar cuál es el estatus actual de punibilidad del cónyuge y pariente encubridor.

Abstract

The crime of concealment, as it was conceived in the previous Penal Code, incorporated an exemption from criminal liability in favor of the spouses and close relatives who concealed. The current treatment of this crime, under the autonomous offense of Procedural Fraud, does not include such an exemption. This work seeks to determine what is the current status of criminal liability regarding the spouse and close relatives who conceal.

Índice

| | |
|---|----|
| Introducción | 1 |
| Capítulo I | 3 |
| El encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos | 3 |
| 1.1 El encubrimiento | 3 |
| 1.1.1 Características del encubrimiento | 4 |
| 1.1.2 Clases de encubrimiento | 5 |
| 1.1.3 El encubrimiento incorporado a la participación | 6 |
| 1.1.4 El encubrimiento como delito autónomo | 6 |
| 1.1.5 Legislación aplicable en el Ecuador en relación al encubrimiento | 7 |
| 1.2 Encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos | 9 |
| 1.2.1 Inexigibilidad de otra conducta | 10 |
| 1.2.2 Teoría de la excusa absolutoria | 11 |
| 1.2.3 Teoría de la inculpabilidad | 12 |
| 1.2.4 Legislación aplicable en el Ecuador en relación al encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos | 13 |
| Capítulo II | 15 |
| Evolución histórica, legislación comparada y jurisprudencia | 15 |
| 2.1 Evolución histórica | 15 |
| 2.2 Legislación comparada | 17 |
| 2.2.1 Ausencia de norma expresa de inexigibilidad | 17 |
| 2.2.2 Incorporación del supuesto de inexigibilidad | 18 |
| 2.3 Jurisprudencia | 21 |
| 2.3.1 Estatus anterior | 22 |
| 2.3.2 Estatus actual | 23 |
| Capítulo III | 27 |
| La punibilidad del encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos | 27 |
| 3.1 Alcance del principio de inexigibilidad de otra conducta | 27 |

| | | |
|--------------|--|-----------|
| 3.1.1 | Efecto del principio de inexigibilidad de otra conducta como causa de inculpabilidad | 28 |
| 3.1.2 | Aplicación supralegal | 30 |
| 3.1.3 | Aplicación por analogía | 31 |
| 3.1.4 | Aplicación legal | 34 |
| 3.2 | Valoración axiológica de la inexigibilidad de otra conducta en el encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos | 35 |
| 3.2.1 | Selección de parentesco | 35 |
| 3.2.2 | Aceptación social | 37 |
| 3.3 | Recomendación de reforma al Código Orgánico Integral Penal | 37 |
| | Capítulo IV | 39 |
| | Conclusiones | 39 |
| | Bibliografía | 41 |

Introducción

El 10 de febrero de 2014, en el Registro Oficial número 180, se publicó el Código Orgánico Integral Penal, una de sus reformas consistió en la exclusión del encubrimiento dentro de la participación en el delito. Así mismo, se excluyó al supuesto de inexigibilidad de otra conducta que favorecía a los cónyuges y parientes próximos encubridores. Anteriormente, éstos no eran penalmente responsables, a partir de una causa de inculpabilidad fundamentada en el principio de inexigibilidad.

El encubrimiento es tratado en la actualidad como delito autónomo en nuestro Código y los elementos del tipo penal objetivo son los mismos que estaban incorporados en el Código anterior. Por ser la administración de justicia el bien jurídico protegido en el encubrimiento, el legislador decidió introducirlo dentro del denominado delito de fraude procesal, conservando sus características en relación a los tipos de encubrimiento y en cuanto al verbo rector de cada una de sus conductas. Lo que se dejó de lado fue el supuesto de inexigibilidad que favorecía al cónyuge y pariente cercano encubridor. Esta exclusión, como se verá más adelante, seguramente fue deliberada.

Se afirma, que se deja en un estado de exigencia de conducta adecuada a derecho al cónyuge y parientes encubridores, que consiste en abstenerse de ejecutar actos de favorecimiento en beneficio de éstos, exigiendo así la norma un comportamiento que sale de la esfera de la autodeterminación del individuo, contrariando el principio de inexigibilidad que informa al derecho penal y aumentando el poder punitivo del Estado.

Uno de los indicios por los cuales se cree que no fue un descuido por parte del legislador, radica en la inclusión de este supuesto de inexigibilidad en el debate del proyecto de aprobación del nuevo Código. Así mismo, un análisis de la legislación comparada nos revela que son varios los países en nuestra región que se decantan por no incorporar un supuesto de inexigibilidad en el encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos. En efecto, una reciente sentencia de la Corte de Casación colombiana afirma la legitimidad de su exclusión en ese país. Esta información, junto con un entendimiento de la historia y evolución del principio de inexigibilidad, permitirá aclarar cuál es el estado actual de punibilidad del encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos así como cuál debería ser.

La inexigibilidad como principio encuentra su mayor expresión en la culpabilidad, por lo que se puede afirmar que el supuesto de inexigibilidad contenido en el Código Penal anterior, resultaba en un eximente de responsabilidad por ausencia de culpabilidad, o lo que es lo mismo, una causa de inculpabilidad. Las causas de inculpabilidad tienen diferentes alcances de aplicación, según la postura que se tome; dando como resultado un estado de punibilidad o no en relación a este supuesto fáctico.

La presente investigación pretende demostrar que el juzgador no posee las herramientas jurídicas necesarias para otorgarle un alcance amplio al principio de inexigibilidad, como causal de inculpabilidad, por lo que la conducta de encubrimiento efectuada por el cónyuge y parientes próximos es en la actualidad punible.

Capítulo I

El encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos

1.1 El encubrimiento

El supuesto de inexigibilidad materia del presente trabajo, se encuadra en lo que la doctrina denomina encubrimiento, éste se encuentra contenido en el Código Orgánico Integral Penal como delito autónomo, bajo el delito de fraude procesal. Por lo tanto, vale iniciar con el esclarecimiento de conceptos básicos sobre encubrimiento, así como del supuesto de inexigibilidad en el encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos.

El encubrimiento, esto es, la acción de encubrir un delito, puede ser examinado jurídicamente desde dos enfoques: aquel que lo encuadra dentro de la participación; y aquel que lo hace como delito con características autónomas, enfoques que se desarrollarán más adelante. Sin embargo, como supuesto fáctico, existen varios puntos que no son generalmente discutidos por la doctrina y que permitirá acercarse a un concepto de encubrimiento, abstrayéndose de la disyuntiva antes descrita.

En términos generales, el encubrimiento es aquella conducta posterior a la ejecución de un delito, que busca impedir el descubrimiento del mismo¹, pretendiéndose evitar que el delincuente eluda la pena y se asegure de los frutos del delito². Del análisis más riguroso de la técnica jurídica empleada por el legislador, se aproximará a una definición más precisa. El término encubrimiento es definido por la Real Academia Española como aquella conducta delictiva consistente en participar en un delito con posterioridad a su ejecución, evitando el descubrimiento de sus autores o auxiliándolos para que obtengan los beneficios de su acción³.

¹ En relación a la relevancia del elemento impedir el descubrimiento del ilícito, la Corte de Valparaíso en sentencia de 29 agosto 2003. L.P. N° CL/JUR/1594/2003. Citado en Serra Cruz Diva Francesca. *Recepción El Encubridor en la Jurisprudencia Chilena*. Memoria de prueba para optar al título de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago, 2014.

² García Pérez, Octavio. *Encubrimiento y su problemática en el Código Penal*. Barcelona, 2009, p 23.

³ Diccionario de la lengua española (23.ª edición). Madrid, España. <http://dle.rae.es/?id=FAMTsFb> (Acceso: 27/02/2018)

1.1.1 Características del encubrimiento

Autores como Curuy Urzúa, enuncian como características comunes a toda forma de encubrimiento, a las siguientes: intervención posterior a la ejecución del crimen, subsidiariedad, y, conocimiento de la perpetración del hecho o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo⁴.

La posterioridad es la característica fundamental del encubrimiento, además es la que genera admonición entre los autores que sostienen que es desacertada su inclusión dentro de la participación⁵; ésta implica que el encubrimiento se realice con posterioridad a la ejecución de la conducta típica; vale notar que, en opinión de Albán Gómez, si existió acuerdo previo y actuación posterior, entonces se estaría ante una conducta que tendría que ser calificada como complicidad⁶.

La subsidiariedad se refiere a aquella circunstancia excluyente de otra forma de participación, i.e., autoría y complicidad. Resuelve así, un posible conflicto de concurrencia de las diferentes formas de participación; además, excluye el denominado “auto encubrimiento” punible⁷. Acertadamente, Albán Gómez manifiesta que al realizar el autor o cómplice actos de encubrimiento, esa condición de participación absorbería a la del encubridor, siendo esta última de menor gravedad⁸.

La característica de conocimiento, implica que el encubridor deba saber que su conducta ayuda al autor o cómplice de un delito, más aún, es necesario que el encubridor tenga certeza que su acto este encaminado a este propósito⁹. La mayoría de legislaciones incorporan una expresa alusión a la *conducta delictiva*, por lo que se excluye la punibilidad del encubrimiento relativo a una falta¹⁰.

⁴ Curuy Arzúa, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, 1997, p 243.

⁵ En este sentido se han manifestado, entre otros, Solari Tito en, “Encubrimiento y Delito Culposo” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, No. 2. (1978) p.205 y Albán Gómez. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito, p.251.

⁶ Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho.. óp, cit.* p. 251.

⁷ Curuy Arzúa, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, 1997, p 250.

⁸ Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho.. óp, cit.* p. 252.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ García Pérez, Octavio. *El encubrimiento y su problemática en el Código Penal*. Barcelona, 2009, p.133

Finalmente, varios autores consideran a su vez al elemento objetivo de favorecimiento como característica del encubrimiento, esto es, que la conducta de encubrimiento beneficie a quien comete el acto delictivo¹¹.

1.1.2 Clases de encubrimiento

Se puede, a su vez, clasificar a la conducta efectuada en el encubrimiento en diferentes clases; pudiendo éstas ser de carácter personal, real, de aprovechamiento o de alteración de la verdad¹². De manera breve se examinará cada una de ellas.

El favorecimiento personal consiste en actos u omisiones que estén direccionados hacia el encubrimiento de quien comete el acto delictivo¹³; es común encontrar en la ley penal términos como escondite o alojamiento para describir esta conducta¹⁴.

Por otro lado, el favorecimiento real es un tipo de encubrimiento que consiste en beneficiar al autor o cómplice teniendo en cuenta los objetos o cosas¹⁵; es común dentro de esta figura, la utilización de la siguiente terminología por parte del legislador: pruebas o instrumentos del delito¹⁶.

El aprovechamiento, de acuerdo a Albán Gómez “consiste en proporcionar al delincuente de los medios para que se aproveche de los efectos del delito cometido”¹⁷.

¹¹ Así lo entienden, entre otros, GARCIA PEREZ, *El encubrimiento y su problemática en el Código Penal*. Barcelona, 2009, p.91 y ALBÁN GÓMEZ, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, Quito, p.252.

¹² Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho.. óp, cit.p. 252*

¹³ Figari, Rubén Enrique. *Casuística Penal: doctrina y jurisprudencia, Parte General*. Mendoza, 1999, p 454.

¹⁴ Regulado en el Art. 272 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano en los siguientes términos: “La persona que con el fin de inducir al engaño a la o al juez, en el curso de un procedimiento civil o administrativo, antes de un procedimiento penal o durante él... será sancionada quien conociendo la conducta delictuosa de una o varias personas, les suministren alojamiento o escondite, o les proporcionen los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido.”

¹⁵ Castellano, Martín. Encubrimiento. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpccomentado/cpc37775.pdf> (Acceso:23/03/2017)

¹⁶ Prevista en el Art. 272 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano de la siguiente manera: “... les favorezcan ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción...”

¹⁷ Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho.. óp, cit. p. 253*.

La alteración de la verdad se produce cuando quién está llamado por su arte o profesión a practicar el examen de elementos que ayuden a esclarecer el acto punible, no lo haga, ocultando o alterando la verdad¹⁸.

Para terminar este apartado, corresponde aclarar que la calidad de menor gravedad del acto encubrimiento, en los ordenamientos jurídicos que lo incorporan como forma de participación, se ve reflejada en una pena inferior a la del delito principal.

1.1.3 El encubrimiento incorporado a la participación

En la actualidad, esta teoría goza de mínima aceptación con relación a aquella que considera al encubrimiento como delito con características autónomas, el encubrimiento entendido de esta forma, fue estudiado por los clásicos. El referente de la escuela clásica, Francesco Carrara, se refirió a los *continuadores del delito*¹⁹, sin embargo, a decir de Osman Maldonado, si el encubridor interviene después de la acción principal para ayudar a *mantener* el delito mismo, pasará entonces a ser coautor o cómplice²⁰.

1.1.4 El encubrimiento como delito autónomo

El autor de este trabajo de investigación y la gran mayoría de la doctrina²¹ se inclinan por favorecer esta postura, que comenzó a operar a partir de fines del siglo XIX, uno de los mayores defensores del carácter independiente del encubrimiento fue Binding²².

García Zavalla afirma que es imposible la participación posterior a un delito ya consumado, ya que la esencia de la causa está en preceder al efecto, éste autor considera que si bien el encubrimiento es un delito autónomo, no deja de ser derivado de otro delito que se configura en presupuesto indispensable para la existencia de éste, es decir, tendría el carácter de “*delito sucesivo*”, pero no propiamente de delito accesorio²³. Bajo la misma

¹⁸ *Ibíd*, p.253

¹⁹ Carrara, Francesco. *Teoría de la tentativa y de la complicidad, o del grado de la fuerza física del delito*. Madrid, 1877, p.237.

²⁰ Maldonado Osman, Pedro. *Anotaciones sobre el Concurso de Personas en el Delito*, 1979, p.25

²¹ En este sentido Zaffaroni Raúl en *Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, 2000*, y Donna Egardo en *La Autoría y Participación Criminal*. Buenos Aires, 2002.

²² Zaffaroni, Raúl. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, 2000, p. 761.

²³ Zavalla García, Rafael. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*. México, 1946, p 11.

línea se encuentra el catedrático Gutiérrez-Alviz Conradi, quien sin embargo, considera que la accesoria sí se encuentra verificada, en efecto, el autor dice:

..el encubrimiento no desvirtuaría la naturaleza accesoria de esta figura de delito, en el sentido de que la misma no puede existir si no es en relación a la perpetración de cualquier delito, requisito normativo que se erige en *condicio sea qua nom* para poderse concretar el tipo de encubrimiento²⁴.

En realidad, que exista una relación de causa y efecto entre el encubrimiento y el cometimiento del delito principal, no implica que aquel tenga un carácter accesorio en relación a éste.

En definitiva, y siguiendo a autores como Zambrano Pasquel, es erróneo considerar al encubridor como partícipe, ya que su intervención se evidencia cuando el delito ya ha sido consumado, e inclusive agotado²⁵ por la gestión de los autores y la colaboración de los cómplices, es decir, técnicamente no existe participación en la comisión del delito²⁶.

1.1.5 Legislación aplicable en el Ecuador en relación al encubrimiento

El Código Penal de 1938, codificado en 1971, incorporaba la teoría clásica de posicionamiento del delito de encubrimiento dentro de la participación; en el capítulo segundo, denominado “De las personas responsables de las infracciones”, el artículo 44 referente al encubrimiento, era tratado inmediatamente después de la autoría y complicidad, que le antecedían²⁷. Este artículo incorporaba todas las características y tipos desarrollados en este trabajo.

²⁴ Gutiérrez Alviz Conradi, Faustino. *La criminalidad organizada ante la justicia*. Sevilla, 1996, p.44.

²⁵ Así lo ha concebido Funes, en calidad de jueza ponente de la Cámara Especializada de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador al afirmar que el encubridor mientras “conoce dolosamente y se ejecuta el delito antes, durante y hasta su agotamiento, se realiza una coautoría o complicidad necesaria o no necesaria, en cambio el encubridor no sabe nada, ni ha estado en la fase ejecutiva, ni en el agotamiento de dicha fase”. Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Cámara Especializada de lo Penal. Causa No. 197-APE-13 del 2 de septiembre de 2013.

²⁶ Zambrano Pasquel, Alfonso. “*Revista Jurídica*”. *Reflexiones sobre la teoría de la participación*. 2012, p5.

²⁷ Código Penal. Artículo 44. Registro Oficial No. 147 del 22 de enero de 1971

El Código vigente en el país desde febrero de 2014 presenta una evidente similitud en la redacción con el artículo 44 anterior; el cambio más importante, está en que ahora se considera al encubrimiento como delito autónomo. Además, el artículo 272 referente al encubrimiento, llama la atención, por su ubicación dentro del Capítulo Quinto, de los “Delitos Contra la Seguridad Ciudadana” y bajo la sección denominada “Delitos contra la Tutela Judicial Efectiva”. Más aún, la descripción de la conducta típica en mención, consta en el segundo párrafo del artículo denominado “Fraude Procesal”²⁸.

El primer párrafo del artículo 272, tipifica la conducta de inducir al engaño al juez o jueza, en el curso de un procedimiento civil o administrativo, antes o durante un proceso penal, ocultando los instrumentos o pruebas, o cambiando el estado de las cosas, lugares o personas²⁹.

Efectivamente, el legislador ecuatoriano ha querido adaptar al encubrimiento a los códigos modernos que lo tratan de forma autónoma, en su parte especial, a su vez ha considerado apropiado regularlo dentro del delito denominado “fraude procesal”; a consideración de Cornejo Aguiar, esta tipificación sería consecuencia del análisis de que el encubrimiento, como estaba contemplado en el Código anterior, traía una enumeración de las formas de favorecimiento del sujeto activo del delito³⁰.

Es probable que la tipificación del encubrimiento como delito autónomo, en el artículo referente al fraude procesal, se haya dado en consideración a que el delito de encubrimiento busca la protección de la Administración de Justicia, como bien jurídico protegido por este delito³¹.

²⁸ Código Orgánico Integral Penal. Art. 268 y siguientes. *Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero del 2014*

²⁹ *Ibíd.* Art. 272.

³⁰ Cornejo Aguiar, Sebastián. “El Encubrimiento como Delito Autónomo en el COIP”. <http://www.derechoecuator.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2016/02/01/el-encubrimiento-como-delito-autonomo-en-el-coip>, Acceso: (13/03/2017)

³¹ La protección a la Administración de Justicia es entendida como uno de los bienes jurídicos protegidos en el encubrimiento por García Pérez, Octavio en *Encubrimiento y su problemática en el Código Penal*. Barcelona, 2009.

1.2 Encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos

Este supuesto de hecho, añade un elemento (sujeto activo calificado) específico al concepto general, que consiste en que quien encubre, lo hace a favor de su cónyuge o pariente próximo, con ciertas consideraciones que se mencionan más adelante.

Este trabajo estudia únicamente el supuesto de hecho que contempla al cónyuge y pariente próximo encubridor (como sujeto activo del actual delito de fraude procesal), por haber estado este caso de inexigibilidad de otra conducta tipificado en el antiguo código, y posteriormente haber sido excluido de la legislación vigente. Es pertinente hacer alusión a que el Código Orgánico Integral Penal vigente, excluye a su vez, al amigo íntimo y benefactor, que eran beneficiados con esta exención de manera limitada (únicamente en el caso del encubrimiento de favorecimiento personal por ocultación) y solo en relación al caso de delito contra las personas; a consideración de este autor, lo expuesto en este trabajo de investigación enfocado en la relación conyugal y de parentesco, aplica por asimilación a estos supuestos fácticos que estaban contenidos en el Código Penal anterior, sin embargo, en afán de mantener el presente trabajo de investigación conciso y preciso, se estudiará únicamente la implicación legal y científica de la inexigibilidad de otra conducta en el supuesto de hecho de encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos.

Ahora bien, para el sujeto activo del delito, la conducta consistente en encubrir el delito cometido por su cónyuge o pariente próximo puede ser exigible o no, dependiendo de la postura que se tome, dando como resultado un supuesto de exigibilidad o inexigibilidad de otra conducta. Por el momento basta mencionar, que del análisis que se presenta más adelante, se podrá evidenciar que tanto doctrina, jurisprudencia, como legislación comparada avalan la consideración de este supuesto de hecho como uno de inexigibilidad de otra conducta, concepto básico e informativo amplio en el derecho penal que tiene una aplicación más o menos restringida de acuerdo, nuevamente, a la postura que se tome.

Un supuesto de inexigibilidad de otra conducta, deriva en una causa de inculpabilidad, o, de acuerdo a un sector doctrinario minoritario, de exclusión de la punibilidad. Para delimitar el alcance de una posible aplicación analógica se toma como

punto de partida los artículos vigentes referentes a la exoneración de no denunciar y de declarar, contemplados en el Código Orgánico Integral Penal y en la Constitución³².

La inexigibilidad de otra conducta en el encubrimiento en el Código Penal anterior, se limitaba al cónyuge del sindicado, así como a sus ascendientes, descendientes, hermanos o afines hasta dentro del segundo grado³³.

En el caso de la exoneración de no denunciar contenida en el Código Orgánico Integral Penal, así como la de no declarar (no aplica en casos de violencia intrafamiliar, sexual y de género) prescrita en la Constitución, la inexigibilidad está dirigida hacia el cónyuge, la pareja en unión estable y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Para fines de este estudio, se consideraran los vínculos conyugales y de parentesco aquí mencionados, puntualizando la inclusión de la unión estable y monogámica entre dos personas, conforme a las reglas contenidas en el artículo 222 y siguientes del Código Civil ecuatoriano³⁴.

1.2.1 Inexigibilidad de otra conducta

El supuesto de inexigibilidad se manifiesta cuando existe alguna cuestión motivacional anormal, de la cual el hombre medio no haya podido librarse en atención a la intensidad de las circunstancias, siendo imposible exigirle que presente resistencia a éstas, dado que la ley no pretende que el individuo se comporte de una manera ante un evento que el hombre medio no se encuentra en posición de evitar³⁵.

La inexigibilidad o no exigibilidad opera en los casos en los que el legislador o juzgador no quiere o no le conviene exigir a un sujeto de abstenerse de cometer una acción³⁶. Como se ha venido insinuando, el concepto de inexigibilidad de otra conducta puede ser concebido en sentido amplio, como principio fundamental del derecho penal,

³² Código Orgánico Integral Penal. Artículo 424 Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero del 2014, Constitución de la República de Ecuador. Artículo 77. Registro Oficial No. 449 del 25 de julio de 2008.

³³ *Ibíd.*

³⁴ Código Civil. Artículo 422 Registro Oficial No. 46 del 10 de mayo del 2005,

³⁵ Sánchez Gallego, José Félix. *El error sobre las causas de exculpación en España y Panamá*. Tesis de Doctorado. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2017.

³⁶ Aguado Correa, Teresa. "Principio de Inexigibilidad de Otra Conducta en las Categorías del Delito", *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica* (2011), p. 33

con incidencia, como se analizará a detalle en el tercer capítulo, en la delimitación de la tipicidad y en el alcance de la antijuridicidad, así como en sentido restringido como causal de exclusión de la culpabilidad.

La consideración del principio de inexigibilidad en el ámbito de la punibilidad, entendiendo que las denominadas excusas absolutorias o causas de exculpación son supuestos de disculpa o perdón legal, en donde el legislador (bajo ningún concepto el juzgador) por razones de diversa índole decide no aplicar una pena, es decir se trata de un injusto en donde además se verifica la culpabilidad, y por lo tanto, la exigibilidad de otra conducta adecuada a derecho, pero se excluye la punibilidad.

En todo caso, y fundamentalmente en consideración a la corriente actual en la doctrina española, cuya posición mayoritaria se ha trasladado de la inculpabilidad a la exclusión de la punibilidad, se hará referencia brevemente a esta teoría.

1.2.2 Teoría de la excusa absolutoria

Si bien el desarrollo doctrinario de la inexigibilidad se da como consecuencia de la aportación de los autores que defienden la concepción normativa de la culpabilidad, no deja de ser una realidad, que este concepto ha continuado transformándose a nivel ideológico, y es pertinente, mencionar de forma breve, la posición minoritaria de la doctrina que entiende a la inexigibilidad de otra conducta como una causa de exclusión de punibilidad. Tal es así, que de acuerdo a Aguado Correa, la inexigibilidad se analiza a la luz de una concepción ya no normativa de la culpabilidad, sino puramente normativa; la inexigibilidad entonces, estaría considerada como una disminución de la culpabilidad y del injusto, lo que hace al ordenamiento jurídico *disculpar* esa conducta³⁷. En palabras de Welzel:

...no es una causa excluyente de la culpabilidad, como la inimputabilidad o el error inevitable de prohibición, sino tan sólo una causa fáctica de exculpación, en el sentido de que el ordenamiento jurídico pese a la existencia de culpabilidad otorga indulgencia al autor³⁸.

³⁷ Aguado Correa, Teresa. "Principio de Inexigibilidad de Otra Conducta en las Categorías del Delito", *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica* (2011), p. 3.

³⁸ Welzel. *Das Deutsche Strafrecht*. Berlín, 1959, p. 178, citado en Aguado Correa, Teresa.

Para Aguado Correa, que la inexigibilidad de otra conducta se considere *la ratio legis* de la pena, no implica que el legislador la haya concebido como una causa de inculpabilidad, estando avalada su consideración como excusa absolutoria por la operatividad objetiva y mecánica, sin espacio para la función individualizadora del juez³⁹.

1.2.3 Teoría de la inculpabilidad

A partir del resquebrajamiento del esquema clásico del delito, que sostenía que la tipicidad mantenía una prevalencia objetiva, y que solo en ocasiones se verificaba el elemento subjetivo; la doctrina tradicional ya se encaminaba hacia el emplazamiento de la subjetividad en el tipo⁴⁰. El esquema finalista del delito supera esta discusión doctrinaria al afirmar que el carácter subjetivo invariablemente se encontraba en la tipicidad⁴¹. El dolo, de acuerdo a Udo Ebert, es el elemento central del tipo objetivo; el autor agrega, es el elemento y voluntad de la realización del tipo penal⁴².

El análisis moderno de la culpabilidad comprende el entendimiento de ésta a partir de una concepción normativa, es decir, no basta con el factor psicológico imputado al acto, sino que se debe verificar la responsabilidad en función de las normas que la persona tiene ante sí y de los motivos que le impulsaron a violar con su conducta tales normas⁴³. En palabras de Eggert, la idea de exigibilidad de otra conducta, nace conjuntamente a la culpabilidad normativa, llegando a afirmar, que se trataría de conceptos idénticos⁴⁴

Bajo esta óptica, la no exigibilidad de otra conducta se configura como causa de exclusión de culpabilidad por ausencia de reprochabilidad, ya que la inexigibilidad es un elemento básico para una formulación completa del juicio de reproche⁴⁵.

“Principio de Inexigibilidad de Otra Conducta en las Categorías del Delito”, San José, 2011, p. 26.

³⁹ Aguado Correa, Teresa. “Principio de Inexigibilidad de Otra Conducta en las Categorías del Delito”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica* (2011), p. 34.

⁴⁰ Córdoba Roda, Juan. *Comentarios al Código Penal*. Barcelona, 1976, p 52.

⁴¹ Agudelo Betancur, Nódier. *Curso de Derecho Penal, Esquemas del Delito*. Bogotá, 2007, p 52.

⁴² Ebert, Udo. *Derecho Penal. Parte General*. Heidelberg, 2001, p. 67.

⁴³ Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Quito*, 2008, p. 185.

⁴⁴ Eggert. Karl Heinz. *Die Unzumutbarkeit normgemassen*. Gottingen, 1969, p.1. Citado en Aguado, Correa, Teresa. “Principio de inexigibilidad.. *óp. cit.* p, 25.

⁴⁵ Aguado Correa, Teresa. “Principio de Inexigibilidad... *óp cit*, p.244

Esta conclusión excluye, asimismo, la posibilidad de considerar a este caso especial de encubrimiento, como una causal de exculpación, ya que por lo anteriormente mencionado, estamos frente a un hecho no culpable, es decir, no se configura el delito, por lo que mal podría operar una exención de responsabilidad criminal.

El juicio de reproche, que individualiza la pena, es parte de la naturaleza normativa de la culpabilidad, por tanto, la no exigibilidad de una conducta es para algunos autores incluso una causa general de inculpabilidad⁴⁶. Esta causa refiere a los casos en que el sujeto no puede actuar en contra de sus intereses más elementales y por tanto la no exigibilidad no significa ausencia de prohibición, al respecto, Plascencia Villanueva mantiene lo siguiente:

La no exigibilidad no significa ausencia de una prohibición; al contrario, la cuestión de la inexigibilidad sólo se plantea en el ámbito de la culpabilidad y después, por tanto, de que se haya comprobado la antijuridicidad del hecho. El fundamento de esta causa de inculpabilidad es precisamente la falta de normalidad y de libertad en el comportamiento del sujeto activo⁴⁷.

1.2.4 Legislación aplicable en el Ecuador en relación al encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos

Como se ha dicho, el Código Penal anterior consideraba al encubrimiento como una forma de participación, es decir, dentro del concurso de personas en el delito, que estaba regulado en su capítulo segundo bajo la denominación de “De las Personas Responsables de las Infracciones”. Bajo este capítulo e inmediatamente después del artículo que regulaba al encubridor, se encontraba el artículo 45 referente al encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos, que se cita textualmente:

Art. 45.- Está exento de represión el encubrimiento en beneficio del cónyuge del sindicado; o de sus ascendientes, descendientes y hermanos, o de sus afines hasta dentro del segundo grado⁴⁸.

⁴⁶ Jiménez de Asúa, Luis. *Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito*. Buenos Aires, 1958, p 410.

⁴⁷ Villanueva Plascencia Raúl. *Teoría del Delito*. México DF, 2004, p 287.

⁴⁸ Código Penal. Artículo 45. Registro Oficial No. 147 del 22 de enero de 1971.

Vale acotar en este punto, que el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 424, establece una exoneración del deber de denunciar a la “pareja en unión estable” y a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; este deber de no denunciar, además de ser un supuesto limitado, no se verifica como caso de encubrimiento en el Ecuador, como sí lo hace en códigos penales de otros países, tal es el caso de Argentina, por citar un ejemplo⁴⁹. Sin embargo, el Código Penal actual no incluye ley penal alguna que haga referencia al supuesto de inexigibilidad entre cónyuges y parientes próximos contenido en el código anterior; la ausencia de esta norma, es el objeto del presente trabajo.

Finalmente, cabe afirmar que no es claramente apreciable la *ratio legis* de la exclusión de la inexigibilidad en el encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos, parecería, pues, que se trata de un descuido por parte del legislador en la codificación, al ubicar al encubrimiento como delito autónomo; así lo entiende Cornejo Aguiar, al afirmar (refiriéndose al tratamiento del encubrimiento en el Código Orgánico Integral Penal) que el legislador “no contextualizo, que el momento de tipificarlo como delito autónomo, dentro de su redacción, no existieron mayores cambios, generando un grave inconveniente”⁵⁰.

En los próximos capítulos se buscará resolver la implicancia y las recomendaciones en relación a la exclusión de ésta situación de inexigibilidad de otra conducta (encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos) contenida en el artículo 45 del antiguo Código Penal, que, como se ha concluido, configuraba una verdadera causa de exclusión de culpabilidad.

⁴⁹ Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179. 1984.

⁵⁰ Cornejo Aguiar, Sebastián. “El Encubrimiento... *óp. cit.*”

Capítulo II

Evolución histórica, legislación comparada y jurisprudencia

2.1 Evolución histórica

Como se ha mencionado en el capítulo anterior, el concepto de inexigibilidad aparece con la teoría normativa de la culpabilidad en la primera década del siglo pasado⁵¹. Sería Frank en 1907, quien con su obra denominada *Über den Aufbau des Schuldgriffs*, introduciría el cambio de concepción de la culpabilidad, superando la concepción psicológica, al ampliar este concepto, incluyendo a la imputabilidad y vislumbrando ciertas circunstancias externas que formaban parte de la comisión del delito. Se admite que tanto los aportes de Frank, como de Goldshmidt y Freudenthal, fueron decisivos para el desarrollo de este concepto de culpabilidad, que requería que se configure necesariamente la reprochabilidad⁵².

La inexigibilidad tiene sus orígenes en Alemania, el jurista Geyer fue el primero en utilizar este concepto bajo la denominación de *zumutbarkeit*, que se traduce del alemán literalmente como “sensatez”, esto, en relación con el estudio del estado de necesidad⁵³.

Fue el *Reichsgericht* (Tribunal Supremo Civil y Penal alemán entre 1879 y 1945) el que fue formando la doctrina de la inexigibilidad con base en sus sentencias⁵⁴. Jiménez de Asúa, atribuye fundamentalmente primero a Freudenthal, y luego a Mezger, como los principales desarrolladores doctrinarios de la jurisprudencia del *Reichsgericht*, que fuera luego monografiada por Schaffstein y Rauber⁵⁵. Mezger, concebía a esta idea como una

⁵¹ Zuñiga Morales, Sandra. “Sobre la exigibilidad e inexigibilidad dentro de la teoría del delito”. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*. (2013), p.512.

⁵² *Ibíd*, p. 513.

⁵³ Aguado Correa, Teresa. “Principio de Inexigibilidad de Otra Conducta en las Categorías del Delito”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica* (2011), p. 33

⁵⁴ Juzgado de lo Penal Número Diecinueve de Barcelona. Sentencia No. 499/09 de 30 de diciembre de 2009, parr. 25.

⁵⁵ Jiménez de Asúa. *Teoría del delito*. Ciudad de México, 2003, p. 410.

causa general y supralegal de inculpabilidad, que en principio sería seguida, en distintos grados, por Jiménez de Asúa, Frías Caballero, Roberto Lavado, entre otros⁵⁶.

Han sido varias sentencias del *Reichsgericht* las que han formado parte de diversos tratados y estudios de inexigibilidad, en especial, y como las más emblemáticas, se presentan la que resuelve el caso del caballo resabiado que no obedece a las riendas (*Leinenfage*) y el de la cigüeña (*klapperstorch*)⁵⁷.

El supuesto de inexigibilidad en el encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos, existe con anterioridad al desarrollo del principio de inexigibilidad por la doctrina y jurisprudencia alemana, en efecto, ya aparece en el Código Penal español de 1870, siendo concebido por varios autores, entre ellos Luis Silvela, como una excusa absoluta excluyente de la punibilidad⁵⁸.

En la región, el Código Penal argentino de 1887 ya contenía una disposición de inexigibilidad en su artículo 44, teniendo el texto actual las modificaciones incluidas en el Código de 1921, este por ejemplo, circunscribía la excusa a casos de ocultación y la exención se la hacía extensiva solo hasta los hermanos⁵⁹.

En el Código Penal ecuatoriano de 1938, promulgado bajo la presidencia de Alberto Enríquez Gallo, ya se incorpora esta causal de inexigibilidad de otra conducta, que se mantuvo en la codificación del año 1971, con las características estudiadas en el capítulo primero de este trabajo.

⁵⁶ Parma Carlos. *Culpabilidad: lineamientos para su estudio*. Mendoza, 1997, p.44

⁵⁷ Tomado de la Sentencia No. 499/09 del Juzgado de lo Penal Número Diecinueve de Barcelona de 30 de diciembre de 2009, parr. 25. El caso del *Leinenfager* consiste en que el propietario de un caballo resabiado y desobediente ordeno al cochero que le enganchara y saliese con él a prestar servicio. El cochero, previendo la posibilidad de un accidente si la bestia se desmandaba, quiso resistirse, pero el dueño le amenazó con despedirle en el acto si no cumplía con lo mandado. El cochero obedeció entonces, y una vez en la calle, el animal se desbocó, causando lesiones a un transeúnte. El caso de *Klapperstorch* trata sobre una empresa explotadora de una mina que tenía acordado que el día que la mujer de uno de los mineros diera a luz, quedaría el marido relevado del trabajo, pero percibiendo íntegro su jornal. Los obreros de la mina conminaron a la comadrona que asistía a los partos para que, en los casos en que un niño naciera en domingo, declarase en el Registro que el parto había tenido lugar un día laborable de la semana, amenazándola con no volver a requerir sus servicios si no accedía a sus deseos. Temerosa la comadrona de quedar sin trabajo, acabó, en situación tan difícil, por acceder a lo exigido de ella, y en efecto, se hizo autora de una serie de inscripciones falsas en el Registro.

⁵⁸ Aguado Correa, Teresa. "Principio de Inexigibilidad... *óp. cit.* p. 54

⁵⁹ Donna Edgardo. *Derecho Penal: parte especial*. Buenos Aires, 2003, p. 577.

2.2 Legislación comparada

Las legislaciones son, idealmente, el reflejo del sentir y pensar de la sociedad. Los valores y la cosmovisión de un grupo humano organizado suele diferir de un Estado a otro (incluso, no suele ser uniforme dentro de uno mismo). La conducta conyugal y familiar que se estudia, y que se ve reflejada en el derecho positivo y jurisprudencia, debe guardar una cierta similitud con la ecuatoriana. En la medida de lo posible entonces, se ha tomado como referencia para el análisis a países iberoamericanos, por su cercanía cultural.

2.2.1 Ausencia de norma expresa de inexigibilidad

Se ha mencionado que la inclusión o no de un supuesto de inexigibilidad en el encubrimiento entre cónyuges y parientes cercanos no va atado de manera alguna al tratamiento del encubrimiento como forma de participación, o como delito autónomo. La ausencia de la inexigibilidad, obedece en realidad, a razones de política criminal.

Un ejemplo de lo anterior, es el Código Penal colombiano, en el cuál no se incorpora este supuesto. El delito de encubrimiento es contemplado en este cuerpo legal como delito autónomo, tipificado en el artículo 446 y siguientes; contempla fundamentalmente dos tipos: el favorecimiento y la receptación. En el primer caso se refiere a: “quien ayudare a eludir la acción de la autoridad o entorpecer la investigación correspondiente”, en el segundo a quien “sin haber tomado parte de la ejecución de la conducta punible, adquiera, posea, convierta o transfiera bienes muebles o inmuebles para ocultar o encubrir su origen ilícito”. Estos delitos contemplan penas de hasta sesenta y dos meses y doce años de reclusión, respectivamente⁶⁰.

Del análisis del cuerpo normativo mencionado se concluye que en Colombia no existe una causal de inexigibilidad de otra conducta en relación al cónyuge o parientes próximos encubridores, por lo que ésta conducta es plenamente punible.

La ausencia de un supuesto expreso de inexigibilidad no es poco común en nuestra región. Países como Perú, Venezuela o Paraguay, por nombrar algunos, exigen en materia penal, una conducta adecuada a derecho al cónyuge y pariente encubridor.

⁶⁰ Código Penal de Colombia. Ley 599 de 2000.

Lo dicho anteriormente, junto a la inclusión de este supuesto de inexigibilidad en el proyecto de debate⁶¹ del Código Orgánico Integral Penal, apunta a que la exclusión de la inexigibilidad en el encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos en nuestro ordenamiento es deliberada, y no producto de un descuido como ha sido argumentado por algunos autores⁶².

2.2.2 Incorporación del supuesto de inexigibilidad

Si bien no son pocos los códigos penales que se alejan de la inclusión de éste supuesto de inexigibilidad de otra conducta, un considerable número de países se ha decantado por incorporar en su normativa un eximente de responsabilidad penal que recaiga sobre el cónyuge y pariente próximo encubridor.

El artículo 451 del Código Penal español se alinea con la tendencia moderna de considerar al encubrimiento como delito autónomo, en efecto, establece que “será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución”, luego, describe los modos de encubrimiento, siendo éstos el de aprovechamiento (“auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho”), favorecimiento real (“ocultando, alterando, o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento.”) y favorecimiento personal (“ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura.”)⁶³.

El Artículo 454 incorpora el supuesto de inexigibilidad en el encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos al prescribir que

están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción,

⁶¹ El Art. 275 del Borrador del Proyecto del Código Orgánico Integral Penal, mantenía la causal de inexigibilidad contenida en el anterior código.

⁶² En este sentido, por ejemplo, se ha manifestado Cornejo Aguiar, Sebastián en “El Encubrimiento.. óp. cit.

⁶³ Código Penal de España. Ley 10/1995 de 1995.

o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1, del artículo 451.

De la redacción de la norma, se advierte que para que no se configure la culpabilidad, se necesita que concurran los siguientes requisitos: en primer lugar, que se haya cometido un delito previo, de cualquier tipo, por las personas que se hallan incurso en la causal de inexigibilidad, es decir, el cónyuge o la pareja, sus ascendientes, descendientes o hermanos; en segundo lugar, que una de estas personas haya cometido el delito de encubrimiento conforme lo tipifica el Artículo 451 del Código Penal español; en tercer lugar, que quien quedará exento de la pena, no se encuentre incurriendo en la supuesto de encubrimiento contemplado en el numeral primero del Artículo 451, referente a los casos de aprovechamiento.

En el Estado Federal de los Estados Unidos Mexicanos, el delito de encubrimiento se encuentra tipificado como delito autónomo en el Artículo 400, bajo el capítulo primero denominado “Encubrimiento”, dentro del título vigésimo tercero denominado “Encubrimiento y Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita”, correspondiente al libro segundo. Se prevé una pena de prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días de multa. Inmediatamente con posterioridad a la enumeración de los tipos de encubrimiento, el cuerpo normativo prescribe que:

no se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las infracciones III, ... y IV... cuando se trate de ascendientes y descendientes consanguíneos o afines; el cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles⁶⁴.

Se puede apreciar así mismo, que la inexigibilidad no es extensiva a todos los tipos de encubrimiento, sino que se limita a los casos III y IV del Artículo 400.

El Artículo 17 del Código Penal chileno incorpora los elementos básicos del encubrimiento y enumera los siguientes modos: aprovechamiento, favorecimiento real y favorecimiento personal, en el primer caso el Código prescribe que “son encubridores... quienes... aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito”, esta definición es relevante

⁶⁴ Código Penal Federal. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931.

puesto que éste es el único supuesto que no está contemplado como conducta inexigible a los cónyuges y parientes, en efecto, el Artículo 17 en su misma redacción establece que:

Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, con sólo la excepción de los que se hallaren comprendidos en el número 1° de este artículo⁶⁵.

En esta legislación existe también una limitación a la inexigibilidad en cuestión, quedando esta fuera del tipo de encubrimiento denominado aprovechamiento.

En Argentina, el supuesto de inexigibilidad se encuentra en el título XI, referente a delitos contra la Administración Pública, bajo el capítulo XII denominado Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo. Este Código trata de manera autónoma al encubrimiento, como delito. El Artículo 277 consiste en una norma preceptiva en donde se le impone una sanción de seis meses a tres años a quién incurra en ciertas conductas tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado. Se tipifica, así mismo, las diferentes clases de encubrimiento.

En la parte final del artículo se encuentra, de manera expresa, el supuesto de inexigibilidad sobre el cónyuge y pariente próximo encubridor:

Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. La exención no rige respecto de los casos del inciso 1, e) y del inciso 3, b) y c)⁶⁶.

Es importante notar que la exención de responsabilidad es, al igual que otros ordenamientos jurídicos, restringida. En efecto, no rige para quienes “ayudaren a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta”; tampoco aplica para los autores del delito de encubrimiento que actúen con ánimo de lucro, ni para los autores que se dedicaren con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento.

⁶⁵ Código Penal de la República de Chile. Ley 251 de 1874

⁶⁶ Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11179 de 1984.

Finalmente, el Código Penal uruguayo, incorpora el encubrimiento como delito autónomo en el Título V, denominado “De los Delitos contra la Administración de Justicia”; bajo el Capítulo V relativo al encubrimiento.

El Artículo 197 impone una pena de tres meses a diez años a particulares o funcionarios que, después de haberse cometido el delito y sin concierto previo a su ejecución con autores, coautores o cómplices, incluso siendo éstos inimputables, hayan ejecutado los diferentes tipos de encubrimiento. El legislador de este país ha considerado oportuno incorporar el supuesto de inexigibilidad en la parte inicial del Código, dentro del Título II, relativo a las circunstancias que eximen de pena.

La inexigibilidad como tal, se encuentra tipificada en el Artículo 42:

Art. 42. El parentesco en el delito de encubrimiento. Quedan exentos de la pena impuesta por el delito de encubrimiento, los que lo cometan en favor del cónyuge, o de cualquiera de los parientes indicados en el inciso 2º del artículo 26, siempre que no tuvieran participación en el provecho, el precio o el resultado del delito⁶⁷.

Es inexigible entonces, el encubrimiento entre cónyuges y parientes consanguíneos en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, del cónyuge, de los padres o hijos naturales reconocidos o adoptivos. Se establece además, tres supuestos sobre los cuáles no aplica el principio de inexigibilidad, éstos son los relativos a quienes participan en el provecho, precio o resultado del delito.

Del análisis de los cuerpos legales de países cercanos culturalmente a Ecuador, se concluye que no existe una inclinación ni hacia la inclusión ni hacia la exclusión de un eximente de responsabilidad por encubrir al cónyuge o pariente cercano.

2.3 Jurisprudencia

La aplicación del Artículo 45 del Código Penal anterior se venía dando sin mayor discusión en las sentencias de los administradores de justicia en el país; a continuación se hace alusión a dos ejemplos que demuestran que, hasta antes de la reforma penal, se venía aplicando el principio de inexigibilidad en cuestión, sin discusiones sobre su aplicabilidad, mucho menos sobre su esencia o naturaleza jurídica, a nivel de casación.

⁶⁷ Código Penal de la República del Uruguay de 1933.

2.3.1 Estatus anterior

La primera sentencia a analizar en el periodo en que se encontraba vigente el Código Penal de 1971, es la dictada por la Corte Suprema de Justicia con número 151-02.

Esta causa se sigue por el delito de tráfico de estupefacientes⁶⁸, ventilada en primera instancia en el Juzgado Quinto de lo Penal de Loja el 23 de noviembre de 1998. Se dictó auto de cabeza de proceso en contra de quince individuos por existir “graves responsabilidades en su contra por tenencia y tráfico de estupefacientes, concretamente clorhidrato de cocaína”, que fueron encontrados en la finca de uno de los ciudadanos, Evaristo Jiménez Rosillo, considerado como el principal responsable. El Juzgado Quinto consideró como autores tanto al procesado principal como a su cónyuge y su hija, pena que fue confirmada por el Tercer Tribunal de lo Penal de Loja el 26 de julio de 1999. En casación, la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia el 2 de mayo de 2002, estima que la participación de los parientes del procesado principal como autor del delito, se da en calidad de encubridoras, procediendo a analizar la causal de inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta contenida en el Artículo 45 del Código Penal codificado en 1971, al respecto, la Sala refiere que:

ni la prueba sobre que la cónyuge de Evaristo Jiménez Rosillo o su hija conocían las actividades ilícitas de aquél, da fundamento para condenarles, ya que si bien habría existido encubrimiento, al tenor de lo dispuesto por el artículo 45 del Código Penal, está exento de represión cuando el beneficiario es el cónyuge del sindicado, sus ascendientes, descendientes y hermanos o sus afines hasta dentro del segundo grado.

Por esta consideración, el Tribunal Supremo de Casación estima que son procedentes los recursos deducidos en la causa por la cónyuge y la hija del autor del delito de tráfico de estupefacientes, y emite sentencia absolutoria a favor de éstas.

Otro ejemplo de aplicación del supuesto de inexigibilidad se encuentra en la sentencia número 16-94 dictada por la Corte Suprema de Justicia en el año 2002.

En el delito de robo acaecido en la provincia de Imbabura⁶⁹, se encuentran entre los procesados Jaime Caicedo Portilla y Aracely Ofir Velasco, quienes mantenían una relación de pareja de hecho, éstos fueron condenados en calidad de autor y de encubridora

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Causa No. 151-02, de 2 de mayo de 2002.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Penal. Causa No. 16-94, de 28 de febrero de 1994.

respectivamente, imponiéndoseles una pena de nueve años de reclusión menor y de nueve meses de prisión correccional respectivamente. De la sentencia expedida por el Tribunal Penal de Imbabura, los procesados interponen recurso de casación, que recae y es aceptado por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. En el proceso, la pareja del autor del delito de robo alude lo siguiente:

“yo no puedo responder de los actos de otra persona, mucho menos desconociendo de éste, no he sabido de la conducta delictuosa de mi marido Jaime Eliceo Caicedo, jamás le he dado alojamiento, escondite, ni lugar de reunión para él o sus amigos, tampoco le he favorecido en nada, y además en mi calidad de cónyuge de ésta sociedad de hecho o matrimonio de hecho mantenida con él, estoy exenta de represión por este encubrimiento que se me ha imputado”.

La Sala ratifica la sentencia de instancia inferior al considerar que la procesada (Aracely Romero) “no se encuentra exenta de responsabilidad por no ser cónyuge de aquel” (en referencia al procesado Eliceo Caicedo). Se aprecia de esta sentencia, que la Sala no procede a extender la inexigibilidad a la pareja en unión estable, que a pesar de haber estado reconocida por la Constitución de 1978, y elevada a institución jurídica por la Ley 115 de 1982, evidentemente no tenían la protección que le otorga la actual Constitución y las reformas al Código Civil del año 2015.

Se deduce del contenido de ésta sentencia, que si bien la conducta termina siendo punible puesto que la procesada no tenía la calidad de cónyuge, la aplicación de la inexigibilidad como eximente de responsabilidad en los supuestos expresamente previstos en la norma, venía dándose sin mayor discusión.

2.3.2 Estatus actual

Al ser escasa la jurisprudencia relacionada a la inexigibilidad en el encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos desde la publicación del Código Orgánico Integral Penal en el año 2014, es necesario analizar una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia⁷⁰, país cuyo ordenamiento jurídico penal, como se ha visto, no contempla este supuesto de inexigibilidad, por lo tanto, resulta una sentencia

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Radicación No. 41749, de 24 de julio de 2017.

esclarecedora del estatus vigente de inexigibilidad en el delito de encubrimiento (tipificado como fraude procesal) entre cónyuges y parientes próximos en Ecuador.

La Corte resuelve el recurso extraordinario de casación presentado por los hermanos del autor del delito de homicidio: Marcos Pérez Carmona y Sebastián Pérez Carmona; y el tío del homicida: Luis Carlos Carmona Jiménez, contra la sentencia condenatoria del Tribunal Superior de Medellín del año 2013, por el delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio⁷¹.

El autor del delito de homicidio, Juan Esteban Pérez Carmona, dispara y da muerte a su padrastro, quién fallece instantáneamente. Al lugar del hecho llegan los imputados hermanos Marcos y Sebastián Pérez Carmona, junto al tío Luis Carlos Carmona Jiménez. En relación a su conducta medular, entre todos envuelven en una bolsa plástica al cadáver, lo transportan en un automóvil y lo arrojan en un río cercano. Adicionalmente, se deshacen del arma y borran toda evidencia (huellas, rastros de sangre) del cometimiento del crimen.

La Fiscalía imputa a los tres procesados como autores del delito de favorecimiento⁷². Sin embargo, el Tribunal Superior de segunda instancia, les imputa por el mencionado delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio, considerando a su vez, el Tribunal de Casación que éste es el delito que se ajusta a los hechos del presente caso.

Ahora bien, la defensa alega “violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 9 y 12 del Código Penal, que derivó en la aplicación indebida

⁷¹ Éste artículo del Código Penal colombiano prescribe lo siguiente: Artículo 454-B. Ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio. El que para evitar que se use como medio cognoscitivo durante la investigación, o como medio de prueba en el juicio, oculte, altere o destruya elemento material probatorio de los mencionados en el Código de Procedimiento Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

⁷² El Código Penal colombiano prescribe en éste artículo: Favorecimiento. El que tenga conocimiento de la comisión de la conducta punible, y sin concierto previo, ayudare a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación correspondiente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses. Si la conducta se realiza respecto de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, la pena será de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses de prisión. Si se tratare de contravención se impondrá multa.

del artículo 454B del Código Penal”. El artículo 9 establece los requisitos para que una conducta sea punible, mientras que el artículo 12 hace referencia a que solo serán punibles las conductas realizadas con culpabilidad⁷³. Esto por cuanto, el Tribunal Superior no habría establecido culpabilidad, “pues siendo familiares próximos del autor material del homicidio, no les era exigible otra conducta diferente al acto de encubrimiento desarrollado”.

El Tribunal de segunda instancia consideró que la conducta en definitiva sí les era exigible por cuanto:

no (se) encontraría ninguna objeción, si con la conducta no se hubiera causado una afectación seria de derechos ajenos... con el mismo propósito de favorecer a su familiar, los acusados pudieron realizar una conducta distinta a la acontecida y, en consecuencia, actuar sin culpabilidad, siempre que la conducta no supusiera la afectación a los derechos ajenos, afectación que sería indiscutible cuando se trate del ocultamiento de un cadáver.

La defensa aludió al principio de íntima solidaridad contenido en el artículo 33 de la Constitución Colombiana⁷⁴, referente a la no obligación de declarar contra el cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Al respecto la Corte de Casación considera que:

No resulta plausible que al amparo del artículo 33 de la Carta, el autor o participe de un delito, ejecuten comportamientos ilícitos destinados a defraudar, impedir, desviar o frustrar la actuación de la administración de justicia, y tampoco sostener que las conductas típicas y antijurídicas que realicen carecen de culpabilidad por inexigibilidad de otra conducta, pues una cosa es que la persona no pueda ser obligada a declarar en contra de

⁷³ En efecto, el Código Penal colombiano en su parte preliminar prescribe:

Artículo 9. Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.

Artículo 12. Culpabilidad. Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

⁷⁴ El Artículo 33 de la Constitución colombiana prescribe que:

Art. 33 Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

sus familiares cercanos y otra muy diferente que con conocimiento y voluntad realicen actuaciones que afecten a intereses jurídicos ajenos.

La Corte continúa su análisis en relación a la inexigibilidad, y roza el asunto medular de este trabajo de investigación: el alcance de la aplicación del principio de inexigibilidad como elemento de la culpabilidad. La Corte establece que:

...de ser así, se llegaría al absurdo de considerar inculpable, por ejemplo, a quien para evitar que la justicia alcance a su familiar, decida matar los testigos del crimen cometido por éste; o a los parientes del secuestrador que lo ayudaren a ocultar y retener a la víctima.

Como se puede apreciar, el juez ecuatoriano se encuentra en la actualidad ante un escenario idéntico al colombiano. Se tiene la impresión, de que aún cuando se quiera encontrar una respuesta justa para el caso concreto, el juzgador no tiene las herramientas jurídicas necesarias para *crear* un supuesto de inexigibilidad que elimine la pena en el encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos.

En el capítulo siguiente, se profundizará sobre la aplicabilidad de la inexigibilidad entendida como causal de inculpabilidad, poniendo especial énfasis en la aparente posibilidad de aplicación de la analogía *in bonam parte*, como elemento de creación de derecho en cuanto a la reducción de los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción penal.

Capítulo III

La punibilidad del encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos

Al referirse a la inexigibilidad de otra conducta en el encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos, se ha concluido que se está ante un caso de inculpabilidad, alejándose de la doctrina que lo considera una causa de exclusión de la punibilidad. La practicidad de esta distinción se encuentra en el restringido alcance de ésta última, circunscribiéndose al mandato de estricta legalidad⁷⁵, por lo tanto, no amerita mayor análisis la aplicación de un perdón legal, fundamentado en el principio de inexigibilidad, ni por analogía, ni mucho menos como causa suprallegal.

3.1 Alcance del principio de inexigibilidad de otra conducta

La inexigibilidad de otra conducta adecuada a derecho es un concepto amplio, la norma penal en sí tiene un ámbito de exigencia, por el cual todas las personas están obligadas a cumplir con lo que manda la normativa, este concepto se conoce como exigibilidad normativa, y se refiere a que “los niveles de exigencia que marcan el ordenamiento jurídico pueden ser cumplidos por cualquier persona”⁷⁶.

Se concibe entonces, dos niveles de irradiación del principio de inexigibilidad, entendida ésta tanto como causa de inculpabilidad (inexigibilidad individual), o como criterio regulativo e informador (inexigibilidad general) de todo el ordenamiento jurídico⁷⁷. Por lo tanto, vale destacar que si bien el principio de inexigibilidad de otra conducta adecuada a derecho encuentra su mayor expresión en la culpabilidad, y es en donde ha venido siendo usualmente desarrollado por la doctrina⁷⁸, también tiene relevancia en la categoría de tipicidad y antijuridicidad, como principio informador.

⁷⁵ Mena Mora, Juan Ignacio. *Recepción de la analogía in bonam partem en el Derecho penal ecuatoriano*. Tesis de Grado. Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2015, p 81.

⁷⁶ Román Márquez, Álvaro. *La Teoría de la Imputación y su Relación con la Teoría del Delito*. Quito, 2015, p. 57

⁷⁷ Luzón Peña, Diego Manuel. *Causas de atipicidad y causas de justificación*. Madrid, 1995, p. 31 y 32. Citado en Zuñiga Morales, Sandra. “Sobre la inexigibilidad dentro de la teoría del delito”. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*. (2013).

⁷⁸ Zuñiga Morales, Sandra. “Sobre la inexigibilidad... *Óp. cit.*”, p. 525.

En tipicidad, y siguiendo a Aguado Correa, el legislador debe tomar en cuenta la posibilidad de exigirle al hombre medio la realización de una conducta al momento de legislar y tipificar un delito⁷⁹.

En antijuridicidad, si bien no es el principio fundamental de las causas de justificación (lo es el principio del interés preponderante), éste puede tomar un rol secundario; en efecto, en la legítima defensa, por ejemplo, la inexigibilidad implica la justificación de un cierto margen valorativo de exceso a favor del defensor y una restricción a la exigibilidad de este⁸⁰.

3.1.1 Efecto del principio de inexigibilidad de otra conducta como causa de inculpabilidad

Se considera que la inexigibilidad es un componente de esta categoría del delito junto con la inimputabilidad y el error de prohibición, por cuanto el juicio de reproche requiere que una conducta sea exigible conforme a derecho. Entonces, la inexigibilidad de otra conducta, de la misma forma que los otros dos componentes de la culpabilidad mencionados, constituye una causal de exclusión de la culpabilidad.

Como ha quedado manifestado, se estima a la inexigibilidad como una verdadera causa de inculpabilidad fruto de la concepción normativa de la culpabilidad. Es aquí donde la inexigibilidad toma mayor relevancia, ya que por un lado sirve como fundamento para las causas legales que determinan su ausencia, así como para una posible aplicación por analogía⁸¹. Adicionalmente, y si bien es la extensión de aplicación menos aceptada por la doctrina, quienes desarrollaron en un inicio el concepto de inexigibilidad en la doctrina, la concibieron como una causa general y suprallegal de exclusión de la culpabilidad⁸².

La punibilidad del encubrimiento entre cónyuges y parientes cercanos, dependerá entonces, del alcance que el juzgador le otorgue a este principio.

⁷⁹ Aguado Correa, Teresa. *Principio de Inexigibilidad ... óp. cit.* p. 35.

⁸⁰ *Ibíd.* p.37.

⁸¹ *Ibíd.* p.35.

⁸² Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Óp. cit.*, p.209.

En el ámbito de la culpabilidad, son varios los ordenamientos jurídicos que incorporan en su legislación a la inexigibilidad⁸³, así también lo hace el Código Penal tipo para América Latina, sin embargo, es muy poco lo que se conoce en el Ecuador sobre este principio⁸⁴. Como se sabe, el Código Orgánico Integral Penal establece como elementos de la culpabilidad a la inimputabilidad y al error de prohibición⁸⁵. Lo cierto es que, en la actualidad, la gran mayoría de ordenamientos jurídicos no aluden patentemente a este principio, consecuentemente, las respuestas jurídicas, aunque muchas veces justas, no siempre son técnicamente adecuadas⁸⁶.

Merece en este punto especial atención la propuesta de Zuñiga Morales en relación a la implementación de una causa específica de inexigibilidad de otra conducta:

Abogo por una causa específica de inexigibilidad de otra conducta, que sé, ha sido muy polémica en admisión por la doctrina. No desconozco los temores que ello evoca, especialmente por argumentos relacionados a la seguridad jurídica, válidos y entendibles, pero que pueden superarse con una eximente de excepción, bien articulada, de manera

⁸³ Por nombrar algunos códigos.. el español, austriaco, suizo

⁸⁴ Zambrano Pasquel, Alfonso. *"Reflexiones sobre la teoría de la participación"*. Óp. cit., p.750.

⁸⁵ En efecto, el artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal prescribe que:

Artículo 34.- Culpabilidad.- Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

⁸⁶ La jueza penal costarricense Sandra Zuñiga trae dos ejemplos que resultan clarificadores: El primero, versa sobre un padre de familia que, a partir de un incidente de violencia doméstica, se le había impuesto una medida de protección en su contra, que consistía en la prohibición de acercarse a su esposa e hijo. Al enterarse que su hijo se encontraba en el hospital, el padre acude inmediatamente a visitarlo, su cónyuge, al enterarse de la situación, procede a denunciar el incumplimiento de la medida de protección. En el proceso, el juez considero que "ciertamente existía una orden judicial... pero debe tomarse en cuenta que la enfermedad... del hijo, es un hecho totalmente extraordinario en la relación padre e hijo, que no fue considerada por la autoridad judicial al momento de imponer las medidas, de manera que la reacción del padre es comprensible de querer estar con su hijo... por lo que su comportamiento también se encuentra protegido por esa misma excepcionalidad. El segundo caso trata sobre un sujeto que es detenido por portar un arma sin el respectivo permiso, sin embargo, el arma era de tipo deportivo, y la autoridad no emitía permisos para este tipo de armas. El juez penal en este caso resuelve que lo que se debe determinar es si "al no emitir el Ministerio... permiso de portación de ese tipo de armas y la Ley las describe como permitidas, al encartado se le habría podido acusar y condenar por portar un arma de ese tipo sin permiso... la respuesta para este tribunal es contundente en el sentido que no. Inclusive no estamos frente a un tema de error, ni de tipo ni de prohibición, es decir, que el encartado creyera que no requería ese permiso... Lo cierto es que... si la autoridad administrativa se niega a extender permiso de portación de esas armas en cualquier circunstancia, resulta que no se le puede castigar a los ciudadanos por no portar un permiso que la Administración se niega a efectuar, porque sería condenarlos por algo imposible.

que no quede finalmente al libre albedrío de los operadores de Derecho, como un portillo a la impunidad y al tráfico de influencias, sino como un instrumento valioso al servicio de la ciudadanía⁸⁷.

El siguiente análisis del alcance de aplicación del principio de inexigibilidad, se lo hará de forma general, por lo tanto, lo dicho en este capítulo sobre la inexigibilidad en el encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos será aplicable también a otros supuestos de inexigibilidad contenidos en nuestra legislación. Los dos primeros niveles de alcance podrían derivar en un resultado de no punibilidad, si el criterio del juzgador se encamina hacia aquello. El tercer nivel, que considero es el de correcta aplicación de acuerdo a los postulados fundamentales del derecho penal, tiene como consecuencia un resultado de punibilidad. Estos tres alcances son: aplicación supralegal, por analogía y normativo o legal.

Es momento entonces, de resolver la pregunta de investigación del presente trabajo, referente a la punibilidad del encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos, punibilidad que, estará verificada o no, de acuerdo al alcance que se le otorgue a la inexigibilidad de otra conducta en cuestión, como causal de inculpabilidad.

3.1.2 Aplicación supralegal

La culpabilidad implica la atribución de un juicio de reproche al autor de una acción considerada como un injusto. La teoría de la inexigibilidad como causa de inculpabilidad es atribuible a Freudenthal, quien la entendió como causa supralegal, puesto que la inexigibilidad debía determinarse de modo subjetivo, conforme al autor concreto⁸⁸. Goldschmidt es asimismo partidario de esta teoría, al argumentar que el reconocimiento como causa supralegal estriba en que no hay motivos para que el ordenamiento jurídico deba reconocer como superior al motivo de deber en relación a un hombre medio⁸⁹.

Sin embargo, un amplio sector de la doctrina rechaza una aplicación supralegal por los peligros que conlleva relacionados con el principio de legalidad y seguridad jurídica, al respecto, Zambrano Pasquel estima que:

⁸⁷ Zuñiga Morales, Sandra. "Sobre la inexigibilidad... Óp. cit., p. 541.

⁸⁸ *Ibíd*, p. 519.

⁸⁹ *Ídem*

Aceptar causas disculpantes no preordenadas, dando cabida a un estado supralegal de exculpación es inadmisibles por razones político criminales porque da acceso a la institucionalización de la inseguridad social y jurídica, librándose al buen criterio del juez la admisión de causas de inculpabilidad no contempladas de *lege lata*⁹⁰.

3.1.3 Aplicación por analogía

Se puede inmediatamente apreciar que la postura anterior adolece de un evidente inconveniente, ya que si bien se adecúa al precepto de inexigibilidad como principio regulador e informador del ordenamiento jurídico, crea un grave estado de inseguridad jurídica al otorgarle al juez la libertad de crear derecho a su arbitrio.

Si bien resulta excesiva la aplicación supralegal de la inexigibilidad como causal de exclusión de la culpabilidad, y aparentemente es restrictiva la aplicación legal o puramente normativa, existen autores⁹¹ que abogan por la utilización de la analogía, que se constituye en herramienta para crear no solamente causas de inculpabilidad, sino también, circunstancias atenuantes y causas de justificación⁹².

Existe unanimidad doctrinaria en relación a la inadmisión de la analogía *in malam parte*, que además de contrariar el principio de legalidad, violenta evidentemente el principio de favorabilidad contenido en el artículo quinto de nuestro Código Orgánico Integral Penal. Zaffaroni afirma que la punición de una conducta no puede quedar librada a los razonamientos analógicos del intérprete, sin embargo, el mencionado autor reconoce que debe ceder la prohibición de la analogía *in bonam parte* cuando lo exija la propia seguridad jurídica, es decir, cuando de no acudirse a este tipo de analogía, resulte lesionado el principio republicano de gobierno⁹³.

La aplicación de la analogía *in bonam parte* tiene menos inconvenientes, llegando a entenderse que su aplicación incluso se encuentra reafirmando el sentido garantista del principio de legalidad⁹⁴.

De la redacción del Código Orgánico Integral Penal referente a la interpretación, se colige que el legislador prohíbe únicamente la utilización de la analogía desfavorable al

⁹⁰ Zambrano Pasquel, Alfonso. "Reflexiones sobre la teoría de la participación". *Óp. cit.*, p.747.

⁹¹ Entre otros, Zaffaroni en *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, 1987

⁹² Mena Mora, Juan Ignacio. *Recepción de la analogía in bonam partem...* *Óp. cit.*, p.73.

⁹³ Zaffaroni, Raúl. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, 1987, p.309.

⁹⁴ Mena Mora, Juan Ignacio. *Recepción de la analogía in bonam partem..* *Óp. cit.*, p. 100.

reo, ya que taxativamente enumera los casos de prohibición, es decir, aquellos casos que sirvan para “crear infracciones penales, ampliar límites que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos”⁹⁵.

La analogía tiene como objetivo superar las situaciones en las que las leyes no han considerado el caso o situación sobre la que el juez tiene que decidir, es decir, cuando nos encontramos ante las denominadas lagunas jurídicas del derecho positivo⁹⁶.

Es necesario precisar, que la aplicación de la analogía *in bonam parte* difiere en cuanto a su alcance dependiendo de si se está ante un caso de circunstancia atenuante, causa de justificación o causa de inculpabilidad. En efecto, la restricción a la aplicación analógica en las dos primeras causas, es menor que en la última. En palabras de Montiel:

En el terreno de la exclusión de la culpabilidad, la analogía *in bonam parte* experimenta una restricción un poco más fuerte, puesto que se busca extender la regulación de una institución que tiene un nivel más elevado de excepcionalidad⁹⁷.

Pannain, al respecto, argumenta que debe rechazarse tanto la analogía *in bonam parte* como la *in malam parte*, puesto que ambas tienen por efecto hacer borroso el límite entre el delito y lo lícito⁹⁸.

En el Código Orgánico Integral Penal ya encontramos un supuesto de aparente inexigibilidad entre cónyuges (y pareja en unión estable) y parientes cercanos; se trata de la obligación de no denunciar, efectivamente, el Código Orgánico Integral Penal considera no conveniente exigirle el deber de denunciar a quien llegue a conocer del cometimiento de un delito de ejercicio público de acción por parte de su cónyuge o pariente próximo, artículo que se cita textualmente:

Artículo 424.- Exoneración del deber de denunciar. Nadie podrá ser obligado a denunciar a su cónyuge, pareja en unión estable o parientes hasta el cuarto grado de

⁹⁵ Art. 13 núm. 3 del Código Orgánico Integral Penal. *Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero del 2014*

⁹⁶ Jiménez de Asúa, Luis. *Principios de Derecho Penal...* Óp. cit., p. 121.

⁹⁷ Montiel, Juan Pablo. *Regulaciones de excepción y prohibición de analogía*. Revista para el análisis del derecho. 2013, p.22.

⁹⁸ Pannain, 116. Citado en Zaffaroni, Raúl. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, 1987, p.309.

consanguinidad o segundo de afinidad. Tampoco existirá esta obligación cuando el conocimiento de los hechos esté amparado por el secreto profesional⁹⁹.

Pues bien, la concepción normativa de la culpabilidad mantiene que el reproche surge cuando el autor se ha comportado de un modo contrario al deber, siendo la exigibilidad la esencia de ese deber, y su faz contraria, la inexigibilidad, viene a impedir que surja ese juicio de reproche que configura la culpabilidad¹⁰⁰. En este caso el deber consiste en denunciar un delito del que se ha llegado a tener conocimiento, estando de este modo, obligados a hacerlo quienes tengan expreso mandato de la Ley (vgr. el servidor público que conozca de la comisión de un delito contra la eficiencia de la administración pública). Quedan exonerados de hacerlo, es decir, la Ley no exige la conducta “denunciar”, a quienes mantienen una relación conyugal (o de pareja en unión estable) o de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y se encuentran en lo previsto en el artículo 422 del Código.

Si bien parecería caber una aplicación analógica y la consecuente creación de una causa de inculpabilidad, en realidad son supuestos que tienen distinto fundamento. La Corte de Casación Penal colombiana, ha resuelto en este sentido al considerar que “no es lo mismo que una persona no pueda ser obligada a declarar en contra de sus familiares cercanos a que con conocimiento y voluntad realicen actuaciones que afecten a intereses jurídicos ajenos”¹⁰¹.

En ambos casos de inexigibilidad se aprecia un afán de sacrificar el bien jurídico protegido consistente en el adecuado funcionamiento de la administración de justicia, y si bien la obligación de no denunciar se fundamenta en el principio de inexigibilidad (no se le puede o quiere exigir a alguien a declarar en contra de su cónyuge o pariente próximo), ésta consiste más bien en una abstención, mientras que las conductas típicas del encubrimiento son de acción.

En lo neurálgico, lo que se evidencia aquí es la dificultad en la aplicación de la analogía en el derecho penal para crear causas de inculpabilidad; la Corte de Casación colombiana ha estimado peligroso superar los límites de la inexigibilidad, pudiéndose

⁹⁹ Código Orgánico Integral Penal. *Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero del 2014*

¹⁰⁰ Zuñiga Morales, Sandra. “Sobre la inexigibilidad... *Óp. cit.*, p. 517.

¹⁰¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Radicación No. 41749, de 24 de julio de 2017.

llegar a eximir de responsabilidad en un sinnúmero de delitos con justificación en el principio de inexigibilidad por solidaridad conyugal o familiar, sobre este respecto, la Corte de Casación colombiana consideró que:

La actuación o la contribución que se espera de los parientes del autor o participe de un ilícito, es que se acojan al derecho de no ser obligados a denunciarlo o declarar en su contra. Más allá de esa facultad, no pueden impunemente ejecutar delitos en orden a beneficiarlo, pues ello desborda los límites del principio de solidaridad íntima y deslegitima las bases del de inexigibilidad de otra conducta. Si la ejecución de delitos fuera la forma de garantizar los derechos a la intimidad y la unidad familiar contenidos en el artículo 33 de la Constitución, si no hubiere forma contraria de obrar, el legislador habría previsto la atipicidad, verbi gracia, del encubrimiento por favorecimiento, del soborno y las amenazas a testigos, el ocultamiento, la alteración o la destrucción de elementos materiales probatorios, cuando las conductas se ejecuten para beneficiar al pariente prófugo. No es así de *lege lata* y tampoco resulta previsible de *lege ferenda*, pues desbordaría enormemente el criterio de exigibilidad constitucionalmente admitido o al menos identificable.

3.1.4 Aplicación legal

Se trata de la concepción más restrictiva y que se fundamenta, para quienes toman esta postura, en el debilitamiento de la eficacia de la prevención general y consecuente inseguridad jurídica¹⁰².

Como se ha dicho, si bien inicialmente la inexigibilidad fue concebida en función de una aplicación como causa supralegal de inculpabilidad, entendiendo que la aplicación solamente a los casos previstos en la ley desvirtúa el verdadero sentido de la teoría¹⁰³, existen autores como Castillo González que rechazan esta postura, negando la aplicación como causa supralegal, e incluso como analogía *in bonam parte*, al respecto manifiesta que:

...en realidad la diferencia es de detalle y los efectos de admitir la exigibilidad como causa supralegal de exculpación y la exigibilidad a través de la analogía de casos regulados es prácticamente la misma¹⁰⁴.

¹⁰² Zuñiga Morales, Sandra. "Sobre la inexigibilidad.. *Óp. cit.*, p.520

¹⁰³ Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. *Óp. cit.*, p.209.

¹⁰⁴ Zuñiga Morales, Sandra. "Sobre la inexigibilidad.. *Óp. cit.*, p.522

En definitiva, se ha comprobado que no cabe la aplicación de una interpretación analógica, ya sea porque se rechaza esta figura en el derecho penal o porque no existe una norma que nos permita acercarnos a un verdadero supuesto de analogía *legis in bonam parte*. Por lo que la ausencia de la circunstancia eximente de forma expresa en nuestro Código, resulta en la punibilidad del encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos.

3.2 Valoración axiológica de la inexigibilidad de otra conducta en el encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos

Antes de emitir una recomendación de reforma al Código Orgánico Integral Penal abogando por la inclusión de un supuesto de inexigibilidad de otra conducta en el encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos que derive en un eximente de responsabilidad penal por ausencia de culpabilidad, se estima conveniente justificar, de manera breve, las razones para aquello. En este punto vale destacar la importancia de ciencias auxiliares, que informen al derecho penal en sus distintos ámbitos, especialmente al de psicología criminal que es relevante para el presente trabajo; al respecto, Agustín Rodríguez y Beatriz Rodríguez:

Son de útil apoyo a la psicología criminal, cuyo objeto no es otro que el estudio del comportamiento de la personalidad criminal, a través de las estructuras y funciones de su psiquis y de su manera de sentir. Tanto el enfoque psicológico, como el psiquiátrico y el del psiquismo profundo o del psicoanálisis, fundamentan la etiología de la criminalidad, pero a través de diferentes estudios de la personalidad del delincuente¹⁰⁵.

3.2.1 Selección de parentesco

Es frecuente encontrar en las propias definiciones del concepto de familia, alusión al deber de ayuda mutua que les es natural a sus miembros, así por ejemplo Valladares González explica que:

La familia es la unidad social, compuesta por un conjunto de personas unidas por vínculos consanguíneos, afectivos y cohabitacionales y que a los efectos de las normas

¹⁰⁵ Rodríguez, Agustín y Rodríguez, Beatriz. *Fundamentos de derecho penal y criminología*. Rosario, 2001, P. 45

sociales vigentes deben procurarse ayuda mutua, compartir recursos, comunicarse entre sí, procurarse el bien propio, así como contribuir al de su comunidad¹⁰⁶.

Este deber de ayuda encuentra una sólida explicación desde el área de la psicología evolutiva a través del concepto de la selección de parentesco desarrollado por Fisher y Haldane; en resumen, se puede afirmar que el altruismo que se observa entre parientes próximos, no solo se verifica en la especie humana sino también en otros animales. La selección de parentesco es entendida como el mecanismo de influencia de selección natural, en donde es ventajoso para un individuo que los genes sean pasados de una generación a otra, así no sean los suyos propios, pero si al menos cercanos¹⁰⁷. La cercanía genética con los familiares, hacen que un individuo actúe de manera altruista con éstos, puesto que sus hermanos, por ejemplo, comparten la mitad de su material genético. La ayuda altruista vista desde este modo, tiene un sentido evolutivo claro.

En relación a los ascendientes, se considera que el establecimiento de una sólida relación hasta alcanzar la madurez, que implica fundamentalmente recibir el cuidado necesario, hace que sea ventajoso velar por estos con el objeto de mantener esta dinámica social vigente¹⁰⁸.

En cuanto a la relación conyugal o de pareja, los motivos resultan más evidentes aún, si se le concibe a ésta como motor de la evolución, a través de la reproducción¹⁰⁹. Vale aclarar, que resulta absolutamente errónea la noción de considerar irrelevante desde el punto de vista evolutivo a las parejas del mismo sexo¹¹⁰, por lo que, lo manifestado en este trabajo abarca al término pareja en un sentido amplio.

¹⁰⁶ Diversidad y Complejidad Familiar en Cuba. Centro de Estudios Demográficos. Universidad de La Habana. 1999. Citado en Valladares González, Anay Marta. *La familia. Una mirada desde la psicología*. Vol 6 num1 Revista Digital Medisur. 2008

¹⁰⁷ James Clark, Kelly. *Religion and the sciences of origins: historical and contemporary discussions*. New York. 2014, p 146.

¹⁰⁸ Miyo, Takahiro. "Why do we care for old parents? Evolutionary genetic model of elderly caring. *Open Journal of Genetics*. (2017), p. 36.

¹⁰⁹ Hoquet, Thierry. *Current perspectives on Sexual Selection: what's left after Darwin*. Lyon. 2015, p. 46.

¹¹⁰ Sommer, Volker y Vasey, Paul. *Homosexual behaviour in animals: an evolutionary perspective*. Cambridge, 2006, p.7.

3.2.2 Aceptación social

Existe un segundo nivel psicológico que informa a la inexigibilidad en el encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos, y es aquél relativo ya no directamente con un sentimiento altruista con el cónyuge o pariente cercano, sino al contrario, uno que va en función de su imagen personal ante la sociedad.

De acuerdo a Myers, “gran parte de nuestra conducta social tiene como objetivo aumentar nuestro grado de pertenencia, o sea, la aceptación y la inclusión social”¹¹¹. Evidentemente, cualquier imagen negativa que recaiga sobre el cónyuge o pariente próximo de un individuo tiene un efecto de contagio hacia éste.

3.3 Recomendación de reforma al Código Orgánico Integral Penal

En primer lugar, cabe destacar que la consideración del encubrimiento como delito autónomo no se encuentra ligada de manera alguna a la exclusión de esta causa de inculpabilidad, es decir, nada impide al legislador la creación de una causa de inexigibilidad de otra conducta que de forma expresa refiera a la acción tipificada en el artículo 272.

La aplicación de la pena en el encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos resulta desproporcional; el silencio normativo en relación a la inexigibilidad en el encubrimiento entre cónyuges y parientes próximo hace que el juzgador no se encuentre habilitado para encontrar un término justo que se adecúe a la necesidad social de seguridad jurídica y al principio de intervención penal mínima. Cornejo Aguiar es enfático al afirmar que estamos ante una evidente situación de aumento del poder punitivo del Estado¹¹².

El Código Orgánico Integral Penal, en el Artículo 272 referente al delito autónomo de fraude procesal, incorpora las cuatro clases de encubrimiento estudiadas en el primer capítulo, a saber: favorecimiento real, personal, aprovechamiento y alteración a la verdad.

¹¹¹ Myers, David. *Psicología*. San Pablo, 2006, p.483.

¹¹² Cornejo Aguiar, Sebastián. “El Encubrimiento... *óp. cit.*”

Ahora bien, se estima que solamente deben ser objeto de un supuesto expreso de inexigibilidad en el delito de fraude procesal entre cónyuges y parientes próximos, los tipos de encubrimiento personal y real.

Es lógico apartarse de cualquier análisis de inexigibilidad en el encubrimiento que consiste en la alteración de la verdad, por cuanto el cónyuge o encubridor del partícipe del delito de fraude procesal, no podría actuar como perito en el proceso.

En relación al aprovechamiento, se considera que este tipo de encubrimiento sobrepasa el análisis realizado en función de la empatía que naturalmente se tiene hacia el cónyuge o pariente próximo, por cuanto esta conducta va mas allá de la simple protección al núcleo familiar, sino que busca sacar un rédito, habitualmente de carácter pecuniario. Así mismo, la imagen social que busca cuidar el encubridor cónyuge y pariente próximo, determinaría que se actúe de tal forma que éstos queden los más apartados posibles del delito principal, el aprovechamiento, implica más bien una conducta positiva encaminada a brindar los medios para beneficiarse del delito cometido.

Vale aclarar, que el primer inciso del artículo referente al delito de fraude procesal, hace alusión a la inducción al engaño de un juez en el decurso de un proceso, presupuesto que no ha sido objeto de éste trabajo, siéndolo únicamente el supuesto de hecho conocido en la doctrina como encubrimiento. Por lo que al incluir un supuesto de inexigibilidad se está haciendo alusión únicamente al segundo inciso del artículo 272.

Finalmente, se considera que la valoración axiológica realizada en el presente trabajo aplica unívocamente solo al cónyuge y los parientes cercanos hasta el segundo grado de consanguinidad.

Por todo lo expuesto, la norma que se propone sea introducida a nuestro ordenamiento jurídico, inmediatamente después del artículo 272, es la siguiente:

Art.- Estarán exentos de responsabilidad penal, quienes actúen en beneficio del cónyuge del sindicado, de sus parientes por consanguinidad hasta dentro del primer grado o de sus hermanos, en las conductas señaladas en el inciso segundo del artículo anterior. Esta exención, no aplicará para quienes proporcionen los medios para que se aproveche de los efectos del delito cometido.

Capítulo IV

Conclusiones

De la investigación realizada, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. En Ecuador se ha superado la concepción clásica del encubrimiento incorporado a la participación. El encubrimiento es tratado en la actualidad como delito autónomo, bajo el tipo penal de fraude procesal, considerando que el delito de encubrimiento afecta a la Administración Pública como bien jurídico protegido.
2. El tratamiento del encubrimiento como delito autónomo no excluye la posibilidad de que se incorpore un supuesto de inexigibilidad que favorezca al cónyuge y pariente próximo encubridor, su exclusión fue deliberada por razones de política criminal y no por un descuido. Se considera que dicha exclusión resulta en un incremento del poder punitivo del Estado y atenta contra el principio de inexigibilidad de otra conducta.
3. La inexigibilidad de otra conducta exime de responsabilidad a través de una causal de inculpabilidad, es decir, afecta a la culpabilidad y no a la punibilidad. Por lo que la discusión sobre la extensión de aplicación del principio se deberá enmarcar en una causal de inculpabilidad.
4. Si bien en el origen del desarrollo doctrinario de la inexigibilidad, ésta fue concebida como una causa de aplicación suprallegal, se niega la posibilidad de concebirla de esta manera por contrariar a la seguridad jurídica y al principio de legalidad, rector del derecho penal.
5. En relación a la aplicación por analogía, independientemente de si el juzgador admita la aplicación de analogía *in bonam parte* como forma de creación de causales de inculpabilidad, no existe una norma que sirva como modelo para la creación de una nueva norma jurídica análoga. La exoneración del deber de denunciar, tiene un distinto fundamento. Adicionalmente, la aplicación por analogía torna difuso el límite de aplicación del principio de inexigibilidad.
6. Para que la conducta de encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos no sea punible, es necesario que el supuesto de inexigibilidad este contemplado de forma expresa en nuestro código, puesto que, la inexigibilidad como causal de inculpabilidad tiene un alcance normativo o legal de aplicación.

7. Desde la ciencia de la psicología, está plenamente justificada la inclusión de un supuesto de inexigibilidad que favorezca al cónyuge y pariente próximo encubridor, sin embargo, se justifica su inclusión únicamente para los tipos de encubrimiento que no involucren aprovechamiento. Adicionalmente, el alcance es claro en cuanto a la relación conyugal y de parentesco hasta el primer grado de consanguinidad y el segundo en cuanto a los hermanos. Es necesario un estudio profundo desde la psicología criminal, que determine con claridad el límite de la extensión de este supuesto de inexigibilidad en cuanto a los demás grados de parentesco.

Bibliografía

- ALBÁN GÓMEZ, ERNESTO. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito, 2008.
- AGUADO CORREA, Teresa. “Principio de Inexigibilidad de Otra Conducta en las Categorías del Delito”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, 2011.
- AGUDELO BETANCUR, Nódier. *Curso de Derecho Penal. Esquemas del Delito* Bogotá, 2007.
- CARRARA, Francesco. *Teoría de la tentativa y de la complicidad, o del grado de la fuerza física del delito*. Madrid, 1877.
- CÓRDOBA RODA, Juan. *Comentarios al Código Penal*. Barcelona, 1976.
- CURUY ARZÚA, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, 1997.
- DONNA, Edgardo. *Derecho Penal: parte especial*. Buenos Aires, 2003.
- DONNA, Edgardo. *La Autoría y Participación Criminal*. Buenos Aires, 2002.
- EBERT, Udo. *Derecho Penal. Parte General*. Heidelberg, 2001.
- EGGERT, Karl Heinz. *Die Unzumutbarkeit normgemassen*. Gottingen, 1969.
- FIGARI, Rubén Enrique. *Casuística Penal: doctrina y jurisprudencia, Parte General*. Mendoza, 1999.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio. *Encubrimiento y su problemática en el Código Penal*. Barcelona, 2009.
- GUTIERREZ ALVIZ CONRADI, Faustino. *La criminalidad organizada ante la justicia*. Sevilla, 1996.
- HOQUET, Thierry. *Current perspectives on Sexual Selection: what's left after Darwin*. Lyon. 2015.
- JAMES CLARK, Kelly. *Religion and the sciences of origins: historical and contemporary discussions*. New York. 2014.
- JIMÉNEZ DE ASÚA. *Teoría del delito*. Ciudad de México, 2003.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito*. Buenos Aires, 1958.

- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Causas de atipicidad y causas de justificación*. Madrid, 1995.
- MALDONADO, Osman, Pedro. *Anotaciones sobre el Concurso de Personas en el Delito*, 1979.
- MENA MORA, Juan Ignacio. Recepción de la analogía in bonam partem en el Derecho penal ecuatoriano. Tesis de Grado. Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2015.
- MIYO, Takahiro. “Why do we care for old parents? Evolutionary genetic model of elderly caring”. *Open Journal of Genetics*. (2017).
- MONTIEL, Juan Pablo. “Regulaciones de excepción y prohibición de analogía”. *Revista para el análisis del derecho*. 2013.
- PARMA, Carlos. *Culpabilidad: lineamientos para su estudio*. Mendoza, 1997.
- RODRÍGUEZ Agustín y RODRÍGUEZ Beatriz. *Fundamentos de derecho penal y criminología*. Rosario, 2001.
- ROMÁN MÁRQUEZ, Álvaro. *La Teoría de la Imputación y su Relación con la Teoría del Delito*. Quito, 2015.
- SÁNCHEZ GALLEGO, José Félix. El error sobre las causas de exculpación en España y Panamá. Tesis de Doctorado. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2017.
- SERRA CRUZ, Diva Francesca. Recepción El Encubridor en la Jurisprudencia Chilena. Memoria de prueba para optar al título de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago, 2014.
- SOLARI, Tito. “Encubrimiento y Delito Culposo” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, No. 2. 1978
- SOMMER, Volker y VASEY, Paul. *Homosexual behaviour in animals: an evolutionary perspective*. Cambridge, 2006.
- VALLADARES GONZÁLEZ, Anay Marta. La familia. Una mirada desde la psicología. Vol 6 num1 *Revista Digital Medisur*. 2008.
- VILLANUEVA PLASENCIA, Raúl. *Teoría del Delito*. México DF, 2004.
- WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. Berlín, 1959.

ZAFFARONI, Raúl. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, 2000.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. “Reflexiones sobre la teoría de la participación”.
Revista Jurídica. 2012.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *Derecho Penal Parte General*. Quito, 2017.

ZAVALLA, GARCÍA, Rafael. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*. México, 1946.

ZUÑIGA MORALES, Sandra. “Sobre la exigibilidad e inexigibilidad dentro de la teoría del delito”. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*. 2013.

Plexo Normativo

Código Orgánico Integral Penal. *Registro Oficial* No. 180 del 10 de febrero del 2014

Código Penal. *Registro Oficial* No. 147 del 22 de enero de 1971

Constitución de la República de Ecuador. *Registro Oficial* No. 449 del 25 de julio de 2008

Código Civil. *Registro Oficial* No. 46 del 10 de mayo del 2005,

Código Penal de Colombia. Ley 599 de 2000.

Código Penal de España. Ley 10/1995 de 1995.

Código Penal Federal. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931.

Código Penal de la República de Chile. Ley 251 de 1874

Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11179 de 1984.

Código Penal de la República del Uruguay de 1933.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Causa No. 151-02, de 2 de mayo de 2002.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Penal. Causa No. 16-94, de 28 de febrero de 1994.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Radicación No. 41749, de 24 de julio de 2017.

Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Cámara Especializada de lo Penal. Causa No. 197-APE-13 del 2 de septiembre de 2013.

Juzgado de lo Penal Número Diecinueve de Barcelona. Sentencia No. 499/09 de 30 de diciembre de 2009.