

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**Vulneración de la presunción de inocencia en el delito de  
contrabando: Estudio sobre la justificación del origen lícito de las  
mercancías**

**María Fernanda Rodríguez Prieto**

**Jurisprudencia**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito  
para la obtención del título de Abogada

Quito, 20 de noviembre de 2020

## © DERECHOS DE AUTOR

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

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

Nombres y apellidos: María Fernanda Rodríguez Prieto

Código: 00137106

Cédula de identidad: 0604374173

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2020

## **ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN**

**Nota:** El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

## **UNPUBLISHED DOCUMENT**

**Note:** The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

**VULNERACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL DELITO DE CONTRABANDO: ESTUDIO SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL ORIGEN LÍCITO DE LAS MERCANCÍAS<sup>1</sup>**

**VIOLATION OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE CRIME OF SMUGGLING: STUDY ON THE JUSTIFICATION OF THE LICIT ORIGIN OF THE GOODS**

María Fernanda Rodríguez<sup>2</sup>  
[mfrodriguez@estud.usfq.edu.ec](mailto:mfrodriguez@estud.usfq.edu.ec)

**RESUMEN**

La presente investigación analiza el tipo penal del delito de contrabando y la eventual vulneración de la presunción de inocencia como derecho del imputado. Además se estudian las repercusiones del contrabando como un delito no flagrante tomando en consideración el tiempo que establece la ley para justificar el origen lícito de las mercancías. Para este trabajo se utilizó un método sistemático con el propósito de determinar la existencia de la inversión de la carga probatoria hacia el procesado. Se encontró que la tipificación del delito de contrabando en el Código Orgánico Integral Penal obliga al acusado a demostrar su inocencia, quebrantando una de las garantías básicas del debido proceso. Por lo que se concluye que en este tipo penal es necesario eliminar la frase: siempre y cuando no pueda justificarse el origen lícito de las mercancías dentro de las setenta y dos horas posteriores al descubrimiento.

**PALABRAS CLAVE**

Inversión de la carga de la prueba, Flagrancia, Presunción de inocencia, Contrabando.

**ABSTRACT**

This paper analyzes the way the law prescribes the crime of smuggling and the possible violation of the presumption of innocence as a right of the accused. Likewise, the repercussions of considering the act of smuggling as a non-flagrant crime are studied, considering the time established by law to justify the legal origin of the goods. This paper applied a systematic method, in order to determine the existence of the reversal of the burden of proof towards the defendant. After the analysis, we can conclude that the definition of the crime of smuggling in the Ecuadorian Criminal Code forces the accused to prove his innocence, breaking one of the basic guarantees of due process. It is concluded that the phrase “as long as the legal origin of the goods cannot be justified within seventy-two hours after the discovery” should be withdrawn from the current definition of this crime.

**KEYWORDS**

Reversal of burden of proof, Flagrancy, Presumption of innocence, Smuggling.

Fecha de lectura: 18 de diciembre de 2020

Fecha de publicación: 18 de diciembre de 2020

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Belén Alejandra Aguinaga Aguinaga

<sup>2</sup> 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 en 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.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2.MARCO TEÓRICO.- 2.1 MARCO NORMATIVO.- 2.2. TEORÍAS Y FUNDAMENTOS.- 3. ESTADO DEL ARTE.- 4. GENERALIDADES.- 4.1 DELITO DE CONTRABANDO EN EL ECUADOR.- 4.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE CONTRABANDO.- 4.3 ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DEL DELITO DE CONTRABANDO.-5. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DELITO DE CONTRABANDO.- 5.1 LEGALIDAD DE LA APREHENSIÓN EN FLAGRANCIA VS EL TIEMPO QUE ESTABLECE LA LEY PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO.- 5.2 JUDICIALIZACIÓN DEL DELITO DE CONTRABANDO EN EL ECUADOR.- 6. EL CONTRABANDO COMO UN DELITO NO FLAGRANTE - 7. CONCLUSIONES.

### 1. Introducción

La presunción de inocencia es un derecho constitucional reconocido a todas las personas, especialmente a quienes están siendo procesadas durante el desarrollo del procedimiento penal. Una de las garantías estructurales de la presunción de inocencia implica que la carga de la prueba recae en el órgano acusador, quien debe demostrar todos y cada uno de los elementos que integran el tipo penal, así como la responsabilidad individual de la persona procesada. De esto se desprende, que no se puede obligar a la persona imputada a demostrar su inocencia.

En el Ecuador, el contrabando es uno de los delitos que implica una inversión de la carga probatoria hacia la persona procesada, el tipo penal establece un plazo de 72 horas para que esta pueda justificar el origen lícito de las mercancías. En consecuencia, esta exigencia amerita un análisis de constitucionalidad de esta norma, pues si bien, la persona acusada no debe demostrar su inocencia “la posición estática y pasiva de la misma no puede ser tomada como prueba, presunción, ni indicio en su contra”<sup>3</sup>.

La Corte Constitucional, analizó la compatibilidad del artículo 301 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), que tipifica el delito de contrabando con las disposiciones de la Constitución. En consecuencia, mediante sentencia No.14-19-CN/20 del 12 de agosto de 2020, concluyó que esta norma guarda armonía con la Constitución, siempre y cuando “el plazo de las 72 horas posteriores” sea entendido “como un elemento normativo que debe tenerse como configurado para que la Fiscalía

---

<sup>3</sup> Ver, Eduardo Jauchen, “Principios, Derechos y Garantías Constitucionales”, cap. 2 en *Derechos del Imputado* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2013).

inicie la acción penal”<sup>4</sup>. En este contexto, la Corte Constitucional considera que dicha interpretación, no conduciría a una vulneración del principio de presunción de inocencia.

Este pronunciamiento trae consigo un gran problema que genera debate, debido a la prohibición que tiene el fiscal de iniciar la acción penal sin que hayan transcurrido 72 horas, dentro de las cuales el presunto contrabandista pueda presentar el documento que acredite el origen lícito de las mercancías. A ello se suma el riesgo de fuga del sujeto activo de la infracción y la impunidad del delito, en consecuencia, surgen las siguientes interrogantes ¿Podría la policía aprehenderle al infractor? ¿Se desnaturaliza la calidad de flagrancia de este delito? ¿Desde qué momento interviene fiscalía?

Por lo expuesto, en el desarrollo de esta investigación se analizará el tipo penal de contrabando y las posibles implicaciones de las 72 horas que concede la ley para justificar el origen lícito de las mercancías. En cuanto a la metodología, al tratarse de un trabajo descriptivo explicativo se utilizará el método sistemático deductivo. Para ello, se iniciará con la presentación de las generalidades del delito de contrabando en el Ecuador, para posterior, analizar la inconstitucionalidad de la inversión de la carga de la prueba en el tipo penal de contrabando. A partir de este análisis, se busca contribuir a esclarecer el tema, principalmente a los miembros de la fuerza pública, fiscales y operadores de justicia.

En función a lo anterior, se planteará eliminar la frase “siempre y cuando no pueda justificarse el origen lícito de dichas mercancías dentro de las setenta y dos horas posteriores al descubrimiento”. Pues vulnera la presunción de inocencia al invertir la carga de la prueba, y por otro lado, impide que se cumplan los presupuestos para que se configure la flagrancia.

## **2. Marco teórico**

### **2.1 Base Normativa**

“El Ecuador al ser un Estado Social de Derecho, tiene como objetivo ir materializando las declaraciones que constan en los textos constitucionales, internacionales y legales, convirtiendo dichas manifestaciones en una realidad tangible”<sup>5</sup>. En este contexto, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, tienen

---

<sup>4</sup> Caso No. 14-19-CN, Corte Constitucional del Ecuador, 12 agosto de 2020, párr.36.

<sup>5</sup> Marco Morales Tobar, “Derechos Humanos y Tratados que los contienen en el Derecho Constitucional y la jurisprudencia del Ecuador.” *Ius et Praxis* 9 (2003), 91-115.

un valor jurídico fundamental, ya que están encaminados al respeto y protección de los derechos fundamentales de todas las personas.

La Constitución de la República del Ecuador (en adelante Constitución), en el artículo 425, establece la jerarquía normativa de aplicación de las leyes, siendo la Constitución la norma suprema que prevalece sobre cualquier otra, sin embargo, el artículo 424 expresa:

[...] los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público<sup>6</sup>.

Tanto las normas constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos son de aplicación directa, inmediata y obligatoria por parte de los operadores de justicia. Sin embargo, cuando los tratados internacionales tengan un contenido más favorable que la Constitución<sup>1</sup>, prevalecerán sobre esta en virtud del principio *pro homine*.

El principio de presunción de inocencia, ha sido universalmente reconocido en diferentes instrumentos internacionales, como: La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (artículo 9); la Declaración Universal sobre Derechos Humanos<sup>7</sup> adoptada por la III Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en París el 10 de diciembre de 1948 (artículo 11); Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969<sup>8</sup> (artículo 8.2); y, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976 ( artículo 14.2)<sup>9</sup>.

En este sentido, el principio de presunción de inocencia tiene tal importancia que al estar reconocido en la Constitución, así como en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ya mencionados, no podrá ser disminuido, desmejorado ni eliminado<sup>10</sup>.

La columna vertebral del derecho penal es el debido proceso, entendido como sinónimo de respeto a los derechos fundamentales del ser humano, y como protección al

---

<sup>6</sup> Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 449 de 12 de marzo de 2020.

<sup>7</sup> Declaración Universal sobre Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de 1948, ratificada por el Ecuador el 10 de diciembre de 1948.

<sup>8</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Ecuador el 8 de diciembre de 1977.

<sup>9</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por Ecuador el 24 de enero de 1969.

<sup>10</sup> Caso No. 0029-11-IN, Corte Constitucional del Ecuador, 13 de junio de 2013.

ciudadano del poder punitivo del Estado. Como parte de las garantías básicas del debido proceso se encuentra la presunción de inocencia, reconocida en el artículo 76. 2 de la Constitución<sup>11</sup>.

Por otro lado, el delito de contrabando se encuentra tipificado en el artículo 301 del COIP, que contiene ocho supuestos de hecho, para que la conducta sea considerada punible. Sin embargo, para efectos del presente trabajo investigativo, el análisis se concentrará en el numeral dos del referido artículo. Es decir, en la evasión del control aduanero a través de la movilización de mercancías extranjeras por las zonas secundarias<sup>12</sup>.

Adicionalmente, es importante mencionar los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en base al control abstracto de constitucionalidad que realiza la misma, en tal sentido: La sentencia No. 14-15-CN/19 del 14 de mayo de 2019, que declara la inconstitucionalidad del delito de receptación, por contrariar la presunción de inocencia<sup>13</sup>. De igual forma, la sentencia No. 14-19-CN del 12 de agosto de 2020, que considera la constitucionalidad del delito de contrabando en el segundo supuesto de hecho<sup>14</sup>.

## **2.2 Fundamento Teórico**

Desde el punto de vista social, el principio de presunción de inocencia del que gozan las personas imputadas de un delito, es inobservado desde el instante en que son investigadas, si bien no existe todavía una sentencia firme que los declara culpables, “la sociedad ya los está juzgando e incluso los está sancionando, imponiéndoles un rechazo social”<sup>15</sup>. De esta manera, las oportunidades laborales y relaciones sociales del individuo se ven frustradas. Esta inobservancia, se la puede evidenciar con más claridad, cuando el acusado se encuentra privado de su libertad como consecuencia de una medida cautelar.

Desde el punto de vista garantista, la presunción de inocencia es un límite al poder punitivo del Estado con la finalidad de que se le garantice un debido proceso al acusado. “Esta garantía es una de las columnas sobre las cuales se configura todo Estado de

---

<sup>11</sup> Artículo 76 numeral 2 Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>12</sup> Artículo 301 numeral 2, Código Orgánico Integral Penal [COIP], R.O. Suplemento 180, 10 de febrero de 2014, reformada por última vez R.O. Suplemento 180 de 04 de diciembre de 2019.

<sup>13</sup> Caso No. 14-15-CN, Corte Constitucional del Ecuador, 14 de mayo de 2020.

<sup>14</sup> Caso No. 14-19-CN, Corte Constitucional del Ecuador.

<sup>15</sup> Ver, Ricardo Espinoza, “Efectos inherentes a la aplicación del principio de presunción de inocencia en la persona del imputado”, en *La presunción de inocencia en el Sistema Acusatorio Mexicano* (México: Editorial Novum, 2012), 189.

Derecho, y es uno de los pilares fundamentales de las democracias modernas”<sup>16</sup> lo que se busca, es proteger los derechos del ciudadano. Es por ello, que la regla general consiste en que todo procesado goza de un estado de inocencia, y quien debe destruir este presupuesto es quien acusa.

En el ámbito procesal, el principio de presunción de inocencia significa una presunción *iuris tantum*, que debe ser destruida a través de la actividad probatoria por parte del órgano acusador. Si el tribunal no alcanza el convencimiento total de la materialidad y responsabilidad de la infracción, deberá absolver en aplicación del principio *in dubio pro reo*<sup>17</sup>. Este principio, señala que debe interpretarse a las normas jurídicas en armonía con los derechos fundamentales, es decir, una interpretación finalista y sistemática.

Por lo manifestado, se desprende, que la presunción de inocencia desde el punto de vista social y jurídico, no debe ser puesta en duda hasta que exista una sentencia ejecutoriada que declare la culpabilidad del procesado. Para desvirtuar tal presunción de inocencia, la carga probatoria le corresponde exclusivamente a Fiscalía, a través de una investigación orientada al respeto y observancia de las garantías básicas del debido proceso. Es fundamental mencionar que durante la investigación pre procesal, el proceso penal y el cumplimiento de la pena, se debe respetar los derechos constitucionales de la persona procesada.

Adicionalmente, el órgano acusador debe actuar con objetividad, “adecuando sus actos a la correcta aplicación de la ley. Investigar, no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino, también los que la eximan, atenúen o extingan”<sup>18</sup>.

### **3. Estado del arte**

Ferrajoli menciona que, la presunción de inocencia se encuentra asociada a dos conceptos garantistas que son “la regla de tratamiento del imputado, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal” y “la regla del juicio, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda”<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Ver, Gianni Piva, “La presunción de inocencia en el Estado Social de Derecho, aspectos constitucionales básicos/ Alcance y consagración”, en *Presunción de inocencia* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020), 67.

<sup>17</sup> Ver, Humberto Nogueira Alcalá, “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, *Ius et Praxis* 1 (2005), 121-131.

<sup>18</sup> Artículo 5 numeral 21, COIP.

<sup>19</sup> Ver, Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 5ª ed. (Madrid: Trotta, 2001), 551.

El jurista Gianni Egidio Piva Torres, señala que, la presunción de inocencia ha llevado a concluir que es el órgano acusador quien debe soportar la carga de la prueba de la culpabilidad, de esta manera, el acusado puede permanecer inactivo, sin perjuicio de que dicha inactividad afecte su inocencia, exigirle la prueba de su inocencia sería, una carga de cumplimiento imposible<sup>20</sup>.

En esta misma línea, Rafael Oyarte, menciona que la carga de la prueba corresponde a quien imputa, demanda o acusa, pues a este último se lo presume inocente, sin embargo, existen excepciones que deben ser rigurosamente razonadas. En este sentido, señala que dentro de nuestra Constitución, existen tres casos de inversión de carga probatoria: acciones de garantías jurisdiccionales; en materia ambiental sobre la inexistencia de daño potencial o real; y, en el caso de no presentación de la declaración patrimonial del servidor público ante la Contraloría General del Estado, al inicio y fin de su gestión<sup>21</sup>.

Por otro lado, José García Falconí indica que la presunción de inocencia, se sienta en la base del principio de legalidad, que determina que nadie puede ser sancionado sin juicio previo. Como consecuencia de este principio, tampoco puede ser condenado ni privado de su libertad, quien todavía no ha sido encontrado culpable del delito por el que se le acusa<sup>22</sup>.

De igual forma, Agustín Jesús Pérez Cruz Martín expresa que, desvirtuar la presunción de inocencia corresponde al Ministerio Público. Así este debe demostrar la acreditación de la imputación realizada en los escritos de acusación, mediante la práctica de las pruebas practicadas con validez jurídica y que permitan apreciar objetivamente una mínima actividad probatoria de cargo<sup>23</sup>.

#### **4. Generalidades**

El delito de contrabando, es un delito que afecta a una de las tantas funciones que ejerce el Estado: la de control sobre el tráfico internacional de mercaderías. Este control está a cargo del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador (en adelante SENA) cuya

---

<sup>20</sup> Ver, Piva Gianni, *Presunción de inocencia*, 115.

<sup>21</sup> Ver, Rafael Oyarte, “Presunción de inocencia”, cap. 3 en *Debido Proceso*, 2ª ed. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016)

<sup>22</sup> Ver, José García, “Definición y alcance de la garantía de la presunción de inocencia en la Constitución de la República y en el Código Orgánico Integral Penal”, en *Análisis Jurídico Teórico-Práctico del Código Orgánico Integral Penal* (Riobamba: Indugraf, 2014), 55-58.

<sup>23</sup> Ver, Agustín Jesús Pérez Cruz Martín, *La prueba y la presunción de inocencia en el Código Orgánico Integral Penal*, 1ª ed. (Quito: Latitud Cero Editores, 2016), 360.

finalidad es la correcta percepción de tributos, así como el cumplimiento de las prohibiciones legales a la importación y exportación<sup>24</sup>.

Luis Alberto Bramont Arias Torres, define al contrabando como “el acto que consiste en sustraer, eludir o burlar el control de la autoridad aduanera” ya sea por aquellos lugares no permitidos por la administración aduanera, o ya sea por el paso de la aduana, con la particularidad de que se puedan utilizar técnicas para evitar dicho control<sup>25</sup>.

En definitiva, el contrabando es un delito que afecta al orden económico del Estado, ya que se trata de un ilícito que provoca un perjuicio fiscal. En este sentido, se entiende que el contrabandista “se apropia de la contribución que el Estado tiene derecho a recibir” y en consecuencia se ven afectados algunos sectores de la sociedad que el Estado debe proteger. Si bien, dicha contribución sirve para cubrir los gastos de su funcionamiento, también es utilizada para garantizar derechos, a través de los servicios públicos que ofrece al ciudadano. Por lo mencionado, cometer esta conducta implica la inobservancia de obligaciones jurídicas, tales como:

- (i) El impago de los derechos de aduana; (ii) no rinde información segura a la aduana, para que esta pueda ejercer un control efectivo de las mercancías que entran y salen del territorio aduanero; e (iii) introduce o extrae mercancías por el territorio que no se encuentra habilitado para ejercer dichas actividades<sup>26</sup>.

#### **4.1 Delito de contrabando en el Ecuador**

El delito de contrabando, se encuentra tipificado en el artículo 301.2 del COIP, establece:

[...] La persona que, para evadir el control y vigilancia aduanera sobre mercancías cuya cuantía sea igual o superior a diez salarios básicos unificados del trabajador en general, realice uno o más de los siguientes actos, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años, multa de hasta tres veces el valor en aduana de la mercancía objeto del delito, cuando:

2. Movilice mercancías extranjeras dentro de la zona secundaria sin el documento que acredite la legal tenencia de las mismas, siempre y cuando no pueda justificarse el origen lícito de dichas mercancías dentro de las setenta y dos horas posteriores al descubrimiento<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup>Ver, Héctor Vidal Albarracín, *Derecho Penal Aduanero*, colab. de Guillermo Vidal Albarracín, 1ª ed. (Buenos Aires: Didot, 2018), 548.

<sup>25</sup> Ver, Luis Alberto Bramont Arias, “La nueva tipificación de los delitos Aduaneros”, *Actualidad Jurídica* 116 (2003), 71-74.

<sup>26</sup>Ver, Juan José Peña, Luisa Fernanda Martínez y Luis Alejandro Peña, “El delito aduanero de contrabando: identificación de los elementos de su tipo penal en Colombia”, *Prolegómenos* 21 (2018), 131-147.

<sup>27</sup> Artículo 301 numeral 2, COIP.

El contrabando, se caracteriza por ser un tipo penal en blanco, debido a que su “supuesto de hecho esta desarrollado total o parcialmente por una norma de carácter extrapenal”<sup>28</sup>. En consecuencia, su análisis implica remitirnos a normas del derecho aduanero para entender con claridad ciertos conceptos básicos, que nos facilitarán el estudio del mismo. Para los fines del presente trabajo, únicamente es de nuestro interés referirnos a los términos “zonas secundarias” y “mercancías extranjeras”.

El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, indica que el territorio aduanero comprende zonas primarias y secundarias, más adelante los conceptualiza de la siguiente manera:

- a. Primaria.- Constituida por el área interior de los puertos y aeropuertos, recintos aduaneros y locales habilitados en las fronteras terrestres; así como otros lugares que fije la administración aduanera, en los cuales se efectúen operaciones de carga, descarga y movilización de mercaderías procedentes del exterior o con destino a él; y,
- b. Secundaria.- Que comprende la parte restante del territorio ecuatoriano incluidas las aguas territoriales y espacio aéreo<sup>29</sup>.

Por otro lado, el Reglamento al título de facilitación aduanera del Código de Producción, se refiere a las mercancías extranjeras, como aquellas, que provienen de “territorio aduanero, diferente al ecuatoriano, sin que se hayan realizado las diligencias para su despacho”<sup>30</sup>.

En este apartado, es fundamental, determinar las clases de contrabando, para tal efecto, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y la Unidad de Información y Análisis Financiero de Colombia<sup>31</sup>, distinguen entre el contrabando abierto y el contrabando técnico. El contrabando abierto, implica la introducción o extracción de mercancías, sin que estas hayan sido previamente presentadas ante el órgano aduanero correspondiente, evitando que se realice un control efectivo sobre dichas mercancías. Por otro lado, el contrabando técnico, se refiere al ingreso de las mercancías por el territorio aduanero; sin embargo, la información presentada ante la autoridad respectiva es alterada, falsa o incompleta.

---

<sup>28</sup> Caso No. C-121/2012, Corte Constitucional de Colombia, 22 de febrero del 2012.

<sup>29</sup> Artículo 106, Código de la Producción, Comercio e Inversiones [COPCI], R.O. Suplemento 351 de 29 de diciembre de 2010, reformado por última vez R.O. 351 de 31 de diciembre de 2019.

<sup>30</sup> Decreto Ejecutivo 758, Presidencia de la República [Por medio del cual se expide el Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio, del libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones], Registro Oficial Suplemento 452 de 19 de mayo de 2011.

<sup>31</sup> Ver, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y Unidad de Información y Análisis Financiero, *Tipologías de lavado de activos relacionadas con el contrabando* (Colombia, 2006), 8 [https://www.legiscomex.com/bancomedios/archivos/tipologias\\_contrabando\\_enero\\_2006.pdf](https://www.legiscomex.com/bancomedios/archivos/tipologias_contrabando_enero_2006.pdf).

Con base en lo expuesto, se puede determinar que el delito tipificado en el artículo 301.2 del COIP, se refiere a lo que la doctrina denomina contrabando abierto. Para que exista el delito, se requiere que estas mercancías sean trasladadas por territorio que no se encuentra habilitado para dicha actividad, es decir por las zonas secundarias.

#### **4.2 Bien jurídico protegido en el delito de contrabando**

Dentro de la esfera jurídico penal, únicamente serán punibles los hechos que mediante la justificación de su conflictividad, repercutan de forma relevante al bien jurídico protegido. En este contexto, distinguir el bien jurídico protegido en el delito de contrabando es de suma importancia; al respecto, Jorge Zavala Egas señala que, el bien jurídico protegido en la ley penal aduanera, “es la Administración Pública en general, se trata del control sobre el comercio exterior de la importación y/o la exportación”<sup>32</sup>.

La jurisprudencia de la nación Argentina ha sostenido que, el bien jurídico protegido por la figura de contrabando es en esencia el resguardo de la política económica, ya que es el medio por el cual se rige la economía nacional, dejando en segundo plano a la conservación y amparo de la integridad de la renta fiscal<sup>33</sup>.

Frente a este criterio, Héctor Vidal Albarracín considera que, dotarle al control aduanero las facultades destinadas a tutelar la política económica, permite la configuración del delito de contrabando, pero su aplicación resulta excesiva, llegando a desnaturalizar esta figura<sup>34</sup>.

Por el contrario, Reinaldo Calvachi Cruz manifiesta que, esta “conducta ilícita afecta ampliamente a la industria nacional, provocando efectos lesivos en bienes o intereses jurídicos de orden particular. Por ello, considera que la aplicación de esta figura es precisamente para evitar lesionar a la industria y al comercio nacional e impedir la pérdida de empleos, daños a la propiedad intelectual y la venta de mercancías sin garantía para el consumidor final”<sup>35</sup>. “Una vez, que se quebrante el régimen de control aduanero respecto a la importación y exportación de mercancías, en forma mediata se afecta a la regulación económica que el Estado ha fijado”. Por lo tanto, la política económica de la que hablan los autores es una derivación del control aduanero que debe ejercerse<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup>Ver, Jorge Zabala Egas, “Naturaleza de las infracciones tributarias y su denominación en III Jornadas Nacionales de Derecho Tributario”, *Memoria*, (1986),110

<sup>33</sup> Dictamen del Procurador General de la Nación, LL, T.1977, p.136

<sup>34</sup> Ver, Héctor Vidal Albarracín, *Derecho Penal Aduanero*, 82.

<sup>35</sup> Reinaldo Calvachi Cruz, “Los delitos aduaneros: El contrabando”, *Iuris Dictio* 6 (2002), 109-120

<sup>36</sup> Ver, Héctor Vidal Albarracín, *Derecho Penal Aduanero*, 80.

El bien jurídico protegido por el delito de contrabando, es esencialmente el correcto y efectivo funcionamiento del control aduanero, es decir, la verificación del ingreso, egreso o circulación de las mercaderías en el territorio aduanero. El imposibilitar o entorpecer este control, da paso a que el delito de contrabando se configure, “con independencia de que tenga efectos sobre cuestiones fiscales, sanitarias o de seguridad”<sup>37</sup>.

#### **4.3 Elementos del tipo penal del delito de contrabando**

Ahora bien, el tipo penal es “la fórmula legal necesaria al poder punitivo para habilitar su ejercicio formal”<sup>38</sup>, y está conformado por elementos objetivos y subjetivos. Los elementos objetivos, son aquellos que describen de forma “abstracta y genérica la conducta prohibida”<sup>39</sup>, de manera que pueda ser comprendido inequívocamente el hecho punible. Los elementos subjetivos, se basan en la intencionalidad del sujeto para cometer el delito, esto es, dolo o culpa.

Felipe Rodríguez manifiesta que, “todo delito tipificado en el COIP, es doloso, a excepción de aquellos que expresamente se cataloguen como culposos”<sup>40</sup>. Para que un acto sea doloso, el sujeto debe tener conocimiento y voluntad del mismo. Por lo manifestado, se puede afirmar que el delito de contrabando siempre será doloso.

Por otra parte, los elementos objetivos del delito de contrabando, se pueden describir de la siguiente manera:

1. Sujeto activo indeterminado: La norma no da un calificativo o una calidad especial para que determinada persona cometa el delito, así, en su redacción expresa: “La persona que [...]”.
2. Sujeto pasivo calificado: El titular del bien jurídico protegido en el delito de contrabando es la administración aduanera.
3. Verbo rector: Es el comportamiento humano que lesiona el bien jurídico protegido, en el caso concreto, el núcleo de la conducta es evadir el control y vigilancia aduanera.
4. Bien jurídico protegido: El delito de contrabando tutela el efectivo funcionamiento del control aduanero.

---

<sup>37</sup> Id., 84.

<sup>38</sup> Ver, Eugenio Zaffaroni, *Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires: Editar, 2002), 434.

<sup>39</sup> Ver, Pablo Encalada Hidalgo, *Teoría Constitucional del Delito Análisis Aplicado al Código Orgánico Integral Penal* (Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2015), 43.

<sup>40</sup> Ver, Felipe Rodríguez Moreno, *Curso de Derecho Penal Parte General*, t. II (Quito: Cevallos, 2019), 148.

5. Elementos normativos y descriptivos: Se refiere a la manera en que se ha de ejecutar el verbo rector, así como aquellos elementos necesarios para que se configure el tipo penal<sup>41</sup>. En el delito de contrabando, se requiere que las mercancías sean igual o superior a los diez salarios básicos unificados del trabajador. Además, el numeral 2 del mismo artículo es un elemento normativo, cuyo contenido es esencial para que la conducta se adecúe a esta norma.

Entonces, una vez que se ha determinado los elementos del tipo penal de contrabando y se ha conceptualizado ciertos términos relevantes para la comprensión del tema, nos concentraremos en el análisis de inconstitucionalidad del numeral 2 del referido artículo.

### **5. Inversión de la carga de la prueba en el delito contrabando**

La Fiscalía General del Estado, es el órgano encargado de llevar a cabo la investigación pre procesal y procesal penal. En consecuencia, deberá recabar elementos de convicción suficientes para desvirtuar el estado de inocencia que goza toda persona dentro de un proceso en donde se determinen derechos y obligaciones. Sin embargo, dicha presunción es vulnerada cuando la norma dispone al acusado probar hechos encaminados a acreditar su inocencia.

Por su parte, el COIP reconoce a la presunción de inocencia como un principio procesal, e indica que, “toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario”<sup>42</sup>. De esto, se desprende que su observancia es obligatoria para todas las autoridades, tanto judiciales como administrativas.

Ahora bien, el principio de presunción de inocencia puede ser estudiado desde dos enfoques: i) como regla de tratamiento del imputado o regla de tratamiento procesal y ii) como regla probatoria o regla de juicio.

Como regla de tratamiento procesal, la presunción de inocencia prohíbe al órgano judicial adoptar medidas que involucren cualquier decisión que conlleve a una anticipación de la pena<sup>43</sup>. En palabras de la Corte Constitucional “una asunción de culpabilidad antes de una condena”<sup>44</sup>. Igualmente esta regla, implica la aplicación y

---

<sup>41</sup> Id., 175

<sup>42</sup> Artículo 5 numeral 4, COIP

<sup>43</sup> Ver, Gianni Piva, *Presunción de inocencia*, 81.

<sup>44</sup> Caso No. 14-19-CN, párr.17.

sujeción de todas las garantías que le asisten al procesado durante todo el proceso penal, que se encuentran establecidas en el artículo 76 de la Constitución.

Como regla de juicio, la presunción de inocencia se refiere a la demostración de la responsabilidad penal del procesado por parte de Fiscalía, al respecto, la Corte Constitucional de Colombia indica que “la presunción de inocencia, constituye la regla básica de la carga de la prueba”<sup>45</sup>. De ahí que la valoración del juez debe estar dirigida a la observancia de una mínima actividad probatoria, toda vez que el órgano acusador es quien tiene la prueba de cargo, y únicamente cuando esta haya sido evacuada, el operador de justicia podrá emitir la respectiva sentencia.

En conclusión, la persona procesada no tiene obligación alguna de demostrar su inocencia. Por lo tanto, es importante hacer la distinción entre el derecho que tiene la persona imputada de aportar elementos que considere pertinentes para su defensa, de la obligación del órgano acusador de demostrar la culpabilidad con un nivel racional de certeza. El “imponerle al imputado la prueba de su inocencia o colocarlo en un supuesto de necesidad de hacerlo, quebrantaría este principio”<sup>46</sup>.

Por otra parte, es menester referirse a los pronunciamientos que ha realizado la Corte Constitucional del Ecuador respecto del delito de receptación y del delito de contrabando. Ambos tipos penales han sido sometidos a un control de constitucionalidad por contrariar el principio de presunción de inocencia.

Es así que la Corte Constitucional, mediante sentencia No.14-15-CN, declaró la inconstitucionalidad del delito de receptación, mismo que contenía la frase “...o sin contar con los documentos o contratos que justifiquen su titularidad o tenencia”, dentro de su análisis indicó:

[...] Aunque pueda sostenerse que se trata de una presunción relativa que el procesado puede derrotar (exhibiendo la documentación), esto quebranta abiertamente la garantía prescrita en el artículo 76 (2) de la Constitución. La frase en cuestión establece una carga probatoria en la persona procesada o acusada, y no a quien corresponde que es al órgano acusador, y, por tanto, atenta contra la presunción de inocencia<sup>47</sup>.

Con base en lo anterior, en el delito de contrabando la frase “siempre y cuando no pueda justificarse el origen lícito [...]” supone que la carga de la prueba recae sobre el acusado, y al igual que el delito de receptación, admite una presunción que sustituye la

---

<sup>45</sup> Caso No. C-289/12, Corte Constitucional de Colombia, 18 de abril de 2012.

<sup>46</sup> Jorge Clariá Olmedo, “Exclusión de la carga probatoria” en *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t.I (Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2014), 497.

<sup>47</sup> Caso No. 14-15-CN, párr. 28

obligación de Fiscalía, en este caso el de probar el origen lícito de dichas mercancías. La carga de la prueba de la que hablamos es aún más notoria cuando el tipo penal le otorga al acusado un determinado tiempo para demostrar dicho origen, ¿Acaso las 72 horas impiden que el procesado justifique la licitud? ¿Es un privilegio el concederle más tiempo?

Asimismo, la Corte Constitucional mediante sentencia No. 14-19-CN, indicó que el delito de contrabando [...] “no consagra una presunción de culpabilidad sino que la no acreditación de la documentación sumada al transcurso del plazo de 72 horas, constituye el primer indicio para que la Fiscalía inicie la acción penal”<sup>48</sup>. De este análisis de la Corte Constitucional, se deduce que aparentemente no existe vulneración alguna del principio de presunción de inocencia, o al menos no en su totalidad, incluso el tiempo que se le otorga a la persona procesada, parece ser una especie de ventaja sobre la Fiscalía, hasta que el acusado no demuestre lo contrario, sigue prevaleciendo su inocencia.

Sobre la base en la que se fundamenta la Corte Constitucional, no se ha tomado en cuenta que la vulneración de este principio, no solo implica una presunción de culpabilidad hacia el acusado. Tampoco es correcto sostener que el hecho de tratarlo como inocente mientras no se demuestre lo contrario constituye por sí sola la efectiva garantía reconocida en la norma. Pues al igual que otros principios, contiene elementos estructurales<sup>49</sup> que deben ser analizados en conjunto, mismos que ya los hemos venido tratando a lo largo del presente acápite, sin embargo, resulta fundamental destacarlos:

a) Mínima actividad probatoria de la persona procesada

La obligación de demostrar la culpabilidad recae en el ente acusador, pero eso no obsta la posibilidad del acusado de defenderse. Es así que el procesado para descartar su participación en el cometimiento de una infracción y de considerarlo necesario podría presentar elementos que crea oportunos para ejercer su defensa. Sin embargo también podría acogerse al derecho constitucional del silencio<sup>50</sup>, situación jurídica que no pone en duda su inocencia. En este sentido Ricardo Espinoza indica que “es equivocado considerar que una persona procesada deba probar su inocencia, sería tanto como demostrar hechos negativos de su conducta, lo que es jurídicamente imposible”<sup>51</sup>.

b) Necesidad de pruebas de cargo

---

<sup>48</sup> Caso No. 14-19-CN, párr. 29.

<sup>49</sup> Ver, Ricardo Espinoza, *La presunción de inocencia*, 189.

<sup>50</sup> Artículo 77 numeral 7, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>51</sup> Ver, Ricardo Espinoza, *La presunción de inocencia*, 89.

La finalidad de la prueba de cargo es demostrar tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad individual de la persona procesada. El Tribunal Constitucional español se refiere a la prueba de cargo como aquella que “está encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo y la participación del acusado”<sup>52</sup>.

La carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado. El artículo 195 de la Constitución de Montecristi<sup>53</sup>, faculta a Fiscalía ejercer la acción penal pública de oficio o a petición de parte. Le corresponde al órgano acusador investigar con objetividad, presentar pruebas idóneas para destruir el principio de inocencia y llevar al juzgador a la certeza del delito. La falta de prueba en un proceso penal, obliga al juzgador ratificar el estado de inocencia del procesado.

c) Actividad probatoria realizada por la acusación

Durante el proceso penal el acusado tiene una mínima actividad probatoria. La carga de la prueba en los delitos de acción público recae en el Estado quien está obligado a investigar, obtener pruebas y demostrar sus pretensiones. Por lo tanto, su actividad probatoria durante la fase pre procesal y procesal penal, es permanente.

d) Práctica de la prueba con respeto a las garantías de la persona procesada

Las pruebas obtenidas con violación a los derechos constitucionales no tendrán validez y carecerán de eficacia probatoria. Las pruebas solo alcanzan esta característica en la etapa de juicio, cuando han sido solicitadas, practicadas e incorporadas al proceso, respetando el principio de contradicción, esto es replicar las pruebas que se presentan en su contra.

Todos los elementos anteriores están encaminados a garantizar el efectivo goce de derechos reconocidos en la Constitución a favor del procesado. El deber de justificar el origen lícito de las mercancías violenta todos los elementos mencionados, ya que impone la carga de la prueba al acusado, exime a la fiscalía de su obligación como titular de la acción penal pública y consecuentemente transgrede el debido proceso, por lo dicho, se produce una evidente vulneración de la presunción de inocencia.

A manera de ejemplo, es relevante mencionar al artículo 569 del Código Penal anterior que tipificaba el delito de receptación, en su parte pertinente exponía:

---

<sup>52</sup> Sentencia 209/1999, Tribunal Constitucional de España, 29 de noviembre de 1999, párr. 2.

<sup>53</sup> Artículo 195, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

[...] oculte, custodie, guarde, transporte, venda o transfiera la tenencia, en todo o en parte, los bienes, cosas o semovientes, producto del robo o hurto, "o cuya procedencia legal no pueda probarse"<sup>54</sup>.

La norma antes citada, fue sometida a un análisis de constitucionalidad, en el cual la Corte concluyó que la tipificación de este artículo quebrantaba el principio de inocencia e invertía la carga de la prueba, ya que trataba al imputado como culpable, hasta que no demostrara lo contrario<sup>55</sup>.

Así mismo, existen otros tipos penales que vulneran la presunción de inocencia, al invertir la carga de la prueba. Como por ejemplo el delito de enriquecimiento ilícito en el Código Penal del estado de Michoacán en México, que establece:

[...] cuando el servidor público "no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes" a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño.<sup>56</sup>

La redacción de este tipo penal pone de manifiesto la vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia, pues obliga al funcionario público a demostrar la legítima procedencia de los bienes, liberando a la acusación de su obligación de aportar pruebas con miras a demostrar la responsabilidad penal del acusado. En este orden de ideas, parece ser que el legislador desde el momento de la creación de la norma construye un obstáculo insuperable "para la interpretación y aplicación jurídica"<sup>57</sup>.

Por otra parte, como ya se ha dejado sentado, el bien jurídico protegido en el delito de contrabando es el efectivo control aduanero. Sin embargo, no se puede dejar de lado que la comisión de este hecho delictuoso afecta significativamente al patrimonio del Estado, ya que impide la recaudación de tributos por parte de la SENA E y en consecuencia altera el orden económico del mismo. En la práctica más allá que tutelar el bien jurídico del que hablamos, parece ser que se resguarda a este último, dejando de lado los derechos y garantías que amparan al procesado, al imponerle la obligación de justificar la licitud de las mercancías.

Atendiendo a estas consideraciones, el autor argentino Marcelo Sancinetti, señala que cuando una persona comete un delito, el estado puede optar por 2 posibilidades, a) tratar al procesado como inocente hasta que exista sentencia condenatoria, tal y como lo

---

<sup>54</sup> Artículo 569, Código Penal, R.O. Suplemento 147, de 22 de enero de 1971, reformado por última vez R.O. 147 de 10 de febrero de 2014.

<sup>55</sup> Caso No. 0084-10-CN, Corte Constitucional del Ecuador, 2 de diciembre de 2010.

<sup>56</sup> Artículo 254, Código Penal, Periódico Oficial de 17 de diciembre de 2014, reformado por última vez en el Periódico Oficial el 13 de enero de 2020.

<sup>57</sup> Ver, Raúl Cárdenas Rioseco, *Enriquecimiento Ilícito* (Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2004), 111.

establecen la normativa nacional e internacional, o; b) hacer que prevalezca “el deber de informar o acreditar” aplicando la respectiva condena en caso de incumplimiento del mismo<sup>58</sup>. De esto, parecería que la redacción del tipo penal de contrabando que contempla nuestro COIP se adecúa más a la segunda opción antes descrita.

Es indiscutible que dentro del proceso penal se enfrentan intereses contrapuestos. Por un lado está la sociedad, representada por la Fiscalía General del Estado quien es la encargada de dirigir, la investigación pre procesal y procesal penal. Sus atribuciones no solo se limitan a investigar los hechos y circunstancias que fundamenten o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan<sup>59</sup>. En el caso de haber méritos Fiscalía puede formular cargos caso contrario debe abstenerse del ejercicio público de la acción<sup>60</sup>.

Del otro lado se encuentra el procesado, quien goza de su estatus jurídico de inocencia cuya actividad probatoria dentro del proceso penal es mínima. Eduardo Jauchen indica que “se debe tutelar tanto la potestad punitiva que ejercen los órganos del Estado como los derechos individuales del imputado, sin que uno de ellos se realice en desmedro del otro”<sup>61</sup>. Al presentarse un conflicto entre estos intereses deben prevalecer las garantías del imputado, ya que el Estado tiene como deber esencial el asegurar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales<sup>62</sup>.

El Ecuador ha ratificado varios instrumentos internacionales de derechos humanos, que garantizan el principio de presunción de inocencia. En consecuencia la creación de normas que vulneren la presunción de inocencia el cual es además considerado un principio fundamental del derecho penal y del derecho constitucional, devendría en un incumplimiento de la obligación internacional de respeto.

En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-14/94, ha expresado:

La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que,

---

<sup>58</sup> Ver, Marcelo Sancinetti, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho* (Buenos Aires: ADHOC, 1994), 28.

<sup>59</sup> Artículo 5 numeral 21, COIP.

<sup>60</sup> Artículo 444, COIP.

<sup>61</sup> Ver, Eduardo Jauchen, *Derechos del imputado*, 74.

<sup>62</sup> Artículo 3 numeral 1, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado<sup>63</sup>.

La protección de la presunción de inocencia como un derecho humano se respalda en la idea de la responsabilidad que tiene el Estado de garantizar que este derecho no sea afectado o menoscabado<sup>64</sup>. Por lo que la consecuencia de la violación de una norma de derecho internacional es la restitución de las cosas a su estado normal o la reparación del daño causado por actos o hechos ilícitos por parte del Estado<sup>65</sup>.

En definitiva, el principio de presunción de inocencia en el delito de contrabando solo puede ser destruido con prueba en contrario, y esta debe ser aportada exclusivamente por Fiscalía, ya que imponerle al procesado la obligación de acreditar el origen lícito de las mercancías, resultaría inconstitucional.

### **5. 1 Legalidad de la aprehensión en flagrancia vs el tiempo que establece la ley para la configuración del delito.**

El ordenamiento jurídico ecuatoriano determina que, “[c]ualquier persona podrá aprehender a quien sea sorprendido en delito flagrante y entregarlo de inmediato a la Policía Nacional”<sup>66</sup>. El COIP, precisa varios presupuestos, en donde se puede aprehender a una determinada persona en flagrancia:

[...] Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia, la persona que comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida<sup>67</sup>.

Al respecto, Jorge Zabala Baquerizo menciona, para que la flagrancia sea concebida como tal, debe reunir en un mismo momento el acto en sí y a la persona que lo ejecuta. Por lo tanto la relación entre hombre y acto, debe estar acompañada del factor tiempo<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> Ver, Opinión Consultiva OC-14/94 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 9 de diciembre de 1994, párr. 50

<sup>64</sup> Ver, Joel Díaz Cepeda, “La responsabilidad internacional de los Estados: base para la defensa de los Derechos Humanos”, *Derecho PUCP* 61 (2008), 249-272.

<sup>65</sup> Pedro Pablo Camargo, *Tratado de Derecho Internacional* (Bogotá: Temis, 1983), 479.

<sup>66</sup> Artículo 526, COIP.

<sup>67</sup> Artículo 527, COIP.

<sup>68</sup> Ver, Jorge Zabala Baquerizo, *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Guayaquil: Edino, 2004), 27.

El artículo 529 del COIP establece el procedimiento de flagrancia, en los siguientes términos:

En los casos de infracción flagrante, dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizará la correspondiente audiencia oral ante la o el juzgador, en la que se calificará la legalidad de la aprehensión. La o el fiscal, de considerarlo necesario, formulará cargos y de ser pertinente solicitará las medidas cautelares y de protección que el caso amerite y se determinará el proceso correspondiente<sup>69</sup>.

De la lectura de las normas descritas, cabe preguntarnos si el tipo penal de contrabando puede encuadrarse en alguna de las tres hipótesis que contempla el artículo 527 del COIP, para que en determinadas situaciones pueda ser considerado flagrante. Para tal efecto, se analizará el siguiente ejemplo:

Durante un operativo de rutina efectuado por la Policía Nacional en el cantón San Lorenzo de Esmeraldas, se detiene la marcha de un vehículo tipo camión, para proceder con la revisión de la matrícula y licencia. Los agentes de policía solicitan al conductor que proceda a abrir las puertas traseras para verificar que todo esté en orden. Al hacerlo, se percatan que en su interior se encontraban 15 televisores de 32 pulgadas, 10 computadoras marca Toshiba, entre otros productos que estaban aparentemente ocultos, y que parecían ser de origen extranjero. Posterior a esto, piden al conductor que les facilite el respectivo documento que acredita la legal tenencia de las mercancías, como por ejemplo una factura, una guía de remisión, una declaración aduanera, etc. Sin embargo, el conductor no posee ningún documento, por lo que los agentes presumen que ha cometido el delito de contrabando. ¿Estamos ante una infracción flagrante?

En esta situación se evidencia que el conductor ha sido detectado por la policía al momento en que se está cometiendo el ilícito. Por lo tanto, podría existir una situación de flagrancia conforme el artículo 526 del COIP. De ser así, el agente policial tendría la potestad de aprehenderlo, y llevarlo ante la autoridad competente para que califique la legalidad de la aprehensión.

Es importante, tener en cuenta que en los casos de flagrancia “la policía tiene que alcanzar el conocimiento de la perpetración de un delito, no por utilizar su procedimiento normal de investigación, sino porque percibe directa, personal y con toda certeza su realización”<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Artículo 529, COIP.

<sup>70</sup> Ver, Ricardo Martín Morales, "Entrada en domicilio por causa de delito flagrante (a propósito de las SSTC 341/93 y 94/1996)", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* 1 (1999).

Por lo dicho, se podría llegar a afirmar que siguiendo el ejemplo formulado, en el delito de contrabando siempre debería entenderse configurada la flagrancia, ya que el presunto contrabandista sería descubierto por el agente de policía, cuando transporta las mercancías (producto del ilícito). Las circunstancias en las que se sorprende a los presuntos infractores, dado el verbo rector, debería ser mientras se está ejecutando la acción. Sin embargo, eso no implica que la flagrancia tal como está contemplada en la ley, pueda aplicarse al tipo penal debido al elemento de las 72 horas establecido en el COIP.

La razón de ser de la flagrancia, se fundamenta en la idea de combatir a la delincuencia a través del auxilio, no solo de funcionarios policiales, sino que también de particulares. Así, se puede llevar a cabo una investigación rápida, evitando trabas y demoras innecesarias y a la vez proporcionando “el primer soporte fáctico para la iniciación de las diligencias penales y la adopción, dependiendo el caso, de las medidas cautelares de carácter provisional”<sup>71</sup>.

Además, es menester mencionar que la flagrancia “en una instancia secundaria y merced a la aptitud que se le reconoce dentro de la consideración misma del objeto del proceso penal, se le concede importancia para alcanzar la verdad sobre los hechos”<sup>72</sup>. Alcanzar la verdad de los hechos es un objetivo legítimo, en la medida que no vulnere derechos fundamentales de las personas, que han sido aprehendidas por el presunto cometimiento de un ilícito.

En consecuencia, a la luz de las normas vigentes en los casos de contrabando no procedería la flagrancia, sino que le corresponde al fiscal abrir la investigación previa. La Corte Constitucional del Ecuador expresa que, “al momento del descubrimiento de la mercancía, la Fiscalía de creerlo pertinente podría abrir una investigación previa y concederles a esas personas el plazo de las 72 horas que determina la norma”<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Ver, José María Rifa Soler y José Francisco Valls Gombau, *Derecho Procesal Penal* (Madrid: Iurgium editores, 2000), 163.

<sup>72</sup> Ver, Fernando Rodrigo, “La flagrancia como procedimiento expeditivo y el resguardo de los derechos fundamentales”, *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará* (2018), 195-213.

<sup>73</sup> Caso No. 14-19-CN, párr. 30

## 5. 2 Judicialización del delito de contrabando en el Ecuador

Es importante, conocer la forma de interpretación por parte de los operadores de justicia del delito de contrabando, así como el procedimiento dentro de la audiencia de juico. Para tal efecto, analicemos el siguiente caso:

➤ Causa No. 04281-2018-01517

**a) Órgano Jurisdiccional.-** Unidad Judicial Penal con Sede en el Cantón Tulcán, Provincia de Carchi.

**b) Narración de los hechos.-** El Personal de la Unidad de Contingencia Fronteriza de la ciudad de Tulcán, observó un bus, que se encontraba estacionado en el costado derecho de la vía. Al verificar las bodegas se dieron cuenta que existían varias fundas y maletas con mercadería aparentemente extranjera, por lo que, procedieron a trasladar al vehículo y a sus ocupantes a la Jefatura de Tránsito, para después solicitar apoyo del personal del Servicio Nacional de Aduanas. Posteriormente, 25 pasajeros reconocieron parte de la mercadería como suya, mientras que otra parte de la mercadería no fue reconocida por ningún ocupante. Al realizar un avalúo preliminar de la mercadería se confirmó que superaba los 10 salarios básicos unificados del trabajador en general, minutos después se aprehendió el señor Jorge Gonzalo Velata.

**c) Calificación de la aprehensión.-** El juzgador avocó conocimiento de la causa el 11 de noviembre de 2018, por el supuesto delito de contrabando y en audiencia calificó la legalidad de la aprehensión. Posterior a esto, la Fiscalía formuló cargos en contra del señor Jorge Gonzalo Velata, el juez dictó las medidas cautelares de prohibición de salida del país y de presentación ante el fiscal cada dos días. Finalmente, la causa se tramitó por procedimiento directo en el que el juez emitió sentencia condenatoria.

**d) Elementos probatorios de Fiscalía.-** Se consideraron los testimonios de: los dos agentes aprehensores, quienes relataron los hechos suscitados el día 11 de noviembre de 2018; de la persona encargada de realizar el avalúo definitivo de la mercadería; y, de la persona encargada de custodiar las mercaderías en aprehensión. Como prueba documental se presentó la matrícula del vehículo que contenía los productos extranjeros y una certificación conferida por la gerente de la compañía del transporte turístico, la que establecía que el señor Jorge Gonzalo Velata se encontraba en calidad de conductor y que cubría la ruta Guayaquil- Cali.

**e) Pruebas de descargo.-** Se consideró el testimonio del acusado, quien manifestó que laboraba como chofer en la Unidad de Transportes Turísticos Interangeles Tours, y que la mercadería no era de su propiedad, por lo que no podía justificar su legal tenencia.

Como pruebas documentales presentó, el permiso de operación conferido por la Agencia Nacional de Tránsito, el registro único de contribuyentes en donde consta que la compañía se encargaba del transporte turístico.

**f) Resolución.-** En síntesis, el operador de justicia consideró que se ha justificado la materialidad de la infracción, por la mera existencia de las mercaderías, que se encontraban bajo cadena de custodia, y que superaban los 10 salarios básicos unificados del trabajador en general. Respecto a la responsabilidad, manifestó que, el conductor era el único responsable del vehículo ya que “tenía dominio del acto al tener acceso total a las bodegas e interior del vehículo”. Para el juez, lo que se consiguió justificar fue que el procesado trasportó “mercancías extranjeras a territorio aduanero ecuatoriano sin lograr acreditar su legal tenencia”. Como consecuencia del acto se le aprehendió en delito flagrante<sup>74</sup>.

El primer aspecto, objeto de análisis dentro de la presente causa, es la vulneración del principio de legalidad por parte del funcionario judicial, quién no consideró las 72 horas que la ley otorga al presunto infractor para justificar el origen lícito de las mercancías. Pues inobservó el artículo 13 del COIP que indica la interpretación de las normas penales:

“[...] en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República y a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los tipos penales se interpretarán en forma estricta respetando el sentido literal de la norma. Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos”<sup>75</sup>.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que corresponde al operador de justicia, “en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico”<sup>76</sup>.

En el delito de contrabando, el COIP le otorga al individuo la posibilidad de presentar la justificación en el plazo de 72 horas posteriores al descubrimiento de las mercancías. Es decir, que no puede ser aprehendido sin que haya transcurrido el tiempo

---

<sup>74</sup> Ver, Causa No. 04281-2018-01517, Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Tulcán, 11 de diciembre de 2018.

<sup>75</sup> Artículo 13, COIP.

<sup>76</sup> Caso De la Cruz Flores Vs. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 18 de noviembre de 2004.

establecido en la ley. De ser el caso, el operador de justicia deberá calificar la aprehensión como ilegal. Sin embargo, la interpretación que se realiza dentro de la Causa No. 04281-2018-01517, es contraria a lo que establece el artículo 301.2 del COIP respecto al plazo de las 72 horas que tiene la persona procesa para justificar el origen lícito de las mercancías. Por lo que calificó la legalidad de la aprehensión, como si se tratara de un delito flagrante.

La normativa penal ecuatoriana, reconoce este principio y señala que “no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho”<sup>77</sup>. Es decir, que aunque una conducta sea peligrosa y perjudicial para la sociedad, solo se la podrá castigar siempre y cuando haya sido considerada como delictuosa con anterioridad. De esto se desprende, que una de las repercusiones del principio de legalidad es la “prohibición de leyes y penas indeterminadas”, de tal manera, que los tipos penales deben ser claros expresos y precisos, caso contrario, la ley penal no sería apta para salvaguardar al individuo de la arbitrariedad a la que da lugar esta clase de normativa<sup>78</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, indica que en la creación de los tipos penales se debe “utilizar términos estrictos y unívocos, que delimiten las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal”.

La ambigüedad en la formulación de los tipos penales produce dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad<sup>79</sup>.

Finalmente Ricardo Guastini, indica que “un texto es claro sólo si, y en sentido de que, sobre su significado los interpretes concuerdan”<sup>80</sup>. Sin embargo, parece ser que la norma tal como se la aplica en la práctica no es clara en su totalidad, ya que los jueces y fiscales inobservan el elemento normativo de las 72 horas, procediendo a iniciar la acción penal.

En consecuencia, el tipo penal de contrabando, trae consigo descripciones vagas y oscuras, provocando confusiones en la comprensión y alcance del mismo. Por ello, la importancia de realizar reformas legislativas en el artículo 301.2 del COIP. De esta

---

<sup>77</sup> Artículo 5 numeral 1, COIP

<sup>78</sup> Ver, Eduardo Jauchen, *Derechos del imputado*, 95.

<sup>79</sup> Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de mayo de 1999.

<sup>80</sup> Ver, Ricardo Guastini, *La interpretación de las normas jurídicas*, traducido por Miguel Carbonell (Quito: Cevallos editora, 2015), 21

manera los operadores de justicia, fiscales y agentes aprehensores podrán actuar de manera diligente, respetando las garantías básicas del debido proceso, así como los derechos fundamentales de la persona procesada.

## **6. El contrabando como un delito no flagrante**

Con base en el criterio adoptado por la Corte Constitucional, en el delito de contrabando [...] el plazo de las 72 horas posteriores, contenido en el artículo 301 numeral 2 del COIP, debe ser entendido como un elemento normativo que debe tenerse como configurado para que la Fiscalía inicie el ejercicio de la acción penal<sup>81</sup>.

Por lo manifestado, las 72 horas a las que se refiere el tipo penal impiden que se configure la flagrancia en el delito de contrabando. Como ya se ha mencionado uno de los objetivos de la flagrancia<sup>82</sup> es combatir la delincuencia, a través de la aprehensión inmediata del infractor, a la luz de la comisión de un delito. Eso no quiere decir que se deban vulnerar o restringir derechos constitucionales de la persona procesada. Por el contrario, se debe garantizar el debido proceso a través de un trato digno, en donde la persona acusada sea informada, “de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento”<sup>83</sup>.

Sin embargo, el hecho de que el delito de contrabando no pueda ser flagrante, trae ciertas repercusiones jurídicas, que vale la pena analizarlas brevemente. Una de ellas es la impunidad del delito, ya que hay que tener en cuenta que durante estas 72 horas no existe medida cautelar alguna que asegure la comparecencia del presunto contrabandista al proceso. Debido a que no se ha iniciado la acción penal. En consecuencia, el riesgo de fuga es alto. Hernando Valencia Villa, define a la impunidad como:

[...] la falta más grave de cualquier sistema jurisdiccional porque el delito sin sanción fomenta la venganza, exalta a los verdugos y humilla a las víctimas, atribuye responsabilidades colectivas y no individuales, e impide la reconciliación y la paz [...]<sup>84</sup>

En esta misma línea, Reinaldo Calvachi Cruz indica que “el contrabando es un mal endémico del país, que con el pasar del tiempo sólo ha ido alcanzando nuevas

---

<sup>81</sup> Caso No. 14-19-CN, párr.36.

<sup>82</sup> Ver, José María Rifa Soler y José Francisco Valls Gombau, *Derecho Procesal Penal*.

<sup>83</sup> Artículo 3 numeral 1, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>84</sup> Ver, Hernando Valencia Villa, *Diccionario Espasa, Derechos Humanos* (Madrid: Espasa Calpe, 2003), 224.

connotaciones y está intensamente enraizado en la sociedad”<sup>85</sup>. Por lo que, la lucha contra este delito no debe ir enfocada exclusivamente a la utilización y ejecución de la norma penal. Sino que, también es necesario la implementación de políticas públicas que contribuyan a eliminar esta práctica continua que afecta a la administración central y a toda la sociedad<sup>86</sup>.

A criterio de quien escribe, la configuración de la flagrancia en el delito de contrabando, permite al órgano fiscal realizar las diligencias investigativas con la brevedad del caso. De hallar elementos de convicción suficientes podrá iniciar la acción penal, situación jurídica que no implica vulneración de derechos fundamentales de la persona procesada. En tal sentido, el operador de justicia podría emitir medidas cautelares que garanticen la comparecencia del acusado al proceso. Al respecto, la Constitución y la ley disponen que la prisión preventiva es de última ratio y por ende corresponden medidas alternativas como una primera opción, por ejemplo, la prohibición de salida del país o la presentación periódica ante la autoridad que designe el juzgador. De esta manera, se podrá minimizar el riesgo de fuga del presunto infractor.

Finalmente, hay que recordar que la norma penal, que tipifica el delito de contrabando (COIP) “no puede por sí sola detener las conductas delictuales, por esta razón, la norma debe ir acompañada de una decisión de política criminal y, aún más, de una política general de Estado”<sup>87</sup>.

## **7. Conclusiones**

El contrabando, es una práctica diaria muy difícil de controlar, pues dentro del territorio ecuatoriano existen zonas desconocidas por los agentes aduaneros por las cuales se transportan ilegalmente mercancías. A partir de aquello, es importante tener normas jurídicas claras, que garanticen un proceso penal rápido y eficaz y que permitan a las partes procesales, defenderse en igual de condiciones y respetando el debido proceso.

A lo largo de este trabajo se ha logrado determinar que en el Ecuador, el delito de contrabando invierte la carga de la prueba al procesado, obligándolo a justificar el origen lícito de las mercancías dentro de las 72 horas posteriores al descubrimiento. Para fundamentar esta afirmación, se analizó la sentencia No. 14-19-CN emitida por la Corte

---

<sup>85</sup> Ver, Reinaldo Calvachi Cruz, “Los delitos aduaneros: El contrabando, 109.

<sup>86</sup> Ver, Diana Salazar Méndez, “El Contrabando desde una mirada jurídica”, *Perfil Criminológico* 15 (2015),7.

<sup>87</sup> Ver, Reinaldo Calvachi Cruz, “Los delitos aduaneros: El contrabando, 111.

Constitucional, la que declaró la compatibilidad del delito de contrabando con la Constitución al no vulnerar la presunción de inocencia. Sin embargo, se determinó que el principio de presunción de inocencia implica una mínima actividad probatoria por parte de la persona procesada, por lo que imponerle la carga de la prueba al obligarle a justificar dicho origen (exhibiendo la documentación) atentaría contra el mismo.

El delito de contrabando tal y como esta descrito en la norma, trae consigo 2 cuestionamiento importantes: (i) Existe vulneración del principio de presunción de inocencia, pues impone la carga de la prueba al procesado (ii) las 72 horas a las que se refiere el tipo penal de contrabando impide la configuración de la flagrancia.

La consecuencia jurídica del contrabando como un delito no flagrante, es el riesgo de fuga del procesado, y como resultado de aquello la impunidad del delito. El tiempo establecido en la ley impide a fiscalía iniciar la acción penal. A pesar de que ésta, se encuentra facultada a iniciar la investigación previa, no existe medida cautelar alguna, que garantice la comparecencia del acusado al proceso previo al inicio del mismo con la formulación de cargos.

Del análisis realizado en el presente trabajo de investigación, se desprende que eliminar la frase “siempre y cuando no pueda justificarse el origen lícito de dichas mercancías dentro de las setenta y dos horas posteriores al descubrimiento”, es la solución jurídica más idónea, para evitar la vulneración del principio de presunción de inocencia. Además, permitiría iniciar la acción penal a la fiscalía, en el caso de considerarlo pertinente y siempre que cuente con los elementos de convicción suficientes, considerando que la carga de prueba recae en el órgano acusador.