

La expansión penal en el Ecuador: ¿un salto al vacío?

Jorge Touma Endara¹

Resumen / Abstract

El presente artículo confronta la teoría del derecho penal mínimo con algunos ejemplos de tipificación penal en la propuesta de Código Orgánico Integral Penal, como posibilidad de advertir un proceso de expansión penal, en que una serie de conflictos y hechos sociales buscan ser resueltos vía privación de libertad como único mecanismo. Se busca reflexionar sobre la necesidad de ampliar la discusión de las normas penales antes de su entrada en vigencia o alertar al menos de la eventual necesidad de demandar la inconstitucionalidad de varios delitos y contravenciones que podrían aprobarse en los próximos meses.

This article confronts the minimum criminal law theory with some examples of criminality in the proposed Organic Penal Code, as a possibility to warn of a criminal expansion, in which various social conflicts and events seek to be resolved via deprivation of liberty as the only mechanism. It seeks to reflect on the need to expand the discussion of criminal law before its entry into force or, at least, alert to the possible need for demanding the constitutionality of various crimes and contraventions that could be adopted in the coming months.

Introducción

La necesidad de contar con un nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP) nadie la pone en duda; sin embargo tal como se ha concebido al proyecto, podría terminar por convertirse en un remedio peor que la enfermedad, debido a la gran cantidad de conductas que sin ninguna fundamentación teórica o práctica, se tipifican como delitos en el proyecto de ley.

La expansión del derecho penal, impulsada irresponsablemente por la clase política para mejorar encuestas o atenuar la efervescencia de la opinión pública respecto a la inseguridad, debido a las distorsiones de los medios de comunicación social; constituye en realidad un salto al vacío para la protección de los derechos fundamentales.

Si se tiene presente que el derecho penal, debe tratar sólo aquellas acciones que lesionan bienes jurídicos fundamentales y que además no encuentren solución en el derecho administrativo, civil o tributario; entonces se puede advertir el exceso de disposiciones

¹ Jorge Touma Endara, estudiante de la Maestría de Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar. <jojotouma@hotmail.com>

legales que se encuentran incluidas como delitos o contravenciones en el Proyecto de Código Orgánico Integral Penal².

Al respecto Erbetta, refiriéndose a las reformas penales en Argentina, dice:

*Lamentablemente el Derecho Penal ha pasado a convertirse en el arma preferida dentro de una nueva racionalidad política. La incapacidad e impotencia para resolver el aumento de los conflictos sociales, de los nuevos riesgos y problemas, ha potenciado el recurso excluyentemente simbólico de utilización de leyes penales como respuesta y solución a esos problemas. De esta forma, el Derecho Penal se reduce a una caja vendedora de muchas ilusiones y pocas soluciones.*³

Desbordaría el objetivo de este trabajo el analizar todos los tipos penales que de manera irracional e injustificada, expanden el derecho penal en nuestro país; por lo que me concentro en exponer sólo algunos tipos penales en los cuales se puede advertir, lo de fondo; es decir que cuestiones eminentemente administrativas e innecesarias son penalizadas irresponsablemente.

Algunos casos de expansión penal en la propuesta de COIP

La afirmación de que el derecho penal debe ser de *última ratio*⁴, no es una mera posición ideológica o dogmática, sino la base sobre la cual el sistema penal podría tener legitimidad y pragmatismo frente a la sociedad actual. La prueba de ello es bien conocida por todos; mientras más tipos penales existen en un ordenamiento jurídico, mayores son las probabilidades de violaciones a los derechos humanos y mayores son los niveles de saturación del sistema judicial, por tanto; el riesgo de impunidad producto del colapso de un sistema que penaliza todo y que tiene a fiscales trabajando con miles de expedientes, se incrementa sin lugar a duda.

² Sobre los principios de necesidad y de lesividad, véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 464.

³ Daniel Erbetta, *Seguridad y Reformas Penales ¿Hacia Dónde Vamos?*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006, p. 522.

⁴ Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*. Quito, 2013, p. 43, en prensa



El profesor Ramiro Ávila Santamaría, respecto al derecho penal mínimo enseña:

El derecho penal mínimo tiene varios sustentos filosóficos, históricos y empíricos. Filosóficamente, si se considera que el estado está al servicio de las personas, promueve u protege los derechos, no puede jamás convertirse en un aparato represor, que aniquila, anula o desconoce los derechos de las personas; su intervención es excepcional y cuando no existen soluciones más adecuadas o proporcionales para resolver el conflicto.⁵

Por ello la súper-penalización se convierte en un *boomerang* para sus promotores, que se dedicaron a impulsar la tarea legislativa o el “*big bang* legislativo penal”⁶ para la inclusión de un sin número de tipos penales hasta llevar al síncope al sistema.

Luego los mismos adeptos de la penalización de todo y por todo, aparecen en medios de comunicación justificando el gasto en armamento, policías, guardias privados, equipos de tecnología, patrulleros, etc., y en la consiguiente necesidad de declarar un nuevo estado de emergencia, que fatalmente violentará los derechos humanos de miles de personas temerosas a quienes en campaña electoral se les ofreció “*más seguridad*”⁷.

Este escenario nocivo y aterrador para la mayoría de las personas, resulta ser un beneficio para la fuerza pública y para quienes tiene negocios lucrativos alrededor de la seguridad; bien sabido es que en una gran cantidad de adquisiciones de armamento y otros bienes bajo un estado de emergencia, se burlan los mecanismos de control y calidad del gasto público; así que una declaratoria de estado de emergencia siempre será bien recibida por ellos y por los comerciantes de armas que son los que finalmente lucran de esta situación⁸.

⁵ Ávila Santamaría Ramiro, Op. Cit., p. 124.

⁶ Daniel Erbetta, Op. Cit., p. 523.

⁷ Frase permanentemente utilizada en campaña electoral por los candidatos del Partido Social Cristiano y otros.

⁸ Al respecto revisar las siguientes noticias en página web: <<http://bit.ly/GuatemalaArmasSinLicitar>>, <<http://bit.ly/TraficoArmasEcuadorArgentina>>



Pero volviendo al tema de la expansión del Derecho Penal, se puede evidenciar como la inclusión irresponsable de conductas que fácilmente pueden ser abordadas por el Derecho Administrativo, son tratadas como delitos; veamos algunos ejemplos obtenidos del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal:

Artículo 279.- Prescripción injustificada.- El profesional que, sin causa justificada, recete sustancias estupefacientes o psicotrópicas sujetas a fiscalización o preparados que las contengan, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Si hubiere extendido la receta a un menor de edad o incapaz absoluto, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.⁹

Como es de conocimiento, varios medicamentos utilizados para el tratamiento de enfermedades mentales como estados de ansiedad, neurosis, stress, insomnio, depresión, trastornos de hiperactividad, entre otros; son fármacos catalogados como *sustancias sujetas a fiscalización*. Cabe anotar, que la depresión o estados de ansiedad en una gran cantidad de casos son esporádicos y no necesariamente dejan evidencia clínica en el paciente que sufrió el trastorno.

Ahora bien, el primer problema que se advierte está en determinar lo que se considera “*causa justificada*”, debido a que los estados de ansiedad que provocan los trastornos del sueño, pueden aparecer y desvanecerse en periodos muy cortos de tiempo, sin dejar evidencia clínica en los pacientes, lo cual hace muy difícil que un médico pueda demostrar ante una acusación o proceso que tuvo una causa justificada para prescribir el medicamento.

El otro gran problema lo encontramos en el segundo inciso de la norma antes transcrita, ya que justamente las personas que tienen incapacidad absoluta, pueden necesitar eventualmente consumir un fármaco sujeto a fiscalización, no necesariamente por su condición de discapacitado, sino porque al igual que cualquier ser humano también pueden

⁹ Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, Art.279.

sufrir esporádicamente trastornos del sueño o cualquier otro episodio temporal relacionado a su salud mental.

El Ministerio de Salud Pública, está obligado a realizar controles en farmacias del país, dirigidos al control y comercialización de fármacos sujetos a fiscalización, incluso los recetarios para la venta de esos medicamentos son especiales, numerados y siempre auditados; además todos los médicos a quienes se les autoriza el recetar esas sustancias tienen registro y control por parte de las Direcciones Provinciales de Salud y el CONSEP, de manera que la pregunta que surge es: ¿porque abrir la puerta para penalizar al profesional de la salud, por una conducta que no atenta contra un bien jurídico objetivo y que muy difícilmente se podrá probar en juicio?

Además si existiera una indebida o injustificada prescripción de medicamentos, la investigación y de ser el caso sanción (no penal) fácilmente puede ser tratada por las autoridades en el ámbito administrativo. Finalmente no deja de llamar la atención la desproporción en la pena, ya que se establece hasta 7 años de privación de la libertad, es decir una pena más grave que la contemplada, por ejemplo, para el delito de robo simple.

Otro ejemplo más.

Artículo 230.- El propietario, administrador o empleado de droguería, farmacia, empresa farmacéutica o local de comercio autorizados para la venta de medicamentos, que despache sustancias catalogadas sujetas a fiscalización o preparados que las contengan, sin receta o con recetas caducadas, mutiladas, falsificadas, forjadas o alteradas, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.¹⁰

¿Cómo el propietario, administrador o un empleado de una farmacia puede determinar la falsedad de una receta? Pensemos en que alguien entregue al empleado de una farmacia una receta médica falsificada; ¿será posible que él dada su formación pueda establecer la veracidad de la misma? ¿En qué momento los farmacéuticos se convirtieron en

¹⁰ Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, Art.229.

peritos capaces de establecer si un documento es o no verdadero?

Los propietarios, administradores o empleados de farmacias deberán partir de la duda cada vez que se les extienda una receta para despacho, ya que si les falla su *intuición* y efectivamente la receta es falsificada, deberán pagar una condena de hasta 5 años de privación de la libertad. Posiblemente en muchas farmacias se dejará de vender medicamentos que requieran receta y ante esa eventual escasez o dificultad de conseguir los medicamentos se dará paso a mafias que sí proveerán los fármacos sin receta.

Ahora analicemos algunas conductas consideradas contravenciones, en las que incomprensiblemente existe privación de la libertad¹¹:

Artículo 410.- Contravenciones de primera clase.- Serán sancionadas con multa de un salario básico unificado del trabajador en general y pena privativa de libertad de uno a cinco días:

1.- Las personas que, fuera de los casos permitidos por las ordenanzas municipales, ocupen las aceras con objetos que interrumpen o entorpezcan el libre tránsito de los peatones, o que condujeran objetos que por su forma y calidad, estorbaren a los transeúntes.

6.- Las personas que sean encontrados en cualquier lugar público en estado de embriaguez.

9.- Los que en calles y plazas reventaren petardos o cohetes, o hicieren fogatas, sin permiso de la autoridad competente.¹²

Nuevamente podemos evidenciar como competencias atribuidas a los municipios a través de ordenanzas son volcadas hacia el Derecho Penal; con la ilusoria esperanza de solucionar conflictos administrativos que no son graves mediante la amenaza penal.

No existe fundamento alguno para privar de la libertad a un ciudadano por estorbar a los transeúntes, por encontrarse en estado de embriaguez, o por reventar petardos; además que efectividad podrían tener esas contravenciones en un país como Ecuador, con una de

¹¹ Sobre la despenalización de las contravenciones véase Ramiro Ávila Santamaría, Op. Cit.

¹² Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, Art. 440 (1, 6, 9).

las tasas de consumo de alcohol más elevadas de Latinoamérica y en la que a fin de año la población se vuelca a las calles a reventar petardos, y bengalas; o cuando en la tradicional fiesta de “*San Pedro y San Pablo*” se hacen fogatas; es decir esas prohibiciones no tienen ni una básica aproximación a la realidad cultural de nuestro país, de manera que lo único que hacen los legisladores al incluirlas en el catálogo penal, es dejar evidencia de lo ocioso de esas normas, su posible inaplicabilidad, en vez de encontrar otras vías para resolver conflictos identificadas en esa tipificación.¹³

Conclusiones

La expansión del derecho penal, instrumentado en el proyecto de Código Orgánico Integral Penal, plantea la pregunta sobre cómo luchar contra corriente y hacerle frente a una posición tan irracional, pero a la vez tan bien enclavada en la mente de las personas a quienes los medios de comunicación y otras agencias penales han convencido que el derecho penal es la solución a los problemas sociales y la mejor herramienta para lograr seguridad.

Al parecer una de las acciones para sosegar el *desenfreno punitivo*; sería implementar una permanente y masiva campaña de información sobre verdades, que muestren a la ciudadanía la realidad y así permitir diseñar nuevas formas de solución de conflictos, dejando al derecho penal sólo las situaciones estrictamente necesarias en las que no se encuentre otras formas de control, prevención, o coerción que coadyuven a la paz social.

Se debe exigir a la clase política y a los medios de comunicación, que detengan su discurso clientelar y vacío respecto a temas de criminalidad, y den paso al discurso de los académicos, profesionales especialistas en la materia, y operadores de justicia; a fin de que la ciudadanía obtenga información verdadera y contextualizada, lo cual evidentemente

¹³ Eugenio R. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Primer Informe)*, Instituto Interamericana de Derechos Humanos, Buenos Aires, Depalma, 194, pág. 82, en Ramiro Ávila Santamaría, *Op. Cit.*

permitirá que la problemática del Derecho Penal, sea abordada desde una perspectiva objetiva y seria.

En el evento de que el Código Orgánico Integral Penal, finalmente entre en vigencia con la gran cantidad de conductas tipificadas como delitos y contravenciones, sin observar principios de necesidad, lesividad, y mínima intervención penal; deberemos pasar de la comodidad del debate en las aulas universitarias, a una posición activa que demande la declaratoria de inconstitucionalidad de esas normas por parte de la Corte Constitucional.

Bibliografía

Libros

Ávila Santamaría, Ramiro, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*, En prensa.

Erbetta, Daniel, *Seguridad y Reformas Penales ¿Hacia Dónde Vamos?*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995.

Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, actualizado a diciembre 2012.

Zaffaroni, Eugenio R., *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Primer Informe)*, Instituto Interamericana de Derechos Humanos, Buenos Aires, Depalma.

Normas

Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, actualizado a 2012.