



DEPARTAMENTO DE POSGRADOS

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

TRABAJO DE GRADUACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO PENAL

Autor: Carlos Andrés Orellana Jimbo

Título: La subsidiariedad del derecho penal en tiempos de pandemia por
COVID-19 en Ecuador

Tutor: Mgtr. Juan Carlos Salazar Icaza

Cuenca - Ecuador

2020

Dedicatoria

A mis padres, propulsores de mis triunfos;
A mi abuelo Homero, mi referente del camino justo y la lucha jurídica;
A mi querida Verónica, compañera de vida y socia de mis victorias.

Agradecimiento

El agradecimiento es un tributo para aquellos que han marcado diferencia en nuestra vida, y hoy mi memoria se aviva y mi corazón palpita por quienes me acompañaron en el desarrollo de este posgrado.

A Dios por su protección en mi caminar.

A la Universidad del Azuay por ser una de las casas de estudio para mi formación.

Al Mgtr. Juan Carlos Salazar, maestro del derecho penal quien me ha compartido su saber sin reserva alguna.

A mis padres, génesis de mi existencia y constructores de mi escalera a la profesionalización. Su incondicionalidad es la sombra que acompaña mi existencia en el cosmos

A mi esposa por ser el impulso de mis victorias, la consejera en mis decisiones y la razón de mis aciertos.

A Lourdes y John por abrir su morada y acogerme en su hogar durante mi estadía en la Atenas del Ecuador.

Resumen

Este artículo estudia la figura de incumplimiento de la prohibición de libre tránsito durante el estado de excepción en tiempos de pandemia por el COVID-19 en Ecuador y su adecuación como ilícito penal e ilícito administrativo para demostrar la confrontación del derecho penal y derecho administrativo sancionatorio al momento de castigar esta conducta. Además, revisa los criterios limitadores del derecho penal para determinar la pena idónea como sanción del incumplimiento de la restricción a la libre circulación. Esta tarea investigativa es de corte teórico, y se empleó el método dogmático con el propósito de revisar la teoría penal y del derecho administrativo. También uno de los métodos empleados es el inductivo-deductivo por motivos de recorrer un camino investigativo que parte de un evento singular como es el incumplimiento de la restricción a la libre movilidad para presentar los límites del derecho penal. Los resultados obtenidos demostraron la existencia de dos escenarios sancionatorios. El primero de carácter penal y de período corto, por la persecución a los infractores a través de la figura penal de incumplimiento de ordenes legítimas emitidas por autoridad competente; y el segundo, a través de una reglamentación administrativa que fijó una multa pecuniaria para los infractores, la misma que permaneció vigente hasta el fin del estado de excepción. Esta última resultó teóricamente ser la pena idónea a partir de la revisión del concepto de bien jurídico, y de los principios de subsidiariedad, lesividad y necesidad.

Palabras claves: libre movilidad, delito, contravención administrativa, bien jurídico, subsidiariedad.

Abstract

This paper studies the breach of the prohibition of free transit during the exceptional state in the COVID-19 pandemic in Ecuador and its adequacy as crime and administrative fault to demonstrate the confrontation between criminal law and the law of administrative offenses at the time of punishing this conduct. Besides, it reviews the limiting criteria of criminal law to determine the ideal penalty as a sanction for non-compliance with the restriction to free transit. This investigation is theoretical and the dogmatic method was used to review both criminal theory and administrative law. Also, to follow an investigative path that starts from a singular event such as the breach of the restriction to free mobility to present the criminal law limits, the inductive-deductive method was applied. The results obtained demonstrated the existence of two penalty moments. The first, of criminal nature and a short period, due to the persecution of perpetrators through the crime of non-compliance with legitimate orders issued by a competent authority. The second scenario was through an administrative regulation that punished a pecuniary fine for offenders that remained in force until the end of the state of exception. The latter became the ideal penalty theoretically based on the study of the legal asset, and the principles of subsidiarity, prejudicial, and necessity.

Key words: free mobility, crime, administrative offence, legal asset, subsidiarity



Translated by

CARLOS ANDRÉS ORELLANA JIMBO

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	7
2. METODOLOGÍA	8
3. RESULTADOS	9
4. DISCUSIÓN	11
4.1. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO AL LIBRE TRÁNSITO Y SU MATIZACIÓN EN ESTADO DE EXCEPCIÓN.	11
4.2 EL INCUMPLIMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DE LIBRE MOVILIDAD COMO ILÍCITO PENAL	13
4.3. EL INCUMPLIMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DE LIBRE CIRCULACIÓN COMO ILÍCITO ADMINISTRATIVO	18
4.4. DIFERENCIA CONCEPTUAL ENTRE DELITO Y CONTRAVENCIÓN ADMINISTRATIVA..	22
4.5. LOS LÍMITES DEL DERECHO PENAL	25
4.5.1. <i>Bien jurídico protegido</i>	25
4.5.2 <i>Principio de subsidiariedad</i>	27
4.6 LA PENA IDÓNEA.....	28
5. CONCLUSIONES	30
6. RECOMENDACIONES	32
7. BIBLIOGRAFÍA	33

1. INTRODUCCIÓN

El título de este artículo visibiliza un momento histórico mundial de afectación a la salud pública como consecuencia de la propagación del coronavirus. Ante este panorama, los Estados han intervenido dictando disposiciones excepcionales con el propósito de controlar o mitigar los efectos de este enemigo infeccioso, que varían dependiendo del contexto de cada país. El Estado ecuatoriano declaró tanto la emergencia sanitaria¹ y el estado de excepción². Este último restringió el derecho a la libre movilidad al momento de dictarse simultáneamente el toque de queda a nivel nacional, prohibiendo a la población el libre tránsito durante ciertas horas del día y restringiendo la movilidad vehicular dependiendo del último dígito de la placa.

Estas disposiciones emanadas por autoridades públicas en ejercicio de las atribuciones a su cargo son normas prohibitivas de carácter general y obligatorio, y cuyo incumplimiento amerita una sanción de orden legal. En Ecuador existen dos escenarios sancionatorios para aquellos infractores debido a su potencial adecuación como ilícito penal en los términos descritos del tipo penal de incumplimiento de órdenes legítimas emitidas por autoridad competente y como ilícito administrativo luego de la expedición del Reglamento para la aplicación de multas por incumplimiento del toque de queda en el contexto del estado de excepción por calamidad pública que sanciona solo con multas pecuniarias la inobservancia de la prohibición de libre tránsito con respecto al incumplimiento del toque de queda, restricción vehicular y mal uso del salvoconducto.³

Su configuración teórica como ilícito penal e ilícito administrativo visibiliza la presencia de los tentáculos del derecho penal y la esfera del derecho administrativo sancionatorio a la hora de castigar el incumplimiento de la prohibición de libre movilidad, lo cual ha ocasionado que existan infractores sancionados de conformidad con el Código Orgánico Integral Penal con la imposición de una pena privativa de libertad, consecuencia propia del derecho penal; y más adelante, con la expedición del Reglamento para la Aplicación

¹ Acuerdo Ministerial Nro. 00126-2020. Declaratoria de estado de emergencia en el sistema nacional de salud en el Ecuador por COVID-19, Registro Oficial Suplemento Nro. 160, Quito, Ecuador, 12 de marzo de 2020.

² Decreto Ejecutivo Nro. 1017. Declaratoria de estado de excepción en Ecuador por COVID-19, Quito, Registro Oficial Suplemento Nro. 163, Quito, Ecuador, 17 de marzo de 2020.

³ Acuerdo Interministerial Nro. 00002-2020, Reglamento para la aplicación de multas por incumplimiento del toque de queda por COVID-19, Registro Oficial Nro. 468, Quito, Ecuador, 27 de marzo de 2020.

de sanciones por incumplimiento del toque de queda, que ha sido reformado por dos ocasiones, pase cualquier infractor a ser sujeto de sanciones administrativas al momento de incumplir la prohibición de libre movilidad, la restricción vehicular o hacer mal uso del salvoconducto. Esta reglamentación evidencia el carácter administrativo de estas prohibiciones, aunque sus sanciones no están desligadas del derecho penal debido a que ese texto reglamentario deriva los casos de tercera reincidencia a la justicia penal.

Esta problemática será revisada a la luz de la dogmática jurídica para conocer las razones por las cuales el derecho penal quedó rezagado al momento de seleccionarse por parte de las autoridades gubernamentales el mecanismo para condenar a aquellos infractores de las medidas dictadas para contener la propagación del coronavirus. Esta tarea investigativa reafirmará los límites del derecho penal a partir del análisis del caso fáctico y jurídico de incumplimiento de las restricciones a la libre movilidad durante la pandemia del COVID-19, revisando las categorías jurídicas de delito y contravención administrativa, y sobre todo aplicando los criterios cuali-cuantitativos como bien jurídico protegido, subsidiariedad, lesividad y necesidad.

2. METODOLOGÍA

El presente artículo científico es de corte teórico que surge de la hipótesis planteada en forma de pregunta. El acercamiento al problema de investigación se efectuó en términos cualitativos.

Los métodos para las ciencias jurídicas son diversos; sin embargo, para esta investigación se adoptó una posición ecléctica que recurre sustancialmente a la teoría del derecho penal y paralelamente a la doctrina del derecho administrativo, de modo que en función a la temática planteada se utilizó el método dogmático con el objetivo de revisar la bibliografía de los principales representantes del derecho penal, tales como Claus Roxin y Hans Welzel, así como del derecho administrativo, cuyo más notado tratadista es el profesor argentino Roberto Dromi.

Se aplicó el método conceptual para abarcar diversas categorías normativas como autoridad, competencia, orden legítima y libre movilidad. También, por tratarse de una

revisión de la norma jurídica resultó indispensable aplicar técnicas hermenéuticas en preferencia la interpretación sistematizada.

Además, se aplicó el método inductivo-deductivo por motivos de recorrer un camino investigativo que parte de un evento singular conocido como incumplimiento de la restricción a la libre movilidad y así poder presentar criterios generales sobre los límites del derecho penal. Asimismo, se empleó el método explicativo para identificar e interpretar las razones que provocaron el desplazamiento del derecho penal al momento de castigar este hecho particular.

Estos procesos metodológicos han permitido la obtención de un trabajo académico para mi titulación como magister y alcanzar una construcción teórica que estudie la restricción para movilizarse en tiempos de pandemia y su persecución desde la esfera del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio.

3. RESULTADOS

3.1. La intervención del derecho penal a la hora sancionar el incumplimiento de la restricción a la libre circulación en el Ecuador se dio a través de la figura penal de incumplimiento de decisiones legítimas emitidas por autoridad competente, tipificado en el art. 282 del Código Orgánico Integral Penal.

3.2. El Estado ecuatoriano recurrió al derecho penal para castigar el incumplimiento del toque de queda solo por 10 días a partir de la Declaratoria de estado de excepción, publicada en el Registro Oficial Nro. 163 de fecha 17 de marzo de 2020, llegando a ser éste rezagado por el derecho administrativo sancionatorio.

3.3. La expedición del Reglamento para la aplicación de multas por incumplimiento del toque de queda por COVID-19 publicado en el Registro Oficial Nro. 468 de fecha 27 de marzo de 2020 provocó que el derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio se confronten al momento de sancionar el incumplimiento de la prohibición de libre movilidad en Ecuador.

3.4. Los límites del derecho penal implican la observancia de criterios cuali-cuantitativos como bien jurídico protegido y subsidiariedad, siendo este último más que un concepto jurídico un criterio esencial de la política criminal.

3.5. Los principios de necesidad y lesividad obtenidos de la teoría de Luigi Ferrajoli sobre el garantismo penal se configuran también como límites del *ius puniendi*.

3.6. El incumplimiento de la prohibición de libre circulación se adecua a los presupuestos descriptivos del delito de incumplimiento de decisión legítima emitida por autoridad competente, que forma parte del catálogo de delitos del Código Orgánico Integral Penal. También el incumplimiento de la restricción de libre movilidad se configura como contravención administrativa por su tipificación en el Reglamento para la aplicación de multas por incumplimiento del toque de queda por COVID-19, cuya sanción es de carácter pecuniario.

3.7. El delito de incumplimiento de decisiones legítimas emitidas por autoridad competente se define como un tipo penal en blanco porque la descripción del supuesto de hecho remite a conceptos del derecho administrativo y a normas no penales para completar el tipo penal al momento de interpretar sistemáticamente las palabras autoridad, competencia, órdenes o prohibiciones.

3.8. Los elementos normativos de este delito son los siguientes: bien jurídico protegido: eficiencia de la administración pública; sujeto activo: común, no hay un sujeto calificado; sujeto pasivo: administración pública en la persona de la autoridad competente; verbo rector: incumplir; y objeto: orden o prohibición dictada. La finalidad protectora del bien jurídico puede extenderse a garantizar simultáneamente otros valores esenciales para la sociedad debido a que el elemento objeto, al ser amplio, deja abierta la posibilidad de proteger directa o indirectamente más bienes jurídicos.

3.9. El principio de subsidiariedad resulta imprescindible para tipificar o perseguir una conducta como delito debido a que obliga examinar si es suficiente un mecanismo no penal para asegurar el fin que persigue una norma en concreto.

4. DISCUSIÓN

4.1. Conceptualización del derecho al libre tránsito y su matización en estado de excepción.

La libertad del hombre ha sido objeto de estudio de distintas teorías. Es un valor o aspecto inherente al ser humano por lo que evidentemente es un derecho fundamental, que pasó a ser protegido por el derecho luego de su positivización. En este trabajo basta referirse a cuestiones del derecho positivo para visibilizar su reconocimiento expreso. En el ámbito internacional este derecho ha sido reconocido tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵, ambas expedidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Acerca de nuestra normativa interna, la Constitución de la República del Ecuador reconoce un amplio catálogo de derechos que germinan del concepto libertad, como es el derecho al libre tránsito, al decir: “Art. 66.- Se reconoce y garantiza a las personas: 14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional...” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Su definición se obtiene de su propio nombre, y se lo puede calificar como el libre desplazamiento de un lugar a otro, o el circular libremente dentro de un territorio, sin imposiciones que limiten su voluntad de movilización.

Desde la perspectiva iusnaturalista, la libertad de transitar comprende “el movimiento, la circulación, el andar, marchar, arrastrarse, caminar, correr, nadar y otras formas naturales de desplazamiento del ser humano [las cuales] forman parte consustancial de su naturaleza motora [...]” (Hinostróza, 2013). Estas implicaciones connaturales evidentemente facilitaron su reconocimiento positivo en las normas de derecho internacional descritas y en nuestra Constitución.

No obstante, este derecho no es absoluto. Sus limitaciones pueden devenir de la presencia de eventos excepcionales para la vida social y política de un país. En esos casos, los Estados para poder sobrellevar ese tipo de eventos, donde los mecanismos jurídicos

⁴ Resolución Nro. 271 A(III), 10 de diciembre de 1948, art. 13 “1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.”

⁵ Resolución Nro. 2200A(XXI) de 16 de diciembre de 1966, art. 12. “1 Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por el y a escoger libremente en él su residencia.”

ordinarios resultan insuficientes, tienen la opción de declarar el estado de excepción y así limitar o suspender el ejercicio de derechos, entre ellos el derecho a la libre circulación.

Al respecto, Julio César Trujillo (2006, pág. 202) define a los estados de excepción como “situaciones en las que el Poder Ejecutivo no puede salvar la seguridad externa o el orden público con las facultades ordinarias que la Constitución y las leyes le atribuyen y, por lo mismo, necesita para el efecto potestades extraordinarias hasta que los peligros sean conjurados.”

Las causas que justifican los estados de excepción son taxativas. Una de ellas es la causal de calamidad y a la cual estrictamente este trabajo se referirá por su aplicación en época de pandemia. Para Humberto Nogueira Alcalá (2003, pág. 274) calamidad pública es la situación constituida por fenómenos de origen natural o provocados por el hombre que producen o pueden producir grave daño a la seguridad nacional.

Esta definición otorga un criterio de pertinencia al estado de excepción declarado por Ecuador en dos ocasiones, por cuanto el COVID 19 se constituyó como una grave amenaza a la vida de los ciudadanos; que requirió fundamentalmente la intervención estatal para limitar de manera excepcional y temporal el derecho al libre tránsito y así frenar la propagación del virus.

Sostengo que esta decisión emanada del presidente del Ecuador fue debidamente fundamentada por la presencia de elementos que justifican esa excepcionalidad, tales como: la existencia de un peligro excepcional e inminente, afectación a la población en general y graves consecuencias para la vida en comunidad. Esta decisión adoptada por el representante del Poder Ejecutivo para limitar el ejercicio de este derecho constitucional al libre tránsito no es inconstitucional porque los estados de excepción declarados mediante Decretos Ejecutivos Nro. 1017 de fecha 17 de abril de 2020 y Nro. 1074 de 15 de junio del mismo año cumplieron con los parámetros constitucionales para su expedición.

Por lo tanto, en este trabajo no se cuestiona la declaración del estado de excepción, por el contrario, se subraya que esta declaración es el producto de una decisión exclusiva del poder ejecutivo en la persona de su presidente y en ejercicio de las facultades amplias que

le otorga ese estado excepcional con el objetivo de contrarrestar la circunstancia de peligro por la que atraviesa el país.

En suma, esta declaración se identifica claramente como una decisión legítima y constitucional emanada en ejercicio de un poder excepcional, que en el caso ecuatoriano se extendió a limitar el ejercicio del derecho al libre tránsito, y que ante su incumplimiento se recurrió al derecho administrativo sancionatorio, desplazando al derecho penal luego de la expedición de una reglamentación administrativa que contenía la tipificación de su incumplimiento como contravención administrativa pese a adecuarse como ilícito penal de conformidad con lo prescrito por el Art. 282 del Código Orgánico Integral Penal.

4.2 El incumplimiento de la prohibición de libre movilidad como ilícito penal

El Código Orgánico Integral Penal contiene las conductas seleccionadas por el legislador como relevantes para la sanción a través de la punición estatal. En este acápite, se buscará responder sí el incumplimiento de la prohibición de libre circulación durante el estado de excepción por el COVID 19 cumple con los elementos descriptivos del tipo penal de desobediencia de ordenes legítimas emitidas por autoridad competente tipificado en el art. 282 del texto penal, que reza: “La persona que incumpla órdenes, prohibiciones específicas o legalmente debidas, dirigidas a ella por autoridad competente en el marco de sus facultades legales, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años[...]” (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, 2014)

De la lectura de la norma citada se desprenden elementos que contienen una acepción difusa y que obliga al aplicador de la norma a recurrir a otros conceptos ajenos al derecho penal. No es necesario abarcar todo el texto de ese artículo en vista que los demás incisos se refieren a la gravedad de la pena cuando el sujeto activo pertenece a las fuerzas públicas.

En lo medular resulta desconcertante estar frente a un tipo penal que utiliza varios términos relacionados al derecho administrativo para tipificar la conducta en abstracto. Por tal razón, el Código Orgánico Administrativo resulta complementario para revisar conceptos como autoridad y competencia, y a cualquier otro texto legal que contenga las

atribuciones y facultades de la autoridad que se constituya como sujeto pasivo del delito en un caso en concreto.

Esta clase de delitos que necesitan la complementación de otra rama del derecho, la doctrina se ha pronunciado y los ha catalogado como tipos penales en blanco, que “no son otra cosa que la remisión de la descripción de la conducta típica penal, a otras normas fuera del tipo, o a reglas o decisiones administrativas, y, por lo tanto, ni siquiera legales” (Donoso Castellón, 2015). Al respecto, Muñoz Conde y García Arán (2010) señalan que la norma penal en blanco es “aquella cuyo supuesto de hecho se configura por remisión a una norma de carácter no penal”.

Para Miguel Abel Souto (2005, págs. 14-5) las leyes penales en blanco “son preceptos penales principales que contienen la pena, sanción o consecuencia jurídica, pero no expresan íntegramente el supuesto de hecho o conducta delictiva, sino que el legislador a estos efectos se remite a normas no penales del mismo o inferior rango, a otras leyes, reglamentos o actos de la Administración.”

Antonio Doval Pais (1999, pág. 95) acerca de esta calificación de tipos penales señaló que este término fue acuñado en el siglo XIX por Binding para referirse a “un particular grupo de normas que recogía el Código Penal en las que, aunque se preveía la sanción a aplicar, se asignaba a supuestos de infracción de disposiciones establecidas por autoridades administrativas”.

Estas acepciones concluyen que la construcción normativa de un tipo penal en blanco amerita la revisión de los supuestos de hecho definidos como delitos a partir de la utilización de otras ramas del derecho, tanto es así que en el caso de estudio, la desobediencia de decisiones administrativas implica la utilización no solo de criterio semánticos legales sino la complementación del tipo penal a través del derecho administrativo, lo que provoca la erosión del principio de legalidad, por cuanto ocasiona que el juzgador mantenga un margen de discrecionalidad al momento de subsumir cualquier hecho como delito de desobediencia administrativa.

La utilización de un lenguaje difuso ocasiona la ineficacia de una norma. El derecho no solo debe ser estudiado a partir del concepto de validez, entendida como aquella

calificación que recibe una norma expedida por la autoridad competente y con observancia del procedimiento legislativo, sino también desde su eficacia, definida o garantizada por el cumplimiento de los destinatarios de la norma y su aplicación por parte del órgano jurisdiccional. Es deber del legislador aspirar a la sanción de normas penales que eviten el empleo de términos ambiguos e incomprensibles dada la experiencia negativa que provocaría al momento de su interpretación y aplicación.

Con respecto a los términos normativos de un tipo penal, Doval Pais (págs. 56-7) señaló que “requieren que la determinación o el complemento de su significado se realice atendiendo a una valoración, de acuerdo con un sistema de valores o un juicio de valor que puede corresponder a los ámbitos jurídico, social, o incluso moral. Dependiendo del ámbito del que se trate, se distinguen unos elementos normativos jurídicos de otros extrajurídicos.”

En este momento, corresponde calificar algunos elementos normativos de la conducta penal de incumplimiento de decisiones legítimas emitidas por autoridad competente tipificado en la ley penal para verificar la adecuación del incumplimiento de la restricción a la libre circulación como delito.

En primer lugar, el delito en revisión a primera vista carece de técnica legislativa ya que no es explícito al momento de referirse a la autoridad, quien emite la orden y resulta ésta ser desobedecida. Este término amplio podría abarcar a cualquier persona que ocupe un cargo público o jurisdiccional, tanto es así que podría llegar a ser sancionable una orden o decisión dada por un comisario municipal, un agente aduanero o un agente de tránsito y hasta una decisión dada por un juez de una materia no penal. Para Guillermo Cabanellas (2006, pág. 47) las autoridades son “aquellas personas que ejercen actos de mando en virtud de facultades propias”

Este concepto es vigente y general; empero escoger que autoridades se encierran en esta categoría puede ser un proceso que arroje criterios divergentes. La única posición convergente es que la decisión debe corresponder a una atribución conferida por la ley, tanto es así que la desobediencia a una autoridad pública con respecto a una orden desligada al ejercicio de su cargo no resulta ser sancionable. Para ejemplificar, sí un agente de tránsito clausura un local comercial y el perjudicado procede a reaperturarlo,

resulta que esta conducta no es castigable con sustento en esta norma penal por cuanto el agente de tránsito no es competente para disponer aquella orden.

En efecto, la autoridad de quien proviene la orden o prohibición debe ser competente. El Código Orgánico Administrativo define a la competencia como “la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado”. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2017). Apegado a esta norma de carácter administrativo se exige que la autoridad debe ser calificada como competente y que la orden o decisión cuyo cumplimiento se requiere, corresponda de manera vinculante a las tareas encomendadas a su cargo, caso contrario este elemento descriptivo de la conducta punible no se configura.

Un segundo escenario que genera disyuntivas al momento de estudiar este tipo penal es la referencia a las ordenes o prohibiciones específicas o legalmente debidas, en vista de la siguiente interrogante ¿Qué órdenes o prohibiciones abarca este tipo penal? Una respuesta rápida y separada del principio constitucional de mínima intervención penal serían todas aquellas relacionadas al ejercicio del cargo de la autoridad competente. Esta posición formalista antes que materialista concluye que cualquier decisión proveniente de autoridad pública o jurisdiccional y cuyo cumplimiento se haya desobedecido o en su defecto cuya prohibición se haya cometido amerita la intervención del derecho penal.

Aunque esa respuesta es muy drástica para la adopción del mecanismo penal a la hora de castigar la desobediencia administrativa, el autor de este artículo se ubica en el lado opositor de la persecución penal de cualquier decisión incumplida y sostiene que solo aquellas decisiones no acatadas que provoquen un ataque reprochable a un bien jurídico protegido ameritan el castigo del derecho penal debido a que a no toda orden o prohibición administrativa o judicial desobedecida se constituye como un daño intolerable a un bien jurídico protegido.

Por ejemplo, el incumplimiento del pago de una obligación dineraria luego de la expedición del mandamiento de ejecución no se convierte en una afectación grave a un bien protegido sustancial del hombre. Si bien ese incumplimiento es una conducta reprochable, su afectación no resulta ser sustancial, bastando la intervención del derecho civil para castigar su incumplimiento.

El concepto de delito se ha construido con base en la función seleccionadora del bien jurídico protegido. Santiago Mir Puig (2006, pág. 137) concibe que “el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos obliga a concebir al delito como un ataque a un bien jurídico-penal, cuando dicho ataque no esté justificado por la necesidad de salvaguardia de otro bien jurídico.”

Es así, que no todo incumplimiento de una orden o prohibición amerita la intervención de *ius puniendi*, por el contrario, solo aquellas que ataquen bienes jurídicos protegidos. De acuerdo con la ubicación del tipo penal de desobediencia de ordenes de autoridad competente se definiría como delito contra la responsabilidad ciudadana y cuyo bien jurídico protegido es la eficiencia de la administración pública.

Entonces, de acuerdo con su ubicación en el texto penal, este delito protege el logro o cumplimiento de los cometidos de la Administración pública sin vicisitudes, es decir garantiza el desenvolvimiento de la administración pública prescindiendo de ataques o impedimentos hacia su logro.

Del análisis descriptivo normativo de este tipo penal con la mirada hacia la conducta de incumplimiento de la prohibición de libre movilidad dispuesta en Ecuador, se verifica algunas cuestiones relevantes:

1. La prohibición de libre circulación, valga la redundancia, es una prohibición clara y específica que nace de la declaratoria del estado de excepción y que limita la libre movilidad de las personas en territorio ecuatoriano, para lo cual el Comité de Operaciones de Emergencia Nacional reguló los días y horas de restricción.
2. Esta prohibición es dictada únicamente por el presidente de la República en ejercicio de sus atribuciones o facultades, pues la limitación del ejercicio del derecho al libre tránsito devino simultáneamente de la declaratoria de estado excepción, cuya potestad exclusiva pertenece al primer mandatario como autoridad pública del Poder Ejecutivo de conformidad con el texto constitucional; aunque se advierte que su regulación fue encargada al Comité de Operaciones de Emergencia Nacional.

3) La restricciones de libre movilidad por la declaratoria del estado de excepción fueron constitucionales y principalmente coherentes con las tareas extraordinarias que tiene el presidente a la hora de enfrentar una pandemia para evitar la propagación del COVID 19.

4) La finalidad de esta prohibición emanada del poder ejecutivo no tuvo como cometido alcanzar la eficiencia de la administración pública o garantizar el respeto al orden administrativo. Su objetivo fue más allá de aquello al buscar la protección de manera directa y no subyacente de bienes jurídicos sustanciales como la vida y la salud de los habitantes.

Con estas características, el incumplimiento a la prohibición de libre circulación sí se adecua a los presupuestos normativos del ilícito penal de incumplimiento de decisión legítima emitida por autoridad competente en vista de que la prohibición de moverse indiscutiblemente es una orden de carácter administrativo dictada por la autoridad competente, en este caso por el presidente del Ecuador, y deviene del ejercicio de sus facultades concedidas por la Constitución para momentos extraordinarias que atraviesa el país.

Esta apreciación teórica surge luego de un proceso lógico de subsunción al verificar la configuración de los elementos de la descripción típica de la infracción penal. No obstante, se aclara que para arribar a esta conclusión se ha prescindido del principio de subsidiaridad dado que la revisión de la tipificación y adecuación de esta conducta a un tipo penal es distinta a referirse a la persecución y política criminal. También, se resalta que este último elemento puede incidir sustancialmente en la elección del mecanismo jurídico para castigar el incumplimiento a la prohibición de libre tránsito por la vía del derecho administrativo sancionador antes que la vía penal.

4.3. El incumplimiento de la prohibición de libre circulación como ilícito administrativo

Tanto el derecho penal como el derecho administrativo pertenecen a la rama del derecho público, teniendo ambos la tarea general de regular las relaciones entre los órganos estatales que ostentan el poder público con las personas particulares; eso sí desde

perspectivas distintas que van desde *ius puniendi* del derecho penal y del derecho administrativo sancionatorio.

Rafael Martínez (1998, pág. 7) define al derecho administrativo como el conjunto de reglas jurídicas relativas a la acción administrativa del estado, la estructura de los entes del Poder Ejecutivo y sus relaciones. Esta acepción contiene un aspecto relevante para el objeto de estudio al hablar de la regulación de las relaciones jurídicas entre Estado y ciudadano. Varias actividades de las administraciones públicas son el resultado del ejercicio del poder de imperio del Estado frente a los particulares, para lo cual los sujetos investidos de las facultades legales que involucran el desempeño de un cargo público emiten decisiones administrativas exteriorizadas a través de actos administrativos, ordenes administrativas, resoluciones administrativas, entre otras.

De tal manera, que muchas de esas decisiones administrativas están amenazadas de una sanción de naturaleza administrativa, las cuales jamás llegan a ser privativas de libertad, ya que el objetivo es disciplinar a los administrados, o en su defecto corregir a los administrados infractores con sanciones pecuniarias, para así asegurar el cumplimiento de los fines estatales.

La contravención o falta administrativa es una especie de infracción en general, distinta al delito. Toda limitación administrativa visibiliza “la necesidad pública de reglamentar, ordenar o limitar e imponer otras conductas, por razones de bien común, con miras a la convivencia social”. (Dromi, 2015, pág. 524)

Por el momento, la línea que separa la sanción de carácter penal de la administrativa es delgada. Existe divergencias al momento de dar una solución teórica, que muchas de las veces no son satisfactorias. No obstante, este trabajo de investigación procura a la luz de criterios generales del derecho penal distinguir las categorías delito y contravención administrativa.

Al respecto, mucho se ha hablado de estas diferencias por parte de los máximos referentes del derecho administrativo. Dromi (pág. 526) señala sus características:

Externas. Se aplican a todos los administrados, sean o no agentes de la Administración Pública, por violar las leyes que promueven el cumplimiento directo de los fines

estatales. Por ello son externas a la Administración, ya que comprenden a todos los administrados sin excepción [...] Regladas. Siempre deben basarse en una ley. Se requiere un título jurídico propio y concreto, o norma jurídica objetiva, que autorice a la Administración la aplicación de ellas. El principio de legalidad penal rige en forma absoluta.

Estas características descritas no son únicas del derecho administrativo sancionador sino también del derecho penal; consecuentemente, se dificulta determinar con claridad esa franja limitadora de la esfera penal y contravencional administrativa.

Con referencia a la característica de ser una contravención reglada, es fácil asegurar que la administración está impedida de crear sus propias sanciones contra los administrados, por eso la tipificación de una conducta punible y la fijación de su sanción es responsabilidad exclusiva del legislador; competencia indelegable de conformidad con la normativa interna ecuatoriana.

En la actualidad, el incumplimiento de la prohibición de libre tránsito también se configura como ilícito administrativo a partir de la expedición del Reglamento para la aplicación de multas por incumplimiento del toque de queda por COVID-19 y sus reformas. Por consiguiente, han existido dos escenarios sancionatorios para aquellos infractores de la prohibición de libre tránsito dictada por el presidente ecuatoriano con ocasión del estado de excepción.

El primero, que correspondió al campo del derecho penal cuando el Estado recurrió al delito de desobediencia administrativa del Código Orgánico Integral Penal, y el segundo, que rigió a partir de la reglamentación administrativa que tipificó como contravención el incumplimiento de la restricción a la libre circulación.

Esta reglamentación administrativa cumple con la característica de ser externa, en términos de Dromi, toda vez que fue y es aplicada para todos los administrados sin excepción alguna. Es decir, cumple con el principio de generalidad. Sobre su tipificación aparentemente es reglada y utilizo este adjetivo para hacer notar que, si bien se encuentra tipificada como ilícito administrativo, ésta se contiene de un reglamento y no de una ley cuando correspondía a la Asamblea Nacional tipificar la inobservancia de la prohibición

de circular libremente como una conducta amenazada con castigo de orden administrativo, lo cual jamás sucedió por haberse atribuido esta tipificación a ciertos ministerios del gobierno y no al legislador.

Ante esto, se demuestra que esta reglamentación trastoca el principio de reserva de ley, que obliga solo al legislador a crear normas que contengan sanciones administrativas y no transformar a la administración pública en un ente legislador.

Pese a este panorama negativo, el incumplimiento de la prohibición de libre movilidad es una contravención administrativa porque el Estado tipificó así, y ante todo se decantó por el derecho administrativo sancionatorio al momento de castigar esta conducta, desplazando de la tal forma al derecho penal.

La tipificación del incumplimiento de la prohibición de libre movilidad se dio a través del Reglamento para la aplicación de multas por incumplimiento del toque de queda por COVID-19 (Ministerio de Salud & Ministerio de Gobierno, 2020) El texto de este cuerpo normativo contiene las siguientes disposiciones:

Art. 4. Se entenderá como violación del toque de queda, la circulación de cualquier persona fuera del horario autorizado para el efecto por el Comité de Operaciones de Emergencia Sanitaria [...]

Art. 7. En caso de no existir una infracción previa, la fuerza pública notificará la sanción correspondiente a la primera infracción, con una multa correspondiente a USD 100 (CIEN DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA).

La sanción de ese reglamento administrativo demuestra que el Estado ecuatoriano en época de pandemia por COVID -19 recurrió al derecho administrativo sancionatorio antes que al derecho penal para controlar la propagación de este virus. La manifestación del poder punitivo se dio a través de la sanción pecuniaria antes que la privación de libertad, reafirmando así la característica de última ratio del derecho penal. A la vez, se verificó que solo ante la reincidencia, lo cual implica reconocer que la norma resultó ineficaz frente a sus destinatarios e inútil para controlar la propagación del coronavirus, se empleará la fuerza del derecho penal.

4.4. Diferencia conceptual entre delito y contravención administrativa

Es este apartado se discute dos posiciones doctrinarias y se emplea sustancialmente la distinción dada por el maestro Claus Roxin para abandonar esa clásica y vaga diferenciación de que los delitos protegen bienes jurídicos de las personas y las contravenciones administrativas protegen únicamente la actividad administrativa, sancionando las acciones u omisiones que únicamente transgreden el orden público.

Dromi presenta la distinción de estas dos categorías desde una óptica administrativista, que a criterio de este investigador resulta insuficiente. Este tratadista (pág. 526) señala que núcleo esencial de la diferencia está por los *intereses sociales lesionados* y por el *sujeto pasivo*. Sobre el primer elemento diferenciador dice que las leyes penales castigan conductas que lesionan la seguridad, tutelando el derecho ofendido en forma inmediata, que los hechos contravencionales colocan en peligro la prosperidad del orden administrativo. Sobre el segundo elemento, este autor ratifica que la contravención lesiona a la misma administración.

Esta diferencia solo se considera para demostrar que no es suficiente definir al delito como aquello que lesiona un bien jurídico y la contravención como aquella que solo transgrede el orden de la actividad administrativa porque es falso.

La prohibición de libre movilidad pese a constar como una contravención administrativa va más allá de asegurar el cumplimiento del orden público y arriba a una esfera de protección de bienes jurídicos. Se debe identificar el contexto, la realidad ecuatoriana y mundial es grave ante el inminente peligro del COVID-19 para la humanidad. Los Estados han dictado medidas restrictivas de derechos constitucionales muy similares en todos los países, siendo una acción uniforme la declaratoria del toque de queda, que se traduce a la limitación del ejercicio del derecho a la libre circulación.

Las personas no pueden circular libremente, deben ajustar sus salidas ambulatorias a la norma que contiene la prohibición de libre circulación debido a que el Estado tiene como cometido fundamental precautelar la vida, la salud y la integridad física de los ciudadanos. Estos propósitos devienen en la categoría jurídica de bienes jurídicos

protegidos, por tal razón la prohibición de libre movilidad en este caso protege no solo la actividad administrativa sino también derechos de los ciudadanos.

Es más, reviste de importancia mencionar que en el ámbito del derecho administrativo se prescinde del elemento subjetivo de la figura contravencional, siendo indiferente a efectos de sancionar y conocer si la adecuación de la conducta reglada como ilícito administrativo fue el resultado de obrar de forma dolosa o culposa; aspecto que para el derecho penal resulta transcendental al momento de realizar el examen de tipicidad.

Este artículo defiende la posición doctrinaria de Claus Roxin. Para este jurista alemán (1997, pág. 53):

El derecho penal tiene que proteger bienes jurídicos previamente dado [es decir, principalmente el clásico canon de los derechos individuales independientes del Estado], mientras que las infracciones de las reglamentaciones estatales, que no protegen bienes ya existentes, sino que se dictan solamente al servicio de la misiones públicas de orden y bienestar, en cuanto desobediencias éticamente incoloras, o sea en cuanto a contravenciones, deben castigarse con sanciones no penales.

Por ende, la contravención administrativa es una creación del Estado para amparar la actividad administrativa estatal mientras que el delito es una categoría jurídica que protege bienes preexistentes que surgen de la condición natural del hombre

Esta distinción a partir del concepto de bien jurídico demuestra que -solo en función a este criterio- el incumplimiento de la prohibición de libre movilidad podría ser castigado por la ley penal, toda vez que de manera directa esta restricción busca amparar derechos humanos de los ciudadanos, tales como la vida y salud al momento de controlar la conducta de los ciudadanos para evitar la propagación del COVID-19.

Sin embargo, el criterio de bien jurídico no es el único elemento diferenciador de la esfera del derecho penal. También está el principio de subsidiariedad. Este principio se traduce como una regla general en el ámbito penal para conminar a los Estados a utilizar medios distintos a la tutela penal, que tengan la misma efectividad y sean menos gravosos.

Sobre esta diferencia, también Martínez (pág. 286), señaló que “la diferencia más marcada entre las sanciones administrativas y las penas propiamente dichas consiste en que las primeras (consecuencias jurídicas de las infracciones administrativas) serán impuestas por la administración pública y las segundas (consecuencias jurídicas de los delitos) son dictadas por la autoridad judicial dentro de sus respectivos ámbitos de su competencia.”

Esta apreciación teórica no satisface completamente la distinción entre delito y administración pública y es vaga al diferenciarlas con revisión únicamente de quien es la autoridad competente.

Por lo tanto, resulta plausible fundamentar este artículo en la teoría de Claus Roxin (pág. 70) quien asevera que la protección de los bienes jurídicos son los fines del derecho penal. Esta finalidad es indiscutible. Desde otra perspectiva, aunque no alejada a la del maestro Roxin, está la posición dogmática de Hans Welzel (S/N, pág. 15) quien manifiesta que el derecho penal “consiste en la protección de los valores elementales de conciencia de carácter ético social y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares.”

Este autor utiliza la expresión de que el derecho penal garantiza la observancia de los valores del acto de una actitud interna jurídica, lo cual incluye la protección de bienes jurídicos. Esto equivale a sostener que la corrección de la actitud interna es un medio para la protección de los bienes jurídicos, y que está vinculada a este concepto de bien jurídico.

Por lo expuesto, la diferencia del derecho penal y del derecho administrativo sancionatorio identificados cada uno con su categoría de delito y contravención administrativa, respectivamente, provoca que se emplee criterios que limitan la esfera del derecho penal, por lo que es pertinente utilizar el concepto de bien jurídico protegido conjuntamente con el principio de subsidiariedad para obtener una respuesta sólida y con sustento dogmática acerca de la pena idónea para sancionar el incumplimiento de la restricción a libre movilidad.

4.5. Los límites del derecho penal

El poder punitivo no es ilimitado, tiene una frontera de intervención. En este trabajo, los límites del derecho penal aparecen como interrogante a ser contestada y para alcanzar a responder esta pregunta, se debe diferenciar el delito de la contravención administrativa para conocer esa frontera donde el derecho penal resulta ser prescindible para castigar ciertas conductas.

Varios son los enfoques conceptuales. Desde la óptica penal, varios tratadistas han proporcionado criterios que resultan útiles al momento de definir el alcance del derecho penal. Claus Roxin, va más allá del criterio de que los delitos lesionan bienes jurídicos preexistentes y las contravenciones son las infracciones de normas creadas por el Estado, y conmina a revisar sus fronteras desde una consideración mixta cualitativo-cuantitativa (pág. 72).

Su posición, la cual se adopta en este artículo científico, conmina a aplicar el principio de subsidiariedad sin dejar de lado el núcleo del derecho penal. Con similar postura dogmática, Antonio García (1996) resalta la característica de *ultima ratio* como impronta del derecho penal para sancionar la lesión de bienes jurídicos cuando no se encuentren otras formas de control menos lesivas.

También, la construcción dogmática sobre los axiomas del garantismo penal son criterios útiles para definir los límites del derecho penal. Luigi Ferrajoli (1995) presentó esta teoría de legitimación del poder punitivo, buscando su racionalización desde la fijación de principios necesarios para la atribución de la responsabilidad penal y la imposición de una pena.

4.5.1. Bien jurídico protegido

Sobre el concepto de bien jurídico existen varias construcciones. Manuel Luzón Peña (2016, pág. 303) sostiene que éstos "son condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad (...). Tales condiciones pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser socialmente valiosos y por ello dignos de protección jurídica".

Esta definición contiene una clasificación de los bienes jurídicos en materiales e inmateriales, tales como la vida o la libertad, respectivamente. Para este autor la categoría de bien jurídico alcanza a ser tal solo si también es valioso para la sociedad.

Por su parte, Welzel (pág. 15) define a bien jurídico como un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significancia social es protegido jurídicamente. De acuerdo con aquello, la protección del bien jurídico es transcendental para la existencia de las personas y del conglomerado social, llegando a ser preponderantes al momento de seleccionar su protección por medio del derecho penal.

En virtud de los conceptos recogidos, la importancia de los bienes jurídicos justifica la utilización del derecho penal. Ahora bien, seleccionar cuales son los bienes jurídicos de una sociedad conlleva no solo a su revisión de la normativa positiva constitucional para obtener los elementos vitales que ameritan la protección vía derecho penal, sino también condiciones ligadas al concepto de dignidad humana.

Claus Roxin (pág. 55) considera que el concepto de bien jurídico tiene una función como medio de interpretación teleológica y para la estructura sistemática de la parte especial, aunque para el campo de la política criminal carece de importancia. Este autor le otorga significación solo para la construcción del derecho penal de manera sistemática pero no para la elaboración de la política criminal, ya que en su libro Derecho Penal, Parte General, él se decanta por defender el principio de subsidiariedad.

Volviendo al concepto de bien jurídico, que indiscutiblemente es un elemento frontera del derecho penal sancionatorio, se aprecia que este concepto tiene cuatro funciones, muy bien recogidas por Luzón Peña (pág. 305):

- 1) Es un límite del *ius puniendi*, ya que exige que los tipos penales protejan bienes jurídicos,
- 2) Cumple una función sistemática al organizar el catálogo de delitos en la legislación penal.
- 3) Tiene una función interpretativa debido a que es una herramienta que permite conocer cuando un tipo protege una prerrogativa del ser humano.
- 4) Gradúa la pena de un tipo penal, al momento de valorar el grado de afectación de un bien jurídico.

La función limitadora abarca la protección de bienes jurídicos que guarda relación con la función seleccionadora del tipo penal, ya que el derecho penal también es fragmentario al proteger ciertos bienes jurídicos esenciales del individuo. La función sistematizadora organiza la legislación penal en conjunto de delitos por la naturaleza de los bienes jurídicos. La función interpretativa encierra la potestad de conocer la esencia de un tipo penal, y la función de graduación punitiva sirve para fijar las penas cuantitativamente en función al bien jurídico afectado.

4.5.2 Principio de subsidiariedad

El derecho penal es la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medio de solución social del problema- como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico técnicas, las sanciones no penales. (Roxin, pág. 65).

Este criterio doctrinario refleja que la intervención del derecho debe acaecer solo si otros medios menos duros resultan fracasar en la finalidad de asegurar un comportamiento que se persigue. Por su parte, Bustos y Hómazabal (1997, pág. 65) señalan que la intervención del derecho penal debe ser considerada como “un recurso excepcionalísimo frente al conflicto social”, lo cual equivale a decir que el derecho penal es el último instrumento al que el Estado debe recurrir para proteger concretos bienes jurídicos cuando no existen otras formas de control menos lesivas.

El Código Orgánico Integral Penal en su artículo 3 recoge este principio al decir. “La intervención penal esta legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales”. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014). Este artículo esta inspirado en el principio de proporcionalidad recogida en la Constitución de la República.⁶ En líneas generales, la subsidiariedad llega a configurarse imperativamente como un elemento limitador del derecho penal.

⁶ Art. 76 numeral 6. La Ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

4.6 La pena idónea

Los criterios descritos pasan a convertirse en pilares de estudio para limitar el *ius puniendi* del Estado en escenarios donde el derecho penal es desplazado por el derecho administrativo sancionatorio, tal como sucedió en los casos de la punición por el incumplimiento de la prohibición de libre tránsito durante el estado de excepción. De tal forma, que la sanción administrativa prevaleció ante la privación de libertad, que es la manifestación coercitiva del derecho penal.

Consecuentemente, resulta necesario definir la pena idónea para el incumplimiento de la prohibición de libre circulación en momentos de pandemia por COVID-19. La legislación penal del Ecuador no contempla la propagación de enfermedades como delito ni contravención penal, lo cual demuestra que la legislación penal ecuatoriana no está adaptada a realidades latentes del siglo XXI.

Ante este vacío legal, la solución temporal para controlar la conducta de desobediencia a la prohibición de transitar libremente provocó que las agencias estatales y juzgadores se remitan al delito de incumplimiento de ordenes legítimas emitidas por autoridad competente. En vista de aquello se presentó dos escenarios. El primero liderado por el derecho penal y el segundo representado por el derecho administrativo sancionador.

Con un criterio formalista, se definiría ambas categorías como correctas. No obstante, es importante resultar que la finalidad de imponer una sanción al incumplimiento de las restricciones al libre tránsito fue de naturaleza preventiva general. La finalidad del Estado fue asegurar que se respete el toque de queda dictado por el presidente de la República y solo amenazar con una pena a aquellos que la incumplan, antes que neutralizar a los ciudadanos transgresores de esta prohibición emitida por el presidente.

La utilización del derecho administrativo sancionador implicó para el Estado descartar como opción la imposición de una pena privativa de libertad por ser los centros carcelarios un foco de contagio del coronavirus para los mismos infractores. El encarcelamiento se convertía en una medida ineficaz por las consecuencias sobre la salud pública. El Estado antes que proteger a sus ciudadanos hubiera ocasionado un mal mayor a la vida, salud e integridad física para sus habitantes, demostrando por estas razones que

la persecución penal a los infractores del toque de queda se hubiera leído como una política criminal incorrecta para estos tiempos.

Desde ese panorama, se colige que la decisión de tipificar a la desobediencia del toque de queda como ilícito administrativo fue apropiada por ocasión del principio de subsidiariedad.

También, con la mirada hacia los principios del garantismo penal, tales como necesidad y lesividad se puede reafirmar que fue suficiente en tiempos de pandemia el empleo del derecho administrativo sancionatorio antes que el derecho penal.

El principio de necesidad abraza al principio de subsidiariedad. Luigi Ferrajoli (pág. 466) defiende este principio al alarmarse frente a conductas prohibidas y punibles por el derecho penal, ya que éstas deberán ser estrictamente necesarias “para impedir comportamientos lesivos que, añadidos a la reacción informal que comportan, supondrían una mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el derecho penal”. Por lo tanto, el derecho penal será de *ultima ratio* solo cuando otros mecanismos legales resultan ser insuficientes.

Por último, el principio de lesividad se desprende de la teoría del garantismo penal de Luigi Ferrajoli (pág. 467), su idea abarca la necesaria existencia de un daño a un bien jurídico para que justifique la utilización del derecho penal, llegando a ser su principal límite axiológico.

Estos criterios limitadores del derecho penal son útiles a la hora de definir como acertada la tipificación del incumplimiento del toque de queda como ilícito administrativo. Esta tipificación implicó la determinación de la sanción pecuniaria como el castigo por su inobservancia, previniendo también que ante una tercera reincidencia se llevaría esa conducta reiterativa y reprochable a la esfera del derecho penal.

Se defiende esta posición más aún cuando en esos momentos era una tarea difícil demostrar si los infractores desobedecieron el toque de queda con dolo o culpa; elementos que se pueden prescindir en el derecho administrativo sancionatorio, pero jamás en el ámbito penal cuando corresponde obligatoriamente realizar el examen de tipicidad.

Es más, pese a que el toque de queda tenía un objetivo protector de la vida, la salud y la integridad física como bienes jurídicos de los ciudadanos, resultaba muy difícil comprobar si ese incumplimiento provocó un daño concreto a esos bienes jurídicos. Así, el principio de lesividad resultaba ser laxo por la intrincada verificación de un daño directo causado por la conducta de irrespetar la prohibición de libre movilidad cuando en el examen de tipicidad corresponde verificar el nexo de causalidad entre acción y daño.

La intervención penal no está justificada debido a la difícil comprobación de la afectación de un bien jurídico de carácter individual como resultado de moverse fuera de las franjas horarias para hacerlo, dado que es difícil demostrar si se produjo algún contagio al incumplir con el toque de queda, es decir verificar la existencia de un nexo causal.

Este criterio puede distorsionarse si el escenario jurídico penal fuera distinto con la presencia de un tipo penal de propagación de enfermedades, ya que obligaría a replantearse el caso en revisión sobretodo en hechos que impliquen el incumplir las órdenes dadas por las autoridades administrativas de salud con referencia al aislamiento preventivo de aquellos que arriben de países extranjeros o el aislamiento obligatorio de aquellos infectados del COVID 19, dado que en este último caso se verificaría una conducta dolosa que pone en peligro un bien supranacional como es la vida o salud de sus conciudadanos.

5. CONCLUSIONES

5.1. La limitación al ejercicio del derecho a la libre circulación por la declaratoria tanto del estado de excepción y del toque de queda fue una medida necesaria para controlar la propagación del COVID 19 en Ecuador.

5.2. El incumplimiento del toque de queda se adecua el tipo penal de incumplimiento de decisiones legítimas emitidas por autoridad competente tipificado en el art. 282 del Código Orgánico Integral Penal por cumplir con sus presupuestos descriptivos. La prohibición de circular libremente se identifica como la prohibición dada por la autoridad investida de la facultad legal para hacerlo, como es el caso del presidente de la República, quien está habilitado para restringir este derecho en momentos excepcionales de un Estado.

5.3. La adecuación del incumplimiento de la prohibición de libre circulación como delito de desobediencia administrativa obedece a que su cometido es la protección de bienes jurídicos como: vida, salud e integridad física al pretender evitar el contagio del coronavirus entre las personas habitantes del país. No obstante, su adecuación formal y material como delito no justifica la persecución penal para los infractores porque sería prescindir del principio de subsidiariedad del derecho penal, que conmina al Estado a encontrar un mecanismo con la misma efectividad de la rama penal pero menos lesiva para los ciudadanos.

5.4. El incumplimiento de la prohibición al libre tránsito se adecua como ilícito administrativo a partir de su tipificación en el Reglamento para la aplicación de multas por incumplimiento del toque de queda por COVID-19. Esta norma de manera taxativa incluye este incumplimiento al catálogo de contravenciones de carácter administrativo, prescindiendo de las penas privativas de libertad, propias del derecho penal, para sancionar solo con multas pecuniarias a los infractores. Esta tipificación resulta ser eficaz pero inválida formalmente por no haber sido tipificada por el órgano legislativo y menos a través de una ley, debido a que se crea esta contravención en un texto reglamentario.

5.5. El derecho administrativo sancionatorio prevaleció frente al derecho penal al momento de castigar el incumplimiento a la restricción de libre circulación como contravención administrativa debido a que se expidió una normativa propia para los eventos de incumplimiento del toque de queda. Este desplazamiento del derecho penal obedeció a que la finalidad sancionatoria tuvo carácter preventivo general antes que preventivo especial. El Estado jamás buscó la neutralización de los infractores sino el aseguramiento de las prohibiciones del poder ejecutivo en pandemia y principalmente la intimidación de los ciudadanos para afianzar el orden social y controlar la propagación del coronavirus.

5.6. El principio de subsidiariedad fue el criterio político criminal empleado por el Estado al confirmar el carácter de ultima ratio del derecho penal y preferir expedir una reglamentación administrativa que ocasionó que los agentes estatales y órganos jurisdiccionales inapliquen el art. 282 del Código Orgánico Integral Penal que se refiere al delito de desobediencia administrativa y preferir la sanción pecuniaria antes que la privación de libertad.

5.7. La legislación penal ecuatoriana no contempla el delito o contravención penal de propagación de enfermedades demostrando una falta de armonía con eventos extraordinarios pero vigentes del siglo XXI. Ese escenario jurídico legal demuestra que la pena idónea para el incumplimiento del toque de queda resulta ser suficiente desde el derecho administrativo sancionatorio, por lo que es apropiada su tipificación y persecución por esta vía no penal, más aún cuando el Estado presenta el escenario desfavorable de realizar el examen de tipicidad y de demostrar objetivamente el daño ocasionado a bienes jurídicos distintos a la eficiencia de la administración pública.

6. RECOMENDACIONES

Finalizado este trabajo investigativo se presentan las siguientes recomendaciones para futuras investigaciones:

6.1. Revisar la necesidad de tipificar la propagación de enfermedades como delito o contravención penal en el Código Orgánico Integral Penal por abandonar esta realidad vigente de la humanidad.

6.2. Estudiar la sanción legal correspondiente a la infracción de la prohibición de libre movilidad a partir de la teoría de la pena.

6.3. Realizar un estudio cuantitativo sobre la eficacia de la tipificación del incumplimiento a la libre movilidad como ilícito administrativo.

6.4. Determinar si el Reglamento para la aplicación de multas por incumplimiento del toque de queda por COVID-19 cumple con el requisito de validez formal y material, criterio propio de la teoría general del derecho.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Abel Souto, M (2005). *Las leyes penales en blanco*. Revista de Derecho.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (10 de febrero de 2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Nro. 180.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (7 de julio de 2017). Código Orgánico Administrativo. Quito.
- Bustos Ramírez, J., & Hormazábal Malarée, H. (1997). *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta.
- Cabanellas de la Torre, G. (2006). *Diccionario jurídico elemental*. S/N.
- Conde Muñoz, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal Parte General* (Vol. 8va.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Donoso Castellón, A. J. (2015). Los tipos en blanco y abiertos en el Código Orgánico Integral Penal. En R. Ávila Santamaría, *Código Orgánico Integral Penal, Hacia su mejor comprensión y aplicación* (Vol. 37, págs. 63-70). Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Doval Pais, A. (1999). *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- Dromi, R. (2015). *Derecho Administrativo* (Vol. 1). Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina/Hispana libros.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Ed. Trotta.
- García-Pablos De Molina, A. (1996). Sobre el principio de intervención mínima del Derecho Penal como límite del 'ius puniendi'. En J. J. González Rus, *Estudios Penales y jurídicos. Homenaje a Enrique Casas Barquero*. Córdoba: Universidad de Córdoba.
- Hinostróza, P. D. (2013). *Apátridas, refugiado, y migrante. El derecho a la libre circulación*. Lima: Fondo de Cultura Económica del Perú.
- Luzón Peña, M. (2016). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: B de f.

- Martínez Morales, R. (1998). *Derecho Administrativo. 1er y 2o. Cursos*. México D.F.: Oxford University Press.
- Ministerio de Salud & Ministerio de Gobierno. (27 de marzo de 2020). Reglamento para la aplicación de multas por incumplimiento del toque de queda por COVID-19. Guayaquil: Registro Oficial.
- Mir Puig, S. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Ed. Reppetor.
- Nogeira Alcalá, H. (2003). Teoría y dogmática de los derecho fundamentales. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Roxin, C. (2006). *Derecho Penal Parte General* (2da. ed.). (D. Luzón Peña, M. Díaz y Garcia Conlledo, & J. d. Remesal, Trads.) Civitas/ Thomas Reuters.
- Trujillo, J. C. (2006). Teoría del Estado en el Ecuador. Estudio de Derecho constitucional. Quito: UASB.
- Welzel, H. (S/N). *Derecho Penal Alemán. Parte General* (Vol. 12va.). Ed. Jurídica de Chile.