



## Tutela judicial efectiva y recuperación de activos: Medidas cautelares como mecanismos de aseguramiento

Effective judicial protection and asset recovery: Precautionary measures as insurance mechanisms

Proteção judicial eficaz e recuperação de ativos: Medidas cautelares como mecanismos de seguro

**Frank Luis Mila Maldonado**

[fmila@uotavalo.edu.ec](mailto:fmila@uotavalo.edu.ec)

<https://orcid.org/0000-0003-4363-5092>

**Universidad de Otavalo, Otavalo - Ecuador**

**Karla Ayerim Yáñez Yáñez**

[kayanez@uotavalo.edu.ec](mailto:kayanez@uotavalo.edu.ec)

<https://orcid.org/0000-0003-0441-9354>

**Universidad de Otavalo, Otavalo - Ecuador**

**Andrea Carolina Subía Cabrera**

[asubía@uotavalo.edu.ec](mailto:asubía@uotavalo.edu.ec)

<https://orcid.org/0000-0003-2896-1287>

**Universidad de Otavalo, Otavalo - Ecuador**

Artículo recibido el 17 de diciembre 2021 / Arbitrado el 8 de febrero 2022 / Publicado el 17 de marzo 2022

### RESUMEN

Se analizó la relación entre la institución de la tutela judicial efectiva y la recuperación de activos, en virtud que, la primera resulta medular en un Estado de Derecho que permite contar con elementos para materializar los derechos que confluyen en el marco de un proceso, entre ellos, la ejecución de las decisiones judiciales. En tal sentido, se realizó la investigación bajo un enfoque cualitativo, utilizándose el método dogmático-jurídico, obteniéndose como conclusiones que dicha institución alberga el acceso a los tribunales, el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, así como el derecho a ejecutar dicha decisión siendo esta última el aspecto central del estudio, que parte de la idea de que la recuperación de activos se puede lograr con los distintos mecanismos procesales disponibles a través de medidas cautelares.

**Palabras clave:** Tutela judicial efectiva; recuperación de activos; ejecución de sentencia; medidas preventivas y medidas cautelares

### ABSTRACT

The relationship between the institution of effective judicial protection and the recovery of assets was analyzed, by virtue of the fact that the first is essential in a Rule of Law that allows having elements to materialize the rights that come together in the framework of a process, between them, the execution of judicial decisions. In this sense, the research was carried out under a qualitative approach, using the dogmatic-legal method, obtaining as conclusions that said institution houses access to the courts, the right to obtain a reasoned decision based on law, as well as the right to execute said decision, the latter being the central aspect of the study, which starts from the idea that the recovery of assets can be achieved with the different procedural mechanisms available through precautionary measures.

**Key words:** Effective judicial protection; asset recovery; execution of judgment; preventive measures and precautionary measures

### RESUMO

Analisou-se a relação entre o instituto da tutela jurisdicional efetiva e a recuperação de bens, em virtude de a primeira ser imprescindível em um Estado de Direito que permita ter elementos para materializar os direitos que confluem no quadro de um processo, entre eles, a execução das decisões judiciais. Nesse sentido, a pesquisa foi realizada sob uma abordagem qualitativa, utilizando o método dogmático-jurídico, obtendo como conclusões que a referida instituição abriga o acesso aos tribunais, o direito de obter uma decisão fundamentada com base na lei, bem como o direito de executar a referida decisão, sendo esta última o aspecto central do estudo, que parte da ideia de que a recuperação dos bens pode ser conseguida com os diferentes mecanismos processuais disponíveis através das medidas cautelares.

**Palavras-chave:** Efetiva proteção judicial; recuperação patrimonial; execução de sentença; medidas preventivas e cautelares

## INTRODUCCIÓN

El estudio de la tutela judicial efectiva, institución que en la actualidad se encuentra consagrada en la mayoría de las constituciones de Iberoamérica, basta revisar incluso las últimas reformas constitucionales de la región para ubicar su inclusión como derecho fundamental, esto ha sido fruto de una larga evolución que parte de la Ley Fundamental de Bonn (1949) y que ha sido considerada en la mayoría de las Constituciones de Iberoamérica como un elemento medular para el Estado de Derecho ya que de nada sirve un derecho si este no puede hacerse efectivo, y precisamente el derecho que permite materializar los mismos es la institución de la tutela judicial efectiva.

Por ello, la tutela judicial efectiva es definida como un derecho fundamental (Aguirre, 2017; Cevallos y Moncada, 2018; Mila, 2020) que consagra diversas dimensiones, tales como el derecho de acceso a los tribunales o juzgados, el derecho a obtener una decisión ajustada a derecho, el derecho a ejecutar la misma a través de distintos mecanismos incluyendo las medidas cautelares y el derecho al recurso ante decisiones desfavorables (Mila, 2020), todo lo cual se traduce en una tutela efectiva de los derechos que no se agota únicamente en el acceso a los tribunales sino que implica los aludidos elementos entre los cuales se ubica el derecho a obtener la decisión y su respectiva ejecución, que es el aspecto medular del presente trabajo.

En dicho contexto, los anteriores contenidos de la tutela judicial efectiva son reconocidos a nivel jurisprudencial, en Europa y Latinoamérica, a través de diversas decisiones que expresamente hacen alusión a lo comentado, entendiéndose que la tutela judicial efectiva no se agota en el mero acceso a los juzgados, sino que es necesario entender que de nada sirve una decisión si realmente no tutela de manera oportuna los derechos de las partes intervinientes en el marco de un proceso, para ello, se han desarrollado los referidos elementos a nivel dogmático, entre los cuales tiene cabida la tutela jurisdiccional diferenciada, abarcando la aplicación de medidas como mecanismos para asegurar la futura ejecución de decisiones judiciales, todo lo anterior aplicable a al aseguramiento de activos con ocasión a la comisión de delitos.

Por tanto, el revisar investigaciones relacionada a la temática atinente a las medidas preventivas como un género amplio que abarca las medidas cautelares, donde se destacan diversos autores a nivel de literatura latinoamericana y europea, que analizan las instituciones in commento, entre los cuales destacan el autor Peyrano (2008; 2009), quien ha desarrollado diversos trabajos en materia de medidas, de igual manera, el doctrinario Ortíz-Ortíz (2015), que ha legado importantes aportes a la temática, en virtud que ha desarrollado un tratado de medidas preventivas y cautelares que se erigen como la principal manifestación de la tutela jurisdiccional diferenciada y otros autores medulares para soportar el marco conceptual, entre

los que figuran en el campo penal, Pujadas (2007; 2008), el autor argentino Binder (2003), quien dedica un apartado en específico a abordar la temática de las medidas, Roxin (1997; 2000), Llobet (2010) y Maier (2004), entre otros autores de cardinal importancia para esta investigación.

Ahora bien, en cuanto a la recuperación de activos se tiene como antecedentes la obra de Berdugo, Caparrós y Rodríguez (2017), sobre la recuperación de activos y decomiso, realizándose un especial estudio desde los sistemas penales de Iberoamérica. Asimismo, se abordaron las obras de Blanco (2012); Jorge (2018) y Jaén (2016), quienes analizan la temática estudiada, sin menoscabo de los distintos instrumentos internacionales inherentes a los aspectos analizados que se consolidan como una fuente de información y antecedente de carácter normativo.

Plasmadas las consideraciones con ocasión a los antecedentes, es menester indicar que la investigación revisa un problema que parte de una realidad actual a nivel mundial que se traduce en que, en situaciones en las cuales se presentan condenas en diversos delitos, tales como los relacionados con el fenómeno de la corrupción –especialmente en esta categoría-, delitos financieros o de delincuencia organizada, que implican la obtención de activos con ocasión a la comisión del delito y los mismos no son recuperados, ya que se logran condenas únicamente de carácter privativo, no obstante, los activos son distraídos y no se aseguran ni se recuperan, a pesar que representan el eje medular en la comisión de los referidos delitos, que en su mayoría implican un perjuicio patrimonial que en muchas ocasiones trastoca incluso los cimientos del Estado –por ejemplo caso Odebrecht-.

Por ello, en la investigación se analizaron los fundamentos dogmáticos de la recuperación de activos, partiendo de las instituciones procesales que permiten asegurar preventivamente los mismos, como lo son las medidas cautelares reales, amén que existen otros mecanismos de carácter ejecutivo para asegurar su efectiva recuperación–devolución o repatriación-, todo sobre la base de la tutela judicial efectiva. Lo anterior, obedece a la realidad indicada en la cual principalmente ante el fenómeno de la corrupción, materializado mediante la comisión de delitos en contra de la administración pública –más allá de las nuevas modalidades de la denominada corrupción privada-, que afectan e inciden de manera general a nivel social desde diversas dimensiones, incidiendo en la economía, en los derechos individuales y colectivos, en los servicios públicos, en la administración de justicia y en general, en el correcto funcionamiento de la administración pública, traducido en el retraso del desarrollo de los Estados y en consecuencia, afecta a las personas que lo habitan.

Este fenómeno es evidente, tal es así que existen casos recientes en el Ecuador en los que se han materializado importantes decisiones judiciales mediante las cuales se han condenado a altos funcionarios, incluyendo a expresidentes, vicepresidentes o ministros, por delitos relacionados

con la afectación de la administración pública, sin embargo, persiste la afectación patrimonial al no asegurarse ni recuperarse los activos involucrados. Ante tal escenario, ciertamente existen diversas teorías para explicar la justificación de las penas privativas, así como su necesidad y fundamento, sin embargo, ello no es suficiente a la luz del tema analizado, en virtud que en ocasiones al imponerse una pena privativa no se corresponde su utilidad con el verdadero daño patrimonial que sufren los Estados y más allá de ese daño, no se logran recuperar los activos consecuencia de los aludidos delitos, por ello resulta imprescindible estudiar los mecanismos procesales para asegurar los activos de cara a la recuperación de los mismos, que parten de la tutela judicial efectiva como una manifestación de la tutela jurisdiccional diferenciada.

En virtud de lo anterior, la investigación se justifica por su relevancia actual y mundial, ya que procura dar respuesta a esta problemática con la finalidad de ofrecer herramientas jurídicas que coadyuven a que estos hechos no trasciendan y se puedan recuperar activos con ocasión diversos delitos gracias a su aseguramiento preventivo, especialmente en materia de delitos de corrupción, partiendo de las instituciones a nivel dogmático que permiten fundar los mecanismos para asegurar y recuperar los activos. En tal sentido, se trata de un estudio crítico que abarca aspectos teóricos, jurisprudenciales y normativos a nacional e internacional, especialmente el estudio de los diferentes instrumentos internacionales en la materia.

## MÉTODO

A nivel metodológico la investigación se basa en un estudio de carácter cualitativo del fenómeno presentado, siendo una investigación de tipo documental a nivel descriptivo, a través del método del derecho dogmático-jurídico. Como corolario, se realizó el análisis documental a través de un análisis de contenido y hermenéutico de distintas categorías, entre las cuales destacan la tutela judicial efectiva, con sus respectivos elementos constitutivos, la tutela jurisdiccional diferenciada y sus manifestaciones de tutela preventiva y tutela cautelar, y por último, la recuperación de activos en el ámbito penal.

Dicho análisis se realizó con el estudio de distintas fuentes entre las que destacan fuentes de carácter normativo, a nivel constitucional y de instrumentos internacionales, así como doctrina y jurisprudencia.

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

### 1.- Tutela judicial efectiva: elementos constitutivos

Luego de una larga evolución, a raíz de la segunda guerra mundial y de su consagración en la Ley Fundamental de Bonn (1949), surgió la institución de la tutela judicial efectiva, la cual ha sido fruto de un constructo teórico a nivel dogmático y que actualmente se consagra en la mayoría de las constituciones de Iberoamérica y se considera por diversos autores y ordenamientos jurídicos como un Derecho fundamental, entre los que destacan Picó i Junoy (2012); Mila (2020); Martín, 2014; Aguirre (2017), entre otros, en virtud de tratarse de un derecho humano constitucionalizado.

Ante tal escenario, la tutela judicial efectiva se erige sobre la base de dos grandes corrientes, la primera, considerada por diversos autores (Escovar, 2001; Perozo y Montaner, 2007) como la suma de todos los derechos procesales en el cual se incluye el debido proceso y, por otra parte, como una institución que abarca distintos elementos que parten del acceso a los juzgados o tribunales por parte de los ciudadanos, para lo cual se transita un proceso en el cual se persigue obtener una decisión ajustada a derecho, a ejecutar la misma, así como el derecho al recurso en caso de decisiones desfavorables (Mila, 2020; Caroca, 1998; Picó i Junoy, 2012) incluso diversos tribunales entre los que destaca el Tribunal Supremo Español, la Corte Constitucional de Ecuador, entre otros, siendo esta última la más seguida, incluso a nivel jurisprudencial.

En ese sentido, se denota que se existe entre la configuración un aspecto referido a la ejecución de las decisiones, como uno de sus elementos medulares, por ello, en esta investigación se deduce el sustento de la recuperación de activos a través de la tutela judicial efectiva, siendo esta la institución que lo respalda, por lo cual, la figura de la recuperación no puede ser analizada de forma aislada sino partir de dicha tutela como punto de partida.

Dicho lo anterior, queda claro que la tutela judicial efectiva consagra diversos elementos constitutivos de la misma, entre los cuales figura el derecho a la ejecución de las decisiones, en virtud que es menester no solo contar con el acceso a los órganos jurisdiccionales, sino que es indispensable que la ciudadanía, cuente con mecanismos para que puedan, ante decisiones desfavorables esgrimir remedios procesales, tales como la categoría concreta de los recursos que permitan subsanar situaciones concretas ante decisiones consideradas que no se ajustan a derecho, así como en el marco de un proceso en el cual se desarrollan diversos actos encausados a la obtención de una decisión, que impliquen que la misma se pueda ejecutar.

En virtud de tal elemento relativo a la ejecución de las decisiones, surge el sustento de la recuperación de activos, siendo este una cuestión fundamental en el marco de un proceso penal en cual se involucran activos con ocasión al delito, por ello, el aseguramiento y la recuperación los mismos se maneja conforme a la tutela judicial efectiva.

## **2.- Tutela jurisdiccional diferenciada: manifestaciones**

En términos generales, la tutela jurisdiccional diferenciada es una expresión de la tutela judicial efectiva que surge en atención de la necesidad de inmediatez en el marco de los procesos, para responder ante situaciones apremiantes que requieren una intervención preventiva o cautelar, en tal sentido, esta institución contempla dos grandes categorías procesales, entre las que se ubican las medidas de carácter preventivo y las medidas de índole cautelar, propiamente dichas, las primeras obedecen a un fin general en el proceso de asegurar ciertos derechos de las partes en el marco del desarrollo de un proceso y con respecto a las cautelares, las mismas van en función de asegurar las resultas del juicio, es decir, la ejecución en sí de las decisiones, ya que en virtud del transcurso de un proceso en el cual es natural agotar ciertos actos y fases, el paso de tiempo se resiste y no se puede esperar al mismo, ya que de lo contrario sería totalmente ilusorio.

Por consiguiente, en la investigación de Mila (2020), el autor pregona el uso de las medidas cautelares reales (salvo casos de aseguramiento de fuentes de pruebas que se erigen como medidas preventivas ya que no poseen naturaleza cautelar), que van en procura de asegurar bienes relacionados con la comisión del delito, es decir, con ocasión a la responsabilidad civil derivada del mismo y que implica la distracción de bienes en todas sus dimensiones, sea como objeto pasivo (todo lo abarcado como objeto material del delito, incluso como producto o provecho) u objeto activo (objetos utilizados para la comisión, a lo cual se incluye el dinero utilizado para financiar).

Lo anterior implica que las medidas cautelares se erigen como mecanismos medulares para la recuperación de activos, inscritas en un plano de prevención que anticipa los posibles efectos de la desaparición o imposibilidad posterior de recuperar los activos, por ello, las medidas obedecen a principios y requisitos de procedibilidad y procedimiento, entre los que se ubican el periculum in mora, fumus boni iuris y el periculum in dammni (este último en algunos casos de medidas innominadas), aspectos que deben observarse de igual manera para que se acuerde la medida, más allá de considerar de igual manera la proporcionalidad de la misma, en todo caso, son estos los mecanismos que prima facie y anticipándose a la futura ejecución, deben utilizarse a la luz de la tutela judicial efectiva.

### 3.- Aseguramiento para materializar la recuperación de activos en el ámbito penal

La recuperación de activos propiamente dicha, más allá de estar relacionada con la ejecución de las decisiones, surge de diversas propuestas internacionales, y se relaciona mayormente con el fenómeno de la corrupción a nivel macro, por lo cual se manejan fondos que son de elevada cuantía y que merecen ser recuperados, entre las referidas iniciativas se destaca la relativa a StAR, que se ha constituido de manera conjunta entre las Naciones Unidas y el Banco Mundial de cara a la recuperación de activos. La idea de la recuperación de activos es que los Estados incorporen en sus respectivas legislaciones, figuras para la localización, embargo y decomiso del producto del delito que por encima de todo prime la eficacia (Carrillo del Teso, 2017), es decir, lo anterior se resume en el aseguramiento y ejecución -recuperación- propiamente dicha.

De igual manera, es necesario destacar que han surgido diversos instrumentos internacionales, que han consagrado lo atinente a la recuperación, tales como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1998) o el Convenio Internacional para la represión del terrorismo (1999), introducen la idea de la recuperación de patrimonios de origen criminal. Sin embargo, a nivel especializado, son la Convención Interamericana Contra la Corrupción (1995), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2005) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada transnacional (2000), los que con mayor amplitud desarrollan la institución y que sirven de marco normativo macro para la recuperación concreta de activos, más allá de lo dispuesto a lo interno en cada legislación.

No obstante, existen otros instrumentos que de igual manera desarrollan lo relativo a la recuperación, siendo uno de ellos la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio de UNODC (2011), la cual define expresamente que la extinción de dominio se basa en “una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación ni compensación e naturaleza alguna” siendo un procedimiento autónomo e independiente, que suele ser confundido con la recuperación propiamente dicha.

En virtud de lo anterior, algunos países han incorporado en sus legislaciones dicho modelo sobre extinción de dominio a través de normas de carácter interno, sin embargo, en el caso de Ecuador, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del proyecto de ley, mediante Dictamen No. 1-21-OP/21 en relación a algunos de sus elementos, entre los que destacan que debe diseñarse dentro de los límites constitucionales, entre los que destacan el debido proceso, el principio de legalidad y el derecho a la seguridad jurídica, criticándose la

imprescriptibilidad, por afectar la seguridad jurídica, la retrospectividad, siendo una medida sancionatoria retroactiva que atenta contra el principio de legalidad y en general la amplitud e indeterminación, así como la proporcionalidad, entre otros aspectos.

Es por esto que se denota de igual manera debe existir un equilibrio, que no se trata de perseguir penalmente a ultranza socavando algunas instituciones y principios medulares del Estado de Derecho, en concreto en materia penal, sino que el Estado de forma coherente, incorpore a su legislación interna, diversos elementos para asegurar y recuperar los activos conforme a los instrumentos internacionales y de esa manera, se pueda cumplir con los fines de la recuperación de activos, entre los cuales se ubican, según Carrillo del Teso (2017), los siguientes:

Estrangular las finanzas de los delincuentes, para evitar que los beneficios se inviertan en posteriores actividades delictivas y que infiltren y capturen el sistema económico legal; por otro lado, evitar que el delito resulte provechoso y así desincentivar la comisión e delitos con ánimo de lucro; sin olvidarnos del restablecimiento del orden patrimonial lícito (pp. 14-15).

Por último, vale destacar que a nivel normativo Ecuador cuenta a nivel constitucional con el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), consagra que:

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

El precitado artículo, a su vez se inscribe en lo consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), que dispone lo siguiente:

Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y c) **a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. (Resaltado por los autores)**

Lógicamente, el cumplimiento se garantiza a través de las medidas. Asimismo, el Código Orgánico Integral Penal (2021) actualmente cuenta con un catálogo de diversas medidas cautelares de carácter real para asegurar bienes, tal como lo consagra el artículo 549, a saber:

Art. 549.-Modalidades. -La o el juzgador podrá ordenar las siguientes medidas cautelares **sobre los bienes de la persona natural o jurídica procesada**: 1. El secuestro 2. Incautación 3. La retención 4. La prohibición de enajenar. Una vez ordenadas las medidas se inscribirán obligatoriamente y en forma gratuita en los registros respectivos.

Art. 555.-Medidas cautelares sobre bienes en juicio. - En todo caso en que la persona procesada va a juicio, la o el juzgador dispondrá la prohibición de enajenar y la retención de las cuentas si antes no lo ha hecho, por una cantidad equivalente al valor de la multa y a la reparación integral de la víctima.

Lo anterior presenta serias dudas, en primer término, en cuál es el sustento procesal de las medidas, más allá del tema dogmático y, por otra parte, se circunscribe a bienes de la persona, lo cual puede excluir situaciones relativas a testamentos o personas interpósitas. Aunado a que generalmente se habla de medidas que deben solicitarse a nivel internacional, con lo cual se debe hacer uso a los mecanismos de asistencia mutua (asistencia penal internacional) entre Estados, independientemente que se cuenta con convenios inter partes o multilaterales. Como corolario, se establecen diversas reglas con ocasión a la reparación integral, que versa sobre la ejecución, a saber, el Código Orgánico Integral Penal (2021):

Art. 628.-Reglas sobre la reparación integral en la sentencia.-Toda sentencia condenatoria deberá contemplar la reparación integral de la víctima, con la determinación de las medidas por aplicarse, los tiempos de ejecución y las personas o entidades públicas o privadas obligadas a ejecutarlas, de conformidad con las siguientes reglas: 1. Si hay más de un responsable penal, la o el juzgador determinará la modalidad de la reparación en función de las circunstancias de la infracción y del grado de participación en la infracción como autora, autor o cómplice. 2. En los casos en los que las víctimas han sido reparadas por acciones de carácter constitucional, la o el juzgador se abstendrá de aplicar las formas de reparación determinadas judicialmente. 3. La obligación de reparar monetariamente a la víctima tendrá prelación frente a la multa, comiso y a otras obligaciones de la persona responsable penalmente. 4. Si la publicación de la sentencia condenatoria es el medio idóneo para reparar a la víctima, correrá a costa de la persona condenada.

Asimismo, las anteriores disposiciones son aspectos que deben ser dimensionados como mecanismos para asegurar la recuperación, ya que la medida no representa un fin en sí mismo, sino un medio, con lo cual se aseguran los bienes, cumpliendo con los requisitos de procedencia y de procedibilidad para que opere cualquier medida, no obstante, en virtud de

la naturaleza de la temática que es sumamente especial, debe complementarse lo atinente al aseguramiento cautelar con los diversos instrumentos internacionales que expresamente aluden a la recuperación al siguiente tenor: Convención Interamericana contra la Corrupción (1995). Artículo XV. Medidas sobre bienes:

1. De acuerdo con las legislaciones nacionales aplicables y los tratados pertinentes u otros acuerdos que puedan estar en vigencia entre ellos, los Estados Partes se prestarán mutuamente la más amplia asistencia posible en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la presente Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2005), Artículo 53. Medidas para la recuperación directa de bienes:

Cada Estado Parte, de conformidad con su derecho interno: Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a otros Estados Parte para entablar ante sus tribunales una acción civil con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención;

b) Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a sus tribunales para ordenar a aquellos que hayan cometido delitos tipificados con arreglo a la presente Convención que indemnicen o resarzan por daños y perjuicios a otro Estado Parte que haya resultado perjudicado por esos delitos; y

c) Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a sus tribunales o a sus autoridades competentes, cuando deban adoptar decisiones con respecto al decomiso, para reconocer el legítimo derecho de propiedad de otro Estado Parte sobre los bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

En vista de lo anterior, ciertamente los instrumentos internacionales conminan a los Estados a adoptar medidas necesarias para asegurar y recuperar los bienes con ocasión a la comisión de diversos delitos, especialmente en el ámbito de la corrupción y reconocen expresamente que se debe reconocer la recuperación de manera plena, abarcando todas las fases propias de la recuperación. En vista de lo indicado, puede aducirse que los bienes relacionados con la comisión del delito pueden asegurarse sobre la base de la tutela judicial efectiva a través de las medidas cautelares reales.

En síntesis, se trata de un tema complejo, en virtud que:

La práctica de la recuperación de activos robados sigue siendo compleja. Esta implica la coordinación y colaboración con los organismos nacionales y ministerios en múltiples jurisdicciones con diferentes sistemas jurídicos y procedimientos; requiere de técnicas de investigación especiales y de habilidades para «seguir el dinero» más allá de las fronteras nacionales; así como la capacidad de actuar rápidamente para evitar la disipación de los activos. De igual manera, se deben adelantar procedimientos legales en los tribunales nacionales y extranjeros, o para proporcionar a las autoridades de otra jurisdicción las pruebas o la inteligencia de las investigaciones (o ambas). Todas las opciones legales (la confiscación penal, la confiscación sin condena, las acciones civiles u otras alternativas) deben ser consideradas. El proceso puede ser abrumador, incluso para los profesionales más experimentados (Brun, et al, 2013, p. 2).

Lo expuesto implica que la recuperación de activos es un tema álgido por lo que representa a nivel internacional ya que la recuperación generalmente trasciende del plano local. De igual manera, la idea del trabajo ha sido generar un elemento conductor en lo atinente al aseguramiento de los bienes de cara a la recuperación, lo cual posteriormente implicará otros aspectos procedimentales para su localización, inmovilización y devolución al país de origen, todo sobre la base de la tutela judicial efectiva, que sirve de fundamento a nivel procesal de las medidas y a través de las mismas se pueden asegurar de manera preventiva. Por último, la figura de la ejecución de decisiones contemplada en la tutela judicial efectiva permite dar paso a lo aducido -más allá de los elementos relativos a la recuperación anticipada-, en todo caso, las medidas son los mecanismos más idóneos para mitigar la disipación, más allá de lo atinente a la extinción de dominio que opera generalmente en un plano distinto al cautelar.

## CONCLUSIONES

Con respecto a la institución macro que da cabida a la temática se evidenció que se trata de la tutela judicial efectiva, la cual surge luego de una larga evolución, a raíz de la segunda guerra mundial y actualmente se consagra en la mayoría de las constituciones de Iberoamérica siendo considerada como un derecho fundamental.

De igual manera, a nivel dogmático se ha considerado que la tutela judicial efectiva abarca cuatro elementos básicos que le dan forma y definen sus contornos basados en el acceso a los juzgados o tribunales por parte de los ciudadanos, para lo cual se transita un proceso en el cual se persigue obtener una decisión ajustada a derecho, a ejecutar la misma, así como el derecho al recurso en caso de decisiones desfavorables, siendo el aspecto relativo a la ejecución un

elemento fundamental en todo Estado de Derecho, ya que gracias a diversos mecanismos para alcanzar la misma, se podrá contar con una decisión efectiva que no quede ilusoria y en la medida de lo posible, subsanar situaciones concretas mediante una decisión.

En relación con la recuperación de activos se determinó que la misma tiene diversos fines y particularmente los mismos estriban en superar la concepción de la pena privativa como fin último del proceso y entender que en diversos delitos en los cuales existe un compromiso patrimonial sustancial con lo cual de nada sirve dicha pena, sino en todo caso se deben recuperar los activos derivados del delito. En ese sentido, la recuperación de activos reposa en la merma del patrimonio de los distintos grupos delictivos y la recuperación de los capitales a su destino primigenio, ya que se habla de sumas cuantiosas, especialmente en materia de corrupción.

Por otra parte, se debe partir del marco de los procesos en los cuales se pueden adoptar medidas que de igual manera reposan en el fundamento de la tutela judicial efectiva, para que preventivamente se puedan asegurar fines cautelares de carácter real sobre bienes que están relacionados con la comisión del delito y evitar su distracción por el desarrollo natural de un proceso, lo cual incide en su posterior ejecución.

En el mismo sentido, se logró vislumbrar que cuando se hace referencia a la recuperación de activos entra en juego un tema internacional en virtud que en muchos casos dichos activos se encuentran en otras jurisdicciones y para ello, se debe apelar a los instrumentos internacionales para que se puedan repatriar o devolver los mismos.

Para finalizar, se concluyó que las herramientas y mecanismos más idóneos para anticipar la recuperación de activos son las medidas cautelares reales, ya que a través de la mismas se puede procurar asegurar los activos de carácter cautelar e inmediata y evitar su distracción, para que de esa manera se pueda evitar que dicho fenómeno delictivo afecte de manera cuantiosa la esfera patrimonial, particularmente a nivel estatal, ante tal escenario, las medidas indefectiblemente deben ser tomadas en cuenta para el aseguramiento de activos en el marco del desarrollo de un proceso para que luego se pueda al menos considerar otros aspectos internacionales, tales como la repatriación, lo cual no descansa de manera aislada, sino sobre la base de una institución procesal de gran trascendencia como lo es la tutela judicial efectiva.

## REFERENCIAS

- Aguirre Guzmán, V. A. (2017). El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos. *Foro, Revista De Derecho*, (14), 5-43. Obtenido de <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/387>
- Berdugo, I., Caparrós, E. y Rodríguez, N. (2017). Recuperación de activos y decomiso. Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos. Valencia: Tirant lo Blanch
- Binder, A. (2003). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Tercera Edición. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L
- Blanco, I. (2012). Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). En: Caparrós, F. Ontiveros, A. Rodríguez, N. Coords. *El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción*. México: Ubijus-INACIPE
- Brun, J., Gray, L. Scott, L y Stephenson, K. (2013). *Manual para la recuperación de activos. Una guía orientada a los profesionales*. Barcelona: Ediciones Gondo
- Caroca, A. (1998). *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. Barcelona, Bosh
- Carrillo Del Teso, A. (2017). La recuperación de activos como estrategia común contra la criminalidad. En: *Recuperación de activos y decomiso. Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Berdugo, I., Caparrós, E. y Rodríguez, N. Coords. Valencia: Tirant lo Blanch. pp.13-32
- Cevallos Sánchez, G, y Alvarado Moncada, Z. (2018). Tutela judicial efectiva y la relación con el principio de inmediación. *Revista Universidad y Sociedad*, 10(1), 168-173. Epub 02 de marzo de 2018. Obtenido de [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2218-36202018000100168&lng=es&tlng=es](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202018000100168&lng=es&tlng=es)
- Código Orgánico Integral Penal de Ecuador (2021). Obtenido de <https://derechoecuador.com/codigo-organico-integral-penal-coip/>
- Constitución de la República del Ecuador (2008). Obtenido de [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)
- Convención Interamericana Contra la Corrupción (1996). Obtenido de [https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_B-58\\_contra\\_Corruptcion\\_firmas.asp](https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corruptcion_firmas.asp)
- Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (2005). Obtenido de <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/CORRUPCION.pdf>
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000). Obtenido de <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>
- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1998). Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-27152>
- Convenio Internacional para la represión del terrorismo (1999). Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-9850>
- Corte Constitucional del Ecuador (2021). Dictamen No. 1-21-OP/21 Obtenido de [https://www.fielweb.com/App\\_Themes/InformacionInteres/Dictamen1-21-OP-21fw.pdf](https://www.fielweb.com/App_Themes/InformacionInteres/Dictamen1-21-OP-21fw.pdf)
- Escovar, R. (2001). *La Motivación de la sentencia y su relación con la argumentación jurídica*, (Tercera edición). Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
- Jaén, M. (2016). *La recuperación de activos frente a la corrupción. La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos*. Dykison
- Jorge, G. (2008). Los desafíos de recuperar el producto de delitos de corrupción. En: Jorge, G. Coord. *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Del Puerto
- Ley Fundamental de Bonn (1949). Obtenido de <https://personal.us.es/juanbonilla/contenido/FAYUE/MATERIALES/LEY%20FUNDAMENTAL%20DE%20BONN.pdf>

- Ley Modelo sobre Extinción de Dominio de UNODC (2011). Obtenido de [https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley\\_Modelo\\_Sobre\\_Extincion\\_de\\_Dominio.pdf](https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf)
- Llobet, J. (2010). La Prisión Preventiva. Primera Edición. San José, C.R: Editorial Jurídica Continental
- Maier, J. (2004). Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Buenos Aires: Editores el Puerto
- Martín, F. (2014). Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia. *Revista europea de derechos fundamentales*, 23, 161-176. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4945876.pdf>
- Mila, F. (2020). La tutela jurisdiccional diferenciada en el proceso penal venezolano. (Tesis doctoral no publicada) Universidad Católica Andrés Bello, Caracas
- Ortíz-Ortíz, R. (2015). Las Medidas Cautelares en el Ordenamiento Jurídico venezolano. Caracas: Editorial Fronésis
- Perozo, J. y Montaner, J. (2007). Tutela Judicial Efectiva en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Frónesis* [online]. 14(3), 53-74. Obtenido de [http://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S1315-62682007000300004&script=sci\\_abstract](http://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S1315-62682007000300004&script=sci_abstract)
- Peyrano, J. (2008). ¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina? *Revista de Derecho Procesal*. II. Buenos Aires: Editorial Rubinzal. Culzoni. pp. 228-244. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2747849>
- Peyrano, J. (2009). Precisiones sobre el concepto de tutela diferenciada. *Revista de Derecho Procesal*. pp. 21-27.
- Picó i Junoy, J. (2012). Las Garantías Constitucionales del Proceso (Segunda edición). Barcelona: Bosh
- Pujadas, V. (2007). Para una teoría general de las medidas. Gerona. Universitat de Girona
- Pujadas, V. (2008). Teoría general de las medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso. Madrid: Marcial Pons
- Roxin, C. (1997). Derecho Penal, Parte General. Fundamentos: La Estructura de la Teoría del Delito. Trad: Diego Luzón y otros. España: Civitas Ediciones
- Roxin, C. (2000). Derecho Procesal Penal. Argentina: Editores del Puerto