

# UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO



## FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

### MAESTRÍA EN DERECHO

---

**Tema:** EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROPORCIONALIDAD Y LA JUSTICIA SOCIAL

---

Trabajo de Titulación, modalidad Proyecto de Desarrollo, previo a la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho. Mención Derecho Penal y Procesal Penal

**Autor:** Abogado Carlos Efraim Guamán Supe.

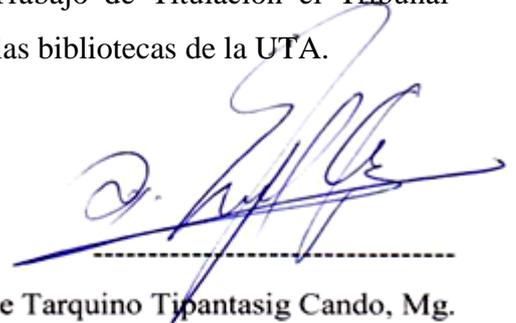
**Director:** Doctor José Rubén Guevara Fuentes Magíster.

Ambato - Ecuador

2020

A la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales.

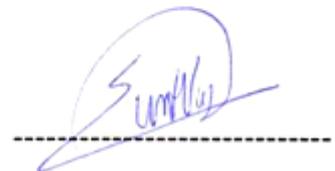
El Tribunal receptor del Trabajo de Titulación, presidido por el señor Doctor Jaime Tarquino Tipantasig Cando, Magíster Presidente y Miembro del Tribunal, e integrado por los señores: Doctor Kléver Alonso Pazmiño Vargas, Magíster y Abogado Guillermo Santiago Vayas Castro, Magíster, Miembros del Tribunal designados por la Unidad Académica de Titulación de la Universidad Técnica de Ambato, para receptor el Trabajo de Titulación con el tema: “EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROPORCIONALIDAD Y LA JUSTICIA SOCIAL”, elaborado y presentado por el señor Abogado Carlos Efraim Guamán Supe, para optar por el Grado Académico de Magíster en Derecho. Mención Derecho Penal y Procesal Penal; una vez escuchada la defensa oral del Trabajo de Titulación el Tribunal aprueba y remite el trabajo para uso y custodia en las bibliotecas de la UTA.



Dr. Jaime Tarquino Tipantasig Cando, Mg.  
**Presidente y Miembro del Tribunal**



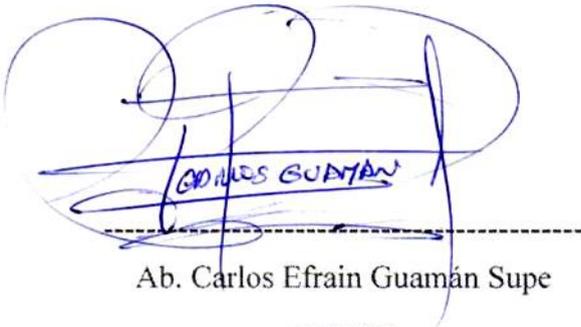
Dr. Kléver Alonso Pazmiño Vargas, Mg.  
**Miembro del Tribunal**



Ab. Guillermo Santiago Vayas Castro, Mg.  
**Miembro del Tribunal**

## AUTORÍA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

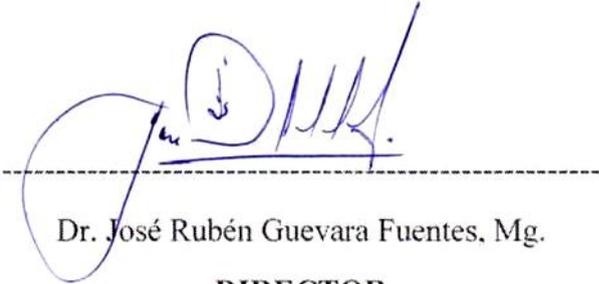
La responsabilidad de las opiniones, comentarios y críticas emitidas en el Trabajo de Titulación presentado con el tema: EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROPORCIONALIDAD Y LA JUSTICIA SOCIAL, le corresponde exclusivamente al Abogado Carlos Efraim Guamán Supe, Autor bajo la Dirección del Doctor José Rubén Guevara Fuentes, Magíster, Director del Trabajo de Titulación; y el patrimonio intelectual a la Universidad Técnica de Ambato.



Ab. Carlos Efraim Guamán Supe

**AUTOR**

C.I. 180346189-4

Dr. José Rubén Guevara Fuentes, Mg.

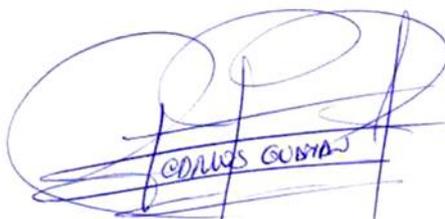
**DIRECTOR**

C.I. 180204978-1

## **DERECHOS DE AUTOR**

Autorizo a la Universidad Técnica de Ambato, para que el Trabajo de Titulación, sirva como un documento disponible para su lectura, consulta y procesos de investigación, según las normas de la Institución.

Cedo los Derechos de mi Trabajo de Titulación, con fines de difusión pública, además apruebo la reproducción de este, dentro de las regulaciones de la Universidad.



---

Abogado, Carlos Efraim Guamán Supe

c.c. 1803461894

## ÍNDICE GENERAL

PORTADA.....	i
A la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales .....	ii
Autoría del Trabajo de Titulación .....	iii
Derechos de Autor.....	iv
Índice General .....	v
Índice de Tablas .....	viii
Índice de Gráficos .....	ix
Agradecimiento .....	x
Dedicatoria .....	xi
Resumen Ejecutivo.....	xii
Executive Summary .....	xiii
Introducción .....	1
CAPÍTULO I.....	3
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	3
1.1 Tema.....	3
1.2 Planteamiento del Problema .....	3
1.2.1 Contextualización .....	3
1.2.2 Análisis crítico (causas).....	28
1.2.3 Interrogantes de la Investigación .....	30
1.3 Justificación.....	31
1.4 Objetivos .....	33
1.4.1 Objetivo General.....	33
1.4.2 Objetivos Específicos .....	33
CAPÍTULO II .....	34
MARCO TEÓRICO.....	34
2.1 Antecedentes Investigativos .....	34
2.2 Fundamentaciones .....	40
2.2.1 Fundamentación Filosófica.....	40
2.2.2 Fundamentación legal .....	41
2.3 Definiciones de la variable independiente.....	43

2.4 Variable Dependiente .....	85
CAPÍTULO III.....	110
METODOLOGÍA .....	110
3.1 Enfoque .....	110
3.2 Modalidad básica de la investigación.....	110
3.2.1 Investigación documental y bibliográfica.....	110
3.2.2 Investigación de campo .....	111
3.3 Nivel o tipo de la investigación .....	112
3.3.1 Investigación Descriptiva .....	112
3.3. Investigación Exploratoria .....	113
CAPÍTULO IV.....	115
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	115
4.1 Análisis descriptivo de los datos obtenidos.....	115
Pregunta No. 1: .....	115
Pregunta No. 2: .....	118
Pregunta No. 3: .....	119
Pregunta No. 4: .....	121
Pregunta No. 5 .....	122
Pregunta No. 6 .....	123
Pregunta No. 7: .....	124
Pregunta No. 8 .....	125
Pregunta No. 9: .....	126
4.2 Interpretación de los datos obtenidos .....	128
CAPÍTULO V .....	132
PRODUCTO FINAL .....	132
5.1 Conclusiones .....	132
5.2 Recomendaciones .....	133
5.3 Desarrollo del producto .....	134
5.3.1 Tema .....	134
5.3.2 Objetivo .....	134
5.3.3 Introducción .....	135
5.3.4 Descripción de la propuesta.....	136
5.3.5 Desarrollo del cuerpo central.....	136

5.4 Bibliografía.....	187
ANEXOS .....	195

## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 P. Proporcionalidad Derecho Comparado.....	47
Tabla 2 Entrevista Pregunta No.1 .....	115
Tabla 3 Entrevista Pregunta No.2 .....	118
Tabla 4 Entrevista Pregunta No.3 .....	119
Tabla 5 Entrevista Pregunta No.4 .....	121
Tabla 6 Entrevista Pregunta No.5 .....	122
Tabla 7 Entrevista Pregunta No.6 .....	123
Tabla 8 Entrevista Pregunta No.7 .....	124
Tabla 9 Entrevista Pregunta No.8 .....	125
Tabla 10 Entrevista Pregunta No.9 .....	126

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1 Estadística de los países con mayor índice de corrupción .....	21
Gráfico 2 Clúster regional del nivel de corrupción el Latinoamérica .....	22
Gráfico 3 Árbol de Problemas.....	28

## **AGRADECIMIENTO**

Los años siguen su caminar, las experiencias son parte de vivir un día a la vez, conocer diferentes personas que coadyuvan al crecer espiritual, moral, social, profesional, y en todas las áreas del ser humano, los aportes académicos de los docentes universitarios que he recibido durante la presente maestría me han brindado apertura dentro del pensamiento en la aplicación del derecho penal, por lo cual quedo eternamente agradecido.

Agradezco al Dr. José Rubén Guevara Fuentes, quien con sus conocimientos ha facilitado su orientación a fin de cumplir una meta dentro de mi vida profesional.

Finalmente, un agradecimiento al Abogado Andrés Sebastián Araque Rivera, quien, con su ayuda durante mi paso por la Fiscalía General del Estado, brindó gran parte de su conocimiento y fortaleció mis anhelos de superación personal en servicio a la sociedad, brindando ayuda a los más necesitados.

**Ab. Carlos Efrain Guamán Supe**

## **DEDICATORIA**

Dedico el presente trabajo de titulación a mi hija Alisson Annette Guamán Jaya, quien a mi lado se ha convertido en el pilar fundamental en mi vida, a mis padres Luis Alfonso y María Dolores, a mis hermanos, Marco Patricio, Franklin Ernesto, Jorge Luis, quienes han apoyado cada uno de mis proyectos académicos; a mi hermano Víctor Alfonso quien desde el cielo se convirtió en mi pequeña estrella, quien cuida y guía cada uno de mis pasos, son las personas que permiten que tenga las fuerzas necesarias para levantarme cada día y agradecer a Dios por permitirme abrir los ojos y tenerlos a mi lado

**Ab. Carlos Efrain Guamán Supe**

**UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**  
**MAESTRÍA EN DERECHO**

**TEMA:**

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROPORCIONALIDAD Y LA JUSTICIA SOCIAL

**AUTOR:** Abogado Carlos Efrain Guamán Supe

**DIRECTOR:** Doctor José Rubén Guevara Fuentes Magíster

**FECHA:** 03 de enero de 2020

**RESUMEN EJECUTIVO**

El trabajo de titulación busca determinar cómo la escasa aplicación del Principio de Proporcionalidad en el Código Orgánico Integral Penal quebranta la Justicia Social en el Ecuador al momento de la construcción de los delitos y sus requisitos, debido a que en el COIP, se puede advertir el excesivo blindaje que se da a las conductas penales derivadas de actos de corrupción; a consecuencia de lo cual, se establecen requisitos innecesarios e idóneos, que contradicen los parámetros de proporcionalidad contemplados en la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Centrándose la investigación en comparar las penas y requisitos establecidos para delitos de relevante conmoción social; como el peculado y enriquecimiento ilícito, frente a delitos comunes u ordinarios, que pese a generar un impacto social, este no resulta tan pernicioso como las conductas derivadas de la corrupción. La temática se cimenta en la recopilación de doctrina y revisión de jurisprudencia, en que la participación del principio de proporcionalidad contribuyo como un medio para hacer prevalecer la Justicia Social, en un ámbito penal tan anegado por el clásico positivismo.

**Descriptor:** Constitución, Código Orgánico Integral Penal, criminalidad, delitos de cuello blanco, desproporcionalidad, imprescriptibilidad, informe de contraloría, informe previo, investigación previa, justicia social, principio de proporcionalidad.

**UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**  
**MAESTRÍA EN DERECHO**

**THEME:**

THE SOCIAL JUSTICE AND PROPORTIONALITY PRINCIPLE  
CONTITUTIONAL.

**AUTHOR:** Abogado Carlos Efrain Guamán Supe

**DIRECTED BY:** Doctor José Rubén Guevara Fuentes Magíster

**DATE:** January, 03, 2020

**EXECUTIVE SUMMARY**

The titling work seeks to determine how the scarce application of the Principle of Proportionality in the Integral Criminal Organic Code breaks the Social Justice in Ecuador at the right time in the construction of the crimes and their requirements, since in the COIP, it is possible to announce the excessive shielding given to criminal conduct arised from acts of corruption; as a result of which, some unnecessary and suitable requirements have been required, which keeps an entire contradiction with the proportionality parameters contemplated in the Constitution and in the Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control. Focusing there search on comparing the established penalties and requirements for crimes of relevant social commotion; such as peculation and illicit enrichment, in the face of common or ordinary crimes, that despite generating a social impact, is not as pernicious as the behaviors derived from corruption. The theme has been based on the compilation of doctrines and a revision of the jurisprudence, in the participation of the principle of proportionality contributing as a means to make prevail the Social Justice, in the criminal area practiced and waterlogged by the classic positivism.

**Keywords:** Constitution, Comprehensive Organic Criminal Code, criminality, white collar crimes, disproportionality, prior report, imprescriptibility, comptroller's report, prior investigation, social justice, proportionality principle..

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de titulación tiene como finalidad, establecer como la escasa aplicación del Principio de Proporcionalidad en el Código Orgánico Integral Penal quebranta a la Justicia Social en el Ecuador. Lo cual se evidencia en la definición que los legisladores hacen de los diferentes delitos y sus requisitos; pese a que el Principio de Proporcionalidad se constituye como una de las herramientas superiores de control constitucional, la cual busca regular que el establecimiento y aplicación de cualquier medida restrictiva de los derechos y libertades se hagan verificando lo que el mandato constitucional exige, en relación a que, la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, sea idónea, necesaria y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional, que garanticen los derechos de las personas procesadas.

Este criterio no ha estado siendo acogido en el Código Orgánico Integral Penal, en lo que se refiere a la debida proporcionalidad que debe existir entre las infracciones y las medidas penales, una muestra de ello es el requisito de procedibilidad respecto al informe previo sobre indicios de responsabilidad penal que se demandaba para que la Fiscalía pudiera ejercer la acción penal pública, lo que violentaba el mandato de imprescriptibilidad consagrado en el artículo 233 de la Constitución del Ecuador y que mediante Sentencia emitida por la Corte Constitucional fue declarado inconstitucional; cumpliendo así, la debida proporcionalidad que deben recoger las penas y medidas tipificadas en la normativa penal; y, restableciendo el estado de derecho que se exige en la Constitución.

El objetivo general planteado trata sobre la escasa aplicación del Principio de Proporcionalidad en el Código Orgánico Integral Penal, lo que quebranta la Justicia Social del Ecuador.

Como objetivos específicos, se tienen los siguientes: 1.- Aplicar el principio de proporcionalidad en la legislación penal para no atentar con la Justicia Social en el Ecuador. 2.- Analizar los delitos de cuello blanco en la legislación penal vigente. 3.- Adoptar medidas en la normativa penal para frenar la corrupción.

La presente investigación está compuesta por:

**Capítulo I** Problema de Investigación, contiene lo que se va a investigar, por que estudia, abarca la contextualización, análisis crítico interrogantes, delimitación del objeto de estudio, la justificación que responde por qué se va a investigar, las razones porque se investiga hasta llegar a los objetivos planteados.

**El Capítulo II** Marco Teórico en el cual constan antecedentes de la investigación, la fundamentación filosófica, legal y, la parte doctrinaria que sobresalen.

**El Capítulo III** Marco metodológico abarca el tipo de investigación, la descripción de la modalidad, el nivel o tipo de investigación del trabajo realizado.

**El Capítulo IV** abarca análisis e interpretación de resultados de la aplicación de entrevistas, cuadros en los que se representará la información obtenida, así como objetivos, actividades y tiempos.

**El Capítulo V** contiene el Producto Final del cual se contribuye a dar solución al problema investigado, conclusiones, recomendaciones, desarrollo del producto bibliografía y anexos.

## **CAPÍTULO I**

### **PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

#### **1.1 Tema**

El Principio Constitucional de Proporcionalidad y la Justicia Social

#### **1.2 Planteamiento del Problema**

##### **1.2.1 Contextualización**

Uno de los elementos decisivos que participa en la determinación de las medidas, penas y sus requisitos en el contexto penal es la proporcionalidad, aquella tiene una concepción muy ambigua, se puede decir que tampoco existe una avenencia doctrinaria sobre este principio, pero ha ido tomando forma gracias al tribunal Constitucional Alemán; en sí su concepción es fruto de una evolución histórica por querer limitar el IUS PUNIENDI en la ejecución de las penas (Yenissey, 2015).

El principio de proporcionalidad asienta sus cimientos en los derechos fundamentales cuya dogmática lo cataloga como límite de los límites, ya que busca formidablemente conservar la proporcionalidad de las leyes concatenándolas con el principio del Estado de Derecho y por ende con el valor de la justicia. Lo que se aspira con el principio de proporcionalidad es la idea de justicia en el ámbito de un Estado de Derecho, alcanzando una verdadera justicia social.

Así también lo concibe García Falconí (2014), al decir que: “el principio de proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales y este pensamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios, como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales” (p.2).

De aquello se asume que el principio de proporcionalidad guarda un origen

diferenciado, ya que permite una variada alineación legal dependiendo de la materia y circunstancias que acaezcan en la realización del ilícito, lo cual es explicado más a detalle con un ejemplo que el tratadista menciona:

Así, por ejemplo en el ejercicio de la reserva legal establecida para la reglamentación de los derechos constitucionales, y que está señalado en el Art. 132 numeral 2 de nuestra Constitución de la República, solo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales; así en términos generales, entre mayor sea la intensidad de la restricción a la libertad, mayor será la urgencia y la necesidad exigidas como condición para el ejercicio legítimo de la facultad legal. (García Falconí, 2014, p.3)

En pocas palabras lo que el autor trata de plantear es, que al determinar una pena tipificada en la ley se hace indispensable equilibrar el grado de culpabilidad del sujeto con el castigo impuesto y cuando este resulta ser mayor a la conducta reprimida, deslegitima al instrumento jurídico empleado para alcanzar los fines constitucionales anhelados.

A continuación, se mencionan varias concepciones relevantes sobre este principio:

Pulido (2003), con respecto al tema manifiesta:

El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional. A este principio se alude sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales. (p.68)

De lo anotado se puede manifestar que el principio proporcionalidad reside en un balance sensato entre el delito cometido y la aplicación de la pena, con el pleno objetivo que la pena sea justa y proporcional a la gravedad del daño inferido, garantizando el derecho de libertad individual del infractor.

Rojas (2015) con respecto al tema manifiesta:

Este principio ha sido denominado también como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia. Tiene su razón de ser en los derechos fundamentales, cuya dogmática lo considera como límite de límites, con lo cual pretende contribuir a preservar la “proporcionalidad” de las leyes ligándolo con el principio de “Estado de Derecho” y, por ende, con el valor justicia. (p. 85)

En el principio de proporcionalidad se caracteriza la idea de justicia en el marco de un Estado Tutelar Constitucional de derechos y justicia; el ejercicio de la aplicación de sanciones penales se debe observar una equivalencia razonable, tanto en sus dimensiones cualitativas o cuantitativas, en relación al delito cometido, con las circunstancias de su actuación. Por lo tanto, la aplicación de este método es de gran importancia para que los operadores jurídicos penales puedan emitir una sentencia justa y transparente.

Según varios tratadistas el principio de proporcionalidad se lo encuentra en los instrumentos internacionales de manera implícita en los enunciados que prohíben penas crueles, inhumanas o degradantes, entre ellos se tienen:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), que en el artículo 5 consta la siguiente proclama: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (p.12).

En la Declaración Americana de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre (1948), que en el artículo 26 expresa que toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y publica; también a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas.

Así mismo en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1976), que en el artículo 7 establece que, nadie será sometido a torturas, ni a penas o tratos

cruels, inhumanos o degradantes.

En apreciación a estos pensamientos queda sobre entendido que cualquier medida penal desproporcional a la conducta cometida cae en un plano discriminatorio, cruel, inhumano y degradante, contrariando así el principio de proporcionalidad a través del cual se legitima la intervención del Estado en el ejercicio de los derechos humanos.

A continuación, se mencionan dos casos de la jurisprudencia internacional, dónde la aplicación del principio de proporcionalidad tuvo gran relevancia; los cuáles se obtuvieron de una publicación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2008):

Caso de Núremberg. - En 1945 al concluir la segunda guerra mundial los países aliados redactaron una carta dónde se creó ex post facto el Tribunal Internacional de Núremberg, a quién, además, se le otorgó competencia material para juzgar crímenes contra la paz, contra la humanidad y de guerra dados en dicho flagelo. De manera objetiva y positivista se puede percatar que la mencionada carta y Tribunal atentan contra el principio de legalidad, ya que este aduce que nadie puede ser juzgado por Tribunales que no hayan sido creados con antelación al hecho juzgado y mucho menos por hechos no tipificados en la ley.

Argumentos que también fueron alegados por las partes en la tramitación de estos crímenes, sin embargo, el Tribunal considero que por el ius cogens, los inferidos tenían conocimientos de las normas internacionales que prohíben el asesinato de civiles y que, aunque no exista pena tipificada para sancionarles por esos actos, no existe razón alguna para no juzgarles con las penas más severas que contempla el derecho comparado para delitos graves. Así también, se mencionó que las leyes no son estáticas, sino que están deben adaptarse a las necesidades de un mundo que se encuentra cambiando constantemente. Finalmente se alegó que por la practicidad del derecho la instauración del Tribunal y del procedimiento sirvió como un aparato indispensable para penar conductas ilegales y criminales que hubieran quedado sin juzgarse, promoviéndose así, la impunidad.

Caso Massera.- El señor Massera catalogado como el verdugo de la dictadura de Argentina fue el hombre encargado de asesinar y desaparecer aproximadamente a unos 30.000 argentinos en el terrible "Proceso de Reorganización Nacional"; este en su defensa frente a un Juzgado Penal Argentino con argumentos positivistas sostenía que ya había sido inferido por los mismos hechos (nos bin in idem), y que sus acciones ya se encontraban prescritas, lo cual fundamentaba acogiéndose al principio de legalidad y seguridad jurídica.

No obstante, a ello, el Juzgador Penal consideró que dichos argumentos eran inadmisibles ya que los elementos del tipo penal nacional no coincidían de ninguna forma con los que había sido juzgado en el ámbito internacional por lo que se le estaba dirimiendo por primera vez.; además que los delitos que se le atribuían eran continuados y considerados imprescriptibles en el derecho internacional de los derechos humanos.

Aquí se transcribe un fragmento de la sentencia emitida por el Tribunal Penal Argentino:

(...) allí donde la injusticia del derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el Derecho Positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el Derecho positivo injusto deberá ceder a la justicia. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p.331)

De todo lo expuesto se entiende que en el plano penal el principio de proporcionalidad goza de un carácter relativo del cual no ocurren situaciones abstractas o absolutas sino más bien se ajusta en relación al caso concreto, en sí debe guardar una medida adecuada entre la reacción penal y sus presupuestos; aquí el juzgador penal juega un papel de gran notabilidad ya que este a su discrecionalidad puede inobservar la ley penal por normas superiores como las constitucionales o la de Derecho Internacional de Derechos Humanos, como se pudo avizorar en los casos anteriores, ya que la función principal del juez no es garantizar el cumplimiento de la norma sino de la justicia.

Es de destacar que el principio de proporcionalidad en las últimas décadas ha tomado gran reconocimiento dentro de la teoría y práctica de la jurisprudencia, lo que ha ocasionado que sea el foco de muchos debates sobre todo en la esfera penal ya que en la teoría resulta como un instrumento de gran utilidad para transparentar las decisiones judiciales, pero en la práctica no se está concretando su aplicación de manera favorable.

Así en el Ecuador al principio de proporcionalidad se lo encuentra tipificado en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República que de manera textual sostiene: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.34).

Aunque no se profundiza mucho sobre este principio deja clara la idea que este será el instrumento principal que los operadores de justicia deben emplear al momento de emitir sus fallos sea cual fuere la conducta delictiva a juzgarse y además deberán observar que la medida a imponerse guarde estricta paridad con la infracción cometida; no obstante, en esta disposición constitucional recalca la deferencia que se debe tener hacia lo plasmado por el legislador.

No obstante, dentro del Código Orgánico Integral Penal se encuentran varias situaciones sobre el quantum de la pena y sus requisitos, que no configuran lo que señala el principio de proporcionalidad, por lo que deben ser observadas, debido a que la determinación de la pena y sus requisitos para que esta se concrete, no puede sustanciarse en un ejercicio ligero o al azar del legislativo, sino todo lo contrario debe concentrar una estricta revisión criminológica, tanto cualitativa como cuantitativa.

La pena materialmente constituye la dosis de dolor que se quiere ejercer en contra de quienes han infringido la norma, la cual se mide por una resta temporal y física de sus cuerpos. En dónde el principio de proporcionalidad no sólo debe basarse en un análisis metodológico, sino también, constituirse como una crítica al derecho penal (Defensoría Pública del Ecuador, 2016).

En medio del Sistema Penal Ecuatoriano se encuentran las clases privilegiadas y las desfavorecidas o marginadas, que por lo general en relación a las primeras ,son quienes sufren el mayor peso de las leyes penales; las cuáles siempre se han caracterizado por ostentar cierta rigidez hacía los delitos ordinarios y cierta aquiescencia hacía los delitos de cuello blanco, existe un gran desbalance a la hora de categorizar las distintas conductas delictivas y por ende sus requisitos; por una parte los delitos comunes, que en su mayoría son perpetrados por sujetos de estratos inferiores son castigados severamente, a diferencia de los delitos económicos o aquellos que atentan contra la eficiencia de la Administración Pública, que a la par de su complejidad para comprobarse, son sancionados flexiblemente, inclusive gozan de ciertas medidas que los protegen y obstaculizan su persecución penal; esto ha servido como medio para agudizar la pobreza, acrecentado las desigualdades estructurales entre pobres y ricos.

En el Ecuador se viven muchas situaciones de desigualdad, dónde la norma penal se ajusta a lo que la clase de poder determina sorteando de manera falaz el precepto constitucional de proporcionalidad y aquello se puede evidenciar en los siguientes fallos:

Proceso 18282-2016-01043 / 196 Hurto, INC.1.- Hecho que ocurre de día en el parqueo de un centro comercial, dónde un trabajador del mismo centro sustrae cajas con mercadería, avaluadas en 1.230,00 dólares. En la sentencia se da una pena privativa de la libertad de cuatro meses (Hurto Inc.1/Art.196, 2016).

Proceso 11313-2015-00435 / 346 Paralización de un servicio público.- Los presuntos autores del delito Servio Amable Angamarca y a María Luisa Lozano participaron en las manifestaciones convocadas por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) y los sindicatos, en el cantón Saraguro (Loja), por lo que se les instauro un proceso penal por paralización de un servicio público que tiene una pena máxima de tres años, pero de manera desproporcional a los procesados se les condeno a cuatro años de privación de la libertad (Paralización de un servicio Público Art. 346 COIP, 2018).

Proceso 17282-2015-05549 / 317 Lavado de activos, INC 3, NUM 1.- El famoso caso FIFA Gates que se inició en mayo del 2015 con el arresto de siete funcionarios de FIFA por actos de corrupción, en relación a la licitación de derechos televisivos de varios torneos y que en mayo del 2016 dio como resultado la sentencia condenatoria de altos funcionarios de la Federación ecuatoriana de Fútbol, empezando con el presidente de la misma institución Luis Gustavo Chiriboga Acosta y el tesorero de la misma Hugo Édison Mora Azanza, en calidad de coautores del delito fueron condenados a diez años de privación de la libertad; y Pedro Marcelino Vera Valverde contador de la entidad, en calidad de cómplice fue sancionado a la pena de tres años y cuatro meses de privación de la libertad, por lavado de activos en la cantidad de \$6.119.565.00 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (Lavado de Activos, Inc.3, Num.1, Art. 317, 2015).

Dentro del mismo proceso en recurso de casación el Tribunal de Justicia de la Corte Nacional aceptó el recurso solicitado por Luis Chiriboga Acosta, ex presidente de la Federación Ecuatoriana de Fútbol y Pedro Vera Valverde contador de la misma, reduciendo su pena en seis años y dos años respectivamente.

EL 12 septiembre del 2019 mediante resolución emitida por el juez de la Unidad Judicial Penal de la ciudad de Ambato Geovanny Borja, el ex presidente de la Federación Ecuatoriana de Fútbol Luis Gustavo Chiriboga Acosta, recupera su libertad, ya que el mencionado juzgador acogió su solicitud de régimen semi abierto establecido en el artículo 698 del Código Orgánico Integral Penal COIP, que según su criterio se cumplían las dos circunstancias que exige el COIP para someterse a este sistema como son: una buena conducta y haber cumplido el 60% de la pena impuesta; además se dictaminó la presentación periódica ante la autoridad judicial competente y la prohibición de salida del país e ingerir bebidas alcohólicas, durante los dos años y dos meses, que es el tiempo que resta para completar su condena.

Proceso 17721-2011-10565A/ 257 Peculado, NUM 4.- El ex ministro de Deportes Raúl Carrión Fiallos se encuentra enfrentado un enorme proceso dividido en doce juicios por actos de corrupción en el Ministerio de Deportes que principalmente tratan irregularidades en la compra de equipos e instalaciones deportivas, pero el

proceso que se hace mención es el que llama más la atención, porque en un principio fue condenado a una pena atenuada de cuatro años de privación de la libertad, pese a que el perjuicio cometido ascendía a la suma de 163.000 dólares americanos y posteriormente en recurso de casación el Tribunal Penal de la Corte Nacional de Justicia redujo la pena a tres meses de prisión por el delito de peculado atenuado (Peculado Num 4, Art.257, 2011).

Proceso 17721-2017-00222/ 370 Asociación Ilícita.- El ex Vicepresidente de la República Jorge Glas, entre los años 2007 a 2016, como Ministro de Energía de ese entonces, participó en conjunto con la compañía constructora brasileña NORBERTO ODEBRECHT S.A en un esquema de sobornos dirigidos a funcionarios públicos, intermediarios y terceros, beneficiándose por medio de las adjudicaciones de obras públicas, por una suma superior a los US\$ 33.5 millones.; a través de la adjudicación a la empresa ODEBRECHT S.A., de cinco proyectos: i) Poliducto Pascuales-Cuenca; ii) Trasvase Daule-Vinces; iii) Proyecto Hidroeléctrico Manduriacu; iv) Refinería del Pacífico, Movimiento de Tierras-; y, v) Refinería del Pacífico, Acueducto La Esperanza.. Lo que dio como resultado que el ex Vicepresidente de la República, el 23 de enero del 2018 fuera sentenciado a la pena de seis años de privación de libertad, en calidad de autor, por el delito de Asociación ilícita.

De los casos presentados se puede advertir la desproporcionalidad con la que la justicia penal ecuatoriana valora cada conducta delictiva empezando en el primer caso, con un delito común que por regla general los operadores de justicia no realizan mayor análisis sino simplemente se ajustan al contexto legal que lo rige, es decir, se limitan en valorar la prueba, el bien jurídico tutelado, la relación de causalidad, la participación de cada individuo en el ilícito y comprobar la materialidad del mismo; en el caso de existir agravantes obedecen lo que la norma penal ordena, situación que superficialmente cumple con lo enmarcado en las leyes constitucionales y penales en lo referente a tutelar adecuadamente derechos de categoría suprema, como es la propiedad privada; pero que ocurre cuando el juzgador se convierte en mero aplicador de la ley penal y peor aún, la utiliza en beneficio de determinados grupos de poder, a la par que las leyes penales vigentes apilan un grave tinte clasista; olvidándose por completo del valor supremo penal, que es la justicia.

Como ocurre con el pueblo Saraguro que se les sanciona con una pena desproporcionada de cuatro años de privación de la libertad por la paralización de un servicio público, que sólo contempla una pena de tres años, en cambio a dos poderosos dirigentes de la Federación Ecuatoriana de Fútbol se les aplicó por el cometimiento de lavado de activos una pena privativa de libertad de seis años y dos años respectivamente; aún peor, es lo ocurrido con el ex Ministro de Deportes Raúl Carrión Fiallos que por actos de corrupción que se ciñen al delito de peculado se le sancionó con una pena privativa de libertad de apenas tres meses.

Y como olvidarse del caso de sobornos de la Empresa Odebrecht, en donde se vio involucrado el ex Vicepresidente de la República Jorge Glas, pero que fue sancionado levemente con una pena privativa de la libertad de seis años, ya que la figura penal en que se encuadra su conducta fue la asociación ilícita, aún cuando sus actos constituían una grave afectación a los recursos públicos del Estado, que le fueron encomendados; esto ocurre debido a que en el artículo 581, numeral 3, inciso final del COIP, vigente a la fecha, se requería como presupuesto indispensable para el ejercicio de la acción penal pública en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, un informe previo de Contraloría con indicios de responsabilidad penal, el cual no fue emitido por el ex contralor general, Carlos Poli, quien, atendido por razones políticas, no presentó indicios de responsabilidad sobre el antiguo servidor público y, por ende, solo se pudo perseguir a Jorge Glas por el delito de asociación ilícita cuya pena, es máximo de seis años, mucho menor que la del peculado.

No hay que obviar que, muchos de estos personajes de cuello blanco ya se encuentran gozando de su libertad, como es el caso de Luis Chiriboga, que vagamente cumplió su pena de seis años de privación de la libertad, inicialmente se le condenó a diez años que posteriormente un Tribunal de la Corte Nacional redujo a seis; de los cuales treinta y seis de los meses paso en su departamento en la ciudad de Quito, siete meses en la cárcel de Latacunga y dos meses en la cárcel de Ambato.

Todo aquello lleva a preguntarse, que conducta humana resulta más lesiva para el bienestar colectivo, que un ladrón por las circunstancias perniciosas que ha pasado toda su vida, sustraiga un bien material valorizado ínfimamente en relación a otros

delitos que ocasionan perjuicios mayores, o que un pueblo indígena realice una protesta social por temas de defensa de territorio especialmente a proyectos de explotación petrolera y minera; a que un fastuoso personaje a su interés personal utilice una empresa privada que se halla bajo el control del Estado para ocultar activos, dineros y transacciones ilícitas; y peor aún que un funcionario público aprovechándose del poder que le otorga el cargo que ostenta utilice a su beneficio bienes y dineros públicos o privados.

Entonces se advierte que en el Ecuador pese a ser el protagonista en materia de cambios constitucionales en América Latina, a la hora de practicar la norma constitucional en el ámbito penal se priorizan otros intereses y se ajusta la norma penal para proteger determinados intereses de grupos minoritarios, en desmedro de otros que también requieren igual o mayor protección debido a la importancia de los alcances socioculturales vigentes y que responden a necesidades comunitarias, como ocurre en el caso del pueblo Saraguro; más bien el derecho penal está sirviendo como un instrumento para profundizar las diferencias sociales y blindar a personajes que gozan de poder económico.

Por lo que se torna necesario un giro en el Sistema Penal ecuatoriano, empezando con la legitimación de los Órganos Jurisdiccionales en base a decisiones soslayadas al marco constitucional vigente dónde prime una solvencia argumentativa que motive sus fallos y que se puede alcanzar a través de la correcta aplicación del principio de proporcionalidad, única herramienta de control constitucional que limita el poder punitivo del Estado; obviando con ello una práctica penal de clase, que ha servido para solapar los actos de corrupción tanto de funcionarios públicos como de los grupos minoritarios hegemónicos.

Un claro ejemplo de la justicia penal clasista dominante en el país era el ya mencionado en líneas anteriores, informe previo sobre indicios de responsabilidad penal que Contraloría General del Estado debía emitir en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, exigido en el artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, dónde se establecía que para iniciar una investigación la fiscalía lo debía hacer de oficio o a través de conocer la notitia criminis; es decir, la noticia sobre una

infracción penal, mediante denuncias, informes de supervisión o providencias judiciales; sin embargo, en el mismo artículo se exigía un requisito de procedibilidad para la persecución de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, lo cual significaba una traba para el ejercicio de la acción penal, debido a que la prejudicialidad requerida en este artículo precisaba un paso previo para que Fiscalía pudiera conocer el delito e iniciar su respectiva investigación.

Debido a la ola de corrupción descubierta en los últimos años en el país, dónde se encuentran inmiscuidos altos funcionarios del Gobierno y personajes de poder económico nacional e internacional, así como la presión mediática ejercida, contribuyeron a que el 02 de Julio del 2019 el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, mediante Sentencia 5-13-IN y acumulados resolviera declarar la inconstitucionalidad de la Resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial No. 154 de 19 de marzo de 2010 y del artículo 581 (3), inciso final, del Código Orgánico Integral Penal; reformando dicho artículo y restableciendo en el mismo la facultad de la Fiscalía General del Estado para ejercer la acción penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, sin necesidad del informe previo de supervisión efectuado por los órganos de control, pero cumpliendo con determinadas reglas.

La resolución tomada por la Corte Constitucional del Ecuador se fundamentó principalmente en observancia a lo contenido en el artículo 233 y 3.8 de la Constitución del Ecuador, que trata sobre el deber constitucional del Estado de garantizar una sociedad libre de corrupción, lo que implica además la propugnación del Estado de Justicia Social, que se ha buscado instaurar en el país, desde la vigencia de la Constitución del Ecuador de 2008.

La Asamblea Nacional el pasado 17 de Septiembre del 2019 debatió temas de gran relevancia en relación a los delitos económicos, financieros y contra la Administración pública, entre ellos se planteaba la creación de la figura del comiso sin condena, comiso ampliado y comiso a terceros; que serviría como medio para incautar bienes producto de la corrupción a los funcionarios o servidores que hayan atracado fondos públicos, así como a los de su entorno familiar y posibles testaferros,

evitando que este tipo de actos queden en la impunidad; además se esbozó que la figura de la incautación pueda ser utilizada en los delitos económicos, financieros, contra la Administración pública, de producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, terrorismo y su financiación, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, delincuencia organizada y testaferrismo; esto con el fin de luchar contra la corrupción y recuperar parte de los recursos “robados” por quienes han cometido los delitos antes señalados.

Sin embargo, pese a los criterios vertidos con 118 votos el Pleno Legislativo se aprobó la figura del comiso; pero lamentablemente contando únicamente con 59 votos se negó la incautación de bienes por delitos de corrupción; evidenciándose una vez más como ciertos bloques de la Asamblea optan por amparar a estos delincuentes de cuello blanco por sobre los intereses del país. No sucede lo mismo en los temas de seguridad ciudadana dónde los Asambleístas no dudan en plasmar medidas más drásticas para controlar la delincuencia común; que fue uno de los textos que entro en debate y que tuvo una amplia votación; esta reforma trataba sobre la identificación del rostro de los delincuentes en caso de reincidencia y delito flagrante, situación que no se critica, sino el hecho que no se actué con la misma rigurosidad en los delitos de cuello blanco.

Debe plasmarse en el Estado una Justicia Social adherida a los principios constitucionales especialmente al de proporcionalidad, guardando una dosimetría penal dónde el legislador debe evitar incurrir en un exceso punitivo dónde su discrecionalidad no debe atentar a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino más bien debe enfocarse en velar por el equilibrio entre el bien individual y el bien común basado en valores humanos fundamentales.

Para entender mejor la importancia de la Justicia Social en un Estado Constitucional y Garantista de principios y derechos, se debe precisar su conceptualización, la cual data a poco más de 150 años de existencia, dónde se ha distinguido la lucha permanente de la humanidad por su consecución, en un inicio se hablaba de una justicia distributiva orientada a dar a cada uno lo que le corresponde, en proporción a su contribución a la sociedad, sus necesidades y sus méritos personales (Aristóteles,

384 AC). Pero a mediados del siglo XIX por primera vez se habla del término Justicia Social al mencionar que: "la justicia social debe igualar de hecho a todos los hombres en lo tocante a los derechos de humanidad..." (Taparelli, 1949).

En la actualidad se manejan tres grandes concepciones de Justicia Social, la primera centrada en la distribución de bienes y recursos; la segunda en el reconocimiento y respeto de todas las personas dentro de la sociedad en base a relaciones justas; y la tercera a la participación activa en la toma de decisiones (Murrillo T. & Hernández C., 2011).

De manera universal varios autores han concebido a la Justicia Social como:

La Justicia es virtud fundamental de la que no puede prescindir el orden social. En cambio, la Justicia Social como clase de justicia no es una virtud, sino un valor, dado que se impone coactivamente, sin que pueda admitir actuaciones contrarias manifestadas bajo otros valores. Desde el punto de vista católico se la entiende como la contrapartida a la nueva sociedad individualista, rectificando el resultado de sus acciones, e intentando establecer un ideal en la civitas por el que los hombres deberían emplear parte de sus energías; tal sería el caso del bien común. Además, el catolicismo social buscó que no sólo fuera tratada como una figura estatista, sino que sirviera para mejorar las condiciones sociales y se creará una conciencia comunitaria, caritativa, humanista y no humanitaria. (Gago, 1994, p.87)

La Justicia Social más que una realidad es la más grande aspiración social, expresa la suma de los más elevados valores sociales, éticos, culturales y espirituales, como son la igualdad en todos los órdenes y no solo en lo jurídico, la solidaridad, la libertad, y la seguridad social, así como el respeto, garantía y Tutela Jurídica de los Derechos Humanos. (Abarca, 2013, p.41)

De las definiciones señaladas se puede entender que sin la vigencia real y efectiva de los derechos fundamentales resulta inconcebible la conceptualización de la Justicia Social como categoría socio – política y jurídica, que busca alcanzar las más

avanzadas metas del desarrollo social, ético, cultural y espiritual, ya que conforme la sociedad va desarrollándose alcanza formas superiores de organización socio política y jurídica, al mismo tiempo que aparecen nuevas metas de superación del hombre como ser social, lo que demuestra que las sociedades son permanentemente evolutivas biosociológicamente hacia formas superiores de organización socio política y jurídica.

En lo que refiere la Justicia Social en el ámbito penal no se contempla ninguna conceptualización exacta, mucho menos si dicho análisis parte desde el típico enfoque positivista criminológico que trata al delito, al delincuente y a la delincuencia como fenómenos aislados susceptibles de un conocimiento descriptivo y analítico. Para entender mejor el desenvolvimiento de la Justicia Social en el Derecho Penal es necesario abordarlo desde un punto de vista crítico en el campo de la criminología de la reacción social, que para Bucheli (1995) comprende:

La intervención de la audiencia social y su desenvolvimiento en interacción con determinados comportamientos que son parte integrante y expresión de la colectividad, de manera que no es un asunto de considerar realidades y aspectos parciales del convivir, sino un sistema en el cual los diferentes elementos constitutivos se correlacionan entre si, de tal forma, que no es posible hablar del delito o desviación sino en tanto y en cuanto se vinculan y forman parte de un proceso penal, cuya correspondiente colectividad asume una actitud o reacciona con respecto a tales realidades, que a su vez son expresión del sistema. (p.108)

Aproximando lo descrito por Bucheli a lo ya mencionado sobre la Justicia Social, en relación con el Derecho Penal, se distingue que, el mismo ha tenido que irse ajustándose a las nuevas realidades sociales, aún más ahora que los Estados han incluido dentro de sus legislaciones aspiraciones tan esenciales como la Justicia Social, es por ello que han surgido nuevas corrientes ideológicas que permiten generar panoramas diferentes, desde un desenvolvimiento más integral, hasta un contenido menos formal, pues ya no sólo se trata de dividir a la sociedad en grupos de delincuentes y no delincuentes, en dónde el delito se fundamenta en una hipótesis

que el legislador formula en una ley penal, sino más bien se busca la correlación de la conducta desviada a realidades histórico - sociales constitutivas del sistema, en dónde se puede notar que hay sectores humanos, los desposeídos, destinados a llenar las prisiones y los privilegiados para quiénes se encuentran reservados los cargos públicos, políticos y los grandes espacios empresariales y corporativos.

En la realidad existen muy pocos Sistemas Penales que abordan a la Justicia Social como un tema relevante en la práctica penal y más bien optan por el fundamento positivista y clasista a la hora de aplicar la ley penal, como se puede apreciar en los siguientes casos:

En Argentina en el caso denominado “cortes de ruta”, promovidos por ex trabajadores del Estado, (entidades antes privatizadas), que se quedaron desempleados por la crisis política económica del año 2001, quedándose sin sustento, sin seguro social, sin atención médica, entre otros; por lo que se movilizaron a las principales rutas de su comunidad, cortándolas para así llamar la atención de las autoridades. Situación que no guardo complicación interpretativa jurídica alguna para los jueces penales ya que sus acciones constituían graves violaciones flagrantes al derecho penal y como tal debían ser reprimidas (Gangarella, 2011).

En Estados Unidos el caso llamado “Clark”, dónde un grupo de personas sin vivienda y sus simpatizantes, decidieron acampar en un parque público como forma de protesta por los agravios constitucionales que estaban sufriendo. Para la mayoría de los miembros del Tribunal norteamericano, simplemente se apegaron estrictamente a lo que en derecho correspondía que era una ocupación ilegal del espacio público y la sancionaron como tal; pero existió disidencia de los Jueces Brennan y Marshall quiénes sacaron a la palestra la necesidad de mirar más allá de las normas penales aplicables, se enfatizó en la necesidad de prestar atención a los valores constitucionales involucrados al caso y si estos estaban siendo reivindicados (Gangarella, 2011).

En Brasil el caso “Movimiento Sem Terra”, trata de un movimiento popular que hace décadas toma tierras de manera pacífica, esto con el fin de asegurar parte de la

Justicia Social que el Estado no ha sido capaz de proporcionarles, pues este se ha dedicado apoyar con su fuerza policial a una extrema concentración de la propiedad, favoreciendo la conservación vasta de tierras improductivas, permitiendo la subsistencia de la pobreza, hambre y miseria en el país; situaciones cotidianas que se dan y que los operadores de justicia resuelven fácilmente privándoles de la libertad a las personas que ilegalmente se apropian de espacios privados que no les pertenecen (Gangarella, 2011).

En los casos expuestos se evidencia la historia de injusticia que viven las clases desprotegidas o desfavorables y como el gobierno está sistematizado a criminalizar la pobreza, favoreciendo a las clases de poder que siempre gozan de una protección especial, situación que es reflejada en el Sistema de Justicia adoptado en cada país Latinoamericano; en el primer caso se puede observar que existió el ilícito considerado en la legislación Argentina como obstaculización del transporte de mercaderías y personas, pero no se realizó un análisis más allá de las normas locales, se debía prestar mayor atención a valores constitucionales y derechos fundamentales que se hallaban en juego; como son el derecho al trabajo, a la seguridad social, una vida digna, que el Gobierno no les estaba proporcionando y dieron pie a tales acontecimientos.

En el segundo caso se obvio analizar el hecho de que los ciudadanos lo que pretendían con esa invasión era llamar la atención de las autoridades es vista que se les estaba privando de cuestiones de profunda importancia pública, como es la vivienda y que no se les estaba reivindicando; a más que erróneamente se aplica el test para determinar que cuestiones particulares sobre la expresión deben limitarse como regulación razonable de tiempo, lugar y modo, sin considerar lo señalado en la Primera Enmienda sobre actividades expresivas protegidas que permanezcan libres de limitaciones innecesarias.

En el último caso es en el que más se denota como el poder de la Justicia se encuentra sesgado en oprimir la pobreza y favorecer a quiénes ejercer el poder económico en el Estado, no es de sorprenderse que en la actualidad aún preexista el latifundio y minifundio adoptado por el Sistema Colonial, centrado en la

concentración de la propiedad agrícola de los grandes productores relegando a los pequeños agricultores, como ocurre en el caso presentado, situación que se réplica en todos los países de Latinoamérica.

Estos sucesos no ocurren de manera aislada sino que es el reflejo del Sistema Capitalista o Socialista que se ejerce en cada Estado, que aunque el uno se enfoque en la extrema protección a la propiedad privada y los medios de protección en particular y el otro como contraparte busque la abolición de la propiedad privada sobre los medios de producción y en consecuencia de las clases socio económicas que nacen de aquella, ninguno ha logrado mitigar los estragos ocasionados por la criminalidad vinculada a su estructura económica. Dentro de la sociedad de estructura capitalista que hoy en día reside en la mayoría de países Latinoamericanos, se observa que ocupan un sitio preponderante los delitos contra la propiedad y la criminalidad de cuello blanco en general, llamando la atención las distinciones con que se manejan cada una de estas conductas punibles.

Al hablar sobre la criminalidad de cuello blanco se entiende que es aquella realizada por personas de elevada posición social en ejercicio de un poder económico o político que les garantiza impunidad, la que puede ser ejercida de manera individual o como parte de una organización, en cuya dirección esta incrustado. Al referirse al ámbito espacial de sus operaciones también esta puede ser nacional o internacional; respecto al índole de sus actividades, la criminalidad de cuello blanco es de carácter político o económico; aquella puede ser cometida por dirigentes políticos, parlamentarios, ministros, diplomáticos; que abusan de su investidura en forma ilícita para proteger a sus validos mediante contratos fraudulentos, coonestar licitaciones contractuales que favorecen ilegalmente de parientes o amigos ; en cuanto al carácter económico está la efectúan los caballeros de la industria, el comercio o las finanzas en beneficio propio o de la empresa que representan; como en la evasión tributaria a gran escala, creación de sociedades fantasmas, entre otras (Reyes, 2003).

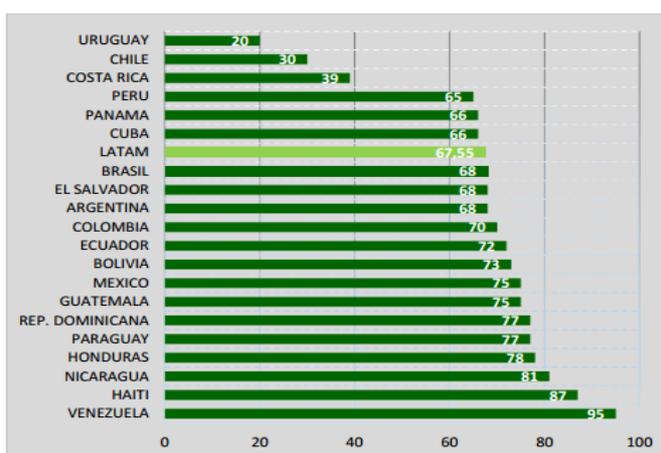
Una de las características esenciales de esta criminalidad es la complejidad que guardan estos delitos para su investigación, debido a que son ejecutados por personas de un elevado sitio social que gozan de una formación académica superior, lo que les

sirve para ocultar prolijamente evidencias sobre sus acciones ilícitas, a la par del poder político y económico que ejercen; situación que no ocurre con los delitos comunes que en su mayoría son ejecutados por la denominada delincuencia torpe, es decir por personas que fácilmente son ingresadas al Sistema Penal debido a que sus actividades delincuenciales son fácilmente pesquisables sin el menor análisis y a la procedencia de sus orígenes que está situada mayormente en los desposeídos de la sociedad.

En sí el Sistema Penal se ha caracterizado por el ejercicio del poder punitivo del Estado dirigido hacia las clases sociales más débiles, así lo demuestran las Políticas criminales adoptadas en la región que han servido más como herramientas para profundizar las desigualdades sociales privilegiando a determinados grupos minoritarios que como medio para reducir las altas tasas de criminalidad y corrupción.

Así lo demuestra un estudio realizado por Centro de Estudios Latinoamericanos CESLA (2019), dónde se destaca que entre los países con mayores índices de corrupción a nivel mundial dos pertenecen a Latinoamérica:

**Gráfico 1 Estadística de los países con mayor índice de corrupción**



**Escala:**

0-20: Nivel bajo de corrupción y política anticorrupción recomendable.  
 41-60: Nivel preocupante de corrupción y política anticorrupción laxa.  
 81-100: Nivel alarmante de corrupción y pésimo control.

21-40: Nivel moderado de corrupción y adecuada política anticorrupción  
 61-80: Nivel alto de corrupción y debilidad extrema en política anticorrupción.

**Nota:** Recuperado de [cesla.com/pdfs/Informe-de-corrupcion-en-Latinoamerica.pdf](https://cesla.com/pdfs/Informe-de-corrupcion-en-Latinoamerica.pdf)

Según el indicador del Centro de Estudios Latinoamericanos CESLA (2019), se resalta el alto nivel de corrupción que se presenta en la inmensa mayoría de países de la región que alcanza un 67,5% y que el siguiente cuadro refleja:

**Gráfico 2 Clúster regional del nivel de corrupción el Latinoamérica**



**Nota:** Recuperado de [cesla.com/pdfs/Informe-de-corrupcion-en-Latinoamerica.pdf](https://cesla.com/pdfs/Informe-de-corrupcion-en-Latinoamerica.pdf)

Lo más alarmante no son las altas cifras de corrupción reflejadas en los cuadros anteriores, sino que los legisladores penales en Latinoamérica parece no interesarles este tipo de conductas, parece más bien que encaminan las normas en favor de quienes cometen estos delitos, cuya penalización es más flexible en comparación con la dada a los delitos ordinarios que suelen ser reprimidos de manera más severa.

Esto tiene una explicación ideológica clara, la sociedad desde su organización jurídica como Estado, ha obedecido a una determinada concepción política; es decir que su destino, así como sus instrumentos legales y estructura económica, han sido condicionados a la filosofía política de sus gobernantes, por lo que no resulta extraño que la legislación penal del Estado refleje su filosofía política, no sólo respecto a la delictuosidad sino en relación con su penalidad (Reyes, 2003).

De tal manera que los legisladores al momento de construir el marco jurídico de una sociedad lo hacen instrumentados por la clase dominante desde el gobierno, para satisfacer sus intereses que no siempre simpatizan con los del pueblo (Reyes, 2003).

El Prof. Gimbernat Ordeig en el prólogo de los magníficos Comentarios a la

Legislación Penitenciaria del maestro García Valdés reafirma lo expresado en líneas anteriores al señalar que, la mayoría de delincuentes proceden de los estratos más bajos de la sociedad esto debido a que la miseria social, cultural y económica que han sufrido desde la infancia no les permite respetar el orden de valores del dominante, pues es el de clase dominante quién imperecedera esta miseria y privilegia a los miembros de estratos superiores (Camara, 2015).

Por lo que no es de sorprenderse que las cárceles estén abarrotadas de miembros provenientes de la prole y no así de los burgueses corruptos que gobiernan de acuerdo a sus intereses e influyen determinadamente en la selección de los comportamientos que pasan a integrar, como tipos delictivos.

Esto lo ratifica el director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Complutense Alfonso Serrano Maíllo en su libro Pobreza y delito, en base a datos empíricos ha demostrado que la mayor parte de la población reclusa procede de la clase social baja, esto se debe a que existe un fuerte componente clasista en el sistema penal actual (Camara, 2015).

Así también el presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General de Poder Judicial de España Carlos Lesmes (2014), expresa: “la actual Ley Procesal Penal está pensada para el roba gallinas, no para el gran defraudador” (Camara, 2015, p.240).

Situaciones que son comprobables con la estadística realizada por World Prison Brief, en relación a la población penitenciaria que integra las cárceles de los distintos países latinoamericanos en dónde se puede observar que en el periodo 2000 – 2016 el hacinamiento aumento en un 235% de 167 904 a 561 755 presos por encima de la capacidad oficial de las prisiones. En el período 2000-2016, la población carcelaria en América Latina aumentó de 636 853 a 1 541 533 esto ocurre debido a la severidad de las sanciones en delitos menores (UNODC & OEA, 2019, p.1).

De igual manera el Centro Internacional de Estudios Penitenciarios (2018), destaca que entre los 10 países con más sobrepoblación carcelaria del mundo, cuatro son latinoamericanos, entre los que constan: Venezuela con una tasa de ocupación

carcelaria del 270 %, Bolivia con una tasa del 250%, en Paraguay la sobrepoblación alcanza el 131%, Brasil tiene 607.700 reclusos y en Uruguay se tiene una tasa de 300 presos por cada 100.000 habitantes.

En el mismo estudio se recalca que los Sistemas Penales Latinoamericanos actuales no actúan sobre todos los sujetos, pues no existe el aforo para criminalizar en la forma establecida en las leyes, sino que son las fuerzas policiales quiénes se encargan de realizar esta tarea, y como norma general interactúan especialmente en sectores marginales; situación que justifica el hecho que la mayor parte de la población carcelaria en Latinoamérica proviene del proletariado. Otro dato relevante es que la mayoría de presos en las cárceles de Latinoamérica se encuentran delitos menores (Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, 2018).

De todo lo expresado se hace necesario reflexionar si se está ejerciendo un derecho penal evocado a la justicia social con estricto apego a los principios constitucionales que la rigen, o si el origen de dichas normas penales están sujetas por una sociedad marcada por la pobreza y la desigualdad, entonces se puede asumir razonablemente que los medios coercitivos ejercidos por el Estado están sirviendo para proteger un orden social injusto, dónde los más aventajados están resultando pequeños grupos de poder, hechos que se corroboran con los casos de corrupción sin resolver que han quedado al descubierto en la última década en países de la región latinoamericana, como el ocurrido con la constructora Odebrecht, que involucró a diez países de la región en coimas y sobornos de altos funcionarios de gobierno.

Para quienes gozan del poder que les otorga su capacidad económica no les resulta necesario integrar la función legislativa o algún puesto en el Gobierno de turno, si cuentan con individuos que se encargan de encausar las leyes en beneficio de sus intereses y conveniencia personal, perjudicando incluso a sus mandantes, situación que se evidencia en el alto índice de presos que existen en la región por delitos ordinarios y no así por los delitos de cuello blanco; mejor a estos sujetos se les proporciona medidas alternativas a la prisión o en su defecto gozan de privilegios dentro y fuera de estos establecimientos penitenciarios.

En cambio, a los reos por delitos ordinarios se le somete a un trato denigrante condicionándolos a situaciones precarias e inhumanas, la deplorable realidad de la gran mayoría de las prisiones en Latinoamérica obliga a pensar en la forma extremadamente cruel y discriminatoria con que se utiliza el aparato punitivo estatal. Pues la relativa homogeneidad con la que están compuestas las prisiones, hace que entre sus habitantes la mayoría provenga de los sectores sociales más desaventajados, en términos de clase, raza y/o etnia, ratificando la desproporcionalidad habida en las penas para un delito y otro.

En el cerco penal ecuatoriano la situación se ha manejado de manera similar, así ocurrió en marzo del año 2010 dónde la Asamblea Nacional con fundamentos conservadores acometió en contra de la reforma realizada en el año 2009 sobre los delitos contra la propiedad, que principalmente se enfocaba en elevar la cuantía del daño material al momento de penar las distintas conductas delictivas, tratando de buscar otras medidas más humanas y eficaces para reparar el daño. Lo que no fue bien visto por los legisladores de ese entonces que, fundamentándose en criterios de impunidad, sin argumentos sólidos ni base empírica que sustentará sus juicios, la reformaron penando drásticamente dichas conductas criminales. Aquello fue determinante para instaurar en el Estado un giro punitivo en la política criminal, dirigido a reprochar aún más este tipo de delitos que a ultranza devienen de personas de escasos recursos económicos (Defensoría Pública del Ecuador, 2016).

En el Ecuador se ha normalizado la conducta judicial de sentenciar muy drásticamente delitos leves y ser mórbidos al sancionar delitos graves que atentan con la estabilidad del país, como en los casos; FIFA GATES, estrella dorada, ex Ministro de Deportes, sobornos Odebrecht; entre otros, dónde los implicados recibieron penas minúsculas en comparación al delito cometido y al daño social causado.

Resulta más conveniente atiborrar con políticas anti delincuenciales a las clases más desfavorecidas, debido a que los procesos de criminalización, victimización y polarización selectiva estructural actúan por lo general sobre grupos marginalizados, utilizándolos como chivos expiatorios para garantizar la supuesta seguridad

ciudadana, que enfrentar a los verdaderos delincuentes de cuello blanco, camisa de seda y caballeros de la industria que cómodamente atrás de su escritorios continúan fraguando otras formas de enriquecer su patrimonio a costa del Estado.

Se hace necesario comparar el Sistema Penal Ecuatoriano con lo sucedido en España en el año 2015 cuando se modificó la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, supuestamente con el fin de combatir la corrupción, sin embargo dichas reformas fueron duramente criticadas por varios de los parlamentarios al aducir que existe un excesivo garantismo para muchos delitos económicos relacionados con la corrupción urbanística y el blanqueo de capitales, directamente se denunció el carácter clasista de las nuevas reformas aduciendo que se trataba de un Código Penal hacia la inmensa mayoría de los pequeños delitos. Se enfatizó en la dureza del Código Penal frente a los débiles elevando exponencialmente penas en delitos ordinarios y débil frente al fuerte, débil frente a los corruptos (Camara, 2015).

Finalmente se debe acentuar en varios de los comentarios de estos legisladores cuyo criterio se comparte como, al señalar que dicho Código Penal no fue elaborado precisamente para los delincuentes de cuello blanco o los corruptos sino que más se abordaron delitos patrimoniales y delitos menores; siendo que los delitos de cuello blanco los que más alarma generan en la sociedad; es lamentable que el sistema judicial penal actual se mantenga aún como un mecanismo de represión de la disidencia, de la pobreza, no de cohesión social y convivencia

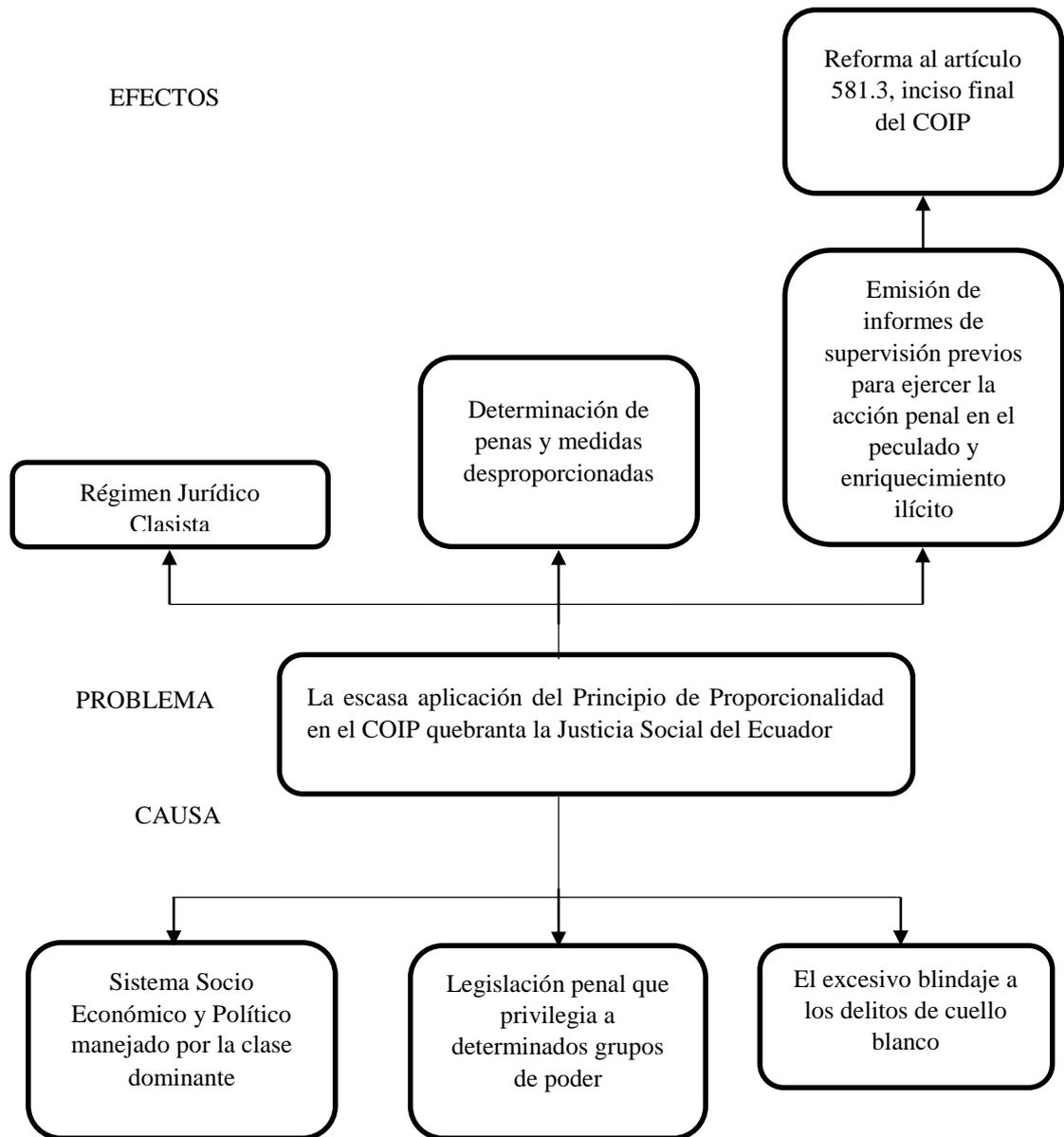
Desde que entró en vigencia el COIP se han dado cambios positivos y negativos en el Sistema Penal ecuatoriano, ya que este engloba dos materias relevantes como son el Derecho Penal y el Derecho Procesal, lo que sirvió para unir la teoría con la práctica, concretizando un Derecho Penal más humano y cercano con la realidad social del país, lamentablemente como ocurre con la mayoría de legislaciones penales, ha ido perdiendo su esencia con relación al respeto de los derechos fundamentales, una ejemplo de aquello es la incompatibilidad de los delitos económicos y los delitos contra la administración pública con los principios del Derecho Penal, especialmente en lo relacionado al peculado y al enriquecimiento ilícito.

Algo que se debe resaltar en el COIP, es que, a diferencia del Código Penal anterior los delitos económicos y los delitos contra la administración pública han sido endurecidos hasta cuatro años en promedio, lo que figura un pequeño logro sobre los grupos de poder que mantienen la hegemonía en el país. Además, en el mes de Julio del año en curso la Corte Constitucional debido a la Acción Pública de Inconstitucionalidad planteada en contra el artículo 581, numeral 3, inciso final, del COIP; por varios accionantes, se reformó el contenido de dicho artículo, lo que ha configurado un precedente importantísimo en el país en la lucha contra la corrupción y el único blindaje otorgado a determinados grupos privilegiados.

Aunque en la legislación penal ecuatoriana aún se mantengan penas desproporcionadas y se conserve la sobredimensión de figuras delictivas que contradicen lo determinado en el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución, sobre la debida proporcionalidad de las penas con relación al daño causado; es indudable que la reforma realizada al artículo 581 del COIP busca afianzar la lucha contra la corrupción que el Gobierno ha emprendido, por lo que realizar un estudio con mayor detenimiento a dicha reforma se hace indispensable.

### 1.2.2 Análisis crítico (causas)

Gráfico 3 Árbol de Problemas



**Fuente:** Elaboración propia a partir de la investigación.

Las causas del problema se originan por el Sistema Socio – Económico y Político imperante en el Estado que principalmente se caracteriza por ser un Estado intervencionista y empresario, que ha orientado su estructura, economía e instrumentos legales a determinada filosofía política; anteriormente en el Ecuador se distinguía una política exclusivamente socialista; contrario aquello, el actual gobierno maneja una política que conjuga el socialismo y el capitalismo, dando más cabida a este último, estos sistemas políticos adoptados se han distinguido por privilegiar a las personas que se encuentran en el poder, lo cual se refleja en su régimen jurídico, con respecto a la delictuosidad de ciertos comportamientos y en relación con su penalidad, la necesidad de tutelar o no ciertos bienes jurídicos viene instrumentada por la clase dominante, para la satisfacción de sus intereses que no siempre se identifican con el pueblo, lo que ocasiona la vigencia de regímenes jurídicos clasistas, extraños a las necesidades del pueblo.

La legislación penal ecuatoriana se ha centrado en tratar con demasiada flexibilidad a la criminalidad de cuello blanco, privilegiando a determinados grupos de poder; ocasionando que en el COIP se establezcan penas y medidas desproporcionales, como ocurre en los delitos comunes que son penados severamente; en cambio los delitos económicos y los que atentan a la administración pública, pese a ser los que más conmoción social generan, son sancionados con penas demasiado flexibles; aun cuando el perjuicio económico en estos delitos llega a ser de millones de dólares; inclusive hasta junio del presente año se establecía un requisito de procedibilidad para ejercer la acción penal en el peculado y el enriquecimiento ilícito, que privilegiaba a los sectores de mayor poder en el país, quienes son los que mayormente se encuentran vinculados en casos de corrupción; pero que acertadamente la Corte Constitucional dictaminó como inconstitucional.

Dentro de la norma penal se puede ver que existe un excesivo blindaje a los delitos de cuello blanco, lo que da paso a normas como la que contenía el artículo 581.3, inciso final del COIP, en la cual se establecía la emisión de un informe de supervisión para iniciar la acción penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, esto no ocurre fortuitamente, sino que los legisladores ya sea por intereses particulares o en beneficio de determinados grupos favorecidos; que realmente son

quiénes condicionan el régimen político y jurídico a maniobrase en el Estado, han dirigido las leyes en beneficio de estos respetables personajes, que por su alto nivel social y económico, piensan que fácilmente pueden eludir a la justicia, sin embargo a raíz de los innumerables casos de corrupción exhibidos, se puede observar en el país pequeñas muestras para combatir la corrupción, un ejemplo de aquello es la sentencia emitida por la Corte Constitucional declarando la inconstitucionalidad del artículo 581.3, inciso final del COIP, la cual servirá para que la Fiscalía puede actuar de manera autónoma e independiente y no se dilaten más las investigaciones relacionadas a delitos de corrupción que han afectado gravemente la confianza y eficiencia de la administración pública y han conmocionado al país entero.

### **1.2.3 Interrogantes de la Investigación**

#### **1.2.4.1 Formulación del problema**

¿Cómo la escasa aplicación del Principio de Proporcionalidad en el COIP quebranta la Justicia Social del Ecuador?

#### **1.2.3.2 Preguntas directrices**

- ¿Cómo debe operar el principio de proporcionalidad en la legislación penal para no atentar con la Justicia Social en el Ecuador?
- ¿Cómo son manejados los delitos de cuello blanco en la legislación penal vigente?
- ¿Cuáles medidas se han adoptado en la legislación penal para frenar la corrupción?

#### **1.2.5 Delimitación del Objeto de Investigación**

- **Campo:** Jurídico.
- **Área:** Derecho Penal.
- **Aspecto:** Reforma planteada al Art. 581.3, inciso final del COIP, respecto al informe previo sobre indicios de responsabilidad penal en los delitos de peculado

y enriquecimiento ilícito.

- **Delimitación Espacial:** Ordenamiento penal ecuatoriano.
- **Delimitación temporal:** La presente investigación se realizará en un periodo de abril a septiembre 2019.

### **1.3 Justificación**

Lo que motivo la realización de la presente investigación han sido el sinnúmero de casos de corrupción descubiertos en los últimos años y que generaron gran conmoción en la ciudadanía sobre todo porque gracias a estos acontecimientos se pudo una vez más corroborar la manera tan desproporcional con la que los legisladores categorizaron las diferentes conductas delictivas en el COIP, no sólo en su penalización, sino en los requisitos que se establecen para cada una, como ocurría con el requisito de procedibilidad para iniciar la acción penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito; pues ha venido incrementándose la desconformidad no solo por parte de los ciudadanos sino de los operadores de justicia, en cuanto a la rigurosidad con la que los legisladores definen los delitos ordinarios, en relación a la benevolencia con la que se categorizan a los delitos económicos y a los delitos contra la administración pública, dónde el COIP se torna un cuerpo normativo penal más flexible e incluso garantista para este tipo de delitos y lo que ha dado paso a tanta impunidad en el país.

La presente investigación significa un gran aporte en el fundamento doctrinario, teórico y práctico, porque a través de la recaudación de información pertinente a este contexto se busca examinar como la reforma planteada por la Corte Constitucional al artículo 581.3, inciso final del COIP, que versa sobre la emisión de un informe de supervisión previo para iniciar la investigación penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, contribuyó en la lucha contra la corrupción y se dicha medida atendió los parámetros de proporcionalidad debidos, figurando así un aporte a la Justicia Social; de tal manera se busca emitir un criterio analítico personal de dicha reforma; ya que se puede percibir que en el COIP existen sanciones y medidas desproporcionadas y favorables para los delitos de cuello blanco, además esto permitirá ver si en el Estado ecuatoriano se está cumpliendo el postulado de justicia

social establecido en la Constitución de Montecristí; por lo es necesario desarrollar métodos investigativos adecuados que faciliten alcanzar el propósito planteado.

Existen pocas investigaciones que profundicen sobre la problemática que se da en el tratamiento de los delitos de cuello blanco desde una perspectiva socio jurídico y no positivista, por lo que se trata de una investigación novedosa que se plantea analizar el problema desde su raíz, es decir evaluando no sólo la construcción de la ley penal, como medio para repelar una conducta criminal desde un criterio positivista, sino desde un enfoque más crítico que aborda los temas que intervienen a la hora de definir una conducta punible; como lo es la filosofía política adoptada desde el gobierno, la estructura económica en que se encuentra sometido el Estado y cuáles son los grupos dominantes que realmente ejercen control sobre la justicia.

Con esta investigación se pretende beneficiar a todos los miembros que integran la sociedad, principalmente a los sectores más vulnerables de la sociedad, que son los grupos que mayor atención demandan y a quiénes se les debe garantizar el efectivo cumplimiento de sus derechos y principios constitucionales; contrarrestando con ello el accionar de la clase dominante que de por sí ya son aventajados por la posición privilegiada que ocupan en la sociedad y por el poder derivado de sus actividades económicas, que les sirve para el cometimiento de ilícitos casi indetectables. Esto generara un gran impacto debido a la connotación social que generan estos delitos y al gran espacio que estos ocupan en los medios de comunicación.

Es, factible ya que se cuenta con los medios idóneos para llevarla a cabo, como son medios físicos, materiales bibliográficos, jurisprudencia nacional e internacional, medios electrónicos, de prensa escrita o televisiva y con el personal necesario, que permitirá cumplir los objetivos planteados alrededor de la investigación.

Finalmente se trata de una investigación de relevante importancia porque a todos alude los graves actos de corrupción que afronta en la actualidad el país, que devienen principalmente del régimen jurídico en el cuál se encuentra ceñido el Estado, la existencia de normativas que privilegian a determinados grupos de poder y obstaculizan el accionar de la justicia, impiden la realización de una verdadera

Justicia Social, sirviendo más como herramienta para acentuar la impunidad en el país, perjudicando gravemente el bien jurídico de la confianza y eficiencia de la administración pública.

## **1.4 Objetivos**

### **1.4.1 Objetivo General**

Establecer como la escasa aplicación del Principio de Proporcionalidad en el COIP quebranta la Justicia Social del Ecuador

### **1.4.2 Objetivos Específicos**

- Aplicar el principio de proporcionalidad en la legislación penal para no atentar con la Justicia Social en el Ecuador.
- Analizar los delitos de cuello blanco en la legislación penal vigente.
- Adoptar medidas en la legislación penal para frenar la corrupción.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1 Antecedentes Investigativos

Como primer antecedente investigativo se tiene el redactado por Chávez Paredes Priscila, el cual se sintetiza en la siguiente ficha informativa y dónde se transcribe de manera textual el tema, objetivos y conclusiones:

Chávez (2015 – 2016):

**Tema:** El informe de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado y sus efectos jurídicos en los procesos penales que por peculado se sustanciaron en la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba, durante el periodo 2013-2015. (p.3)

**Objetivos:**

- Determinar de qué manera el informe que contiene indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado provoca efectos jurídicos en los procesos penales que por peculado se sustanciaron en la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba durante el periodo 2013-2015. (p.5)
- Realizar un análisis en forma crítica y jurídica al informe de indicios de responsabilidad penal que emite la Contraloría General del Estado, en los juicios de peculado. (p.5)
- Estudiar el procedimiento y normas legales que regulan el proceso penal y manejo de la investigación con el informe de indicios de responsabilidad penal por parte de Fiscalía General del Estado. (p.5)
- Determinar a través de la investigación de campo los efectos jurídicos que

produce el informe de indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado. (p.5)

### **Conclusiones:**

- De la investigación realizada se puede determinar que la Contraloría General del Estado a través de sus departamentos realiza las auditorías o exámenes especiales a las instituciones del Estado, de donde en varios casos se presentan informes con indicios de responsabilidad penal en contra de los servidores públicos auditados, que estos informes deben ser realizados bajo el debido proceso y cumpliendo todos los requisitos que la ley dispone, deben ser bien motivados y con toda la documentación que sustente el referido informe, para que los mismos al ser presentados a la justicia puedan aportar para la tramitación de la causa que por peculado se siga en contra del servidor público encausado. (p.113)
- Una vez realizada la investigación de los casos que se han iniciado por informes con indicios de responsabilidad penal en los años 2013 al 2015 en la Unidad Judicial Penal de Riobamba, emitidos por la Contraloría podemos observar que Fiscalía no cumple a cabalidad con lo dispuesto tanto en la Constitución como en las diversas leyes establecidas en nuestro país, ya que se limita a realizar la investigación básica dentro de su investigación pre procesal y procesal penal. (p.113)
- Los informes de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado, no deben ser limitantes para una investigación penal, sino por el contrario, la Fiscalía General del Estado en uso de sus atribuciones y competencias constitucionales también debe investigar de oficio y de manera perseverante los delitos en contra de la Administración Pública. (p.113)

Como segundo antecedente investigativo se tiene el redactado por García Heredia Andrés Darío, el cual se sintetiza en la siguiente ficha informativa y dónde se transcribe de manera textual el tema, objetivos y conclusiones:

García (2016):

**Tema:** Es procedente hablar de prejudicialidad previo a iniciar el procedimiento de la acción penal en el Delito Peculado. (p.1)

**Objetivos:**

- Identificar dentro de lo que manifiesta en art. 581 del COIP, sobre la forma de conocer la infracción penal para el delito de peculado; conociendo las funciones que tiene la Contraloría General del Estado, para esclarecer las dudas de si se podría establecerse un nuevo caso de Prejudicialidad previo a iniciar la acción penal en este delito. (p.5)
- Conocer que es el delito de peculado y que clases existen. (p.5)
- Definir y saber cuándo procede la Prejudicialidad y el presupuesto de procedibilidad. (p.5)
- Conocer el objetivo del informe previo que realiza la Contraloría y en que delito de peculado cabe. (p.5)
- Determinar si el COIP en su art. 581 nos tipifica una nueva forma de Prejudicialidad en el procedimiento previo a seguir para el delito de peculado. (p.5)
- Saber la forma más factible de iniciar la acción penal en los delitos de peculado. (p.5)

**Conclusiones:**

- Con la investigación realizada se ha concluido que el delito de peculado es trascendente en cuanto a la afectación que conlleva al Estado y a la sociedad ecuatoriana, tiene que ver la apropiación no solo de dinero sino

de igual manera en bienes, perteneciente a la administración pública por parte de un servidor público el cual lo hace con voluntad y conciencia en beneficio propio o para terceras personas. (p.82)

- La Prejudicialidad tras la investigación realizada se puede entender como una figura procesal que no ha sido definida aun con certeza, en la legislación nacional y tampoco en la doctrina pero se ha podido determinar que es una acción jurisdiccional previa a otro proceso, o que debe ser resuelta antes de la conclusión de otra causa, mas no cabe dentro del informe previo que realiza la Contraloría ya que este no es un acto judicial sino meramente administrativo en el que no se da una resolución sino más bien determina indicios de responsabilidad penal que los investigara el Fiscal en vía judicial dentro de la instrucción Fiscal. (p.82)
- Los presupuestos de procedibilidad están enmarcados dentro de los presupuestos procesales, es decir podríamos decir que son cuestiones previas que son ventiladas antes de iniciar la acción en este caso penal, el cual está enmarcado dentro de una causa; estos presupuestos de procedibilidad son requisitos necesarios exigidos por ley para que pueda ser válido un proceso, y de igual forma ayuda a la determinación de una sentencia. . (p.83)
- Con la investigación se determina que los informes que son realizados por la Contraloría General del Estado es un requisito indispensable para que pueda iniciar la acción penal mas no es otra resolución independiente a esta, ya que a diferencia de Prejudicialidad que da una resolución, esta ayuda a que se investigue un posible caso de peculado. . (p.83)

Como tercer antecedente investigativo se tiene el redactado por Richard King Hurtado, el cual se sintetiza en la siguiente ficha informativa y dónde se transcribe de manera textual el tema, objetivos y conclusiones:

King (2017):

**Tema:** Los Informes de Contraloría como Requisito de Procedibilidad para el Juzgamiento del Delito de Peculado. (p.1)

**Objetivos:**

Determinar posibles inconstitucionalidades o los limitantes de índole legal por los que atraviesa la Fiscalía General del Estado, cuando se trata de iniciar procesos penales por el Delito de Peculado, ya que, en el caso concreto de este delito, existe un requisito de procedibilidad que impide el libre ejercicio del poder unitivo estatal, sin el cual, no es posible dar inicio a un proceso penal por este injusto. (p.3)

**Conclusiones:**

- El informe previo con indicios de responsabilidad tiene una curiosidad, que el mismo se encuentra a cargo de la Contraloría General del Estado, ente administrativo, no jurisdiccional, que analizará dentro de la esfera de sus competencias una conducta, sobre la cual, emitirá un pronunciamiento sobre una posible existencia de indicios de responsabilidad, y solo con este pronunciamiento, se podría iniciar el proceso por parte de fiscalía, caso contrario, los órganos judiciales, no pueden actuar (más allá de una Investigación Previa) en lo que a este delito se trata. (p.13)
- Por otra parte, la mayor problemática la constituye los tiempos de caducidad y prescripción respectivamente, que rigen las actuaciones de cada órgano, las cuales, son contrapuestas entre sí y son las que generan el mayor problema jurídico como se verá en este trabajo. (p.13)

Como último antecedente investigativo se tiene el redactado por Jurado Mogollón Tania Gabriela, el cual se sintetiza en la siguiente ficha informativa y dónde se transcribe de manera textual el tema, objetivos y conclusiones:

Jurado (2018):

**Tema:** Del informe previo sobre indicios de la responsabilidad Penal emitido por la contraloría general del estado para el ejercicio de la acción penal, en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito en la legislación penal ecuatoriana. (p.1)

**Objetivos:**

- Elaborar un Anteproyecto de Ley Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal que elimine como un presupuesto de procedibilidad el informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, a fin de garantizar la sanción de estos delitos y la seguridad jurídica. (p.3)
- Fundamentar jurídica y doctrinariamente las figuras penales del peculado, el enriquecimiento ilícito, la sanción penal y la seguridad. (p.3)
- Establecer los efectos de la obligación del informe previo de Contraloría General del Estado como presupuesto de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal para los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito. (p.4)
- Elaborar los elementos del Anteproyecto de Ley Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal que elimine como un presupuesto de procedibilidad el informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, a fin de garantizar la sanción de estos delitos y la seguridad jurídica. (p.4)

**Conclusiones:**

- El peculado y el enriquecimiento ilícito son delitos cuyo procesamiento está

supeditado a la emisión del informe previo sobre indicios de responsabilidad penal emitidos por la Contraloría General del Estado, sin los cuales no se puede procesar a los presuntos autores del delito. (p.80)

- La emisión de los informes previos sobre indicios de responsabilidad penal emitidos por la Contraloría General del Estado, en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, tardan demasiado tiempo, permitiéndoles a los presuntos autores fugar y eludir su responsabilidad penal. (p.80)
- La Fiscalía se encuentra frente a un candado legal al no poder procesar a las personas culpadas del cometimiento de peculado y enriquecimiento ilícito, sino cuenta con un informe de indicios de responsabilidad de la Contraloría General del Estado, informes que en muchas ocasiones pueden estar mal hechos o simplemente no llegar al Ministerio Público. (p.80)
- La participación de la Contraloría General del Estado en la investigación de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito resulta importante ya que maneja los procesos de auditoría y el estado patrimonial de las y los servidores públicos, sin embargo, su participación no debe ser indispensable, ya que la función de investigación de los delitos constitucionalmente le pertenece a la Fiscalía. (p.80)

## **2.2 Fundamentaciones**

### **2.2.1 Fundamentación Filosófica**

La fundamentación filosófica del presente trabajo investigativo está sustentada en el paradigma crítico, que según Rincon (1995):

“(...) Busca recuperar el papel teórico para la teoría social y la práctica en general. De esta forma mientras que la metodología constructivista interpreta el significado de las experiencias humanas, la crítica, se centra en el análisis crítico de la ideología dominante”. (p.343)

La investigación se centra en cuestionar los esquemas clásicos de la Criminología Positivista, y más bien se anima a observar el derecho desde una perspectiva criminológica crítica encaminada hacia la sociología del derecho penal, que busca llegar a la raíz crítica del sistema, en base al entendimiento que el delito se relaciona directamente a los intereses de las clases sociales que ejercen el poder económico o político, estimando la ley penal como plataforma para su beneficio y desmedro de quiénes no simpatizan a sus fines.

### **2.2.2 Fundamentación legal**

Constitución de la República del Ecuador (2008):

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. (p.34)

Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional. (p.127)

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009):

Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional. - Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. (p.3)

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

2. Principio de proporcionalidad. - Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. (p.3)

Código Orgánico de la Función Judicial (2009):

Art. 6.- Interpretación Integral de la Norma Constitucional. - Las juezas y jueces aplicarán la norma constitucional por el tenor que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos garantizados por la norma, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional. (p.4)

Código Orgánico Integral Penal (2014):

Art. 581.- Formas de conocer la infracción penal. - Sin perjuicio de que la o el fiscal inicie la investigación, la noticia sobre una infracción penal podrá llegar a su conocimiento por:

1. Denuncia: Cualquier persona podrá denunciar la existencia de una infracción ante la Fiscalía, Policía Nacional, o personal del Sistema integral o autoridad competente en materia de tránsito. Los que directamente pondrán de inmediato en conocimiento de la Fiscalía.

2. Informes de supervisión: Los informes de supervisión que efectúan los órganos de control deberán ser remitidos a la Fiscalía.

3. Providencias judiciales: Autos y sentencias emitidos por las o los jueces o tribunales.

(p.195)

Nota: Inciso final del numeral 3 reformado por la Sentencia No 5.13.IN/19 y acumulados emitida por la Corte Constitucional del Ecuador de 02 de Julio del 2019.

### **2.3 Definiciones de la variable independiente**

#### **Principio de Proporcionalidad. -**

#### **Orígenes y Sentido Del Principio**

El Principio de Proporcionalidad tiene su origen en tiempos remotos, ya que en la obra Platón titulada Las Leyes ya se hace mención a la exigencia de que la pena sea proporcional a la gravedad del delito cometido. Sin embargo, es en la época de la Ilustración dónde este principio se afirma, una muestra de ello es la obra de César Beccaria, De los Delitos y de las Penas, en dónde se establece que la pena debe ser necesaria e infalible, ya que son estas características en conjunto las que completan la idea de proporcionalidad, según el criterio del autor. En sí al decir necesaria trata de forma fundamental a la fase de conminación penal, aunque actualmente también afecta a la fase de aplicación de la ley, señalando que la pena no debe ir más allá de lo necesario para cumplir un fin. En cuanto a la infabilidad se refiere a que en la fase de ejecución de las penas hay que garantizar que las impuestas se cumplan cabalmente (Yenissey, 2015).

Dentro del ámbito penal se hace alusión a este principio por primera vez en Alemania específicamente en lo concerniente al proceso penal, dentro de la resolución del Deutscher Journalistentag, tomada en Bremen el 22 de agosto de 1875, la cual refería a la solicitud de unas medidas coactivas dirigidas contra los periodistas a declarar como testigos debían corresponder proporcionalmente a las

penas previstas para los delitos perseguidos. Dicha resolución significó el primer llamado de atención sobre la urgencia de trasladar al proceso penal el principio de proporcionalidad, conocido ya en el Derecho Administrativo de Policía (Yenissey, 2015).

De acuerdo Torío López, el segundo surgimiento del principio de proporcionalidad, ocurre en la eliminación de las torturas y de las penas y tratos crueles, expresadas en las declaraciones internacionales que continuaron a la finalización de la Segunda Guerra Mundial. Son estos hechos los que han ocasionado que la idea de proporcionalidad haya pasado de un Derecho a otro, hasta llegar a ser un principio general del ordenamiento jurídico y que, en sentido amplio, exige al operador jurídico tratar de lograr el justo equilibrio entre los intereses en conflicto (Yenissey, 2015).

Definitivamente como lo ha expresado Roxin, por medio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (BVerfG) en relación al principio de proporcionalidad, se ha elevado la eficacia de la jurisprudencia constitucional en el caso concreto a un altura jamás alcanzada (pese al detrimento de la seguridad jurídica), han sido mínimas las legitimaciones generales concedidas al Estado para la práctica de injerencias en la medida no deseable según las circunstancias particulares del caso concreto, y el legislador ha debido doblegarse a ello (Yenissey, 2015).

El principio de proporcionalidad en el proceso penal es inevitable, este opera desde la construcción de la norma por los legisladores, en su aplicación por los jueces y en la fase de ejecución de las penas.

### **Conceptualización del Principio de Proporcionalidad**

Principio, etimológicamente proviene del latín principium, término que está formado de: primus (el primero), capere (capturar) y el sufijo ium (efecto, resultado), por tanto, es el resultado de abordar o tomar lo primero. Proporcionalidad, por su parte, procede del latín proportio, proportionis, que a su vez se deriva de dos términos: pro (antes, delante) y portio (parte de un todo, pedazo), es decir, lo que está antes de la

parte de un todo. En resumen, el principio de proporcionalidad permite tomar lo primero, lo que está antes de la parte de un todo (Lopera, 2011).

Carlos Bernal Pulido con respecto al tema manifiesta:

El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional. A este principio se alude sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales. (Pulido, 2003, p.68)

De lo anotado se puede manifestar que el principio proporcionalidad reside en un balance sensato entre el delito cometido y la aplicación de la pena, con el pleno objetivo que la pena sea justa y proporcional a la gravedad del daño inferido, garantizando el derecho de libertad individual del infractor.

Yenissey (2015) con respecto al tema manifiesta:

Este principio ha sido denominado también como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia. Tiene su razón de ser en los derechos fundamentales, cuya dogmática lo considera como límite de límites, con lo cual pretende contribuir a preservar la “proporcionalidad” de las leyes ligándolo con el principio de “Estado de Derecho” y, por ende, con el valor justicia. (p. 85)

De la cita expuesta se entiende que el principio de proporcionalidad se caracteriza la idea de justicia en el marco de un Estado Tutelar Constitucional de derechos y garantías. En el ejercicio de la aplicación de sanciones penales se debe observar una equivalencia razonable, tanto en sus dimensiones cualitativas o cuantitativas, en relación al delito cometido, con las circunstancias de su actuación. Por lo tanto, la aplicación de este método es de gran aporte para que los operadores jurídicos penales

puedan emitir una sentencia justa y transparente.

En la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76 numeral 6 manifiesta que: La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza, es decir que la imposición de sanciones de cualquier índole debe estar encaminadas a la proporción del acto cometido precautelando la ponderación de derechos.

En el Derecho Penal se entiende que el Principio de Proporcionalidad debe mediar el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la individualización legal de la construcción de la pena (proporcionalidad abstracta), como al momento de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta). En sí el Principio de Proporcionalidad se constituye en un elemento definidor en el tratamiento penal, ya que desde el momento en que se trata de entender el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y disuasión de los comportamientos delictivos, a la par, del interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente que no producirá un castigo mayor al mal causado, es decir, la reducción de la violencia en el ejercicio del ius puniendi. Configurando a la justa medida como un principio rector de todo el sistema penal (Fuentes ,2008).

En conclusión, se puede definir al principio de proporcionalidad como una garantía de control constitucional que le sirve al legislador para dar a cada uno lo que se merece, es decir, impartir justicia en razón de la gravedad de un acto cometido. A la par que sirve como un limitante tanto del ejercicio de los derechos como de la actividad punitiva del Estado, no existen derechos absolutos todos se encuentran regulados por principios y reglas los cuales tienen como fin proteger estos derechos.

A continuación, se detalla una tabla de la concepción del Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado:

**Tabla 1 P. Proporcionalidad Derecho Comparado**

<b>ALEMANIA</b>	<b>AUSTRIA</b>	<b>ESPAÑA</b>	<b>COLOMBIA</b>
<p>a) El principio de proporcionalidad no se encuentra regulado de forma expresa en la Constitución, pero el Tribunal lo califica como máxima constitucional.</p>	<p>a) El principio de proporcionalidad es considerado como un principio general del ordenamiento jurídico y domina la discusión moderna sobre las injerencias estatales en los derechos fundamentales, debido a su función de medida de ponderación entre los fines colectivos del Estado o de la sociedad, por una parte, y la garantía del contenido esencial de los derechos humanos, por otra.</p>	<p>a) La mayoría de la doctrina penalista se muestra de acuerdo en reconocer rango constitucional al principio de proporcionalidad, pero no existe consenso acerca del precepto constitucional donde pueda considerarse consagrado.</p>	<p>a) En la jurisprudencia, éste principio ha estado vinculado con el principio de legalidad.</p>
<p>b) No existe unanimidad en la doctrina alemana sobre la denominación y el contenido de este principio.</p>	<p>b) En consonancia con una parte importante de la doctrina, el Tribunal Constitucional austriaco, a diferencia de Alemania y España, deriva la necesidad de proporcionalidad del principio de igualdad.</p>	<p>b) El principio de proporcionalidad es reconocido implícitamente en los artículos constitucionales 1.1 (justicia y libertad), 10.1 (dignidad de las personas y derechos inviolables) y 9.3 (arbitrariedad de los poderes</p>	<p>b) El principio de proporcionalidad, en su variante de la interdicción del exceso (prohibición de medidas excesivas), es el criterio para controlar la constitucionalidad de la ley en el marco de estas relaciones, siempre desde el punto de</p>

		públicos).	vista de la afectación del derecho de defensa.
c) El Tribunal Constitucional considera que la principal función del principio de proporcionalidad en sentido amplio es la de límite a las injerencias de los derechos fundamentales.	c) El principio de proporcionalidad es entendido por la doctrina en doble sentido. En sentido amplio, como un supra concepto de un examen que incluye a la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto; pero otros autores quieren verlo en éste último sentido.	c) La mayoría de la doctrina cuando analiza los límites al ius puniendi el principio de proporcionalidad, con independencia de su ubicación, sólo se refiere a este principio en sentido estricto, pero otro sector sigue la postura mayoritaria en Alemania.	c) El principio de proporcionalidad está conformado por los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyo cumplimiento controla la Corte Constitucional.
d) La jurisprudencia y gran parte de la doctrina alemana sostienen que el contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio se divide en tres sub principios: de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.			d) Otra variante del principio de proporcionalidad es la prohibición de protección deficiente, que se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos.

**FUENTE** elaboración propia desde citas de autor

## **El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales**

Con la tendencia de los catálogos de derecho que surgen en el siglo XVIII, tanto en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Bill of rights de la Constitución estadounidense de 1787, produce que estas ideas se expandan en las décadas sucesivas, teniendo como precedente más significativo los textos constitucionales que se expiden posteriormente a la Segunda Guerra Mundial y que se consolidan como amplios mandatos sustantivos para el Estado, muchos de aquellos redactados en forma de derechos fundamentales (Pulido, 2003).

Esta tendencia viene agudizarse en los años 70, dando lugar a Constituciones que no únicamente se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que se componen de altos niveles de normas materiales o sustantivas orientadas en condicionar el accionar del Estado por medio de la disposición de ciertos fines y objetivos. Un ejemplo de aquello son las Constituciones española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991. Una vez consolidados los amplios catálogos de derechos fundamentales el discurso teórico y cívico sobre aquellos cambia de dirección, ya no sólo se busca su constitucionalización sino controlar su correcta aplicación, requiriendo para aquello de técnicas interpretativas elevadas, teniendo como una de ellas precisamente al principio de proporcionalidad (Pulido, 2003).

El principio de proporcionalidad guarda gran relevancia si se reconoce que no existen derechos absolutos, entendiendo que cada derecho puede ser limitado, no en base al discurso conservador que siempre busca restringir a los derechos fundamentales, muy al contrario esta técnica de interpretación tiene como fin tutelarlos de mejor manera, ampliando tanto como sea posible su ámbito de protección, pero consiguiendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible (Pulido, 2003).

En la actualidad el principio de proporcionalidad se constituye quizás como el más conocido y recurrente límite de los límites, a los derechos fundamentales, suponiendo en esa medida una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los

propios derechos (Pulido, 2003).

En América Latina como ocurrió en otras legislaciones del mundo, siguiendo la tendencia sobre el carácter enérgico materializado de otras Constituciones, cuentan dentro de sus cartas supremas con un amplio catálogo de derechos fundamentales, pero que en la práctica no se han podido realizar; esto ocurre debido a la falta de destreza teórica al momento de aplicar las normas de derechos fundamentales, que traen como consecuencia sentencias de los más altos tribunales con crasos errores de interpretación, o recomendaciones y observaciones de organismos públicos no jurisdiccionales encargados de proteger los derechos que adolecen de los pertinentes razonamientos jurídicos (Pulido, 2003).

La expedición y entrada en vigor de este nuevo modelo sustantivo de textos constitucionales, ha obligado a que la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales cambie de manera rotunda, ahora los jueces constitucionales y los demás operadores jurídicos deben sujetarse a parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Poniendo en marcha técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *drittwirkung*), el principio *pro personae*, entre otros (Pulido, 2003).

A la vez, que los operadores constitucionales deben lidiar con valores ya constitucionalizados y que necesariamente requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de manera justificada y razonable, dotándolos de contenidos normativos concretos. Y todo ello sin que, tomando como base tales preceptos constitucionalizados, el aplicador constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre tomada por él mismo. A partir de tales necesidades se generan y recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener (Pulido, 2003).

La estrecha relación con la racionalidad, se refiere a que los jueces deben hacer uso

de la razón humana al momento de resolver una conducta humana ilícita. Entendiendo por razón aquella que nace por la experiencia y se analiza en base al conocimiento de un hecho factico (Pulido, 2003).

### **Protección Constitucional**

En la constitución del Estado ecuatoriano no existe una disposición clara que establezca expresamente el principio de proporcionalidad y sus sub principios, no obstante aquello en el numeral 2 del inciso 2o del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se establece brevemente lo siguiente: al darse contradicciones entre principios y normas que ostentan la misma jerarquía, se resolverá mediante las reglas de solución de antinomias, y se aplicará el proporcional. De tal manera, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, además que sea idónea y necesaria para garantizarlo, existiendo un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional (Perello, 2006).

Por lo general dicho principio resulta a consecuencia de un esfuerzo interpretativo y argumentativo de los tribunales. No obstante, puede estar implícito en algún presupuesto constitucional que analizado de manera correcta le dará al principio un grado constitucional, que permite fundamentar el hecho de que el tribunal constitucional lo use como criterio para enjuiciar la constitucionalidad de las leyes.

En el control constitucional de las leyes los derechos fundamentales desempeñan el papel central, que se llevan a cabo desde una misma perspectiva. Este tipo de control busca establecer si las leyes que participan en el ámbito de los derechos están viciadas de inconstitucionalidad, provocando de esta manera que se generen conflictos en la limitación de los derechos fundamentales. Realmente se dan conflictos entre los derechos fundamentales y sus límites, en relación a que, entre los derechos fundamentales y sus límites, están los derechos de terceros (Perello, 2006).

Situación alejada de la realidad, ya que aquella hace pensar en una colisión entre derechos, cuando verdaderamente la colisión es entre el derecho fundamental y sus

límites. En realidad, las expectativas de conducta abaladas bajo un derecho fundamental muchas veces pueden hacerse realidad a costa de otras expectativas de conducta objeto de protección constitucional o infra constitucional. Como por ejemplo al insultar a una persona se genera una expectativa de conducta objeto de libertad de expresión, pero el resguardo del insulto lo es a costa del honor del insultado.

Esta situación provoca la falsa apariencia de que existen un conflicto entre el derecho fundamental y los derechos, bienes o intereses que contempla aquellas u otras normas constitucionales o infra constitucionales.

La determinación de los límites que pertenecen al derecho fundamental analizado en cada caso concreto, corresponde a un momento esencial del método expuesto de delimitación de los derechos fundamentales. Pero a veces no basta con determinar e imponer esos límites para encontrar la regla jurídica específica, por la que finalmente se resolverá si determinada conducta es o no objeto del derecho fundamental. Puede concurrir que el límite no sólo conste en la negación de la garantía ius fundamental a una conducta específica y que necesiten ser concretado en su alcance y los medios específicos de su aplicación al derecho (Perello, 2006).

En los casos donde sea posible utilizar herramientas distintas para imponer un límite o éste permita distintas intensidades en el grado de su aplicación, ahí se debe acudir al principio de proporcionalidad porque es el método por medio del cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental, así como el principio de efecto recíproco. Con una adecuada utilización del principio de proporcionalidad se garantiza que la intensidad de la restricción o el medio para su utilización sea el necesario para hacerlo efectivo, de manera que el límite alcance su objetivo, sin que dicha limitación represente una imitación de la sanción, por la equivocada creencia de que se está ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo (Perello, 2006).

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), de forma expresa habla sobre el principio de proporcionalidad y establece las

normativas relacionadas a dicho principio, como la acción de interpretación en el capítulo III del título V de dicho documento; en el título I de las Normas Generales en el artículo 3 ídem, se habla expresamente de los métodos y reglas de interpretación constitucional que de manera textual señala lo siguiente: las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretara en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los Derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Además, la LOGJCC determina los métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para solucionar las causas que se sometan a su conocimiento y si deviene de contradicción entre las normas jurídicas, se hará uso de la regla en vigencia frente a la derogada o anterior; o la especial predominará frente a la ordinaria. Dentro de la constitución, así quedan consagradas las reglas de interpretación para los jueces y juezas que le sirvan como un instrumento idóneo para impartir justicia. No obstante, se puede percibir un inconveniente en el procedimiento al no poderse establecer con claridad el instrumento a seguir en un campo tan difuso, como es el interpretativo por su carácter subjetivo principalmente. A continuación, se expresa la regla interpretativa de proporcionalidad:

Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo y que existe un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

A continuación, el mismo cuerpo normativo trata sobre la ponderación y determina qué: se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuando sea mayor el grado de no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Esto demuestra de la norma tanto lo procedimental como el espíritu de ejecutar

la mejor labor interpretativa, en el caso que se juzga para que el derecho resulte lo menos afectado. Así tanto el principio de proporcionalidad como la ponderación, sirven como herramientas para la solución de antinomias y prevención en contra de derechos vulnerados (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

Como fin del principio de proporcionalidad, está el evitar que se viole el contenido esencial de los derechos, o también, puedan justificarse estructuralmente las decisiones de los operadores de justicia en el control de constitucionalidad de las medidas limitativas de los derechos fundamentales.

Finalmente se deben evaluar las ventajas que se pretenden con la intervención estatal, si éstas compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los derechos fundamentales afectados y para la colectividad.

Dentro del marco constitucional el principio de proporcionalidad especialmente responde a la necesidad de asegurar la supremacía de las normas relativas a los derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa. Por lo que cualquier providencia de autoridad que restrinja o limite el alcance de un derecho fundamental o principio constitucional, debe estar adecuada en la medida estrictamente necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente lícito, conforme con la prohibición de exceso en el ejercicio del poder, inherente al Estado constitucional, por lo que se entiende que es un fundamento muy importante para determinar si la intención legislativa en un derecho fundamental, es legítima o no (Perello, 2006).

De tal forma, que el principio de proporcionalidad cumple una función argumentativa en la interpretación de derechos fundamentales afectados, que ayuda a comprender el significado preciso de las disposiciones constitucionales que lo abarcan. En cambio, los sub principios representa el proceso metodológico mediante el cual se edifica una interpretación de las disposiciones constitucionales y legales atinentes al caso, construyendo una norma de precedencia a favor de alguno de ellos.

## **Test De Proporcionalidad**

Se pueden apreciar tres sub principios del principio de proporcionalidad, que señalan una exigencia que se debe cumplir al intervenir en derechos fundamentales, cómo son: el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Alexy, 2011).

El sub principio de idoneidad señala que toda interferencia sobre derechos fundamentales debe ser adecuada, para así obtener un fin constitucional legítimo esto quiere decir, que el fin debe acogerse a los mandatos establecidos por la constitución (Alexy, 2011).

El sub principio de necesidad, éste le otorga a los derechos intervenidos toda la benignidad con la intromisión, esto se refiere, a que la necesidad o intervención mínima consiste en la existencia de otro medio menos oneroso para alcanzar el fin perseguido, por lo que cabe escoger el medio que resulte menos grave para alcanzar dicha finalidad (Alexy, 2011).

Finalmente, el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto obliga a que todos los objetivos perseguidos en la interferencia de los derechos fundamentales mantengan una adecuada relación con el término del derecho intervenido, es decir, que la necesidad debe comprobar que la lesión generada en el bien jurídico protegido, era real y efectiva, en sí, no sólo era producto de presunciones, sino que hubo un riesgo cierto y no hipotético (Alexy, 2011).

Un ejemplo de todo lo mencionado, es el dado por Villaverde (2008):

“(…) si la prueba de ADN se puede obtener con una muestra de saliva resultaría desproporcionado un análisis de sangre que es una intervención más agresiva”. En esta primera parte del ejemplo se refiere al sub principio de necesidad e idoneidad. (p.52).

Continuando con el ejemplo, se visualiza el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto cuando se menciona lo siguiente:

La prueba de ADN mediante la toma de muestras de saliva sólo se justificará en el curso de la instrucción penal si resulta imprescindible practicar esta prueba de forma anticipada y no en el juicio oral al existir el riesgo real y cierto de que el imputado pueda huir, y si esa prueba resulte además decisiva para esclarecer los hechos objeto del proceso penal hasta el punto que, de no practicarse, se frustraría la averiguación del delito de violación. (Villaverde, 2008, p.52)

Cualquier intervención en los derechos que no se sujete a estos tres sub principios y a los requisitos que estos conllevan provoca una grave vulneración del derecho intervenido y por lo tanto se la declara inconstitucional. Así lo establece también la doctrina como la jurisprudencia que de manera textual indica: "si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple con estos tres principios vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional" (Villaverde, 2008, p.53).

Entonces se puede entender que estos tres sub principios sirven como criterios de suficiencia y además como muestras del buen o mal proceder en la aplicación interpretativa, en salvaguarda de los derechos vulnerados.

#### *Sub principio de idoneidad:*

Llamado también de adecuación se desenvuelve en dos ámbitos muy importantes para demostrar la licitud o legitimidad en la intervención de un derecho fundamental. En primer lugar la medida legislativa tiene que tener un fin legítimo, en segundo lugar debe ser de manera objetiva idónea o adecuada para realizarlo, esto se refiere, que por su medio efectivamente pueda lograrse una situación que satisfaga el fin al que supuestamente sirve, por ser ella su consecuencia natural (Alexy, 2011).

Dentro de la Ley Orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional prevé para este sub principio, la verificación de que la acción tomada en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido en el sentido de ser apropiado o idóneo, es decir que exista un correcto equilibrio entre la protección y la restricción

constitucional (Alexy, 2011).

En conclusión, este sub principio busca que toda intervención en los derechos fundamentales sea la correcta, esto quiere decir que, el objetivo perseguido con ella, debe ser constitucionalmente lícito. Y que la intervención realizada debe ser idónea, es decir, que la medida restrictiva debe servir para limitar el derecho por la razón que justifica la existencia del límite.

Como ejemplo se tiene lo dicho por Villaverde (2008):

Si en el concurso de una instrucción penal es necesario practicar una prueba de ADN para esclarecer un caso de violación, que quiere la intervención corporal de uno de los imputados en el proceso, el bien constitucional de la averiguación de los delitos puede justificar un límite a la integridad física del imputado y justificar dicha intervención corporal. Pero esta intervención corporal sólo está justificada si su objeto es la obtención de evidencias que sirvan para el esclarecimiento de los hechos supuestamente delictivos, y no, por ejemplo, para comprobar si el imputado es consumidor o no de sustancias estupefacientes o padece cierta enfermedad (p.53)

Esto sirve para comprobar si el objetivo que el legislativo pretende favorecer, es considerado legítimo desde la óptica constitucional. Siendo posible únicamente si se ha determinado de antemano qué objetivo persigue la intervención de la norma y si se ha constatado que está no resulta ilegítima desde el punto de vista constitucional, en base a esto puede determinarse si la medida acogida resulta idónea para contribuir a su realización.

*Sub principio de necesidad:*

Aquel sirve para establecer que la medida legislativa que reprima un derecho fundamental sea obligatoriamente indispensable para cumplir el fin que a aquellos se intenta oponer. Por un lado, se tiene la menos grave para el derecho afectado, entre varias opciones igualmente idóneas para conseguir el fin mencionado. Por el otro

lado, puede que no existan opciones a cumplir el fin perseguido o que las que haya afecten al derecho intervenido en una medida mayor (Alexy, 2011).

Sino llegarán a concretizarse alguno de los postulados mencionados, la medida en cuestión resulta ilegítima ya que se interfiere a un derecho fundamental de una manera no estrictamente necesaria, debido a que puede existir un medio menos perjudicial que de los mismos resultados para el fin legislativo que se le exige. Fundados en la necesidad, todo medio de intervención en los derechos fundamentales debe ser los menos perjudiciales al derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que ostentan la misma idoneidad para cumplir el objetivo propuesto (Chavez, 2010).

Allí concurren la comparación entre la medida adoptada por el legislador y otros medios alternativos. Analizándose si alguno de los medios alternativos cumple con estas dos exigencias.

Primero, si guarda el mismo sentido de idoneidad que la medida legislativa para el cumplimiento del objetivo inmediato de aquella. Segundo, si contribuye negativamente al derecho fundamental en un grado menor o si existe alguna herramienta alternativa que cumpla estas dos exigencias, la medida legislativa debe ser declarada inconstitucional.

La forma para determinar si una medida restrictiva es o no indispensable, necesariamente implica un análisis de eficiencia de sus alternativas en base a la ciencia y técnica aplicable.

Siendo posible la implementación o fomento de medios alternativos que posibiliten alcanzar el fin y si cada uno de estos medios puede hacerlo de igual o parecida medida en relación con el medio establecido, y si estos medios alternativos restringen en igual o mayor grado derechos fundamentales, queda entonces la medida estatal como menos lesiva. Pudiendo avanzar en consecuencia al sub principio de proporcionalidad en sentido estricto (Chavez, 2010).

*Sub principio de proporcionalidad en sentido estricto:*

Este sub principio supone un avalúo entre el derecho fundamental y el fin legítimo que ocasiona su menoscabo, por medio del análisis de los gravámenes que se imponen recíprocamente, para determinar si el vicio alcanzado por dicho fin legislativo justifica la intensidad en que se menoscaban (Alexy, 2011).

Se puede entender que el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto se resume en la necesidad de demostrar que el daño era real y efectivo, no una simple sospecha o presunción; es decir, que existió un riesgo comprobado no sólo un riesgo futuro o hipotético que atentaba con el bien jurídico que se pretende proteger con el límite impuesto al derecho fundamental, por lo mismo la intervención al derecho fundamental debe ser justificada por la trascendencia en la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. Compensando de esta manera la intervención legislativa en el derecho fundamental debido a que las ventajas obtenidas son mucho mayores en relación a los sacrificios que implican para sus titulares y para la sociedad general estas restricciones (Chavez, 2010).

Por lo tanto, este principio implica una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin legislativo, con el objetivo de justificar una relación de primacía entre aquel derecho y este fin.

No existe concordancia de criterios por parte de los operadores de justicia en la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, más bien su utilización como instrumento de control constitucional de la ley ha sido duramente criticada, debido a que su formulación, al comparar las concepciones, posee unos contornos difusos.

En la jurisprudencia constitucional no existe coincidencia absoluta a la hora de definirlo, se pueden hallar otras que hacen referencia a la ponderación entre la finalidad perseguida, al medio aflictivo y el derecho afectado. Los enfoques analíticos y empíricos para determinar la intensidad de la intervención en el derecho

fundamental y el fin legislativo gozan de un carácter prima facie y su importancia radica en las circunstancias del caso concreto.

Existe concordancia en las definiciones en cuanto a la primera idea de proporcionalidad, en lo referente a lograr el equilibrio; de aquello se deriva la idea el juicio de ponderación, debido a que este criterio se ha convertido en el sustento metodológico básico para la aplicación jurídica, especialmente en lo que respecta a derechos fundamentales (Chavez, 2010).

Se puede entender a la ponderación según Bernal Pulido como:

El concepto de ponderación es objeto de variadas discusiones teóricas y prácticas. Uno de los problemas más emblemáticos es si la ponderación es un procedimiento racional para la aplicación de normas jurídicas o un mero subterfugio retórico, útil para justificar toda laya de decisiones judiciales (...) El segundo problema se refiere a la legitimidad del Juez, y en especial del Tribunal Constitucional, para aplicar los principios mediante la ponderación. (...) Si ellos lo hacen, sin lugar a dudas restringen, e incluso usurpan, las competencias atribuidas por la Constitución a otros poderes del Estado. (Pulido, 2003, p.57)

Esta concepción dada permite crear un ambiente de indeterminación en su propia definición, lo que da pasó a una idea acerca de lo abstracto que puede llegar a ser su contenido, en sí también de las inseguridades en su aplicación. Existe una carencia de pautas firmes y estables que permitan una cierta previsibilidad en su utilización; es decir, que se requiere medios metodológicamente correctos, como son los sub principios de idoneidad y necesidad. Los intereses públicos privados ponderados estrictamente en base al sentido de la proporcionalidad, por su naturaleza misma son difícilmente controlables jurídicamente, esta tarea le corresponde enteramente al proceso político.

Para Alexy (2011) el Principio de Proporcionalidad se fundamenta en las siguientes tesis:

a) Optimización relativa a las posibilidades fácticas y jurídicas. - la posición jurídica que los principios como mandatos de optimización dirige directamente hacia un vínculo necesario entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad está conformado por tres sub principios: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos tres sub principios expresan en su conjunto la idea de optimización. Los principios que mandatos de optimización exigen una optimización respecto de las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización respecto de las posibilidades fácticas. El principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización respecto de las posibilidades jurídicas.

b) Idoneidad. - excluye la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado. Si el medio M no es idóneo para lograr la realización u obtención del principio P1, y sin embargo obstruye la realización de P2, entonces no perjudicará ni a P1 ni a P2 el hecho de que M sea omitido, aunque sí existirían perjuicios para P2 si M es adoptado. Por lo tanto, P1 y P2 en conjunto alcanzarán su mayor grado de realización respecto de lo fácticamente posible si M es dejado de lado. P1 y P2, tomados en conjunto, proscriben el uso del medio M. Esto muestra que el principio de idoneidad no es otra cosa sino una expresión de la idea del Óptimo de Pareto. Una posición puede ser mejorada sin perjudicar a otra. (p.13)

Un ejemplo de vulneración del principio de idoneidad puede ser la decisión hecha en el Tribunal Constitucional Federal alemán respecto de la ley que exigía aprobar un examen de tiro, no solo a las personas que solicitaban una licencia general de caza, sino también a aquellas personas que solicitaban la licencia de cetrería. El Tribunal arguyó que el examen de tiro para cazadores con aves rapaces, no era idóneo para promover el ejercicio propio de estas actividades tal como las concibió el legislador (Alexy, 2011).

En consecuencia, no existía una razón objetiva lo suficientemente clara para afectar la libertad general de acción de los cetreros. Por esta razón, la regulación fue

declarada contraria al principio de proporcionalidad y, en consecuencia, inconstitucional.

c) Necesidad. - casos en los que se haya declarado inconstitucional alguna ley a causa de su inidoneidad son poco frecuentes. Por lo general el legislador opta por buscar por lo menos realizar sus fines en alguna medida. Esto basta para superar el test de idoneidad. Por esta razón, la importancia práctica del sub principio de idoneidad es más bien baja. Esto es diferente respecto del sub principio de necesidad. (p.15)

Este principio demanda que de entre dos medios igualmente idóneos respecto a P1, deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo respecto a P2. Si existe un medio que intervenga en menor medida y que sea igualmente idóneo, será posible realizar una posición sin tener que perjudicar a la otra. Bajo esta premisa, P1 y P2, en conjunto, exigen que sea aplicado el medio que interfiera en menor grado. Es decir, nuevamente, un caso del Óptimo de Pareto. (p.15)

Un ejemplo de aquello es la decisión dada en el Tribunal Constitucional Federal alemán respecto a las golosinas, específicamente con forma de conejo de Pascua y Santa Claus, que estén hechas con arroz inflado. Con el fin de resguardar los intereses de los consumidores al poder confundir dichos dulces hechos con arroz inflado con productos hechos de chocolate, se decidió prohibir las golosinas a base arroz inflado (Alexy, 2011).

El Tribunal argumentó que la protección de los consumidores podría ser alcanzada de una manera igualmente efectiva pero menos restrictiva con una obligación de señalización. Debido a esto, la prohibición fue declarada como una violación al principio de necesidad y, en consecuencia, como contraria al principio de proporcionalidad (Alexy, 2011).

d) Proporcionalidad en sentido estricto. - así como ocurre con el principio de idoneidad, el principio de necesidad también se refiere a la optimización

relativa a las posibilidades fácticas. La optimización relativa a las posibilidades fácticas consiste en ahorrar costos que pueden ser evitados. (p.15)

Sin embargo, los costos devienen en inevitables si los principios entran en conflicto. La ponderación entonces se hace necesaria. La ponderación es el tema del tercer sub principio del principio de proporcionalidad, esto es, el principio de proporcionalidad en sentido estricto. (p.15)

Este principio expresa el sentido de la ponderación respecto de las posibilidades jurídicas y es idéntico a la regla llamada ley de la ponderación.

Esta regla estatuye: Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro. (p.15)

De lo expresado en el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto se puede entender que, aunque el principio de proporcionalidad busque mitigar en mayor número el impacto de las posibilidades fácticas, esto no se hace posible sin una adecuada ponderación que exige este principio.

### **Fórmula De Peso De Robert Alexy:**

En base a esta fórmula se busca establecer un peso concreto de un principio sobre otro, que se hallan en colisión en un caso determinado, mediante el uso de valores numéricos a los mismos.

Esta fórmula establece que el peso concreto del principio  $P_i$ , en relación con el principio  $P_j$  en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la importancia del principio  $P_i$ , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, del producto de la importancia del principio  $P_j$ , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia.

(Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 78)

Mediante la escala trídica, además, señala que, si es posible otorgar de forma metafórica un valor numérico a las variables de la importancia y del peso abstracto de los principios, incluso mediante el establecimiento de intensidades que pueden ser “leve”, “moderada” y “grave”, con las cuales se especifica el grado de importancia de los principios en colisión. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 78)

Esto significa que en una colisión entre dos principios el peso concreto o relativo de cada uno de los dos principios depende de tres pares de factores, es decir, en total, de seis factores. Sin embargo, estos deben ser utilizados en la fórmula de peso cuando los pares de factores son desiguales. Si estos pares son iguales se neutralizan mutuamente. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 79)

Para Alexy, la fórmula de peso sólo es aceptable si los pesos que tendrían en el caso concreto sirven para reconstruir adecuadamente la ponderación, ya que en las ponderaciones no sólo son relevantes las intensidades de las intervenciones a los derechos fundamentales, sino también sus pesos abstractos, ya que si sus pesos abstractos son iguales, como anteriormente se decía, estos se neutralizan entre sí, en cambio si sus pesos abstractos tienen diferente magnitud, es posible sopesarlos en la balanza.

En resumen, la ponderación supone tres pasos, que a continuación se detallan:

1. Primer paso: se debe definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, según la escala trídica; es decir, si la intervención es: (i) mínima o leve, (ii) media o (iii) grave o intensa.
2. Segundo paso: se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; esto es: (i) mínimo, (ii) medio o (iii) alto o elevado.
3. En el tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio

contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro; es decir, sé que se debe cotejar el nivel de intervención con el grado del beneficio, con el objetivo de determinar si la medida es proporcional o no en sentido estricto. El Juez para realizar dicha determinación deberá basarse en los pesos abstractos y concretos de cada principio en juego; en cuya acción se podrá definir los siguientes supuestos:

NIVEL DE INTENSIDAD	GRADO DE BENEFICIO	RESULTADO
Mínima o leve	Mínimo	Empate
Mínima o leve	Medio	Proporcional
Mínima o leve	Elevado	Proporcional
Media	Mínimo	Desproporcional
Media	Elevado	Proporcional
Media	Medio	Empate
Grave	Mínimo	Desproporcional
Grave	Medio	Desproporcional
Grave	Elevado	Empate

Como se observa en el cuadro, se presentan tres resultados posibles. El primero: el grado del beneficio es menor al nivel de la intervención, se trata de una medida desproporcionada; por tanto, el Juez no debe otorgarla. El segundo, el grado del beneficio es mayor que el nivel de la intensidad en el derecho fundamental, en este caso, la medida es proporcional y, por ende, el Juez debe declararla fundada. El tercero, se produce un empate entre el nivel de intensidad y el grado del beneficio. En este caso, como lo ha manifestado Alexy, el Juez debe resolver atendiendo a las cargas argumentativas que se esbocen a favor de uno u otro de los intereses en juego.

### **El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Penal**

En el ámbito del derecho penal el principio de proporcionalidad se ubica en un lugar muy importante debido a que la norma penal debe dirigirse estrictamente al cuidado de los bienes jurídicos frente a reales lesiones que conmocionen a la colectividad, debido a conductas delictivas difíciles de controlar con otros medios, es decir, que la proporcionalidad busca conservar una correcta equidad entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la independencia legal de la pena como en su aplicación

jurídica.

Sobre aquello la jurista Teresa Aguado en su libro el principio de proporcionalidad en el derecho penal manifiesta que: “La idea de proporcionalidad no solo es necesaria para limitar las medidas, sino también para graduar las penas y el principio de culpabilidad. No basta, entendido en sus justos términos, para asegurar la necesaria proporcionalidad entre delito y pena”. (Aguado, 2017, p.35)

En sí se debe entender que la proporcionalidad no sólo se trata de un limitante, sino que también es útil para dosificar las penas, de modo que para aplicar las penas se debe tomar en cuenta varios aspectos del infractor, como por ejemplo si realizó el acto con dolo si estaba consciente del acto que cometía u otros. Entonces se puede manifestar que la aplicación de este principio se basa en el razonamiento que hace el juez al momento de fijar una pena buscando por todos los medios posibles que dicha limitación no sea exagerada, para con eso evitar la vulneración de derechos constitucionales.

Otra definición que contrasta es la de Bacigalupo (1999) que expresa lo siguiente:

Principio de necesidad relativa es un juicio acerca de la existencia de alternativas portadoras de una menor repercusión lesiva para conseguir la misma finalidad. Este principio, denominado también como el de la alternativa menos gravosa, permite al legislador optar por aquellos medios que permitan conseguir el mismo fin sin restringir los derechos fundamentales, o bien, afectándolos en menor medida. (p. 64)

De aquello se puede entender que el poder punitivo del estado se encuentra limitado, se pueden encontrar sanciones que sean menos lesivas pero que igualmente sirvan para alcanzar la misma finalidad, que es que el infractor se reinserte en la sociedad y no profesionalice su conducta delictiva. En sí, constituye una medida en la cual legisladores como los operadores encargados de administrador de justicia la utilizarán con el objetivo que la transgresión de los derechos por el hecho delictivo sea afectada en menor medida, es decir, que se busca reparar los daños causados y no incrementarlos.

Además, el principio de proporcionalidad requiere que la pena señalada sea la mínima indispensable para proteger los bienes jurídicos, por lo que está corriente requiere y obliga al juzgador penal adoptar por medidas alternativas que sirvan para el caso concreto cuya consecuencia jurídica sea la más necesaria es decir que se configure como la menos restrictiva pero que cumpla con el cometido. Debiendo individualizar la consecuencia jurídica al momento de emitir el fallo (Albán, 2011).

Otra situación que es indispensable es que la pena impuesta corresponda a la gravedad del acto punible con esto el legislador queda obligado al momento de crear la ley señalar una gradación de los hechos y las penas a imponerse, en base a la gravedad del hecho teniendo que utilizar todas las herramientas que le permitan determinar si los actos cometidos se ejecutaron con la intención de causar daño y así poder establecer la pena correspondiente; es por aquello que se establece un cierto tiempo para que se realice dicho análisis y se pueda llegar a imponer una pena de acuerdo a la proporcionalidad del acto sin llegar a la exageración (Albán, 2011).

Dentro del marco penal es necesario destacar la funcionalidad de este principio en la tipicidad, la antijuricidad y en el establecimiento del enlace material entre el delito y su consecuencia jurídica, operando la prohibición de exceso como límite a la criminalización de comportamientos que el legislador lleva a cabo a través de la adecuación de tipos penales (Albán, 2011).

Configurada una vez la tipicidad de una conducta en el encuadre de la antijuricidad se debe comprobar la ausencia de causas de justificación, lugar en que juegan protagonismo el principio de proporcionalidad y sus sub principios que sirven como criterio de ponderación de intereses (Albán Gómez, 2011).

## **Delitos De Cuello Blanco**

### **Definición. -**

La conceptualización del delito de cuello blanco tiene su origen en la rama de la sociología, ya que fue el sociólogo Edward A. Ross el primero en mencionar el término criminoid, criminaloide, en su artículo the Atlantic Monthly en el año de

1907 (López, 2014).

Ya para el año 1935 Albert Morris en su tratado de criminología habla sobre los abusos preferidos por los criminales del mundo superior, definiéndolos como numerosos, cuya posición social, inteligencia y técnica criminal les permite que se muevan entre la población de manera inmune al reconocimiento y enjuiciamiento de criminales (López, 2014).

El sociólogo estadounidense Edwin Sutherland, por primera vez en el año de 1939 presenta el término cuello blanco en la trigésima cuarta conferencia presidencial anual de la American Sociological Society, haciendo referencia a los ilícitos que cometen las personas de buena condición social y respetabilidad en su entorno profesional. Situación que Sutherland, venía trabajando desde el año de 1934 en el texto Principios de la Criminología, donde ya se señala la existencia de este delito en la sociedad, pero recalca que existen delitos visibles y de fácil entendimiento como los delitos menores, que son de fácil percepción debido a que provienen de relaciones sociales que han preexistido a lo largo de los años, mientras que existen otros delitos que no son de fácil percepción como los fraudes societarios, las coimas, el robo de dinero de corporaciones o el lavado de activos, que perjudica a millones de personas y que lamentablemente ni siquiera se enteran de la afectación o el daño que se les hizo (López, 2014).

Para Sutherland la criminalidad de cuello blanco resulta más peligrosa para la sociedad que cualquier otra, si se la observa desde una visión de la propiedad privada y las instituciones sociales (López, 2014).

La enciclopedia de criminología editada por Branham & Kutash (1949), define a la criminalidad de cuello blanco como:

La persona con alto estatus socioeconómico, que infringe las leyes elaboradas para regular su actividad ocupacional, además agrega que el criminal de cuello blanco podría ser diferenciado de un lado de la persona de estatus socioeconómico bajo que infringen el código penal común o las

regulaciones especiales de comercio vigentes y del otro lado de la persona de alto estatus que viola el código penal común en forma no conectada con sus ocupaciones. (p.47)

Según Pérez & Pérez (2009):

También conocida con los nombres de delincuencia de guante blanco o de seda, cuello duro, de los caballeros de industria, de los poderosos económicamente, en su concepción tradicional, fundados sobre todos en los rasgos de quien delinque, en la criminalidad que se comete por personas respetables, de alto nivel social, en cumplimiento de sus funciones. Habitualmente se emana de corporaciones y sociedades; en fin, de personas jurídicas. (p.21)

Para Reyes (2003) :

Es aquella que realizan personas de elevada posición social en ejercicio de un poder económico o político que les garantiza impunidad. Su nombre proviene del título de una obra escrita por uno de los presidentes de la General Motors. Autobiografía de un trabajador de cuello blanco. (p.167)

Una vez analizadas las concepciones de los diferentes autores citados se puede concluir que el delito de cuello blanco es una acción típica que transgrede el bien jurídico protegido que es el patrimonio de las personas naturales jurídicas y del estado, ejecutado por un funcionario público o privado mediante artificios y engaños utilizando su preparación académica para envolver a otras personas o subalternos convirtiéndolos en Cómplices de sus fechorías.

Estos ilícitos se perpetran por personas que pertenecen a los estratos mas altos de la sociedad, que gozan de una capacidad económica elevada y de un nivel académico superior, lo que les sirve para cometer ilícitos casi indetectables, en relación a las funciones que ejercen y al poder que ostentan, a mas del disfraz de hombres y

mujeres de confianza con una formación profesional, buena posición social con ética y moral intachable, cuyos supuestos actos de buena costumbres, no permite crear dudas sobre su honradez, facilitándoles evadir a la justicia y garantizar la impunidad de sus actos.

### **Peculado. -**

El peculado ha existido desde los cimientos de la administración pública, sus primeras apariciones se las puede observar en Roma, en dónde emperadores cómo Nerón, Julio César y Octavio Augusto cometieron delitos en contra de sus propios gobernados. Los primus inter pares robaban, saqueaban y sobornaba para así mantenerse en el poder (Torres & Gabela, 2018).

El peculado etimológicamente se deriva de la palabra latina peculatus, qué se refiere a peculae qué significa dinero o riqueza. Consiste en el robo de dinero del Estado para beneficio propio o de un tercero. En la actualidad se sigue manejando la misma concepción, salvo que sea ampliado el tipo penal abarcando a más sujetos activos (Torres & Gabela, 2018).

Este delito es de tal importancia que en la Constitución de la República del Ecuador del año (2008) en su artículo 233, estableció la responsabilidad penal sobre los servidores públicos. Y que a continuación de manera textual se expresa:

Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas

normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas. ( p.17)

Este artículo se busca señalar una responsabilidad para los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones por el mal manejo de los fondos públicos.

En otro tipo de legislaciones como la del vecino país de Colombia, al peculado se lo divide en tres tipos penales distintos, qué son; el peculado de uso, el peculado de aplicación oficial diferente y el peculado culposo; pero en lo que respecta a los elementos del tipo penal se asemejan a los del Ecuador (Torres & Gabela, 2018).

En la legislación ecuatoriana penal, el peculado se encuentra definido en el artículo 278 del COIP y se lo concibe como el acto realizado por una persona que se encuentra investida de una potestad estatal y abusando de tal, se apropia distrae y dispone arbitrariamente bienes estatales para su beneficio particular o de un tercero (Torres & Gabela, 2018).

#### **Sujeto Activo y Sujeto Pasivo. -**

El sujeto activo en el peculado es cualificado en el funcionario público, así lo prescribe el artículo 278 del COIP, señalándose: que no se iniciará una acción penal hacia ningún individuo que no sea funcionario público, ya que sólo estos pueden disponer de fondos del Estado (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

En lo que trata a la participación de la persona jurídica en el COIP se guarda absoluto silencio, solamente en el artículo 49 se expresa, que la responsabilidad de la persona jurídica es independiente al de la persona natural que intervenga con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. Al existir dos clases de responsabilidades no se puede atribuirle una distinta a la persona natural o servidor público que comete el hecho (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

En cuanto al sujeto pasivo del peculado este se encuentra en el Estado, así lo prescribe la sección tercera del COIP, es necesario aclarar que en este delito no se

atenta a la propiedad ya que está no se debe entender cómo los bienes que le pertenecen al estado. Cualquier persona que comete un delito que no se enmarca en estos preceptos jurídicos señalados debe ser excluida del tipo penal (Torres & Gabela, 2018).

### **Bien Jurídico Protegido y Verbo Rector. -**

El bien jurídico protegido como lo manifiesta Giuseppe Maggiore es la probidad y fidelidad del funcionario público, que se concreta en la ofensa al deber de fidelidad del funcionario para con la administración pública, es decir; que con la afectación a la probidad y fidelidad del funcionario público se genera una transgresión en la confianza que gozan los administradores frente a la administración pública y de cómo está maneja sus fondos (Torres & Gabela, 2018).

Dentro de este delito se encuentran tres verbos rectores como son apropien, distraiga o disponga, los cuales se configuran primero cuando la persona se apropia de los bienes del Estado y estos empiezan a formar parte de su patrimonio de una manera arbitraria e ilegal.

En segundo lugar, cuando la persona distraiga, que según la Real Academia de la lengua española significa: “Malversar fondos o defraudarlos”, es decir; que gasta los fondos destinados para un fin Estatal con el ánimo de beneficiar su interés económico o de terceras personas.

Por último, la persona que disponga, es decir; que determina qué hacer con los fondos públicos (Torres & Gabela, 2018).

### **Enriquecimiento Ilícito**

Al contrario que el peculado los orígenes de este tipo penal no se remontan a Roma o alguna civilización antigua, ya que se trata de un delito relativamente nuevo; pese a que se relacione intrínsecamente con actos de corrupción, fenómeno que es tan antiguo como la humanidad misma (Torres & Gabela, 2018).

De acuerdo a los antecedentes históricos de esta figura se puede notar que se la ha tratado meramente como una sanción administrativa, bajo leyes que regulaban y sancionaban las actividades de los funcionarios públicos, pero no se encuentran argumentos que comprueben que haya sido tratada como un delito particular, de tal forma que ni siquiera se la conocía como enriquecimiento ilícito sino como enriquecimiento inexplicable (Torres Vergara & Gabela Salvador, 2018).

Es de destacar que este es un tipo penal inventado en Sudamérica, ya que no existe en ningún país de Europa Occidental, ni en el derecho anglosajón, la razón de aquello la explica el jurista Cardenas Rioseco al mencionar que este fenómeno en estos países se encuentra ampliamente regulado en figuras jurídicas como el peculado, cohecho, prevaricato, tráfico de influencias; entre otros. En los países latinoamericanos, Argentina es la nación que se adjudica la creación de este delito mediante su ley 16648, incorporada en su código penal en el año de 1964; aunque en la India se aprobó en ese mismo año dicho ilícito. El objetivo principal de la creación de esta figura es combatir la corrupción y el crimen organizado, fenómenos que acarrear consecuencias nefastas de escalas nacionales e internacionales (Torres & Gabela, 2018).

En el Ecuador se encuentran al enriquecimiento ilícito en el artículo 279 del COIP y se lo describe de la siguiente forma:

Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función, superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años. Se entenderá que hubo enriquecimiento ilícito no solo cuando el patrimonio se ha incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se han cancelado deudas o extinguidas obligaciones. Si el incremento del patrimonio es superior a doscientos y menor a cuatrocientos salarios básicos unificados del

trabajador en general, la pena privativa de libertad será de cinco a siete años. Si el incremento del patrimonio es hasta doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de tres a cinco años. (Código Orgánico Integral Penal Comentado, 2014, p.28)

### **Sujeto Activo y Sujeto Pasivo. -**

En la norma penal claramente se indica qué tanto los servidores públicos o las personas que actúen en virtud de una potestad estatal se le considerarán como el sujeto activo de dicha infracción, por lo tanto se esclarece que el sujeto activo del ilícito recae en una persona que ejerce un cargo público en las diferentes instituciones estatales (Torres & Gabela, 2018).

De la misma forma que en el delito de peculado el sujeto pasivo frente a este ilícito y según lo señala Albán Gómez es el Estado.

Albán Gómez expresa lo siguiente:

Sea cual fuere la terminología empleada para calificar al sujeto activo de estas infracciones, debe entenderse que se refiere a personas que desempeñan alguna función en una institución del Estado, de las enumeradas en el artículo 225 de la Constitución; sea que la actividad desarrollada corresponda a una atribución propia de la potestad estatal o de las asumidas por el Estado (Torres Vergara & Gabela Salvador, 2018, p.28).

### **Bien Jurídico Protegido y Verbo Rector. -**

El bien jurídico es la administración pública, ya que el enriquecimiento ilícito al igual que el peculado afecta un bien jurídico que va más allá de la propiedad, pues éste atenta la confianza y respeto hacia la función pública, es decir; qué provoca un detrimento de la confianza de los administrados hacia la administración pública y su probidad en el manejo de los fondos estatales (Torres & Gabela, 2018).

En lo que refiere a su verbo rector aquí surge una problemática, debido a que en el COIP se lo describe como un hecho, no como una conducta, es decir; que no existe

una acción en sí sino una mera descripción del hecho, debido a que el artículo determina que basta con que se presente un incremento patrimonial injustificado a su nombre o por interpuesta persona, lo que genera una serie de problemáticas en el ordenamiento jurídico (Torres & Gabela, 2018).

### **La Fiscalía. -**

La Fiscalía General es el ente acusador del Estado, que ejerce la representación de la sociedad en el proceso penal, además en es encargado de monopolizar el ejercicio de la acción penal (Chávez, 2015 - 2016).

Se le considera también como la parte acusadora, de carácter público, confiada por el Estado, para exigir la acción de la pretensión punitiva y de su resarcimiento, en el proceso penal. Como principal ente representante de la sociedad en la esfera penal, la Fiscalía no persigue ningún interés propio, ni ajeno, sino que realiza llanamente la voluntad de la ley (Chávez, 2015 - 2016).

En sí es una Institución de derecho público, única e indivisible y autónoma de la Función Judicial en lo administrativo, económica y financiero. La Fiscalía representa a la sociedad en la investigación y persecución del delito y en la acusación penal de los presuntos infractores (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En el Art. 194 de la Constitución de la República del (2008), se establece que la Fiscalía General del Estado, sea un organismo autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, que funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera.

La fiscal o el fiscal General en su máxima autoridad y representante legal, que debe manejarse con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso.

En el artículo 195 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), se establecen las funciones de la Fiscalía General del Estado, que son:

- Dirigir de oficio o a petición de parte la investigación pre procesal y procesal penal.
- Ejercer, durante el proceso, la acción pública bajo los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con atención al interés público y a los derechos de las víctimas.
- Acusar a los presuntos infractores ante el juez competente e impulsar la acusación en la sustanciación del juicio penal.
- Organizar y dirigir un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial.
- Dirigir el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y demás participantes en el proceso penal. (p.104)
- 

Dentro del Código Orgánico de la Función Judicial (2009), específicamente en el artículo 282, a más de las funciones constitucionales que se le otorga a la Fiscalía General del Estado, deberá cumplir lo siguiente:

- Dirigir y coordinar las actuaciones de la Policía Judicial en las indagaciones previas y en las etapas del proceso penal;
- Garantizar la intervención de la defensa de los procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones, quienes deberán ser citados y notificados para el desarrollo de las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo. Si esta disposición no se cumple, lo actuado carecerá de eficacia probatoria.
- Dirigir, coordinar y supervisar el intercambio de la información y pruebas sobre nacionales o extranjeros implicados en delitos, cuando así lo prevean los acuerdos y tratados internacionales.
- Conceder y revocar las habilitaciones o acreditaciones al personal de la Policía Judicial.
- Expedir, en coordinación con la Policía Nacional, los manuales de procedimiento y normas técnicas para el desempeño de las funciones de la Policía Judicial.

- Apoyar técnicamente a las personas que hacen sus prácticas pre profesionales en la Fiscalía General del Estado. (p.91)

Según el Código Orgánico Integral Penal se establecen las funciones de la Fiscalía General del Estado, desapareciendo por completo el antes mencionado Ministerio Público. En el Art. 443 de la mencionada norma se dispone que la Fiscalía sea la encargada de organizar y dirigir el sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses. (Código Orgánico Integral Penal Comentado, 2014).

### **Contraloría General del Estado. -**

A lo largo de la historia se ha buscado la manera de controlar el poder estatal y especialmente a los funcionarios públicos, con el cabal objetivo que estos desempeñen sus cargos de una manera diligente, honrada y honesta, para así lograr alcanzar en la medida de lo posible el fin último del Estado, que no es más que el bien común (King, 2017).

El control de los bienes y recursos públicos no es una tarea nada fácil y busca principalmente que las diversas actividades que se desarrollan bajo su imperio se las hagan dentro de un ámbito regulado, que propenda a la eficiente y eficaz utilización de sus recursos, para de esta manera garantizar un servicio público de mejor calidad, y que las actividades estatales cumplan con la finalidad establecida en los diversos planes y proyectos de gestión (King, 2017).

En el Ecuador no queda duda que el ente encargado del control de los recursos y gestión pública, es la Contraloría General del Estado, sin embargo en el pasado sus funciones no se encontraban claramente definidas y su naturaleza era distinta; este organismo de control fue creado mediante la Ley Orgánica de Hacienda Pública, en el gobierno del Presidente Isidro Ayora, quien, atendiendo los criterios emitidos por la Misión Kemmerer, decidió crear una oficina encargada de la contabilidad estatal, denominando a esta dependencia: Contraloría General; esta entidad se encontraba adscrita inicialmente a la Función Ejecutiva, con autonomía respecto del resto de

dependencias, y con rango de ministerio, pero la subordinación al poder ejecutivo era indudable, ya que era al Presidente de la República a quien le correspondía nombrar al Contralor y Sub contralor y de quien dependía para el ejercicio de sus actividades (King, 2017)

Al inicio de su gestión se le atribuyeron amplias facultades entorno al control de los bienes y recursos públicos, así como también, en lo concerniente al manejo de personal, pago de sueldos e incluso facultades sancionadoras, pese a que ordinariamente la función principal que debía ejercer, era la de manejar la contabilidad de la administración, e incluso el juzgamiento de cuentas con el Estado, solazando su atención a las reales potestades fiscalizadoras encomendadas, al haber sido más que nada un ente contable y de finanzas (King, 2017).

No es hasta el año de 1945, en la Constitución de ese entonces, que se creó la Contraloría General de la Nación, organismo que gozaba de autonomía e independencia administrativa, desvinculándose, aunque de una manera formal del poder ejecutivo, pero en cambio pasa a guardar una estrecha relación con el poder legislativo, ya que era el Congreso el encargado de nombrar al Contralor y asignar la finalidad de dicho ente, que se centraba en velar por la correcta recaudación e inversión de los fondos del Estado. Esta desvinculación con el Ejecutivo significó un cambio trascendental respecto a su naturaleza y fines, ya que paso de ser una secretaría de estado, a un ente autónomo de regulación y fiscalización, cuyas competencias y objetivos estaban dados por una norma constitucional, y no por una ley común. Estableciéndose como un ente de control autónomo de las funciones del Estado orientado a garantizar la transparencia e imparcialidad en sus funciones de fiscalizador (King, 2017).

Nuevamente con la expedición de la de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, en el año de 1977, la naturaleza jurídica de la Contraloría tuvo un cambio drástico, en vista que sus atribuciones, competencias y facultades aumentaron, la Contraloría se convirtió en el vértice por dónde debía pasar toda actividad estatal referente a recursos públicos, surgiendo por primera vez la noción de examen externo, que hasta la actualidad se conserva, denominado control ex post

de los actos administrativos que manejen fondos estatales, el miso que presenta un desatino, ya que su ámbito de control se dirigía más a los presupuestos y sus asignaciones, que por custodiar que los bienes y recursos presupuestaron para un determinado fin, sean destinados efectivamente a éste, y no se produzca la denominada malversación de fondos, que anteriormente constaba dentro del catálogo de delitos (King, 2017).

Finalmente en la Constitución de la Republica del año 2008, aun cuando, la Contraloría General de Estado fue consolidándose como un ente autónomo e independiente de las funciones del estado, sufre un punto inflexión trascendental en esta carta normativa, debido a que se instituyeron dos funciones estatales adicionales, como son la Función Electoral y la Función de Transparencia y Control Social, disponiéndose que la Contraloría General del Estado, pase a formar parte integrante de esta última, simultáneamente con las Superintendencias y Defensoría del Pueblo, que hasta ese entonces eran órganos al menos de una manera formal ajenos a las funciones clásicas del Estado, además se establece que el Contralor General del Estado, pasa a ser nombrado por el Consejo de Participación Ciudadana, procurando de esta manera el desvincular al organismo de control, del resto de poderes del Estado, a quiénes se supone debe fiscalizar, ya que lo que se buscar es procurar la autonomía de este ente de control (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Además, se le atribuye un cambio sustancial en sus competencias, así lo establece el Art. 211 de la referida norma la Contraloría “...es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.78)

Otográndole competencias en el ámbito de gestión, que se extienden más allá de la esfera de la administración pública, entendiend como tal, a los órganos estatales, si no, a cualquier persona o institución que tenga a su cargo recursos públicos sin importar su naturaleza, a más del hecho de que se constituye a éste organismo de control, como el encargado de cuidar por la consecución de los objetivos de la

administración, otorgándole facultades de acción, amplias y discrecionales, que hasta cierto punto la alejan del control técnico para el cual fue concebida, ya que el control de los fines, es más un control de índole político y social, que técnico (King, 2017).

Actualmente a la Contraloría General del Estado se la concibe como el organismo técnico regulador, con autonomía financiera y administrativa encargado del control del manejo de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de Derecho Privado que dispongan de estos recursos públicos, cuyas funciones se resumen en las siguientes:

1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.
2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.
3. Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones.
4. Asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite

Incumbiendo a la presente investigación lo relacionado exclusivamente al control que nos irrumpe, debido a que este ente no realiza un control de legalidad, que es propio de cada órgano administrativo y de la función judicial; sino más bien un control sobre el buen uso de los recursos públicos, mediante un control a posteriori, que procura revisar que las asignaciones dadas se hayan cumplido de manera efectiva, lo cual se cristaliza mediante dos procedimientos: a) las auditorías gubernamentales y, b) los exámenes especiales (Jurado, 2018).

Siendo los exámenes especiales la temática abordar, es necesario precisar que estos guardan aspectos más específicos que las auditorías gubernamentales, ya que ellas solo buscan brindar asesoría, asistencia y prevención de riesgos, que se concretan en la práctica a manera de recomendaciones y observaciones que el sujeto pasivo de control debe observar, para no cometer faltas o transgresiones a la ley, sin embargo,

en el caso de que se evidencien faltas o irregularidades, se determinarán las responsabilidades correspondientes; en cambio estos exámenes se ajustan a aspectos más precisos como son el área financiera, administrativa, operativa y medio ambiental, que una vez ejecutados los actos sometidos al examen, se emite el informe correspondiente y de ser necesario se establecen las responsabilidades pertinentes (Jurado, 2018).

### **Determinación de Responsabilidades. -**

Para (King, 2017):

- Responsabilidad Administrativa. - Constituido por normas legales que determinan funciones, atribuciones, competencias, obligaciones y deberes, de irrestricto cumplimiento por parte del servidor público, las cuales, en caso de ser inobservadas, dan lugar a una sanción administrativa (multa o destitución). (p.36)
- Responsabilidad Civil. - La condición principal de esta clase de responsabilidad la reviste el hecho de que es culposa, ya sea por imprudencia, impericia o negligencia, es decir, no procura el resultado dañoso que generó, el cual, por su naturaleza es de índole estrictamente patrimonial, y la obligación del sujeto activo, es el resarcimiento del daño generado. (p.36)
- Indicios de Responsabilidad Penal. - La característica de este tipo de responsabilidad, es la presunta adecuación de la conducta del servidor a un tipo penal sancionado con la pena especificada por la ley, la cual será determinada por los órganos de administración de justicia. (p.36)

### **Informe de Supervisión con Indicios de Responsabilidad Penal. -**

En líneas anteriores se hizo mención sobre los mecanismos que goza la Contraloría para ejecutar el control de los bienes del sector público y que consistían en la auditoría gubernamental y el examen especial, mismos que posterior al

procedimiento correspondiente, servirían para poder determinar las responsabilidades civiles, administrativas y con indicios de responsabilidad penal.

Ocupando a la línea de investigación los indicios de responsabilidad penal, los cuales constituyen un requisito de procedibilidad para el juzgamiento de delitos como el peculado y el enriquecimiento ilícito, siendo necesario referirse a la naturaleza e implicaciones de los mismos, empezando con un entendimiento claro de lo que constituye un indicio, y sus alcances probatorios para llegar a la determinación de responsabilidades. Para entender de mejor manera lo expresado, se acude al pensamiento del Dr. Walter Guerrero sobre a la clasificación de las pruebas, quien señala que existe prueba directa, cuando se evidencia una inmediación directa entre el juez, y el hecho objeto de prueba, es decir, la percepción del hecho probado es percibida por el juzgador directamente a través de sus propios sentidos; tal como ocurre dentro de una Inspección Judicial, donde se observa el bien inmueble en litigio, y su percepción del hecho probado, es directa e inmediata a través de sus sentidos (García, 2016).

Por otra parte, refiere el autor, sobre la existencia de la prueba indirecta o prueba por indicios, donde la inmediación entre el juez y el hecho que se pretende probar, no se realiza de manera directa. Como por ejemplo en una declaración testimonial, en la cual, el juez no percibe de manera directa el hecho que se busca probar y que es declarado por el testigo, lo que hay es intermediación con el testimonio, más no con el hecho objeto de prueba (García, 2016).

Según Davis Echandía y Eugenio Florián, citados en la obra de Walter Guerrero, concluyen que la prueba indirecta o por indicios, se constituye aquella a la que se acude cuando no se logra comprobar la materialidad o la autoría de una infracción de manera directa; conclusión a la que llegan luego de determinar que la Prueba directa, se basa en el hecho objeto de la prueba, es decir que coincide con el tema de la prueba, más acertadamente cuando el hecho que se prueba coincide con el hecho que se quiere probar para conseguir la convencimiento del Juez, sobre la existencia o inexistencia de la infracción y sobre la responsabilidad o la inocencia del supuesto infractor, como al tratarse de un homicidio Pedro declara que vio a Juan, matar a

Luis. Muy al contrario en la prueba indirecta, no existe inmediación entre el hecho que se prueba y el hecho que se desea probar, como al tratarse del mismo delito de homicidio, donde los testigos no han presenciado el crimen, y solo conocen de otros hechos aparentemente aislados y secundarios, pero que examinados en su conjunto demuestran la autoría del supuesto infractor (García, 2016).

De lo expresado por los autores citados se puede presuponer que la prueba por indicios, correlativamente es subsidiaria a la prueba directa, ya que se recurre aquella en los casos en que la prueba directa, no proporcione al juez la certeza sobre un hecho determinado, se torna necesario resaltar que como relatan dichos tratadistas, la prueba indirecta constituye la comprobación de hechos “aparentemente aislados y secundarios” pero que analizados en conjunto, llevan a una conclusión determinada, donde estos hechos, supuestamente aislados y secundarios, no son otra cosa que lo que Walter Guerrero, define como indicio, precisándolo como: el hecho o acto que se prueba en el proceso que se encuentra relacionado indirectamente con la acción punible y con el agente del cometimiento de la infracción (García, 2016).

Una vez precisado jurídicamente lo que representa un indicio, es necesario realizar el ensimismamiento correspondiente al caso de los informes de Contraloría, los cuales, para poder concluir sobre la existencia de indicios de responsabilidad penal, deben fundamentarse en hechos debidamente justificados (indicios), y que permitan presumir a los auditores sobre una potencial responsabilidad penal del sujeto activo.

En otras palabras la función de la Contraloría debe centrarse en recopilar y determinar hechos, los cuales analizados en su conjunto, llevan a la unívoca conclusión de una posible responsabilidad en materia penal, pero a diferencia de las responsabilidades administrativas y civiles, a la Contraloría no le compete declarar la responsabilidad en lo penal, por lo que debe limitarse a presentar al órgano correspondiente el informe que contenga los hechos (indicios) del caso, a fin de que sea la administración de justicia la que se pronuncie, luego del proceso correspondiente (García, 2016).

El informe de indicios de responsabilidad penal, se origina en los exámenes

especiales de auditoría gubernamental y se establece que debe estar contenido en los siguientes aspectos:

1. Carátula
2. Relación de siglas y abreviaturas utilizadas en orden alfabético
3. Índice que contenga títulos y subtítulos
4. Memorando dirigido al Contralor General del Estado (formato 11)
5. Dos capítulos: Capítulo I.- Información introductoria; y, Capítulo II.- Desarrollo de los hallazgos
6. Anexos
7. Contenido formato 12

A más de los requisitos formales exigidos para la emisión de los informes de indicios de responsabilidad penal estos deberán contener los elementos probatorios necesarios para evidenciar ante las autoridades jurisdiccionales, la presunta responsabilidad penal de las personas a las que se atribuye la comisión del delito. Como primera parte estos informes contendrán una primera parte relacionada con la información introductoria redactada en forma directa y concisa en la que se hará crónica a la auditoría o examen especial que se está practicando; se precisará el número y la fecha de la orden de trabajo y el alcance del examen (Chávez, 2015 - 2016).

En segundo lugar, el informe deberá envolver la descripción de los hechos que origina el indicio de responsabilidad penal con sus correspondientes comentarios y conclusiones, además se incluirá un párrafo en el que se apunte a las evidencias que conllevan a presumir la comisión de un delito y se fundamentará la emisión del informe invocando el deber impuesto por la ley pertinente.

En lo referente a los comentarios, deben redactarse en forma clara, directa y sencilla, en un estilo narrativo caracterizado por su objetividad. Se debe tener sumo cuidado en que los indicios que se describan sean concordantes entre sí, de manera que posibiliten establecer el nexo causal entre el hecho doloso y sus presuntos autores y a la vez los elementos del delito que se trate. Si se considera preciso se puede incluir el movimiento de las cuentas, regulaciones, presentaciones de saldos, detalles de pagos

e ingresos o cualquier otra información de carácter contable (Chávez, 2015 - 2016).

La relación de causa a efecto entre el hecho doloso y sus autores, posibilitará al auditor presumir la responsabilidad de estos. Este razonamiento será expresado de manera lógica y natural en la conclusión, en cuya parte, además de identificar a los sujetos de responsabilidad se indicará el monto al que asciende el perjuicio evidenciado, de haber lugar para ello (Chávez, 2015 - 2016).

Los anexos que se adjunten al informe sujetarán las evidencias de la presunta responsabilidad penal. Los documentos que se acompañen deben estar debidamente certificados ya que servirán al personal del área jurídica, encargados de la tramitación de las denuncias, para evidenciar el hecho doloso y la autoría de éste ante las autoridades jurisdiccionales (Chávez, 2015 - 2016).

De no existir disposición en contrario, el informe de indicios de responsabilidad penal será elaborado y suscrito por el Director de la Unidad, el auditor jefe del equipo de trabajo, contando para el efecto con el visto bueno del supervisor respectivo y de un abogado de la institución (Chávez, 2015 - 2016).

## **2.4 Variable Dependiente**

### **Justicia Social**

#### **Origen Conceptual.-**

No existe una definición consensual del término justicia social, más bien su origen data a más de 150 años de existencia que se remonta a varios sucesos históricos que formaron una idea de lo que representa la justicia social, la humanidad siempre se ha destacado por su lucha en la consecución de la justicia social, por lo que esta surge como respuesta a las múltiples y crecientes injusticias que nos rodean, es decir en la búsqueda de una mejor sociedad. En la actualidad su uso más bien se ha tornado tautológico ya que se encuentra en la boca de todos, lo que ha labrado posturas diversas y contradictorias en cuanto a su terminología, debido a las radicales

diferencias sociales y de justicia que bordean a cada conglomerado, por eso es necesario desde un punto estrictamente científico precisar su concepción e implicación (Murrillo & Hernández, 2011).

Los primeros apartados sobre el término justicia social tienen una aproximación histórica en la República de Platón, sin su adjetivo de social. Partiendo con Sócrates y sus interlocutores que la definen como “Ayudar a los amigos y dañar a los enemigos”, no conforme con esa primera aproximación Sócrates decide construir su famosa ciudad “kallipolis”, para poder entender los orígenes de la justicia y de la injusticia, finalmente Sócrates concluyó que el Estado debería estructurarse en base a cuatro virtudes: la prudencia, la fortaleza, la templanza y la justicia como virtud fundante, de tal modo Sócrates asociaba a la justicia con armonía social (Murrillo & Hernández, 2011).

En base a estas referencias Aristóteles dilucide en su obra *Ética Nicomaquéa* el concepto de justicia como una justicia distributiva que se refiere a, “dar a cada uno lo que le corresponde; es decir, en proporción a su contribución a la sociedad, sus necesidades y sus méritos personales”, precedente que hasta la actualidad ha marcado el significado de Justicia Social. Además, menciona la justicia conmutativa o correctiva que busca restaurar la igualdad perdida, dañada o violada por medio de una compensación o reparación regulada a través de un contrato (Murrillo & Hernández, 2011).

Otra aportación dada al término de Justicia Social es la dada por Santo Tomás de Aquino que la entiende como una ley natural, definiéndola como “el hábito por el cual el hombre le da a cada uno lo que le es propio mediante una voluntad constante y perpetua”, es decir que le da una valoración particular y general; general porque la persona dirige sus acciones al bien común como lo exige esa virtud, dónde la justicia sobresale ante cualquier virtud ya que esta apunta a la rectitud de la voluntad por un bien personal en la interacción con los demás; la considera particular debido a que se dirige hacia el bien del individuo actuante como un acto de auto-perfección. Así la definición clásica de justicia dada por Aristóteles y desarrollada por Santo Tomás sirvió como base para el planteamiento propio de Justicia Social del pensamiento

social cristiano, dónde se encuentran las nociones de los derechos (como tener derecho a), y por tanto, la valoración de una conducta correcta y de lo correcto de una situación (Murrillo & Hernández, 2011).

Dos corrientes filosóficas han marcado el concepto actual de Justicia Social que son Utilitarismo y el Contractualismo. El Utilitarismo que basaba sus ideas en el siguiente principio: "la mejor acción es aquella que procura la mayor felicidad al mayor número y la peor acción la que, del mismo modo, otorga miseria", dicha doctrina moral pretendía defender como principio de justicia la maximación de la utilidad del colectivo; así como el bienestar de una persona provenía de la suma de sus placeres, igualmente el bienestar de un grupo correspondía a la suma de los placeres de los integrantes del grupo. En sí esta corriente busca propugnar la elección de una acción en función de sus consecuencias y una valoración de las consecuencias en términos de bienestar, tratando de convertir lo moral en ciencia positiva que sirva como medio para la felicidad y la transformación social (Murrillo & Hernández, 2011).

En cuanto a la corriente del Contractualismo, esta se basa en la teoría del contrato social dónde los seres humanos pactan un contrato para vivir en sociedad, el cual les otorga ciertos derechos a cambio de abandonar la libertad que les daba el estado de naturaleza, en este estado los hombres son libres, iguales e independientes, pero no se les garantiza trabajo, ni agricultura, ni cultura, ni transporte tonando su vida peligrosa y solitaria (Murrillo & Hernández, 2011).

Entonces la motivación de adherirse a un contrato que fije un orden social y civil sirve para suplir las necesidades del estado de naturaleza, es decir para establecer las condiciones que permitan al hombre vivir en sociedad mediante un acuerdo entre los participantes considerando que a mayor exigencia de derechos mucho mayor serán los deberes que cumplir (Murrillo & Hernández, 2011).

A mediados del siglo XIX se borda por primera vez el término Justicia Social por Luigi Taparelli d'Azeglio que señala: "...la justicia social debe igualar de hecho a todos los hombres en lo tocante a los derechos de humanidad,", quién considero que

la Justicia Social era muy diferente a lo determinado por las nociones de justicia conmutativa y distributiva (Murrillo & Hernández, 2011).

Luego la expresión de Justicia Social se generalizó en la Revolución Industrial, basándose en la protección de la clase obrera explotada, a raíz del crecimiento económico de la sociedad industrial, sirviendo para inspirar a corregir todos estos abusos que generó el sistema capitalista imperante en la época, es allí dónde surge una de las premisas de la Justicia Social que es el amparo de la injusticia económica. Transcurridas varias décadas se vuelve a considerar el término Justicia Social en los llamados socialistas fabianos de Inglaterra que consideraban que la Justicia Social tenía un fin ético por excelencia, que se desempeñaba en la evolución de la sociedad mediante cambios no violentos, orientada a un sistema de socialdemocracia (Murrillo & Hernández, 2011).

En el año de 1919 se crea la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que incorpora la noción de justicia social a su Constitución, como fundamento indispensable de la paz universal: "Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social (...)" (Murrillo & Hernández, 2011).

En 1931 se incorpora plenamente a la Doctrina social de la Iglesia Católica, la idea de Justicia Social, al usarla el papa Pío XI en la Encíclica *Quadragesimo anno*. Dónde la concebía como un límite al que debe sujetarse la distribución de la riqueza en una sociedad, de modo tal que se reduzca la diferencia entre los ricos y los necesitados:

Pío XI (1931), menciona que: A cada cual, por consiguiente, debe dársele lo suyo en la distribución de los bienes, siendo necesario que la partición de los bienes creados se revoque y se ajuste a las normas del bien común o de la justicia social, pues cualquier persona sensata ve cuán gravísimo trastorno acarrea consigo esta enorme diferencia actual entre unos pocos cargados de fabulosas riquezas y la incontable multitud de los necesitados. (Murrillo & Hernández, 2011)

En la actualidad conviven tres grandes concepciones de Justicia Social como son: la distribución, el reconocimiento y la participación; la primera está centrada en la distribución de bienes, recursos materiales y culturales, capacidades; el segundo en el reconocimiento y el respeto cultural de todas y cada una de las personas, en la existencia de unas relaciones justas dentro de la sociedad; y el tercero está referido a la participación en decisiones que afectan a sus propias vidas, es decir, asegurar que las personas son capaces de tener una activa y equitativa participación en la sociedad.

Obviamente, no son conceptos independientes, sino que comparten muchos de sus planteamientos, como por ejemplo la marginación económica está ligada al clasismo, lo que constituye un no reconocimiento material, lo mismo sucede con los segregados por su color, etnia, genero, capacidad u otras dimensiones culturales que suelen sufrir de mayor explotación económica (Murrillo & Hernández, 2011).

### **Conceptualización Universal de la Justicia Social. -**

En el desarrollo del derecho, la Justicia Social más que una realidad se ha vuelto la más grande aspiración, ya que ella conjuga la suma de los más elevados valores sociales, éticos, culturales y espirituales, como son la igualdad en todos los aspectos, no sólo en lo jurídico; a más de los valores de solidaridad, libertad, seguridad social; así también como el respeto, la garantía y Tutela Jurídica de los Derechos Humanos (Abarca, 2013).

Sin la realización efectiva y real de los derechos humanos fundamentales no es concebible la conceptualización de la Justicia Social como categoría social – política y jurídica, que se traza las más progresivas metas del desarrollo social, ético, cultural y espiritual, de tal manera que mientras se va desarrollando la sociedad se alcanzan formas superiores de organización socio política y jurídica, que disponen nuevos objetivos de realización del hombre como ente social, determinando a las sociedades como colectivos que se hallan en constante evolución biosociológica destinada a superiores formas de organización socio política y jurídica (Abarca, 2013).

Por lo general estos saltos evolutivos provienen de gestas revolucionarias, ya que los

beneficiarios de la desigualdad social o clases hegemónicas detentadoras del poder económico que las conduce imperativamente al control del poder político, ocupando permanentemente la titularidad en el ejercicio del poder público que es utilizado a sus intereses y para detener todo cambio en la organización - socio político y jurídico de la sociedad, con el único fin de eternizarse en el ejercicio del poder público y maniobrar a su antojo las funciones del Estado (Abarca, 2013).

### **Evolución Política Jurídica hacia el Estado Constitucional de Derecho y Justicia Social. -**

La limitada tutela hacia los derechos y garantías de las personas contenida en la Constitución del año 1998, así como la omisión en el ejercicio de la función de garante por parte de los operadores del sistema de administración de justicia, debido a la mínima existencia de mecanismos de control constitucional realmente operativos que obliguen a los operadores de justicia a cumplir la referida función, ocasionó que los derechos humanos y garantías del debido proceso amparados por la Constitución de la República se convirtiera en letra muerta, lo que produjo que gran parte de las sentencias judiciales expedidas se hagan transgrediendo tales derechos y garantías, de modo que se tornó imposible eliminar el abuso y la arbitrariedad judicial en la Administración de justicia, sin lugar a dudas la violación de los derechos humanos y la inobservancia de las garantías del debido proceso obstaculiza que brille la verdad objetiva y se produzca una falsa aplicación de la ley, convirtiéndose a la justicia en una ilusión (Abarca, 2013).

La Administración de justicia colocada en esta grave situación atenta contra las masas sociales, y a los grupos de población vulnerables, colocándoles en estado de indefensión, debido a estas agobiantes circunstancias de crisis económicas y desempleo para no morir de hambre cometen delitos famélicos, debido a los cuáles se les sanciona penalmente con el máximo rigor, infringiendo el principio de proporcionalidad de las penas con la gravedad de las infracciones; pero cuando los delitos versan sobre delitos cometidos por banqueros corruptos o atracadores del Erario Nacional la Administración de la Justicia Penal se frena porque la sustanciación de los procesos no avanza, los fiscales se abstienen de acusar, o los

jueces resuelven a favor de los procesados, pese a la cantidad de pruebas, motivados por el tráfico de influencias o por haber sido corrompidos por el dinero (Abarca, 2013).

Este tratamiento con que maniobraba la justicia penal producía el hacinamiento en los mal nombrados centros de rehabilitación social, ocupados en su mayoría por internos que cometieron delitos familiares, esta forma discriminatoria de justicia se daba debido a la limitada tutela jurídica de los derechos y garantías de las personas que no pudo ser llevado a la práctica por la falta de medios de control constitucional, como de las omisiones en que acaecían los titulares de los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de su función como garantes, en respuesta se a todos estos atropellos se determinó la necesidad de buscar correctivos que viabilicen y conviertan en realidad tales derechos y garantías, procurando una vigencia real y efectiva no sólo en los procedimientos y procesos por el caso concreto, sino que esta se extienda a toda la colectividad y a todas las esferas de la actividad social (Abarca, 2013).

En base a lo expuesto se puede entender que la respuesta a este contexto de injusticia social se concretiza en la Constitución del 2008 dictada por la Asamblea Constituyente, luego de un largo proceso político con la activa participación de las masas sociales y que fue aprobada en referéndum el 28 de septiembre del 2008 (Abarca, 2013).

Muchos constitucionalistas latinoamericanos han reconocido que la vigencia de la Constitución del Ecuador 2008 marco un salto evolutivo político y constitucional del Estado social de Derecho al Estado Constitucional de derechos y Justicia Social.

### **La Tutela Jurídica en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social. -**

La Constitución del Ecuador del año 2008 buscó encaminar una nueva y superior forma del Estado inclinada hacia la extensión de la tutela Jurídica Constitucional a todos los derechos y garantías reconocidos por tal cuerpo normativo superior y en los Convenios Internacionales de Derechos Humanos, de igual forma al reconocimiento y extensión de los derechos y garantías de las personas de manera individual o

conformando grupos sociales de atención prioritaria, a las comunidades, pueblos y nacionalidades y también a la naturaleza, de manera que la parte estructural de la Constitución se fundaba no sólo en una declaración de principios o en el reconocimiento de derechos y garantías, sino que además se contemplaba para cada principio, derecho o garantía su respectiva herramienta Constitucional de tutela Jurídica permitiendo que se cumplan efectivamente en la realidad fáctica social y reparen el daño ocasionado en el caso de ser quebrantados (Abarca, 2013).

Así se garantiza que todas las personas puedan participar en sus relaciones particulares, con las colectividades y con el Estado o sus instituciones que se hallan cubiertas de todos los derechos que les reconoce la Constitución, sabiendo que si se les vulnera alguno de sus derechos de cualquier manera, estos podrán contar con la tutela jurídica concerniente a través de los respectivos órganos jurisdiccionales a cargo de su prestación y se les resarza el daño ocasionado mediante una reparación constitucional integra (Abarca, 2013).

Con este nuevo modelo constitucional se buscó que todos los principios, los valores morales y culturales contemplados en la Constitución se interiorizarán en la sociedad de tal forma que cada persona experimentará un sentimiento de seguridad y respaldo jurídico que coincidiera con los valores morales, sociales, culturales, políticos y jurídico que subyacen del Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, participando en comunidad en la consecución de sus fines (Abarca, 2013).

### **Elementos de la Tutela Jurídica en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social. -**

La revolución social y jurídica que se pretendió establecer en la sociedad ecuatoriana tenía su móvil y motivación como fundamento, objeto y fin alcanzar la seguridad jurídica para todos los habitantes dentro del territorio nacional, que cubriera todos los ámbitos de la actividad social, que no puede desarrollarse sino se basa en la tutela jurídica de todos los derechos y obligaciones reconocidos en la Constitución. Basta con que aun individuo se le privé de la realización de uno de estos derechos que como titular debe ser respaldado, para que el Estado se situé en inseguridad jurídica,

en todo caso se presta a que los órganos Constitucionales que les corresponde la representación de la respectiva tutela jurídica o de la reparación del derecho conculcado, omitan el ejercicio de sus funciones para hacerla efectiva (Abarca, 2013).

Para que el Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social pueda hacer efectiva esta tutela debe fundamentarse en los siguientes elementos:

- La institucionalización y regulación Constitucional de la Tutela;
- La constitucionalización del derecho a la tutela;
- La constitucionalización de las garantías del debido proceso para obtener la tutela;
- El acceso inmediato y directo a la tutela;
- El proceso constitucional para la tutela.

### **La constitucionalización del derecho a la tutela jurídica de los derechos y garantías constitucionales. -**

El Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social presupone necesariamente la tutela jurídica de estos derechos y garantías, porque de no darse así, el Estado por su esencia no sería constitucional, debido a que esta forma de estado se sustenta en que sin importar la naturaleza de los derechos y garantías su ámbito de vigencia en la sociedad gozan de su respectivo medio jurídico que hace posible la efectiva tutela jurídica constitucional, de tal manera que esta se transforma en el pilar fundamental de la estructura del Estado y consecuentemente aparece la Tutela Jurídica Constitucional como parte integrante de la Constitución, ayudando al desarrollo del Derecho Constitucional como ciencia, ya no sólo se la vislumbra como parte componente de la dogmática y de la parte orgánica sino que ahora tiene como parte integrante a la Tutela Jurídica Constitucional (Abarca, 2013).

### **La regulación constitucional de la tutela jurídica. -**

Por la naturaleza de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución y en los

convenios Internacionales se regulan exclusivamente por aquellas normas, y consecuentemente, es está consta la institucionalización de la Función Jurisdiccional Constitucional, de los órganos Jurisdiccionales Constitucionales de primera y segunda instancia, el juzgamiento constitucional, el proceso Constitucional, así como el procedimiento Constitucional (Abarca, 2013).

En el Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social también se requiere observar que la tutela jurídica constitucional se desarrolla e triple dimensión:

- En los procesos ordinarios que versan sobre casos concretos, sin importar su naturaleza, se debe resolverlos mediante la tutela de la función de garante o de Juez Constitucional de la causa, a cargo del mismo juez ordinario que debe resolverla, de manera que primero debe juzgarse la causa bajo lineamientos constitucionales, excluyendo todos los actos procesales inconstitucionales a la par con los actos procesales que son sus resultados o efectos inmediatos o mediatos, jamás se puede permitir un acto inconstitucional, ni dejar de ser inconstitucional al igual que sus resultados (Abarca, 2013).
- La Tutela jurídica a través del proceso Constitucional y debido a la cual se instituye el respectivo fuero constitucional y las acciones constitucionales respectivas para que los ciudadanos puedan acudir ante el órgano jurisdiccional Constitucional competente, cuando sientan que sus derechos constitucionales han sido conculcados (Abarca Galeas, 2013).
- La Tutela jurídica contra las resoluciones judiciales expedidas con violación a los derechos y garantías emanados en la Constitución y Convenios Internacionales debido a que el juez omitió su deber de garante (Abarca, 2013).

### **El salto del estado garantista al estado tutelar constitucional. -**

El Estado de derecho garantista asimilado en la Constitución Política de 1998 no constaba con los mecanismos de protección jurídica constitucional para hacer efectivos los derechos que amparaba en la realidad fáctica social, en el convivir ciudadano y en la relación de estos con el Estado, sus organismos, instituciones y dependencias, de manera que cuando estos eran violentados no existía la estructura

suficiente para saber dónde acudir a validarlos, mediante la efectiva garantía que ofrece la tutela jurídica del derecho conculcado, no sólo porque no se habían creado los medios pertinentes para hacer realidad dicha tutela, sino porque tampoco existían los órganos jurisdiccionales constitucionales, no se abarcó en la Constitución el proceso Constitucional y sus garantías para el juzgamiento de las acciones que violentaran derechos constitucionales (Villaverde, 2008)

Como hablar de los derechos derivados de la naturaleza, estos ni siquiera habían sido conceptualizados y consecuentemente era imposible la tarea de tutelarlos, dando paso a la depreciación, saqueo de los recursos naturales, destrucción de los sistemas ecológicos y contaminación del medio ambiente. Esta falta de titulación en relación a los recursos naturales y su explotación posibilitó que las compañías extranjeras sin control de ninguna naturaleza contaminen discriminadamente las aguas de los manantiales y ríos, las selvas y sistemas ecológicos, ocasionando la proliferación de enfermedades incurables y la desaparición en las zonas afectadas de especies vegetales y animales (Abarca, 2013).

Estas circunstancias dadas en la realidad fáctica social, inmersas del convivir social en sus múltiples relaciones entre sí, con instituciones del Estado o gobiernos seccionales en relación a las múltiples actividades sociales dentro de la producción, el comercio, la industria, el transporte, los servicios, entre otras; las que se prestaron a que los derechos reconocidos en la Constitución Política y Convenios Internacionales no logren una vigencia real y efectiva ocasionando que los más débiles de la sociedad, que más requieren de una protección jurídica, que supuestamente les proporcionaba la Constitución vigente en ese entonces que Ecuador instauró en Estado Social de Derecho garantista en 1998, pero que en el entorno práctico la mayor parte de garantías reconocidas eran simple declaraciones líricas, sin sustento alguna por no existir los medios de protección constitucional (Abarca, 2013).

Por todo lo detallado es que se gestó en el año 2008, a través de la Constitución de la República del Ecuador el Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, distinguido por su función tutelar (Abarca, 2013).

### **La extensión de la garantía en el estado constitucional de derechos y justicia social. -**

La extensión de la garantía en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, se la instaure en sentido amplio, de modo que se vuelve operativa en la infinita gama de relaciones e interrelaciones sociales, a través de sus órganos, instituciones y dependencias, lo que pretende cubrir a los ciudadanos por las garantías de sus derechos constitucionales para generar en ellos la necesidad de experimentar valores éticos, sociales, morales y culturales que posteriormente se conviertan en normas del convivir ciudadano (Villaverde, 2008).

Logrando así que la garantía de los derechos constitucionales no sólo se muestre reactiva, sino también preventiva porque a su vez se constituye en un valor jurídico, social, moral y ético, debido a que cada persona adquiere el conocimiento que sin las garantías de estos derechos no puede existir seguridad jurídica social, de tal manera que dicha garantía pasa a convertirse en un medio real, efectivo, directo y accesibles para cualquier ciudadano (Villaverde, 2008).

Puede verse que la garantía que otorga el Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social difiere con la que se establecía en el Estado social de derecho, debido a que la concepción meramente reactiva indirecta que se manejaba en aquel, sufre un salto evolutivo al concebirlo como un valor jurídico social, ético y cultural y como un medio de protección jurídica directa (Abarca, 2013).

### **La irrenunciabilidad de la tutela. -**

Ninguna manera de Tutela Jurídica Constitucional, puede ser renunciada, porque se encuentra instituida en la Constitución como carácter de una garantía para que se haga efectiva la vigencia real y efectiva de los derechos Constitucionales en todos los ámbitos de la actividad de las autoridades, funcionarios y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, teniendo aquellos la obligación jurídica constitucional de validar los Derechos Constitucionales en todo momento y circunstancia proveniente del ejercicio de sus atribuciones legales (Abarca, 2013)

En tal sentido la Tutela Jurídica conforma un derecho constitucional para el ciudadano, por lo tanto, es inalienable, irrenunciable, impermisible, conforme lo señala el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución.

Además, es imprescriptible al igual que la acción para reclamarle, debido a que las graves violaciones a los derechos constitucionales no se subsanan con el transcurso del tiempo, ni admiten causa de convalidación alguna, tampoco se admite causales de justificación de inculpabilidad, jamás un derecho constitucional conculcado debe quedar en la impunidad, ya que se permite su reclamo mediante la Tutela Jurídica del derecho violado en cualquier tiempo (Abarca, 2013).

### **Justicia Social en la Aplicación del Derecho Constitucional**

En lo que emana a la Justicia Social se puede decir que aquella está ligada estrechamente al Derecho Constitucional, ya que en virtud de aquel se precisan las herramientas legales para que su realización sea posible en las instancias jurisdiccionales, el poder coercitivo que ejerce el Estado debe estar vedado por el cerco constitucional para que el mismo se precise legal, al igual que las penas se deben cumplir parámetros de control constitucional para su determinación, sin embargo lo que interesa en este punto es reflexionar sobre las situaciones en que se ha obrado bajo un contexto de desigualdad, definido por la pobreza y la segregación social, es decir en casos de injusticias social (Lopera, 2006).

En circunstancias tan comunes, pero marcadas de profunda injusticia social, se vuelve un problema muy complicado justificar razonablemente la imposición de un castigo, ya que se cuestionan muchos aspectos sobre la validez de una norma o de las estructuras del derecho vigente que se presentan como legítimas, ya que en estos casos se corre el riesgo que el Estado comience a mimetizar o a representar exclusivamente a los sectores más favorecidos de la sociedad, aun cuando esto implique un estado de desigualdad con el resto; es decir empieza hablar y actuar como ellos (Lopera, 2006).

Ya lo manifestaba y rechazaba Rousseau, al mencionar que el derecho que la

comunidad pudiera reconocer como propio, y en que pudiera sentirse reflejada, podría verse trastocado por situaciones de fuerte desigualdad, ya que las visiones, intereses y necesidades comunes comenzarían a tornarse opuestas, por lo tanto, resultaría imposible alcanzar la voluntad general y más bien el derecho ya no representaría las aspiraciones de todos (Lopera, 2006).

En conclusión, la sociedad empezaría a perder la confianza e identificación con la ley, al mismo tiempo que se desvanecen las razones que los motivaban a sentirse obligados por ella.

Criterios que se compaginan con lo expresado por Antony Duff que dice:

Si existen individuos o grupos dentro de la sociedad que (en los hechos, aún si de un modo no buscado) se encuentran excluidos de modo persistente y sistemático de la participación en la vida política, y de los bienes materiales, normativamente excluidos en cuanto a que el tratamiento que reciben por parte de las leyes e instituciones existentes no reflejase un genuino cuidado hacia ellos como miembros de una comunidad de valores, y lingüísticamente excluidos en tanto que la voz del derecho (la voz a través de la cual la comunidad le habla a sus miembros en el lenguaje de los valores compartidos) les resulta una voz extraña que no es ni podría ser de ellos, luego la idea de que ellos se encuentran, como ciudadanos, atados a las leyes y que deben responder a la comunidad, se convierte en una idea vacía. (Gangarella, 2011, p.40)

Las fallas persistentes y sistemáticas, las fallas no reconocidas o no corregidas en lo que hace al trato de los individuos o grupos como miembros de la comunidad, socava la idea de que ellos se encuentran atados por el derecho. Ellos sólo pueden sentirse atados como ciudadanos, pero tales fracasos les niegan, implícitamente, su ciudadanía, al negarles el respeto y consideración que se les debe como ciudadanos. (Gangarella, 2011,p.40)

De aquel postulado se avizora una realidad palpable, que se está abordando en esta

investigación y es la segregación en contra de las personas procesadas por el delito de robo, que al igual como lo precisa Duff de manera repetitiva desde su niñez han resultado excluidos de muchos de los bienes materiales que prodiga la Constitución, pues ni la ley, ni las políticas ejercidas, han posibilitado el alcance a educación, alimentación, salud, por mencionar los derechos más esenciales, de estos sectores menospreciados de la población, de aquello se desprende que el Estado no les está dando el debido cuidado como miembros de la sociedad de valores compartidos, por ello les resultan ajenas las exigencias establecidas por el derecho, ya que nunca se han sentido afines o representados por ellas, por lo que resulta absurdo encontrarse sujetos a legislaciones que en la práctica no han logrado concretizar sus necesidades básicas y se convierten en postulados huecos.

### **Justicia Social en el Derecho Penal. -**

Según los enunciados del profesor El Prof. Gimbernat Ordeig en el prólogo de los magníficos Comentarios a la Legislación Penitenciaria del maestro García Valdés supo manifestar que la mayoría de delincuentes tienen procedencia del proletariado, primero porque la miseria social, cultural y económica que han tolerado desde la niñez no les permite suministrar criterios coherentes para respetar el orden de valores constituido por el dominante, ya que si se hace memoria en la historia se puede asumir que es la clase dominante la que se ha encargado de perpetuar la miseria y privilegiar a los integrantes de los estratos superiores, por eso se visualiza que la procedencia de la mayor parte de la población reclusa en los Sistemas Penitenciarios proviene del proletariado, esto no es algo aislado, pues son las clases burguesas dominantes en el mundo las que de acuerdo a sus intereses personales influyen en los modelos legislativos donde constan las conductas que a su parecer son reprochables y merecen ser seleccionadas como tipos delictivos (Camara, 2015).

Es por eso que las normas penales originadas en contextos de pobreza y desigualdad se devienen injustas, lo que conlleva a que existe un alto riesgo de que los medios coercitivos ejercidos por el Estado también sean manipulados para proteger un orden social injusto. Lo que aflora la idea de que un pequeño grupo utilice su poder para orientar el uso de la coerción estatal a su favor y en beneficio de sus intereses

económicos. Situación cercana a la realidad social que hoy se enfrenta y que se evidencia inefablemente en las prisiones de la mayoría de los países latinoamericanos, al observar las situaciones de hacinamiento tan precarias que viven los reos por delitos ordinario a diferencia de los privados por delitos de cuello blanco que fácilmente obtienen medidas sustitutivas a la prisión, lo que hace pensar la forma extremadamente cruel y discriminatoria con la que se está usando el aparato punitivo estatal (Camara, 2015).

Que la estructura de las prisiones tienda a ser relativamente homogénea, rodeando entre sus habitantes a los sectores sociales más desaventajados, en términos de clase, raza y/o etnia, viene a ratificar el Sistema Penal excluyente. Pareciera que se eligen que crímenes penar que por lo general son cometidos por las personas provenientes de las clases más desfavorecidas de la sociedad, o bien, dentro de los crímenes que por alguna razón se escogen castigar, el sistema penal se encuentra sistemáticamente sesgado contra los derechos e intereses de los sectores sociales más desfavorecidos.

También se puede observar que en países como España se mantienen prácticas selectivas que buscan beneficiar a pequeños grupos de poder, así lo indicó el presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), Carlos Lesmes, en la reformas planteadas al Código Procesal Penal español, dónde mostro su total rechazo debido a que consideraba que dicho Código estaba pensado para el roba gallinas, es decir, el ladrón o delincuente común, no para el gran defraudador, como los corruptos o los grandes empresarios que cometen algún ilícito (Camara, 2015).

Lo indicado en líneas anteriores se asemeja mucho con lo que sucede en el contexto jurídico penal del Ecuador, han existido muchas quejas sobre la rigurosidad con los que el COIP bordea a los delitos ordinarios a diferencia de los de cuello blanco; a la par que existe un desacuerdo entre los juzgadores penales a la hora de sentenciar este tipo de delitos, es necesario evaluar de mejor manera las conductas y las penas determinadas para cada conducta penal, para no imponer un régimen de impunidad en el país, pues resulta contradictorio que se observen penas de prisión de 6 meses para delitos contra la propiedad y apenas de 3 meses por delitos de cuello blanco

como el peculado. Lo que se presume con estos actos es que se está favoreciendo a determinados grupos minoritarios de la sociedad, tendiéndose a criminalizar a los pobres, que son quienes reciben el mayor peso de la ley penal.

Lo que resultaría favorable en la aplicación del Derecho Penal y su ejecución penitenciaria, es la aplicación inexorable del principio de proporcionalidad al momento de determinar las penas para los distintos tipos penales y que las mismas sean sometidas a una dosificación prudente al daño cometido, sino se estaría incurriendo en graves violaciones a los derechos de los procesados por este tipo de ilícitos.

Dentro de la jurisprudencia internacional se encuentran casos de gran injusticia social, dónde los juzgadores únicamente se limitaron a juzgar conforme la norma lo determinaba, pero obviaron analizar bienes jurídicos tutelados de mayor valor, y que a continuación se detallan:

Cortes de ruta.- promovidos por desocupados argentinos, luego de la gravísima crisis política-económica del 2001, no merecían ser leídos del modo en que fueron leídos por una mayoría de los operadores jurídicos locales (incluyendo, especialmente, a jueces y teóricos del derecho). El hecho es que, luego de perder su trabajo de un día para el otro, miles de ex trabajadores de empresas del Estado (entonces privatizadas), quedaron sin sustento, sin seguro social, sin atención médica. Frente a ello, muchos de estos nuevos desocupados se movilizaron a las rutas principales de su comunidad, cortándolas para así llamar la atención a las mismas autoridades políticas y judiciales que se habían negado a prestar atención a sus reclamos más formales. Para muchos miembros de la comunidad jurídica, tales acciones no revestían ninguna complicación interpretativa: ellas eran, simple y obviamente, expresión de violaciones flagrantes de las normas penales, las cuales impedían obstaculizar el transporte de mercaderías y personas. (Gangarella, 2011, p.51)

De estos sucesos se precisa un conflicto entre las normas locales, con normas de

mayor jerarquía, por lo que resultaba importante realizar un análisis más profundo acerca de los valores constitucionales y derechos fundamentales que se encontraban en juego. Cualquier resolución que no vislumbrara en primer plano la violación de los derechos constitucionales sufridas por los manifestantes, resultaba absurda e inconstitucional. Puesto que no reconocía los aspectos expresivos incluidos en tales protestas, que implicaban el clamor de miles de personas, buscado comunicar una queja gravísima a las autoridades que se negaban a hacerse cargo de ellas.

Clark. - El citado caso trataba de una protesta llevada adelante por personas sin techo, tanto como por simpatizantes de su causa, que decidieron acampar en un parque público durante la primera noche del invierno, como modo de demostrar el tipo de agravios constitucionales que se encontraban padeciendo. Frente a dicha manifestación, reprimida políticamente y objetada judicialmente, la mayoría de los miembros de la Corte Suprema respondió desde el lugar de los “simples aplicadores” del derecho. Ellos consideraron que se encontraban frente a un caso simple, que sólo involucraba la ocupación ilegal del espacio público. (Gangarella, 2011, p.52)

Y fue esta mirada la que procuraron rechazar en su disidencia los dos jueces recién mencionados. Brennan y Marshall, en efecto, enfatizaron la necesidad de mirar más allá de las normas penales estrictamente aplicables al caso, para prestar atención a los valores constitucionales involucrados en dicha situación. En su disidencia, ellos criticaron a la mayoría de la Corte, fundamentalmente, a partir de dos razones. (Gangarella, 2011, p.51)

Sostuvieron entonces: “[Primero, los ofensores] son ciudadanos que llaman la atención sobre cuestiones de profunda importancia pública, que han traído adecuadamente a los tribunales tratando de reivindicar sus derechos constitucionales. En segundo lugar, la mayoría de la Corte aplica indebidamente el test que debe aplicarse para determinar si una particular limitación sobre la expresión califica como una regulación razonable de tiempo, lugar y modo. A la hora de determinar qué regulación puede ser mantenida, la mayoría fracasa por no saber someter a los intereses alegados

por el Gobierno al grado de escrutinio requerido, para asegurar que actividades expresivas protegidas por la Primera Enmienda permanezcan libres de limitaciones innecesarias. (Gangarella, 2011, p.51)

Gracias al aporte dado en su disidencia por los Jueces de la Corte Suprema Marshall y Brennan se llamó la atención al Tribunal para que este se enfoque hacia los derechos fundamentales constitucionales que no se estaban tutelando adecuadamente, y la gravedad de su violación hacia la responsabilidad del Estado.

Movimiento Sem Terra. - un movimiento popular que viene llevando a cabo, desde hace décadas, tomas de tierras pacíficas. Las tomas de tierra del caso aparecen dirigidas a asegurar, en los hechos, parte de la justicia social que el Estado se muestra incapaz de garantizar, mientras apoya con su fuerza policial una extrema concentración de la propiedad, favorece el mantenimiento de vastas tierras improductivas, y permite la subsistencia de un contexto de extendida pobreza, hambre y miseria. Reflexionando sobre dicha situación, Ronald Dworkin dio –prima facie– respaldo a dicha toma de tierras del MST, bajo un paraguas teórico marcado por la idea de la desobediencia civil. (Gangarella, 2011, p.51)

Para él, Nos encontramos aquí con] una historia de injusticia que creó gran pobreza para millones de pequeños agricultores, y proporcionó poder político vasto e injusto para los grandes propietarios, que hoy utilizan ese poder para evitar o retardar reformas...Habiendo evidencias ...para demostrar que el grupo no es tratado como participante, en igualdad de condiciones, en la aventura política de una nación, la democracia falló y, en esa medida, hasta que cambie la actitud del gobierno, los actos no violentos deben ser comprendidos dentro de la honrosa tradición de la desobediencia civil. (Gangarella, 2011, p.51)

Entonces es necesario que al momento del ejercicio de la practicidad penal se desafíen el contenido, modo de aplicación o interpretación habituales de ciertas normas que aparece comprometidas con el agravio constitucional a determinados

individuos o grupos, pero siempre en base a un adecuado criterio de razonabilidad que justifique el porqué de la restricción de un derecho o principio, en favor de otro, si la medida adoptada es proporcional al acto cometido y si el resultado obtenido satisface íntegramente el bien jurídico protegido.

### **Justicia Social y Criminología. -**

Para abordar a la Justicia Social desde un punto de vista criminológico es necesario, analizarlo desde la perspectiva criminológica crítica de la reacción social, que es el segundo conformante del objeto de estudio de la criminalidad, aquella se entiende como una respuesta que las personas. Instituciones públicas o privadas, dan al fenómeno de la criminalidad, que se manifiesta a través de formas institucionalizadas, no institucionalizadas o alternas (Bucheli, 1995).

En sí la criminología se ocupa y preocupa de varios comportamientos humanos vinculados a la Criminalidad, que en sentido amplio no es una causa sino un efecto, teniendo el hombre el principal protagonismo en los estudios criminológicos, ya que es el quien produce, reprime o sufre esa criminalidad.

Es allí donde se puede entender su relación a la Justicia Social, ya que la criminología actual se ha volcado en adoptar una posición intermedia entre el enfoque tradicional de la Criminología y el enfoque crítico, ya que se ha llegado a entender que no sólo se puede ocupar de descubrir los factores o circunstancias que impulsaron o condicionaron a una persona hacia la observancia de alguna criminalidad, sino que también resulta importante preocuparse por analizar el papel desempeñado por el sujeto pasivo de la infracción frente a la manifestación de la misma, sin que esto implique invadir el ámbito de la victimología, ya que se considera que se debe llegar hasta el estudio de los organismos estatales y las esferas sociales detentadoras del poder, que no sólo se le atribuye la prerrogativa atribución de definirse lo que debe entenderse como constructivo de la criminalidad, sino que además goza de una facultad represora y sancionadora de los comportamientos violatorios a su orden jurídico establecido, mediante mecanismos coercitivos, institucionalizados o no, de control social (Bucheli, 1995).

Antes de inmiscuirse a la Reacción es necesario entender las maneras como la sociedad responde ante la criminalidad, entre las que se distinguen: la prevención, que es la suma de políticas tendientes a obstaculizar el surgimiento y expansión de la criminalidad.

No se puede confundir a esta clase de prevención como un medio de Control, porque mientras esta se caracteriza por dirigirse al origen de la criminalidad, tener un alcance general y constituir un fin, está otra omite el estudio de las raíces del problema y sólo opera en el caso concreto sólo para dominarlo, conforme un medio para alcanzar un fin que inclusive puede llegar a ser la prevención (Bucheli, 1995).

En síntesis, el control social no es más que el agregado de mecanismos a través de los cuáles el orden institucional, obran en defensa y protección de sus propios y parcializados intereses, busca el sostenimiento del estatus quo, ideología que precisa y ordinariamente se ha prestado la Criminología en su visión tradicionalista, y que es muy criticada por los enfoques modernos (Bucheli, 1995).

Se tiene también a la represión que es una respuesta negativa del Estado o la sociedad a un comportamiento delictivo o desviado, y puede darse desde el campo legislativo (que al momento de determinar por medio del Derecho y su vertiente penal, ciertas conductas como delictivas, se acoge por lo general en beneficiar a la minoría), el Ejecutivo (que implica la actuación de cuadros policivos, militares y penitenciarios, para la aplicación de la definición comportamental deseada o esperada (Bucheli, 1995).

Por último, la Profilaxis, queremos prevenir, precaver o evitar, principalmente en el sentido médico o higiénico, entendiéndolo como tal que todo agrada a los tratadistas en el empleo del término “Profilaxis Delictual”, que se refiere al uso indebido para un término médico o higiénico. Esto se debe a la rápida adaptación de ese término en la Criminología, especialmente cuando los positivistas equipararon delincuencia y anormalidad esencial del tratamiento penal. Por lo que este término no debe tener cabida en esta disciplina, pues trata de asemejarse a las supervivencias del positivismo, que son inaceptables y se compadecen con una Criminología incipiente

o históricamente extraviada (Bucheli, 1995).

### **Políticas Criminales. -**

Se puede entender a las políticas criminales como el conjunto de medidas que adopta el Estado para enfrentar la criminalidad y la criminalización, se puede afirmar que cada enfoque criminológico plantea su propia política criminal (Pardo, 2003).

En el sentido positivista, se dirige principalmente a la prevención y represión en que se somete al individuo a terapias por la vía de la penología. Desde el paradigma contemporáneo se plantea otra perspectiva de política criminal alternativa, en dónde se promueve la disminución del alcance punitivo del Estado, por medio de la descriminalización, despenalización de comportamientos, y la desprisonalización que descargan a la comunidad de la violencia que encogolla el sistema penal, en base a una política criminal crítica o democrática, versada en la visión socio política de la criminalidad y la criminalización, fundada en los preceptos de la criminología crítica (Pardo, 2003).

La Política Criminal abarca tanto, al Derecho Penal, que se encarga de definir los tipos penales, además incluye la parte sancionadora para que la población se inhiba de cometer delitos; el Derecho Procesal Penal, que representa la forma de cómo combatir la criminalidad, en resumen es el mecanismo que acoge la actividad de los órganos de administración de justicia penal para hacer frente a la delincuencia y el Derecho de ejecución penal que encubre a la prisión como medida superior de Política Criminal (Pardo, 2003).

Dentro del Derecho Penal la Política Criminal se basa en el estudio de las actuaciones humanas que vulneren derechos e intereses individuales y colectivos de relevancia social y por esmero la eterna lucha contra la delincuencia, lo que implica la gestación de un sistema complejo de medidas, genéricamente denominadas Política Criminal, que se desarrollarán en base al Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y la Ejecución Penal (Pérez P. & Pérez C., 2009).

El Estado ha diseñado una estructura de defensa jurídica de sus habitantes para garantizar su seguridad, en base a que la pena cumple una función preventiva o de disuasión, que incidiría en la abstención de la comisión de ilícitos, situación que no es verificable, por cuanto no se puede determinar el efecto preventivo de la pena. Igualmente, el argumento de que la intensidad de la amenaza es proporcional al efecto preventivo también resulta dudoso (Pardo, 2003).

Así se constituye el Derecho Penal, por medio de un sistema de protección y defensa de bienes jurídicos; ante conductas reprochables para lo cual el aparato de control jurídico penal pone en acción una gama de instrumentos jurídicos que pretenden inmovilizar la amenaza que pone en riesgo el orden establecido. Para en funcionamiento de este sistema de protección el Estado ha organizado lo que genéricamente se conoce como Sistema Penal constituido por las instancias de control jurídico penal: Policía, Ministerio Público, Órgano Jurisdiccional y Subsistema Penitenciario (Pardo, 2003).

El propender un escenario dónde la intervención punitiva del Estado sea reducida a lo estrictamente necesario, de manera, que a través de la pena se puede lograr un equilibrio en la prevención general de la sociedad, lleva a establecer una relación con los principios promulgados en el derecho penal liberal, especialmente en lo referido a los límites impuestos al poder punitivo del Estado, como el principio de intervención mínima, (subsidiariedad del Derecho Penal, carácter fragmentario del mismo; en relación a la gravedad de las penas, principios de humanidad, y proporcionalidad) y los principios de intervención legalizada y de culpabilidad (Pérez P. & Pérez C., 2009).

Con la reducción del poder punitivo en la práctica de las Políticas Criminales se busca adoptar valores y principios amparados en las Constituciones y Tratados de Derechos Humanos, lo que es compatible con la teoría derecho Penal funcionalista, esgrimida por el profesor alemán Claus Roxin, que acoge los principios de un Derecho Penal moderado, abierto a las valoraciones de la Política Criminal, cuyas funciones expresas son: la protección de bienes jurídicos, la prevención y la reparación (Pardo, 2003).

Haciendo un balance general sobre los modelos de gestión penal en Latinoamérica se encuentra un resultado negativo, ya que estos se han dedicado a preocuparse más por un derecho penal actuarial reflejado su eficiencia en base a resultados estadísticos, que concentrado en procurar el bienestar de sus ciudadanos. Olvidándose que el Derecho Penal debe centrarse en proteger los bienes jurídicos de los individuos frente a graves ataques de otros individuos, pero a la vez debe protegerlos de la intervención punitiva desmedida del Estado, es decir que debe lograr un equilibrio entre estas dos funciones, hecho que constituye la primigenia de los conflictos y de la crisis actual en que se debate el Derecho Penal (Pérez P. & Pérez C., 2009).

En base a una interpretación de valoraciones estrictamente políticas, se sostiene que el Derecho Penal ha servido más bien como un instrumento para profundizar las diferencias sociales y la ciencia jurídica penal ha justificado la intervención punitiva oficial, en auxilio de privilegios minoritarios (Pérez P. & Pérez C., 2009).

Esto se corrobora en los Códigos Penales prescritos en varios países de América Latina que se prodigan en brindar protección a determinados intereses jurídicos individuales, en desmedro de otros que requieren igual o mayor protección debido a que implican circunstancias socioculturales diversas y responden a necesidades comunitarias (Pérez P. & Pérez C., 2009).

En el Derecho Procesal Penal la Política Criminal implica para los ciudadanos la más tensa confrontación con el poder del Estado, al ser este el portador del monopolio de la coerción, el encargado de imponer las sanciones ocasionadas por la lesión a los bienes jurídicos más importantes, a través de las penas (Pardo, 2003).

En esencia el proceso penal configura una relación jurídica que garantice que el Derecho Penal Sustantivo se materialice dentro de las formalidades establecidas por las normas procesales penales, para hacer frente al delito y la criminalidad necesariamente se requiere un ordenamiento jurídico ya establecido y vigente con anterioridad a la puesta en marcha del sistema de justicia penal, para garantizar la facultad sancionadora del Estado, su poder coercitivo, e impedir el menoscabo de los derechos y la integridad de los ciudadanos, como resultado de los excesos que se

puedan dar por los órganos de justicia penal (Pardo, 2003).

La Política Criminal en la ejecución penal, se ha reducido a la privación de la libertad en la cárcel, no obstante, la profunda y generalizada crisis de la rehabilitación y readaptación social, dada por el carácter represivo de los sistemas penales, han conculcado los derechos y garantías del ciudadano (Pardo, 2003). El fin de rehabilitación que se les atribuye a los Centro de Privación de la Libertad es inexistente, sin embargo, el transcurso del tiempo, como los nuevos modelos de gestión penitenciaria y las sucesivas reformas carcelarias, al igual que el mentado propósito humanista de la pena, dista lejos de ser una realidad.

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA**

#### **3.1 Enfoque**

La presente investigación se desarrolló desde un enfoque cualitativo inductivo que según Pérez (1994), es: “se considera como un proceso activo, sistemático y riguroso de indagación, sobre lo investigable, en tanto se está en el campo objeto de estudio” (p.25).

Se dice que la presente investigación se enfoca a la perspectiva cualitativa inductiva debido a que se somete una problemática jurídica con afectación social, como lo es la escasa aplicación del principio de proporcionalidad en la sanciones y medidas tipificadas en el COIP hacía los delitos de cuello blanco, favoreciendo exclusivamente a grupos minoritarios de poder que eluden a la Justicia por el amparo que les ofrece la legislación penal vigente, en cambio al penalizar conductas relacionadas con delincuentes comunes provenientes de los estratos inferiores de la sociedad, la normativa penal es inflexible, quebrantando la Justicia Social que se pretende instaurar en el Estado, por lo que se requiere de una investigación sistemática que aborde dicha problemática desde un plano cualitativo que permita observarla de manera más objetiva y amplia, para que el estudio guarde lógica y coherencia.

#### **3.2 Modalidad básica de la investigación**

##### **3.2.1 Investigación documental y bibliográfica**

Para Martínez (2011) la define como:

La que se realiza, como su nombre lo indica, apoyándose en fuentes de carácter documental, esto es, en documentos de cualquier especie tales como, las obtenidas a través de fuentes bibliográficas, hemerográficas o

archivísticas; la primera se basa en la consulta de libros, la segunda en artículos o ensayos de revistas y periódicos, y la tercera en documentos que se encuentran en archivos como cartas oficios, circulares, expedientes, etcétera.  
(p.2)

Entonces se puede entender que la investigación bibliográfica y documental, es la secuencia lógica de actividades conducentes a la obtención de información necesaria para generar más conocimiento a partir del uso apropiado y creativo de dicha información.

En esta modalidad de la investigación se utilizan técnicas documentales bibliográficas que permiten el manejo de habilidades de información como son: conocimiento de fuentes, recursos, servicios y productos de información del área de interés.

La presente investigación tiene una modalidad bibliográfica-documental, debido a que se ha analizado toda la información recolectada con el claro objetivo de relacionar las dos variables de la investigación a fin de establecer argumentos sólidos que justifiquen la existencia de la problemática planteada. Además de confrontar la situación actual del principio de proporcionalidad en las sanciones y medidas prescritas en el COIP y su injerencia en la Justicia Social del Ecuador.

### **3.2.2 Investigación de campo**

La investigación de campo se presenta mediante la manipulación de una variable externa no comprobada, en condiciones rigurosamente controladas, con el fin de describir de qué modo o porque causas se produce una situación o acontecimiento particular (Gómez, 2006).

Se puede definirla diciendo que es el proceso que, utilizando el método científico, permite obtener nuevos conocimientos en el campo de la realidad social. Investigación pura, o bien estudiar una situación para diagnosticar necesidades y problemas a efectos de aplicar los conocimientos con fines prácticos, investigación

aplicada (Gómez, 2006).

Se asume que la investigación desarrollada es de campo ya que se acude de manera directa a recolectar los datos relacionados con la temática planteada, por medio del método de la entrevista, que necesariamente cumple con los siguientes aspectos: seleccionar previamente al informante adecuado según los criterios definidos en el estudio, realizar las entrevistas, recoger las respuestas y resultados.

La investigación de campo sirve como un instrumento veraz, para la recaudación de información precisa y puede desarrollarse por varios métodos como la entrevista y la encuesta, la que debe enfocarse a personas relacionadas directamente con la temática social afrontada, para así poder definir una realidad clara, por cuyas razones es que se ha escogido a varios Defensores Públicos de la Provincia de Tungurahua para formular la entrevista, ya que ellos son los más ilustrados acerca del derecho y de la problemática jurídica que se plantea.

### **3.3 Nivel o tipo de la investigación**

#### **3.3.1 Investigación Descriptiva**

El propósito del investigador es describir situaciones y eventos. Esto es, decir cómo es y se manifiesta determinado fenómeno. En este tipo de investigación se busca establecer las propiedades más relevantes del fenómeno social sometido a análisis, ya que permite medir o evaluar diversos aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno o fenómenos a investigar.

Si se trata de un argumento científico, se puede decir que describir es medir, por lo que en el estudio descriptivo se selecciona una serie de cuestiones y se mide cada una de ellas independientemente. Además, se basa esencialmente en relacionar condiciones y conexiones existentes, prácticas que tienen validez, opiniones de las personas, puntos de vista, actitudes que se mantienen y procesos en marcha. Además, se centra en medir los explicativos a descubrir (Behar, 2008).

El desenvolvimiento de la investigación presenta un encuentro más cercano de la aplicación del principio de proporcionalidad en los delitos de cuello blanco, como herramienta jurídica garantista del cumplimiento del modelo de Justicia Social tutelado por el Estado desde la vigencia de la Constitución del año 2008, además que se busca el cumplimiento efectivo de normativas superiores como las establecidas en la Constitución y en Tratados Internacionales de Derechos humanos a fin de garantizar que las penas y medidas establecidas para los diferentes delitos guarden estricta relación al daño infringido y no sobrepase los parámetros legales establecidos y no pongan por debajo bienes jurídicos tan esenciales, como lo es la administración pública.

### **3.3. Investigación Exploratoria**

Es este tipo de investigación se pretende establecer una visión general, de tipo aproximativo, respecto a una determinada realidad. Se ejecuta principalmente cuando el tema elegido ha sido poco explorado y reconocido, y más aún, cuando sobre él, es difícil formular hipótesis precisas o de cierta generalidad. Los estudios exploratorios sirven para acrecentar el nivel de familiaridad con fenómenos relativamente desconocidos, como ocurre en el COIP al momento de definir las distintas conductas delictivas, lo que permite llevar a cabo una investigación más completa e investigar problemas del comportamiento humano que se precisan verificar. Esta clase de estudios son comunes en la investigación del comportamiento, sobre todo en situaciones donde hay poca información (Behar Rivero, 2008).

El método de investigación exploratorio debe realizarse de manera adecuada, ya que requiere interpretar y aplicar sus resultados de manera acertada, eficiente y con toda la rigurosidad metodológica y estadística, para permitir que la evaluación basada en la información obtenida, pueda ser utilizada en base a los propósitos por los cuales fue diseñada.

Cabe decir que esta investigación se realizó explorando todo lo concerniente al problema planteado, es decir en relación a como el principio de proporcionalidad es utilizado en el COIP y si se está cumpliendo con la Justicia Social enunciada en la

Constitución, para lo cual el investigador se proveyó de toda la documentación histórica referente a la legislación ecuatoriana, a la doctrina internacional, casos en el derecho internacional y tratados de derechos humanos , en sí se recolecto toda la información necesaria para describir de una manera concreta el tema de investigación para posteriormente asociar las variables que intervienen en el problema y comprobar los hechos planteados, en lo que corresponde principalmente a la inoperancia del Principio de Proporcionalidad en el COIP.

## CAPÍTULO IV

### ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

#### 4.1 Análisis descriptivo de los datos obtenidos

Se realizó entrevistas a cuatro Defensores Públicos de la provincia de Tungurahua, que son los profesionales más indicados para responder las preguntas relacionadas al tema de investigación, debido a que por el ejercicio de su profesión en el ámbito público, son quienes más conocen el desarrollo de la Justicia Penal al momento de evaluar las distintas conductas delictivas y si existe correlación entre los actos cometidos con las medidas y sanciones prescritas en el COIP; información que a continuación se detalla:

**Pregunta No. 1:** ¿Considera usted que en la legislación penal vigente existe desproporcionalidad en las penas y medidas definidas para cada delito?

Tabla 2 Entrevista Pregunta No.1

ENTREVISTADO	RESPUESTAS
Abogado Édison Fernando Suarez Flores	Si en el Ecuador existen penas y medidas desproporcionadas, da lo mismo cometer un ilícito que violenta un bien jurídico protegido de la propiedad, que el delito de peculado que es muchos más grave y nos perjudica a todos. Los delitos ordinarios tienen penas muy severas en relación a los afamados delitos de cuello blanco que inmiscuyen a los poderes del país. Se debe analizar profundamente el contexto de cómo se comete el ilícito. Ya que no va a dar lo mismo el cometimiento de un acto que perjudica los intereses de una sola persona, al que se comete perjudicando a todo un país. Es desfachatado que el legislador se centre en penalizar de manera más fuerte ilícitos menores que ocasionan un daño mínimo en contrapartida con los millones de dólares que funcionarios públicos mal utilizan en el ejercicio de sus funciones. La desproporción habida en el COIP no radica en la comparación entre delitos menores, sino que nace a partir de los casos donde se implantaron penas mínimas, pese a que el

	<p>daño generado era mucho mayor, como ocurrió en el caso de la estrella dorada sobre la compra y venta de pases policiales, en caso FIFA Gates y muchos más. Es allí donde el juzgador penal debe prestar gran endereza, para que no se empiece a ejercer una justicia selectiva. Existe la figura jurídica del principio de proporcionalidad que sirve como medio para cuantificar debidamente la imposición de una pena, que lamentablemente el juzgador penal obvia al momento de emitir sus fallos.</p>
<p>Abogado Paul Santiago Martínez Ramos</p>	<p>Si se coloca al principio de proporcionalidad desde la sana crítica del Juez y no como una herramienta de obligatoria aplicación es cuando se empieza a maniobrar a la Justicia Penal en beneficio de los intereses de pequeños grupos de poder que gobiernan el Estado. Existen muchos delitos menores relacionados con pequeños robos, que llegan a tener penas privativas de la libertad de hasta dos años, ojo que no se trata de defender el delito que cometieron esas personas, que sin lugar a dudas merece una sanción, pero no la que les fue impuesta.</p> <p>Muchos ciudadanos observan con mucha indignación cómo personas acusadas de lavado de activos o enriquecimiento ilícito por un proceso abreviado salen en un año. En antagonismo con otras personas que por un teléfono van tres o más años a la prisión.</p> <p>Los operadores de administración de Justicia están acostumbrándose a sancionar drásticamente delitos de bagatela pero a la hora de sancionar delitos de gran connotación debido al desfalco público con el que se tiñen se muestran benévolo e inclusive flanquean esos delitos de cuello blanco.</p>
<p>Abogado Darío Javier Moyano Aguilar</p>	<p>En la Carta Constitucional, como norma suprema, se dispone que la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza; pero parece los legisladores en la Asamblea Nacional ni siquiera leyeron el articulado constitucional para estructurar el COIP; pues hasta el día de hoy es inconcebible que una persona que sea sorprendida contrabandeando un galón de gasolina reciba una pena de cinco a siete años de cárcel, y que la misma pena le corresponda a quien contrabandee con combustible de uno, dos o más tanqueros, existen métodos de determinación al momento de establecer una pena que los legisladores no han observado, una pena no puede ser dada al simple arbitrio sino que la misma debe guardad un mínimo criterio jurídico para su cuantificación. Al</p>

	<p>igual que debe ser el resultado de una estricta revisión criminológica, que no puede estar orientado en criterios clasistas, que por pertenecer a un sector pobre del país ya se te estigmaticé como un delincuente. Situación que ocurre en el país porque en cifras claras se evidencia que la mayoría de la población penitenciaria pertenece a los marginados del país, a quienes se les niega la oportunidad de desarrollarse en igualdad de condiciones y más bien se les reprime severamente, muy a diferencia de los sujetos pertenecientes a cunas nobles, de alto nivel económico y estatus social, que a sabiendas muchas veces de la gravedad de sus ilícitos evaden a la justicia inclusive impunemente siguen agrandando su patrimonio a costa de las arcas del Estado.</p> <p>Es necesario crear leyes con penas diferentes de acuerdo al daño causado, para de esta manera no generalizar la pena, se debe revisar todo el COIP, porque las penas en la mayoría de infracciones son bastante desproporcionadas.</p>
<p>Abogado Orlando David Medina Escobar</p>	<p>En el numeral 6 el artículo 76 de la Constitución del Ecuador se establece claramente que las penas deben ser proporcionales al daño causado por el delito, garantía que hasta el día de hoy no se cumple a cabalidad ni por los legisladores, ni por los juzgadores penales. Se puede observar un sinnúmero de penas desproporcionadas en el COIP, esto ocurre en razón que quienes fijan las penas tienen intereses de por medio, sin olvidar la presión que ejercen los medios, y la conflictividad social, es verdad que en la determinación penal no se ha llegado a un consenso ni a una convicción científica para saber su objetivo principal, entendiéndolas solo como el medio de imponer una dosis de dolor sobre quienes han contrariado la norma penal. Pero si se han establecido teorías que contribuyen a la hora de su imposición, lamentablemente la fijación de una pena se ha vuelto un asunto más político que jurídico, ahora el legislativo se toma a la ligera y al azar la cantidad de pena a determinan, restando importancia a un bien jurídico que es valiosísimo para la dignidad humana como lo es la libertad, parece que se da mayor atención a los intereses de unos pocos, agudizando la pobreza en el país.</p>

FUENTE: elaboración propia a partir de entrevistas

**Pregunta No. 2:** ¿A su criterio personal puede señalar que delitos en el COIP, son categorizados con mayor rigidez por el legislador penal?

**Tabla 3 Entrevista Pregunta No.2**

<b>ENTREVISTADO</b>	<b>RESPUESTAS</b>
Abogado Édison Fernando Suarez Flores	Dejando de lado los delitos contra la vida, así como los sexuales se puede determinar que como regla general el legislador penal se muestra más renuente a las figuras delictivas que atentan la propiedad, debido a que estas generan mucho interés por el conglomerado que son los principales afectados en el cometimiento de estas conductas delictivas; a la par que los medios sensacionalistas contribuyen con sus emisiones diarias de los altos índices de criminalidad que muchas de las veces llegan a sobredimensionar la situación real.
Abogado Paul Santiago Martínez Ramos	Anteriormente el Estado se centró en reprimir con gran dureza, delitos como el terrorismo, el sabotaje y la obstrucción de vías, debido a que no se toleraba ningún tipo de manifestación, y que el poder se encontraba subyugado al ejecutivo, ahora que el aparato estatal se supedita a un nuevo gobierno que supone una integración de todos sus estamentos, se ha olvidado dicha práctica, pero se ha centrado en ejercer un estado de seguridad pública empeñado en combatir infaliblemente la corrupción, situación que no es cierta o que por lo menos no se observa, más bien se evidencia su incapacidad en hacer frente a tal problema, y más bien se han centrado por ejercer un control punitivo desmesurado, sobre delitos menores, que no implican un daño material cuantioso.
Abogado Darío Javier Aguilar Moyano	Desde el año 2010 antes que ingrese este nuevo gobierno ya se acentuó un giro punitivo en el Estado, que se vio ratificado con el COIP en el año 2014, debido a las demandas sociales se ha reformado varias veces las penas impuestas a los delitos menores, pero la planteada en el COIP, resulta la más severa, pues los techos del daño material se disminuyeron, forjando a que gran parte de contravenciones pasen a ser delitos, el legislador penal se ha empeñado en sancionar inflexiblemente a estos delitos.
Abogado Orlando David Medina Escobar	La justicia al momento de ejercer las distintas políticas criminales se basa ampliamente en el etiquetamiento de las personas, por lo mismo es que los procesos de criminalización, victimización y control policial se realizan en

	<p>los sectores más caóticos de la sociedad, lo que da apertura a que quiénes más deban responder a la ley penal provengan estratos inferiores de la sociedad, debido a los pocos recursos económicos que tienen. Por ello cuando se trata de delitos ordinarios en su mayoría, estos versarán sobre personas de bajos recursos económicos y con una preparación académica baja o nula. El sistema penal parece estar estructurado para que dichas conductas siempre sean reprimidas con alguna pena privativa de la libertad, y no con el objetivo de reinsertar al sujeto a la sociedad una vez cumplida la pena, sino para mantenerlo aislado. Es por ello que considero que las penas más desmesuradas son las dadas a los delitos ordinarios, que gozan de un alto reproche por las leyes penales.</p>
--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

FUENTE: elaboración propia a partir de entrevistas

**Pregunta No. 3:** ¿Por qué cree usted que existen sentencias con penas privativas de la libertad más drásticas hacia los delitos ordinarios que a los delitos denominados de cuello blanco?

**Tabla 4 Entrevista Pregunta No.3**

<b>ENTREVISTADO</b>	<b>RESPUESTAS</b>
Abogado Édison Fernando Suarez Flores	Porque nos encontramos en un sistema sesgado contra la pobreza y la desigualdad, que quién domina el poder económico, también domina los demás peldaños del Estado, en cambio como la delincuencia común no representa ningún tipo de poder es reprimida con gran dureza, al fin y al cabo, se hace imposible para un delincuente común acudir a otras instancias judiciales por lo que sólo le queda asumir la pena impuesta, profundizando aún más la miseria en la que vive. En cambio, resulta mucho más probable que un delincuente adinerado pueda hacer uso de todas las herramientas que dispone para eludir la justicia, ya sea sobornando a los funcionarios penales, o retardando el proceso hasta encontrar un artilugio legal que se preste a favorecerlo.
Abogado Paul Santiago Martínez Ramos	Todo empieza desde la legislatura que son quiénes fijan los tipos penales y aprueban las leyes, ya que desde ahí se flanquea muchos de los delitos vinculados con personajes políticos y de poder, una muestra del atroz Sistema, era el ya extinto informe de Contraloría que se exigía para el inicio de la acción penal contra el peculado y el lavado de activos, gracias

		<p>a que ese informe retardaba el accionar de Fiscalía, muchos de los funcionarios corruptos del gobierno de Correa pudieron darse a la fuga, tuvo que la ciudadanía elevar su rechazo a dicho informe para que el mismo fuera suprimido, por eso es que mantengo mi posición al decir que todo empieza desde la Asamblea si los legisladores realmente se basarán en criterios lógicos y coherentes y no clasistas, al penalizar cada figura delictiva, el juzgador penal no tendría a su arbitrio y discrecionalidad a la hora de administrar justicia, lo que permitiera que sus fallos sean más ecuanimes y estricto apego de la norma penal, sin embargo como goza de su sana crítica e interpretación a su parecer, quién sabe si con intereses de por medio, ajusta la norma penal y emite sus fallos.</p>
Abogado Javier Moyano	Darío Aguilar	<p>Al momento de valorar los distintos delitos relacionados ya sea con la propiedad, malversación de fondos, lavado de activos, entre otros; tanto los legisladores como los juzgadores penales deben observar más el daño material que se comete, ya que equivocadamente se relaciona al delito de robo con la agresión física y el estrés postraumático de la víctima, tendiendo a erróneamente pensar que el bien jurídico protegido es la vida o la integridad física, lo que no es correcto porque el bien jurídico que se protege exclusivamente es la propiedad, de aquí surge el problema en el juzgamiento de los delitos comunes y los delitos de cuello blanco, el juzgador somete a una penalización menor a los delitos de cuello blanco porque no se les atribuye ningún acto de violencia lo que no ocurre contra el robo, argumento que basta para justificar el flexible tratamiento que se les da a estos delitos que atentan gravemente con el bienestar colectivo.</p>
Abogado David Escobar	Orlando Medina	<p>A la hora de sancionar un delito y otro se deben analizar detenidamente las circunstancias en que cada uno concurrieron, los delitos comunes se caracterizan por ser ejecutados por la llamada delincuencia torpe, es decir que son realizados por personajes que son de fácil acceso al Sistema Penal, ya sea por las condiciones sociales y económicas a de las que devienen, o por las reiteradas veces que cometen ilícitos menores, lo que hace que sus actividades ilícitas sean más pesquisables sin el menor análisis jurídico, lo que no ocurre con los delitos de cuello blanco que son ejecutados por fastuosos personajes que gozan primero de un poder económico elevado que supedita a los demás poderes entre ellos al judicial y porque dichos personajes tienen una preparación académica muy superior, que les permite fraguar</p>

	sus delitos de una manera casi indetectable, es por ello que requieren de investigaciones exhaustivas y minuciosas. Muy aparte del hecho que dentro de los gobiernos cuentan con gente que vela por sus intereses.
--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

**FUENTE:** elaboración propia a partir de entrevistas

**Pregunta No. 4:** ¿Considera usted que en la fijación de penas privativas de libertad a delitos económicos y contra la administración pública se observan los parámetros de proporcionalidad demandados en la Constitución?

**Tabla 5 Entrevista Pregunta No.4**

<b>ENTREVISTADO</b>	<b>RESPUESTAS</b>
Abogado Édison Fernando Suarez Flores	En lo que configura el principio de proporcionalidad como ente jurídico encargado del control constitucional en la determinación de las penas, no se está cumpliendo los parámetros enfatizados en dicho principio, primero si hablamos sobre la necesidad de la pena, considero que una pena privativa de la libertad en relación al daño social ocasionado en mínima, en cuanto a la idoneidad, no se está cumpliendo con dicho presupuesto ya que el bien jurídico de la confianza y la probidad en el manejo de los bienes estatales corresponden a una pena privativa de la libertad superior a la planteada, es decir que no existe proporción entre la gravedad del injusto y pena impuesta, contrariando un principio constitucional esencial.
Abogado Paul Santiago Martínez Ramos	Al establecer una relación entre el daño ocasionado y la gravedad de la pena, se puede ver una desmesurada flexibilidad en la concepción de las penas, por lo que es necesario racionalizar la cantidad de la pena impuesta en función del daño causado al bien jurídico protegido.
Abogado Darío Javier Aguilar Moyano	Existe otras manera más eficaces para reparar el daño ocasionado, claramente no se está observando el principio de proporcionalidad en las penas dadas para este tipo de delitos, primero porque el principio de proporcionalidad se sujeta a un postulado sencillo que es mantener equidad entre el acto, la pena y el delito, dicha equidad no sólo le favorece a la víctima sino que es en pro de las dos partes y es al principio de proporcionalidad a quién le corresponde interpretar y relacionar la gravedad, la conciencia, el dolo y la premeditación para cometer un acto, que le permita equilibrar

		esos factores en relación con el acto cometido para la fijación de una pena; situación que no se observa al momento de penalizar estos delitos ya que no guarda concordancia el daño ocasionado con la pena impuesta.
Abogado David Escobar	Orlando Medina	Muy a parte de que los legisladores no observaron los parámetros precisados por el principio de proporcionalidad para la imposición de penas, es necesario también analizar la actuación del operador de administración de justicia penal que goza de una discrecionalidad y sana crítica a la hora de juzgar los delitos que llegan a su conocimiento, el mismo debe hacer uso de dichas facultades y de su razón humana al momento de sancionar un delito cometido, recordando que antes de ser Juez Penal, es un Juez Constitucional, encargado de instigar a que todo el proceso penal se desarrolle con estricto apego a la norma constitucional; además que es el garante encargado de tutelar correctamente todos los bienes jurídicos que entran en juego en el juzgamiento penal, sin embargo el juzgador penal ha orientado sus actuaciones en ser un mero aplicador de la ley penal, olvidándose que en sus manos distan derechos tan esenciales como la libertad, y que su fin no está en hacer prevalecer la norma penal sino la justicia.

FUENTE: elaboración propia a partir de entrevistas

**Pregunta No. 5:** ¿Qué entiende usted por Justicia Social?

**Tabla 6 Entrevista Pregunta No.5**

ENTREVISTADO		RESPUESTAS
Abogado Fernando Flores	Édison Suarez	La Justicia Social se refiere a que los operadores de justicia deben considerar para aplicar la sanción penal el estado social de cada persona, si esta se encuentra en algún grupo de atención prioritaria.
Abogado Santiago Ramos	Paul Martínez	Justicia Social se refiere dar cada quién lo que le corresponda en base a las pruebas aportadas en el juicio.
Abogado Javier Moyano	Darío Aguilar	Dar a cada quién lo que le corresponde dentro de un proceso.
Abogado David Escobar	Orlando Medina	Es dar a cada quién lo que le corresponde según las pruebas aportadas en el juicio.

FUENTE: elaboración propia a partir de entrevistas

**Pregunta No. 6:** ¿Considera usted que en el proceso penal se está cumpliendo el mandato de Justicia Social que postula la Constitución del Ecuador?

**Tabla 7 Entrevista Pregunta No.6**

<b>ENTREVISTADO</b>	<b>RESPUESTAS</b>
Abogado Édison Fernando Suarez Flores	Eso es una idealización, que se concretiza una verdadera Justicia Social como lo plantea la Constitución es casi imposible ya que siempre van existir derechos en colisión, es muy difícil que las personas renuncias a ciertos derechos en beneficio de otras a menos que la ley así lo exija, porque si hablamos de un valor intrínseco las organizaciones sociales se han caracterizado por su egoísmo que se aflora a la hora de que sus intereses están en juego.
Abogado Paul Santiago Martínez Ramos	La idea de un Estado de Justicia Social se torna un sueño, ya que desde que el hombre se unió en sociedad, ha visto para él, muy rara vez se ha pensado en el bienestar colectivo, sólo cuando este implicaba un beneficio personal, a más que las clases sociales están muy marcadas por un lado los grupos minoritarios de poder, pero que controlan todo y por otro la clase pobre en donde los sujetos desde su nacimiento ya vienen marcados a sufrir segregación porque vivimos en una sociedad desfragmentada que basa sus criterios por estereotipos sociales y de etiquetamiento.
Abogado Darío Javier Aguilar Moyano	El término Justicia Social es muy trillado, ahora todo se hace por y para beneficio de la Justicia Social, pero a la vez no significa nada, peor aún en el ámbito penal, que sólo se estandariza al cúmulo de sentencias condenatorias para demostrar su eficacia, sin importar a cuántos individuos se les prive de su derecho de libertad, la verdad yo la veo inalcanzable, e irrealizable en el Derecho Penal.
Abogado Orlando David Medina Escobar	Desde que se instauró el nuevo modelo de gestión constitucional se ha hecho muchas veces mención a este término de la Justicia Social, pero en la práctica ni las garantías constitucionales, ni los principios como mandatos de optimización al logrado alcanzarla en plenitud, ha habido ciertos logros en el área penal en las búsqueda de la tan anhelada Justicia Social, como al incrementar las penas a delitos de corrupción y a los económicos que vincula a fastuosos personajes, al igual que al establecer delitos de odio que son reprochados altamente en la ley penal, que compendian logros en cuanto a la Justicia Social, pero aún

	faltan muchos hallazgos en el COIP, que corregir en cuanto al quantum de la pena, así como se da en el delito de hurto que a mi parecer cuando se trata del simple sólo debería ameritar una contravención, no prescribirse como delito.
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

**FUENTE:** elaboración propia a partir de entrevistas

**Pregunta No. 7:** ¿En su opinión personal que circunstancias piensa que motivan a los legisladores al momento de determinar las diferentes sanciones y medidas para cada tipo delictivo?

**Tabla 8 Entrevista Pregunta No.7**

<b>ENTREVISTADO</b>	<b>RESPUESTAS</b>
Abogado Édison Fernando Suarez Flores	Queda claro que sus intereses personales, es por aquello que al categorizar delitos relacionados a actos de corrupción con funcionarios públicos las penas son más endebles, y cuanto se trata de la criminalidad común son tajantes, asumiendo que aquellas generan más daño a la sociedad, cuando en la realidad lo que ha venido carcomiendo al Estado son los funcionarios públicos que se aprovechen del estatus que les brinda su puesto en el gobierno.
Abogado Paul Santiago Martínez Ramos	Muchas veces los legisladores no utilicen argumento idóneos y coherentes para fijar las penas, sino más bien se dejan llevar meramente por el sentido común que les dirige, olvidándose que cada persona tiene un criterio subjetivo basado en sus experiencias, porque no puede acudir únicamente aquel, sino que debe versarse en un criterio jurídico a la hora de cuantificar las penas.
Abogado Darío Javier Aguilar Moyano	Muchas de las veces los señores Asambleístas basan sus argumentos para determinar las penas en lo que les demanda el pueblo y los medios de comunicación lo que es un grave error, ya que la imposición de penas no puede hacerse a través de reacciones impulsivas enfocada en la conflictividad social, esta debe sujetarse a lo estipulado en la Constitución y cumplir los lineamientos que demanda la proporcionalidad como son la necesidad, idoneidad y proporcionalidad estricta, el legislador no puede perder los límites temporales para su construcción, debe evitar que su predeterminación política marque su tendencia a la hora de criminalizar ciertos comportamientos

		penales.
Abogado David Escobar	Orlando Medina	En la determinación de penas siempre juegan los poderes predominantes, en el pasado lo era la fuerza política quién ejercía el mayor poder dentro de un Estado, por aquello era que las normas penales siempre se dictaban a su conveniencia, ahora este poder se ella supeditado por el económico, entonces ahora las normas penales obviamente se ajustaran a los intereses del poder económico, por eso no sorprende escuchar que existan penas de prisión hasta de 2 años por el lavado de activo de millones de dólares, o que se otorguen medidas alternativas a la cárcel a delincuentes de cuello blanco, ahora ellos son la clase dominante que se expande sin control alguno, más bien el Estado se enfoca en buscar chivos expiatorios, es decir que busca encuadrar sólo a determinados sujetos en este grupo para que en efecto puedan ser reprimidos y satisfacer la aspiración colectiva de la moral. Ya lo decía Raúl Zaffaroni, ex ministro de la Corte Argentina si no existieran delincuentes, tocaría inventarlos, porque sin ellos todo el sistema se derrumbaría, que pasaría con los bancos, los seguros, los policías, los impuestos, las aduanas, sin duda sería una catástrofe.

**FUENTE:** elaboración propia a partir de entrevistas

**Pregunta No. 8:** ¿Piensa usted que las medidas adoptadas en el Ecuador están sirviendo para contrarrestar la corrupción?

**Tabla 9 Entrevista Pregunta No.8**

ENTREVISTADO		RESPUESTAS
Abogado Fernando Flores	Édison Suarez	Han servido como medio para frenar un poco los actos de corrupción dados en los últimos años, pero aún faltan mucho por hacer, todo se empieza desde casa; es decir desde el Gobierno, si aún se mantienen a los mismos personajes oligarcas relacionados con tales actos ejerciendo cargos públicos que se puede esperar.
Abogado Santiago Ramos	Paul Martínez	Una de los hechos que ha llamado mucho la atención, son las denuncias presentadas en contra del gobierno pasado, dónde se encontraron vinculados muchas autoridades públicas que se hallaban ejerciendo cargos en el Gobierno actual y empresarios privados nacionales y extranjeros; lo que obligo a que se

		adoptaron medidas para hacer frente a este fenómeno creciente de la corrupción sin embargo que confianza puede existir de que la justicia se está manejando con transparencia, si el mismo presidente de la República formo parte del gobierno corrupto de Alianza País.
Abogado Javier Moyano	Darío Aguilar	Las medidas adoptadas son muy pocas y no atacan el problema de fondo, que son las leyes que blindan a estos personajes de poder, es necesario realizar una reforma integral del COIP, porque así como en el artículo 581.3 se exigía la emisión de los informes previos sobre indicios de responsabilidad penal emitidos por la Contraloría General del Estado, en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, que tardaban demasiado tiempo, permitiéndoles a los presuntos autores fugarse y eludir su responsabilidad penal, existen muchas más artículos que protegen y abalizan el cometimiento de estos ilícitos, tanto en la determinación de las penas como en las medidas para frenar estos ilícitos.
Abogado David Escobar	Orlando Medina	Hay mucho trabajo por hacer si lo que se busca es combatir a la corrupción, indudablemente la reforma planteada por la Corte Constitucional al artículo 581.3 del COIP, representa un logro histórico sobre la clase dominante, existen otras normas que les facilitan el cometimiento de sus ilícitos, como lo que ocurre en el verbo rector del enriquecimiento ilícito, que no se encuentra definido correctamente, facilitándole al individuo corrupto la comisión del delito.

**FUENTE:** elaboración propia a partir de entrevistas

**Pregunta No. 9:** ¿Considera usted que la reforma planteada en el artículo 581.3 del COIP, ha servido como un medio para restablecer la Justicia Social en el Ecuador?

**Tabla 10 Entrevista Pregunta No.9**

ENTREVISTADO		RESPUESTAS
Abogado Fernando Flores	Édison Suarez	Validar totalmente a la Justicia Social es algo imposible pero la reforma planteada, ha resultado como un adecuado medio para equiparar la situación de los sujetos procesados en los delitos económicos y contra la administración pública en relación a otros delitos, ya que estos proceden de clases sociales privilegiadas y con dicha reforma se estaría obviando la conducta penal de blindar dichas conductas.

<p>Abogado Paul Santiago Martínez Ramos</p>	<p>La reforma planteada al artículo 581.3 del COIP, acoge los preceptos jurídicos que se deben ser observados en la aplicación del principio de proporcionalidad, sobre todo en el hecho de que la Fiscalía ya no se encuentra frente a un candado legal para procesar a las personas culpadas del cometimiento de peculado y enriquecimiento ilícito, sino que goza de total autonomía para instaurar la investigación penal de estos delitos como ocurre en cualquier otra modalidad delictiva, acentuándose un ambiente de Justicia Social, pues tanto el delincuente común como el delincuente de cuello blanco son tratados de manera proporcional a la acción punible cometida.</p>
<p>Abogado Darío Javier Moyano Aguilar</p>	<p>En el Ecuador se ha normalizado la conducta de sancionar severamente delitos ordinarios y de ser permisivos ante delitos relacionados con el poder público y privado, una muestra falaz de la desproporcionalidad constante en el COIP eran los informes de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado, debía emitir en el peculado y el enriquecimiento ilícito que servían como limitantes en la investigación penal, obstaculizando a la Fiscalía General del Estado en uso de sus atribuciones y competencias constitucionales, con la reforma planteada ahora la Fiscalía puede investigar de oficio y de manera perseverante los delitos en contra de la Administración Pública.; lo que implica un suceso de gran importancia para la Justicia Penal, mucho más para el ejercicio de una verdadera Justicia Social orientada no en favoritismos hacía determinados grupos sino en la realización de un Estado proclive al interés social.</p>
<p>Abogado Orlando David Escobar Medina</p>	<p>Lo planteado al reformar el artículo 581.3 del COIP, afianza al Sistema Penal ya que la prejudicialidad establecida en tal articulado consistía en una figura procesal que no era definida con certeza y más bien se la consideraba como una acción jurisdiccional previa a otro proceso, por lo que el informe previo que realizaba la Contraloría no cabía dentro de la legislación penal, ya que este no es un acto judicial sino meramente administrativo, en el que no se da una resolución sino más bien determina indicios de responsabilidad penal para que posteriormente la Fiscal dentro de la instrucción Fiscal, nuevamente investigara mediante la vía judicial, dilatando el curso del proceso y favoreciendo a los autores de tales ilícitos, es por ello que la acertada reforma de este articulado implanta una nueva visión en el tratamiento de estos delitos dónde ya no</p>

	se favorecen a los ricos y poderosos, sino más bien se los juzga como los delincuentes corruptos que tanto mal hacen a la patria.
--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

**FUENTE:** elaboración propia a partir de entrevistas

**Interpretación de la Pregunta N° 1:** ¿Considera usted que en la legislación penal vigente existe desproporcionalidad en las penas y medidas definidas para cada delito?

Luego de analizar las respuestas dadas por los profesionales del derecho se ve un criterio compartido en cuanto a la desproporcionalidad que existe en los diferentes delitos tipificados por el COIP, especialmente en los económicos y los que atentan la administración pública, los entrevistado coinciden en aseverar que en el Ecuador la Justicia es maniobrada por los grupos de poder y por tanto las conductas penales son definidas de acuerdo a sus intereses, por tal razón es que existen muchas trabas en el seguimiento de los delitos de cuello blanco, no así en los delitos ordinarios que son infaliblemente perseguidos por el legislador.

**Interpretación de la Pregunta N° 2:** ¿A su criterio personal puede señalar que delitos en el COIP, son categorizados con mayor rigidez por el legislador penal?

Los entrevistados precisaron que existen muchos hallazgos sobre la desproporcionalidad de penas destacando los delitos ordinarios, que son tratados con un reproche social altísimo, así mismo los que atañen a protestas sociales, o también los relacionados con el contrabando, que tiene una penalización muy severa, dónde no se observa en un contexto objetivo la conducta, y en comparación a otros delitos que ocasionan daños mayores al Estado, sus penas son demasiado elevadas.

**Interpretación de la Pregunta N° 3:** ¿Por qué cree usted que existen sentencias con penas privativas de la libertad más drásticas hacia los delitos ordinarios que a los delitos denominados de cuello blanco?

Del análisis realizado a las respuestas de los entrevistados se pudo distinguir que

existen varios aspectos importantes que llevan a la distinción de las penas entre los delitos ordinarios y de cuello blanco, empezando por la fuerza que se infringe lo que agrava la situación al momento de sancionar cada una de las conductas, otro aspecto que mencionaron fue el poder económico por parte de los sujetos que cometen delitos de cuello blanco y los bajos recursos económicos de la delincuencia ordinaria, a la par que la justicia penal se desarrolla de manera sectorizada y selectiva.

**Interpretación de la Pregunta N° 4:** ¿Considera usted que en la fijación de penas privativas de libertad a delitos económicos y contra la administración pública se observan los parámetros de proporcionalidad demandados en la Constitución?

Del análisis de las entrevistas se ve que en la imposición de penas delitos económicos y contra la administración pública, no se observa ni la necesidad, ni la idoneidad, mucho menos la proporcionalidad estricta a la hora de determinar sus penas, no existe racionalización de la cantidad de la pena impuesta en relación a la cuantía del daño social producido.

**Interpretación de la Pregunta N° 5:** ¿Qué entiende usted por Justicia Social?

Realizadas la entrevista y su posterior análisis se determinó que en esta pregunta hubo paridad en las respuestas, todos los entrevistados coincidieron en que la Justicia Social a su criterio es dar a cada quién lo que le corresponde, situación que también se presenta dentro del proceso penal, ya que el Juez resolverá de acuerdo a las pruebas aportadas por las partes y en razón del estado social perentorio del procesado.

**Interpretación de la Pregunta N° 6:** ¿Considera usted que en el proceso penal se está cumpliendo el mandato de Justicia Social que postula la Constitución del Ecuador?

Analizadas las respuestas dadas en la entrevista todos enfatizaron en que la Justicia Social es una aspiración inalcanzable, que sólo se constituye en un sueño idealizado por el Estado garantista de derechos y que en la práctica esta no se hace realidad,

pero que desde la instauración de la Constitución del Ecuador del 2008 han existido avances en cuanto a esta temáticas, ahora por lo menos ya se abordan temas relacionadas con la naturaleza, los animales y primordialmente en relación a los sujetos más vulnerables de la población, además que se han implementado medidas para en un mínimo aflorar el sentido de Justicia Social como al incrementar las penas para delitos que involucran actos de corrupción de empleados públicos y empresarios privados; y al desechar requisitos que sólo servían para dejar en la impunidad a los corruptos.

**Interpretación de la Pregunta N° 7:** ¿En su opinión personal que circunstancias piensa que motivan a los legisladores al momento de determinar las diferentes sanciones y medidas para cada tipo delictivo?

Del análisis realizado se pueden distinguir tres aspectos predominantes a la hora de fijar las diferentes sanciones y medidas para cada delito, primero la falta de criterio y uso de las herramientas constitucionales que sirven para estructurar una pena, los legisladores optan por su sentido común y no ajustarse al marco jurídico; el segundo aspecto en que concurren al entorno problemático social y a la presión mediática ejercida por los medios de comunicación y como último aspecto es el ejercicio del poder que en la actualidad se encuentra concentrado en el poder económico, ahora el poder político se halla supeditado aquel, que es quién maneja los hilos del Estado.

**Interpretación de la Pregunta N° 8:** ¿Piensa usted que las medidas adoptadas en el Ecuador están sirviendo para contrarrestar la corrupción?

Del análisis que se realiza de las preguntas hechas a los entrevistados se puede concluir que las medidas adoptados por el Estado para frenar la corrupción no son suficientes, sino que se debe atacar el problema de fondo, que parte primero con que el Gobierno siga manteniendo como funcionarios públicos a personajes vinculados con estos actos de corrupción y se debe realizar un análisis profundo al COIP, para poder depurar de dicha normativa todos los preceptos tendientes a proteger y blindar el cometimiento de ilícitos relacionados con la corrupción.

**Interpretación de la Pregunta N° 9:** ¿Considera usted que la reforma planteada en el artículo 581. 3? del COIP, ha servido como un medio para restablecer la Justicia Social en el Ecuador?

Del análisis que se realiza a los entrevistados se puede determinar que en su mayoría efectivamente sostienen que la reforma realizada en el COIP sobre el requisito de prejudicialidad para instaurar la acción penal en contra del peculado y el enriquecimiento ilícito constituye un adecuado medio para equiparar la situación de los sujetos procesados en los delitos económicos y contra la administración pública en relación a otros delitos, a más que otorga a la Fiscalía total autonomía para instaurar la investigación penal de estos delitos como ocurre en cualquier otra modalidad delictiva, acentuándose un ambiente de Justicia Social en el país.

## CAPÍTULO V

### PRODUCTO FINAL

#### 5.1 Conclusiones

El Principio de proporcionalidad dentro de la legislación penal debe ser aplicado como respuesta a los múltiples y crecientes abusos del poder, que partiendo desde el legislativo se caracteriza por crear normativas de manera selectiva y no como mecanismos de resarcimiento al mal ocasionado en la persona y en la sociedad, por lo que la participación de dicho principio en el ámbito penal debe ser protagónica, ya que juega un rol muy importante en el control constitucional del aparato penal estatal, el cual se debe enfocarse principalmente en que, la construcción de las conductas penales y sus correspondientes requisitos limiten al excesivo ejercicio del poder punitivo del Estado, sujetándose a los principios rectores del derecho penal; para así, configurar un marco coherente y basado en una integral articulación del total sistema de penas y medidas de seguridad que se deben cumplir dentro del Estado de derecho, cuya aspiración es alcanzar la Justicia Social, consagrada en la Constitución.

En lo que respecta a la actuación de la legislación penal vigente frente a los delitos de cuello blanco se puede determinar que el COIP se ha enfocado más en criminalizar la pobreza, que en perseguir delitos de mayor connotación social, como son los delitos de cuello blanco, ya que los personajes vinculados en estos ilícitos son quienes gozan del poder otorgado por su capacidad económica por lo que encausar las leyes en beneficio de sus intereses y conveniencia personal, no les resulta difícil, situación que es comprobada en la legislación penal vigente, que guarda un alto tinte clasista.

En la normativa ecuatoriana se encuentran varios mecanismos legales dirigidos a frenar la corrupción, partiendo de la Constitución del Ecuador, dónde se establecen principios constitucionales de carácter superior que configuran mandatos de optimización para el desarrollo de los derechos sociales, entre esos principios se tiene

al de proporcionalidad cuya aplicación dentro del contexto penal, influye determinantemente en la imposición de las sanciones y medidas que sirven para frenar los delitos relacionados con la corrupción, lamentablemente en el COIP, se ha prestado caso omiso a estas herramientas, por lo que en la actualidad debido a las exigencias sociales y al gran número de casos de corrupción expuestos, otros poderes del Estado han tenido que intervenir para que dicho cuerpo penal sea reformado y re direccionado a su fin primordial que es la Justicia, así ocurrió con la reforma planteada al artículo 581.3, inciso final del COIP, que posibilita el seguimiento independiente y eficaz de delitos que anteriormente se encontraban blindados por dicha normativa y que ahora pueden ser resueltos de manera ágil, oportuna y sin exclusividad alguna.

## **5.2 Recomendaciones**

Una vez analizada la practicidad del Principio de Proporcionalidad en la legislación penal, es necesario que los operadores de Justicia empiecen a utilizarlo con mayor amplitud y probidad, ya que esta herramienta dotada por la norma constitucional permite evaluar con mayor certeza las circunstancias que propiciaron el cometiendo de un ilícito y si están versan de situaciones de profunda desigualdad social que el estado no ha podido resolver; esto no con la intención de absolver la conducta penal ilícita, sino con el fiel propósito de no empeorar la situación del procesado, con medidas punitivas acordes a los daño ocasionados.

Se requiere que los administradores de justicia olviden el hábito de ser meros aplicadores de la ley penal, ya que a su conocimiento llegan casos concretos de personas reales con hechos problemáticos: dónde entran en juego los derechos, tanto de la víctima, como del victimario y que se hallan en conflicto penal. Es por eso que se demanda de los juzgadores decisiones penales estrictamente apegadas a la norma constitucional, inclusive inobservando la ley penal en el caso que normas superiores como las constitucionales y las de derecho internacional de los derechos humanos estén en riesgo. Debe quedarle claro al juez penal que este no es garante del cumplimiento de la norma sino de la justicia.

Una vez demostrado que la actuación de la legislación Penal frente a los delitos de cuello blanco, se hace necesario recomendar un estudio y análisis urgente al COIP, que permita evaluar correctamente cada conducta penal y si realmente estas se hallan definidas cumpliendo los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad estricta; o simplemente fueron categorizadas en base a criterios particulares tendiente al beneficio de intereses personales o de terceros.

La Justicia Penal en el Ecuador se ha centrado en una justicia selectiva marcada por protegen a los grupos de poder y por ende blindar a la corrupción, por lo que resulta indispensable que se empiezan adoptar medidas semejantes a la reforma al artículo 581.3, inciso final del COIP, que permitan transparentar el accionar del Sistema Judicial, proporcionándoles independencia en sus funciones y que se ajusten a lo que demanda la Constitución de la República, en cuanto a los parámetros exigibles para la definición de los tipos penales.

### **5.3 Desarrollo del producto**

#### **5.3.1 Tema**

“Informe Jurídico sobre la Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados, que reformo el artículo 581, numeral 3, inciso final del Código Orgánico Integral Penal, en relación al informe previo sobre indicios de responsabilidad penal, en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito”.

#### **5.3.2 Objetivo**

Desarrollar un Informe Jurídico sobre la Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados, que reformo el artículo 581, numeral 3, inciso final del Código Orgánico Integral Penal, en relación al informe previo sobre indicios de responsabilidad penal, en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito

### 5.3.3 Introducción

Debido a la existencia de normas inconstitucionales y limitantes del flujo normal de la acción penal como la desproporcionalidad habida en las sanciones previstas para cada conducta penal han labrado el pronunciamiento de varios fallos contrarios a lo que esgrime el principio de proporcionalidad por parte de los organismos de justicia en el país, lo que ha obligado a que se plantee una reforma al artículo 581.3, inciso final del Código Orgánico Integral Penal, en adelante “COIP”, situación que ocurre no sólo por la exigencia de la ciudadanía, sino como consecuencia de los casos de corrupción descubiertos en el Estado, dicha reforma había sido requerida desde el año 2008 por la Contraloría General del Estado, como resultado de las sentencias contradictorias emitidas por la Segunda Sala de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia, por lo que solicita que se expida una resolución, para que se deje de considerar al informe de Contraloría como un requisito de procedibilidad. Recalcando que tanto la Fiscalía como la Contraloría General del Estado son organismos dotados de facultades suficientes para actuar con independencia en razón de sus funciones.

Las funciones que ejerce la Contraloría General del Estado no deben por ninguna circunstancia entrometerse en el ejercicio de la facultad del accionar penal y de la investigación de la Fiscalía, por lo que la solicitud incoada ante el Pleno de la Corte Nacional de Justicia para que se elimine tal requisito de procedibilidad se encuentra ampliamente justificada, lamentablemente dicho ente judicial hizo caso omiso y más bien dio paso a una Resolución, que hasta fecha de su derogación, trajo mucha polémica. Lo mismo ocurrió en el año 2010, dónde la Fiscalía en conjunto con la Contraloría General del Estado, elevaron una consulta sobre el requisito de procedibilidad para el inicio de la acción penal al Pleno de la Corte Nacional de Justicia, la cual en su Resolución determino que, aunque el informe de contraloría no es un requisito necesario para iniciar la etapa de indagación previa, este sí es un requisito fundamental para iniciar la instrucción fiscal; es decir, el accionar del proceso penal. Despojando con este pronunciamiento a la Fiscalía de una de sus facultades vitales y tradicionales, que es la persecución exclusiva de los delitos.

Tuvo que desbordarse una ola crítica de corrupción en el país para que la Corte Constitucional en el mes de Julio del presente año diera paso a dicha reforma, la cual suprimió el último párrafo del artículo 581, eliminando el informe previo como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal pública. Lo que ha permitido que en el marco jurídico ecuatoriano, como en el de otras legislaciones latinoamericanas, la Fiscalía ya no está atada de manos y que no requiera de este tipo de formalidades sustanciales para la persecución de los ilícitos de peculado y enriquecimiento ilícito, contrarrestando las falencias que se venían cometiendo en la administración de Justicia; y, ante todo impartándose un proceso penal ajustado a lo que el principio de proporcionalidad demanda. Son por estas circunstancias que es esencial realizar un estudio jurídico más profundo sobre esta reforma y el cual se desarrollara en el cuerpo central de este ensayo.

#### **5.3.4 Descripción de la propuesta. -**

Informe Jurídico sobre la Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados, que reforma el artículo 581, numeral 3, inciso final del Código Orgánico Integral Penal, en relación al informe previo sobre indicios de responsabilidad penal, en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito.

#### **5.3.5 Desarrollo del cuerpo central. -**

### **SENTENCIA NO. 5-13-IN/19 Y ACUMULADOS**

#### ***Introducción de la Causa y Objeto de la Controversia. -***

1. El caso sometido a la Corte.- El 19 de marzo del 2019, una vez posesionados los nuevos miembros de la Corte Constitucional se procedió a sortear la causa No. 0005-13-IN, posteriormente el 14 de Mayo del 2019, de conformidad con las normas de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante "Constitución") aplicables al caso, el artículo 197 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante "LOGJCC") y el sorteo efectuado por el Pleno de la Corte Constitucional (en adelante "la Corte Constitucional o "la Corte"), se avoca

conocimiento y se dispone mediante secretaría se certifique si existen otras causas con identidad de objeto y acción que configuren unidad normativa, conforme lo señala el artículo 16 (9) de la LOGJCC, una vez certificada la unidad normativa se acumulan las causas 5-13-IN, 50-16-IN y 4-18-IN.

Según la Corte el presente tema se relaciona a varios casos acumulados en contra de las siguientes normas impugnadas: la Resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia, que se alega contradice el artículo 233 de la Constitución, signada en la Corte Constitucional con el número 5-13-IN; el Artículo 581, numeral 3, inciso final del COIP, que se afirma contradice el artículo 233 de la Constitución, signado en la Corte Constitucional con el números 50-16-IN; los artículos 581, numeral 3, inciso final y 285, incisos segundo y tercero del COIP, que, según el demandante, violan los artículos 3(8), 11(3), 83(8), 195 y 233 de la Constitución, signados en la Corte Constitucional con el número 4-18-IN. En sí el tema específico versa sobre la Inconstitucionalidad de la Resolución R.O No. 154 de la Corte Nacional de Justicia y del artículo 581 numeral 3 inciso final del Código Orgánico Integral Penal (en adelante “COIP”).

2. Trámite ante la Corte. – El trámite ante la Corte fue el siguiente:

- ✓ Petición. - (1) El 28 de febrero del 2013 la Corte recibió una Acción Pública de Inconstitucionalidad, en contra el acto normativo que, con carácter general, emana el Pleno de la Corte Nacional de Justicia (en adelante “la Corte Nacional”) con fecha 24 de febrero del 2010 y que fue publicado en el Registro Oficial No. 154 del viernes 19 de marzo del 2010, presentada por el señor Raúl Alberto Cabanilla Oramas.
- (2) El 26 de Julio del 2016, la Corte recibió una Acción Pública de Inconstitucionalidad, en contra la disposición contenida en el COIP, en el último inciso del número 3, en el artículo 581., presentada por el señor Raúl Alberto Cabanilla Oramas.
- (3) El 01 de febrero de 2018, la Corte recibió una Acción Pública de Inconstitucionalidad, en contra de las disposiciones legales contenidas en los artículos 581 numeral 3 inciso final del COIP; y, 285, incisos 2do y 3ro del

COIP, planteada por el asambleísta César Carrión Moreno.

- ✓ Informe de Admisibilidad.- (1) El 26 de Junio del 2013 la Corte de conformidad con las normas de la Constitución aplicables al caso, el artículo 197 de la LOGJCC y el sorteo efectuado por el Pleno de la Corte en sesión extraordinaria del 16 de mayo del 2013, en el ejercicio de su competencia, avoco conocimiento de la causa 0005-13-IN, en cuanto se refiere a que la disposición impugnada, presuntamente vulnera la norma constitucional contenida en el artículo 233 de la Constitución de la República.

(2) El 16 de noviembre de 2016 la Corte de conformidad con las normas de la Constitución aplicables al caso, el artículo 197 de la LOGJCC y el sorteo efectuado por el Pleno de la Corte en sesión ordinaria de 31 de agosto de 2016, en ejercicio de su competencia avoco conocimiento de la causa 0050-16-IN, la misma que versa sobre el implícito del último inciso del número 3, del artículo 581 del COIP, el cual contraría a las normas contenidas en los artículos 82, 195, 212 numeral 2, 233 y 424 de la Constitución de la República.

(3) El 28 de mayo de 2018 la Corte de conformidad con las normas de la Constitución aplicables al caso, el artículo 197 de la LOGJCC y el sorteo efectuado por el Pleno de la Corte en sesión ordinaria de 25 de abril de 2018, en ejercicio de su competencia avoco conocimiento de la causa 0004-18-IN, que trata sobre los artículos 581 numeral 3 inciso final; artículo 285 incisos segundo y tercero, del COIP, que presuntamente vulneran los derechos contenidos en los artículos 3 numeral 8; 11 numeral 3 inciso segundo; 83 numeral 8; 195 y 233 de la Constitución de la República del Ecuador.

- ✓ Informe de fondo. - (1) En la acción planteada se expuso que la Constitución de la República en el artículo 233, por una parte, declara la imprescriptibilidad de la acción para perseguir a los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión y cohecho; mientras que, por otra, el Pleno de la Corte Nacional mediante Resolución de fecha 24 de febrero del 2010, contrariando a la Constitución, a la acción referida, la hace prescriptible.

La presente acción se fundamenta en el hecho de que, mientras para la Constitución conforme lo señala el artículo 233, delitos de gran relevancia sobre actos de corrupción, como el peculado y el enriquecimiento ilícito, de manera general, son imprescriptibles; pero que a efecto de la norma contenida en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, (en adelante “LOCGE”), sólo serían imprescriptibles, si hubieran sido cometidos en el lapso de marzo de 2006 a marzo de 2013, ya que aquellos ilícitos cometidos hace 7 años y un día más, con la mencionada resolución estarían prescritos y por lo tanto quedarían impunes.

(2) En la demanda se objeta el hecho de que la norma contenida en el último inciso del numeral 3 del artículo 581 del COIP, resulta notoriamente incompatible con la normativa constitucional contenida en el artículo 233 que declara imprescriptible a los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito: debido a que, el efecto directo de la norma contenida en el COIP, produce en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, el efecto del principio de caducidad y prescripción, puesto que en el artículo 71 de la LOCGE, solo podrán ser perseguidos durante siete años contados desde la fecha en que se hubiera cometido el ilícito, imposibilitando a la Contraloría General del Estado (en adelante “Contraloría”) realizar la auditoría gubernamental una vez transcurridos los 7 (siete) años, desde el cometimiento del delito, lo cual impide la emisión del informe previo sobre indicios de responsabilidad penal, que se exige en el último inciso del numeral 3 en el artículo 581 del COIP.

Entonces se sobre entiende que el delito de peculado y enriquecimiento ilícito prescribe, ya que no puede perseguirse peor sancionarse, a los 7 (siete) años de haberse cometido, es de recalcar que, la Constitución expresamente, asigna, funciones a la Fiscalía General del Estado (en adelante “Fiscalía”) en el artículo 195; y, diferencia dichas funciones de las que tiene la Contraloría en el artículo 212 numeral 2; ya que sólo la Fiscalía puede dirigir, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal y acusar, si es el caso y en cualquier tiempo, los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, porque las acciones para perseguirlos están declaradas en la

Constitución como imprescriptibles.

(3) En la acción planteada se sostiene que el principio de imprescriptibilidad sirve para mantener expeditas todas las vías legales y procedimentales para que los delitos vinculados a la corrupción puedan ser perseguidos en cualquier momento, por el órgano competente, sin importar el tiempo que transcurra desde su comisión. A la vez cubre todas las conductas que quedaron afectadas por él, cuando entró en vigencia la Constitución. En el art. 581 inciso final del COIP, se establece un requisito para el ejercicio de la acción penal por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito; y, el art. 285, incisos 2do y 3ro también del COIP, se encubre una conducta que la Constitución estableció como imprescriptible, sacándola de este gravamen. Por otro lado, en guarda del principio de la imprescriptibilidad señalado y de la facultad de investigar y perseguir penalmente todas las conductas vinculadas con la corrupción, la Fiscalía no debe estar supeditada a requisito ni obstáculo alguno para lograr tal fin.

Las normas contenidas en los artículos 581 inciso final COIP y 71 LOCGE, imponen un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, que es, el informe previo con indicios de la responsabilidad penal, a más que se impone un límite temporal a la elaboración de ese requisito, como es la caducidad y prescripción de siete años. Estas condicionalidades rompen al principio de imprescriptibilidad de la acción para perseguir los delitos peculado y enriquecimiento ilícito, y sus penas correspondientes, previsto en el artículo 233 Constitución. Así, estas conductas, no pueden perseguirse y peor sancionarse, pasados los 7 (siete) años de haberse cometido y, por tanto, por efecto de la concordancia normativa de las disposiciones legales del COIP y LOCGE indicadas, esos delitos se transforman de manera automática en prescriptibles.

Se asevera que lo mismo ocurre con una conducta que estuvo amparada por el principio de imprescriptibilidad, que por el mero cambio de denominación se transforma en una conducta penal prescriptible bajo el COIP. Este escamoteo

legislativo viola la Constitución ya que permite que una conducta que es utilizada con frecuencia por los corruptos, sea beneficiaria de la prescripción. Ya que conforme lo señala el artículo 417, núm. 3, literal a) del COIP, el ejercicio de la acción penal prescribe en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad prevista en el tipo penal, contado desde que el delito es cometido, sin embargo, en ningún caso el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años. Es decir, que la acción para sancionar una conducta típica del peculado, y que deliberadamente fue cambiada a tráfico de influencias, queda prescrita en cinco años, burlando así a la Constitución.

De las argumentaciones jurídicas formuladas por los demandantes, se llega a una serie de conclusiones y recomendaciones.

#### Conclusiones:

1. La vulneración de la norma consagrada en el artículo 233 de la Constitución, que se refiere a la imprescriptibilidad de la acción y penas de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. en conexión con los artículos 11, 12 numeral 2 literal b, 17, 18, 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; y artículo XIX - Aplicación en el tiempo, de la Convención Interamericana contra la Corrupción.
2. La violación del derecho a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción, consagrado en el artículo 3 numeral 8 de la Constitución vigente, en concordancia con el artículo 83 numeral 8 de la misma ley y los artículos VI - Actos de corrupción, VII - Legislación interna, IX - Enriquecimiento ilícito, XI - Desarrollo progresivo y XII - Efectos sobre el patrimonio del Estado de la Convención Interamericana contra la Corrupción.
3. La vulneración a la división de poderes y autonomía de la Fiscalía como lo determina el Artículos 195 de la Constitución, que se refiere a las atribuciones de la Fiscalía y 212 numeral 2, que trata sobre las

atribuciones de la Contraloría, que no pueden restar las funciones propias de Fiscalía.

Recomendaciones:

1. Declarar la inconstitucionalidad de la Resolución de fecha 24 de febrero del 2010, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y del último inciso del numeral 3 del artículo 581 del COIP.
2. Adoptar medidas de carácter legislativo, institucional y judicial orientadas a combatir la corrupción y frenar la impunidad, en vista de que tales actos por sus características, tienen gran impacto en el interés público por las afectaciones al sujeto pasivo que es el Estado, por tal, se debe:

2.1 Fortalecer la capacidad institucional para combatir el patrón de impunidad frente a la corrupción, mediante la elaboración de protocolos de investigación que permitan dar un seguimiento adecuado a las personas presuntamente vinculadas en tales actos.

2.2 Crear estructuras jurídicas que permitan la obligación de rendir cuentas sobre la gestión de los asuntos y bienes públicos; así como la recuperación de los activos dilapidados, producto de la corrupción; y,

2.3 Promover la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción.

2.4 Prevaler los mandatos establecidos en la Constitución, sobre cualquier otra norma que no se ajuste al imperativo constitucional.

- ✓ Notificación a las partes. - El 14 de junio del 2019, conforme al artículo 30 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, se certifica que se ha de notificar a las partes la recepción de los procesos 0005-13-IN y acumulados, acciones públicas de inconstitucionalidad de actos normativos.
- ✓ Sometimiento a la Corte.- El 14 de mayo del 2019, se avoca conocimiento del caso 0005-13-IN, posterior aquello, el 16 de mayo del 2019, la Secretaría

General certifica que existen otras causas que guardan identidad de objeto y de acción, configurando unidad normativa; conforme lo determina el artículo 76 (9) de la LOGJCC; solicitándose el 17 de mayo por parte del Juez competente la acumulación de las causas 5-13-IN, 50-16-IN y 4-18-IN, solicitud que es resuelta favorablemente por el Pleno de la Corte el 21 de mayo del 2019.

- ✓ Solicitudes de la Corte Constitucional. - Declarar la inconstitucionalidad de la Resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial No. 154 de 19 de marzo de 2010 y del artículo 581 (3), inciso final, del Código Integral Penal. Desestimar la acción pública de inconstitucionalidad sobre el artículo 285, inciso segundo y tercero del COIP, reservándole a la Asamblea la potestad de modificar dicho artículo en base al principio de libertad de configuración legislativa.

#### ***Procedimiento ante la Corte. -***

- ✓ Designación de defensores.- El señor Raúl Cabanillas Oramas, accionante de las dos primeras causas, ejerció su propia representación durante la tramitación del caso ante la Corte, en cambio el Asambleísta, en ese entonces, César Carrión Moreno, accionante de la tercera causa, ejerció su representación a través de su abogado patrocinador Byron Real López; en relación a la legitimación pasiva de las instituciones del estado, estas realizaron su representación por medio de los siguientes personeros: Esteban Yépez Navas, en representación de la Secretaría General Jurídica de la Presidencia de la República; Santiago Salazar Armijos representante del presidente de la Asamblea Nacional; Santiago Ribadeneira Villacrés y Marco Tello, representantes de la presidenta de la Corte Nacional de Justicia; Marco Proaño Duran, en representación de la Procuraduría General del Estado; Wilson Vallejo Bazante, Subcontralor General del Estado, representante de la Contraloría General del Estado; y, Wilson Toinga, representante de la Fiscalía General del Estado.
- ✓ Notificación al Estado y a los representantes. - El sometimiento del caso por

la Corte fue notificado al Estado y a los representantes el 14 de junio del 2019, conforme lo determina el artículo 30 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

- ✓ Audiencia Pública. - El 03 de abril de 2019 tuvo lugar la audiencia pública en la que se escuchó a Raúl Alberto Cabanilla Oramas, accionante en los casos 0005-13-IN y 0050-16-IN. Por parte de las instituciones del Estado comparecieron: Esteban Yépez Navas, en representación de la Secretaría General Jurídica de la Presidencia de la República; Santiago Salazar Armijos representante del presidente de la Asamblea Nacional; Santiago Ribadeneira Villacrés y Marco Tello, representantes de la presidenta de la Corte Nacional de Justicia; Marco Proaño Duran, en representación de la Procuraduría General del Estado; Wilson Vallejo Bazante, Sub contralor General del Estado, representante de la Contraloría General del Estado y, Wilson Toainga, representante de la Fiscalía General del Estado. Además, comparecieron como terceros interesados: César Montúfar Mancheno, como accionante del caso 4-18-IN, Francisco Freiré Segarra, Alejandro Ponce Villacís y Stalin Raza Castañeda. Asimismo, se recibieron alegatos finales orales de los representantes del Estado, así como las observaciones de la Corte.
  
- ✓ Deliberación del presente caso.- La Corte Constitucional emitió sentencia del presente caso el 02 de julio del 2019.

### ***Competencia. -***

La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver acciones públicas de inconstitucionalidad, conforme lo establece el artículo 436 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 75 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante “LOGJCC”).

### Hechos. -

En esta parte del análisis se establecerán los hechos del presente caso, con base en el marco fáctico sometido al conocimiento de la Corte, tomando en consideración el acervo probatorio del caso, así como lo alegado por los accionantes y representantes del Estado. De esta forma los mismos serán expuestos en los siguientes apartados: a) indicación de las disposiciones acusadas como inconstitucionales; b) fundamentación de las normas acusadas; c) argumentos por parte de los representantes del estado; y d) pretensión concreta de los accionantes;

A. Indicación de las disposiciones acusadas como inconstitucionales: Son tres las normas impugnadas. (1) la Resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia, que se alega contradice el artículo 233 de la Constitución, signada con el número 0005-13-IN; (2) el artículo 581, numeral 3, inciso final del COIP, que se afirma contradice el artículo 233 de la Constitución, signado con el números 0050-16-IN; (3) Los artículos 581, numeral 3, inciso final y 285, incisos segundo y tercero del COIP, que, según el demandante, violan los artículos 3(8), 11 (3), 83 (8), 195 Y 233 de la Constitución, signados con el número 0004-18-IN.

B. Fundamentación de las normas acusadas. -

#### Caso 0005-13-IN:

Resolución del 24 de febrero de la Corte Nacional de Justicia (2010):

Art. 1.- Para el ejercicio de la acción penal pública, esto es, para el inicio de la instrucción fiscal, por los hechos a los que se refiere el artículo 257 del Código Penal, los artículos innumerados agregados a continuación de éste, y los artículos innumerados agregados a continuación del artículo 296 del mismo Código, Capítulo “Del Enriquecimiento Ilícito” incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 6, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 260 de 29 de agosto de 1985, se requiere el informe previo de la

Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad penal. (p.2)

Art. 2.- Para el inicio de la indagación previa, no se requiere el informe expresado en el artículo anterior, pero el fiscal interviniente, tan pronto llegue a su conocimiento, por cualquier medio, hechos presumiblemente constitutivos de peculado y enriquecimiento ilícito debe solicitar a la Contraloría General del Estado, la práctica de la auditoría gubernamental sobre tales hechos, así como la remisión del informe respectivo que, de establecer indicios de responsabilidad penal, ha lugar al inicio de la instrucción fiscal. (p.2)

Art. 3.- Las normas previstas en esta resolución, regirán para lo futuro y por tanto se aplicarán únicamente para las causas que se iniciaren a partir de su promulgación. (p.2)

El accionante manifestó que la Resolución transcrita en líneas anteriores, violenta la norma constitucional contenida en el artículo 233 de la Constitución, en vista que los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, a que hace mención la norma constitucional que se cita a continuación:

(...) Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas. (Constitución de la República del Ecuador, 2008,p.81)

Esta norma tiene como finalidad que el alcance de la norma constitucional radique en que la acción para perseguirlos, como las penas respectivas se configure

imprescriptible.

Por tal razón existe una discordancia, entre lo que establece dicha Resolución y la norma Constitucional, ya que la LOCGE, en el capítulo 6, artículo 71, establece la caducidad y prescripción de sus acciones en la siguiente forma (cito):

Caducidad de las facultades de la Contraloría General del Estado. - La facultad que corresponde a la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, y los actos de las personas sujetas a esta Ley, así como para determinar responsabilidades, caso de haberlas, caducará en siete años contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos (...). (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002, p.24)

Entonces resulta evidente que por un lado la Constitución en su artículo 233 declara imprescriptible tanto a la acción y las penas en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito; mientras que, por el otro, la Resolución del 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia, vulnerando los mandatos constitucionales proferidos la hace imprescriptible; esto porque en los artículos 1 y 2 de dicha resolución, se dispone que sin perjuicio de iniciar la indagación previa y para que haya lugar de la instrucción fiscal se requiere necesariamente del informe previo de la Contraloría General del Estado en el que se determine indicios de responsabilidad penal, el cual se lo debe elaborar con estricto apego al debido proceso y en base a la facultad legal que le otorga el artículo 212 de la Constitución, como efecto de la correspondiente auditoría gubernamental; y que de conformidad con el artículo 71 de la LOCGE, caduca en siete años, desde la fecha en que se cometieron dichas actividades o actos.

#### Caso 0050-16-IN:

La disposición acusada como inconstitucional es la contenida en el COIP, en el último inciso del número 3, en el artículo 581 (cito):

Art. 581.- Formas de conocer la infracción penal. - 3. Providencias judiciales. - (...). Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado.", dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, a los veintiocho días del mes de enero de 2014; publicado el día lunes 10 de febrero de 2014 en el Suplemento Registro Oficial número 180. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p.95)

El accionante supo manifestar que lo contenido en el último inciso en el número 3 del artículo 581 del COIP, dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional a los veintiocho días del mes de enero de 2014; publicado el día lunes 10 de febrero de 2014 en el Suplemento Registro Oficial número 180, violenta la norma constitucional contenida en el artículo 233 de la Constitución de la República, que anteriormente ya se citó y al igual que como se mencionaba en el caso 0005-13-IN, esta violenta el principio de imprescriptibilidad para los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, emanado por tal norma.

La acción planteada se fundamenta, además, en el principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 82 de la Constitución, que se refiere a la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes; y al artículo 433, dónde se determina que la Constitución es la norma suprema, que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico y que las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; por tal, debe prevalecer lo estipulado en el artículo 233 sobre la imprescriptibilidad del peculado y enriquecimiento ilícito.

Como en el caso 0005-13-IN, se aduce la caducidad y prescripción contenida en el artículo 71 de la LOCGE, sobre la facultad de la Contraloría de pronunciarse sobre las actividades, actos y responsabilidades de sus tutelados, la cual caduca en siete años; en relación a la exigencia contenida en el artículo 581.3 del COIP, en la cual se

constituye como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal pública, la existencia informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado; entonces resulta inobjetable el hecho que la norma exigida en el COIP, resulta incompatible a la declaración de imprescriptibilidad contenida en la normativa constitucional del artículo 233.

El accionante, como argumentos finales alega las facultades que le corresponden tanto a Fiscalía como a la Contraloría, empezando por las contenidas en el artículo 212 numeral 2 de la Constitución, dónde claramente se señala que Contraloría tiene entre sus funciones la determinación de responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, derivadas de su gestión y sujetas a su control, recalándose que estas se desarrollaran, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado; seguido del artículo 195 de la misma norma dónde se determina las facultades de Fiscalía, que principalmente se relacionan, al ejercicio de la acción penal pública en todas sus etapas, y si es necesario acusar, si el caso lo amerita, en cualquier tiempo; y con especial atención al interés público.

El accionante hace mención a estas atribuciones tanto de Contraloría y Fiscalía, debido a que, por una parte la norma contenida en el artículo 71 de la LOCGE, establece un límite tiempo para el ejercicio de la facultad de pronunciamiento de Contraloría, la misma que se desarrolla en base a una auditoria gubernamental que será sustentado con un informe y que caduca en 7 años; y por el otro lado en la Constitución en el artículo 233 se declara la imprescriptibilidad a los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, facultando a Fiscalía para que persiga dichos delitos en cualquier tiempo; todo lo cual esta contrapuesto debido al requisito de prejudicialidad determinado en el artículo 581. 3 del COIP, dónde se exige la emisión de un informe previo con indicios de responsabilidad por parte de Contraloría, para el inicio de la instrucción fiscal; atentando con el mandato consagrado en el artículo 233 de la Constitución.

Caso 0004-18-IN:

En este caso como en los descritos en líneas anteriores, se acusan como normas infringidas las disposiciones señaladas en el artículo 581 numeral 3 inciso final del COIP, se añade el artículo 285, incisos 2do y 3ro del COIP, que por razones de fondo violan los artículos 233, 195, 3 numeral 8vo, 83 numeral 8vo y 11 numeral 3ro, inc. 2do.

En la presente acción el demandante recalca que el principio de imprescriptibilidad para ciertos delitos consagrado en el artículo 233 de la Constitución se creó como una herramienta para combatir a la corrupción, lo mismo se buscó, al asignar a la Contraloría General del Estado y la Fiscalía General del Estado atribuciones independientes pero articuladas de investigar y determinar responsabilidades penales ante hechos diversos, incluidos aquellos que tuvieren que ver con peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, que son conductas propias de la corrupción. Por lo que la consagración de tal principio permite mantener expeditas todas las vías legales y procedimentales para que dichos delitos sean perseguidos en cualquier momento. En relación a la norma objetada en el artículo 285 incisos 2do y 3ro del COIP, señala que este principio, además debe cubrir a todas las conductas que quedaron afectadas por él, al momento en que entró en vigencia la actual Constitución.

Estas normas mencionadas se encuentran afectadas por lo estipulado en el artículo 581, numeral 3, inciso final, en vista de que en este se impone un requisito para el ejercicio de la acción penal por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito. Ocurre otra situación en el artículo 285, incisos 2do y 3ro del COIP, el accionante argumenta que esta norma pretende encubrir una conducta que la Constitución estableció como imprescriptible, sacándola de este gravamen.

Al igual que en el caso 0050-16-IN, menciona que, en la labor de perseguir todas las conductas relacionadas con la corrupción, la Fiscalía no debe estar supeditada a requisito ni obstáculo algunos para lograr tal fin; así lo garantiza el principio de imprescriptibilidad señalado, y se lo ratifica en el artículo 195 de la Constitución.

Todo esto promueve el derecho de los ecuatorianos a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción garantizado en el artículo 3, numeral 8 de la misma norma constitucional. Finalmente, el accionante argumenta que en el artículo 11, numeral 3 de la Constitución se establece que en el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no consten en la Constitución o la ley. Entonces se comprende que de existir un requisito que conste en una ley, la norma correspondiente no debe contradecir a una de carácter constitucional, como es el caso de la norma del artículo 581 numeral 3 inciso final demandado.

C. Argumentos por parte de los representantes del estado:

Representante de la presidenta de la Corte Nacional de Justicia. - Enfatizó en que la norma contenida en el artículo 581.3 del COIP, limita y condiciona la potestad constitucional que tiene la Fiscalía para ejercer la acción penal pública como titular, sino al contrario se vería impedida de realizar su propia investigación sobre el delito, y en determinados casos aun cuando no estuviere de acuerdo con el informe elaborado por la Contraloría. La facultad que tiene el contralor para establecer responsabilidades administrativas, civiles o indicios de responsabilidad penal, en este último, solo constituye un indicio nada más, por tal razón el fiscal está en su derecho de acogerlo o no.

Representante de la Procuraduría General del Estado.- Sostuvo que el informe previo de la Contraloría, se considera un requisito de procedibilidad, que a su manera de ver afecta directamente las potestades procesales que tiene la Fiscalía, consagradas en el artículo 195 de la Constitución, al igual este requisito previo estaría en contraposición a lo establecido en el artículo 168 numeral 1 de la misma norma, que consagra el principio de independencia del Poder Judicial, debido a que en la práctica la administración de justicia no estaría en la libertad de conocer y tramitar un proceso para juzgar el peculado y el enriquecimiento ilícito; si un órgano administrativo como lo es la Contraloría, no llega a determinar indicios de responsabilidad penal.

El Sub contralor General del Estado en similitud con los demás intervinientes,

expreso que como representante de la Contraloría General del Estado consideran que el informe de indicios de responsabilidad penal que se deriva de una auditoría o de un examen especial, puede ser un requisito de procedibilidad, porque no puede limitar las competencias que constitucionalmente están asignadas a la Fiscalía General del Estado.

En discrepancia con los demás intervinientes del estado, el representante de la Secretaría General Jurídica de la Presidencia de la República sostuvo, entre otras cosas, que la caducidad de la facultad de la Contraloría que caduca en siete años es una garantía, que se les otorga a los ciudadanos, en este caso a los servidores públicos, esto es una garantía frente al poder del Estado.

D. Pretensión concreta de los accionantes:

Caso 0005-13-IN. -

Declarar la inconstitucionalidad de la totalidad de la Resolución que, con fecha 24 de febrero del 2010, ha emanado el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

Caso 0050-16-IN. -

Declarar la inconstitucionalidad del presupuesto de procedibilidad contenido en el último inciso del numeral 3 en el artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, a los veintiocho días del mes de enero de 2014; publicado el día lunes 10 de febrero de 2014 en el Suplemento Registro Oficial número 180.

Caso 0004-18-IN. - Declarar la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el inciso final del artículo 581 del COIP y los incisos segundo y tercero del artículo 285 también del COIP; por razones de fondo y por contravenir al orden jurídico.

**Fondo:**

En este apartado se procederá a analizar los argumentos presentados por las partes y la Corte; y se desarrollará las consideraciones de derecho pertinentes relacionadas con las alegadas vulneraciones.

**EL PRINCIPIO DE IMPRESCRIPTIBILIDAD EN RELACIÓN AL  
DERECHO A VIVIR EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA Y LIBRE DE  
CORRUPCIÓN**

✓ Argumentos de las partes. -

Los accionantes y los representantes del estado sostuvieron que las disposiciones contenidas tanto en el Resolución de fecha 24 de febrero del 2010, emanada del Pleno de la Corte Nacional de Justicia; y en el último inciso del numeral 3 del artículo 581 y los incisos segundo y tercero del artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, vulneran el derecho contenido en el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador, en relación a los artículos 3 numeral 8 y 83 numeral 8 de la misma norma constitucional, debido a que estos dan paso a que delitos de gran significación en los actos de corrupción; como el peculado y el enriquecimiento lícito, cuya acción para perseguirlos y penas respectivas son imprescriptibles, conforme lo consagra el artículo 233 de la Constitución , pasen a gozar de tal beneficio, ya que la exigencia requerida en el artículo 581.3, inciso final del COIP, sobre la elaboración de un informe con indicios de responsabilidad penal para el ejercicio de la acción penal pública por parte de Fiscalía, se ve imposibilitada de no cumplirse tal exigencia.

Dicha exigencia se halla sometida a la caducidad y prescripción contenida en el artículo 71 de la LOCGE, dónde se establece que la Contraloría para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, y los actos de las personas sujetas a esta Ley, así como para determinar responsabilidades, caso de haberlas, tendrá un tiempo de siete años, contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos; ocasionando con ello que delitos como el peculado y el

enriquecimiento lícito, pese a ser declarados imprescriptibles, pasen hacerlo ya que el informe de supervisión exigido para su persecución tiene una fecha de caducidad, a la par que si Contraloría no encuentra indicios de responsabilidad penal, igualmente la Fiscalía se halla impedida de ejercer la acción penal pública, contrariando su potestad de acusar e impulsar la acusación en el juicio penal y permitiendo que los mismos queden en la impunidad.

✓ Consideraciones de la Corte. -

La Corte supo manifestar que, el condicionamiento legal para que la Fiscalía ejerza una competencia constitucional, acarrea varias consecuencias adversas para el ejercicio de la acción penal y para la lucha contra la corrupción, que es deber primordial del Estado, conforme lo señala el artículo 3, numeral 8 de la Constitución; debido a que, por ejemplo la fiscalía podría tener el conocimiento o recibir la noticia criminal e investigar y arribar a los elementos de convicción suficientes para iniciar la instrucción fiscal; pero a falta del informe de otro ente estatal, no podría ejercer la acción penal pública. Lo mismo ocurre en el caso que la Contraloría no considere que existen indicios penales y la Fiscalía, por otros medios y otras fuentes podría llegar a una conclusión diferente; pero el criterio de la Contraloría prevalecería, de manera que la Fiscalía no podría investigar, en cualquier momento una infracción por peculado y enriquecimiento ilícito, ya que está condicionada a los plazos de Contraloría.

La Constitución ha asumido un compromiso muy significativo en su batalla contra la corrupción y la impunidad, así lo reflejan los artículos 3(8), 83 (8), 204, 208 (1) y (4) y por ello los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito fueron declarados imprescriptibles en el artículo 233 de la Constitución.

En base a estos fundamentos constitucionales es que las regulaciones específicas de la Contraloría no pueden ser un obstáculo para el ejercicio de la acción penal, ya que el deber primario del Estado es combatir la corrupción, sin el entorpecimiento de que su persecución y sanción se vean circunscritas en el tiempo, que de manera práctica se traslucida por el requisito de procedibilidad impugnado.

✓ Análisis. -

En relación a este punto se debe tener en cuenta, primero, que tanto el delito de peculado como el enriquecimiento ilícito por sus características, tienen gran impacto en el interés público, principalmente por las afectaciones que producen al sujeto pasivo, que recae en el Estado. Razón primordial para que el Legislador, con el fin de combatir la corrupción pero, sobre todo, con el claro fin de frenar la impunidad, en cumplimiento de sus funciones y en procura de que se cumpla la garantía establecida en el artículo 3 numeral 8 de la Constitución de la República; y, de conformidad con sus deberes y responsabilidades establecidos en el numeral 8 del artículo 83 de la Constitución de la República, haya declarado a los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, imprescriptibles; situación que no fue observada por la Corte Nacional de Justicia en la Resolución de 24 de febrero de 2010, declarada inconstitucional en sentencia 05-13-IN/19 y acumulados, emitida por la Corte Constitucional.

No obstante, de la intención que hubieren tenido los legisladores, se advierte como este conjunto normativo constitucional es quebrantado por las normas contenidas en la Resolución de 24 de febrero de 2010, que fueron acogidas también en el artículo 581 numeral 3, inciso final del COIP; aun cuando están articulan mecanismos que de manera específica y general contribuyen en la lucha contra la corrupción, uno de los problemas más graves que viene enfrentando el Estado Ecuatoriano, mismo que se ha enquistado en prácticamente todas las esferas de la administración pública. Por este motivo, evitando que existan limitaciones o barreras que impidan la aplicación de dichas normas y así surtan los efectos que la Constitución busca en el combate a la citada calamidad pública, que la sentencia 05-13-IN/19 y acumulados, declaro la inconstitucionalidad de dichas normas.

Cumpliendo con aquello, lo consagrado por la Constitución de 2008, acerca del principio de imprescriptibilidad para ciertos delitos y la asignación de la Contraloría General del Estado y la Fiscalía General del Estado de atribuciones independientes pero articuladas para investigar y determinar responsabilidades penales ante hechos diversos, incluidos aquellos que tuvieren que ver con peculado, cohecho, concusión y

enriquecimiento ilícito, que caracterizan a la corrupción.

Además, con el resguardo que se le otorga al principio de imprescriptibilidad luego de la sentencia dada por la Corte Constitucional, se busca mantener expeditas todas las vías legales y procedimentales para que delitos vinculados a la corrupción (peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito), sean perseguidos en cualquier momento, por la entidad estatal pertinente, e incluso puedan ser denunciados por cualquier ciudadano ante los órganos competentes, sin importar el tiempo que transcurra desde su comisión.

Las disposiciones establecidas tanto en la Resolución de 24 de febrero de 2010 y en el artículo 581, numeral 3ero, inciso final del COIP, imponían un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal para los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito. Lo que no guardaba conformidad con el principio de imprescriptibilidad mencionado, ni con la facultad de investigar y perseguir penalmente todas las conductas vinculadas con la corrupción. La Fiscalía General del Estado no debía, ni debe, bajo ninguna circunstancia estar supeditada a requisito ni obstáculo alguno para lograr tal fin; así también lo señala el artículo 195 de la Constitución al indicar que la Fiscalía General del Estado, es el ente encargado de dirigir de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal; en el caso de hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Las normas constitucionales descritas otorgan una atribución institucional concreta a la Fiscalía, por medio de la cual puede ser operativizado el principio de imprescriptibilidad; lo que además, promueve el derecho de los ecuatorianos a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción, derecho consagrado en el artículo 3, numeral 8 de la Constitución y el acometimiento a los actos de corrupción, estipulado en el artículo 83, numeral 8, de la misma norma.

Además, se debía considerar la imposibilidad legal que se le establecía a la Contraloría General del Estado para realizar la auditoría gubernamental una vez transcurrido 7 (siete) años, lo que impedía que dicho organismo de control

administrativo, pudiera emitir un informe previo sobre indicios de responsabilidad penal, en cumplimiento de lo que disponía el último inciso, del numeral 3, del artículo 581 del COIP, por tal razón es que tanto el delito de peculado como el enriquecimiento ilícito, prescribían o lo que es lo mismo, no podían ser perseguidos peor sancionarse, a los 7 (siete) años de haberse cometido.

Debido a las limitaciones descritas, también se evitaba que la imprescriptibilidad envuelva a todas las conductas penales establecidas en el artículo 233 de la Constitución, quedando comprobado la vulneración de dicha norma. Además, como efecto vinculante se infringía el artículo 3, numeral. 8vo de la Constitución, ya que no se estaba garantizando a los ciudadanos el derecho a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción, pues la acción y penas de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito quedaban de hecho prescriptibles.

Además de las restricciones que, las normas demandadas imponían a las disposiciones de la Constitución, también constituían un obstáculo tanto para las instituciones como para la ciudadanía, en su lucha por un país libre de corrupción y lograr establecer la ética laica. El espíritu de la Constitución ecuatoriana, inquiera imponer en todos los ciudadanos la obligación de luchar contra la corrupción; es decir, el instrumento constitucional busca abrir, expandir las opciones para luchar contra la corrupción, no restringirlas como lo hacían las normas demandadas.

Dentro de la jurisprudencia internacional se encuentran varios casos que también se asemejan a los actos de corrupción descritos en párrafos anteriores y que llegaron a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los cuáles me permito enunciar: Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú - Sentencia de 7 de febrero de 2006; Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia - Sentencia de 1 de diciembre de 2016; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador - Supervisión de cumplimiento de sentencia; entre otros.

Así mismo, en la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción se fundan lineamientos para orientar el accionar de los países que la integran; así, en su artículo 1 se establece, como finalidad de la presente Convención; a) el promover y

fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; de igual forma, en el artículo 5, dentro de las políticas y prácticas de prevención de la corrupción, en el numeral 1 se enfatiza en el hecho de que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas (Convenio de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2005).

Dentro del artículo 13, que trata sobre la participación de la sociedad, en el numeral 1 indica que a cada Estado Parte le corresponde adoptar las medidas adecuadas, dentro de los medios de que disponga y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, principalmente en relación a lo estipulado en el literal: a) Aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones (Convenio de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2005).

En su artículo 17, se encuentra estipulado la Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público, dónde se establece que cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, las conductas antes referidas ya sea en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo (Convenio de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2005).

Así mismo, en el artículo 20 de la Convención se encuentra el enriquecimiento ilícito, el cuál en sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, reitera a cada Estado Parte considerar la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir,

el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él (Convenio de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2005).

Finalmente, dentro de la Convención Interamericana contra la Corrupción, se establece en su artículo II, los propósitos de la presente Convención destacándose para el caso el descrito en el numeral 1, que trata sobre la promoción y fortalecimiento del desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción (Convención Interamericana contra la Corrupción, 2000).

Se deber tener muy en cuenta que el estado ecuatoriano se halla suscrito a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y a la Convención Interamericana contra la Corrupción; que tiene como uno de sus postulados el prevenir que los actos de corrupción no queden en la impunidad; obligación que fue contraída por el Estado, al suscribirse a tales convenciones.

### **PRINCIPIO DE IMPRESCRIPTIBILIDAD EN RELACION AL DERECHO DE CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN ESTIPULADO EN LA LOCGE**

✓ Argumentos de las partes. -

Las partes señalaron que las disposiciones contenidas en el artículo 71 de la LOCGE, violentan el principio de imprescriptibilidad concebido en el artículo 233 de la Constitución, ya que la norma referida establece un plazo de 7 años para que el Contralor General del Estado pueda ejecutar la auditoría gubernamental, la cual se halla ligada al informe de indicios de responsabilidad penal que exige el artículo 581, numeral 3ro, inciso final del COIP, para el seguimiento de las infracciones de peculado y enriquecimiento ilícito, con lo cual se imposibilita el accionar de Fiscalía en las investigaciones procesales, ya que esta dependería de la emisión de dicho informe y que el mismo contenga presupuestos que presuman la responsabilidad penal de la persona investigada, perturbando su potestad exclusiva sobre el

monopolio de la acción penal pública. Por su parte el Sub contralor General hizo énfasis en señalar que, si pasaran ciento ochenta días desde la emisión de una orden de trabajo, la Contraloría ya no puede emitir su pronunciamiento, la Fiscalía no podría iniciar y concluir una investigación penal, y los delitos imprescriptibles como el peculado y el enriquecimiento ilícito habrían prescrito, en la práctica y de hecho, en ciento ochenta días.

✓ Consideraciones de la Corte. -

En relación a este apartado la Corte simplemente alude sobre las normas contenidas tanto en la Constitución y la LOCGE, aclarando que la subordinación del ejercicio de la acción penal pública al juzgamiento administrativo previo, que restringe las facultades propias de la Fiscalía, ocasiona que delitos como el peculado y el enriquecimiento ilícito, gocen del beneficio de un obstáculo legal para ser perseguidos, por lo tanto, los términos administrativos para que la Contraloría pueda emitir informes de auditoría (siete años y ciento ochenta días), burlarían el mandato constitucional de que estos delitos sean imprescriptibles.

✓ Análisis. -

En relación a lo manifestado por las partes y la Corte, prima conocer el contenido de tales artículos y como cada uno de ellos se encuentra ligado a la violación del principio de imprescriptibilidad consagrado en la Constitución; empezando con la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que en su Capítulo 6, artículo 71, establece la caducidad y la prescripción de sus acciones en la siguiente forma (cito):

Capítulo 6 Caducidad y Prescripción. - Art. 71.- Caducidad de las facultades de la Contraloría General del Estado. - La facultad que corresponde a la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, y los actos de las personas sujetas a esta Ley, así como para determinar responsabilidades, caso de haberlas, caducará en siete años, contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002, p.24)

El último inciso del numeral 3 en el artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, que dispone (cito): "Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado" (Código Orgánico Integral Penal, 2014,p.95).

A simple vista resulta indiscutible el hecho que tanto lo alegado por las partes y la Corte en el caso 0005-13-IN y acumulados, acerca del contenido del último inciso, numeral 3 del artículo, 581 del COIP, en su incompatibilidad con la normativa constitucional establecida en el artículo 233 que declara imprescriptible a los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito; puesto que, el efecto directo de dicha norma estipulada en el COIP, terminaba en el hecho que: los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, efecto del principio de caducidad y prescripción que establece el artículo 71 a Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, solo podrían ser perseguidos durante siete años contados desde la fecha en que se hubiere cometido el ilícito, haciendo prescriptible lo declarado por la Constitución como imprescriptible, esto es que, los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, quedaban en la impunidad.

A fin de resolver la inconstitucionalidad, que resultaba de la contraposición de las normas inferidas, se debió considerar que en la Constitución del Ecuador en el artículo 211 numeral 2 se asigna a la Contraloría General del Estado las siguientes funciones que me permito citar: "2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado" (Constitución de la República del Ecuador, 2008,p.75).

Así mismo, en el artículo 31 de la LOCGE, se asigna funciones específicas a dicho organismo, una de las cuales justamente es la auditoría gubernamental, la cual conforme lo establece el artículo 39 de la misma ley, otorga a la Contraloría la potestad exclusiva para determinar indicios de responsabilidad administrativa, civil culposa, e indicios de responsabilidad penal, única y exclusivamente, fundamentada

en la auditoría gubernamental, y más concretamente, en alusión a las responsabilidades penales; situación que también se halla contemplada en los artículos 65, 66, y 67 ibídem, pero siempre en lo correspondiente a la auditoría gubernamental y a la emisión del informe correspondiente.

De lo dicho entonces, se puede concluir que la facultad legal que le otorga tanto la Constitución como la LOCGE, se basa en materia penal, única y exclusivamente, en emitir informes con indicios de responsabilidad penal, cuando estos sean efecto de una auditoría gubernamental, y que se halla sujeta a lo que establece el artículo 71 de la LOCGE, al mencionar que para la ejecución de tal auditoría, únicamente se tiene hasta siete años después de ocurridos los hechos constitutivos del delito; conjeturándose que, la Contraloría al no tener la facultad legal de contar con periodos de tiempo mayores a los siete años establecidos por la LOCGE, no podía ni debía limitar las acciones de la Fiscalía General del Estado, específicamente en lo que atañe a las funciones que se le asigna en el artículo 195 de la Constitución y la facultad legal que en forma implícita se le otorga en el numeral 2 del artículo 212 de la misma normativa constitucional.

Además, se debía considerar que la normativa legal y reglamentaria existente, le permite a la Fiscalía establecer indicios de responsabilidad penal en la fase pre procesal conocida como indagación previa y, de encontrarse amplios y suficientes elementos de convicción, puede solicitar el inicio de la instrucción fiscal, todo esto en cualquier tiempo, por lo que no era aceptable ninguna normativa que limite dichas potestades y mucho menos que pretendían hacer prescriptibles la acción para su seguimiento o sus correspondientes penas, como venía suscitando en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, antes que entre en vigor lo resuelto por la Corte Constitucional en sentencia 05-13-IN y acumulados.

Dentro de los convenios suscritos por el Ecuador para hacer frente a la corrupción, se encuentran disposiciones legales que concuerdan con lo manifestado anteriormente, así se tiene, la disposición contenida en el artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que hace referencia a que cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de

prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2005).

El Artículo XIX de la Convención Interamericana contra la Corrupción (2000); que habla sobre la aplicación en el tiempo el cual estará sujeto a los principios constitucionales, al ordenamiento interno de cada Estado y a los tratados vigentes entre los Estados Partes, destacándose que el hecho de que el presunto acto de corrupción se cometiera con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención, no impedirá la cooperación procesal penal internacional entre los Estados Partes. La presente disposición en ningún caso afectará el principio de la irretroactividad de la ley penal ni su aplicación interrumpirá los plazos de prescripción en curso relativos a los delitos anteriores a la fecha de la entrada en vigor de esta Convención.

Dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también se hallan varios fallos que hacen mención sobre el importante papel que juega el principio de imprescriptibilidad en la defensa de los derechos humanos; así se tiene lo siguientes casos: Caso Gelman vs Uruguay - Sentencia 24 de febrero del 2011; Caso 12.521 - María Laura Órdenes Guerra y Otros Vs Chile - Sentencia del 30 de noviembre de 2016; Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Corte I.D.H.; Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No 6. Corte I.D.H.

### **PRINCIPIO DE AUTONOMÍA Y DIVISIÓN DE PODERES EN RELACIÓN A LAS ATRIBUCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO Y LA CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO**

✓ Argumentos de las partes. -

Las partes señalan que claramente en el artículo 212, numeral 2 de la Constitución se establece que la Contraloría General del Estado, tiene entre sus atribuciones el

determinar responsabilidades administrativas, civiles e indicios de responsabilidad penal, de ser el caso, en relación aspectos y cuestiones derivadas de su gestión, pero también se enfatiza en que dicha atribución no puede menoscabar las funciones que en esta materia son exclusivas de la Fiscalía; por tal razón y correspondiéndole a la Fiscalía la dirección, de oficio o a petición de parte, de la investigación pre procesal y procesal penal; con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. Que de hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal; la misma no puede ser quebrantada por ninguna normativa.

Pero que, a través del presupuesto de procedibilidad exigido en el artículo 581.3 del COIP para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, de un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, contraviene lo establecido en el artículo 168 numeral 1 de la Constitución, que consagra el principio de independencia judicial; y, fundamentalmente, la disposición expresada en el artículo 233 de la Constitución de la República que declara, a la acción para perseguir los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito así como a sus respectivas penas, imprescriptibles.

✓ Consideraciones de la Corte.-

La Corte contemplo las competencias de la Fiscalía General del Estado, considerándola principalmente como un órgano integrante de la Función Judicial pero a la vez autónomo, único e indivisible, por lo que en un Estado organizado como república como lo señala el artículo 1 de la Constitución, es indispensable la división de poderes, saltando a la vista que el informe de Contraloría con carácter vinculante, su llega a conformar una intromisión de un ente ajeno a la Función Judicial en el ejercicio de sus potestades.

Como ya se dijo la Fiscalía goza de total autonomía, siendo esto uno de sus principios rectores para su actividad, ya que le permite investigar infracciones

penales sin la injerencia de organismos públicos externos, garantizando el control de los poderes políticos distribuidos en la Constitución. Otorgándole libertad para cumplir con su deber sin la necesidad de autorizaciones ajenas a sus competencias constitucionales. Debido a lo dicho es que la emisión del informe de Contraloría soslaya una traba para el ejercicio autónomo de las competencias de la Fiscalía.

Las competencias asignadas a la Fiscalía están contempladas en el artículo 195 de la Constitución, que en síntesis la dotan de la facultad de acusar y de impulsar la acusación en el juicio penal, consagrando el sistema acusatorio imperante en el Estado, es decir, que a la Fiscalía le concierne el monopolio de la acción Penal pública, dirigida a la atención del interés público y de los derechos de las víctimas. Dichas facultades solo se encuentran supeditadas a los mandatos de los principios de oportunidad y de mínima intervención penal. No existe excepción alguna en la Constitución para el ejercicio de la acción penal pública.

Es base a estos presupuestos Constitucionales, se entiende que para que la Fiscalía ejercite su acción penal de manera libre y autónoma no puede regirse a un informe previo de Contraloría, que según el postulado del artículo 195 de la Constitución restringe sus potestades en los casos de peculado y enriquecimiento ilícito ya que se condicionan a lo establecido por el artículo 581 del COIP, alterando de esta manera las competencias exclusivas otorgadas por la Constitución a la Fiscalía.

Esta contradicción en el ordenamiento jurídico ha traído varias consecuencias adversas para el ejercicio de la acción penal y para la lucha contra la corrupción, que es deber primordial del Estado, de acuerdo al artículo 3(8) de la Constitución, pues aun teniendo la Fiscalía los elementos necesarios de convicción para pasar a la fase de instrucción fiscal, no lo puede hacer por la premisa de un informe de otro ente estatal ajeno a la Función Judicial y si este no considera que existan indicios penales prevalecería el criterio de este organismo, que para el caso es la Contraloría General del Estado. Aun cuando Fiscalía pueda en cualquier momento investigar una infracción sobre peculado o enriquecimiento ilícito se encuentra sujeta a los plazos de Contraloría.

Además en el mismo artículo 581 del COIP se establece las formas en que la Fiscalía puede conocer la notitia criminis, pero a la vez la misma norma limita la labor de la Fiscalía con respecto al peculado y el enriquecimiento ilícito al imponer una traba a la acción penal, esto no rebate lo indicado en el artículo 444 (14) del COIP, sobre que la Fiscalía pueda disponer diligencias investigativas que considere indispensables, como puede ser los informes de Contraloría sobre responsabilidad de funcionarios públicos.

Entonces se concluye que la normativa infra constitucional está coartando competencias constitucionales al imposibilitar la investigación penal de la Fiscalía de forma autónoma, tal como prescribe el artículo 195 de la Constitución.

En cuanto a las competencias otorgadas por la Constitución a la Contraloría General del Estado en el artículo 212 (2), las cuáles versan principalmente en el control que debe ejercer en el uso eficiente de los recursos públicos y de las Instituciones estatales para el cumplimiento de sus fines; a mas que se le otorga la facultad de determinar responsabilidades civiles, administrabas, o indicios de responsabilidad penal, de ameritarse el caso; lo cual se ejecuta mediante informes de responsabilidad, pero siempre manteniendo la separación de esferas funcionales con la Fiscalía, evitando cualquier posibilidad de subordinación de la Fiscalía a la Contraloría. Los informes emitidos por Contraloría en base a las potestades otorgadas por la Constitución deberían significar una más de las formas de tener la notitia criminis, obviamente que no de una manera ordinaria, ya que la Contraloría cuenta con personal especializado, procedimientos, plazos y garantías del debido proceso.

Sin embargo, los indicios constantes en dichos informes no pueden ni deben determinar las competencias de Fiscalía para investigar los hechos y las responsabilidades penales, únicamente deben servir como elementos de convicción importantes para el esclarecimiento de hechos y de responsabilidades penales, lo cual de ninguna manera atenta a las competencias establecidas en la Constitución. Más bien la emisión del informe de indicios penal para ejercer la instrucción fiscal si transgrede la división de poderes y la autonomía de la Fiscalía, tal como lo ha establecido la Constitución.

✓ Análisis. -

En el artículo 212, número 2 de la Constitución, se asigna expresamente a la Contraloría General del Estado las siguientes funciones (cito):

2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.75)

En el artículo 195 de la Constitución se dispone (cito):

La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, (...). (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.70)

De lo expresado queda claro que, la Contraloría General del Estado, solamente puede determinar indicios de responsabilidad penal en relación con los aspectos y gestiones sujetas a su control en perjuicio de las funciones que, en materia penal, son propias de la Fiscalía General del Estado como es la de dirigir, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal con especial atención al interés público.

En el caso que interesa, se debe considerar que en concordancia con el artículo 76 número 3 de la Constitución de la República, el delito de peculado era reprimido y sancionado en el artículo 257 del Código Penal anterior y actualmente con el artículo

278 en el Código Orgánico Integral Penal. Por lo tanto, establecer elementos de convicción, la conducta, el verbo rector, así como la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad en este caso, en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, demanda la investigación pre procesal y procesal penal y por lo tanto también exige la acción pública que solo puede realizar la Fiscalía General del Estado.

A efectos de resolver la inconstitucionalidad que se viene refiriendo, además de las normas ya citadas, la Corte Constitucional tomo en cuenta que; en concordancia con lo determinado en el artículo 212 por la Constitución de la República, el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado asigna funciones específicas a dicha institución, una de las cuales justamente es la de realizar la auditoría gubernamental; y, que el artículo 39 *Ibidem* establece que la Contraloría General del Estado tendrá la potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, única y exclusivamente, a base de los resultados de la auditoría gubernamental, y más específicamente, en relación con las responsabilidades penales, lo que también establecen los artículo 65, 66 y 67 del mismo cuerpo legal, pero siempre a base de realizar la auditoría gubernamental y emitir el informe correspondiente.

Argumento entonces que, por la facultad legal que le otorga la Constitución de la República y la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, esta entidad solo tiene atribuciones, en materia penal, para emitir informes que establezcan indicios de responsabilidad penal, única y exclusivamente, cuando dichos indicios sean efecto de una auditoría gubernamental, acto que por ley es propio de la Contraloría General del Estado y está regulado expresamente para ésta; pero que, además, solo se; hace a pedido de un examen especial por parte de las autoridades y/o por la propia programación de la Contraloría.

Son por estos hechos que surge, irrecusablemente en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, la facultad que corresponde a la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, y los actos de las personas sujetas a esta ley, así como para determinar responsabilidades, en caso de haberlas, las cuáles caducarán en siete años

contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos: debido a lo cual, es indiscutible, que por sus características tanto de forma como de fondo, que corresponde a un acto muy diferente al de investigar y establecer elementos de convicción para ejercer la acción pública como le corresponde constitucionalmente a la Fiscalía General del Estado en cualquier tiempo, y de ahí la imprescriptibilidad.

Esta contradicción en el ordenamiento jurídico trajo varias consecuencias adversas para el ejercicio de la acción penal y para la lucha contra la corrupción, que es deber primordial del Estado, de acuerdo al artículo 3(8) de la Constitución, pues aun teniendo la Fiscalía los elementos necesarios de convicción para pasar a la fase de instrucción fiscal, no lo puede hacer por la premisa de un informe de otro ente estatal ajeno a la Función Judicial y si este no considera que existan indicios penales prevalecería el criterio de este organismo, que para el caso es la Contraloría General del Estado. Aun cuando Fiscalía pueda en cualquier momento investigar una infracción sobre peculado o enriquecimiento ilícito se encuentra sujeta a los plazos de Contraloría.

De manera más clara, es lo mismo que ocurre con el artículo 71 de la LOGGE, que le faculta a ésta, para hacer la auditoría gubernamental, exclusivamente hasta 7 (siete) años después de ocurridos los hechos constitutivos del delito, expresamente le deja a la Contraloría General del Estado sin facultad legal alguna para realizar auditorías gubernamentales en periodos comprendidos más allá de 7 (siete) años de ocurridos los hechos constitutivos del delito, declarando con ello, automáticamente, la caducidad y la prescripción de su capacidad para emitir el informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal, que se exigía en la norma cuya inconstitucionalidad se demandó ante la Corte; con lo cual, es evidente, que la Contraloría General del Estado no podía y no debía interferir con las actividades y funciones propias de la Fiscalía General del Estado, para ejercer la acción pública de perseguir los delitos imprescriptibles de peculado y enriquecimiento ilícito.

Así lo enfatiza la Constitución de la República, ya que expresamente, establece funciones a la Fiscalía General del Estado en el artículo 195; y, diferencia dichas

funciones, propias de la Fiscalía General del Estado, de las que tiene la Contraloría General del Estado en el artículo 212 numeral 2; para dirigir, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal y acusar, si es el caso y en cualquier tiempo, los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, porque las acciones para perseguirlos están declaradas en la Constitución de la República como imprescriptibles. Dentro de un Estado organizado democráticamente, siempre se debe mantener la separación de esferas funcionales con la Fiscalía, evitando cualquier posibilidad de subordinación de la Fiscalía a la Contraloría.

En la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se encuentran varias disposiciones sobre este punto, empezando con el artículo 1, en donde se fija que la Convención tiene como finalidad promover integralmente la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos; en el artículo 5 se establece que cada Estado suscrito, de acuerdo con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, principalmente en la supervisión, coordinación e independencia de los organismos encargados de dicho control, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2005).

En el artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2005), se hace referencia al poder judicial y al Ministerio Público, destacando que se debe mantener la necesaria independencia del poder judicial y su papel decisivo en la lucha contra la corrupción, por lo que cada Estado Parte, conforme los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y sin menoscabo de la independencia del poder judicial, adoptará medidas para reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre los miembros del poder judicial.

En los artículos 36 y 38 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2005), se determina la necesidad de contar con organismos especializados para la lucha contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva

de la ley. Los cuáles gozarán de la independencia necesaria, para que puedan desempeñar sus funciones con eficacia y sin presiones indebidas; además, es indispensable la cooperación entre dichos organismos por lo que cada Estado Parte adoptará las necesarias, para alentar la cooperación entre, por un lado, sus organismos públicos, así como sus funcionarios públicos, y, por otro, sus organismos encargados de investigar y enjuiciar los delitos.

A más de las normas invocadas, se tiene como legislación conexas la jurisprudencia de la Corte Europea, así como diversos instrumentos internacionales entre los cuales cabe destacar: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de 1948; el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, diciembre de 1966; los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán entre el 26 de agosto y 6 de septiembre de 1985; la Carta Democrática Interamericana, aprobada en septiembre de 2001.

Como referente jurisprudencial sobre la importancia que representa para el ejercicio de la justicia, la división de poderes y la autonomía que cada organismo que integra el Estado debe tener; se tienen los siguientes casos: Castillo Petruzzi y otros vs. Perú - Sentencia de 30 de mayo de 1999; Caso Durand y Ugarte vs. Perú - Sentencia de 16 de agosto de 2000; Caso Lori Berenson Mejía vs Perú - Sentencia de 25 de noviembre de 2004; entre otros.

### **PRINCIPIO DE IMPRESCRIPTIBILIDAD EN RELACION AL TRAFICO DE INFLUENCIAS**

✓ Argumentos de las partes. -

Este aspecto fue demandado en el caso 0004-18-IN, dónde el accionante sostuvo que, la figura de imprescriptibilidad determinada en la Constitución con el objetivo pleno de combatir la corrupción, se forjó también con la idea de cubrir a todas las conductas que quedaron afectadas por él, al momento en que entró en vigencia la

actual Constitución; tal como ocurre con el delito de tráfico de influencias, que para el demandante corresponde a la misma conducta y tipo penal previsto en artículo 257.3 del Código Penal vigente hasta 2014, para el delito de peculado, que solo varia en su redacción; es decir que a una conducta que el anterior Código Penal se la consideraba como peculado y que era imprescriptible, hasta ese entonces, en el COIP se la cambio por otra denominación, señalada como tráfico de influencias, haciéndola susceptible del beneficio de la prescripción.

Destacando que conforme lo determina el artículo 417, numeral. 3, literal a) del COIP, el ejercicio de la acción penal prescribe en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad prevista en el tipo penal, contado desde que el delito es cometido. En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años. Con aquello la acción para sancionar una conducta típica del peculado, y que premeditadamente fue cambiada de nombre a tráfico de influencias, queda prescrita en cinco años, burlando así a la Constitución.

✓ Consideraciones de la Corte. -

La Corte Constitucional indica que es a la Asamblea Nacional a quién le compete determinar las diferentes conductas penales, cuya atribución se encuentra establecida en el artículo 120 de la Constitución y que se contrasta con lo enunciado en el artículo 76 (3) sobre la garantía que tienen los ciudadanos de no ser sancionados por acto u omisión que no esté tipificado en la ley como infracción penal y que se encuentra reproducida en los principios que rigen el COIP, específicamente en el artículo 5 inciso primero.

Por lo que la configuración del tipo penal es tarea que le corresponde exclusivamente a la vía legislativa, la impugnación planteada versa sobre la diferencia que existe en la actual redacción del tipo penal en relación con la establecida en el Código Penal anterior, pero se recalca nuevamente que es al legislativo a quién le compete como definir lo que es delito y merece una pena, es improcedente declararse la inconstitucionalidad de un precepto jurídico únicamente porque la Asamblea Nacional, en pleno ejercicio de sus atribuciones legislativas, modificó el

ordenamiento jurídico penal. Lo no es factible es que la Asamblea en uso de sus atribuciones legislativas desinflen el contenido de delitos declarados imprescriptibles para burlar a la norma constitucional.

✓ Análisis. -

Primero hay que conocer como se lo define al tipo penal del tráfico de influencias en el COIP, el cual se encuentra tipificado en el Artículo 285 incisos 2do y 3ro, de dicha norma y que dispone lo siguiente:

Art. 285.- Tráfico de influencias.- Las o los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, prevaliéndose de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otra u otro servidor para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses o de terceros, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años. El máximo de la pena prevista será aplicable cuando las personas descritas en el primer inciso, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen, se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p.44)

Están incluidos dentro de esta disposición las y los vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del sector público en general, que, con su voto, cooperen a la comisión de este delito. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p.44)

En su esencia, la conducta penal tipificada en el COIP como tráfico de influencias, corresponde a la misma conducta y tipo penal previsto en artículo 257.3 del Código Penal vigente hasta 2014, que fue el de peculado, según se aprecia a continuación:

Código Penal (2000):

Art. ... (3)1.- La misma pena señalada en los artículos anteriores se impondrá a las personas elegidas por votación popular, a los representantes o delegados y a los funcionarios, empleados o servidores públicos que aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les hubiesen concedido contratos o permitido la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público. Quedan comprendidos en la misma disposición anterior y sujetos a igual pena los directores, vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del Sector Público en general, que, con su voto, hubiesen cooperado a la comisión del delito al que se refieren el inciso precedente. (p.160)

Es necesario recalcar que la conducta del texto del art. 285, incisos 2do y 3ro del COIP, es exactamente la misma que el delito de peculado, prevista en el artículo 257.3 del Código Penal, anterior, aunque bajo otra redacción. Esta conducta fue declarada imprescriptible por la Constitución de 1998 en su artículo 121 numeral 3 y por la Constitución de 2008, en el artículo 233, esto se da ya que el Código Penal derogado citado, estuvo vigente al momento de aprobarse la Constitución de 2008. No obstante, el artículo 285 COIP, que sustituyó al Código Penal, denominó a esta conducta como tráfico de influencias contrario a lo que tipificaba el art. 257.3 del Código Penal anterior, dónde se la conceptuó de peculado. Es decir, que la conducta prevista en la disposición del artículo 257.3 del Código Penal anterior, constituida como peculado y que era imprescriptible, en la actualidad y desde que entró en vigencia el COIP, el 10 de agosto de 2014, fue reducida a un delito proclive al beneficio de la prescripción.

Prácticamente resulta que una misma conducta, que estuvo acogida por el principio de imprescriptibilidad del artículo 233 de la Constitución, por el mero cambio de denominación, fue transformada en una tipa penal prescriptible bajo el COIP. Este escamoteo legislativo viola la Constitución pues permite que una de las conductas

que con más frecuencia es monopolizada por los corruptos, sea favorecida por la figura de la prescripción. Conforme al artículo 417, numeral 3, literal a) del COIP, el ejercicio de la acción penal prescribe en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad prevista en el tipo penal, contado desde que el delito es cometido. En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años. Ocasionando con ello que, la acción para sancionar una conducta típica del peculado, y que deliberadamente fue cambiada de nombre a tráfico de influencias, resulte prescrita en cinco años, burlando así a la Constitución.

Lo cual no es concebible ya que el principio de imprescriptibilidad debe abarcar a todas las conductas que quedaron afectadas por él, al momento en que entró en vigencia la actual Constitución; escenario que no se está observando en el artículo 285, incisos 2do y 3ro del COIP, por medio del cual se está encubriendo una conducta que la Constitución estableció como imprescriptible, sacándola de este gravamen.

En la Convención de las Naciones Unidas (2005), se contempla al Tráfico de influencias, en el artículo 19; dónde se impone a cada Estado suscrito adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificarlo como delito, cuando este se cometa de manera intencional, estableciendo las siguientes circunstancias: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona; y, b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.

De todo lo expresado resulta sorprendente que la Corte no haya considerado la inconstitucionalidad del artículo 285, incisos 2do y 3ro del COIP; aduciendo que la

facultad para definir las distintas conductas penales, le corresponde única y exclusivamente al legislador, que en este caso es la Asamblea; cuando aquella esta provista de todas las herramientas legales para ejercer el control y la interpretación constitucional; logrando así, administrar justicia dentro de la materia que le compete; entonces se puede entender que la Corte Constitucional, utiliza las herramientas legales de que está dotada de manera selectiva ya que cuando versan situaciones vinculadas al poder del Estado, la Corte limita su acción constitucional y no sucede como en otros casos dónde la Corte Constitucional conserva un cimero listón de exigencias, sin encontrar impedimento alguno para excluir del ordenamiento aquellas normas que no satisfagan sus criterios de interpretación.

En la jurisprudencia nacional e internacional se encuentran varios fallos relacionados al tráfico de influencias, tales como: Sentencia N.º 269-17-Sep-Cc / Caso N.º 1651-16-Ep /Corte Constitucional del Ecuador; Tribunal Supremo de Madrid / Sts. 657/2013, 15 de Julio de 2013; Tribunal Supremo de Madrid / Sts. 300/2012, 3 de mayo De 2012.

### **DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA EN RELACIÓN A LAS NORMAS ESTIPULADAS EN LEYES ORGÁNICAS**

✓ Argumentos de las partes. -

En este postulado las partes alegan que el contenido de las disposiciones legales cuya inconstitucionalidad se demanda, se aprecia que estas establecen soluciones normativas contrarias a la Constitución, por lo que se configura una situación de inconstitucionalidad material, ya que en la Constitución en el artículo 424, se establece que es la norma suprema, que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico; de la misma manera en el artículo 11, numeral de la misma norma se determina que para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley; y por tal se entiende que de existir un requisito que conste en una ley, la norma correspondiente no debe contradecir a una de carácter constitucional, como en el caso de la norma del artículo 581 inciso final del COIP.

En base a estos argumentos es que se corrobora, que, de una manera general, se está atentando con el derecho a la seguridad jurídica, fundamentado en el respeto a la constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

✓ Consideraciones de la Corte. -

La Corte no hace mención sobre este punto.

✓ Análisis. -

En la Constitución de la República, como norma suprema, en el artículo 82 se establece el derecho a la seguridad jurídica que se fundamenta en el respeto a la constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes; en concordancia con aquello, en el artículo 424 se señala que la Constitución es la norma suprema, que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico y que las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; y, en el artículo 233 se declara imprescriptible, a la acción para perseguir a los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito.

También correlativamente, el artículo 11, numeral de dicha norma suprema se determina que, para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. De lo cual se entiende que de existir un requisito que conste en una ley, la norma correspondiente no debe contradecir a una de carácter constitucional, como sucedía con la norma tipificada en el artículo 581 inciso final del COIP, que en reiteradas ocasiones se ha mencionado, por ser la norma que fue demandada como inconstitucional ante la Corte.

Finalmente, las normas demandadas infringían lo estipulado en el artículo 11, numeral 3 de la Constitución, que establece que para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén

establecidos en la Constitución o la ley. En este caso, obviamente esas condiciones o requisitos no debían oponerse a norma constitucional alguna.

De lo expuesto, se aprecia que las normas demandadas establecían soluciones normativas contrarias a la Constitución, por lo que se configuraba una situación de inconstitucionalidad material. De manera concreta, se aprecia que mientras la Constitución dictamina la imprescriptibilidad de ciertos delitos, las disposiciones del COIP imponían cierta condicionalidad, que solo podía ser obtenida hasta cierto tiempo conforme a lo establecido en el artículo 71 de la LOCGE. Adicionalmente, por el encubrimiento normativo a una conducta corrupta, que realiza el artículo 581 del COIP, se permite que esta quede sin el efecto de la imprescriptibilidad de la acción penal. Así en ambos casos, se contrariaba a la Constitución por razones de fondo; además de las limitaciones que las normas erogadas imponían a las disposiciones de la Constitución, también constituían un obstáculo tanto para los organismos como para la ciudadanía, en su lucha frente a la corrupción.

En lo referente a la normativa contenida en el artículo 11, numeral 3 de la Constitución, que establece que para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley, se puede observar que el requisito material que establecía la norma del artículo 581, numeral 3, inciso final del COIP atentaba con dicho postulado; así mismo vulneraba, el deber de los ciudadanos a denunciar y combatir los actos de corrupción establecido en el artículo 83, numeral 8 de la Constitución; y el derecho a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción, consagrado en el artículo 3, numeral 8 de la misma carta suprema; al igual que las atribuciones que la Constitución otorga a la Fiscalía se encontraban entorpecidas por la norma rogada.

De una forma general, las normas demandadas, inconcusamente, infringían el derecho a la seguridad jurídica, derecho que se encuentra recogido en el artículo 82 de la Constitución (2008), cuyo texto me permito transcribir: “Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (p.38).

Es necesario mencionar que este derecho se encuentra íntimamente ligado con el principio de jerarquía normativa ya referido en líneas anteriores y que se halla previsto en el artículo 424 de la Constitución, el mismo que establece que, esta es la norma suprema y que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico; y que, por tanto, las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; razón por la cual, el ejercicio de la acción penal para los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, no podía continuar encontrándose sometida a un presupuesto de procedibilidad, que en este caso se configura con la existencia de un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado.

Son por todas estas contradicciones que fundamentalmente, la disposición expresada en el artículo 233 de la Constitución de la República que declara, a la acción para perseguir los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, así como a sus respectivas penas, imprescriptibles; es jerárquicamente superior a las determinadas tanto en el COIP como en la LOCGE.

En la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el artículo 65, al igual que lo establece la Constitución de la República en su artículo 82; se deja en claro que siempre la aplicación de la presente Convención, se hará observando los principios fundamentales de su derecho interno, así como, las medidas adoptadas ya sean legislativas y administrativas se harán en arreglo a la presente Convención, siempre que no contravengan el orden jurídica de cada Estado parte; a fin de prevenir y combatir la corrupción.

Dentro de la Jurisprudencia se tienen varios casos que tratan sobre la seguridad jurídica que se debe garantizar en los fallos judiciales, para efectivizar el estado de derecho, destacando los siguientes: Sentencia N.º 214-17-Sep-Cc/Caso N.º 1758-12-Ep Corte Constitucional del Ecuador; Sentencia N.O 160-18-Sep-Cc/Caso N.0 1416-10-Ep Corte Constitucional del Ecuador; Sentencia No. 077-13-Sep-Cc. /Caso No. 0080-10-Ep., sobre la Inconstitucionalidad de la Reducción del Monto de la Pensión Jubilar Patronal.

## INCOMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL

### ✓ Argumentos de las partes. -

Las partes se fundamentan en el hecho que, mientras para la Constitución en el artículo 233 los delitos que tienen gran relevancia en los actos de corrupción como el peculado y el enriquecimiento ilícito, en forma general son imprescriptibles, efecto de la norma contenida en el artículo 71 de la LOCGE, sólo serían imprescriptibles los que hubieren sido cometidos en el lapso comprendido desde marzo 2006 a marzo del 2012; es decir, transcurridos siete años, eso también si, hasta marzo del 2013 se ha obtenido el informe de la Contraloría General del Estado, al que se refiere la Resolución de fecha 24 de febrero del 2010, emanada por el Pleno de la Corte Nacional y el artículo 581.3, inciso final del COIP; aunque la Fiscalía establezca, como resultado de sus investigaciones en la fase de indagación previa, la existencia de amplios y suficiente elementos de convicción para solicitar, de conformidad con el artículo 195 de la Constitución y el artículo 591 del COIP, la realización de la audiencia de formulación de cargos e inicio de la instrucción fiscal; debido a que delitos como el peculado y el enriquecimiento ilícito cometidos hace ya siete años y un día más, con esta forma estarían prescritos y por lo tanto quedarían en la impunidad.

### ✓ Consideraciones de la Corte. -

El Tribunal de la Corte Constitucional expreso que si bien el artículo 581.3 del COIP, no es contrario al 233 de la Constitución, este acarrea en su aplicación efectos en la eficacia de dicha norma constitucional, a la vez que la subordinación de la acción penal al juzgamiento administrativo ineludiblemente restringe las potestades constitucionales de la Fiscalía, ocasionando que delitos como el peculado y el enriquecimiento ilícito tengan un obstáculo legal para ser perseguidos e inefablemente queden en la impunidad. Contrariando el compromiso asumido en la Constitución de combatir a la corrupción, tal como se establece en los artículos 3(8), 83 (8), 204, 208 (1) y (4) y por ello los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito fueron declarados imprescriptibles en el artículo 233 de la

Constitución.

✓ Análisis. -

En el Artículo 581 numeral 3, inciso final del COIP, se establecía que para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituía un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado.

Esta disposición imponía un requisito documental (el informe previo con indicios de la responsabilidad penal), para proceder a la acción penal contra dos de los cuatro delitos idiosincráticos de la corrupción, lo cual inevitablemente limitaba a la Fiscalía a proceder de manera libre y expedita ante tales hechos penales, o, a los jueces en caso de que Fiscalía decidiera acusar los delitos señalados como imprescriptibles por la Constitución.

Por otro lado, el artículo 71 de la LOCGE, establece un límite temporal a la acción de la Contraloría para pronunciarse sobre los actos de las instituciones y personas sujetas a control.

El significado de las normas mencionadas, es que, respectivamente, atribuían un requisito para el ejercicio de la acción penal por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito (el informe previo con indicios de la responsabilidad penal); e, imponían un límite temporal a la elaboración de ese requisito por parte de la entidad autorizada para ello, la Contraloría General del Estado (la caducidad y prescripción en siete años, para determinar responsabilidades). Estas condicionalidades (requisito y tiempo límite), rompían al principio de imprescriptibilidad de la acción para perseguir los delitos peculado y enriquecimiento ilícito, y sus penas correspondientes, previsto en el artículo 233 de la Constitución.

De esta manera, el peculado y enriquecimiento ilícito, no podían perseguirse y peor sancionarse, pasados los 7 (siete) años de haberse cometido y, por tanto, por efecto

de la concordancia normativa de las disposiciones legales del COIP y LOCGE indicadas, esos delitos se transforman de manera automática en prescriptibles. Por su parte, el requisito documental que implantaba la norma del artículo 581 inciso final del COIP atentaba también contra el artículo 195 de la Constitución que faculta a la Fiscalía General del Estado a dirigir la investigación pre procesal y procesal penal, que en función del artículo 233 de la misma norma, al tratarse de los delitos peculado y enriquecimiento ilícito, debería realizarse sin requisito de procedibilidad alguno.

En relación a este punto la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2005), en el artículo 5, expresa que: todas las políticas y prácticas de prevención contra la corrupción que cada Estado Parte adopte, deben procurar evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción; tal, como sucedía con la disposición contenida en el artículo 581.3, inciso final del COIP, la cual había servido como medio para que delitos derivados de la corrupción, como son el peculado y el enriquecimiento ilícito evadan a la justicia y por el requisito de prejudicialidad exigido en la misma norma, pasen a beneficiarse de la prescripción que señala en artículo 71 de la LOCGE, quedando en la impunidad; pero que acertadamente la Corte Constitucional declaró inconstitucional, excluyendo la Resolución del 24 de febrero del 2010 emanada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y reformando el contenido del artículo 581, numeral 3, inciso final del COIP.

***Decisión. -***

Una vez ya analizados las normas en disputa y de conformidad son lo que señalan los artículos 436 (2) de la Constitución y 76 (6) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional dictaminó lo siguiente:

Sentencia No. 5-13-IN/19 y Acumulados (2019):

1. Declarar la inconstitucionalidad de la Resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial No. 154 de 19 de marzo

de 2010 y del artículo 581 (3), inciso final, del Código Orgánico Integral Penal, que dice: "Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito con título un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General de, Estado cuando el objeto de la infracción sea recursos públicos". (p.12)

En consecuencia, el artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal dirá: Formas de conocer la infracción penal.- Sin perjuicio de que la o el fiscal inicie la investigación, la noticia sobre una infracción penal podrá llegar a su conocimiento por:

1 Denuncia: Cualquier persona podrá denunciar la existencia de una infracción ante la Fiscalía, Policía Nacional, o personal del Sistema integralo autoridad competente en materia de tránsito. Los que directamente pondrán de inmediato en conocimiento de la Fiscalía. (p.12)

2. Informes de supervisión: Los informes de supervisión que efectúan los órganos de control deberán ser remitidos a la Fiscalía. (p.12)

3. Providencias Judiciales; Autos y sentencias emitidos por las o los jueces de los tribunales. (p.13)

2. La Fiscalía General del Estado podrá ejercer la acción penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito sin requerimiento de informe de supervisión efectuados por los órganos de control, de conformidad con las siguientes reglas:

a) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia de conformidad con el artículo 76 (7) (i) de la Constitución. Para el efecto se entenderá que una persona ha sido juzgada penalmente desde el momento en que contra ella se ha formulado cargos o si se ha dictado una sentencia condenatoria ejecutoriada. Contra esa persona no podrá iniciarse un nuevo juicio penal. (p.13)

b) Las investigaciones, auditorías, informes y cualquier otro pronunciamiento emitido por la Contraloría que contenga indicios de responsabilidad penal si es que no se ha ejercido la acción penal y no se han formulado cargos no constituyen

juzgamiento penal. (p.13)

c) Si las indagaciones o investigaciones previas fueron desestimadas o archivadas por no contar con el informe que contenga indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría, la Fiscalía podrá solicitar la reapertura de la investigación cuando aparezcan nuevos elementos, mediante audiencia ante el Juez de Garantías Penales, quién resolverá sobre la reapertura de la investigación. (p.13)

d) El informe de la Contraloría es una de las formas de hacer conocer a la Fiscalía sobre la posible existencia de una infracción penal (notitia criminis) y también de aportar con indicios sobre los hechos y la responsabilidad. (p.13)

e) Las personas serán juzgadas de conformidad con el tipo penal vigente al momento de su cometimiento, siempre que las normas posteriores no fueren más favorables, y de conformidad con las reglas de procedimiento del COIP. (p.13)

3. Se desestima la pretensión de la acción pública de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 285, incisos segundo y tercero, del Código Orgánico Integral Penal, reservándose para la Asamblea Nacional la potestad de modificar el artículo en mención de acuerdo al principio de libertad de configuración legislativa. (p.13)

## CONCLUSIONES

1. En la Resolución del 24 de febrero de 2010 expedida por la Corte Nacional de Justicia se sostenía que era fundamental el informe de Contraloría como requisito de procedibilidad, debido a esto, el informe previo fue incluido en el Código Orgánico Integral Penal y ha sido el germen de la problemática a lo largo de esta exposición; la Corte Constitucional mediante Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados, en contraposición a lo dicho por la Corte Nacional de Justicia, quién sostenía que, en relación a los resultados de la auditoría gubernamental, la Contraloría, tiene potestad exclusiva, para entre otras, determinar indicios de responsabilidad penal, en base de las cuales, a la Fiscalía le corresponde ejercer la acción penal, la Corte Constitucional sustentó que tanto la Contraloría como la Fiscalía gozan de independencia y autonomía, por lo que el informe previo constituía una vulneración de las potestades de Fiscalía, y una extralimitación a los poderes de la Contraloría establecidos en la Constitución.

2. En la Sentencia No. 5-13-IN/19 en el análisis constitucional se indicó la clara antinomia que genera el tratamiento jurídico en las normativas del Código Orgánico Integral Penal y de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, a lo consagrado en la Constitución del Ecuador, con respecto al informe previo, ya que, por un lado, el COIP establece que para el ejercicio de la acción penal pública en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito se requiere del informe previo de la Contraloría, en el que se determine indicios de responsabilidad penal, por su parte, la Constitución señala la imprescriptibilidad de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito; y por el otro lado la LOCGE indica que la potestad de Contraloría para determinar responsabilidades, en caso de haberlas, caduca en siete años desde el cometimiento de dichas actividades o actos; de manera que el informe previo exigido también caducaría a los siete años, convirtiendo en prescriptibles los mencionados delitos.
  
3. Finalmente la Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados dictada por la Corte Constitucional, el 02 de julio del 2019, en base a una argumentación jurídica amplia, ha demostrado la inconstitucionalidad de la Resolución del 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia y por ende de lo tipificado en el artículo 581.3 inciso final del COIP, debido a la incompatibilidad de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito con los principios rectores del derecho penal y sus múltiples connotaciones perjudiciales a los derechos del acusado, ya que, son delitos que por la forma que fueron concebidos en tales normativas, quebrantaron al principio de proporcionalidad al establecer un requisito previo innecesario e idóneo, que ha servido como un limitante a las potestades de investigación y ejercicio de la acción penal por parte de Fiscalía, contribuyendo a que casos de corrupción gravísimos sean valorados dentro de tipos penales más flexibles, o lo que es peor, queden en la impunidad.
  
4. Es lamentable, que a pesar que, la sociedad ecuatoriana tenga latente la necesidad imperante de perseguir y no dejar impune los actos de corrupción, la inclusión tanto de conductas penales como requisitos deficientes que vulneran los principios rectores del derecho penal y las garantías y derechos de los acusados no han servido como una respuesta idónea ni deseable. Por lo que resulta

indispensable que en la tipificación de estos delitos y de sus requisitos de procedibilidad estos se estructuren de una manera exacta y minuciosa, acorde con los principios del Derecho y que no restrinjan, las potestades de los órganos judiciales.

Por lo tanto, la emisión de la Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados dictada por la Corte Constitucional, el 02 de julio del 2019, en dónde se enmienda la errónea concepción de la Corte Nacional de Justicia, respecto al informe previo, ha sido el primer paso, hacia el cumplimiento de lo que consagra la Constitución, sobre el Derecho a vivir en una sociedad democrática y libre de la corrupción, encaminado en alcanzar el tal idealizado Sumak Kawsay.

## 5.4 Bibliografía

1. Abarca Galeas, L. H. (2013). *El Estado Constitucional de Derecho y Justicia Social*. Quito - Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
2. Aguado, T. (2017). *El Principio de Proporcionalidad en el derecho penal*. Madrid: Edersa.
3. Agudelo Betancur, N. (2010). *De los Delitos y de las Penas*. Bogotá - Colombia: Temis.
4. Albán Gómez, E. (2011). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito - Ecuador: Ediciones Legales S.A.
5. Alexy, R. (2011). Los Derechos Fundamentales y el Principio de Proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11 - 29.
6. Ambos, K., & Steiner, C. (2003). Sobre los Fines de la Pena al Nivel Nacional y Supranacional. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 27-169.
7. Andrade, F. (2017). *Guía Índice Código Integral Penal*. Cuenca - Ecuador: Fondo de Cultura Ecuatoriana.
8. Arias Holguín, D. (2012). Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. *Revista de Derecho*, 142 - 171.
9. Asúa Jimenez, J. (1978). *Teoría Jurídica del Delito*. Buenos Aires: UNC.
10. Bacigalupo, E. (1999). *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires: José Luis Deplma EDITORIAHLA MMURASB.RI .L.
11. Behar Rivero, D. (2008). *Metodología de la Investigación*. Sanabria: A, Rubiera.
12. Bergalli, R. (1988). *En el Control Penal en el Marco de la Sociología jurídica*. Barcelona: Departamento de Sociología y Metodología de las Ciencias Sociales.
13. Branham, V., & Kutash , S. (1949). *Enciclopedia de Criminología*. New York: Phisolophical Library.
14. Bucheli Mera, R. (1995). *Criminología hacia la Concepción Crítica*. Quito - Ecuador: Jurídica del Ecuador.
15. Bustos Ramírez, J. (1995). *Prevención y Teoría de la Pena*. Santiago de Chile: Jurídica Cono Sur Ltda.
16. Bustos Ramirez, J. (2008). *Derecho Penal - Parte General Volumen I*. Quito - Ecuador: Jurídica del Ecuador.
17. Cabanellas de Torres, G. (1998). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires:

Heñiasta.

18. Caceres, L. (1998). *Delitos contra el patrimonio, aspectos penales y criminologicos*. Madrid: Visión.
19. Camara Arroyo, S. (2015). *Justicia Social y Derecho penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado* . Madrid: Prof. Asociado de Derecho penal y Delincuencia Juvenil.
20. Cárdenas Gracia, J. (2014). Noción, Justificación y Críticas al Principio de Proporcionalidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 65 - 100.
21. Centro de Estudios Latinoamericanos CESLA. (Marzo de 2019). *CESLA.com*. Obtenido de <https://www.cesla.com/>
22. Centro Internacional de Estudios Penitenciarios. (Junio de 2018). *Observatorio Internacional de Justicia Juvenil*. Obtenido de <http://www.ijjo.org/es/organizations/general/centro-internacional-para-estudios-penitenciarios>
23. Chavez Baño, J. C. (2010). *El Principio de Proporcionalidad en la Justicia Constitucional*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
24. Chávez Paredes, P. C. (2015 - 2016). *El informe de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado y sus efectos jurídicos en los procesos penales que por peculado se sustanciaron en la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba, durante el periodo 2013-2015*. Riobamba - Ecuador: Universidad Nacional de Chimborazo UNACH.
25. *Código Orgánico de la Función Judicial*. (2009). Quito - Ecuador: eSilec Profesional .
26. *Código Orgánico Integral Penal*. (2014). Quito - Ecuador: Gráficas Ayerve C. A.
27. *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. (2014). Quito - Ecuador: Universidad Pontificia del Ecuador.
28. *Código Penal*. (2000). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
29. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad*. España: OEA/Ser.L/V/II.
30. *Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
31. Contraloria General del Estado. (2008). *Prejudicialidad en el Informe Previo de*

- Responsabilidad Penal*. Quito - Ecuador: CGE.
32. Contreras, S. (2012). Ferrajoli y los Derechos Fundamentales. *Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos)*, 16.
  33. *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. (2005). Quito: Registro Oficial.
  34. *Convención Interamericana contra la Corrupción*. (2000). Quito: Registro Oficial.
  35. Corporación de Estudios y Publicaciones. (2014). *Jurisprudencia al Catálogo de Delitos*. Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
  36. Corte Nacional de Justicia. (2010). *Resolución*. Quito: Registro Oficial.
  37. Cote Barco, G. E. (2008). *Constitucionalización del Derecho Penal y Proporcionalidad de la Pena*. Bogotá - Colombia: Vniversitas. ucls.
  38. Crespo, D. (1999). *Prevención general e individualización de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca España.
  39. *Declaración Americana de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre*. (1948). Colombia: Conferencia Internacional Americana.
  40. Defensoría Pública del Ecuador. (2016). *Defensa y Justicia*. Quito - Ecuador: RECONOCIMIENTO ACADÉMICO SENESCYT - INDEXADA.
  41. Del Rosal, J. (1966). Fines de la Pena. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 531 - 562.
  42. Diaz Aranda, E. (2003). *Criminalidad y Derecho Penal en México ¿Hacia dónde Vamos?* Perú: Ara EIRL.
  43. Díez Gargari, R. (2012). Principio de Proporcionalidad , Colisión de Principios y el Nuevo Discurso de la Suprema Corte. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 26.
  44. Donna , E. (2016). *Derecho Penal*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
  45. El Comercio. (26 de Enero de 2010). Las brigadas están activas en Ambato. *Diario el Comercio*, pág. 10.
  46. Fernandez Cruz, J. Á. (2010). EL Juicio Constitucional de Proporcionalidad de las Leyes Penales: ¿La Legitimación Democrática como medio para mitigar su inherente Irracionalidad? *Revista de Derecho*, 51-99.
  47. Freedman, D. (2000). *Comentario al Derecho Penal. Parte General de Raul Zafaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar*. Buenos Aires: Ediar.

48. Fuentes Cubillos, H. (2008). El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal. Algunas Consideraciones acerca de su Concretización en el Ámbito de la Individualización de la Pena. *Ius et Praxis*, 1 - 24.
49. Gago Guerrero, P. F. (1994). Principios de la Justicia Social. En P. F. Gago Guerrero, *Principios de la Justicia Social* (pág. 87). Madrid: Universidad Complutense.
50. Gangarella, R. (2011). De la Injusticia Penal a la Justicia Social. Buenos Aires, Argentina.
51. García Falconí , J. (2009). *Los Principios Rectores y Disposiciones Fundamentales que se deben observar en la Administración de Justicia en el Ecuador según en Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito - Ecuador: Rodin.
52. García Falconí, J. (2014). *Análisis jurídico teórico-práctico del Código Orgánico Integral Penal*. Quito - Ecuador: Universidad de las Américas.
53. García Falconí, J. C. (2014). *Análisis Jurídico Teórico- Práctico del Código Orgánico Integral Penal*. Riobamba - Ecuador: Indugraf.
54. García Falconí, R. (2014). *Código Integral Penal Comentado*. Quito - Ecuador: Latitud Cero 2014.
55. García Heredia, A. D. (2016). *Es procedente hablar de prejudicialidad previo al iniciar el procedimiento de la acción penal en el Delito de Peculado*. Quito - Ecuador: Universidad Central del Ecuador.
56. Gómez Bazar, S. (2006). *Metodología de la Investigación*. Tlalnepantla - México: Red Tercer Milenio S.C.
57. Gonzáles, J. L. (2007). *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Trotta: Madrid.
58. Hurto Inc.1/Art.196, 18282-2016-01043 (De Garantías Penales 31 de Marzo de 2016).
59. Instituto Nacional de la Administración Pública. (1998). *Cuadernos de Derecho Público - Principio de Proporcionalidad*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas.
60. Jurado Mogollon, T. G. (2018). *Del informe previo sobre indicios de la responsabilidad Penal emitido por la contraloría general del estado para el ejercicio de la acción penal, en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito*

*en la legislación penal Ecuatoriana.* Ambato - Ecuador: Universidad Autónoma de los Andes UNIANDES.

61. King Hurtado, R. R. (2017). *Los Informes de Contraloría como Requisito de Procedibilidad para el Juzgamiento del Delito de Peculado.* Quito: Universidad San Francisco de Quito USFQ.
62. Lara Bonilla, R. (2004). *Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la Determinación de la Pena.* Bogotá - Colombia: Rama Judicial del Poder Público.
63. Lavado de Activos, Inc.3, Num.1, Art. 317, 17282-2015-05549 (De Garantías Penales 05 de Diciembre de 2015).
64. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.* (2009). Quito - Ecuador: eSilec Profesional.
65. *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.* (2002). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones CEP.
66. *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.* (2015). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones CEP.
67. Lopera Mesa, G. (2011). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia. *Revista de Derecho*, 113 - 138.
68. Lopera Mesa, G. P. (2006). *Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
69. López Cabrera, H. A. (2014). *El Delito de Cuello Blanco - El Peculado Bancario.* Quito - Ecuador: Universidad de las Américas UDLA.
70. López Ruf, M. (2015). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Buenos Aires: UCALP.
71. Luna Castro, J. (2004). *La Proporcionalidad como Principio limitador de las Penas.* Sevilla: Astigi S.L.
72. Masbernat Muñoz, P. (2008). Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: Una perspectiva desde el derecho público común europeo. *Revista IUS ET PRAXIS*, 375 - 379.
73. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2008). *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional.* Quito - Ecuador: Miguel

Carbonell.

74. Mir Piug, S. (1982). *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático*. Barcelona: Casa Editorial, S. A.
75. Molina Arrubla, C. M. (1983). *Introducción a la Criminología*. Bogotá: Temis.
76. Murrillo Torrecilla, J., & Hernández Castilla, R. (2011). Hacia un concepto de la Justicia Social. *Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia en Educación*, 17.
77. Navarro Frías, I. (2010). El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios? *Revista para el Análisis del Derecho*, 2 - 33.
78. Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. New York: Onu.
79. Orrellana, A. (2003). *La individualización de la pena de prisión*. México D.F: Porrúa.
80. (1976). *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*. New York: Onu.
81. Paralización de un servicio Público Art. 346 COIP, 11313-2015-00435 (De Garantías Penales 17 de Agosto de 2018).
82. Pardo Angles, R. (2003). *Política Criminal y Justicia*. Bolivia: Temis S.A.
83. Pazmiño, E. (02 de Junio de 2016). El Poder de la Palabra. (B. Jaramillo, Entrevistador)
84. Peculado Num4, Art.257, 17721-2011-10565A (De Garantía Penales 09 de Febrero de 2011).
85. Perello Domenech, I. (2006). *El Principio de Proporcionalidad y la Jurisprudencia Constitucional*. Madrid: Asociación Pro Derechos Humanos de España.
86. Pérez Pinzón, Á. O., & Pérez Castro, B. J. (2009). *Curso de Criminología*. Bogotá - Colombia: Temis.
87. Perez Serrano, G. (1994). *Investigación cualitativa. Retos e interrogantes. Métodos I*. Madrid: La Murralla.
88. Proceso Asociación Ilícita, 17721-2017-00222 (Tribunal de Garantías Penales 23 de Enero de 2018).
89. Pulido, B. (2003). *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación*

- Constitucional*. Madrid: Centr de Estudios Políticos y Constitucionales.
90. Reyes Echandía, A. (2003). *Criminología*. Bogotá - Colombia: Temis.
  91. Reyes Echandía, A. (2003). *Criminología*. Bogotá -Colombia: TEMIS S.A.
  92. Rincon, A. (1995). *Técnicas de Investigación en Ciencias Sociales*. Madrid: Dykinson.
  93. Riofrío Martínez, J. (2016). Alcance y Límites del Principio de Proporcionalidad. *Revista Chilena del Derecho*, 283.
  94. Salas Salazar, C. (2010). CARBONELL, Miguel (coord.)(2010). El principio de proporcionalidad en la Interpretación Jurídica, Santiago de Chile. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 257 - 261.
  95. Sánchez Gil, R. (2009). Recepción Jurisprudencial del Principio de Proporcionalidad en México. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 472 - 489.
  96. Sapag, M. (2008). El Principio de Proporcionalidad y Racionalidad como Límite Constitucional al Poder del Estado: Un Estudio Comparado. *Universidad de la Sabana*, 157 - 198.
  97. Sentencia No. 5-13-IN/19 y Acumulados , 0005-13-IN; 0050-16-IN y 0004-18-IN (Corte Constitucional del Ecuador 02 de Julio de 2019).
  98. Silva Sánchez, J. (2007). *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático)*. Barcelona: Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra.
  99. Telenchana Vargas, G. A. (2016). *Los Delitos contra la Propiedad*. Ambato: Pontificia Universisda Católica del Ecuador.
  100. Torres Vergara, D., & Gabela Salvador, R. (2018). *El informe previo sobre indicios de responsabilidad penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, una aberración en el Código Orgánico Integral Penal*. Quito - Ecuador: Universidad San Francisco de Quito USFQ.
  101. Villaverde Menéndez, I. (2008). *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales: Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Quito - Ecuador: Miguel Carbonell - Ministeriode Justicia y Derechos Humanos.
  102. World Prison Brief; UNODC; OEA. (Enero de 2019). *Institute for Criminal Pollicy Research*. Obtenido de <http://www.prisonstudies.org/>
  103. Yenissey Rojas, I. (2015). La Proporcionalidad en las Penas. *Revista del*

*Pensamiento Penal*, 16.

104. Zambrano Pasquel, A. (2014). *Estudio Introductorio al Código Orgánico integral Penal*. Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
105. Zumárraga Carrera, M. J. (Agosto de 2017). *Repositorio Uniandes*. Obtenido de <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/6923/1/PIUIAB047-2017.pdf>
106. Zúñiga Añazco, Y. (2010). El Principio de Proporcionalidad como Herramienta de Racionalidad. Un Análisis Crítico desde su aplicación en la Jurisprudencia del tribunal Chileno. *Ius et Praxis*, 249-272.

# ANEXOS

## **ANEXO 1**

### **TRATADOS INTERNACIONALES**

#### **CONVENIO DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN**

Art. 1.- Finalidad. - La finalidad de la presente Convención es: a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;

Art. 5.- Políticas y prácticas de prevención de la corrupción 1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, garantizará la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción con medidas tales como: a) La aplicación de las políticas a que se hace alusión en el artículo 5 de la presente Convención y, cuando proceda, la supervisión y coordinación de la puesta en práctica de esas políticas; y,

2. Cada Estado Parte otorgará al órgano o a los órganos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo la independencia necesaria, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones.

Art. 11.- Medidas relativas al poder judicial y al Ministerio Público 1. Teniendo presentes la independencia del poder judicial y su papel decisivo en la lucha contra la

corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y sin menoscabo de la independencia del poder judicial, adoptará medidas para reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre los miembros del poder judicial. Tales medidas podrán incluir normas que regulen la conducta de los miembros del poder judicial.

Art. 13.- Participación de la sociedad 1. Cada Estado Parte adoptará medidas adecuadas, dentro de los medios de que disponga y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa. Esa participación debería reforzarse con medidas como las siguientes: a) Aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones;

Art. 18.- Tráfico de influencias Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona; y, b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.

Art. 29.- Prescripción Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por

cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia.

Art. 30.- Proceso, fallo y sanciones. - 2. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer o mantener, de conformidad con su ordenamiento jurídico y sus principios constitucionales, un equilibrio apropiado entre cualesquiera inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales otorgadas a sus funcionarios públicos para el cumplimiento de sus funciones y la posibilidad, de ser preciso, de proceder efectivamente a la investigación, el enjuiciamiento y el fallo de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Art. 36.- Autoridades especializadas Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, se cerciorará de que dispone de uno o más órganos o personas especializadas en la lucha contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva de la ley. Ese órgano u órganos o esas personas gozarán de la independencia necesaria, conforme a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado Parte, para que puedan desempeñar sus funciones con eficacia y sin presiones indebidas. Deberá proporcionarse a esas personas o al personal de ese órgano u órganos formación adecuada y recursos suficientes para el desempeño de sus funciones.

Art. 38.- Cooperación entre organismos nacionales Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno, para alentar la cooperación entre, por un lado, sus organismos públicos, así como sus funcionarios públicos, y, por otro, sus organismos encargados de investigar y enjuiciar los delitos. Esa cooperación podrá incluir: a) Informar a esos últimos organismos, por iniciativa del Estado Parte, cuando haya motivos razonables para sospechar que se ha cometido alguno de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 15, 21 y 23 de la presente Convención; o, b) Proporcionar a esos organismos toda la información necesaria, previa solicitud.

Art. 65.- Aplicación de la Convención 1. Cada Estado Parte adoptará, de

conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención. 2. Cada Estado Parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la corrupción.

## **CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION**

Artículo II Propósitos Los propósitos de la presente Convención son: 1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y

Artículo XIX Aplicación en el tiempo Con sujeción a los principios constitucionales, al ordenamiento interno de cada Estado y a los tratados vigentes entre los Estados Partes, el hecho de que el presunto acto de corrupción se hubiese cometido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención, no impedirá la cooperación procesal penal internacional entre los Estados Partes. La presente disposición en ningún caso afectará el principio de la irretroactividad de la ley penal ni su aplicación interrumpirá los plazos de prescripción en curso relativos a los delitos anteriores a la fecha de la entrada en vigor de esta Convención.

Artículo VI Actos de corrupción: c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

Artículo XI Desarrollo progresivo: c. Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado.

Artículo IX Enriquecimiento ilícito Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

**DECLARACIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS  
CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES,  
INHUMANOS O DEGRADANTES**

Artículo 1.- 1. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. 2. La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumana o degradante.

Artículo 2.- Todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado como violación de los propósitos de la

**OCTAVA ENMIENDA A LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS**

No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles y desusadas.

## **DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Artículo 3.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 5.- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 17.- 1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

## **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, SAN JOSÉ**

Artículo 7º Derecho a la Libertad Personal. - 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

## ANEXO 2

**Entrevista dirigida a los Defensores Públicos de la Provincia de Tungurahua, del Cantón Ambato.**



**UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

Señor/a Defensor/a Público/a con la finalidad de ejecutar el Proyecto de Titulación de Post Grado con tema “EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA JUSTICIA SOCIAL”, previo a la obtención del título de Magister en Derecho Penal y Procesal Penal, sírvase responder las siguientes preguntas:

**PREGUNTA No. 1:** ¿Considera usted que en la legislación penal vigente existe desproporcionalidad en las penas y medidas definidas para cada delito?

**PREGUNTA No. 2:** ¿A su criterio personal puede señalar que delitos en el COIP, son categorizados con mayor rigidez por el legislador penal?

**PREGUNTA No. 3:** ¿Por qué cree usted que existen sentencias con penas privativas de la libertad más drásticas hacia los delitos ordinarios que a los delitos denominados de cuello blanco?

**PREGUNTA No. 4:** ¿Considera usted que en la fijación de penas privativas de libertad a delitos económicos y contra la administración pública se observan los parámetros de proporcionalidad demandados en la Constitución?

**PREGUNTA No. 5:** ¿Qué entiende usted por Justicia Social?

**PREGUNTA No. 6:** ¿Considera usted que en el proceso penal se está cumpliendo el mandato de Justicia Social que postula la Constitución del Ecuador?

**PREGUNTA No. 7:** ¿En su opinión personal que circunstancias piensa que motivan a los legisladores al momento de determinar las diferentes sanciones y medidas para cada tipo delictivo?

**PREGUNTA No. 8:** ¿Piensa usted que las medidas adoptadas en el Ecuador están sirviendo para contrarrestar la corrupción?

**PREGUNTA No. 9:** ¿Considera usted que la reforma planteada en el artículo 581.3 del COIP, ha servido como un medio para restablecer la Justicia Social en el Ecuador?