UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TITULO:

"LA NO PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y DE LAS PENAS EN LOS DELITOS DE PECULADO, COHECHO, CONCUSIÓN Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA, VULNERA EL DERECHO GARANTISTA EN QUE SE BASA NUESTRA CARTA MAGNA"

Tesis previa a la obtención del título de Abogada.

AUTORA:

Janet del Cisne Guerrero Luzuriaga

DIRECTOR:

Dr. Eli Jiménez Soto Mg.Sc.

LOJA-ECUADOR

2016

CERTIFICACIÓN DEL DIRECTOR

Dr. Eli Jiménez Soto Mg.Sc, Docente Tutor del Decimo Módulo de la Carrera de Derecho del Área Jurídica, Social y Administrativa, de la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja:

C E R T I F I C A:

Haber revisado prolijamente el trabajo de investigación titulado ***"LA NO PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y DE LAS PENAS EN LOS DELITOS DE PECULADO, COHECHO, CONCUSIÓN Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA, VULNERA EL DERECHO GARANTISTA EN QUE SE BASA NUESTRA CARTA MAGNA",*** realizado por la alumna JANET DEL CISNE GUERRERO LUZURIAGA, y autorizo su presentación para la defensa y sustentación, por cumplir los lineamientos metodológicos y sujetarse al Reglamento para la aprobación de los módulos en la UNL.

Loja, 04 de diciembre del año 2015.

Atentamente.-

Dr. Eli Jiménez Soto Mg.Sc

DOCENTE – COORDINADOR DE LA CARRERA DE DERECHO

DECLARATORIA DE AUTORIA

Yo, Janet del Cisne Guerrero Luzuriaga, declaro ser la autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos y acciones legales por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Firma:.....

Autora: Janet del Cisne Guerrero Luzuriaga

Cédula: 110296343-4

Fecha: 17 de marzo del 2016

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DE LA AUTORA, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Janet del Cisne Guerrero Luzuriaga, declaro ser la autora de la tesis titulada: **"LA NO PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y DE LAS PENAS EN LOS DELITOS DE PECULADO, COHECHO, CONCUSIÓN Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA, VULNERA EL DERECHO GARANTISTA EN QUE SE BASA NUESTRA CARTA MAGNA",** como requisito para optar el grado de Abogada; autoriza al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

Los usuarios Pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los veintidós días del mes de marzo de 2016, firma la autora.

Firma: .....

Autora: Janet del Cisne Guerrero Luzuriaga

C.I.: 110296343-4

Dirección: Catamayo, Av. Catamayo y Juan Montalvo

Correo electrónico: yaleny.guerrero@hotmail.com

Teléfono: 072678610 **Celular:** 0991097497

Datos Complementarios:

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Eli Jiménez Soto Mg.Sc

TRIBUNAL DE GRADO: Dr. Igor Vivanco Muller, Mg. Sc

Dr. Jorge Eduardo Alvarado, Mg.Sc

Dr. Darwin Quiroz Castro Mg. Sc

DEDICATORIA

Primero a Dios, por la vida y todas las oportunidades que me brinda para ser mejor ser humano cada día, por darme el suficiente valor y perseverancia para seguir adelante con mis estudios; a mis padres familiares, esposo y sobre todo a mis hijos por su esfuerzo y comprensión, que me permitió continuar hasta llegar a cumplir con mi meta, a mis catedráticos por su apoyo en la formación académica en mi trabajo investigativo el mismo que es de vital importancia para continuar superándome hasta llegar a ser una excelente profesional y contribuir en el desarrollo de nuestra sociedad.

La autora.

.....

Janet del Cisne Guerrero Luzuriaga

AGRADECIMIENTO

Pertenecer a la Universidad Nacional de Loja es un honor y una satisfacción, por ello mi agradecimiento ferviente va dirigido a dicha institución, al Área de la Modalidad de Estudios a Distancia, a la Carrera de Derecho y a la gran familia Docente Universitaria, gracias a todos y cada uno de los docentes quienes me supieron apoyar, y formar para ser en la vida profesional de bien, espero no defraudarlos.

Dejo constancia de mi profundo agradecimientos al Dr. Eli Jiménez Soto Mg. Sc, Docente Tutor de la Carrera de Derecho, quien me guio con sabiduría e inteligencia, para así llegar a la feliz culminación de mi trabajo investigativo, gracias a sus invalorables conocimientos. A través de sus enseñanzas entendí que uno de los deberes fundamentales del ser humano es la búsqueda incansable de su mejoramiento y superación y para alcanzarlo tengo que trabajar.

Gracias

TABLA DE CONTENIDOS

1. TITULO

2. RESUMEN

2.1. ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. Marco Conceptual

4.1.1. Conducta Humana

4.1.2. Tipicidad

4.1.3. Antijuricidad

4.1.4. Culpabilidad

4.1.5. Sanción

4.1.6. Finalidad de la Pena

4.1.7. La Acción

4.1.8. La Pena

4.1.9. Prescripción

4.1.10. Delito

4.1.11. Delito de Peculado

4.1.12. Delito de Cohecho

4.1.13. Delito de Concusión

4.1.14. Delito de Enriquecimiento Ilícito

4.1.15. El Principio de Derecho a la Defensa

4.1.16. El Debido Proceso como Garantía Constitucional

4.2. Marco Doctrinario

4.2.1. El Delito de Peculado

4.2.2. Antecedentes

4.2.3. El Delito de Cohecho

4.2.4. Antecedentes

4.2.5. Delito de Concusión

4.2.6. Antecedentes

4.2.7. Delito de Enriquecimiento Ilícito

4.2.8. Antecedentes

4.3. Marco Jurídico

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

4.3.2. Código Orgánico Integral Penal

4.3.3. Peculado

4.3.4. Enriquecimiento Ilícito

4.3.5. Cohecho

4.3.6. Concusión

4.3.7. Finalidad de la Pena

4.3.8. Garantismo Penal

4.3.9. Garantía de la Legítima Defensa en la Constitución de la República del Ecuador

4.3.10. La Etapa de Juicio con respecto a los Delitos de Peculado, Enriquecimiento Ilícito, Concusión y Cohecho

4.4. Derecho Comparado

4.4.1. Derecho Comparado en la Legislación de Perú

4.4.2. Derecho Comparado en la Legislación Chilena

4.4.3. Finalmente

5. MATERIALES Y METODOS

5.1. Materiales

5.2. Métodos

5.3. Técnicas

6. RESULTADOS

7. DISCUSION

7.1. Verificación de los Objetivos

7.2 Contrastación de la Hipótesis

7.3 Fundamentación Jurídica que Sustenta la Enmienda Constitucional

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. PROPUESTA DE ENMIENDA CONSTITUCIONAL

9.2. Proyecto de Enmienda Constitucional

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

INDICE

1. TÍTULO

“LA NO PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y DE LAS PENAS EN LOS DELITOS DE PECULADO, COHECHO, CONCUSIÓN Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA, VULNERA EL DERECHO GARANTISTA EN QUE SE BASA NUESTRA CARTA MAGNA”

2. RESUMEN

La investigación que es materia del presente trabajo que pongo a consideración de la Universidad Nacional de Loja, surge de la necesidad de hacer un análisis de la problemática titulada: **"LA NO PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y DE LAS PENAS EN LOS DELITOS DE PECULADO, COHECHO, CONCUSIÓN Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA, VULNERA EL DERECHO GARANTISTA EN QUE SE BASA NUESTRA CARTA MAGNA",** problema social que ha tomado cuerpo en los últimos años debido a la falta de regulación y conocimiento legal que permita establecer los parámetros para el cumplimiento de la Ley, además 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 son imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciaron y continua su juzgamiento incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán cuando participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

En el Ecuador, el tema específico de los delitos contra la Administración Pública, desde siempre, ha sido motivo de intensos debates, que dependiendo de los gobiernos, han sido analizados de diferente manera. Sin embargo, el tema relevante es que dichos delitos inmersos dentro de la administración pública como son el peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, no prescriben y por ello, solo

existe la forma de configurarlos y sancionarlos, pero no el punto de prescripción de los mismos.

Esto se ha dado por las distintas coyunturas políticas que han devenido con el pasar de los años en el Ecuador. Podría decirse, y sin temor a equivocarnos, que el tema de los delitos contra la administración pública, en general, se ha convertido en un tema de debate amplio, ya que existe la duda si los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito si deben prescribir o no, para nuestra lógica dichos delitos si deberían prescribir en un tiempo de 10 a 13 años, que es el mismo tiempo que corre la pena.

Es público y notorio, tanto en el Ecuador como en casi todos los países latinoamericanos, que los puestos de la Administración Pública son extremadamente codiciados, ya sea por el escaso control de los dineros del erario nacional, ya sea por la posición social y económica que otorgan, o simplemente por una necesidad de notoriedad política. Lo cierto es que una vez que ocupan un cargo público, los servidores públicos intentan dar lo mejor en esfuerzo pero eso no los excluye de convertir algún delito de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

Estos delitos, por su tipificación, luego de la reforma al anterior Código Penal, se convirtieron en la más execrable tipificación de los delitos que se pueda cometer en el Ecuador; los cuales a nuestro entender y visto desde un punto de vista son demasiado sancionadores y vistos desde otro punto de vista no permiten la posibilidad de resarcir el daño causado al Estado con la finalidad de llegar a un acuerdo de solución

inmediata, la cual sería: devolver al Estado el dinero o monto producto de la configuración del delito y ser excluido para siempre del servicio público.

Todas estas opiniones y reflexiones vertidas, son las pautas que nos llevarán a entender las razones reales, mas no ficticias, del por qué un país como el Ecuador, en el cual su Constitución en el Título I que habla de los Principios Fundamentales, en su primer artículo, donde pregona que, transcribo: El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada, no se aplica el derecho y justicia desde el punto de vista que se generaliza y en el tema que nos compete los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito no prescriben, pero si se habla de derechos y justicia si deberían prescribir dichos delitos de 10 a 13 años que es lo que dura la pena y dar las facilidades para que la persona o servidor público acusado pueda resarcir al Estado el daño económico causado, esto con la finalidad de garantizar una verdadera justicia.

Es así como vemos la relevancia de tratar un tema tan importante como es el de **"LA NO PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y DE LAS PENAS EN LOS DELITOS DE PECULADO, COHECHO, CONCUSIÓN Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA, VULNERA EL DERECHO GARANTISTA EN QUE SE BASA NUESTRA CARTA MAGNA",** no se puede establecer a ciencia cierta a cuantas personas afecta el cometimiento de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, ya que quienes los cometen por lo general lo que

hacen es tratar de llevar una vida normal y resguardarse solo para ellos el cometimiento de dichos delitos.

Es por esto la importancia que tiene el estudio serio de esta figura delictiva; haciendo una reseña histórica a nivel mundial, así como de nuestro país, analizando el tipo penal como tal y todas las partes que lo conforman, es decir, el bien jurídico protegido, la conducta típica, y el objeto material; sin dejar de lado el estudio de cada uno de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito en la legislación ecuatoriana, encontrando que en nuestra legislación existen prácticamente estos delitos y son imprescriptibles; y, por último, planteamos una propuesta de reforma así como recomendaciones que van dirigidas a implantar y proponer la prescripción de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, así como el resarcimiento al Estado por el cometimiento de dichos delitos.

Es necesario indicar que en el PROBLEMA se realiza un planteamiento del problema propiamente figurativo, revisando los antecedentes de tipo penal, que se denomina peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito en la legislación ecuatoriana, dichos delitos tienen una división de acuerdo al artículo 278 al 281 del Código Orgánico Integral Penal, legislación sustantiva vigente.

2.1 ABSTRACT

In Ecuador, the specific issue of crimes against the administration Public has always been a matter of intense debate, especially the Embezzlement, depending on governments, has been analyzed differently. However, the important issue is how to configure and sanction and analyze the different shape and almost sui generis of our legislation, compared to other analogous to Ecuador, specifically in the crime of embezzlement.

This is given by the different political situations that have become the Over the years in Ecuador. Arguably, without a doubt, that the issue of crimes against public administration in general, and embezzlement, in particular, it has become a political issue than a legal, since using a ancient and harmful formula, it has handled demagogic way and for the different social, institutional crises political, legal and who has lived Ecuador, creating legal myths sanctioning this crime in an almost absurd only compared with crimes against humanity in the way of sanction, which is He explained later in this paper.

It is public knowledge, both in Ecuador and in almost all countries Latin Americans who posts in the Civil Service are extremely sought, either by poor control of the money from the national treasury, either by social and economic position that grant, or simply by a need to political notoriety. The truth is that these charges have become true simple catapults to strangers, and in many cases, people without moral or academic

ability hold the position and overnight is become big business, including start a political career.

We believe it is necessary to point out as an important point, that corruption, plays a leading role in this offense and can be achieved by this route pursue political purposes, creating crime figures at your convenience. This offense, by its definition, after the reform made him the most the execrable crime that can be committed in Ecuador; turn created anew Code of Criminal Procedure, which in our view guarantees that the powerful do not fall into this Ecuadorian legal invention, called Embezzlement Banking, and worse, that the Judicial Function of Ecuador, very rundown, has become the best accessory for these sad characters.

That is why if you take the time to review the prison population Ecuador, which lives anxious moments, you will find that even though the vast majority meets convictions for crimes against property, are criminals so-called "common" but not in such "Rehabilitation Centers Social "famous" White Collar Criminals ". So demonstrates a treatise Ecuador, Dr. Edmundo Durán Díaz: "The prisons are full of criminals property, but "street" criminals, who finally are risking their physical integrity; but the other offender property, the white-collar criminal, who makes a fortune based on bribery, bribery, embezzlement, illicit enrichment, that is never in jail, or becomes, in rare cases received a conviction; and steal much more money the white collar criminals if we measure things by the results, we give that justice is not working properly, and not on the grounds of the people, nor vice laws, but because it corresponds to a conception of classes.

All these opinions and thoughts expressed by way of abstract, are the guidelines that will lead us to understand the real reasons, but not fictional, why a country like Ecuador, where its Constitution in Title I speaking of Fundamental Principles, in its first article, which proclaims that transcribe: "The Ecuador is a constitutional State of rights and justice, social, democratic, sovereign, independent, unitary, intercultural, plurinational and secular. It is organized as a republic and is governed in a decentralized manner.

3. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación titulado, **“LA NO PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y DE LAS PENAS EN LOS DELITOS DE PECULADO, COHECHO, CONCUSIÓN Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA, VULNERA EL DERECHO GARANTISTA EN QUE SE BASA NUESTRA CARTA MAGNA”,** debe poseer una importante atención de todos los ámbitos sobre los cuales tiene injerencia, siendo para ello indispensable el estudio concatenado de los efectos jurídicos que conlleva y su impacto sobre las clases sociales y políticas económicas de Estado.

Los impactos sobre el cometimiento de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, han dado lugar que muchos servidores públicos una vez que han cometido dichos delitos huyan a otros países desestabilizando de una u otra forma al Estado, cuando lo que le debería interesar al Estado es que dicho servidor público devuelva al ente Estatal el valor económico afectado.

El marco jurídico que regula los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, es la Constitución de la República y el COIP, dando a entender que 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, 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, además se les impone una pena de diez a trece años para quienes incumplan la Ley y cometan dichos delitos referidos anteriormente. Supuestamente de esta forma se pretende frenar de una u otra forma dichos delitos que afectan al Estado, pero no se ha previsto plantear alternativas direccionadas en resarcir al Estado el daño económicamente causado.

De allí la importancia del presente trabajo investigativo titulado: **"LA NO PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y DE LAS PENAS EN LOS DELITOS DE PECULADO, COHECHO, CONCUSIÓN Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA, VULNERA EL DERECHO GARANTISTA A LA LEGÍTIMA DEFENSA EN QUE SE BASA NUESTRA CARTA MAGNA",** que analiza la problemática, debido a que existe la normativa legal para quien comete los delitos referidos anteriormente pero no existe la idea jurídica de resarcir al Estado el daño causado, es por ello que a nuestro pensar una de las soluciones más viables sería que el servidor público que cometió el delito de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, devuelva al Estado el dinero generado producto de su actividad ilícita, y a su vez quede el referido servidor público excluido de por vida de ejercer nuevamente un cargo público. El presente trabajo comienza por conceptualizar cada uno de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, se analiza los posibles puntos de desconcierto para debates entre la colectividad así como también los puntos desconocidos por los mismos. Además se imparte ideas relacionadas al tema, así como una propuesta de reforma, conclusiones y recomendaciones que abalizan el trabajo investigado, es por ello que es un tema de gran importancia para la ciudadanía especialmente para el Estado y

servidores públicos, ya que al no prescribir la acción de las penas en los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión y cohecho, el Estado solo esta direccionándose en sancionarlo a ese servidor público, pero no está pensando en la mejor solución que sería que el servidor público devuelva o pague al Estado el daño económico causado.

En la actualidad, después de todo lo reseñado, este problema de los últimos tiempos debería ser preocupación de todos los gobiernos y los órganos competentes; ya que cada día se viene evidenciando como se constituye los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, así como su severa sanción, pero en general vale la redundancia recalcar los entes adscritos al Estado o el mismo Estado en general no ha analizado como se puede solucionar este problema de forma oportuna y ágil, es por ello que el problema de mi tesis me motivó a investigar más sobre la conjetura jurídica planteada y centrada específicamente en el derecho penal y de esta manera presentar una reforma de Ley, creando una solución, así como proponer la Prescriptibilidad de los referidos delitos.

En la mención del tema, se procede a verificar, y contrastar los objetivos e hipótesis que se ha centrado también en la fundamentación jurídica para plantear un proyecto de reforma que determinen que los denominados delitos contra la administración pública, deben ser considerados como los delitos comunes prescriptibles y por ende sancionados de una forma no tan severa. Finalmente se pone a consideración de las autoridades académicas y de la comunidad en general, y si el Alma Mater lo permite, que sea como referente y de consulta para los estudiantes de la carrera de Derecho.

4. REVISION DE LA LITERATURA

4.1. Marco Conceptual

4.1.1. Conducta Humana

"La conducta es un conjunto de actos de un hombre o un animal, exteriores y visibles para su observador. La conducta de un hombre revela, más que sus palabras, sus verdaderos pensamientos, sus propósitos y sus ideales"[1].

La conducta es, entonces, la expresión de todas las características personales, es la manera como cada uno realiza su propia cualidad, como se manifiesta lo que es. Todo lo que la personalidad tiene de íntimo, la conducta lo tiene de externo, es la misma personalidad, pero manifiesta; es la manera de ser, mostrada al exterior. Consecuentemente, al considerar la personalidad y la conducta como hechos correlativos (pues cada manera de ser corresponde una manera de manifestarse, o mas claramente, todo ser se manifiesta), la cuestión de cómo investigar la personalidad, como peculiaridad de cada uno de los sujetos, se resuelve al considerar que, siendo la conducta la proyección de la personalidad, el estudio de aquella es el camino para el conocimiento de esta.

4.1.2. Tipicidad

[1] Curso elemental de psicología Por Velásquez Págs. 338, 339 Manual de psicotécnica pedagógica

“Tipicidad es la característica de aquello que es típico (representativo o particular de algún tipo). El concepto suele utilizarse en el ámbito del derecho para nombrar a aquello que constituye un delito ya que se adecua a una figura que describe la ley”[2].

La tipicidad supone entonces, la adecuación de una conducta a los presupuestos que detalla la legislación sobre un delito. Si la acción que ejecuta una persona de forma voluntaria encaja con la figura que describen las leyes como delito, se habla de la tipicidad del hecho cometido.

De esta manera, cuando una conducta se adecua a la descripción de la ley, puede afirmarse que el acto constituye un delito. En cambio, cuando la adecuación no se produce en su totalidad, la acción no supone un delito. Esta adecuación está vinculada a la tipicidad de los hechos.

4.1.3. Antijuricidad

“La antijuridicidad consiste en la constatación de que la conducta típica (antinormativa) no está permitida por ninguna causa de justificación (precepto permisivo) en ninguna parte del orden jurídico (derecho penal, civil, comercial, laboral, etc.), es el resultado de un juicio en cuya virtud se afirma el desvalor objetivo y substancial de una acción

[2] www.http://definicion.de/tipicidad/

humana, confrontándola con el ordenamiento jurídico en su totalidad; incluyendo los principios generales del derecho”[3].

La antijuridicidad es entonces, la sustancia del delito y es el resultado de un juicio en cuya virtud afirmamos la injusticia de una acción concreta.

4.1.4. Culpabilidad

“La culpabilidad, en Derecho penal, es la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, es decir supone la reprochabilidad del hecho ya calificado como típico y antijurídico, fundada en el desacato del autor frente al Derecho por medio de su conducta, mediante la cual menoscaba la confianza general en la vigencia de las normas. El problema de la culpabilidad es central en el Derecho penal, por cuanto determina finalmente la posibilidad de ejercicio del ius puniendi”[4].

La culpabilidad es entonces, la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena. Es la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable. Es una relación de causalidad ética y psicológica entre un sujeto y su conducta.

4.1.5. Sanción

[3] http://www.monografias.com/trabajos44/derecho-penal-antijuridicidad/derecho-penal-antijuridicidad.shtml#concep

[4] Klein, Melanie. (1948). Sobre la teoría de la ansiedad y la culpa.

“La sanción es la aplicación de algún tipo de pena o castigo a un individuo ante determinado comportamiento considerado inapropiado, peligroso o ilegal. En este sentido, el concepto de sanción puede ser entendido de dos maneras distintas, aunque similares y conectadas entre sí. Estos dos sentidos son, básicamente, el jurídico y el social, contando cada una con elementos particulares”[5].

En un sentido técnico, propio del derecho constitucional, se denomina sanción al acto con el que el Rey perfecciona la ley, manifestando su acuerdo con el contenido del texto y su voluntad de que integre el ordenamiento jurídico. Sancionar una ley significa desde este punto de vista reconocerla válida en el plano del Derecho, productora de efectos jurídicos.

La sanción es, pues, un efecto no deseado, en el sentido de que sólo puede ser aplicada cuando no se logra evitar el incumplimiento del deber jurídico. La sanción jurídica presenta unos rasgos distintivos que la hacen singular respecto al resto de sanciones que pueden imponerse en otros códigos normativos (moral, usos sociales, normas religiosas, reglas del juego). Así las sanciones jurídicas se distinguen por su especial rigor y grado de formalización: están socialmente organizadas, cuentan con la posibilidad de recurrir al uso de la fuerza y disponen de órganos específicos de imposición.

4.1.6. Finalidad de la Pena

[5] http://teoria-del-derecho.blogspot.com/2007/12/la-sancin-jurdica.html

El delito en consecuencia tiene la pena, y la pena tiene una finalidad, la cual ha ido evolucionando a lo largo de la historia, desde sus principios hasta nuestros días. No basta con imponer la pena al delincuente por cometer un ilícito culpable, sino se requiere de algún argumento adicional, es por eso que la pena necesariamente debe tener alguna finalidad, ya sea preventiva, retributiva, enmendadora o simplemente reinsercionista. "No es función del Estado imponer la justicia en la tierra, sino que debe limitarse a satisfacer las necesidades sociales."[6]

A mi criterio personal, el fin de la pena, esencialmente, es reavivar en la conciencia común el desvalor de la conducta violadora de la norma que ordena el respeto a cierta categoría de bienes y, así, reafirmar la importancia de tales bienes y la exigencia de que sean respetados. En fin, la pena tiene una función preventiva, con vista a una sola utilidad que es, evitar la repetición de los delitos y así parar el golpe de la criminalidad.
Ahora bien, de acuerdo con el COIP, la finalidad de la pena es la prevención general para la comisión de delitos; es decir, se amenaza sancionar ciertas conductas con la finalidad de evitar su realización; también promueve algunos comportamientos por medio de los delitos culposos al impulsar el cumplimiento de un deber objetivo de cuidado, por ejemplo, castigando la conducción de vehículos a motor con llantas lisas o en mal estado. Otros fines declarados para la penas son la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas.

[6] Citado en: Ziffer, Patricia S., Lineamientos de la Determinación de la Pena, Ed. AD-HOC SRL 1996, Pág. 46 del libro de: Henkel, Die “richtige” Strafe, tubinga, 1969, Pag. 7

4.1.7. La Acción

“Originado en el vocablo en latín actio, el concepto de acción se refiere a dejar de tener un rol pasivo para pasar a hacer algo o bien a la consecuencia de esa actividad. Se trata también del efecto que un agente tiene sobre una determinada cosa, del desarrollo de un combate, una lucha o una pelea, de un conjunto de determinados movimientos y gestos o de una sucesión de hechos o circunstancias”[7].

Ahora bien desde mi lógica cognoscitiva la acción penal es aquella que se origina a partir de un delito y que supone la imposición de un castigo al responsable de acuerdo a lo establecido por la Ley. De esta manera, la acción penal es el punto de partida del proceso judicial.

Los orígenes de la acción penal se remontan a los tiempos en que el Estado se hizo acreedor del monopolio del uso de la fuerza; al inaugurar la acción penal, ésta reemplazó a la venganza personal y a la autodefensa, al ser el Estado quien asume la defensa y el resarcimiento de sus ciudadanos.

La acción penal, por lo tanto, supone un ejercicio de poder por parte del Estado y un derecho a la tutela para los ciudadanos que sufren las consecuencias de un delito cometido contra su persona.

[7] web: http://definicion.de/accion/

En un sentido filosófico, “la acción penal es una de las formas que tiene el Estado para reestablecer la paz social que fue alterada por la comisión de un delito. La promoción de una acción penal puede ser ejercida tanto por el poder estatal como por particulares”[8].

Una vez iniciada una acción penal, su primera etapa consiste en la investigación (la búsqueda de pruebas), la persecución (el ejercicio de la acción ante el tribunal competente) y la acusación (se exige un castigo). Durante el juicio, cada uno de estos pasos es concretado y, en base a la acción, el juez se encarga de dictar la resolución conforme a lo estipulado por las leyes vigentes.

4.1.8. La Pena

Del latín poena, una pena es la condena, la sanción o la punición que un juez o un tribunal impone, según lo estipulado por la legislación, a la persona que ha cometido un delito o una infracción. A mi parecer, la pena es la sanción previamente fijada por la ley, para quien comete un delito o falta, la pena constituye uno de los elementos del clásico tríptico derecho Penal. Desde que se tiene noción del delito, surge como su consecuencia, e históricamente aparejada a él, la idea de castigarlo, y allí nace la pena.

[8] web: http://definicion.de/accion-penal/

El concepto de sanción, es en cambio, bien moderno, desde que su elaboración fue fundamentalmente obra de los positivistas, podríamos decir que mientras toda pena constituye una sanción, no ocurre lo propio a la inversa. La pena, presenta un doble aspecto, el de prevención y el de represión, o lo que es igual, significa una amenaza y constituye una ejecución. Ambos deben plantearse conjuntamente, pues si bien la represión es la consecuencia o el cumplimiento de una amenaza, la sistematización total de los principios no se logra refiriéndose sólo a uno de los momentos.

4.1.9. Prescripción

"La prescripción es un instituto jurídico por el cual el transcurso del tiempo produce el efecto de consolidar las situaciones de hecho, permitiendo la extinción de los derechos o la adquisición de las cosas ajenas. En el Derecho anglosajón se le conoce como statute of limitations"[9]. Muchas veces la utilización de la palabra prescripción en Derecho no se limita a la acepción de prescripción extintiva o liberatoria, mediante la cual no se pierde el derecho de ejercer una acción por el transcurso del tiempo.

La prescripción, es la cesación de potestad punitiva del Estado al transcurrir un período de un tiempo fijado por la ley, así transcurrido ese lapso se extingue el derecho del Estado a imponer la sanción. Los tratadistas en materia penal, señalan

[9] José García Falconí DOCENTE DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA UNIVERSIDADCENTRAL DEL ECUADORhttp://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientocivil/2010/11/12/prescripcion-de-la-accion-penal-y-civil

que esta especie de prescripción extingue la potestad punitiva del Estado, antes de que haya llegado a concretarse en una sentencia condenatoria.

4.1.10. Delito

Un delito es un comportamiento que, ya sea por propia voluntad o por imprudencia, resulta contrario a lo establecido por la Ley. El delito, por lo tanto, implica una violación de las normas vigentes, lo que hace que merezca un castigo o pena. Más allá de las leyes, se conoce como delito a toda aquella acción que resulta condenable desde un punto de vista ético o moral.

"En el sentido judicial, es posible distinguir entre un delito civil (la acción que se desarrolla intencionalmente para dañar a un tercero) y un delito penal (que además se encuentra tipificado y castigado por la Ley penal)"[10].

Existe una clasificación bastante amplia de los distintos tipos de delito. Un delito doloso es aquel que se comete con conciencia, es decir, el autor quiso hacer lo que hizo. En este sentido, se contrapone al delito culposo, donde la falta se produce a partir de no cumplir ni respetar la obligación de cuidado. Un asesinato es un delito doloso; en cambio, un accidente donde muere una persona es un delito culposo.

4.1.11. Delito de Peculado

[10] http://definicion.de/delito/

“El término peculado se emplea en el ámbito del derecho para nombrar al delito que se concreta cuando una persona se queda con el dinero público que debía administrar. El peculado, por lo tanto, forma parte de lo que se conoce comúnmente como corrupción. Quien comete este delito roba fondos que pertenecen al Estado y que, en teoría, debía gestionar. El concepto procede de peculio (cuyo origen etimológico se halla en el latín peculĭum), que es el capital que una persona le concedía a su descendiente o su siervo para que éstos hagan uso”[11].

La persona que incurre en esta falta defrauda la confianza del Estado, cuyas autoridades le encomendaron algún tipo de función y le posibilitaron el acceso a los recursos públicos. El peculado en ocasiones no refiere específicamente al robo de dinero, sino que también puede concretarse cuando el funcionario en cuestión hace uso de ciertos objetos que, en realidad, deberían estar disponibles para el bien común. Es muy importante manifestar que lo que diferencia al peculado de otro tipo de robos o estafas, en definitiva, es que el delincuente es alguien que ejerce funciones públicas y que se apropia de recursos estatales que debía custodiar y gestionar, abusando de su posición. Esta particularidad, por supuesto, agrava la condición del robo.

También puede referirse a la disposición que hace un funcionario de los bienes materiales para el desempeño de sus funciones para sí o para otros.

4.1.12. Delito de Cohecho

[11] http://definicion.de/peculado/

“El cohecho es un delito que implica la entrega de un soborno para corromper a alguien y obtener un favor de su parte. Lo habitual es que esta dádiva, que puede concretarse con dinero, regalos, etc., sea entregada a un funcionario público para que éste concrete u omita una acción. Por ejemplo: un juez penal será procesado por el presunto delito de cohecho, la Justicia encontró culpable de cohecho al intendente, quien recibió un automóvil por parte de la compañía que ganó la licitación para construir un puente. Algunas legislaciones distinguen entre cohecho simple (un funcionario recibe dinero para desarrollar una cierta acción) y cohecho calificado (el soborno se entrega para impedir u obstaculizar un acto).

Tomemos el ejemplo de un proyecto estatal para la construcción de un hospital. El gobierno decide llamar a concurso para que las empresas constructoras presenten sus propuestas para el desarrollo del edificio. Un empresario decide sobornar (o coimear, en el lenguaje coloquial) al gobernador de la provincia y le paga 200.000 dólares para que su firma sea la ganadora del concurso”[12].

A mi criterio personal, el delito de cohecho es simple si el funcionario público acepta una remuneración para cumplir con un acto debido por su función o calificado si recibe una dádiva para obstaculizar el cumplimiento de un acto o no llevarlo a cabo, ya sea dicho acto constitutivo o no de delito.

[12] http://definicion.de/cohecho/

4.1.13. Delito de Concusión

Concusión es un término que procede del latín concussio. Se trata de una exacción (la acción de exigir impuestos, multas o prestaciones) arbitraria que lleva a cabo un funcionario público en provecho propio. La concusión, por lo tanto, es un concepto legal que se utiliza para describir una situación en la cual un funcionario hace uso de su cargo para hacer pagar a una persona una contribución que no le corresponde. La concusión también implica exigir un pago más alto del estipulado por ley. El delito de concusión puede contar con diversos agravantes: el uso de intimidación, la invocación de órdenes de funcionarios de mayor jerarquía, etc. El análisis de la concusión y sus características depende de un juez.

El servidor público incurre en este delito cuando exige, por sí mismo o por medio de otra persona, dinero, valores o servicios a título de impuesto, renta, contribución, etc., sin que la ley lo estipule o en una cuantía superior a la permitida. Si el funcionario es encontrado culpable, la pena varía según cada legislación y de acuerdo con la gravedad del delito cometido. Por lo general, los castigos van desde el pago de multas hasta la destitución e inhabilitación para desempeñarse en cargos públicos o incluso la prisión.

“Concusión y cohecho son dos términos que a menudo se confunden en el lenguaje popular, pero se trata de conceptos distintos. En primer lugar, cabe aclarar que ambos pertenecen a una misma categoría: son dos tipos de abuso, un fenómeno que ha adoptado diferentes formas a lo largo de la historia y que continúa enmascarándose

para formar parte de las diversas culturas del ser humano. Continuando con el abuso, si bien posee muchas clasificaciones, la tasa más alta de víctimas está asociada al abuso de poder, dado que no requiere de una alta jerarquía política ni de una fortuna económica; en muchos casos, de hecho, los abusadores no necesitan otra cosa que una fuerte personalidad, una gran influencia sobre su entorno que se da meramente a nivel psicológico.

La concusión y el cohecho son dos tipos de abuso muy comunes, al punto de haberse convertido en conceptos que la población acepta con total normalidad, dado que suelen tener un lugar reservado en las noticias casi a diario. La principal diferencia entre ambos términos puede apreciarse en sus definiciones básicas: mientras que la concusión implica la exigencia de un pago por parte de un funcionario que busca un beneficio para sí mismo, el cohecho describe la gobernación de un funcionario público o un juez”[13].

Desde mi punto de vista, otra distinción posible gira en torno a la demanda de la suma monetaria, la cual se da solamente en el caso de la contusión, dado que el funcionario exige dicho pago. Por otro lado, todos los individuos que llevan a cabo un cohecho llegan a un acuerdo, sin necesidad de amenazas por parte de ninguno de ellos. Se trata de dos delitos graves, ambos relacionados con el dinero y la falta de honestidad, de dos acciones que producen un daño en el bien jurídico de la administración pública;

[13] http://definicion.de/concusion/

cuando se comete una contusión, sin embargo, a dicho perjuicio se suma uno al patrimonio particular.

4.1.14. Delito de Enriquecimiento Ilícito

“El enriquecimiento ilícito es el acto de enriquecerse por medios contrarios a la ley. El enriquecimiento ilícito, proviene del vocablo latino illicítus, que significa ilícito; es decir, que no está permitido legalmente, es un acto contrario a derecho.

Así lo ratifica el experto en temas jurídicos Francisco Cevallos, de Sempertegui y Ontaneda abogados que explicó que el Código Penal indica que "constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido como consecuencia del desempeño de un cargo público, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos."[14] El enriquecimiento ilícito está contemplado como un delito dentro de la Ley Penal, que principalmente afecta a los servidores públicos que obtienen ingresos de forma irregular, pero dentro del Código Civil también existe un delito de enriquecimiento sin causa. Este delito está considerado como un acto de corrupción, que se suele dividir en concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito”[15].

A mi criterio personal, en la disposición que analizamos se ha querido sancionar el enriquecimiento cuando por diversas razones y principalmente de orden probatorio no

[14] INTERNET EXPLORE, www.google.com. “Delitos contra la Administración Pública”

[15] http://www.monografias.com/trabajos82/enriquecimiento-ilicito/enriquecimiento-ilicito2.shtml

puede establecerse el exacto origen delictuoso de la fortuna del empleado público. Entonces los signos probatorios son el desequilibrio entre sus posibles ingresos y su patrimonio, y hasta el modo y estilo de vida que llevan los presuntos responsables. El enriquecimiento ilícito o también llamado enriquecimiento sin causa es una fuente autónoma de obligaciones.

4.1.15. El Principio de Derecho a la Defensa

El derecho a la defensa, es un principio de carácter constitucional y supranacional, que se encuentra contemplado tanto en la norma constitucional ecuatoriana, como en instrumentos de carácter internacional, que garantizan la facultad del procesado o cualquier persona que se le atribuya la comisión de un delito o falta, dentro de la rama del derecho que sea, para acudir ante los órganos competentes y recibir del Estado la tutela efectiva, para poder ejercer su defensa, sea contradiciendo, refutando, impugnado u objetando las aseveraciones contrarias a sus intereses.

El derecho a la defensa abarca un sinnúmero de consideraciones que intrínsecamente están relacionadas también con otros derechos y normas del ordenamiento jurídico. Así por ejemplo está relacionado con el derecho a la igualdad, a la seguridad jurídica, el principio de contradicción, inmediación, oralidad, entre otros. En esta instancia consideramos conveniente adentrarnos un poco más en el desarrollo del derecho a la defensa caracterizando sus aspectos más importantes, en este sentido realizaremos un pequeño análisis de lo que es la defensa material y la defensa técnica.

4.1.16. El Debido Proceso como Garantía Constitucional

"Uno de los mecanismos destinados a proteger la Constitución y el Estado de Derecho en su conjunto es el proceso. A través de él se procura proteger los derechos fundamentales, vigilar la constitucionalidad normativa, sancionar las conductas antisociales (delitos o faltas), impedir el ejercicio arbitrario del poder y solucionar o prevenir los conflictos. De manera muy general, podemos decir que el proceso es aquel mecanismo de composición o prevención de conflictos por medio del cual las personas someten sus pretensiones o intereses contrapuestos a la decisión de un tercero. Si este tercero es un órgano jurisdiccional, estaremos ante un proceso propiamente dicho (interno o internacional), y si no lo es, ante un simple procedimiento (administrativo, arbitral, militar, e incluso político o particular)"[16].

No obstante, como resulta más o menos evidente, no es suficiente que el proceso exista y que esté al alcance de todos para asegurar la vigencia del Estado de Derecho y de la Constitución en su conjunto. Es necesario que cuente con ciertas garantías a fin de asegurar que el proceso no sea una farsa, es decir, que no sea una mera sucesión de actos formales sin ninguna razonabilidad, sino un auténtico instrumento al servicio del ser humano para alcanzar la paz social en justicia. Ese conjunto de garantías conforman lo que se conoce como debido proceso. Este es aquel derecho fundamental a la justicia a través del proceso. Se trata de un derecho de carácter

[16]**ZAMBRANO PASQUEL**, Alfonso, **LA JURISPRUDENCIA EN EL ECUADOR***, Editorial* Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2005, pp. 48-49.

instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales que cumplen la función de impedir que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso. Su elevada función nos permite sostener que no puede haber Estado de Derecho y, por consiguiente, orden constitucional, allí donde no exista un debido proceso.

El debido proceso es un derecho consagrado en los textos constitucionales y que posee un carácter supranacional por cuanto se encuentra recogido en la Declaración de los Derechos humanos, la cual, constituye una Garantía Constitucional en el desarrollo de la administración de justicia y la aplicación de la Ley.

El tratadista Pedro Pablo Camargo en su obra el Debido Proceso, nos dice que: "el debido proceso como garantía judicial, es por consiguiente, un derecho fundamental, esto es, un derecho civil, que es parte esencial de los derechos humanos y que ha sido elevado al rango de norma constitucional en muchas cartas políticas en países con Estado de derecho, con el fin de preservar su integridad"[17].

Desde mi criterio, el debido proceso no puede ser bajo ninguna circunstancias concebido como una simple norma procedimental, sino debe ser comprendido como una norma sustancial que determina los límites dentro de los cuales el Estado debe cumplir con la tarea de administrar justicia con imparcialidad, igualdad, celeridad,

[17]**CAMARGO,** Pedro Pablo. **EL DEBIDO PROCESO**. Editorial Lever, Tercera Edición, Bogotá – Colombia. 2004, Pág.19.

simplicidad, independencia, autonomía y unidad, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República. Asimismo exclusivamente en la materia penal, podemos afirmar que el debido proceso contiene una serie de garantías que limita la acción sancionadora del Estado - iuspuniendi, exclusivamente en aquellos que son vulnerados a través de la ejecución de juicios en ausencia del acusado.

4.2. Marco Doctrinario

4.2.1. El Delito de Peculado

4.2.2. Antecedentes

"El delito de peculado proviene del antiguo derecho romano, donde peculatus (peculado) era el delito que se verificaba cuando una persona se apropiaba del ganado público, que era el medio mediante el cual se hacía intercambio y medida común de valores. El peculado, en tal virtud, nace como un hurto agravado por el valor y la calidad de las cosas sobre las cuales recaía este delito"[18].

En tal virtud, en el antiguo derecho romano el peculatus no era más que el (furtumde) las cosas pertenecientes al Estado, lo que en aquel tiempo se equiparaba con el sacrilegium, es decir, la gravedad de este ilícito era equiparablemente similar a las faltas cometidas a las cosas pertenecientes a la divinidad.

---

[18]D. CARRERA, *Peculado de Bienes y Servicios Públicos,* Córdoba: Editorial Mediterránea, 1995. p136

El ganado (pecus), como quedó dicho en el párrafo anterior, era el medio de cambio de la época, ya que antes de la introducción de la moneda, estos animales constituían el bien más preciado y por tanto la parte más importante del patrimonio mobiliario de la comunidad, al punto que eran usados para los sacrificios. “Con el pasar del tiempo, y ya con la existencia de la moneda propiamente dicha, el peculado se entendía como la sustracción de estos metales en detrimento o daño del erario del pueblo romano, lo que implicaba no solamente el hurto como tal, sino también la apropiación indebida, particularmente la del dinero, por parte de los funcionarios contables quienes tenían a su cargo dicho peculio.

Posteriormente el peculado sería entendido más como un fraude cometido en contra de una caja pública, aunque esto no implicare una sustracción o distracción del dinero. En suma el peculado siempre fue concebido como un delito en contra del Estado, y lo que en aquel tiempo se equiparaba con el sacrilegium, es decir, la gravedad de este ilícito era equiparablemente similar a las faltas cometidas a las cosas pertenecientes a la divinidad.

La gravedad de este delito era tan grande que las sanciones que les correspondían a los infractores llegaban hasta la pena capital y en ocasiones eran perseguidos por tal infracción los herederos del infractor”[19].

---

[19]V. MANZINI, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires: Editorial Torinese, 1961. p 132

Este delito evolucionó y adquirió una concepción más amplia y se extendió a la intercepción, captura, captación para el uso propio de los dineros públicos, así como sufrió una evolución respecto del objeto material, ya que no solo pasó de los bienes del pueblo romano, sino que también a las demás ciudades.

"Etimológicamente la palabra "peculado" proviene del latín peculatum o peculatus que en definitiva es el abuso del patrimonio público, ya sea dinero, muebles u otro tipo de bien que pertenezca al patrimonio del Estado, bienes que por lo general se encuentran a cargo de un funcionario público, quien abusa de este patrimonio para obtener un beneficio propio o de terceros, lo que ha decir de algunos autores supone una suerte de "abuso de confianza por razón de su cargo"[20].

En su evolución, el peculado se fue diferenciando del hurto, el cual ya no consistía en la naturaleza de las cosas o bienes sobre los cuales recaía la conducta ilícita, ya no solo se entiende al peculado como un abuso de confianza, sino que la concepción se amplía a una especie de "abuso de autoridad o de la función pública". Además el sujeto activo recibe una calificación especial, pues solo podría ser propuesto como tal, un funcionario público. Asimismo, el bien jurídico protegido será además del patrimonio público o del Estado, la correcta y el legal cumplimiento de la función pública.

[20]E. LOPEZ BETANCURT, *Delitos en Particular*, México: Editorial Porrúa, 1998. p 518

Cabe resaltar que el delito de peculado tiene su origen como un tipo penal enmarcado en los delitos contra la Administración Pública, entendiéndose a esta como la actividad que ejecuta el Estado, en todos sus ámbitos es decir, en el plano Legislativo, Ejecutivo y Judicial, como organismos clásicos de un Estado. Es decir, al ser un delito contra la Administración Pública, deberá entenderse que es un delito que atenta o perturba la normal organización y desarrollo de las funciones que ejercen los organismos públicos.

Al respecto **CARRERA** señala que:

> "Según la vieja doctrina se trata de delitos que se deben colocar entre los que están en contra de la fe pública, que se constituye como el hurto de dinero público. El peculado propio que es la apropiación del dinero público, por medio de una persona que tiene la investidura de funcionario público a quien se le ha entregado el bien del estado para que lo conserve y lo mantenga bajo su cuidado. El peculado impropio es aquel hurto de los objetos o dineros públicos, que no los tenía en su poder, pero que conocía la cualidad o pertenencia"[21].

Internacionalmente al delito de peculado, se lo ha considerado como una actuación propia de una conducta de corrupción, es así que en el marco de la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada el 29 de Marzo de 1996 en Caracas – Venezuela, se han recogido normas encaminadas a interpretar actos de corrupción,

[21]D. CARRERA, *Peculado de Bienes y Servicios Públicos,* Córdoba: Editorial Mediterránea, 1995. p126

con el fin de que los Estados partes adopten las medidas conducentes a sancionar y erradicar la corrupción en sus jurisdicciones.

Siendo así un aspecto fundamental a tratarse en dicha Convención, la actividad que desarrollen y ejercen los funcionarios públicos al momento de administrar recursos del Estado, lo que debía estar encaminado a una administración clara y honesta, para que los ciudadanos tengan confianza y una especie de control sobre dicha administración pública.

En este sentido la Convención Interamericana contra la Corrupción, luego de definir diversos actos de corrupción en su art. 6, como los de cohecho, negociaciones incompatibles, incumplimientos de los deberes de funcionarios públicos, etc. en su art. 11, los Estados Partes estimaron conveniente y se obligaron a considerar la tipificación en sus legislaciones de diversas conductas, entre las cuales, figura en el inc. D:

> "La desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de un tercero, hagan los funcionarios públicos de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieren percibido en razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa"[22].

---

[22]*Convención Interamericana contra la Corrupción*, adoptada en Caracas –Venezuela el 29 de Marzo de 1996 y entrada en vigor el 22 de Mayo de 1997, mediante Resolución Legislativa No. 000, publicada en Registro Oficial 70 de la misma fecha. El Ecuador acepto, ratifico y se adhirió a dicho instrumento el 21 de Julio del 2000, mediante Decreto Ejecutivo No. 336, publicado en Registro Oficial 125 de la misma fecha. En un principio se designó como autoridad central de

Cabe resaltar que la Convención anticipándose a la posibilidad de que los países que suscribieron este instrumento internacional podían ya tener tipificada dicha conducta, por lo que se estableció que en tal caso debía considerárselo como un acto de corrupción para los propósitos de la Convención.

La importancia histórica de tomar en cuenta esta Convención en el presente documento, no solo está dada por la calificación como de acto de corrupción al peculado, sino que es importante también porque el mencionado instrumento internacional, aclara que no es necesario que se verifique un perjuicio al Estado, para que en este caso, el Peculado, sea tipificado por los Estados partes y considerado como un acto de corrupción. Dicho elemento cobrará aun mayor importancia en el momento de explicar los elementos del tipo penal.

Ahora bien, entre las leyes más antiguas de la humanidad que hablan del tema conocemos, el Código de Manú o Leyes de Manú, dedica algunas de sus disposiciones al peculado o concusión.

En su libro VII, relativo a la conducta que deben observar los reyes dice:

---

aquel tiempo al Procurador General Dr. Milton Alava Ormaza, el 27 de febrero del 2003, fue designada como autoridad central a la Comisión de Control Cívico de la Corrupción para ser cambiada el 26 de Mayo del 2009, cuando se designó al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, como autoridad central para Convención Interamericana Contra la Corrupción.

“Muchos soberanos a consecuencia de su mala conducta, han perecido con sus bienes, mientras que ermitaños han obtenido reinos por su cordura y humildad los empleados que llevan su perversidad hasta sacar dinero de los que tienen que tratar con ellos deben ser despojados por el rey de todos sus bienes y desterrados del reino”[23].

De este enunciado estipulamos que hace más de tres mil años ya se castigaba el ilícito de peculado o concusión, en la clase dominante, como en la de los dominados. Sin embargo de ello en el esplendor del imperio romano se designó con el nombre de peculado al hurto de las cosas muebles pertenecientes al Estado. (Peculatus) viene de pecus: ganado, se le dio este nombre por cuanto antes de que se difundiera el uso del dinero, los animales destinados a los sacrificios constituían los bienes muebles más importantes entre los bienes públicos, por lo tanto, el hurto de esa clase de bienes era el delito más castigado dentro de la legislación romana).

El delito de peculado revistió después, a través del tiempo, diversas modalidades: así tenemos por ejemplo la sustracción de metales o monedas del erario de la comunidad romana, constituyó la forma frecuente y más importante de este ilícito, también la apropiación por parte de los jefes militares del botín de guerra, su artificiosa o falsa evaluación, así como la de acuñar más monedas públicas que la autorizada, todos éstos actos eran considerados como delito de peculado.

---

[23] FLORES Uzcátegui Gustavo y GARCIA Falconí José: Manual de Practicas Procesal en los Juicios por Peculado, segunda edición aumentada y actualizada, s.e. ,Quito, Ecuador, 1.982, p. 57

En el derecho romano, la palabra peculado, se utilizó también para calificar el delito, que consistía en el hurto de dineros o cosas pertenecientes al pueblo romano, a los que consideraban como sacras, delito cometido por quien estuviese encargado de su administración.

Luego esta denominación se reservó para el peculado propiamente dicho, que podía recaer sobre cualquier dinero o valor custodiado en el arca pública, aunque no fuere del pueblo romano, sino de una ciudad o de otra administración pública.

Este delito consistía en dar a los dineros públicos, un destino diferente del que tenían o en no anotar en los registros públicos la totalidad de lo recaudado, por esta razón se la denominó crimen de residuos, era sancionado con la interdicción del agua, del fuego, además de la pena pecuniaria correspondiente.

De tal modo que en el primitivo Derecho Romano, las sustracción del dinero público, se consideró digno de castigo a causa de la cosa sustraída, que era sagrada, es por esto que los reos de peculado fueron colocados en compañía de los sacrílegos; en cambio que en el derecho cesáreo predominó el criterio de la traición a la confianza, de la facilidad para delinquir; por ello es precisamente aquí que nacieron las divergencias y consecuencias de la práctica de este delito:

1.- El sujeto pasivo del peculado era únicamente el patrimonio del pueblo romano, que se consideraba sagrado, no las propiedades de los municipios y de las ciudades; que se consideraban privadas.

2.- La sustracción del dinero del pueblo romano se tuvo como sacrílega y constituía peculado, aunque fuera cometido por un particular no ligado por su cargo a la fe pública.

3.- Al contrario, cuando el derecho cesáreo empezó a deducir de la traición a la confianza al criterio contra los reos de peculado, aquellas dos proposiciones o consecuencias anotadas, cambiaron naturalmente de sentido.

4.- También las cosas de las ciudades, de toda la administración pública, era sujeto pasivo del peculado.

5.- La mayor severidad de las leyes penales debían reservarse para los que se apoderaban del dinero público, abusando del cargo que les fue confiado.

La diferencia entre el delito de peculado y el de residuos, consistía en lo siguiente: Se llamaba reos de residuos, aquellos administradores que después de rendir cuentas retenían el dinero que debían presentar como saldo de caja, es la retención del dinero público no ingresado al erario nacional; en cambio que, peculado era hurto de dineros públicos en forma directa.

Respecto a la pena con que se castigó el peculado en la antigua Roma, podemos señalar en un primer momento era la interdicción del agua y del fuego, más tarde le sucedió la deportación, Teodosio impuso la pena de muerte, aunque únicamente respecto a los funcionarios que tuvieran jurisdicción o Mando de administradores de los caudales públicos.

En Nápoles en 1.510, el peculado se castigaba con multas a los nobles y los plebeyos, con 3 años de trabajo forzado en servicio del Estado, en el caso de que hubieran robado mármol, bronce o plomo de las fuentes públicas. "Una Ley de las Partidas ordena que el que tenga dinero del rey o de algún pueblo para pagar salarios, realizar algunas labores o para otros fines semejantes, los empleare en su propia utilidad debe restituirlo, además pagar un tercio de su importe, otra ley en cambio impone la pena de muerte al tesorero, recaudador o juez, que robe u oculte maliciosamente alguna cantidad de fondos públicos, aun a los auxiliares, consejeros o encubridores; si el rey o el concejo no demanda el hurto cometido por su oficial dentro del término de cinco años desde la noticia cierta del cometimiento de la infracción, no podrá darse la pena de muerte, sino solo la pena pecuniaria del cuarto de tanto."[24]

En las legislaciones modernas el peculado se considera como un hurto calificado se lo somete a las penas de trabajos forzados o reclusión temporal, también cárcel, es de advertirse que algunos Códigos Penales contemporáneos equiparan igualmente las

[24] FLORES Uzcátegui Gustavo y GARCÍA Falconí José: Manual de Practicas Procesal en los Juicios por Peculado, obra citada pág. 60

penas, de hurto calificado y el peculado, otros como el Gregoriano castiga más severamente, Castigando a los malversadores con la pena de trabajos forzados.

También encontramos en la legislación Rusa que el príncipe Melzichoff fue condenado por malversación, a una multa de trescientos mil escudos, a la pérdida de los honores, el Almirante Apraxon a la confiscación de sus bienes y a la muerte.

Guillermo Cabanellas nos indica que Peculado es:

"Sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración. En la actualidad, este delito se denomina malversación de caudales públicos"[25]

4.2.3. El Delito de Cohecho

4.2.4. Antecedentes

"En el Derecho Romano se le denominaba "crimen repetundae" y su concepto estaba restringido al acto de aceptar el soborno, Además significaba forzar, obligar a torcer la moral del funcionario, a cuyo cargo se encuentre la resolución de algún asunto; es decir, es la corrupción del funcionario o magistrado mediante un precio puesto a un acto o diligencia que debería realizar gratuitamente.

[25] CABANELLAS, Guillermo: Ob. Cit., p.299

Si bien es verdad que existe una falta grave de quien cohecha o soborna porque trata de obtener un beneficio injusto, pero también la hay y de mayor gravedad en quien se deja sobornar. La sanción recae, no solo en uno sino en todos los que participan en la conducta antijurídica con la que ocasionan perjuicios a terceros o al Estado. Es la acción de sobornar al juez o al funcionario para que su intervención sea contraria a la justicia y al derecho. De este verbo se deriva el término COHECHO, de amplia aplicación, según la acción de sus protagonistas, porque se refiere tanto al que ofrece, entrega, da o recibe y los efectos que de estos actos se produzcan al sobornar o dejarse cohechar, directamente al cohechado, a su mujer o marido, terceras personas, etc.

La palabra cohechar es muy conocida aún por los legos en derecho, como sinónimo de corromper, sobornar y comprar la conciencia con dinero y por supuesto lo es también en campo del Derecho, porque se considera al cohecho como un acto delictivo que ataca a la rectitud y recto proceder que debe mantener el funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones o cumplimiento de sus deberes, que por este delito llega a corromperse por dinero u otra coima”[26].

“Es una forma de actuar que aparece con el hombre, en todas las sociedades y a través de los tiempos, así se tiene a la Biblia que relata actos de adulterio, homicidios,

[26]http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2009/07/27/el-cohecho

etc.; o al derecho romano que castigaba al tráfico de la justicia (baratería o barattaria), que era también sancionado en legislaciones anglosajonas, europea, asiática, etc. El cohecho es un delito derivado históricamente de la institución romana "crimen repetundae", donde su concepto se restringía al acto de aceptar el soborno, pretendiéndose combatir a la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, imperante y frecuente en épocas de inmoralidad generalizada en los puestos administrativos del imperio romano.

Esta institución, mandaba en nombre del interés general, la repetición o restitución de lo que ilegalmente se hubieran hecho pagar o de lo que hubieran percibido los funcionarios romanos cuando desempeñaban cargos denominados honoríficos, para la realización o ejercicio de un acto relacionado con sus funciones. La base para el nacimiento de ésta institución romana, fueron los abusos de ciertos funcionarios, sobre todo de aquellos que gobernaban en lugares alejados, además del hecho de que conseguir una prueba de un acto concreto de corrupción era cada vez más difícil.

Por éstas razones, se determinó que por una acción genérica, dirigida contra el enriquecimiento ilícito, se pida al funcionario la devolución de lo que había obtenido por lo que vendría a ser la venta de un acto de la administración pública. Las figuras delictivas que se pretendían combatir en ese entonces se las identificaba como corrupción y exacción, siendo la una la venta de un acto de autoridad que debía ser

gratuitamente cumplido y la otra una especie de extorsión; ahora conocidas como cohecho y concusión respectivamente”[27].

José Antón Oneca y José Arturo Rodríguez Muñoz, siguiendo a Giuseppe Maggiore, han definido al cohecho como “el hecho de aceptar el funcionario público una retribución no debida, entregada o prometida en consideración a actos de su oficio”[28]. Esta definición tampoco parece adecuada para la regulación que de este delito se contiene en nuestro Código Penal. En primer término, porque –al igual que la definición anterior– sólo alude al funcionario, omitiendo toda referencia al particular. Y en segundo lugar, porque el delito se configura no sólo cuando el funcionario se limita a aceptar una retribución ofrecida por el particular, sino también cuando toma la iniciativa y solicita dicho beneficio.

También Enrique Casas Barquero ha dado un concepto de cohecho, señalando que consiste en “la conducta, activa o pasiva, realizada por un funcionario público que, en virtud de una remuneración económica, tiende a incumplir sus deberes para con el Estado, así como la conducta, activa o pasiva, del particular que, mediante una retribución de carácter económico, trata de conseguir que un funcionario público quebrante el cumplimiento de los deberes que al mismo son impuestos por razón del

[27]http://www.monografias.com/trabajos31/cohecho/cohecho.shtml#anteced

[28] NTÓN ONECA / RODRÍGUEZ MUÑOZ, Derecho Penal, Madrid, 1949, tomo II, p. 214, citado por ETCHEBERRY, Derecho Penal. Parte Especial, tomo IV, 3ª edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 252.

ejercicio del cargo”[29]. Esta definición resulta mucho más acorde con la regulación del delito de cohecho contenida en el Código Penal. Sin embargo, no nos parece totalmente satisfactoria, toda vez que pone el acento en el incumplimiento de los deberes del cargo por parte del funcionario público, en circunstancias que, de todas las figuras típicas de cohecho contempladas en los artículos 248 y siguientes de nuestro Código Penal, en sólo una la descrita en el artículo 248 bis– se hace alusión a la ejecución de un acto con infracción a los deberes del cargo.

Finalmente, Inmaculada Valeije Álvarez ha definido al cohecho como “un trato o pacto o un intento de llevarlo a cabo entre funcionario y particular que tiene por objeto el ejercicio de una función pública, de tal forma que la función pública en aras de ese pacto o convenio se coloca al servicio de intereses particulares que pueden entrar gravemente en colisión con los intereses públicos. La esencia del delito de cohecho es desde luego individualizable en el libre convenio al que pretenden llegar funcionario y particular, convenio que tiene por objeto la venta a cambio de un precio de las facultades jurídicas o de facto que el cargo confiere al funcionario y se concreta por este motivo en un tráfico ilícito de la función pública”[30].

Si bien esta definición parece bastante acertada, no creemos que permita explicar todas las situaciones que en nuestra legislación penal reciben el nombre de cohecho. Porque, por ejemplo, si un funcionario público ejecuta un acto debido propio de su

[29] CASAS BARQUERO, Observaciones técnico-jurídicas..., cit., p. 200.

[30] VALEIJE ÁLVAREZ, El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho, Ed. Edersa, Madrid, 1995, p. 47

cargo, en razón del cual no le están señalados derechos, cumpliendo todas las disposiciones pertinentes, y después de realizarlo solicita un beneficio económico a un particular por haberlo ejecutado, estarán satisfechas las exigencias típicas del cohecho del artículo 248 del Código Penal, a pesar de que no se podría decir que en un caso así la función pública se haya colocado al servicio de intereses particulares ni que se haya concretado un tráfico ilícito de la función pública, toda vez que ésta ya se habrá ejercido previamente conforme a los intereses públicos.

En otras palabras, la definición en análisis no permite explicar las hipótesis de cohecho subsiguiente, a las que aludiremos más adelante. También la jurisprudencia ha intentado definir al cohecho. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo español ha dicho que este delito consiste en "la corrupción de un funcionario realizada mediante precio y con el fin de ejecutar un hecho opuesto al cumplimiento de los deberes oficiales inherentes al ejercicio del cargo"[31].

Algunas de las razones esgrimidas para criticar las anteriores definiciones pueden ser reiteradas aquí, teniendo a la vista la regulación del cohecho contenida en el Código Penal. En efecto, por un lado, sólo se está haciendo alusión al funcionario, omitiendo toda referencia al particular y, por otro, se está poniendo el acento en el incumplimiento de los deberes del cargo. Pero eso no es todo. Esta definición sólo alude a la ejecución de un acto por parte del empleado público, sin hacer referencia a

[31] Vid. SSTS de 12 de junio de 1940, 29 de abril de 1947 y 2 de noviembre de 1962, citadas por VALEIJE ÁLVAREZ, El tratamiento penal..., cit., p. 44, nota 26.

la omisión de un acto debido propio de su cargo.

4.2.5. Delito de Concusión

4.2.6. Antecedentes

“Los primeros antecedentes sobre el origen etimológico de la concusión, al igual que de la gran mayoría de las figuras jurídicas que se contemplan en el sistema jurídico mexicano, se remontan al Derecho Romano, que ha servido de punto de partida en la evolución de una infinidad de institutos en diversos sistemas legales internacionales. Tal influencia, tuvo lugar gracias a cuatro grandes vertientes:

A) El Derecho Español: el cual fue aplicado en territorio nacional con las “Siete Partidas” de manera parcial hasta la expedición de nuestro primer Código Civil en el año de 1870.

B) La Escuela Francesa; a través del Derecho Napoleónico así como por conducto de diversos códigos europeos, los cuales a su vez, recogieron en gran medida los principios jurídicos legados por la escuela romanista.

C) El corpus iuris o estudio del Derecho realizado por varias generaciones de Juristas Mexicanos, en lo que respecta a nuestro sistema jurídico.

D) La Doctrina extranjera legada por connotados romanistas, en particular de la escuela alemana y que en su época aportaron grandes conocimientos sobre la materia, entre los cuales destacan: VON IHERING, VON SAVIGNY, WINDSCHEID DERNBURG. El Derecho Romano ofrece al sistema jurídico mexicano una gran gama de antecedentes y principios que hasta nuestros días, han evolucionado en gran medida y que siguen siendo aplicados a la fecha, como por ejemplo, en materia de derechos reales, obligaciones y sucesiones.

En la antigua Roma se cometían delitos de carácter público criminal y de carácter privado delictivo. Los primeros, por su propia naturaleza ponían en peligro a la comunidad romana y eran perseguidos de oficio por las autoridades o a petición de cualquier ciudadano, siendo sancionados con penas de muerte, ahorcamiento en el "árbol infelix", decapitación, lanzamiento desde la roca Tarpeya, etc. En el segundo de los supuestos, se trataba de delitos que lesionaban la esfera jurídica de particulares básicamente y de manera excepcional, causaban daño a la sociedad.

Estos eran perseguidos a petición de la parte afectada y cuya sanción, consistió en sus inicios en la imposición de multas privadas en favor del ofendido, pasando por la venganza privada, el sistema de la Ley del Talión (ojo por ojo y diente por diente), hasta llegar a la "composición voluntaria". Posteriormente la ley fijó como requisito la imposición de las "composiciones obligatorias", con el fin de resarcir los daños causados a la parte agraviada por la comisión de delitos en su perjuicio.

En la antigua Roma, el instituto de la concusión no era distinguido con claridad de otras figuras como el “cohecho”, sino que a ambas se les aplicaba el mismo principio genérico de crimen repetundarum, es decir, bajo el título de la concusión en sentido genérico; se comprendían diversos fenómenos que generaban corrupción en contra del sistema de justicia en el Derecho Romano, se castigaba el acto de aceptar dinero para pronunciar sentencia.

A efecto de esclarecer la aplicación figurada sobre el origen etimológico de la concusión, CONSTANCIO BERNALDO DE QUIROS4 aportó el siguiente criterio: “La palabra latina (concussioonis) equivalente en Español a conmoción o “sacudida”, expresa pintorescamente el efecto y la actitud de quien sufre la impresión desagradable de la exacción misma, con la “mordida” con que no se contaba. De tal criterio, se desprende que de manera metafórica o figurada, la conmoción o sacudida, (de carácter subjetivo) era sufrida por el particular que debía de entregar algo no debido al sujeto activo del delito.

En el Derecho Imperial Romano se contemplaba todo tipo de fenómenos que generaban corrupción sin distinguir claramente los límites entre cada uno de ellos, como en la actualidad se prevé en el Derecho Penal Mexicano. Es decir, bajo el título de la concusión se confundían actos como la extorsión, el soborno y el cohecho.

La ausencia de distinción entre los delitos señalados con anterioridad, aparentemente se encontraba subsanada con la existencia de un común denominador entre todos y cada uno de dichas figuras, es decir, atentaban en contra del orden público y ponían

en peligro a la comunidad romana”[32]. De acuerdo con el origen etimológico de la concusión, se deriva del vocablo latino concutere que significa “sacudida”, concepto bajo el cual, se referían metafóricamente en el Derecho Romano a aquella sacudida o conmoción que sufría la víctima del sujeto activo del delito, ante la exacción ilegal que éste le imponía.

Al pretender efectuar un estricto cotejo entre el origen etimológico de la concusión y el tipo penal de dicho instituto en nuestro Derecho Penal Mexicano, daría como resultado el caer en una aparente contradicción, ya que no contempla como elemento; “el sacudir un árbol para recoger posteriormente sus frutos” o que el sujeto pasivo del delito, “sufra una sacudida o conmoción (de carácter subjetivo) ante la exacción ilegal que aquél le formula.

Debe dejarse claro que el Derecho Penal se caracteriza como lo postula claramente ROBERTO TERAN LOMAS, en ser: de acto (conducta) no de autor (o de víctima) el acto externo del sujeto, que contradice el orden jurídico. Así, para el Derecho Penal Mexicano, las únicas conductas merecedoras de estudio son aquellas que se manifiestan bajo una finalidad conductual; un dominio de conducta del agente activo y que se refleja de manera externa o bien, bajo una intervención culposa, ambas formas traen como consecuencia, la aparición de un resultado típico relevante para su estudio y sanción.

[32]https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_15.pdf

ENRIQUE PESSINA, opinó en su momento: “El estado peligroso podrá servir como criterio de mesuración, pero no fundamenta la aplicación de una sanción, que por mandato constitucional se impone al sujeto por su acción contradictoria del derecho.

Por su parte, REINHART MAURACH sostuvo que: “debe entenderse como acción la conducta voluntaria consistente en hacer algo, que produce alguna mutación en el mundo exterior”[33]

4.2.7. Delito de Enriquecimiento Ilícito

4.2.8. Antecedentes

La sociedad ecuatoriana ha aceptado como normal a ciertas actitudes que afectan a la ciudadanía, como adelantarse en la columna en un banco, irrespetar las señales de tránsito, a las influencias para obtener beneficios, a entregar dinero a cambio de favores, etc., actos producidos por ciudadanas o ciudadanos de todos los estratos sociales.

Estas personas que al integrar la administración pública, producen actuaciones, que para su parecer son normales, pero que en realidad son contrarias a la ley. En la corrupción, que se ha adueñado del ámbito público como privado, excluyéndose a las personas honestas, estigmatizándolas como modelos débiles a no imitar.

[33]https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_16-1.pdf

Corrupción entendida por la sociedad como sinónimo de viveza, en cambio la honestidad como sinónimo de estupidez, de inferioridad; los versos del escritor y compositor de tangos argentino Enrique Santos Discépolo, denuncia el tema cuando dice, “Siglo veinte, cambalache problemático y febril... El que no llora no mama y el que no afana es un gil”[34], versos que describen a la deshonestidad socialmente aceptada, que se ha extendido en toda América, y en el tiempo hasta este siglo veintiuno.

Esta creciente corrupción en el campo administrativo de las entidades públicas, coadyuvó para que tendencias legislativas como la argentina, impulsen a la o el legislador a crear el tipo penal enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, como medio para detener la corrupción.

“El enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos no fue parte del texto del Código Penal (en adelante CP) desde su creación el año 1971”[35]; “se introdujo como figura delictiva mediante reforma en el año 1985”[36], durante el segundo periodo presidencial una vez restaurado el sistema democrático en Ecuador; que de acuerdo a la motivación de la ley de creación, el propósito fue contener la corrupción en la administración pública; su texto decía:

---

[34] Enrique Santos Discépolo, autor de la letra y música del tango “Cambalache”, Argentina, 1935, la cita corresponde al texto inicial de la cuarta estrofa.

[35] Código Penal, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 147 del 22 de enero de 1971

[36] Reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 260 del 29 de agosto de 1985, Art. 296.2

“Art. 296.- Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, generado por actos no permitidos por las leyes y que, en consecuencia, no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos. El año 2001 se vuelve a reformar”[37], “extrayéndose del texto la parte que decía generado por actos no permitidos por las leyes y que, en consecuencia; además la pena es incrementada en su base, pasó de uno a dos años, con un tope de cinco años de prisión. La Constitución Política de 1998 (en lo posterior CPE), clasificó a esta infracción entre los delitos imprescriptibles, facultó la persecución y sentencia en ausencia del acusado”[38].

“Nuestro país en el año 1997 aprobó la Convención Interamericana contra la Corrupción”[39], “el año 2005 lo hace de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”[40]; instrumentos que coinciden en establecer, que sujetándose al marco constitucional, cada Estado trate de tipificar en sus legislaciones como delito al enriquecimiento ilícito; cabe recordar, que en Ecuador en esa época, ya existía como tipo penal.

Las Convenciones guardan similitud frente al tema, la diferencia aparece en la especificación que hace la Convención Interamericana –artículo IX- al expresar, que el

[37] Reforma publicada en el Registro Oficial No. 422 del 28 de septiembre de 2001, Art. 296.2

[38] Constitución Política del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 1 del 11 de agosto de 1998, Art. 194

[39] Convención Interamericana contra la Corrupción, publicada en el Registro Oficial No. 83 del 10 de junio de 1997.

[40] Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 del 15 de diciembre de 2005 (suscrita en el año 2003).

incremento patrimonial debe producirse “durante el ejercicio de sus funciones”; en cambio la Convención de las Naciones Unidas –artículo 20- no cuenta con esa frase, dejando abierta la posibilidad, que el incremento se produzca durante el ejercicio, o en forma posterior al desempeño de la función pública.

La legislación nacional guarda similitud con la Convención de la ONU, porque la norma establece, que el incremento patrimonial pueda producirse con ocasión (presente) o a consecuencia del desempeño de un cargo público (pasado).

“No podemos negar el avance de la corrupción; el gobierno por su parte aumentó su actividad punitiva, contratando más personal policial, la intervención de las Fuerzas Armadas en el control de la sociedad civil; implementó el “más buscado”, con cuantiosas recompensas, una especie de guerra a la delincuencia”[41]medidas mediáticas, que postergan verdaderas soluciones, como incentivar la agricultura, la ganadería, la piscicultura, y otros medios de producción, que generen empleo.

“Además se adelantó una agresiva campaña de reformas sustantivas y procesales en lo penal, algo similar a la situación ocurrida en Venezuela, sobre lo cual Elsie Rosales

[41] Las Fuerzas Armadas no están preparadas para este rol, su intervención implica el menoscabo de derechos constitucionales, e irrespeto de los derechos humanos. La sociedad, las entidades estatales: Jueces, Fiscalía, Policía judicial, entidades educativas, instituciones sociales, la ciudadanía, deben cumplir con su función, respetando la Constitución, las leyes, con el fin de juzgar a quienes lo merezcan; lo que garantizará la vigencia de la seguridad jurídica en un Estado Constitucional, de Derechos y Justicia.

afirmó, “sin embargo, esta evolución legislativa se inserta en un sistema penal colapsado y en medio de una cultura jurídica precaria”[42].

A fines del año 2010, en Ecuador se puso en boga el tema de extender el ámbito de esta figura delictiva hasta los particulares; objetivo logrado mediante consulta popular, con la aprobación del denominado enriquecimiento privado no injustificado, que sin embargo de haberse conseguido en forma Democrática, para muchos se aleja de todo criterio técnico, jurídico y criminológico.

“Según el esquema del “Código Integral Penal”, discutido en forma confidencial entre entidades estatales, al enriquecimiento privado no justiciado se incluye entre las “infracciones contra la administración tributaria”, con escalas de sanción de acuerdo al monto, que van desde penas privativas de libertad de cinco a siete años si el monto es igual o mayor a cien remuneraciones unificadas, hasta penas de once a quince años y multas de doscientas remuneraciones unificadas”[43]. “Aquellos que formularon su creación, han estructurado la norma penal, que sobre el tema no les falta dominio o conocimiento jurídico, como dice Michel Faucoult, El poder político no está ausente del saber, por el contrario, está tramando con éste”[44].

---

[42]Elsie Rosales, Sistema Penal y Relegitimación Procesal en Violencia Sociedad y Justicia en América Latina, Roberto Briceño León, compilador, Buenos Aires, 2002, Gráfica y Servicio SRI, pág. 294. La autora se refiere a la reforma procesal penal en Venezuela, que se asimila a lo que sucede en Ecuador.

[43] En el proyecto de Código Integral Penal, que aún está en proceso de discusión previa por varios sectores involucrados en el tema, en su texto se establece una escala de sanciones de acuerdo al monto, que hasta cuando lo conocí constaba en el artículo 242.

[44] Michel Foucault, La verdad de las formas jurídicas, cinco conferencias pronunciadas en Río de Janeiro, República Federativa de Brasil, del 21 al 25 de mayo de 1973, texto obtenido de la página web: www.es.scribid.com.

4.3. Marco Jurídico

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador de 2008 es la carta magna vigente en la República del Ecuador desde el año 2008. Es el fundamento y la fuente de la autoridad jurídica que sustenta la existencia del Ecuador y de su gobierno. La supremacía de esta constitución la convierte en el texto principal dentro de la política ecuatoriana, y para la relación entre el gobierno con la ciudadanía.

"Art. 233.- 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"[45].

[45] http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf

Como se puede observar y desde mi punto de vista, la Constitución de la República del Ecuador vigente, si vulnera el derecho garantista en que se basa la misma, al deducir que los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas, así también como la acción para perseguirlos y las penas correspondientes a los delitos de Peculado, Cohecho, Concusión y Enriquecimiento Ilícito serán imprescriptibles, es por ello que se plantea la necesidad de reformar el Art. 233 de la Constitución de la República del Ecuador, con la finalidad de que los delitos de Peculado, Cohecho, Concusión y Enriquecimiento Ilícito si prescriban, los juicios no continúen en ausencia del acusado, y por último que el acusado en el caso que se demuestre que es culpable pueda resarcir al Estado el Daño Causado y no pueda ejercer nunca más el servicio público.

4.3.2. Código Orgánico Integral Penal

La nueva ley penal los denomina delitos contra la eficiencia en la administración pública. Son 16 y ocho están relacionados con actos de corrupción de los funcionarios públicos. El peculado, la concusión, el cohecho y el enriquecimiento ilícito están en esa lista y se mantienen -al igual que en la anterior legislación- como infracciones imprescriptibles, según el numeral 4 del artículo 16.

La actual estructura del estado ecuatoriano plantea una gran necesidad: tener normativas que definitivamente sean una herramienta para terminar con la impunidad; las leyes que hoy rigen al país presentan vacíos y no están adaptadas a los

requerimientos presentes, es por ello que se ha planteado el Código Orgánico Integral Penal.

4.3.3. Peculado

“Artículo 278.- Peculado.- 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, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La misma pena se aplicará cuando los sujetos descritos en el primer inciso se aprovechen económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.

Son responsables de peculado las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de

economía popular y solidaria que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dineros, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

La persona que obtenga o conceda créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La misma pena se aplicará a los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el inciso anterior.
Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera.

A mi criterio personal, el Peculado es la sustracción de caudales o efectos públicos por parte del funcionario público al que le fueran confiados. Este tipo de delito básicamente se da cuando cierto individuo se encuentra bajo la dependencia en el

sector público, administrando fondos de dicha institución toma parte o sustrae dineros que han sido confiados haciendo uso de sus funciones con respecto al cargo que desempeña, haciendo suyos ilícitamente bienes que le pertenecen a todo un Estado. Es por eso que a este delito se lo puede considerar quizá como uno de los más graves en relación al cohecho, concusión, y enriquecimiento ilícito.

4.3.4. Enriquecimiento Ilícito

Artículo 279.- Enriquecimiento ilícito.- 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 extinguido 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.

A mi criterio personal, el enriquecimiento ilícito es el acto de enriquecerse por medios contrarios a la Ley, se constituye el enriquecimiento ilícito por el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido como consecuencia del desempeño de un cargo público, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos.

4.3.5. Cohecho

Artículo 280.- Cohecho.- 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, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilitar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a tres años.
Si la o el servidor público, ejecuta el acto o no realiza el acto debido, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Si la conducta descrita es para cometer otro delito, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La persona que bajo cualquier modalidad ofrezca, dé o prometa a una o a un servidor público un donativo, dádiva, promesa, ventaja o beneficio económico indebido u otro bien de orden material para hacer, omitir, agilitar, retardar o condicionar cuestiones

relativas a sus funciones o para cometer un delito, será sancionada con las mismas penas señaladas para los servidores públicos.

A mi criterio personal, Cohecho es la acción y efecto de cohechar, es decir de sobornar o corromper al funcionario o magistrado. También se entiende como el acto de aceptar soborno, para favorecer en parte a una persona ajena del sector público como una compra o pago al servidor público con el fin de obtener cierto tipo de favor que beneficie al usuario, sin importar que esto vaya en contra de los principios constitucionales.

4.3.6. Concusión

Artículo 281.- Concusión.- 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, sus agentes o dependientes oficiales que abusando de su cargo o funciones, por sí o por medio de terceros, ordenen o exijan la entrega de derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos o gratificaciones no debidas, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Si la conducta prevista en el inciso anterior se realiza mediante violencias o amenazas, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años”[46].

[46]http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf

A mi criterio personal, Concusión es la acción u delito cometido por el magistrado, juez o funcionario público, que abusa de su poder, o comete exacción. También es el despojo del patrimonio ajeno infundiendo temor, que se hace derivar de la fuerza pública, exigiendo, pidiendo, u aprovechándose de la función pública. En este tipo de delito el servidor público haciendo uso de su autoridad presiona al usuario de tal manera que llega apropiarse o a beneficiarse de bienes, todo esto aprovechándose del cargo que desempeña.

4.3.7. Finalidad de la Pena

El delito en consecuencia tiene la pena, y la pena tiene una finalidad, la cual ha ido evolucionando a lo largo de la historia, desde sus principios hasta nuestros días. No basta con imponer la pena al delincuente por cometer un ilícito culpable, sino se requiere de algún argumento adicional, es por eso que la pena necesariamente debe tener alguna finalidad, ya sea preventiva, retributiva, enmendadora o simplemente reinsercionista. "No es función del Estado imponer la justicia en la tierra, sino que debe limitarse a satisfacer las necesidades sociales."[47]

A mi criterio personal, el fin de la pena, esencialmente, es reavivar en la conciencia común el desvalor de la conducta violadora de la norma que ordena el respeto a cierta categoría de bienes y, así, reafirmar la importancia de tales bienes y la exigencia de

[47] Citado en: Ziffer, Patricia S., Lineamientos de la Determinación de la Pena, Ed. AD-HOC SRL 1996, Pág. 46 del libro de: Henkel, Die “richtige” Strafe, tubinga, 1969, Pag. 7

que sean respetados. En fin, la pena tiene una función preventiva, con vista a una sola utilidad que es, evitar la repetición de los delitos y así parar el golpe de la criminalidad. Ahora bien, de acuerdo con el COIP, la finalidad de la pena es la prevención general para la comisión de delitos; es decir, se amenaza sancionar ciertas conductas con la finalidad de evitar su realización; también promueve algunos comportamientos por medio de los delitos culposos al impulsar el cumplimiento de un deber objetivo de cuidado, por ejemplo, castigando la conducción de vehículos a motor con llantas lisas o en mal estado.

Otros fines declarados para la penas son la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas.

4.3.8. Garantismo Penal

El Capítulo Primero del Título II de la Constitución de la República del Ecuador que se refiere a los DERECHOS, tiene como epígrafe Principios de aplicación de los derechos, y a más de lo expresado, en el numeral 4 del Art. 11 de la referida norma legal, reconoce que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, en el numeral 5 prevé que en materia de derechos y garantías constitucionales las servidoras y servidores públicos, administrativos y los operadores de justicia, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, como señala el numeral 6.

El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, siendo inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución siendo además el Estado responsable por una inadecuada administración de justicia.

Por el momento consignamos la importancia de los principios que igualmente recogió el constituyente de Montecristi, a partir del Art. 424 para destacar la supremacía de la Constitución, reconociendo inclusive la preeminencia de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, que prevalecen frente a cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. El principio pro homine está previsto con rango constitucional como se parecía de los artículo 426 y 427, pues ante la duda las normas constitucionales deben aplicarse en el sentido que más favorezcan 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. Al amparo del Art. 429 la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia.

El modelo garantista que es propio de la Constitución del 2008 proclama la invalidez de un derecho ilegítimo ante los derechos constitucionales de las personas. Par el valor constitucional de una norma se atiende no a su forma sino a su contenido, relacionándola con las determinaciones existentes en niveles superiores del

ordenamiento constitucional. La vinculación a valores y principios constitucionales es lo que motiva que se deba recurrir a un juicio complejo de carácter jurídico antes que moral o político. El Estado Constitucional se construye normativamente en un trípode: la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales enunciados en la propia constitución (o en los tratados internacionales de derechos humanos); el principio de la juridicidad o de la legalidad que somete a todo poder público al derecho; y, la adecuación función de todos los poderes públicos de garantizar los derechos de libertad y la efectividad de lo social.

Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos los mismos que deben ser aplicados por los jueces a través de las distintas vías y acciones que le franquea la Constitución. Una vía legítima es la aplicación de los principios previstos en la Constitución incluso que no requieren de desarrollo normativo pues se aplica la exigibilidad del respeto al principio sin necesidad de norma expresa.

El Art. 84 de nuestra Constitución expresa que el asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

Los derechos fundamentales son realidades jurídicas a favor de las cuales la Constitución ha diseñado importantes técnicas de protección. La Corte Constitucional de Ecuador ha preferido antes que referirse a derechos fundamentales, referirse a los derechos constitucionales. Recordemos el contenido de las Reglas de procedimiento publicadas en el ROS. 466 DEL 13-11.2008, que en su considerando tercero dice: "la finalidad primordial del nuevo Estado ecuatoriano es la garantía de los derechos fundamentales, los cuales de conformidad con los numerales 3 y 5 del artículo 11 de la Constitución son de directa e inmediata aplicación y plenamente justiciables por y ante cualquier servidor público, jueza o juez, sin que puedan establecerse o exigirse requisitos adicionales o argüirse falta de ley para justificar su desconocimiento o falta de aplicación"[48].

Por último según mi criterio personal, en relación con los derechos constitucionales se deben aplicar sobre el argumento de que falta ley (para no aplicarlos), estos son los derechos de protección como los de tutela judicial, principio de presunción de inocencia, derecho de defensa, etc., que son estimados como autosuficientes. Todos los derechos constitucionales son fundamentales y están cobijados o protegidos por el principio de su eficacia directa que se traduce en la inmediata aplicación que fuese necesario o que haya un desarrollo programático por parte del legislador, porque se trata de un derecho fundamental o constitucional.

---

[48] Dr. Alfonso Zambrano Pasquel Profesor titular de Derecho Procesal Penal en la Universidad Católica deuayaquilhttp://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2013/10/01/neoconstitucionalismo--garantismo-y-constitucion-del-2008

El Garantismo penal de Luigi Ferrajoli no marca, en mi opinión, el nacimiento de un nuevo Garantismo mas bien revitaliza renueva el derecho penal moderno forjado en el Iluminismo con el jusnaturalismo racionalista representado por Becaria, este Garantismo penal desarrolla un conjunto de conocimientos capaces de fundamentar la limitación al poder punitivo del Estado desde una óptica de primacía del individuo.

La teoría del Garantismo penal representa la más consecuente realización de la ilustración, el propio autor de esta teoría, Luigi Ferrajoli, señalaba que este enfoque es la más fecunda proyección a nuestros días, de la filosofía ilustrada. Al respecto dice, Sanchis: "La aportación verdaderamente original de la Ilustración se centra en lo que Ferrajoli ha denominado estricta legalidad, que no significa sólo que la tipificación legal representa una condición indispensable para que el juez pueda castigar, sino que implica una exigencia que pesa sobre el propio legislador a fin de que las prescripciones penales sean claras, precisas y dotadas de una denotación empírica taxativa.

Esto es, en sentido amplio la legalidad. Constituye un límite que se alza frente a cualquier otro poder o fuente de creación jurídica, mientras que en sentido estricto, es un límite al propio legislador, que ya no puede castigar de cualquier manera, sino sólo a través de un género de normas dotadas de unas cualidades formales que son garantía de la libertad y de la seguridad. Ese límite al legislador se traduce también en una barrera frente al arbitrio judicial, ya que dichas cualidades formales están en

condiciones de asegurar una aplicación neutral mecánica y uniforme del Derecho a los casos particulares"[49].

Mientras los autores del iluminismo ponían el acento en la limitación al poder de los jueces a través de la ley, ahora se estructura una concepción mucho más compleja, donde no sólo la Ley limita al juez sino que también el propio legislador está limitado sustancialmente por los principios y valores plasmados en las Constituciones modernas así como los jueces que aplican las leyes penales.

A mi criterio, la concepción del Estado garantista es característica del Estado constitucional de derechos, construyéndose sobre la base de los derechos fundamentales de la persona, y al asumir el rol del Garantismo, vincula los derechos fundamentales consagrados en la Constitución con todos los poderes públicos debidamente constituidos. En un Estado constitucional de derechos, el mismo crea un sistema de garantías que la Constitución pre ordena para el amparo y respeto de los derechos fundamentales. Esta es una vertiente del nuevo Constitucionalismo reconocido hoy como neoconstitucionalismo.

Este nuevo enfoque significa un cambio el paradigma, un salto cualitativo de un sistema constitucional que requiere para el respeto de sus derechos fundamentales la existencia de principios antes que de normas de derechos positivo, que no puedan ser

[49] PRIETO SANCHÍS, Luis, "La Filosofía Penal de la Ilustración" Palestra Editores. Lima 2007 p 58-59

invocadas para inaplicar los principios, pues como viene reconociendo la Corte Constitucional de Ecuador se debe acudir a principios como los de ponderación y de proporcionalidad, para decidirse frente a un conflicto entre principios como los de celeridad vs inviolabilidad del derecho de defensa. Recordemos que el Art. 11 de la Constitución vigente establece en su numeral 3, la aplicación directa e inmediata por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

4.3.9. Garantía de la legítima defensa en la Constitución de la República del Ecuador.

En cuanto a los antecedentes existentes en la legislación ecuatoriana, sobre la garantía de la legitima defensa del acusado, debemos rescatar el trabajo constituyente realizado en la última reforma a nuestra Constitución, en la cual si bien se ratificó la presencia de este importante derecho dentro de las garantías del debido proceso, se ha efectuado un trabajo mucho más profundo en cuanto a los elementos que integran el reconocimiento a la defensa, extendiéndose a todas las características integrantes del mismo, puntualizándose las siguientes particularidades:

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.

7.- El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”[50].

A mi criterio personal, como se colige de la sola lectura de este artículo constitucional, el derecho a la defensa abarca un sinnúmero de consideraciones que intrínsecamente están relacionadas también con otros derechos y normas del ordenamiento jurídico.

[50]CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ley Citada. Art. 76. Pág. 48.

Así por ejemplo está relacionado con el derecho a la igualdad, a la seguridad jurídica, el principio “non bis in idem”, principio de contradicción, inmediación, oralidad, entre otros. Es importante tomar en cuenta que el artículo antes mencionado debe cumplirse a cabalidad de lo contrario al vulnerarse no se estaría llevando a cabo el debido proceso que manda nuestra Constitución de la República.

Dentro del nuevo sistema penal, los principios de publicidad y oralidad son correlativos, pues la validez de una sentencia presupone la contradicción e inmediación, lo cual reconoce la presencia física del procesado y el debate público.

En efecto “El juicio es oral; bajo esa forma deben declarar las partes, los testigos y los peritos. Las exposiciones y alegatos de los abogados, serán igualmente orales. Las resoluciones interlocutorias deben pronunciarse verbalmente, pero deben dejarse constancia de ellas en el acta del juicio.”[51].

Así mismo el inciso primero del Art. 253 precisa: “…El juicio debe realizarse con la presencia ininterrumpida de los jueces y de los sujetos procesales…”[52].

Ahora bien dentro de lo que estable el COIP, la acusación fiscal y la defensa se exteriorizan como una tarea necesaria para el descubrimiento integral de la verdad, proveniente de la prueba producida por quien cumple el deber legal de investigar una

[50-51] EX-Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, Ley Citada, Art. 258, pág. 333.

conducta presuntamente transgresora de la ley y de quien se defiende de tales pretensiones.

El COIP, establece el principio de inmediación de la prueba, es decir que exige la concentración del tribunal juzgador, los sujetos de prueba, los sujetos procesales, atendiendo los medios de prueba existentes que pueden ser propuesto y utilizados en el juicio oral, observándose las garantías establecidas para la declaración de los procesados durante el juicio.

La inmediación impone, según señala MIXÁM MASS, "que el juzgamiento sea realizado por el mismo Tribunal desde el comienzo hasta el final.

Este principio junto al Principio de Contradicción impide que una persona sea juzgada en ausencia. La inmediación es una necesidad porque es una de las condiciones materiales imprescindibles para la formación y consolidación del criterio de conciencia con el que será expedido el fallo"[53].

A mi criterio personal, este principio también se encuentra garantizado por nuestra Constitución por lo tanto es importante que en los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, cohecho y concusión, se considere de manera primordial la presencia de las partes y sus defensores en el juicio oral, con la finalidad de que la prueba inmediata se

[53]MOJICA ARAQUE, Carlos Alberto. El Principio de Inmediación, (Revistas temas procesales), Edición 2004.

consolide con el debate constituyendo una garantía para el imputado en el ejercicio de su defensa, pues la continuación del juicio debe estar condicionada a la presencia física del acusado como en el resto de delitos.

El juicio oral exige los siguientes presupuestos:

a.- Presencia personal del procesado con excepción de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito; de tal manera que en este tipo de delitos se lesiona gravemente el principio de inmediación, ocasionando que el procesado no pueda hacer uso de su derecho a la defensa, ya que si no se encuentra presente quedara totalmente en la indefensión.

b.- Presencia de las partes y sus defensores;

c.- La práctica de la prueba en general, que comprende la proposición de pruebas por la acusación y la defensa, así como el descubrimiento de la verdad por el juzgador sobre la base de esas posesiones;

d.- Interrogatorio directo de las partes con la finalidad de ofrecer al tribunal un elemento de valoración de la declaración.

De lo anotado se concluye que el principio de inmediación juega un rol muy importante en el momento de la audiencia de juzgamiento, por lo que es necesario que las partes procesales se encuentren presentes.

La ley busca el camino más favorable para que ningún tipo de garantía constitucional sea vulnerada, al no estar presente el procesado en el juicio se crea un gran inconveniente, porque si se lleva a cabo la audiencia de juzgamiento se estaría atentando contra el derecho a la defensa por ende al debido proceso.

Por lo que este principio es importante para que se cumplan todos los presupuestos establecidos en el juicio, de esta manera existirá una sentencia justa y que pueda ser ejecuta debidamente.

4.3.10. La etapa de juicio con respecto a los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión y cohecho

Esta etapa inicia con el auto de llamamiento a juicio, de esta manera se entiende "si el juez de garantías penales considera que los resultados de la instrucción fiscal se desprende presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación del procesado como autor, cómplice o encubridor, dictará auto de llamamiento a juicio, iniciando por pronunciarse sobre la validez del proceso"[54]. A mi criterio personal, hay que tener presente que en la etapa de juicio se practicaran los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para que según corresponda, condenarlo o absolverlo. Esta etapa se iniciará con la substanciación del proceso ante el presidente

[54]Htpp/www.laetapadejuicioconrespectoalosdelitosdepeculado,enriquecimientoilícito,concusiónycohecho**.com**Ley Citada, Art. **232,** inciso primero**,** Pág. 325.

del Tribunal Penal, quien estaría obligado en primera instancia, a designar un defensor para el sindicado en caso de que éste se encuentre imposibilitado para contratarlo.

También deberá convocar a la Audiencia para el juzgamiento y solicitar a las partes que le entreguen la lista de los testigos, ya que estará encargado de dictar las órdenes respectivas para la comparecencia de los mismos. Como se había señalado anteriormente en la instrucción fiscal solo se investiga pero no se prueba, para que todas las indagaciones realizadas por el fiscal alcancen el valor de prueba, estas deberán ser presentadas ante el tribunal penal.

Además en los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, cohecho y concusión en muchos de los casos se lleva a efecto la audiencia de juzgamiento sin la presencia del procesado, lo cual vulnera totalmente el derecho a la defensa, ya que si el procesado no se encuentra presente de qué manera podrá siquiera presentar una prueba que ayude a demostrar su inocencia, ya que esta etapa tiene propósitos fundamentales como son:

- La prueba de la existencia del delito
- La prueba de la culpabilidad del infractor; y,
- La imposición de la pena correspondiente al delito cometido, de las medidas de seguridad y del pago del daño causado al ofendido.

Audiencia de Juicio

Se respetarán los principio de contradicción, oralidad, publicidad, inmediación y concentración; se realizara la substanciación ante el Tribunal Penal y los pasos que tendrán que seguirse, sobre todo, en lo que se refiere al orden lógico de intervención de los sujetos procesales, la declaración de los testigos y peritos y la exhibición de pruebas. Por último es importante enfocar que se desarrollará el procedimiento a seguir, el mismo que se ha dividido en dos partes.

La primera empezará con la intervención del fiscal, que estuvo a cargo de la instrucción, en esta intervención se presentará la acusación y se solicitará que se practiquen las pruebas que se consideren necesarias. A continuación, el ofendido estará obligado a comparecer a juicio para rendir su testimonio, bajo juramento sin duda, este testimonio contribuirá al esclarecimiento de los hechos. Una vez presentado el testimonio, los miembros del Tribunal y los otros sujetos, procesales podrán interrogar al ofendido, siempre y cuando las preguntas sean debidamente formuladas.

A continuación, vendrá la exposición del acusador particular o de su defensor, quien realizará una exposición del motivo de su acusación y solicitará la práctica de las pruebas que considere necesarias, para finalizar esta primera fase de la audiencia, se receptará el testimonio de los peritos y de los testigos pedidos por el fiscal y por el acusado particular.

En la segunda parte de la audiencia, el acusado rendirá su testimonio voluntario, por lo que es totalmente necesario contar con su presencia "…luego de lo cual, podrá ser

interrogado por los miembros del Tribunal y las otras partes; inmediatamente, deberá reconocer los objetos y vestigios de la infracción. Realizado el reconocimiento, el defensor del acusado hará una exposición detallada de los hechos y circunstancias favorables para su defendido y pedirá que se practiquen las pruebas de descargo luego de lo cual, el Tribunal procederá a tomar testimonios de los testigos presentados por el acusado, quienes también podrán ser interrogados por las partes.

Finalmente, se realizaran las demás pruebas ordenadas por el Tribunal y se dará lugar a un debate en el que las partes podrán exponer sus alegatos, luego de lo cual los miembros del Tribunal deberán deliberar sobre lo ocurrido. Al llevarse a efecto la audiencia de juzgamiento sin contar con la presencia del procesado, se está atentando contra el debido proceso, ya que sin el principio de inmediación, contradicción de qué tipo de prueba estamos hablando, y lo que es peor se llevara a cabo el juzgamiento, y se emitirá una sentencia que violente todos los derechos del procesado.

4.4. Derecho Comparado

4.4.1. Derecho Comparado en la Legislación de Perú

En la legislación Peruana, otro de los problemas prácticos más importantes en la lucha contra la corrupción de altos funcionarios políticos se presenta con la prescripción de la acción (eventualmente, aunque con menos frecuencia, también con la prescripción de la pena). Se ha llegado a tal punto que ésta constituye una de las armas de defensa más útiles para lograr la impunidad de los casos más escandalosos de

corrupción de altos funcionarios públicos. Dado que los plazos fijados en la Ley apuntan a la seguridad jurídica y no tienen que ver, en realidad, con la definición del injusto penal, su modificación no debería tener consecuencias similares a las de las modificaciones de la Ley penal.

A continuación se enuncian algunos artículos del Código Penal Peruano:

“Artículo 80.- La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito si es privativa de libertad. En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno. En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave. La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años. En los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años. En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica.

A mi criterio personal, el Código Penal Peruano es muy producente y facultativo a la igualdad de derechos, ya que como armonía garantizadora la acción penal si prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena, esto es algo que en nuestra legislación Ecuatoriana no se da ya que al haber estudiado el Art. 233 de nuestra Constitución de la República del Ecuador, en la misma se evidencia que la acción para perseguirlos y las penas correspondientes a los delitos de Peculado, Cohecho, concusión y

enriquecimiento ilícito son imprescriptibles, por ello a mi pensar si vulnera el derecho garantista en que se basa nuestra constitución con la de Perú.

Artículo 81.- Reducción de los plazos de prescripción.- Los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenía menos de veintiún o más de sesenticinco años al tiempo de la comisión del hecho punible.

A mi criterio personal, en la legislación peruana existen garantías normativas y de derechos que facultan a los servidores públicos menores de veintiún años y mayores de sesenta y cinco años para que la prescripción se reduzca a la mitad de la pena por la comisión del delito. En nuestra Legislación Ecuatoriana debería de considerarse esta normativa comparada, con la finalidad de administrar justicia en igualdad y que el Estado ecuatoriano prevea la posibilidad de aplicar la prescripción de la acción en las penas así como la rebaja del tiempo para el que opere la prescripción de la acción en las penas por el cometimiento de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

Artículo 86.- Plazo de prescripción de la pena.- El plazo de prescripción de la pena es el mismo que alude o fija la ley para la prescripción de la acción penal. El plazo se contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme”[55].

A mi criterio personal, en la legislación Peruana existe la prescripción de la pena desde el punto de vista de que prescribe la misma una vez que la sentencia queda en

[55] https://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp_per_cod_pen.pdf

firme, por ello el servidor público Peruano tendrá conocimiento que la pena prescribe en el mismo tiempo en el que se fija en la sentencia. En nuestra legislación no existe plazos para la prescripción de las penas por los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, es por ello que si debería de considerar el Estado Ecuatoriano la posibilidad de plantear y dar apertura para que la prescripción de los delitos con la eficiencia de la administración pública prescriban en el mismo tiempo que la sentencia fija la pena; además de la posibilidad de que el servidor público tenga la oportunidad de resarcir al Estado el daño económico causado.

4.4.2. Derecho Comparado en la Legislación Chilena

La Constitución Política chilena vigente a la presente fecha, es la aprobada en el año 1980, esta carta política, si bien fue expedida en tiempos de la dictadura chilena, fue posteriormente ratificada cuando se restableció la democracia en Chile, y sufrió algunas reformas en su texto en el gobierno del presidente Ricardo Lagos.

A continuación se enuncian algunos artículos del Código Penal Chileno:

“Art. 94. La acción penal prescribe: Respecto de los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en quince años. Respecto de los demás crímenes, en diez años. Respecto de los simples delitos, en cinco años. Respecto de la faltas, en seis meses.

Cuando la pena señalada al delito sea compuesta, se estará a la privativa de libertad, para la aplicación de las reglas comprendidas en los tres primeros acápites de este artículo; si no se impusieren penas privativas de libertad, se estará a la mayor. Las reglas precedentes se entienden sin perjuicio de las prescripciones de corto tiempo que establece este Código para delitos determinados.

Art. 95. El término de la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito.

Art. 97. Las penas impuestas por sentencia ejecutoria prescriben:

La de presidio, reclusión y relegación perpetuos, en quince años. Las demás penas de crímenes, en diez años. Las penas de simple delito, en cinco años. Las de falta, en seis meses.

Art. 98. El tiempo de la prescripción comenzará a correr desde la fecha de la sentencia de término o desde el quebrantamiento de la condena, si hubiere ésta principiado a cumplirse.

Art. 99. Esta prescripción se interrumpe, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el reo, durante ella, cometiere nuevamente crimen o simple delito, sin perjuicio de que comience a correr otra vez.

Art. 100. Cuando el responsable se ausentare del territorio de la República sólo podrá prescribir la acción penal o la pena contando por uno cada dos días de ausencia, para el cómputo de los años.

Para los efectos de aplicar la prescripción de la acción penal o de la pena, no se entenderán ausentes del territorio nacional los que hubieren estado sujetos transitorio a prohibición o impedimento de ingreso al país por decisión de la autoridad política o administrativa, por el tiempo que les hubiere afectado tal prohibición o impedimento.

Art. 101. Tanto la prescripción de la acción penal como la de la pena corren a favor y en contra de toda clase de personas.

Art. 102. La prescripción será declarada de oficio por el tribunal aun cuando el imputado o acusado no la alegue, con tal que se halle presente en el juicio"[56].

A mi criterio personal, los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito en la legislación Chilena, prescriben en quince años, al ser considerados como los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos, es por ello que al existir en Chile esta normativa legal se deduce que es un estado garantista y aplicador del principio de igualdad jurídica. En el Ecuador no existe la prescripción de la acción de las penas de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, es por ello que a mi criterio personal el Estado

[56] http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_chl_cod_penal.pdf

administra justicia pero no se preocupa de que el imputado devuelva al Estado el daño económico causado.

La prescripción en Chile, corre desde el día mismo que se cometió el delito, dando al infractor la oportunidad de defenderse en cuanto a derecho y de que la autoridad administradora de justicia tenga presente el momento mismo en que el imputado cometió el delito para que en la etapa de juicio se admita la prescripción. En el Ecuador no existe la prescripción al contrario los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito son imprescriptibles, según el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador.

Por ello el Código Penal de Chile, es considerado como la más avanzada en materia de derechos porque se garantiza a los funcionarios estatales sus derechos, dando a entender que la el Código Penal Chileno, es una norma garantizadora con mecanismos jurídicos de protección de los derechos, los cuales podía recurrir cualquier persona que había cometido uno de los delitos enfocados en la legislación Chilena, con la finalidad de solicitar su prescripción y archivo del expediente. Específicamente en cuanto a la prescripción de la pena en los juicios de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, éstos se encuentran basados en el sistema acusatorio formal, en donde es potestad exclusiva del Ministerio Público, la investigación de hecho considerado punible, a fin de encontrar los elementos suficientes que permitan establecer la participación del imputado, en los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. Esta división de roles entre la acusación, la defensa, la decisión judicial y la prescripción de las penas por estos

delitos, todos se basan en el respeto a las garantías constitucionales establecidas a favor del imputado, caracteriza la consecución de un proceso penal, imparcial, transparente y efectivo, que cumpla con los preceptos bajo los cuales es estructurado, entre ellos la inmediación, oralidad, contradicción, entre otros.

4.4.3. Finalmente: Desde mi punto de vista se entiende que la prescripción de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, en los países de Perú y Chile, garantizan el cumplimiento y las garantías de las normas vigentes en aquellos países, así como el respeto de los derechos de la soberanía ciudadana y de la justicia procesal penal.

Es así como vemos la relevancia de tratar un tema tan importante como el de **"LA NO PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y DE LAS PENAS EN LOS DELITOS DE PECULADO, COHECHO, CONCUSIÓN Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA, VULNERA EL DERECHO GARANTISTA EN QUE SE BASA NUESTRA CARTA MAGNA",** ya que el Estado debería dar pertinencia y trayecto para que el funcionario público que cometió dichos delitos referidos anteriormente pueda resarcir al Estado el daño económico causado y a su vez se de apertura a la prescripción de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, cuando haya pasado plazo de 13 años que es el máximo de la pena para el funcionario imputado, pero con la noción de a más de resarcir al Estado el daño causado, el funcionario público nunca más pueda ejercer el servicio público.

No se puede establecer a ciencia cierta a cuantas personas afecta el cometimiento de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, es por esto la importancia que tiene el estudio serio de estas figuras delictivas; haciendo una reseña histórica a nivel mundial, así como de nuestro país, analizando la prescripción de los delitos contra la administración pública y todas las partes que lo conforman, es decir, el bien jurídico protegido, la conducta huma, tipicidad, pena, antijuricidad, prescripción y derecho garantizador; sin dejar de lado el estudio de cada uno de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, tipificados en el COIP.

5. MATERIALES Y METODOS

5.1. Materiales

Para el desarrollo del presente trabajo se utilizaron los siguientes materiales:

- Materiales y suministros de escritorio
- Compra de bibliografía
- Computadora
- Internet
- Transporte
- Impresora
- Empastados

En el desarrollo del trabajo de investigación, y para la elaboración del mismo, he empleado el método científico y los procesos analítico, sintético, inductivo, deductivo, así como la investigación bibliográfica, documental de casos y campo.

5.2. Métodos

El método utilizado en el desarrollo de la presente investigación es el de investigación científica. La investigación del marco teórico se realizó en base a recopilación de

Leyes, Reglamentos y páginas de internet que contienen la información de sustento de este trabajo.

Se realizaron varias entrevistas y diálogos, para el levantamiento de los procesos. Se entrevistó a digitalizadores, asistentes de abogacía, secretarias, abogados, Director, Subdirector del área civil y penal. Adicionalmente se realizó una encuesta a los profesionales del Derecho que trabajan en el Municipio del Cantón Catamayo, con el propósito de obtener la percepción de los profesionales sobre la investigación realizada.

Se tabularon los datos obtenidos en las encuestas y se aplicó técnicas estadísticas de conteo y de elaboración de gráficos estadísticos.

De acuerdo a lo previsto en la metodología de la investigación jurídica, en lo general estuvo regido por los lineamientos del método científico. Como métodos auxiliares contribuyeron en este estudio el método inductivo-deductivo y deductivo inductivo, que fueron utilizados según las circunstancias que se presentaron en la sustentación del eje teórico del trabajo; el método bibliográfico descriptivo y documental, fue de singular validez en la elaboración de la revisión de la literatura del presente trabajo de investigación.

En la presentación y análisis de los datos obtenidos en el trabajo de campo se utilizaron los métodos de análisis y síntesis, que permitieron presentar los resultados obtenidos a través de frecuencias y porcentajes ordenados en las respectivas tablas,

y representados en gráficos estadísticos que permitieron realizar el análisis comparativo.

5.3. Técnicas

Para la recolección de la información que sustenta la parte teórica del trabajo se utilizó la técnica del fichaje, a través de la elaboración de fichas bibliográficas y nemotécnicas. En el trabajo de campo para la obtención de datos empíricos acerca de la problemática estudiada, se procedió primero a aplicar una encuesta a un universo de veinte profesionales del derecho, quienes dieron sus criterios y que estuvieron orientados a recabar sus opiniones acerca de la temática planteada.

Para la investigación de campo se utilizó las técnicas de:

a) La observación directa a servidores públicos del GAD Municipal de Catamayo.

b) La encuesta dirigida a servidores públicos del GAD Municipal de Catamayo y a los señores jueces de la Unidad Judicial Primera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Catamayo.

c) La entrevista dirigida a profesionales en derecho del GAD Municipal de Catamayo.

6. RESULTADOS

Con la finalidad de obtener una información actualizada acerca de la problemática investigada, realizamos la investigación de campo, en base a la aplicación de una encuesta a cuarenta personas, quienes supieron brindar valiosos aportes para la realización del trabajo de campo y cuyos resultados presentamos a continuación:

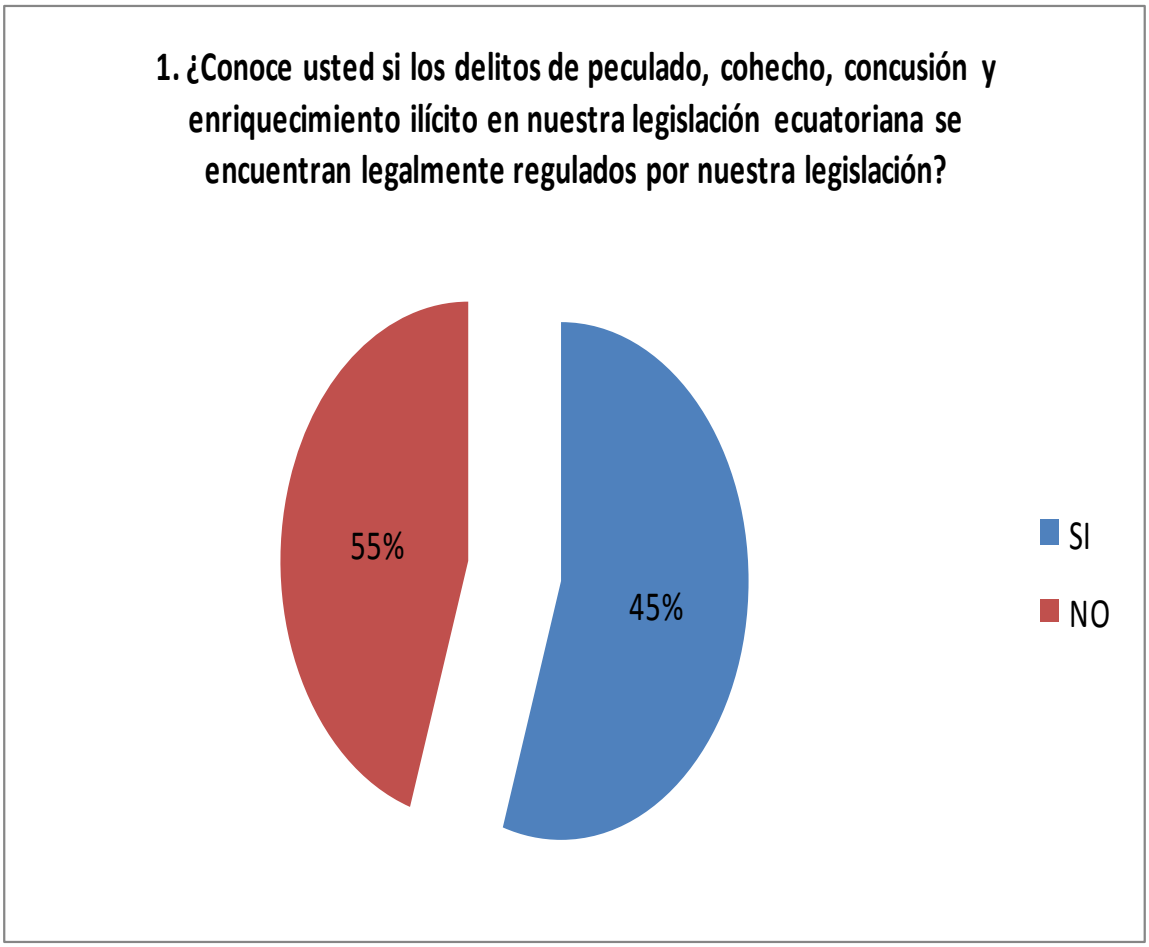
ENCUESTA

1. **¿Conoce usted si los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito en nuestra legislación ecuatoriana se encuentran legalmente regulados por nuestra legislación?**

CUADRO Nro. 1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	9	45%
NO	11	55%
TOTAL	**20**	**100%**

GRÁFICO N. 1



***Fuente**: Abogados del GAD-Municipal de Catamayo y Jueces de la Unidad Judicial Primera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Catamayo.*

***Elaboración**: Guerrero Luzuriaga Janet del Cisne*

Interpretación

De acuerdo a los datos obtenidos en la primera pregunta, 11 de los encuestados que corresponden al 55% manifiestan que no conocen que en nuestra legislación ecuatoriana los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito se

encuentran legalmente regulados por alguna Ley, mientas que 9 de los encuestados que equivalen al 45% consideran que si conocen que en nuestra legislación ecuatoriana los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito se encuentran legalmente regulados por el Código Orgánico Integral Penal.

Análisis

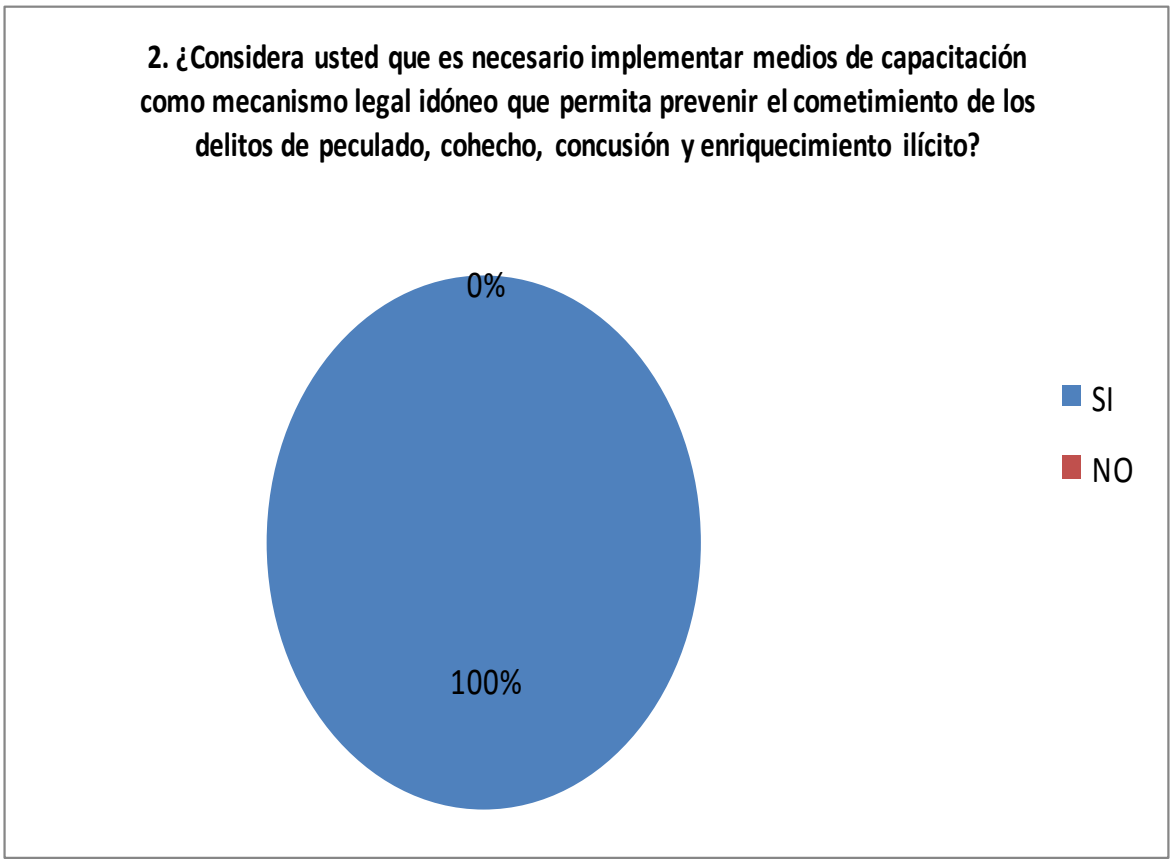
Como se puede observar en el grafico uno, 11 de los encuestados que corresponden al 55% manifestaron que los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito se encuentran legalmente regulados por alguna Ley que es el Código Orgánico Integral Penal, señalando que estos antes no eran sancionados con la forma legal operativa a aplicarse a la sanción.

2. ¿Considera usted que es necesario implementar medios de capacitación como mecanismo legal idóneo que permita prevenir el cometimiento de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito?

CUADRO Nro. 2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	20	20%
NO	0	0%
TOTAL	**20**	**100%**

GRÁFICO N. 2



***Fuente**: Abogados del GAD-Municipal de Catamayo y Jueces de la Unidad Judicial Primera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Catamayo.*

***Elaboración**: Guerrero Luzuriaga Janet del Cisne*

Interpretación

De acuerdo a los datos obtenidos en la segunda pregunta, 20 de los encuestados que corresponden al 100% manifiestan que sí es necesario implementar medios de capacitación como mecanismo legal idóneo que permita prevenir el cometimiento de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito en nuestro país.

Análisis

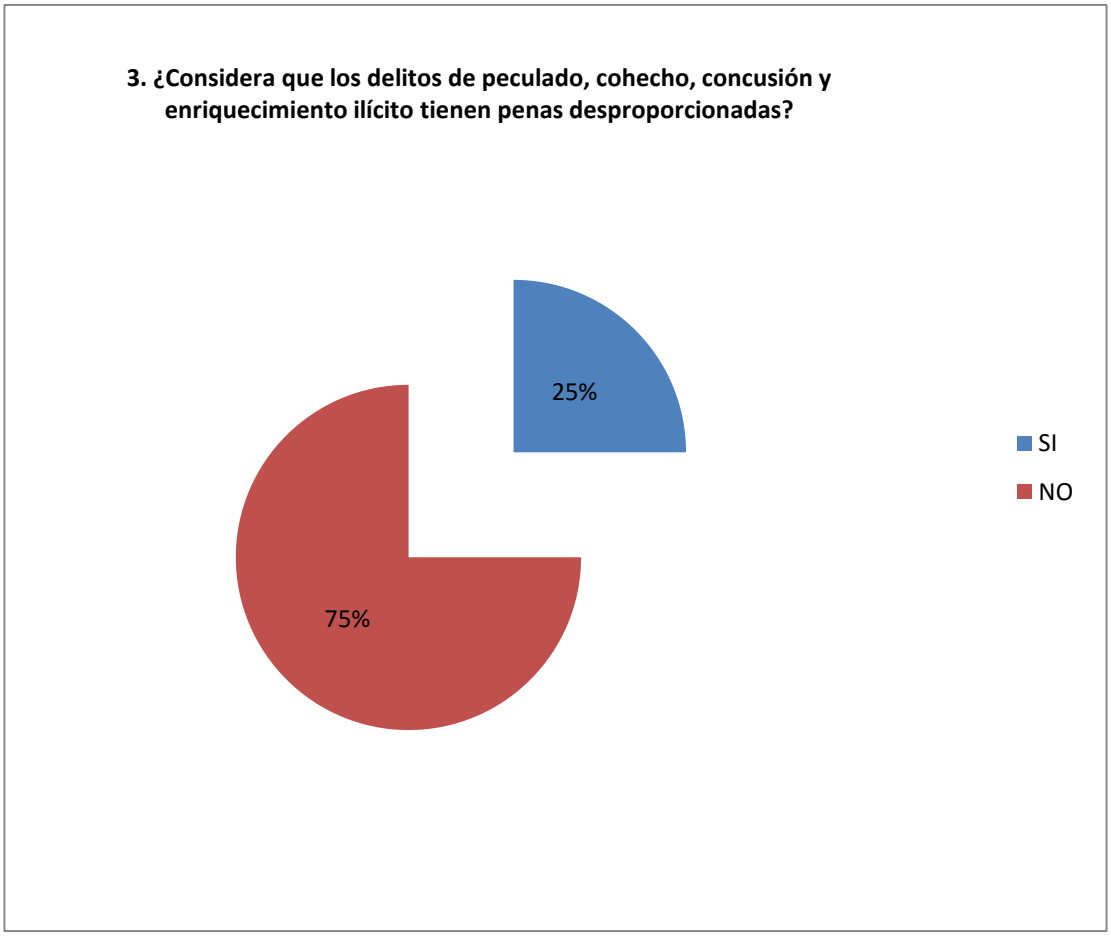
Como se puede observar en el grafico dos, 20 de los encuestados que corresponden al 100% respondieron que si se debería implementar medios de capacitación como mecanismo legal idóneo que permita prevenir el cometimiento de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito en nuestro país, ya que muchos de los ecuatorianos desconocen sobre el cometimiento de estos delitos y peor aún sobre las penas que se les impondrían aún en ausencia de los mismos por cometer dichos delitos.

3. ¿Considera usted que los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito tienen penas desproporcionadas?

CUADRO Nro. 3

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	5	25%
NO	15	75%
TOTAL	**20**	**100%**

GRAFICO N. 3



***Fuente**: Abogados del GAD-Municipal de Catamayo y Jueces de la Unidad Judicial Primera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Catamayo.*

***Elaboración**: Guerrero Luzuriaga Janet del Cisne*

Interpretación

De acuerdo a los datos obtenidos en la tercera pregunta, 5 de los encuestados que corresponden al 25% consideran que los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito en nuestra legislación si tienen penas desproporcionadas,

mientas que 15 de los encuestados que equivalen al 75% consideran que los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito no tienen penas desproporcionadas.

Análisis

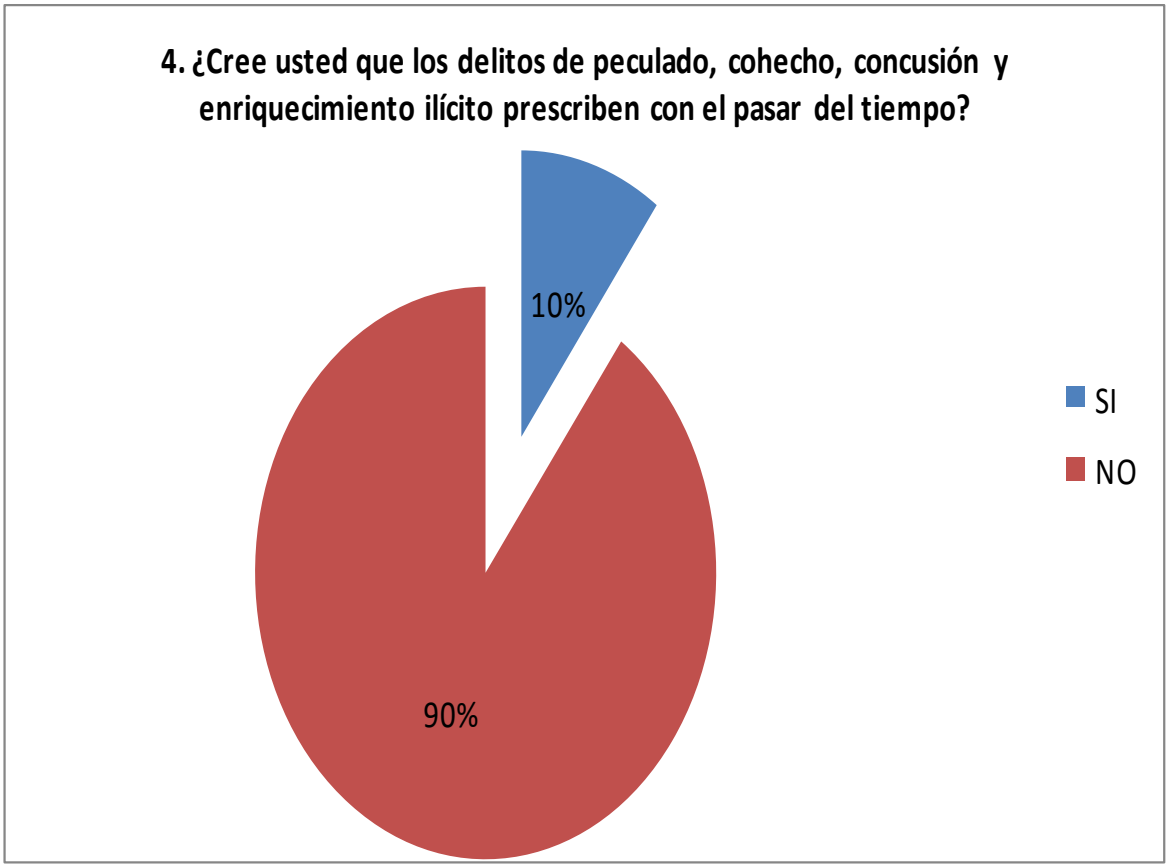
Como se puede observar en el grafico tres, 15 de los encuestados que corresponden al 75% respondieron que no consideran que los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito en nuestra legislación tienen penas desproporcionadas, deduciendo que las penas proporcionales son legales, y que en el Ecuador los organismos judiciales en materia penal son los encargados de la aplicabilidad de la justicia y fijación de las penas.

4. ¿Conoce usted que los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito prescriben con el pasar del tiempo?

CUADRO Nro. 4

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	2	10%
NO	18	90%
TOTAL	**20**	**100%**

GRÁFICO N. 4



***Fuente**: Abogados del GAD-Municipal de Catamayo y Jueces de la Unidad Judicial Primera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Catamayo.*

***Elaboración**: Guerrero Luzuriaga Janet del Cisne*

Interpretación

De acuerdo a los datos obtenidos en la cuarta pregunta, 2 de los encuestados que corresponden al 10% manifiestan que si creen que los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito prescriben con el pasar del tiempo; mientas que 18

de los encuestados que equivalen al 90% consideran que los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito no prescriben con el pasar del tiempo.

Análisis

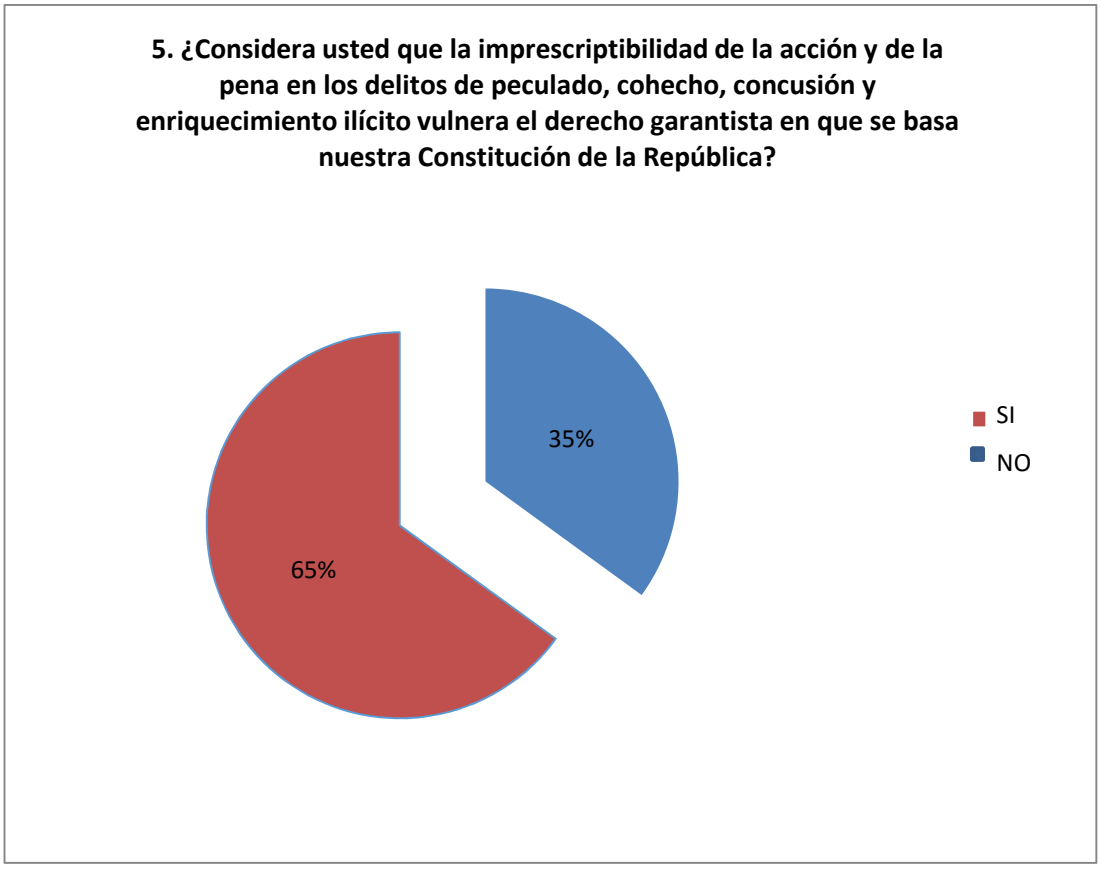
Como se puede observar en el grafico cuatro, 18 de los encuestados que corresponden al 90% respondieron que los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito no prescriben con el pasar del tiempo, pero si indican que el Estado si debería de considerar la posibilidad jurídica de que los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito si prescriban con el plazo máximo que dura la pena.

5. ¿Considera usted que la imprescriptibilidad de la acción y de la pena en los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito vulnera el derecho garantista en que se basa nuestra Constitución de la República?

CUADRO Nro. 5

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	13	65%
NO	7	35%
TOTAL	**20**	**100%**

GRÁFICO N. 5



***Fuente**: Abogados del GAD-Municipal de Catamayo y Jueces de la Unidad Judicial Primera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Catamayo.*

***Elaboración**: Guerrero Luzuriaga Janet del Cisne*

Interpretación

De acuerdo a los datos obtenidos en la quinta pregunta, 13 de los encuestados que corresponden al 65% consideran que la imprescriptibilidad de la acción y de la pena en los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito si vulnera el derecho garantista en que se basa nuestra Constitución de la República, mientras que

7 de los encuestados que equivalen al 35% consideran que la imprescriptibilidad de la acción y de la pena en los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito no vulnera el derecho garantista en que se basa nuestra Constitución de la República.

Análisis

Como se puede observar en el grafico quinto, 13 de los encuestados que corresponden al 65% respondieron que la imprescriptibilidad de la acción y de la pena en los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito si vulnera el derecho garantista en que se basa nuestra Constitución de la República, dando a entender que el Ecuador al ser un Estado Constitucional de derechos y justicia, debería de hacer cumplir las garantías constitucionales especificadas en el art. 76 del mismo cuerpo legal, al igual que la plantear la posibilidad jurídica que la acción y la pena en los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito si prescriban en el plazo máximo de la pena que es en 13 años.

7. DISCUSION

7.1. Verificación de los Objetivos

Como autora del presente trabajo investigativo, formule algunos objetivos que fueron presentados con anterioridad, y que a continuación procedo a verificar:

Objetivo General

El objetivo general planteado al inicio de la investigación que lo enuncio a continuación es:

•Realizar un estudio conceptual, doctrinario y jurídico del Derecho Penal, en especial de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, determinando que dichos delitos contra la eficiencia de la administración pública genera indefensión para los infractores; por lo que es necesario plantear alternativas de solución.

Ha sido demostrado y contrastado en su totalidad, y es por ello que es necesario plantear e implementar alternativas de solución como medios de capacitación, aptos legales e idóneos que permitan prevenir el cometimiento de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, así como deducir que el Estado implemente en sus normas legales la Prescriptibilidad de los delitos contra la eficiencia de la administración pública.

Es por ello que resulta necesario implementar políticas tendientes a regular estos delitos, con el fin de aplicar la justicia de conformidad con el principio de igualdad y seguridad procesal.

En la actualidad, en el Ecuador existe la necesidad plantear una reforma al COIP, con la finalidad de que en las Autoridades exista una profunda preocupación, para que el sistema legal de justicia y la aplicación de la sanción respectiva no sea desordenada, por parte del Gobierno y de la sociedad; para lo cual es necesario redactar nuevas disposiciones legales que precautelen los intereses nacionales y las sanciones generales que contienen esta clase de delitos.

Objetivos Específicos

Exponemos dos objetivos específicos contenidos en el proyecto de investigación, los cuales son:

•Realizar un estudio comparativo con otras legislaciones para determinar el abuso que se comete en nuestro país respecto a los denominados delitos contra la eficiencia de la administración pública.

Este objetivo se ha logrado demostrar en forma plena mediante el análisis de la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, legislación comparada así como también el resultado de las encuestas, logrando demostrar que los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito no prescriben con

el pasar del tiempo y que los mismos vulneran los derechos garantistas en que se basa nuestra Constitución de la República.

• Presentar un proyecto de Enmienda Constitucional que determine que los denominados delitos contra la eficiencia de la administración pública deben ser considerados como los delitos comunes y por ende sancionados de igual forma, es decir la prescripción de los mismos.

Se ha logrado demostrar jurídicamente, la veracidad total de este objetivo en base al análisis de la legislación comparada en materia de derecho penal, y es necesario proponer una Enmienda Constitucional ya que se evidencia que los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito en nuestra legislación ecuatoriana no se encuentran legalmente regulados por la Constitución de la República del Ecuador, así como también establecer en dicha Enmienda Constitucional la posibilidad jurídica que los delitos contra la eficiencia de la administración pública si prescriban en el plazo máximo de 13 años.

7.2 Contrastación de la Hipótesis

Con la investigación de campo he contrastado la hipótesis planteada “Los delitos contra la eficiencia de la administración pública como el peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, su regulación y sanción se constituye en un abuso a los ciudadanos en favor del poder estatal”, considero

que ha sido verificada en forma positiva puesto que de la tabulación y análisis de los resultados realizados el 100% de los encuestados afirman positivamente.

Se ha determinado una interpretación lógica, clara y uniforme, con un criterio hipotético del cual he partido con definiciones del problema, todo ello me ha permitido despejar en forma positiva la hipótesis, puesto que de la investigación de campo se ha logrado establecer que hace falta medios de capacitación como mecanismo legal idóneo que permita prevenir el cometimiento de los referidos delitos, y que la regulación y sanción de los delitos de peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, si constituyen un abuso para los ciudadanos en favor del poder estatal.

7.3 Fundamentación jurídica que sustenta la Enmienda Constitucional

El Derecho por excelencia es un instrumento de seguridad jurídica. Por lo tanto es el que encausa a los gobernantes y gobernados a respetar sus derechos, deberes y obligaciones. De ahí que puedo concluir, mientras más seguro jurídicamente es un estado, la población se convierte automáticamente en una sociedad más presionada y desequilibrante para todos.

La seguridad jurídica constituye un principio de respeto que toda sociedad aspira, por la certeza, la vigilancia plena y efectiva de las normas legales, condiciones indispensables para la seguridad jurídica.

Seguridad jurídica que en términos generales no se aplica en los referidos delitos contra la eficiencia de la administración pública, y se ve afectada por la imprescriptibilidad de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, y a la deficiente labor que realiza el Estado en fijar normas estrictas que vulneran derechos y garantías jurisdiccionales.

La Constitución de la República del Ecuador, en el Art.11, numeral 2 menciona que "todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades".

La aplicación de las leyes adecuadas en concordancia con el principio de igualdad, se ve muy olvidada en la actualidad, y es deber primordial del Estado ecuatoriano asegurar la justicia y la aplicabilidad de la misma, por ello el Art. 172 de la Constitución de la República del Ecuador menciona: "Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia", es por ello que las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia,

denegación de justicia o quebrantamiento de la Ley. Ahora bien esto ha sido descuidado en la actualidad por el Estado, ya en primer término se aplica la justicia incumpliendo el principio de igualdad, y en segundo término el Estado no se preocupa en recuperar los daños económicos causados por los funcionarios públicos que han cometido los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, es por ello que el Estado debería dar la facilidades para que el funcionario público que cometió un delito contra la eficiencia de la administración pública, pueda resarcir el daño económico causado.

- Por eso es importante conforme lo manifiestan los encuestados emprender en una Enmienda Constitucional al artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador, que según dichos criterios se evidencia que la no prescripción de la acción en los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito en nuestra legislación ecuatoriana no son legalmente sancionados, y así como también se plantea la prescripción de dichos delitos por el tiempo máximo que dure la pena, esto es en el plazo de 13 años, y por último mecanismos de capacitación legal e idóneo que permita prevenir el cometimiento de los referidos delitos. Por esto y otras razones de carácter constitucional y legal, la propuesta de Enmienda Constitucional al artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador, y la prescripción de la acción de las penas en los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, garantizará el derecho en el que se basa nuestra Carta Magna.

8. CONCLUSIONES

Una vez analizada y estudiada la teoría referente al problema de estudio y de acuerdo a los resultados obtenidos en la ejecución del trabajo de campo, es preciso poner a consideración, las conclusiones que espero contribuya a mejorar la situación jurídica en la que se encuentran los acusados sometidos a juicios en ausencia.

De esta manera me permito mencionar las siguientes conclusiones:

- Que los servidores públicos y los ecuatorianos en general tienen dudas en la regulación y aplicación de las acciones y de las penas en los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

- Que la Constitución de la República del Ecuador a través del Estado, si vulnera el derecho garantista en que se basa nuestra Constitución.

- Que los objetivos trazados inicialmente, han sido cumplidos en forma cabal, en cada una de las etapas del proceso investigativo.

- Que existe la necesidad de reformar el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador.

- Que los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, son desconocidos por los servidores públicos los cuales demuestran muy poca importancia al cometimiento de estos delitos.

- Que no existen mecanismos de capacitación idóneos que permitan la concientización a la ciudadanía ecuatoriana y demás servidores públicos.

9. RECOMENDACIONES

Una vez culminada la presente investigación y de conformidad con lo manifestado en el desarrollo de la misma, me permito presentar las siguientes recomendaciones:

- Que el Estado Ecuatoriano debe implementar un mecanismo de capacitación idóneo con la finalidad de concientizar a cada uno de los ecuatorianos para que no cometan los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

- Que el Estado debe de implementar en la normativa general competente penas proporcionables y favorativas para el imputado u acusado por el cometimiento de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

- Que el Estado debe de fijar en la normativa general competente, la prescripción de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, con la finalidad de aplicar las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución de la República del Ecuador Art. 76.

- Que el Estado al igual que las instituciones adscritas al mismo como universidades, colegios, escuelas, entre otras, procuren la difusión de las penas en los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, esto con la finalidad que los futuros funcionarios públicos no cometan estos delitos.

- Que la Asamblea Nacional Enmiende el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador, para evitar la vulneración de las garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución de la República.

9.1. Propuesta de Enmienda Constitucional

Al finalizar el presente trabajo investigativo, con mucha satisfacción y con el ánimo de contribuir con un aporte al ordenamiento jurídico aplicable al juzgamiento de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, plateo un proyecto de Enmienda Constitucional al Art. 233 de la Constitución de la República del Ecuador, en respuesta a la necesidad que existe por solucionar la vigencia de esta contradictoria figura jurídica.

A continuación explicaré el Procedimiento para plantear la presente propuesta de Enmienda Constitucional al Art. 233 de la Constitución de la República del Ecuador.

El proceso legislativo en nuestro sistema constitucional y jurídico amplía estas fases para plantear una propuesta de Enmienda Constitucional, en donde encontramos: la iniciativa, la calificación, el tratamiento en las Comisiones Legislativas Especializadas, los debates en el Pleno de la Asamblea y su aprobación, la remisión al ejecutivo, la sanción u objeción, el tratamiento de la objeción y consecuentemente su aprobación definitiva y publicación en el Registro Oficial.

9.2. Proyecto de Enmienda Constitucional

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 441 de la Constitución de la República prescribe que se puede realizar la enmienda de uno o varios artículos de la Constitución cuando no se altere su estructura fundamental, el carácter y elementos constitutivos del Estado, no se establezca restricciones a los derechos y garantías y no se modifique el procedimiento de reforma de la Constitución;

Que, la Constitución de la República en su artículo 233, establece que: 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;

Que, el artículo 11 de la Constitución de la República establece que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales;

Que, el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución;

Que, la Constitución de la República en su artículo 169 establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y que las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso;

Que, para el fortalecimiento del sistema procesal penal vigente, es necesario el establecimiento de un marco de seguridad jurídica vital, para el desarrollo de cada una de sus fases y etapas;

Que, de conformidad con el artículo 441 de la Constitución para la aprobación de la enmienda se requiere el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional; y, En uso de sus atribuciones constitucionales y legales, APRUEBA las siguientes:

En ejercicio de las facultades establecidas en los Arts. 120 numeral 6 de la Constitución, expide la siguiente:

EXPIDE

PROYECTO DE ENMIENDA CONSTITUCIONAL AL ART. 233 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Art. 1.- Agréguese en el Art. 233:

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.

a) 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 prescribirán en el plazo de 13 años, equivalente al máximo de la pena por el cometimiento de los referidos delitos.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA: Las y los servidores públicos que hayan sido sentenciados antes de la vigencia de esta Enmienda constitucional, se sujetarán a esta normativa legal una vez que entre en vigencia la presente Enmienda Constitucional.

El órgano legislativo, en el plazo máximo de ciento ochenta días contados desde la entrada en vigencia de la presente Enmienda Constitucional, aprobará una ley reformatoria a las leyes que rigen al sector público, observando las disposiciones constitucionales enmendadas.

SEGUNDA: La Enmienda Constitucional al artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador, referida a la acción para perseguirlos y las penas correspondientes a los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, prescribirán en el plazo máximo de 13 años, equivalente al máximo de la pena por el cometimiento de los referidos delitos, y entrará en vigencia desde el 09 de enero del año 2016.

DISPOSICIÓN GENERAL

La Enmienda Constitucional aprobada por el Pleno de la Asamblea Nacional, deberá ser desarrollada, armonizada y adecuada mediante las normas infraconstitucionales en los respectivos cuerpos normativos, sin perjuicio de la vigencia y aplicación del principio de supremacía constitucional según el artículo 424 de la Constitución.

DISPOSICIÓN FINAL

Hágase saber a la Corte Constitucional del contenido de este acto normativo, en cumplimiento del Dictamen 001-14-DRC-CC, que habilitó el tratamiento de la presente Enmienda Constitucional, que entrarán en vigencia el día de su publicación en el Registro Oficial.

Es dado en la ciudad de Quito, Provincia de Pichincha, en la Sala de Sesiones del Pleno de la Asamblea Nacional, a los quince días del mes de enero del año 2016.

10. BIBLIOGRAFÍA

- http://definicion.de/peculado/
- ESPINOSA MERINO, Galo: Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986, p.92.
- AMORETTI PACHAS, Mario, Delitos Contra Administración Pública 2009
- INTERNET EXPLORE, www.google.com. "Delitos contra la Administración Pública"
- DICCIONARIO CONCEPTUAL DE DERECHO PENAL, Editorial Jurídica Bolivariana, Bogotá-Caracas-Panamá-Quito, 2004, p.250
- CARO CORIA, Dino Carlos. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL. www.jurídicas.unam.mx. Pág.: 13.
- JAEN VALLEJO, Manuel. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PROCESO PENAL. Editorial Jurídica Gustavo Ibañez, Bogotá – Colombia, 2006. Pág.: 93.
- CAMARGO, Pedro Pablo. Obra Citada, Pág. 148.
- **ZAMBRANO PASQUEL**, Alfonso, **LA JURISPRUDENCIA EN EL ECUADOR***,* *Editorial* Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2005, pp. 48-49.
- **CAMARGO,** Pedro Pablo. **EL DEBIDO PROCESO**. Editorial Lever, Tercera Edición, Bogotá – Colombia. 2004, Pág.19.

- **RODRÍGUEZ,** Orlando Alfonso. **LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Segunda Edición, Bogotá – Colombia. 2000, pag.147.
- **CAMARGO,** Pedro Pablo. **EL DEBIDO PROCESO.** Editorial Lever. Tercera edición.Obra citada, pág. 134.
- D. CARRERA, *Peculado de Bienes y Servicios Públicos,* Córdoba: Editorial Mediterránea, 1995. p136
- V. MANZINI, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires: Editorial Torinese, 1961. p 132
- E. LOPEZ BETANCURT, *Delitos en Particular*, México: Editorial Porrúa, 1998. p 518
- D. CARRERA, *Peculado de Bienes y Servicios Públicos,* Córdoba: Editorial Mediterránea, 1995. p126
- *Convención Interamericana contra la Corrupción*, adoptada en Caracas – Venezuela el 29 de Marzo de 1996 y entrada en vigor el 22 de Mayo de 1997.
- NTÓN ONECA / RODRÍGUEZ MUÑOZ, Derecho Penal, Madrid, 1949, tomo II, p. 214, citado por ETCHEBERRY, Derecho Penal. Parte Especial, tomo IV, 3ª edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 252.
- CASAS BARQUERO, Observaciones técnico-jurídicas..., cit., p. 200.

- VALEIJE ÁLVAREZ, El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho, Ed. Edersa, Madrid, 1995, p. 47
- Vid. SSTS de 12 de junio de 1940, 29 de abril de 1947 y 2 de noviembre de 1962, citadas por VALEIJE ÁLVAREZ, El tratamiento penal..., cit., p. 44, nota 26.
- Enrique Santos Discépolo, autor de la letra y música del tango “Cambalache”, Argentina, 1935, la cita corresponde al texto inicial de la cuarta estrofa.
- Código Penal, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 147 del 22 de enero de 1971
- Reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 260 del 29 de agosto de 1985, Art. 296.2
- Reforma publicada en el Registro Oficial No. 422 del 28 de septiembre de 2001, Art. 296.2
- Constitución Política del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 1 del 11 de agosto de 1998, Art. 194
- Convención Interamericana contra la Corrupción, publicada en el Registro Oficial No. 83 del 10 de junio de 1997.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 del 15 de diciembre de 2005 (suscrita en el año 2003).

- Elsie Rosales, Sistema Penal y Relegitimación Procesal en Violencia Sociedad y Justicia en América Latina, Roberto Briceño León, compilador, Buenos Aires, 2002, Gráfica y Servicio SRI, pág. 294.
- Michel Foucault, La verdad de las formas jurídicas, Río de Janeiro, República Federativa de Brasil, del 21 al 25 de mayo de 1973.
- LEY DE PROCEDIMIENTO PENAL CUBANO.www.gacetaoficial.cu. Arts. 442, 443, 444.
- LEY DE PROCEDIMIENTO PENAL CUBANO. Ley Citada. Arts. 454.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ley Citada. Art. 76. Pág. 48.
- EX-Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, Ley Citada, Art. 258, pág. 333.
- MOJICA ARAQUE, Carlos Alberto. El Principio de Inmediación, (Revistas temas procesales), Edición 2004.

11. ANEXOS

Formulario de Encuesta

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

PLAN DE CONTINGENCIA
MODALIDAD ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

ENCUESTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO

Distinguido profesional del Derecho, solicitamos a usted muy comedidamente se digne dar respuesta a las preguntas contenidas en la siguiente encuesta jurídica, cuyas respuestas será de gran ayuda para el desarrollo de nuestro trabajo Investigativo intitulado ***"LA NO PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y DE LAS PENAS EN LOS DELITOS DE PECULADO, COHECHO, CONCUSIÓN Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA, VULNERA EL DERECHO GARANTISTA EN QUE SE BASA NUESTRA CARTA MAGNA".***

1. ¿Conoce usted si los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito en nuestra legislación ecuatoriana se encuentran legalmente regulados por nuestra legislación?

SI ( ) NO ( )

2. ¿Considera usted que es necesario implementar medios de capacitación como mecanismo legal idóneo que permita prevenir el cometimiento de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito?

SI ( ) NO ( )

PORQUE

---

3. ¿Considera usted que los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito tienen penas desproporcionadas?

SI ( ) NO ( )

PORQUE

---

4. ¿Conoce usted que los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito prescriben con el pasar del tiempo?

SI ( ) NO ( )

PORQUE

---

5. ¿Considera usted que la imprescriptibilidad de la acción y de la pena en los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito vulnera el derecho garantista en que se basa nuestra Constitución de la República?

SI ( ) NO ( )

PORQUE

GRACIAS POR SU COLABAORACIÓN

Formulario de Entrevista

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

PLAN DE CONTINGENCIA
MODALIDAD ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

ENTREVISTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO DEL GAD MUNICIPAL DE CATAMAYO.

Distinguido profesional del Derecho, solicitamos a usted muy comedidamente se digne dar respuesta a las preguntas contenidas en la siguiente entrevista jurídica, cuyas respuestas será de gran ayuda para el desarrollo de nuestro trabajo Investigativo intitulado ***"LA NO PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y DE LAS PENAS EN LOS DELITOS DE PECULADO, COHECHO, CONCUSIÓN Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA, VULNERA EL DERECHO GARANTISTA EN QUE SE BASA NUESTRA CARTA MAGNA".***

1.- ¿Estima usted que es necesario establecer un sistema de capacitación idóneo sobre el no cometimiento delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito en la legislación ecuatoriana?

SI ( ) NO ( )

PORQUE……..……..

2.- ¿Cree usted que los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito en la legislación ecuatoriana prescriben con el pasar del tiempo?

SI ( ) NO ( )

PORQUÉ…….

3.- ¿Considera usted que los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito en la legislación ecuatoriana son legalmente sancionados por los administradores de justicia?

SI ( ) NO ( )

PORQUE……..

4.- ¿Cree usted que la Contraloría General del Estado debería de intervenir mediante controles internos en cada una de las instituciones públicas para erradicar el cometimiento de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito?

SI ( ) NO ( )

PORQUE……..…….

5.- ¿Conoce usted que las penas en los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito en la legislación ecuatoriana, vulnera el derecho garantista en que se basa nuestra Carta Magna?

SI ( ) NO ( )

PORQUE……..…….

GRACIAS POR SU COLABAORACIÓN

INDICE

PORTADA	I
CERTIFICACIÓN DEL DIRECTOR	II
DECLARATORIA DE AUTORIA	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
TABLA DE CONTENIDOS	VII
1. TITULO	1
2. RESUMEN	2
2.1. ABSTRACT	6
3. INTRODUCCIÓN	9
4. REVISIÓN DE LITERATURA	12
4.1. Marco Conceptual	12
4.1.1. Conducta Humana	12
4.1.2. Tipicidad	13
4.1.3. Antijuricidad	13
4.1.4. Culpabilidad	14
4.1.5. Sanción	15
4.1.6. Finalidad de la Pena	16
4.1.7. La Acción	17
4.1.8. La Pena	18
4.1.9. Prescripción	19

4.1.10. Delito 20

4.1.11. Delito de Peculado 21

4.1.12. Delito de Cohecho 22

4.1.13. Delito de Concusión 23

4.1.14. Delito de Enriquecimiento Ilícito 25

4.1.15. El Principio de Derecho a la Defensa 26

4.1.16. El Debido Proceso como Garantía Constitucional 27

4.2. Marco Doctrinario 29

4.2.1. El Delito de Peculado 29

4.2.2. Antecedentes 29

4.2.3. El Delito de Cohecho 39

4.2.4. Antecedentes 39

4.2.5. Delito de Concusión 45

4.2.6. Antecedentes 45

4.2.7. Delito de Enriquecimiento Ilícito 49

4.2.8. Antecedentes 49

4.3. Marco Jurídico 54

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador 54

4.3.2. Código Orgánico Integral Penal 55

4.3.3. Peculado 56

4.3.4. Enriquecimiento Ilícito 58

4.3.5. Cohecho 59

4.3.6. Concusión 60

4.3.7. Finalidad de la Pena 61

4.3.8. Garantismo Penal 62

4.3.9. Garantía de Legítima Defensa en la Constitución de la República del Ecuador 68

4.3.10. La Etapa de Juicio con respecto a los Delitos de Peculado, Enriquecimiento Ilícito, Concusión y Cohecho 74

4.4. DERECHO COMPARADO 78

4.4.1. Derecho Comparado en la Legislación de Perú 78

4.4.2. Derecho Comparado en la Legislación Chilena 80

4.4.3. Finalmente 84

5. MATERIALES Y METODOS 86

5.1. Materiales 86

5.2. Métodos 86

5.3. Técnicas 88

6. RESULTADOS 89

7. DISCUSION 100

7.1. Verificación de los Objetivos 100

7.2 Contrastación de la Hipótesis 102

7.3 Fundamentación Jurídica que Sustenta la Enmienda Constitucional 103

8. CONCLUSIONES 106

9. RECOMENDACIONES 108

9.1. Propuesta de Enmienda Constitucional 110

9.2. Proyecto de Enmienda Constitucional 110

10. BIBLIOGRAFÍA 115

11. ANEXOS 119

INDICE 123