



Universidad de Las Américas
Maestría en Derecho Penal con Mención en Criminalidad Compleja

- Ensayo Académico -

La prescripción del delito de peculado por favorabilidad y su
repercusión

Ignacio Fabricio Carrasco Cruz

Quito, noviembre de 2023

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, Ignacio Fabricio Carrasco Cruz, autor del trabajo intitulado “La prescripción del delito de peculado por favorabilidad y su repercusión”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción.

Ignacio Fabricio Carrasco Cruz

Dedicatoria

A mis hijos Andrés, Stefano y Emiliano, quienes son mi motor y fortaleza que impulsa mi deseo por ser mejor, y un ejemplo para ellos, que con esfuerzo, dedicación y honestidad puedes alcanzar la meta que te propongas en la vida.

Agradecimiento

A la Universidad de las Américas, especialmente a sus docentes que han aportado todo sus destrezas y conocimiento para enriquecer mi pensamiento y ver las realidades con otra perspectiva enfocada en la expansión del derecho acorde al constante cambio que vive nuestra sociedad.

RESUMEN

El derogado Código Penal Ecuatoriano contenía varias conductas y verbos rectores tipificados como peculado en el Art. 257 y siguientes agregados, que constan dentro de los tipos penales que la Constitución del Ecuador en su Art. 233 los consideraba imprescriptibles. Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal estas conductas y verbos rectores tipificados como peculado pasan a constituirse en delitos autónomos como el Tráfico de Influencias establecida en el Art. 285, que establece una pena de tres a cinco años, por lo cual dentro del caso de análisis 17124-2014-1304 la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, aplica la figura jurídica de la favorabilidad y al haber dejado de ser imprescriptibles, declara su prescripción, de esta forma agotando las instancias en el área jurisdiccional, sin embargo cuando existe un informe de indicios de responsabilidad penal conforme lo establece la Ley Orgánica de la Contraloría del Estado los fondos públicos distraídos solo podrían ser recuperados con la correspondientes sentencia en la cual determine los daños y perjuicios, hoy conocida como reparación Integral. Al no afectar la materia penal a el área administrativa y civil como lo establece el Art. 5 numeral 8 del Código Orgánico Integral Penal, y al ser el órgano de control la Contraloría General del Estado que, si bien por la prescripción en materia penal no se podría sancionar a los responsables de la infracción y por ende establecer una reparación integral, por la vía administrativa debería activarse el correspondiente proceso para recuperar los recursos públicos.

Palabras clave: Peculado, favorabilidad, prescripción, recursos públicos

ABSTRACT

The repealed Ecuadorian Penal Code contained several behaviors and governing verbs classified as embezzlement in Art. 257 and subsequent additions, which are included within the criminal types that the Constitution of Ecuador in its Art. 233 considered imprescriptible. With the entry into force of the Comprehensive Organic Criminal Code, these behaviors and governing verbs classified as embezzlement become autonomous crimes such as Influence Peddling established in Art. 285, which establishes a penalty of three to five years, for which within of the analysis case 17124-2014-1304, the Specialized Criminal, Military Criminal, Police Criminal and Traffic Chamber of the Provincial Court of Justice of Pichincha, applies the legal figure of favorability and, having ceased to be imprescriptible, declares its prescription , thus exhausting the instances in the jurisdictional area, however when there is a report of indications of criminal responsibility as established by the Organic Law of the State Comptroller's Office, the diverted public funds could only be recovered with the corresponding sentence in which it is determined damages and losses, today known as Comprehensive reparation. Since criminal matters do not affect the administrative and civil area as established in Art. 5, paragraph 8 of the Comprehensive Organic Criminal Code, and since the State Comptroller General's Office is the control body, which, although due to the prescription in criminal matters, does not Those responsible for the infraction could be sanctioned and therefore establish comprehensive reparation; the corresponding process should be activated administratively to recover public resources.

Keywords: Embezzlement, favorability, prescription, public resources

Contenido

INTRODUCCIÓN.....	1
1. EL DELITO DE PECULADO	3
1.1. Conceptualización.....	3
1.1.1. El peculado en el Ecuador vigente hasta el año 2014.....	4
1.1.2. El peculado menor	6
1.1.3. La función de la Contraloría General del Estado en relacion al Informe de Indicios de Responsabilidad Penal establecidas hasta el año 2014.....	7
1.1.4. La actuación de la Fiscalía General del Estado en relacion al Informe de Indicios de Responsabilidad Penal establecidas hasta el año 2014.....	10
2. ANÁLISIS DEL CASO BANCO NACIONAL DE FOMENTO (17124-2014-1304) DELITO DE PECULADO	12
2.1. Antecedentes procesales	12
2.2. Hechos del caso.....	12
2.3. Aplicación del principio de Congruencia.....	14
2.4. Apelación a la Sentencia No. 17257-2014-0411, que la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, sala especializada de lo penal, penal militar, penal policial y tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha que se resuelve en el proceso originalmente signado con el No. 17124-2014-1304	15
3. IMPROCEDENCIA DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD RESPECTO AL CASO ANALIZADO	19
3.1. Aplicabilidad de la ley en el tiempo	19
3.1.1. El principio de legalidad.....	20
3.1.2. Principio de favorabilidad.....	21
3.2. Semejanzas y diferencias de tipicidad entre el delito de peculado menor y el delito de tráfico de influencias.....	22
3.2.1. Inaplicabilidad del Principio de favorabilidad en relación a la temporalidad de la ley	23
3.3. Pérdida de recursos públicos en el caso estudiado	26
3.3.1 Inaplicabilidad de la Ley Orgánica de Extinción de dominio	28
3.3.2. Figura del comiso sin sentencia penal.....	30
3.4. Conclusiones	31
Bibliografía	33

INTRODUCCIÓN

El proyecto de tesis titulado “LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO DE PECULADO POR FAVORABILIDAD Y SU REPERCUSIÓN” tiene como objeto el análisis de un caso, de forma en la que se evidencien los problemas teóricos y prácticos que se han dado con la legislación vigente a partir de la publicación y entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, mismo que recopila en un solo cuerpo legal la parte subjetiva y objetiva, a diferencia del derogado Código Penal; además que, responde al constante cambio social y a la realidad que vive el estado Ecuatoriano.

Tomando como antesala que el derogado Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano antes del año 2014 contenía un sistema procesal mixto, y que posterior al 2014 con el Código Orgánico Integral Penal se vuelca totalmente a un sistema procesal oral como una medida para verificar la plena vigencia de los principios de celeridad, inmediación y contradicción.

Para ello el presente trabajo, tomando en cuenta que la distracción de recursos públicos afecta a todo el conglomerado de un Estado, ya que de ellos dependen que el estado pueda cumplir con la entrega a sus habitantes de bienes y servicios tan elementales como la salud, educación, trabajo, etc.; por lo cual estos recursos públicos deben ser manejados con cautela y evitar a toda costa su mal uso en beneficio de personas naturales o jurídicas. Nuestro ordenamiento jurídico a establecido un órgano de control como es la Contraloría General del Estado, encargado de velar por el correcto y transparente manejo de los bienes y recursos públicos, manteniendo el control de las diferentes dependencias públicas que con los recursos asignados, anualmente deben propender a mejorar la calidad del servicio a la ciudadanía, para lo cual tiene la potestad de realizar auditorías y seguimiento a los diferentes contratos celebrados por parte del estado con las personas naturales o

jurídicas, pudiendo establecer responsabilidades civiles o administrativas, así como indicios de responsabilidad penal. Esta última deberá ser puesta en conocimiento de la Fiscalía General del Estado para su correspondiente investigación y posterior procesamiento penal, de ser el caso.

El peculado era uno de los tipos penales tipificado en el derogado Código Penal Ecuatoriano, que establecía un sinnúmero de conductas y verbos rectores para su tipificación y sanción, y constaba dentro de los tipos penales que la Constitución del Ecuador consideraba imprescriptibles, pero que con la derogatoria de este Código y el apareamiento del Código Orgánico Integral Penal, sufrió una serie de cambios, así las distintas conductas que devenían del Art. 257 se convirtieron en delitos autónomos, como es el caso del peculado menor hoy conocido como Tráfico de Influencias, circunstancia por la cual estas conductas con sus correspondientes verbos rectores, dejaron de ser imprescriptibles como lo establece la constitución y el propio Código Orgánico Integral Penal, actualmente.

Es aquí donde prevalece y se hace evidente la aplicabilidad del principio de favorabilidad, en cuanto a la figura de la prescripción a las conductas que hoy se han convertido en delitos autónomos, y por ende soportan la aplicabilidad de este principio establecido en el Art. 76 numeral 5 Constitución, ya que las personas procesadas se ven directamente beneficiadas con esta figura. Dentro del caso de análisis 17124-2014-1304, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, aplicó la figura jurídica de la favorabilidad y al haber dejado de ser imprescriptibles los delitos perseguidos, declarando su prescripción y, de esta forma, agotando las instancias en el área jurisdiccional. Aquí la interrogante que surge es, ¿qué ocurre con los recursos públicos que fueron distraídos y que, pese a ser Contraloría General del Estado el órgano rector de control quien verifica y procede a emitir un

informe con indicios de responsabilidad penal, depende de que el órgano jurisdiccional emita la correspondiente sentencia y reparación integral, lo cual en este caso de análisis es imposible, ya que al declarar por favorabilidad la prescripción de la acción, provoca afectación a toda la sociedad al no poder recuperar los recursos públicos distraídos?, ¿qué otra alternativa le queda al estado para que independientemente de buscar la sanción penal a los responsables del delito, pueda recaudar o recuperara los bienes o dineros que fueron perjudicados, más aún al no existir prohibición conforme el Art. 5 numeral 9 del Código Orgánico Integral Penal para acudir y activar la vía civil o administrativa?.

1. EL DELITO DE PECULADO

1.1. Conceptualización

El peculado, tiene su antecedente histórico en el derecho romano, en el peculato (hurto al patrimonio privado o al pueblo romano), que en la actualidad se lo entiende como la distracción de caudales públicos de forma ilegítima por parte de un funcionario público. (Donna, 2000, pág. 275)

El peculado es un “Delito que consiste en el hurto de caudales del erario público, hecho por aquel a quien está confiada su administración” (Ossorio, Peimera Edición, pág. 706)

Al respecto, el autor ecuatoriano Cueva Carrión, en cuanto al delito de peculado, señala que:

[...] El delito de peculado no radica en la sustracción, distracción, malversación o cambio de vínculo de los bienes públicos, sino ante todo y, sobre todo, en faltar a la fidelidad que todo servidor público tiene para con los bienes que están a su cargo y responsabilidad. Quien maneja fondos o bienes públicos tiene el deber ineludible de cuidarlos, protegerlos, darles el uso normal para el que están destinados y administrarlos con esmero, cuidado y responsabilidad; por lo tanto, si actúa en

sentido contrario, debe responder administrativa, civil o penalmente. (Cueva Carrión, 2007, P. 81)

El delito de peculado implica actuación consiente y voluntaria para disponer arbitraria y dolosamente de fondos o bienes públicos, apropiándose o permitiendo que otro se apropie, o para usar en beneficio propio o de un tercero, algún bien que el servidor público tiene en su poder o bajo su control en razón de su cargo. (Cueva Carrión, Peculado, tomo I, 2006, pág. 70)

En nuestra legislación se lo tipifica como uno de los delitos contra la administración pública, justamente porque el bien jurídico protegido es la eficiencia de la administración pública, ya que corresponde a los funcionarios públicos la obligación ineludible del cuidado y correcta administración de los recursos y bienes públicos puestos a su cargo.

1.1.1. El peculado en el Ecuador vigente hasta el año 2014

Desde el año 1837, en el cual se aprobó el primer Código Penal al inicio de la vida republicana en Ecuador se han expedido cuatro códigos penales en los años 1837; 1872; 1906; 1938; y, posteriormente tres codificaciones en 1953; 1960; y, 1971, tiempo durante el cual se han incluido y derogado varios tipos penales. (Corte Nacional de Justicia, 2013, pág. 20)

El derogado Código Penal Ecuatoriano publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 147 del 22 de enero 1971, en su Título III DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Capítulo V DE LA VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS, DE LA USURPACIÓN DE ATRIBUCIONES Y DE LOS ABUSOS DE AUTORIDAD, tipificaba y sancionaba el delito de peculado en su Art. 257, el mismo que fue sustituido, conjuntamente con los Arts. 258 y 259, por el Art. 396 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, publicado en el Registro Oficial No. 337, del 16 de mayo de

1977; posteriormente fue reformado por el Art. 31 de la Ley 93, publicado en el Registro Oficial No. 764-S, del 22 de agosto de 1995; por el Art. 19 de la Ley 99-26, publicado en el Registro Oficial No. 190, del 13 de mayo de 1999; y, por el Art. 17 de la Ley 2001-47, publicado en el Registro Oficial No. R.O. 422, de 28 de septiembre del 2001. (Ernesto, 2015, pág. 44 A 48)

Para objeto de este trabajo nos referiremos directamente a la reforma del Art. 257 del Código Penal, que mediante la ley 6 de Reformas al Código Penal y a la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, publicada en el suplemento de registro Oficial No. 260 del 29 de agosto de 1985 agregó en su Art. 1, después del Art. 257.1 los siguientes artículos:

“Art. Las personas elegidas por votación popular, los representantes o delegados del Presidente de la República y de otros funcionarios fiscales o municipales en organismos del Estado, autónomos o semiautónomos; los funcionarios, empleados o servidores públicos que de cualquier forma utilizaren en beneficio propio o de terceras personas cuando éste signifique lucro o incremento patrimonial, trabajadores remunerados por el Estado o por las Entidades del sector público o bienes del sector público, serán reprimidos con la pena de uno a cinco años de prisión y multa de ciento noventa a novecientos cincuenta y dos dólares de los Estados Unidos de Norte América. (Código Penal Ecuatoriano S. R., 2001, Art. 257.2)

Art. Con la misma pena serán sancionadas las personas señaladas en el artículo anterior, que se hubieren aprovechado 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 hubiesen estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o hubiesen ejercido. (Código Penal Ecuatoriano, 2001, Art. 257.3)

Art. La misma pena señalada en los artículos anteriores se impondrá a las personas elegidas por votación popular, a los representantes o delegados y a los funcionarios, empleados o servidores públicos que aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les hubiesen concedido contratos o permitido la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público. Quedan comprendidos en la misma disposición anterior y sujetos a igual pena los directores, vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del sector público en general, que, con su voto, hubiesen cooperado a la comisión del delito al que se refiere el inciso precedente.” (Código Penal Ecuatoriano S. R., Código Penal Ecuatorian, 2001, Art. 257.4)

Además, la Constitución ecuatoriana en su Art. 233 inciso segundo establece la imprescriptibilidad tanto de la acción como de la pena de los delitos de peculado, cohecho, concusión y

enriquecimiento ilícito. Siendo esta el reflejo de la sociedad ante la alarmante afectación por esta clase de delitos a la sociedad y la administración pública.

1.1.2. El peculado menor

Nuestra legislación penal a sufrido una serie de cambios durante el transcurso del tiempo de acuerdo a la realidad y la exigencia social del momento, como ya lo hemos visto de manera breve, siendo así que para el año de 1985, al delito de peculado tipificado en el Art. 257 del Código Penal, se le agregan artículos que determinaban otras conductas que pasan a formar parte del peculado, conductas que afectaban el bien jurídico Administración Pública, por lo cual tenían relación directa con el accionar de los funcionarios, empleador o servidores públicos en el favorecimiento a personas naturales o jurídicas en la concesión de contratos o negocios con el estado.

Es así que mediante la ley 6 de Reformas al Código Penal y a la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, publicado en el suplemento de registro Oficial No. 260 del 29 de agosto de 1985 se agregan al Art. 257 que para este análisis hacemos referencia al último artículo que refiere:

[...]...Art. La misma pena señalada en los artículos anteriores se impondrá a las personas elegidas por votación popular, a los representantes o delegados y a los funcionarios, empleados o servidores públicos que aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les hubiesen concedido contratos o permitido la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público. Quedan comprendidos en la misma disposición anterior y sujetos a igual pena los directores, vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del sector público en general, que, con su voto, hubiesen cooperado a la comisión del delito al que se refiere el inciso precedente. (Ley 6 de Reformas Código Penal y a la Ley Orgánica de Administración Financiera y control, 1985, Art. 257)

Específicamente este artículo 257.4 establece: “favorecer a personas naturales o jurídicas concediéndoles contratos o permitiéndoles la realización de negocios con el Estado o con cualquier

organismo del sector público al cual se lo ha denominado peculado menor” (Corte Nacional de Justicia, 2015).

También se reforma al capítulo del enriquecimiento ilícito que va relacionada con la reforma a la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, que se agrega más artículos luego del Art. 249, que tiene relación directa a requerir a todas las personas elegidas por votación popular, representantes, delegados y funcionarios empleados y servidores públicos antes de posesionarse en sus cargos deberán suscribir una declaración juramentada los empleados, otorgando a la contraloría general del estado en caso de inconsistencias o falta de declaración de fin de gestión presentar la denuncia por la comisión de alguno de los delitos contra la administración pública.

1.1.3. La función de la Contraloría General del Estado en relación al Informe de Indicios de Responsabilidad Penal establecidas hasta el año 2014

A partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595, 12 de Junio 2002, se determina claramente que a la Contraloría General del Estado le corresponde el Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría del Estado, y regular su funcionamiento, con la finalidad de examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002, pág. Art. 1)

Esto guarda relación con el numeral 2 del Art. 212 de la Constitución, que es claro al establecer entre una de las funciones de la Contraloría el: “Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía

General del Estado”. (Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Reformas: Registro Oficial 490 Suplemento del 13 de julio de 2011, 2008)

Así, la “Contraloría al revisar actas o informes, o por los resultados de auditorías, exámenes especiales que practiquen servidores de la contraloría y estos establezcan indicios de responsabilidad penal por hechos relacionados al Art. 257 del Código Penal y los artículos agregados” (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002, pág. Art. 65). El auditor Jefe de Equipo que interviniera en el examen de auditoría, previo visto bueno del supervisor del contralor general o sus delegados y una vez aprobado dicho informe deberán remitir a la Fiscalía General del Estado.

La consulta realizada por la Contraloría General mediante oficio 24237 de 28 de diciembre del 2009, para que la Corte Nacional de Justicia determine si es requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, la declaratoria de la contraloría general del estado en cuanto a la existencia de indicios de responsabilidad penal por faltante en los fondos públicos, contra el funcionario a cargo de estos, por lo cual mediante Resolución del 19 de marzo de 2010, publicada en el Registro Oficial 154 de 19 de marzo del 2010, estableció:

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

Art. 2.- Para el inicio de la indagación previa, no se requiere el informe expresado en el artículo anterior, pero el fiscal interviniente, tan pronto llegue a su conocimiento. por cualquier medio. hechos presumiblemente constitutivos de peculado y enriquecimiento ilícito debe solicitar a la Contraloría General del Estado, la práctica de la auditoría gubernamental sobre tales hechos. así como la remisión del informe respectivo que, de establecer indicios de responsabilidad penal, da lugar al inicio de la instrucción fiscal”. (Corte Nacional de Justicia Resolución SN del 19 de marzo de 2010)

Este requisito del informe previo de indicios de responsabilidad penal, se mantenía con la entrada en vigencia del código Orgánico Integral Penal que taxativamente establecía: “Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado”. (Código Orgánico Integral Penal Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero del 2014, pág. Art. 581)

Inciso que fue eliminado y sustituido por el Art. 21 de la Ley s/n, R.O. 392-2S, 17-II-2021, en el Art. 581 numeral 2 que establece: informes de supervisión: Los informes de supervisión que efectúan los órganos de control deberán ser remitidos a fiscalía.

Este mismo numeral fue Sustituido por el Art. 21 de la Ley s/n, R.O. 392-2S, 17-II-2021.- Informes: Los informes de supervisión con indicios de responsabilidad penal que efectúan los órganos de control, ya sean estos previos, concurrentes y/o posteriores deberán ser remitidos directa e inmediatamente a la Fiscalía General del Estado.

Al respecto, actualmente se encuentra en vigencia el artículo agregado por el Art. 22 de la Ley s/n, R.O. 392-2S, 17-II-2021, que se refiere específicamente al Informe de la Contraloría General del Estado. - Una vez que la Fiscalía conozca un informe con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, por presuntos hechos constitutivos de los delitos contra la administración pública, dará inicio a las investigaciones.

La máxima autoridad de la Fiscalía conocerá, actuará y deberá estar presente durante toda la investigación de los hechos que puedan constituir los delitos señalados en el inciso anterior.

En estos casos, el informe de pertinencia y favorabilidad elaborado por la Contraloría General del Estado, previo a todos los procesos de contratación pública, constituirá un elemento sustancial para el desarrollo de la investigación a que hubiere lugar. Informe que podrá ser ampliado por esta institución, a fin de aportar como mínimo con elementos de convicción suficientes para que proceda la determinación de responsabilidades penales y posterior ejercicio de la acción penal, de ser el caso, que sirvan para nutrir e impulsar el ejercicio de la acción penal, sin perjuicio de que la Fiscalía la inicie en el momento que considere pertinente acorde a sus atribuciones, de conformidad con la Ley de la materia. En ningún caso estos informes constituyen un requisito de admisibilidad o procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía. (Código Orgánico Integral Penal Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero del 2014, pág. Art. 581.1).

1.1.4. La actuación de la Fiscalía General del Estado en relación al Informe de Indicios de Responsabilidad Penal establecidas hasta el año 2014

Hasta el año 2014, el informe de indicios de responsabilidad emitido por la Contraloría General del Estado ha sido considerado como un requisito de procedibilidad, para dar lugar a que fiscalía General del Estado ejerza la acción penal. (Corte Nacional de Justicia fallos de triple reiteración 2012-2013, septiembre 2014, pág. 371).

La constitución en cuanto a las funciones de la Fiscalía General del Estado establece que será quien dirija ya sea de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal. (Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Reformas: Registro Oficial 490 Suplemento del 13 de julio de 2011, 2008, pág. Art. 195).

Este informe de indicios de responsabilidad remitido a fiscalía como requisito de procedibilidad dará lugar de ser procedente a que se dé inicio a la instrucción en los términos señalados en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal y que solicite al Juez las medidas

cautelares que considere pertinentes, en defensa de los intereses del Estado. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002, pág. Art. 65.2)

Como se ha dicho a lo largo de este capítulo este informe de indicios de Responsabilidad Penal estaba considerado como un requisito de procedibilidad, sin el cual fiscalía no podía ejercer o cumplir con sus funciones, ya que dependía de la Contraloría General del Estado, lo cual claramente implica que efectivamente la autonomía e independencia de la que goza, se veía limitada.

Por lo cual la Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado de la siguiente forma en la sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados:

La Fiscalía General del Estado podrá ejercer la acción penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito sin requerimiento de informe de supervisión efectuados por los órganos de control, de conformidad con las siguientes reglas:

- a. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia de conformidad con el artículo 76 (7) (i) de la Constitución. Para el efecto se entenderá que una persona ha sido juzgada penalmente desde el momento en que contra ella se ha formulado cargos o si se ha dictado una sentencia condenatoria ejecutoriada. Contra esa persona no podrá iniciarse un nuevo juicio penal.
- b. Las investigaciones, auditorías, informes y cualquier otro pronunciamiento emitido por la Contraloría que contenga indicios de responsabilidad penal si es que no se ha ejercido la acción penal y no se han formulado cargos no constituyen juzgamiento penal.
- c. Si las indagaciones o investigaciones previas fueron desestimadas o archivadas por no contar con el informe que contenga indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría, la Fiscalía podrá solicitar la reapertura de la investigación cuando aparezcan nuevos elementos, mediante audiencia ante el Juez de Garantías Penales, quien resolverá sobre la apertura de la investigación.
- d. El infórmemela Contraloría es una de las formas de hacer conocer a la Fiscalía sobre la posible existencia de una infracción penal (noticia criminis) y también de aportar con indicios sobre los hechos y la responsabilidad.
- e. Las personas serán juzgadas de conformidad con el tipo penal vigente al momento de su cometimiento, siempre que las normas posteriores no fueren más favorables, y de conformidad con las reglas del procedimiento del “COIP”. (Corte Constitucional del Ecuador sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados, 2019, pág. 13).

2. ANÁLISIS DEL CASO BANCO NACIONAL DE FOMENTO (17124-2014-1304) DELITO DE PECULADO

2.1. Antecedentes procesales

La causa objeto de análisis en el presente trabajo corresponde al proceso No. 17124-2014-1304, en el cual se habrían emitido dos sentencias, la primera por parte del Tribunal de Garantías Penales de Pichincha de fecha 3 de mayo del 2018 a las 12h08, que en su parte principal dentro del análisis y resolución corresponde a una sentencia ratificatoria de inocencia, del juzgamiento por el delito de peculado tipificado en el Código Penal Art. 257 inciso 1. Esta sentencia fue objeto de recurso de apelación, que conoció la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, misma que en voto de mayoría realizó un análisis no de lo resuelto en sí, sino del tiempo de duración de la audiencia de juzgamiento, determinando que por exceder el tiempo de juzgamiento se declaró la nulidad de la audiencia de juicio y se dispuso que se lleve a cabo nuevamente la audiencia de juzgamiento. (E-SATJE, Consulta Causas, 17124-2014-1304)

Una vez remitido el proceso se procede a sortear a un nuevo tribunal para que instale la audiencia de juzgamiento, y en dicho sorteo se le asigna un nuevo número a la causa siendo el No. 17257-2014-0411. Conformado el nuevo tribunal se procede a llevar a cabo la nueva audiencia de juzgamiento y con fecha 17 de julio del 2020 a las 11h53, se emite la sentencia mixta condenatoria y ratificatoria de inocencia. Esta sentencia fue objeto de recurso de apelación ante la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, que en voto de mayoría aplicó el principio de favorabilidad y declaró la prescripción de la acción. (E-SATJE, Consulta Causas, 17257-2014-0411)

2.2. Hechos del caso

El estado Ecuatoriano con la finalidad de adquirir maquinaria agrícola, a través del Banco Nacional de Fomento el 4 de marzo del año 2009, suscribe un contrato con la Compañía Estatal China con la finalidad de la adquisición de 3.080 moto cultores; 371 tractores; 375 rastras; dos montacargas, maquinaria que llega al estado Ecuatoriano mediante siete embarques, para lo cual requerían contar con las bodegas que tengan el espacio suficiente para su almacenamiento.

Sin embargo, se determinaron irregularidades en cuanto a los contratos de arrendamiento de estas bodegas específicamente a las bodegas Zona Fria, Telerza y Balsera. En primer lugar, se generó una irreal necesidad emergente por parte del Coordinador del Área de comercialización del B.N.F. Con la supuesta necesidad emergente de contratar bodegas cubiertas y sin que exista un informe técnico, el Gerente General del B.N.F, emitió tres declaratorias de emergencia, con las cuales presuntamente justifica la contratación directa, y es el gerente general del B.N.F quien suscribió los contratos de las tres bodegas con las dimensiones y características singulares de cada una de ella. Sin embargo, los arrendatarios de estas bodegas no eran los propietarios, sino personas que a la par del proceso de contratación arredraron directamente a los propietarios de las bodegas por valores bajos y que al momento de contratar con el B.N.F el valor del arriendo suben exorbitantemente.

Con la finalidad de seguir manteniendo estos contratos ilegalmente se realizaron contratos modificatorios y complementarios, mismos que a partir del año 2011, sin ningún informe técnico, se dio paso por parte de una nueva Directora de comercialización del B.N.F, llegando al punto de solicitar el pago de cánones arrendaticios en razón de que el B.N.F se encontraría a entera satisfacción.

Sin embargo, el metraje de las bodegas arrendadas no era el real por lo cual el valor pagado por el alquiler por tres años ascendería a la suma de \$3,559.949,00, pues una vez verificado el metraje

correcto se encontró que existió un pago en exceso de \$1,899.441,00. Conductas que, de acuerdo a la tesis de fiscalía, corresponderían al delito de peculado establecido en el inciso primero del artículo 257 del Código Penal vigente a la época de los hechos.

2.3. Aplicación del principio de Congruencia

Conforme consta de la sentencia dentro de la causa 17257-2014-0411:

“ [...]... fiscalía determina que la conducta de los procesados se adecua al delito de peculado tipificado en el Art. 257 inciso primero del Código Penal Ecuatoriano vigente a la fecha de los hechos, luego de la prueba aportada y tomando en consideración el principio de congruencia con la finalidad de no dejar de sancionar la verdadera conducta penalmente relevante que determina el Art. 257.4 que establece: La misma pena señalada en los artículos anteriores se impondrá a las personas elegidas por votación popular, a los representantes o delegados y a los funcionarios, empleados o servidores públicos que aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les hubiesen concedido contratos o permitido la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público. Artículo agregado por Ley No. 6, publicado en Registro Oficial Suplemento 260 de 29 de agosto de 1985.

El tribunal hace referencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala Sentencia de 20 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), establece: “... 67. Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la “acusación” en el debido proceso penal vis-à-vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado “principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia” implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contempladas en la acusación...”. Para el Dr. Alfonso Zambrano Pasquel: “...El principio de congruencia consiste en la concordancia que debe existir entre el pedimento formulado por las partes y la decisión que sobre él tome el juez. Puede adoptar dos modalidades: La interna y la externa. La externa que es la propiamente dicha, se refiere a la concordancia o armonía entre la pretensión y la resolución que se pronuncia sobre ella. La interna, es la que mira a la concordancia entre la parte motiva y la resolutive del fallo. Dicho de otra manera, el juez, por respeto al principio de congruencia no puede ni debe resolver más allá de la pretensión del fiscal cuando se trata de un proceso penal, vale decir que el juez podrá resolver siempre menos que lo que pretende el fiscal, pero nunca más...”. Al respecto el jurista Devis Echandía define al principio de congruencia como “El principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes (en lo

civil, laboral, y contencioso-administrativo) o de los cargos o imputaciones penales formulados contra el sindicado o imputado, sea de oficio o por instancia del ministerio público o del denunciante o querellante (en el proceso penal), para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas” (Hernando Devis Echandía “TEORÍA GENERAL DEL PROCESO”, Tomo II, Pág. 533)” (E-SATJE, Consulta Causas, 17257-2014-0411)

Precisamente, respetando este pronunciamiento y advirtiéndose que, en la presente causa, Fiscalía acusó a los procesados de haber adecuado su conducta al tipo penal de PECULADO Art. 257 inciso primero del Código Penal, en base a la errada apreciación jurídica, existiendo por tanto meras presunciones de que los acusados sean los autores del inciso primero del Art. 257 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, pero certezas de que los procesados A. S. R. V; N. J. C. Z; C. E. G. E; J. M. Q. E; J. R. B. A; R. A. I. Ch.; y, J. G. F. C. son autores del delito de peculado (aprovechamiento del cargo para hacer concesiones ilegales) establecido en el Art. 257.4 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos y que actualmente esta conducta se encuentra tipificada en el Código Orgánico Integral Penal en el inciso segundo del Art. 285; La resolución adoptada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en la Parroquia Iñaquito, no vulneró el principio de congruencia, toda vez que se trataron de los mismos hechos, se han valorado las mismas pruebas y, sobre todos se trató del mismo bien jurídico protegido, por lo que procedió a dictar sentencia condenatoria en contra de los procesados A. S. R. V; C. E. G. E; J. M. Q. E; J. R. B. A; R. A. I. Ch.; y, J. G. F. C. y ratificó el estado de inocencia de N. J. C. Z.

2.4. Apelación a la Sentencia No. 17257-2014-0411, que la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, sala especializada de lo penal, penal militar, penal policial y tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha que se resuelve en el proceso originalmente signado con el No. 17124-2014-1304

En la audiencia de apelación celebrada en la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, sala especializada de lo penal, penal militar, penal policial y tránsito de la Corte Provincial de Justicia

de Pichincha con fecha 21 julio del 2021, de forma oral se resolvió en voto de mayoría, aceptar los recursos de apelación presentados por los señores: J. G. F. C, J. R. B. A, C. E. G. E, J. M. Q. E., A. S. R. V; y A. A. I. Ch, y, por ende, declarar, la prescripción de la acción penal dentro de la causa asignada con el número: 17124- 2014-1304 extinguiendo la misma y ordenando su archivo. El voto de minoría declara la nulidad de oficio de conformidad con el artículo 330 del Código de Procedimiento Penal, numeral 2, en concordancia con el 2, 3, 6 del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal.

La sentencia de fecha 6 de noviembre del año 2021, emitida de forma escrita, en lo principal señala:

...(...)...“Solventada la causal de nulidad esgrimida por varios de los hoy recurrentes, corresponde analizar las consecuencias jurídicas que se derivan de la aplicación de la norma prevista en el artículo 257.4 del Código Penal, la cual también forma parte de la fundamentación de los recursos de apelación, siendo la principal, en señalar que la sentencia subida en grado al haber cambiado el tipo penal de peculado mayor a peculado menor, como lo señala la doctrina, ha generado ipso facto su prescripción, al tenor del principio de favorabilidad previsto en el artículo 76, número 5 de la Constitución de la República, que ordena: “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: (...) 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.”; en concordancia con el artículo 5, número 2 del Código Orgánico Integral Penal, que expresa: “En caso de conflictos entre dos normas de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa.”; y con el artículo 16, número 2 ibídem, que establece: “Se aplicará la ley posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia.”; ya que con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, el delito de tráfico de influencias que formaba parte del delito de peculado en el Código Penal; es independiente y autónomo, definido en los siguientes términos: “La o los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado enumeradas en la Constitución de la República, prevaliéndose de las facultades a su cargo o de cualquier otra institución derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otra u otro servidor para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses o de terceros, serán sancionados con pena privativa de libertad de 3 a 5 años...” (Art. 285). Previo a analizar este cuestionamiento, es pertinente remitirnos a lo previsto en el artículo 233 de la Constitución de la República, que manda: “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.” Determinándose que los únicos delitos en el Ecuador cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones que son imprescriptibles, son los taxativamente señalados en la disposición constitucional, esto es, peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, por lo que en atención a lo preceptuado en el artículo 13, número 2 del Código Orgánico Integral Penal, que manda: “...2. Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma...”; el delito de tráfico de influencias habiendo sido tipificado de manera autónoma e independiente del delito de peculado; y, al no estar catalogado dentro de la descripción específica y concreta del artículo 233 de la Norma Suprema, es prescriptible, pese a tener el mismo bien jurídico tutelado y estar ligado a los delitos de cuello blanco imbricados indudablemente a temas de corrupción que este Tribunal de Apelación no puede soslayar, sin embargo, no es menos cierto que bajo su configuración legislativa actual, éste no es imprescriptible, por lo que corresponde analizar la procedencia o no de su aplicación a la causa penal sub lite. El carácter imperativo de la disposición constitucional y legal que consagra el principio de favorabilidad, como pilar fundamental del debido proceso, no puede desconocerse y menos ignorarse por parte de los operadores de justicia; por ello en el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos infraccionarios que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina ultraactividad de la ley. La retroactividad, por el contrario, significa que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos infraccionarios ocurridos con anterioridad a su vigencia. Es menester puntualizar que, tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales, pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales, lo cual inclusive ha sido analizado por el máximo Órgano de Justicia Ordinaria, Corte Nacional de Justicia, a través de la absolución de consulta que data de 6 de mayo de 2015, en la que determina: “...El principio de favorabilidad, como expresión del principio de legalidad, y del derecho a seguridad jurídica, debe ser aplicado tanto en lo sustantivo penal, como en lo procesal penal; y, en la ejecución de penas. La favorabilidad tiene efecto retroactivo, sin excepción alguna, y debe ser aplicada de oficio y/o a petición de parte.” (sic). En atención a dicho principio, este Tribunal Ad quem en VOTO DE MAYORÍA, considera procedente aplicar esta institución tomando en cuenta lo preceptuado en el artículo 417 del Código Orgánico Integral Penal, que estatuye: “Art. 417.- Prescripción del ejercicio de la acción. - La prescripción podrá declararse por la o el juzgador, de oficio o a petición de parte, de acuerdo con las siguientes reglas: 1. Por el transcurso del tiempo y en las condiciones que se establecen en este Código. 2. Tanto en los delitos de ejercicio público o privado de la acción se distingue si, cometido el delito, se ha iniciado o no el proceso. (...) 4. De haberse iniciado el proceso penal, el ejercicio público de la acción prescribirá en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad, prevista en el tipo penal, contado desde la fecha de inicio de la respectiva instrucción. En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años...” En consecuencia, en la causa penal sub iudice, el ejercicio de la acción penal pública, prescribe en el máximo de la pena establecida para el tipo penal, contado desde la fecha del inicio de la instrucción fiscal, en la especie, tal fecha es 14 de junio de 2013, por lo que a la presente fecha se encuentra prescrito por expresa disposición

legal, en aplicación del principio de favorabilidad, analizado in extenso en líneas anteriores. Es de conocimiento general que el iter criminis, es el trayecto que recorre la acción penal, dentro de sus fases pre procesal y procesal, en la legislación vigente, bajo el principio de favorabilidad, los plazos de la misma se computan desde el inicio de la instrucción fiscal, 14 de junio de 2013, hasta cuando exista sentencia ejecutoriada -en firme de condena o de confirmación de la inocencia. La prescripción, es la cesación de la potestad punitiva del Estado al transcurrir un período de tiempo fijado por la ley, así transcurrido ese lapso se extingue el derecho del Estado a imponer la sanción, es decir, si por cualquier causa opera la prescripción de la acción, ello impide continuarla, sin que se admita discusión alguna sobre el transcurso del tiempo y la imposibilidad que tiene el Estado de perpetuar una situación jurídica que por el decurso del tiempo se extinguió o murió. Como refiere Binder, “es un límite temporal al ejercicio del Poder Penal del Estado” [7]. En este sentido, su consecuencia más importante es que opera como instrumento realizador del derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 25 inscribe el derecho a “ser juzgado sin dilación injustificada”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reza en su artículo 9.3 sobre el derecho a “ser juzgado dentro de un plazo razonable” y en el artículo 14.3.c) plasma la garantía a “ser juzgado sin dilaciones indebidas”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en el artículo 8.1 expresa que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías "dentro de un plazo razonable". Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable: "tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan un largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente"[8] En la causa sub lite, la instrucción fiscal se inicia el 14 de junio de 2013, conforme obra del proceso, por lo que ha operado indefectiblemente la prescripción por el mero transcurso del tiempo, la que se produjo al momento de emitir una sentencia cambiando el tipo penal previsto en nuestro ordenamiento jurídico y adecuando conforme a derecho los hechos al presupuesto normativo constante en el artículo 257.4 del Código Penal, actual artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal. Con relación a su interrupción, el Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 419, prevé la misma, si el procesado ha cometido otra infracción, previo al plazo de vencimiento de la mentada institución jurídica, en virtud de la cual cesa la actividad punitiva del Estado; en la especie, los ciudadanos: J. G. F. C., J. R. B. A., C. E. G. E., J. M. Q. E., A. S. R. V; y A. A. I. Ch., de la revisión rigurosa del proceso y del sistema automático de trámites judiciales – E-satje- no han cometido delito alguno dentro del plazo previsto en el ordenamiento jurídico por lo que no cabe una interrupción; en lo atinente a la situación jurídica del señor J. R. B. A, a quien de acuerdo a dicho sistema automático se le ha juzgado y sentenciado dentro de la causa penal número 09912-2014-0025 por peculado, su interrupción no opera por cuanto el inicio de la misma se da con anterioridad al caso en análisis. Ya en este punto, es pertinente observar que una declaratoria de nulidad en la causa sub lite, resulta inoficiosa, pues con ella se perpetúa una acción penal que ha prescrito por el mero transcurso del tiempo, manteniéndose en el limbo la situación jurídica de los procesados lo cual se encuentra proscrito para los Juzgadores, al cobijo del ordenamiento jurídico internacional, constitucional e infra constitucional transcrito anteriormente. Por lo expuesto y de conformidad con la normativa jurídica precedente este Tribunal de Alzada en VOTO DE MAYORÍA, resuelve aceptar los recursos de apelación presentados por los señores: J. G. F. C., J. R. B. A., C. E. G. E., J. M. Q. E., A. S. R. V; y A. A. I. Ch, declara la prescripción de la acción penal dentro de la causa signada con el número 17124-2014-1304, extinguiendo la misma y ordenando su archivo. Las medidas cautelares de orden personal y real que pesan en contra de los recurrentes, por mandato constitucional y legal, son levantadas de manera inmediata, luego de la audiencia desarrollada en esta

instancia. - Se dispone que, por Secretaría de la Sala, se remita una vez ejecutoriado este auto al Tribunal de origen para los fines de ley” (E-SATJE, Consulta Causas, 17124-2014-1304)

3. IMPROCEDENCIA DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD RESPECTO AL CASO ANALIZADO

3.1. Aplicabilidad de la ley en el tiempo

Para referirnos a la aplicabilidad de la ley en el tiempo, debemos partir de dos circunstancias que pueden concurrir en relación al momento de la comisión o sanción del hecho delictivo, así en primer lugar corresponde a la delimitación del tiempo en el que se encuentra vigente una ley y su aplicabilidad en el tiempo en el cual se cometió el delito y el segundo correspondería a la delimitación del tiempo en el cual se lleva a cabo el juzgamiento de este delito y la aplicabilidad de la ley vigente.

Si bien la aplicabilidad de la ley vigente corresponde cuándo el hecho se comete en vigencia de esta ley conocida como actividad de la ley, por el contrario, la extra actividad de la ley, se da cuando:

a.- Procede la aplicabilidad de una nueva ley a un hecho suscitado con anterioridad a esta ley, a lo cual se lo conoce como retroactividad de la ley.

b.- Si la ley se aplica a un hecho suscitado con posterioridad a su derogación se lo conoce como ultraactividad de la ley.

Pero si se aplica la ley en una sentencia dictada después de su derogación se lo entenderá como preteractividad, así el tratadista Chileno Antonio Bascuñán Rodríguez, refiere:

Cuando una modificación legal introduce un cambio desfavorable, ya sea ampliando la descripción del delito o aumentando la pena, el principio de legalidad prohíbe su aplicación retroactiva. Por esta razón, los hechos acaecidos con anterioridad a la modificación no pueden ser juzgados conforme a la nueva disposición. En este caso, la aplicación preteractiva de la ley penal anterior es

un complemento necesario de la irretroactividad de la ley penal desfavorable. (Bascuñán Rodríguez, 2006)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, enuncia este principio así:

Artículo 15-1 Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ley 74 , 1968)

La Corte Constitucional de Colombia, ha referido:

[...]...En el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina ultractividad de la ley. La retroactividad, por el contrario, significa que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia. (Corte Constitucional de Colombia sentencia C-592/05, 2005)

3.1.1. El principio de legalidad

Albín Eser, en su obra Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias, sobre el principio de legalidad, aforismo Nullum crimen, nulla poena sine lege, refiere:

“El desarrollo del principio «no hay delito ni pena sin ley» tiene su origen en la Ilustración (cfr. también Krey p. 12 sgts.) y su formulación latina procede de Feuerbach (1801; sobre ello Bohnert p.5 sgtes.). Teórico-penalmente se basa en la idea de la prevención general, según la cual una norma penal puede resultar más eficaz en la medida en que el supuesto de hecho típico y su pena estén precisamente determinados; desde la perspectiva del Estado se trata de la exclusión de la arbitrariedad judicial por medio de la sujeción a la ley (Jakobs 412). Por lo tanto, el principio de legalidad como «Carta Magna del delincuente» (v. Listz) traza el ámbito de libertad del ciudadano en el que se puede mover sin riesgos penales (cfr. Rudolphi SK § 1 Rn.2 también sobre otros aspectos)”. (Eser Albin Traducción de Manuel Bacigalupo, 1995, pág. 51)

Este principio se encuentra consagrado en nuestra constitución Art. 76 numeral 3, al señalar:

Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. (Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Reformas: Registro Oficial 490 Suplemento del 13 de julio de 2011, 2008)

Principio que guarda relación con la seguridad jurídica. Además, que responde a la voluntad de los ciudadanos expresado por la asamblea cuando establece en la ley la tipificación de conductas ilícitas.

Sin embargo, no puede tener un efecto retroactivo, es decir no se puede juzgar conductas que no se consideraban infracciones, sino con posterioridad a la publicación de la nueva ley.

Lo que sí se puede hacer es aplicar la favorabilidad de la nueva ley, cuando esta sea más benigna con relación a la pena, tiempos de prescripción de una infracción que ya se encontraba tipificada.

3.1.2. Principio de favorabilidad

Este principio se encuentra ligado al principio de legalidad, ya que la expedición de una nueva ley lleva consigo la exigencia de la aplicación del principio de no retroactividad, con excepción al derecho penal cuando esta puede ser aplicada en beneficio del acusado, excepción que tiene una base política y social pues no tendría sentido emitir una pena o seguir cumpliendo una pena por hechos que ya no son considerados delito o que su importancia pareciera ser desproporcionada.

La constitución establece como principio que nadie puede ser condenado o sancionado por un acto u omisión que, al momento del acto, no esté tipificado legalmente como delito, delito administrativo o de otra índole (principio de irretroactividad de la ley), según se puede apreciar una relación del artículo 76 numeral 3 de la Constitución concordante con el “COIP” Art. 16 numeral 1, que indica que “toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión”. Nuestra constitución dispone como principio una aplicación retroactiva y obligatoria de la ley más favorable al determinar en el Art. 76 numeral 5 “En caso de conflicto

entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la Infracción”, la ley más favorable se aplica después de la fecha del hecho delictivo cuando sea más favorable y se refiere el artículo que guarda relación con el “COIP”.- Art. 16 numeral 2, que establece que: “Se aplicará la ley penal posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia.” (Código Orgánico Integral Penal Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero del 2014)

3.2. Semejanzas y diferencias de tipicidad entre el delito de peculado menor y el delito de tráfico de influencias.

Peculado código penal Art. 257.4 inciso 1 derogado 2014	Tráfico influencias Art. 285 “COIP” vigente HASTA 17-II-2021	Tráfico influencias Art. 285 “COIP” vigente DESDE 17-II-2021
<p>La misma pena señalada en los artículos anteriores se impondrá a las personas elegidas por votación popular, a los representantes o delegados y a los funcionarios, empleados o servidores públicos que aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les hubiesen concedido contratos o permitido la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público.</p>	<p>Las o los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, prevaliéndose de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otra u otro servidor para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses o de terceros, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.</p> <p>El máximo de la pena prevista será aplicable cuando las personas descritas en el primer inciso,</p>	<p>Las o los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, prevaliéndose de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otro servidor para obtener un acto o resolución que genere un beneficio económico o inmaterial favorable a sus intereses o de terceros, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.</p> <p>Están incluidos dentro de esta disposición las y los vocales o miembros de los organismos</p>

	<p>aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen, se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público.</p> <p>En caso de determinarse responsabilidad de la persona jurídica será sancionada con la disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.</p> <p>Están incluidos dentro de esta disposición las y los vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del sector público en general, que, con su voto, cooperen a la comisión de este delito.</p>	<p>administradores del Estado o del sector público en general que, conociendo de esta arbitraria influencia, con su voto, cooperen a la comisión de este delito.</p> <p>Se aplicará el máximo de la pena prevista cuando se cometa aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción.</p> <p>En caso de determinarse responsabilidad de la persona jurídica será sancionada con la disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.</p>
favorezcan o hayan favorecido	favorezcan o hayan favorecido	ejerza influencia

3.2.1. Inaplicabilidad del Principio de favorabilidad en relación a la temporalidad de la ley

Así mismo en la sentencia No. 361-17-EP, ha referido:

27. Así, este Organismo ha considerado que la aplicación de normas que no se encuentran vigentes vulnera la seguridad jurídica porque transgrede el principio de irretroactividad garantizado en la Constitución, entre otros derechos¹¹, Igualmente, ha dilucidado que se afectan “dos de los elementos de la seguridad jurídica”, como lo son la “previsibilidad y certeza de las normas”.¹² En cuanto a la certeza, este Organismo ha anotado que se relaciona con “un mínimo de estabilidad” que tienen los titulares del derecho respecto a “su situación jurídica, en razón de los hechos ocurridos en el pasado” y, por otro lado, “la previsibilidad [que] le permite generar expectativas

legítimas” 13 sobre las consecuencias de sus actos y la respuesta de las autoridades¹⁴. En ese sentido, esta Corte ha analizado los cargos en los que se acusa la violación a la seguridad jurídica por la aplicación de disposiciones jurídicas derogadas mediante la “verificación de] si ha existido o no una observancia de las normas vigentes a la época del proceso. (Corte Constitucional del Ecuador sentencia CASO No 361-17-EP, 2022)

La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No. 016-11-SCN-CC, ha referido:

Bajo el principio de seguridad jurídica -que presupone la existencia y aplicabilidad de normas jurídicas previas, claras y públicas, las cuales producen certeza y confianza del ciudadano respecto de lo que en derecho sucederá si realiza o deja de realizar tal o cual acto-, queda vedado cualquier acto estatal que tienda a crear o generar incertidumbre. Por ello es que la ley, salvo excepciones puntuales, surte efectos para lo venidero -principio de irretroactividad de la ley. (Corte Constitucional del Ecuador sentencia No. 016-11-SCN-CC, 2011)

Dentro del caso analizado se puede verificar que a la fecha de la comisión de la infracción y de los hechos relatados correspondería a un delito de peculado, que luego de la serie de incidentes y nulidades dictadas en esta causa se emite una sentencia de primera instancia con fecha 17 de julio del 2020, a las 11h53, en la cual se aplica el principio de congruencia de los hechos probados se establece el cometimiento del delito de peculado menor establecido en el Art. 257.4 del Código Penal, específicamente:

Las personas elegidas por votación popular, a los representantes o delegados y a los funcionarios, empleados o servidores públicos que aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les hubiesen concedido contratos o permitido la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público. (Código Penal Ecuatoriano S. d., 2001, Art. 257.3)

Además, se hace relación que la conducta a la fecha de juzgamiento se encuentra contenida en el Código Orgánico Integral penal Art. 285 Tráfico de influencias como tipo penal autónomo, que en su inciso segundo establecía:

El máximo de la pena prevista será aplicable cuando las personas descritas en el primer inciso, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen, se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público. (Código Orgánico Integral Penal Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero del 2014)

Es decir, contenía las mismas conductas del favorecimiento a personas naturales o jurídicas en contra de expresa disposición legal o reglamentarias se concedan contratos o permita negociar con el estado.

Esté Art. 285 del COIP, es Sustituido por el Art. 12 de la Ley s/n, R.O. 392-2S, 17-II-2021, por el siguiente:

Las o los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, prevaliéndose de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otro servidor para obtener un acto o resolución que genere un beneficio económico o inmaterial favorable a sus intereses o de terceros, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Están incluidos dentro de esta disposición las y los vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del sector público en general que, conociendo de esta arbitraria influencia, con su voto, cooperen a la comisión de este delito.

Se aplicará el máximo de la pena prevista cuando se cometa aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción.

En caso de determinarse responsabilidad de la persona jurídica será sancionada con la disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general. (Código Orgánico Integral Penal Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero del 2014)

Artículo que, desde el 17 de febrero del 2021, entró en vigencia y desaparecieron las conductas determinadas como favorecimiento a personas naturales o jurídicas en contra de expresa disposición legal o reglamentarias se concedan contratos o permita negociar con el estado, es decir este artículo a esa fecha ya no guardaba relación ni armonía con o que antes se lo denominaba peculado menor.

Sin embargo, sin tomar en cuenta que Art. 285 del “COIP”, es Sustituido por el Art. 12 de la Ley s/n, R.O. 392-2S, 17-II-2021, y desaparecieron las conductas determinadas como favorecimiento a personas naturales o jurídicas en contra de expresa disposición legal o reglamentarias se concedan contratos o permita negociar con el estado, la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, que conocía el recurso de

apelación, en audiencia de fecha 21 de julio del 2021 y posterior en sentencia de fecha 9 de noviembre del 2021 declaró en aplicación del principio de favorabilidad, la prescripción de la acción .

El primer problema que nos encontramos es que al sustituirse el tipo penal del Art. 285, en cuanto al verbo favorecer, no podría haberse tomado en cuenta la favorabilidad porque esta conducta no se encuentra contenida en el Art. 285 sustituido, además que la sentencia de primar instancia se la dicta por el delito de peculado menor con las conductas establecidas en el Código Penal, misma que era imprescriptible y, por ende, mal se podría haber declarado la prescripción de la acción. Acto jurídico que provocó una afectación económica al Estado.

3.3. Pérdida de recursos públicos en el caso estudiado

Con independencia a la resolución emitida en el caso estudiado, en nuestro país en los últimos años han sido frecuentes los delitos de peculado que han llegado a afectar directamente los fondos del Estado, pero esta afectación va más allá, ya que estos recursos públicos podían beneficiar a la población en general, ya sea con inversión en salud, educación, empleo, etc.

La falta de medios adecuados para la recuperación de estos fondos en nuestro país es evidente, desde el hecho de no constar con una Contraloría General del Estado que cumpla fielmente sus obligaciones a ella encomendadas, así como mantener una normativa ambigua como lo es la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que si bien es cierto establece los parámetros de actuación de este organismo para la recuperación de fondos, así:

a.- A través de la determinación de responsabilidad administrativa culposa de autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores de las instituciones del Estado, refiriendo claramente que se lo hará en base al análisis documentado del grado de inobservancia de las disposiciones legales relativas al asunto de que se trate, y sobre el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes

y obligaciones que les competen por razón de su cargo o de las estipulaciones contractuales, especialmente las previstas en el Título III de esta Ley;

b.- La responsabilidad civil culposa nace de una acción u omisión culposa, aunque no intencional de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas, precautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos; (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002)

Estas dos primeras que son acciones privativas de la Contraloría General del Estado, pudiendo activar los mecanismos necesarios para la ejecución vía coactiva. Por otro lado, también se añade:

“c.- Indicios de responsabilidad penal determinados por la Contraloría General del Estado”.

Por lo que actualmente los “IRP” ya no constituyen un requisito de procedibilidad para iniciar un proceso penal, la Corte Constitucional en la sentencia No. 5-13-IN/19, 2019, al señalar “El infórmeme de la Contraloría es una de las formas de hacer conocer a la Fiscalía sobre la posible existencia de una infracción penal (notitia criminis) y también de aportar con indicios sobre los hechos y la responsabilidad”.

En estos casos se determina que únicamente se procederá a recuperar los activos distraídos cuando se cuente con una sentencia ejecutoriada que determine los daños y perjuicios.

Peor aún como se ha declarado a la prescripción de la acción, no existe fundamento normativo alguno que establezca o permita que el Estado, por otro medio, pueda recuperar estos recursos públicos distraídos más aun cuándo la propia Ley de la Contraloría General del Estado establece que dentro de sus funciones cuando existen los indicios de responsabilidad penal, ésta deberá esperar el accionar de la justicia penal para que con la sentencia ejecutoriada en la cual se determinen los daños y juicios, ahora establecida como reparación integral, el Estado a través de un proceso de ejecución sentencia.

Es decir, encontramos un impedimento establecido en la normativa para la recuperación adecuada de recursos públicos distraídos si no se determina una sentencia condenatoria, de lo contrario, como en este caso analizado, los recursos públicos jamás podrán ser recuperados, pues con la aplicación errada del principio de favorabilidad no solo sale beneficiado jurídicamente el procesado, sino también económicamente.

3.3.1 Inaplicabilidad de la Ley Orgánica de Extinción de dominio

Si, bien, es cierto, nuestra legislación en materia penal y en delitos de anticorrupción está buscando alternativas para la recuperación de los recursos públicos distraídos, nos encontramos que todavía existen muchas falencias al respecto, en cuanto a la forma, el método y la legislación adecuada para esta recuperación, ya que no contamos con hacer herramientas suficientes para que tanto Fiscalía, la judicatura y demás órganos de control que se encuentran inmiscuidos dentro de los casos de corrupción puedan utilizar eficazmente.

Se ha determinado en el Art. 5 la Ley Orgánica de Extinción de dominio, las condiciones que deben concurrir para que se aplique la extinción de dominio:

1. La existencia de algún bien o bienes presumiblemente de origen ilícito o injustificado o de destino ilícito; 2. La existencia de una actividad ilícita; 3. El nexo causal de los dos elementos anteriores; y, 4. El conocimiento que tenga o deba haber tenido el titular del bien acerca de su origen ilícito o injustificado o su destino ilícito, a menos que tanto el titular como el beneficiario final demuestren que estaban impedidos de conocerlo. (Ley Orgánica de Extinción de Dominio Suplemento del Registro Oficial No 452, 14 de mayo del 2021)

La misma ley, en su Art. 7, establece que es Actividad ilícita, al referir: “Las acciones u omisiones relacionadas con los delitos tipificados en el Código Orgánico Integral Penal de concusión, cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, producción, comercialización o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tráfico ilícito de personas, trata,

extorsión, usura y demás delitos cometidos como parte del accionar u operatividad de la delincuencia organizada, establecidos mediante sentencia condenatoria ejecutoriada”.

Si bien señala que puede iniciarse independientemente de cualquier otro proceso o materia, la propia ley hace referencia a que debe existir un nexo causal entre la existencia de algún bien o bienes presumiblemente de origen ilícito o injustificado o de destino ilícito y la existencia de una actividad ilícita, pero esta actividad ilícita entendida como lo establece la propia norma corresponden a las acciones u omisiones relacionadas con los delitos tipificados en el Código Orgánico Integral Penal de concusión, cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, producción, comercialización o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tráfico ilícito de personas, trata, extorsión, usura y demás delitos cometidos como parte del accionar u operatividad de la delincuencia organizada, establecidos mediante sentencia condenatoria ejecutoriada.

Refiere la necesidad de una Sentencia condenatoria Ejecutoriada en la cual se determine previamente una actividad ilícita, similar a lo señalado por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, es decir pese a ser nueva la Ley Orgánica de Extinción de dominio, mantiene disposiciones legales que no están a tono con el cambio social que se ha venido dando en los últimos años, que, por ejemplo, cuando se trate de distracción de bienes públicos y se inicien los procesos penales siempre va a depender de una sentencia ejecutoriada para la recuperación de los mismos.

Es decir, tampoco cabe la aplicación de la ley de extinción de dominio para recuperar recursos públicos de causas declaradas la prescripción, porque claramente no va a existir una actividad ilícita como tal declarada mediante sentencia condenatoria ejecutoriada.

3.3.2. Figura del comiso sin sentencia penal

Al igual que la sociedad va cambiando con los avances tecnológicos que vivimos, el derecho penal se ha ido expandiendo acorde a las nuevas realidades y modalidades de nuevas infracciones, lo que ha provocado que organizaciones delictivas generen estructuras no solo internas en casa país, sino muchas de ellas internacionales, con mayor capacidad económica que los propios estados, usando personas naturales y jurídicas para el cometimiento de infracciones, es por ello que se hace necesario tener herramientas para que estos recursos mal habidos cuando se trata de delitos de corrupción cometido por funcionarios públicos y otros delitos como lavado de activos; tráfico de sustancias sujetas a fiscalización; etc, deben ser incautados o comisados por el estado.

Para este caso en nuestro país se ha emitido la Ley Orgánica de Extinción de dominio, misma que establece en su Art. 4, sobre su Naturaleza jurídica, al señalar:

La extinción de dominio es patrimonial, autónoma, distinta e independiente de cualquier otro proceso o materia, y prescribirá luego de transcurridos quince (15) años contados desde la fecha en que se adquirió el bien o bienes sujetos al proceso de extinción de dominio. (Ley Orgánica de Extinción de Dominio Suplemento del Registro Oficial No 452, 14 de mayo del 2021)

Su aplicación se encuentra condicionada conforme lo establece el Art. 5 en concordancia con el Art. 7 de la ley ibidem, a que Actividad ilícita, se encuentre determinada a través de una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Sin embargo, es necesario señalar que en Latinoamérica si existen legislaciones sobre la extinción de dominio, que no mantiene la condicionante previa de una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Como se manifiesta en líneas anteriores, los réditos obtenidos de este tipo de infracciones se ve reflejada en lo activos patrimoniales que son utilizados por las estructuras criminales en este tipo de infracciones, si la intención es lograr afectar a estas estructuras por medio de la extinción de dominio es justamente afectando los recursos mal habidos, pero para esto no podemos tener

limitaciones o condicionantes, sino que se debe permitir el comiso sin sentencia penal, claro ejemplo de este tipo de comiso lo encontramos en Perú, en donde:

[...]..la extinción de es independiente y autónomo del proceso penal, civil u otro de naturaleza jurisdiccional o arbitral, por lo que no puede invocarse la previa emisión de sentencia o laudo en éstos para suspender o impedir la emisión de sentencia en aquél. (Decreto Legislativo No 1373, 2018, pág. Art. II. Numeral 2.3)

Esta figura jurídica del decomiso sin condena, permitiría en los casos de delitos como concusión, cohecho, peculado, la recuperación de los recursos distraídos, de forma más célere e incluso sin que se dependa de una sentencia condenatoria ejecutoriada, en incluso si el proceso penal es dilatado excesivamente, abandonado o declarado a prescripción como en el caso analizado.

3.4. Conclusiones

Conforme se ha ido aplicando el Código Orgánico Integral Penal, se han ido evidenciando las ventajas y las desventajas contenidos en el mismo, a lo largo del desarrollo del presente trabajo se ha podido verificar que se debe tomar especial atención a las reformas que se van dando, ya que la aplicación de una figura jurídica incorrecta puede acarrear una vulneración a la seguridad jurídica, conforme se ha pronunciado la Corte Constitucional del Ecuador en cuanto a la aplicación de normas derogadas.

Si bien se ha puesto en vigencia la ley orgánica de extinción de dominio, con la finalidad de recuperar e incautar los bienes muebles e inmuebles, dineros, y demás beneficios patrimoniales obtenidos por los delitos catalogados como concusión, cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, producción, comercialización o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tráfico ilícito de personas, trata, extorsión, usura y demás delitos cometidos como parte del accionar u operatividad de la delincuencia organizada, la ley se contradice al manifestar

en su articulado que este procedimiento es independiente de procesos penales, administrativos o civiles, pues se puede evidenciar que requiere necesariamente una requisito de procedibilidad como el hecho que debe existir una sentencia condenatoria ejecutoriada, por los tipos penales detallados para que se pueda considerar actividad ilícita, es decir existe una condicionante.

Entonces, seguimos manteniendo, por un lado normativa ambigua, que no permite el accionar inmediato de los órganos de control como es el caso de la Contraloría General del Estado, y ahora, con la nueva normativa Ley Orgánica de Extensión de Dominio, pasa exactamente lo mismo, ya que mientras no exista un sentencia condenatoria ejecutoriada, no se podrá incautar o recuperar nada; además, como se vio en el caso analizado, se declara la prescripción de la acción, y no existe ningún mecanismo para poder recuperar los recursos públicos.

Bibliografía

- Bascuñán Rodríguez, A. (2006). *La Aplicación de la Ley Penal Derogada*.
<https://es.scribd.com/document/448177928/La-Aplicacion-de-la-Ley-Penal-Derogada>.
- Código Orgánico Integral Penal Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero del 2014, R. (s.f.).
Código Orgánico Integral Penal. Quito: Registro Oficial.
- Código Penal Ecuatoriano, S. d. (2001, Art. 257.3). *Código Penal Ecuatoriano*. Quito: Registro Oficial.
- Código Penal Ecuatoriano, S. R. (2001, Art. 257.2). *Código Penal Ecuatoriano*. Quito: Registro Oficial.
- Código Penal Ecuatoriano, S. R. (2001, Art. 257.4). *Código Penal Ecuatoriano*. Quito: Registro Oficial.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Reformas: Registro Oficial 490 Suplemento del 13 de julio de 2011, R. O. (2008).
Constitución de la República del Ecuador. Quito: Registro Oficial.
- Corte Constitucional de Colombia sentencia C-592/05. (2005).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-592-05.htm>.
- Corte Constitucional del Ecuador sentencia CASO No 361-17-EP. (2022). *sentencia se analiza la acción extraordinaria de protección*. Quito:
<https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-361-17-ep-22/>.
- Corte Constitucional del Ecuador sentencia No. 016-11-SCN-CC. (2011). Quito:
<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/a45efcab-46cc-4ca5-939a-045f836397b4/0037-09-CN-sent.pdf>.
- Corte Constitucional del Ecuador sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados. (2019). Quito: Registro Oficial.
- Corte Nacional de Justicia. (7 de diciembre de 2013, p. 20). Revista Ensayos Penales Sala Penal.
Historia del Código Penal del Ecuador. Quito, Pichincha, Ecuador: Corte Nacional de Justicia.
- Corte Nacional de Justicia. (2015). *Jurisprudencia Ecuatoriana 2015, derecho y ciencia 5ta. Edición*. Quito: <https://www.cortenacional.gob.ec>.
- Corte Nacional de Justicia fallos de triple reiteración 2012-2013, P. E. (septiembre 2014). *fallos de triple reiteración Primera Edición septiembre 2014*. Quito: Corte Nacional de Justicia.

- Corte Nacional de Justicia Resolución SN del 19 de marzo de 2010, p. e. (s.f.). *Resolución S/N del 19 de marzo de 2010*. Quito: Registro Oficial.
- Cueva Carrión, L. (2006. p. 70). *Peculado, tomo I*. Quito: Ediciones Cueva Carrión .
- Cueva Carrión, L. (2007, P. 81). *Libro Segundo, Título III, que trata de los Delitos Contra la Administración Pública Tomos I*. Quito: Ediciones Cueva Carrión.
- Decreto Legislativo No 1373. (04 de agosto de 2018). *diario oficial del bicentenario El Peruano*. Obtenido de <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1677448-2>
- Donna, E. (2000, p. 275). *Derecho Penal Parte Especial Tomo III*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Ernesto, A. G. (2015, p 44 a 48). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito: <https://estudiantesecuatorianosderecho.files.wordpress.com/2015/07/manual-de-derecho-penal-ecuatoriano-dr-ernesto-alban-gomez.pdf>. Obtenido de <https://estudiantesecuatorianosderecho.files.wordpress.com/2015/07/manual-de-derecho-penal-ecuatoriano-dr-ernesto-alban-gomez.pdf>
- E-SATJE. (17124-2014-1304). *Consulta Causas*. Quito.
- E-SATJE. (17257-2014-0411). *Consulta Causas*. Quito.
- Eser Albin Traducción de Manuel Bacigalupo, S. C. (1995). *Derecho Penal, Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*. Madrid: Graficas Rogar: Fuenlabrada.
- Ley 6 de Reformas Código Penal y a la Ley Orgánica de Administración Financiera y control. (1985, Art. 257). Quito: REgistro Oficial No. 260 de 9 de agosto de 1985.
- Ley Orgánica de Extinción de Dominio Suplemento del Registro Oficial No 452. (14 de mayo del 2021). Quito: Registro Oficial .
- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, S. d.-I.-2. (2002). *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Quito: Registro Oficial.
- Ossorio, M. (Peimera Edición, p. 706). *Diccionario de Ciencias JURidicas, Politicas y Sociales. Primera Edición*.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ley 74 . (1968). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.

