

NOMBRE DEL TRABAJO

Imprescriptibilidad del peculado en el Ecuador. Una vista desde el populismo penal_pdf

AUTOR

Juan Vasconez

RECUENTO DE PALABRAS

11527 Words

RECUENTO DE CARACTERES

62986 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

43 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

389.3KB

FECHA DE ENTREGA

Jun 17, 2024 4:48 PM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Jun 17, 2024 4:50 PM GMT-5

● 8% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 8% Base de datos de Internet
- Base de datos de contenido publicado de Crossref
- Base de datos de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Base de datos de publicaciones
- Material bibliográfico
- Material citado
- Bloques de texto excluidos manualmente
- Base de datos de trabajos entregados
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 20 palabras)



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

- Ensayo Académico -

Imprescriptibilidad del peculado en el Ecuador. Una vista desde el
populismo penal.

Juan Andrés Vásquez Valladolid

Quito, junio de 2024

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	3
II.	DESARROLLO	5
1.	PECULADO EN EL ECUADOR. ASPECTOS GENERALES	5
1.1.	<i>Reseña histórica del peculado en el Ecuador</i>	5
1.2.	<i>Bien jurídico protegido en el Peculado</i>	8
1.3.	<i>Sujeto Activo del delito de Peculado</i>	11
2.	PRESCRIPCIÓN.	18
2.1.	<i>Fundamentos de la prescripción penal</i>	18
2.2.	<i>Imprescriptibilidad del peculado en el Ecuador</i>	23
2.3.	<i>Legislación comparada</i>	28
3.	POPULISMO PENAL	30
3.1.	<i>Definición de populismo penal</i>	30
3.2.	<i>Populismo penal en el Ecuador</i>	33
3.3.	<i>El populismo penal como recurso político</i>	35
III.	CONCLUSIONES.....	38
IV.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	40

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Ecuador de 1998, y su sucesora la Constitución de la República del Ecuador de 2008, han determinado que, en cumplimiento al plan gubernamental de lucha contra la corrupción, los delitos contra la eficiencia de la administración pública, esto es, peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, sean tipificados en calidad de imprescriptibles tanto la acción como la pena.

Con esta medida, si bien se podría prever que ésta sería una decisión adecuada para evitar el desfaldo de los bienes públicos, por parte de los servidores quienes se encuentran encargados de protegerlos y precautelarlos, no se ha realizado un análisis adecuado sobre su incidencia en el ordenamiento jurídico y el perjuicio que podría provocar al principio de igualdad, proporcionalidad, in dubio pro reo, incluso el principio de legalidad, dando paso a un evidente empleo por parte del legislador de la teoría del populismo penal en la justificación para implantar esta medida como la adecuada para evitar la corrupción y la impunidad.

En el Ecuador, se ha evidenciado una aplicación agresiva y constante del populismo penal en los ofrecimientos electorales de los candidatos para ocupar las diferentes asignaciones democráticas; y, específicamente, en la creación de normas para resolver problemas sociales que no los han podido solventar con políticas públicas menos levisas para los derechos y libertades.

Ha sido un común denominador, implementar el derecho penal de máxima, imponiendo penas más graves por la comisión de delitos y la tipificación de nuevos tipos penales, que en su mayoría han sido innecesarios

En este sentido, los gobernantes crean en el ciudadano la sensación de ser escuchados y ser partícipes de las “mejoras” que se implementan en el país, y, por otra parte, la participación de los medios de comunicación y el avance que han tenido las redes sociales para

que esta tendencia se haya desarrollado y se haya convertido en el mejor aliado de los gobernantes para mantener tranquila a la población y legislar, aunque no sea de esta manera, en razón a la voz del pueblo.

En el presente trabajo académico se pretende realizar un estudio profundo del delito de peculado, su origen, su bien jurídico protegido y los sujetos que intervienen en su cometimiento; posterior a ello, se hará un recorrido doctrinario de las instituciones jurídicas, como son: la prescripción, la imprescriptibilidad y se analizará la aplicación de esta última, tanto en el Ecuador como en los países de la región; para finalizar, con el estudio del populismo penal y su injerencia en las decisiones políticas del Estado.

II. DESARROLLO

1. Peculado en el Ecuador. Aspectos generales

1.1. *Reseña histórica del peculado en el Ecuador.*

El origen del peculado como delito se remonta a la época de la Antigua Roma que, según muchos autores, fueron quienes concibieron la penalización de este comportamiento, cuyo génesis, dentro del Derecho Romano, se halla en el llamado “peculatus” que consistía en la apropiación indebida que realizaba un ciudadano del ganado público o sagrado, el cual, a la época, era considerado la riqueza de mayor importancia dentro de la sociedad romana. En este sentido, Carrera, D (1995), en su obra Peculado: de bienes y servicios públicos, se refiere ¹⁷peculado, en tal virtud, nace como un hurto agravado por el valor y la calidad de las cosas sobre las cuales recaía este delito”.

Julio César, emperador romano, expide la llamada “Lex Julia”, denominando al peculado como: peculatus et de sacrilegis et de residuis, en la cual, se extendió la conducta, ya no únicamente al hurto de ganado, sino a la distracción de las especies destinadas a sacrificios; extendiéndola a la disipación de las especies entregadas por los individuos a los depositarios públicos.

Con el desarrollo del Imperio Romano y su evolución económica, los pecus dejan de ser el medio común de cambio y, sus ciudadanos realizan sus transacciones mediante el uso de lingotes de cobre, con ello, los romanos aprendieron a usar su moneda de una manera diferente y a acumular riquezas, entendiendo que el incremento del patrimonio otorgaba privilegios dentro de su sociedad.

Además, por sus imposiciones religiosas y estatales, el hurto del patrimonio del Estado se consideraba como un delito capital, diferenciando al hurto o furtum común, del llamado peculatus, en el cual, cualquier ilícito respecto al aprovechamiento de la riqueza estatal

generaba tal conmoción social dentro de los integrantes de la sociedad romana, que los juzgadores imponían sanciones que afectaban a la dignidad del vivir del infractor, a la afectación de su honra, al trabajo forzado, al destierro, inclusive, llegando a la imposición de penas capitales, todas estas sanciones, dependiendo del tamaño de la defraudación, podían acarrear hasta en sus herederos.

Con la caída del Imperio Romano, la influencia del Derecho de esa época fue evidente en el ordenamiento jurídico de los Estados.

Refiriéndonos al Ecuador, en el año 1837 durante la presidencia de Vicente Rocafuerte, se promulga el primer Código Penal, el cual, contenía un dominio predominante de las legislaciones española y francesa

En este cuerpo normativo se regula por primera vez en la vida Republicana del Ecuador, el poder coercitivo del Estado bajo el régimen de los principios de la Escuela Clásica, sin embargo, en su aplicación social perduraba el ordenamiento de la época colonial, que, si bien no se refiere expresamente al peculado, se sancionan el extravío, la malversación y la mala administración de los caudales de la Hacienda Nacional

Acorde al desarrollo social, económico y político del Estado, la legislación debía ser parte de este cambio, es así como, en el año 1872, se expide un nuevo Código Penal, en el, cual se extendía este extravío o malversación ya no únicamente a dineros públicos, sino también se incluyó a dineros privados.

Posteriormente en la reforma de 1941, se amplía el tipo penal, sancionando, además de los servidores públicos, a los funcionarios de Bancos y de cajas de previsión Nacional; mientras que, en el Código Penal de 1971, el legislador denominó de manera expresa como peculado a aquellas actuaciones realizadas por los servidores públicos que perjudiquen el patrimonio

público, realizando una extensa codificación del tipo, además de originar una interpretación confusa entre el delito de peculado y la malversación de fondos.

Por último, en el año 1985 se realizaron reformas al tipo penal y se promulgaron normas como la de Ley de la Contraloría General del Estado o la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, que ampliaban la tipificación y sanción de este delito, para finalmente, expedir en el año 2014 el Código Orgánico Integral Penal, el cual, tipifica al peculado como un delito contra la eficiencia de la administración pública.

Desde el punto de vista constitucional, la Constitución del Ecuador codificada en 1997, otorga una importancia trascendental en la persecución de este delito por parte del Estado, al estipular la inhabilidad para ejercer cargo o dignidad de elección popular a los ciudadanos que hayan sido procesadas por peculado.

La Constitución Política de la República del Ecuador en 1998, además de acoger lo concertado en la de 1997, determina de forma precisa al peculado como un delito que sanciona la actuación de los funcionarios públicos en general y a los de elección popular, incluyendo de manera expresa, la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena para perseguirlo, así como, el juzgamiento en ausencia, norma que se extiende tanto al intraneus como al extraneus.

Por último, la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, vigente a la actualidad, ha ratificado los preceptos constitucionales mencionados en sus antecesoras, además de facultar a la Función de Transparencia y Control Social la atribución para formular un plan nacional de lucha contra la corrupción, para el cumplimiento de uno de los deberes primordiales del Estado estipulado en su Art. 3, numeral 8, que obliga al Estado a garantizar a sus habitantes del derecho a vivir en una sociedad libre de corrupción.

1.2. Bien jurídico protegido en el Peculado.

La definición respecto al bien jurídico protegido ha sido un tema discutido entre los tratadistas, quienes, hasta el día de hoy, no han podido precisar una concepción definitiva dentro de la ciencia penal, el análisis de este elemento ha sido realizado de acuerdo con el desarrollo social, filosófico y jurídico de las sociedades, presentándose esta teoría por primera vez en los siglos XIX bajo el influjo de la teoría del contrato social, en la cual, Birnbaum, en 1834, en su intento de limitar el poder punitivo del Estado, establece las bases para definirlo, valorando que el daño que el sujeto causaba no solo afectaba al individuo en concreto sino que perturbaba a toda la sociedad.

Por su parte, Binding, entrega una concepción normativista del bien jurídico protegido, argumentando que quiénes los califican como tales son los legisladores al crear la norma, concluyendo como bien jurídico todo aquello que ante los ojos del legislador resulte de valor para el orden jurídico; además afirmaba, que las normas provienen de la obediencia estatal del derecho y las penas sólo sirven para garantizar la autoridad del derecho, y que los delitos formales eran no solamente la desobediencia de la norma sino además la puesta en peligro del bien jurídico (González-Salas, 2001).

En contraposición a la teoría de Binding, el jurista alemán Von Liszt, llamaba ⁴ bienes jurídicos a los intereses protegidos por el derecho; bien jurídico es el interés jurídicamente protegido; todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital al bien jurídico.

Los bienes jurídicos para este jurista eran las condiciones de vida, los intereses vitales. Por ello los bienes jurídicos se derivan de los hombres y no del derecho (Liszt, 2020). Bajo

esta idea, el derecho penal sólo debe pretender garantizar la convivencia de la vida en comunidad (Espinoza, 2021).

En base a la teoría Von Liszt, se encamina un replanteamiento de la definición de bien jurídico protegido desde una conceptualización material, en este contexto, Mir Puig (2023), señala que el bien jurídico posee naturaleza social, y sólo puede considerarse bien jurídico (como objeto merecedor de protección jurídico penal) aquello que sea necesario para la subsistencia en ciertas condiciones de la sociedad, dado que la calificación como bien jurídico no depende de la efectiva tutela por parte del derecho positivo, sino del interés social que se proteja. ¹⁵ Ahora bien, no resulta suficiente con afirmar que el bien jurídico tiene un valor social, sino que es preciso dotarle de un contenido más delimitado.

Por su parte, existe la teoría constitucionalista, con dos corrientes claramente definidas, la estricta y la amplia. En la primera, afirma que la Constitución consagra en sí misma el modelo de criminalización y descriminalización que debe regir en materia penal en determinada sociedad; mientras, que la teoría amplia, afirma que la Constitución es un modelo de referencia para precisar las funciones protectoras y garantizadoras de los bienes jurídicos, pero que no los agotan en su formulación (Rodríguez, 2020).

Respecto a esta última, es importante recalcar que el derecho penal protege un catálogo extenso de valores o “bienes” y no únicamente de los que se desprenden de la Constitución, además, el legislador debe adaptarse a la realidad de las condiciones sociales y, en base a ello, considerar los bienes jurídicos que se deban o no proteger, considerando aquellos bienes vulnerables que las otras ramas del derecho no podrían precautelar, obteniendo con ello, que el Derecho Penal sea el mecanismo último para delimitar el ámbito de protección y el objeto de la acción, y con esto, justificar una correcta aplicación de la pena.

Una vez que han sido analizadas varias teorías respecto al bien jurídico protegido, nos centraremos en el análisis del bien jurídico protegido del peculado señalando que “el bien jurídico protegido es la administración pública, en cuanto se refiere al normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado en todas las ramas de sus tres poderes”. (Soler, 1970)

Por su parte, Frisancho Aparicio y Peña Cabrera (Cfr. Fernández, 2013), aseguran que, en las distintas modalidades de peculado la alteración del normal desarrollo de la administración pública se concreta en lesiones a los intereses económicos de la administración y en irregularidades en el manejo oficial de los bienes que los intraneí administran, sin desconocerse que de manera secundaria se afecta la necesaria confianza de la administración deposita en sus gentes.

Cornejo Aguilar, J (2004), hace referencia al profesor Juan Bustos Ramírez que en su obra “Los bienes jurídicos colectivos”, señala ²¹ que los delitos contra la administración pública protegen un bien jurídico institucional denominado “correcto funcionamiento de la administración pública”.

Con lo cual, se puede deducir que el bien jurídico protegido en el peculado es la función pública, mas no el órgano administrativo, entendiéndose como función pública al manejo y administración de los recursos públicos por parte de aquellos que, investidos en la calidad de servidores públicos, tienen bajo su control, el correcto, ordenado y legal desenvolvimiento de estos recursos para un adecuado funcionamiento social.

En el Código Orgánico Integral Penal, el peculado se encuentra tipificado dentro de los delitos contra la eficiencia de la administración pública, mas no en los delitos contra el patrimonio, ya que, como lo hemos manifestado el bien jurídicamente tutelado es la correcta utilización de los fondos y bienes estatales, vistos desde la perspectiva de una función pública

para el correcto desenvolvimiento social, y no solamente como la protección patrimonial de los bienes encomendados al servidor.

1.3.Sujeto Activo del delito de Peculado.

Como sabemos, la estructura del tipo penal en el Ecuador se encuentra regida por las bases del sistema finalista, concibiendo al delito como la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible, este sistema surgió por los postulados jurídicos penalistas de Welzel, H (2004) que señala “La "finalidad", o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines”.

El tipo penal está conformado por elementos objetivos y subjetivos; el elemento objetivo comprende la conducta, el sujeto activo y pasivo, el bien jurídico lesionado, y el nexo causal; mientras que, el subjetivo analiza el dolo y la culpa, es decir, la parte cognitiva y volitiva del sujeto activo. Por cuanto, el bien jurídico protegido ya fue analizado en el numeral anterior, pasaremos a analizar el sujeto activo, ya que, en lo que concierne al sujeto pasivo del peculado, no requiere mayor análisis ya que, evidentemente será el Estado, sin embargo, en los casos en los que exista perjuicio en contra de una entidad del Sistema Financiero Nacional, el sujeto pasivo, podría ser la entidad financiera, es decir, un ente privado.

¿Qué es el sujeto activo en el tipo penal?, de manera general se ha conceptualizado como la persona que realiza la conducta típica contenida en la ley penal sobre la cual recae las consecuencias de esa acción delictiva.

La doctrina determina que el sujeto activo se clasifica en: Innominados y Calificado; los primeros, son aquellos en los que el legislador al redactar el tipo penal inicia con el texto “el que”, “los que”, “la persona que”, “quién”, lo cual, claramente distingue que la conducta

típica, acción u omisión, puede ser cometida por cualquier persona o personas sin que ellas se vean revestidas de alguna calidad jurídica o social, encontrándonos en los delitos denominados “comunes”; mientras que, en el segundo grupo, el sujeto activo debe encontrarse investido por una cualidad o característica especial que lo distingue de las demás persona, en este caso, nos encontramos frente a un “delito especial”.

Los delitos especiales son excluyentes, es decir, que si el sujeto activo no cuenta con las cualidades o características que exige el tipo no podría cometer el delito concreto. En este sentido, se ha realizado una subdivisión del sujeto activo calificado como intraneus y extraneus.

El intraneus, es el sujeto activo calificado per se, pero que existe, con dicha denominación, cuando en su comisión delictiva coparticipa un tercero (Rodríguez, 2020), es decir, es aquel que cuenta con las cualidades especiales determinadas por el tipo y su apelativo lo obtiene cuando en la comisión del delito exista la intervención de un extraneus.

El extraneus, tal como lo define el doctor Felipe Rodríguez (2020), es el sujeto activo no calificado que participa en grado de coautoría con el sujeto activo calificado y que, por disposición normativa, responderá en la misma calidad y gravedad que el sujeto activo calificado, es importante mencionar que, si el tipo penal no reconoce al extraneus, este no podrá ser procesado por coautoría sino responderá por complicidad.

Los delitos contra la eficiencia de la administración pública, evidentemente, son delitos especiales, y, por lo tanto, su sujeto activo es calificado. En el caso del peculado, realizaremos un análisis del extenso tipo penal que consta en el Código Orgánico Integral Penal que, para mayor comprensión, será transcrito a continuación:

Art. 278. - Las o los servidores públicos; las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado; o, los proveedores del Estado que, en beneficio *propio o de terceros*, abusen, se apropien, distraigan o

dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos, 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.

Serán sancionados con la misma pena como responsables de peculado las o *los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de dineros públicos*, 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. (énfasis añadido)

Serán sancionados con la misma pena como responsables de peculado **las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades; que, en beneficio propio o de terceros**, abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo. (énfasis añadido).

Serán sancionados con las siguientes penas, cuando:

Con pena privativa de libertad de cinco a siete años:

a. Si 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.

b. Si se aprovechan 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.

Con pena privativa de libertad de siete a diez años:

a. Si obtienen o conceden créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera.

b. 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 primer párrafo. (énfasis añadido)

Con pena privativa de libertad de diez a trece años:

a. Si arbitrariamente disponen, se apropian o distraen los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen.

b. Si hubiesen ejecutado dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad.

c. Si disponen de cualquier manera el congelamiento o retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones del Sistema Financiero Nacional, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dinero.

d. Si causan la quiebra fraudulenta de entidades del Sistema Financiero Nacional.

e. Si evaden los procedimientos pertinentes de contratación pública contenidos en la Ley de la materia. En este caso también se impondrá una multa correspondiente al valor de la

contratación arbitraria que se desarrolló. Además, cuando se establezca la existencia y responsabilidad por el delito mediante sentencia condenatoria ejecutoriada, la o el juzgador declarará, como consecuencia accesoria del delito, la terminación unilateral y anticipada del contrato sobre el cual verse la infracción, sin derecho a indemnización ni pago de daño alguno a favor del proveedor.

Se aplicará el máximo de la pena prevista en los siguientes casos: cuando se realice aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción; cuando se realice con fondos o bienes destinados a programas de salud pública, alimentación, educación, vivienda o de la seguridad social; o, cuando estuvieren relacionados directamente con áreas naturales protegidas, recursos naturales, sectores estratégicos, o defensa nacional.

Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán inhabilitadas o inhabilitados 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.

Serán también responsables de peculado **los administradores y los miembros del directorio de las empresas públicas**, cuando por su acción u omisión los resultados empresariales y financieros anuales de dicha empresa pública estén por debajo de los índices de gestión fijados, especialmente cuando haya reducción de ingresos de más del 10% en comparación con el ejercicio económico anterior, sin justificación alguna de por medio y cuando haya reducción del resultado operacional, o pérdida económica en comparación con el ejercicio económico anterior, en más del 25% sin justificación alguna de por medio, ocasionando de tal forma la reducción, y por ende pérdida de recursos

estatales, y cuando tales pérdidas se produjeron en beneficio propio o de terceros. (énfasis añadido)

La acción penal tomará en cuenta la asistencia de expertos nacionales e internacionales para determinar la existencia de factores externos o macro de mercado inherentes a cada sector, que pudiesen haber incidido en reducciones drásticas de ingresos o de impacto financiero, así como para determinar si la asignación de presupuestos y metas empresariales ha sido adecuada, y si en caso de haber existido deficiencias se tomaron las medidas correctivas empresariales pertinentes. (COIP, 2014, art. 278).

El primer inciso del artículo referido, determina de manera expresa que el sujeto activo del peculado es el servidor público, al decir: *“Las o los servidores públicos; las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado; o, los proveedores del Estado que, en beneficio propio o de terceros, (...)”*, para ello, es importante referirnos al artículo 229 de la Constitución de la República del Ecuador que define al servidor público como: *“Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. (...)”*, con lo cual, podemos deducir, que cualquier persona que mantenga un vínculo con el Estado será considerada servidor público, y, por ende, es el sujeto calificado para cometer el tipo penal de peculado.

En este sentido, podemos referirnos al penúltimo inciso de este artículo, en el cual, señala que también serán responsables de peculado: *“los administradores y los miembros del directorio de las empresas públicas (...)”* con lo cual, podemos verificar que el sujeto activo es todo aquel que brinda un servicio público, y que están encargados legalmente de los bienes y caudales percibidos, para su administración y custodia.

Por su parte, el segundo y tercer inciso del mencionado artículo, se refiere al denominado peculado bancario, al señalar en sus partes pertinentes que serán responsables de peculado: *“las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional (...); y, “los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades (...).”*

Al respecto, Jorge Zabala Egas (2015) señala que, el ejercicio de una potestad estatal se refiere y circunscribe a sujetos que integran como elemento humano órganos administrativos, que son los que tienen atribuidos legalmente la competencia para disponer de los bienes, fondos o caudales públicos o de propiedad privada del público en el caso de las instituciones de intermediación financiera, el COIP precisa en forma puntual que el Peculado solo se atribuye a los sujetos que siendo funcionarios públicos o privados o que en virtud o razón del ejercicio de una potestad estatal, tienen atribuida como facultad el poder de disposición sobre tales bienes y efectos públicos o privados según el caso.

Por último, este artículo de manera expresa configura la actuación del extraneus dentro del delito de peculado, al mencionar en el numeral 2 literal b, que se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años: *“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 primer párrafo”*, lo cual, tiene concordancia con el artículo 233 de la Constitución, que estipula *“(…) Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.”*

De lo expuesto, podemos colegir que, en el ordenamiento penal ecuatoriano, el peculado es un delito especial, en el cual, en su texto normativo, nos presenta tanto la descripción de intraneus, siendo aquel servidor público, o, mejor dicho, la persona que bajo una potestad pública dispone, para si o para terceros, de bienes públicos o privados; además, refiriéndose al extraneus, el cual, pese a no ser un sujeto calificado participa activamente en la comisión del ilícito.

2. Prescripción.

2.1. Fundamentos de la prescripción penal.

La prescripción es una institución jurídica que, la mayoría de los tratadistas fundamentan su origen en la antigua Grecia, haciendo referencia a los relatos de los juicios de Licias y Demóstenes, tal es el caso, de Cerrada Manuel (2016), quien indica que “se ha dicho que el derecho griego admitió la prescripción como regla general, exceptuando casos imprescriptibles”.

Existe una tendencia respecto al origen romano de esta institución, tal como lo refiere Francisco Parra Núñez (2022), al señalar: “Dentro de la evolución del derecho romano podemos distinguir tres etapas con un trato completamente diferente respecto de la (im)prescriptibilidad penal. Una primera, de mayor extensión temporal, desde los albores de la Monarquía hasta los primeros años del Imperio, en cuya virtud la imprescriptibilidad penal era la regla absoluta, sin excepciones; una segunda etapa, desde los primeros años del Imperio hasta Diocleciano o Justiniano, donde se reconoció la prescripción de la acción penal, aunque de manera excepcional; y, por último, una tercera, iniciada con Diocleciano o con Justiniano en adelante, donde la prescripción fue aceptada, aunque se mantuvieron supuestos de imprescriptibilidad.”

Como se ha visto, en sus orígenes predominaba la imprescriptibilidad en los ordenamientos jurídicos siendo una excepción la prescripción de la persecución del delito, sin embargo, con el transcurso del tiempo y con el auge de los derechos de las personas la prescripción se convirtió, como ya lo vimos, en la regla general siendo la excepción la imprescriptibilidad.

En la edad moderna, los Estados instituyen en sus ordenamientos jurídicos la figura del Ministerio Público, el cual, pasa a ser el ente investigador del Estado en aquellos delitos de acción pública, dejando a salvo, la presentación de querellas en delitos de acción privada, los cuales, podían ser impulsado directamente por los particulares sin la intervención del acusador del Estado.

Con este antecedente, y con la evolución de los Estados de derecho y las garantías del debido proceso, los legisladores hallan la necesidad de imponer ciertos límites al ius puniendi del Estado, incluyendo en sus legislaciones regulaciones procesales, siendo una de ellas, la prescripción con ciertas excepciones que serán desarrolladas más adelante.

Analizado que ha sido el origen de la prescripción como institución jurídica, es importante conocer su definición, para ello accederemos al concepto enunciado por Guillermo Cabanellas (2006) que manifiesta que ⁹ la prescripción es: “Consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión o propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia”.

De este concepto, podemos colegir que la prescripción es una institución aplicable a cada esfera del Derecho, es así, que el artículo ⁷ 2392 del Código Civil ecuatoriano determina que: “prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y

derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.”.

En el derecho penal se ha manifestado que es el límite impuesto por el legislador al poder punitivo del Estado para perseguir los delitos, o como lo expuso Johan Correa (2014) es una figura jurídica utilizada para sancionar al Estado por su negligencia en adelantar la persecución de la acción penal en el tiempo que le ha sido señalado por el legislador.

En el ámbito penal, la prescripción puede ser de la acción penal o de la pena, es decir, por el transcurso del tiempo el Estado pierde la facultad para realizar la persecución de un delito; o, para que realice la ejecución de la pena impuesta por los Tribunales.

Es importante mencionar que la prescripción, no extingue la posible responsabilidad penal de una conducta determinada, sino la posibilidad de evaluar (investigar) efectivamente esa conducta es penalmente relevante, igualmente no extingue la pena sino la posibilidad de ejecutarla, lo que en conclusión significa que no extingue el delito, sino su persecución (Torres, 2017).

El Código Orgánico Integral Penal establece la prescripción tanto de la acción penal como de la pena, tal como lo sostiene Cuello Calón: “Las causas de extinción de la responsabilidad penal son determinadas circunstancias que sobrevienen después de la comisión del delito y anulan la acción penal o la pena. Se diferencian de las causas de exención de responsabilidad penal en que estas son anteriores a la ejecución del delito (como la infancia, la locura), o coetáneas, es decir, surgen en el momento de su realización mientras que las causas de extinción de la responsabilidad penal sobrevienen no sólo después de delito sino aún después que la justicia ha comenzado su persecución y, en ciertos casos, con posterioridad a la sentencia condenatoria”. Prado (2000),

En ese sentido, el artículo 75 del COIP se refiere a la prescripción de la pena, imponiendo reglas diferenciadas para aquellas penas restrictivas de libertad, no privativas de libertad, y de las restrictivas de los derechos de propiedad. Además, señala la imprescriptibilidad de algunas infracciones que serán analizadas en el siguiente capítulo. Para un mejor entendimiento, nos permitimos transcribir el artículo en mención:

Art. 75.- La pena se considera prescrita de conformidad con las siguientes reglas:

1. Las penas restrictivas de libertad prescribirán en el tiempo de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia condenatoria más el cincuenta por ciento.
2. Las penas no privativas de libertad prescribirán en el tiempo máximo de la condena más el cincuenta por ciento.

La prescripción de la pena comenzará a correr desde el día en que la sentencia quede ejecutoriada.

3. Las penas restrictivas de los derechos de propiedad prescribirán en el mismo plazo que las penas restrictivas de libertad o las penas no privativas de libertad, cuando se impongan en conjunto con estas; en los demás casos, las penas restrictivas de los derechos de propiedad prescribirán en cinco años.

La prescripción requiere ser declarada.

No prescriben las penas determinadas en las infracciones de agresión, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, crímenes de agresión a un estado, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, daños ambientales y contra la integridad sexual y reproductiva cuyas víctimas sean niñas, niños y adolescentes.

Respecto a la prescripción como una manera de extinguir la acción penal, el COIP claramente establece las reglas de aplicación, y marca una diferenciación entre los delitos de acción pública, acción privada, delitos continuados, desaparición de personas y contravenciones, con la distinción de que, si una vez cometido el delito, se ha iniciado o no un proceso penal, tal como lo vemos en el artículo 417 detallado a continuación:

Art. 417.- 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.
3. Respecto de los delitos en los que no se ha iniciado el proceso penal:
 - a) El ejercicio público de la acción prescribe en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad prevista en el tipo penal, contado desde que el delito es cometido. En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años.
 - b) El ejercicio privado de la acción, prescribirá en el plazo de seis meses, contados desde que el delito es cometido.
 - c) En el caso de un delito continuado, el plazo de la prescripción se contará desde la fecha en que la conducta cese.
 - d) En los casos de desaparición de persona, los plazos de prescripción empezarán a contarse desde el día en que la persona aparezca o se cuente con los elementos necesarios para formular una imputación por el delito correspondiente.
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.

5. En el ejercicio privado de la acción la prescripción se producirá transcurridos dos años a partir de la fecha de la citación de la querrela.

6. En el caso de contravenciones, el ejercicio de la acción prescribirá en tres meses, contados desde que la infracción se comete. De haberse iniciado el proceso por una contravención, la prescripción operará en el plazo de un año, contados desde el inicio del procedimiento.

Por consiguiente, la prescripción además de ser el límite impuesto al ius puniendi del Estado, se convierte en una garantía a favor de las personas que se hallen inmersas en un posible delito, puesto que, si el legislador no hubiera incorporado esta institución al ordenamiento jurídico, la persona no gozaría de la presunción de inocencia y podría ser investigado y juzgado en cualquier momento, aunque los hechos acusados hayan sucedido muchos años atrás.

2.2. Imprescriptibilidad del peculado en el Ecuador.

Como ya lo analizamos, la prescripción en sus orígenes era la excepción a la regla, ya que la imprescriptibilidad era de carácter absoluta, en especial, en la sociedad Romana, sin embargo, como lo habíamos dicho, la evolución de los derechos, principios y garantías dentro del procesos penales, originaron que esto se revierta y la prescripción siendo una de las maneras de limitar el poder punitivo del Estado, se convirtió en la regla general, exceptuándose su aplicación en delitos claramente identificados.

La violación de derechos y tratos inhumanos ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial, y con las condenas obtenidas en los denominados juicios de Nuremberg, los Estados se encontraron con la necesidad de regular y evitar la impunidad en los denominados crímenes

de guerra y delitos de lesa humanidad, buscando limitar y controlar las arbitrariedades que se podrían cometer en estos casos excepcionales.

Al respecto, en 1948 los Estados adoptan la Declaración de los Derechos Humanos, en cuyo preámbulo señala: “Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”.

En 1968 la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprueba la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad¹, en cuyo artículo primero determina:

Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

- a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;
- b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea

¹ La República del Ecuador se adhirió a la Convención el 01 de diciembre de 2020.

General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”.

Por su parte, el artículo cuarto de la referida convención determina la obligatoriedad de los Estados de normar en su legislación interna, al señalar:

¹ Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida.

Con la creación de la Corte Penal Internacional² en 1998, y la adopción del Estatuto de Roma, se ratifica el deseo de los Estados de luchar contra la impunidad, y se fortalece el criterio de la imprescriptibilidad de los delitos graves en el derecho internacional y su obligación de adoptarlo en el derecho interno.

El Estatuto de Roma en su artículo quinto señala:

1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

a) El crimen de genocidio;

² El Tribunal inició su funcionamiento en el año 2003, tiene el carácter de última instancia para el enjuiciamiento de crímenes graves internacionales, como el genocidio, los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad. ¹³ Los tribunales nacionales siempre tendrán competencia sobre tales crímenes. De acuerdo con el principio de complementariedad, la Corte sólo actuará si los tribunales nacionales no quieren o no pueden hacerlo. ¹⁹

- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión.

2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

Finalmente, el artículo 29 del mencionado Estatuto, determina de manera expresa:

Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.

El derecho internacional ha entregado los lineamientos y directrices para la imposición de la imprescriptibilidad en los ordenamientos jurídicos internos por la comisión de ciertos delitos, por ende, la imprescriptibilidad de estos delitos cuenta y, por tanto, con apoyo en una norma escrita, por lo que al menos los Estados parte, para no vulnerar el principio de legalidad, no necesitan ya acudir a una opinión iuris internacional anterior a los Tratados internacionales sobre la materia y de origen incierto (CERRADA, 2018).

En lo que respecta al ordenamiento jurídico interno, el Ecuador en su Constitución Política de 1998 acogió lo mencionado en los instrumentos internacionales, al estipular en el inciso tercero del artículo 23:

(...) Las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia, serán imprescriptibles. Estos delitos no serán susceptibles de indulto o amnistía. En estos casos, la obediencia a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad.

Sin embargo, el legislador en su deseo de combatir la impunidad y reducir la corrupción en el Estado, incluye en su artículo 121 inciso segundo lo siguiente:

(...) Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de 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 aun en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad.

Por su parte, la Constitución de la Republica del Ecuador expedida en el año 2018, acoge los mandamientos de los tratados internacionales sobre ⁵ la imprescriptibilidad de los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado, incluyendo los añadidos en la Constitución de 1998 que son: peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

La Consulta Popular, efectuada el 04 de febrero de 2018, además de las infracciones recogidas en sus sucesoras, añadió como imprescriptibles a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva cuyas víctimas sean niños, niñas y adolescentes.

Como hemos visto, la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena, se ha convertido en una institución impulsada por la legislación internacional y acogida por las legislaciones internas, en el caso del Ecuador, además de incluir como imprescriptibles a los delitos de crímenes de guerra, mencionados en las Convenciones, se ha agregado a los delitos contra la administración pública y delitos de carácter sexual, lo cual, nos hace reflexionar, si aquella medida del derecho penal máximo, busca prevenir la comisión del delito, evitar la

impunidad en los procesos iniciados por estas conductas penales, o, simplemente son medidas populistas del legislador.

2.3. Legislación comparada.

Tanto la prescripción como la imprescriptibilidad han sido reglados e incluidos en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, buscando un efecto positivo de su aplicación, en el caso de la imprescriptibilidad, la intención del legislador es que aquellos delitos que se consideran de gran afectación y alarma sobre la sociedad no puedan ser archivadas por el transcurso del tiempo y que los ciudadanos tengan la sensación de seguridad de que aquellas conductas no quedarán impunes.

Bajo este contexto, realizaremos un análisis comparativo entre la legislación ecuatoriana y, las legislaciones de los Estados de la región, con el objeto, de conocer la posición sobre la imprescriptibilidad y su aplicación de acuerdo con las Convenciones internacionales, y al ordenamiento jurídico interno.

Iniciaremos el análisis con la legislación colombiana, la cual, en su Constitución no hace referencia respecto a la imprescriptibilidad de los delitos, sin embargo, el Código penal en su artículo 83 determina que:

“(...) La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible. (...)”

“(...) Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, del incesto o del homicidio agravado del Artículo 103A del Código Penal, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, la acción penal será imprescriptible”.

Por su parte, la Constitución Política del Perú, en su artículo 41 establece:

“(…) ² El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad.”

Asimismo, el artículo 88-A del Código Penal peruano señala que: Imprescriptibilidad de la pena y de la acción penal. ⁸ - La pena y la acción penal son imprescriptibles en los delitos previstos en los artículos 153, 153-A, 153-B y 153-C y en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal, los cuales, de una manera general, son la trata de personas, la explotación sexual, la esclavitud, la violación de la libertad sexual el proxenetismo y las ofensas al pudor público. Cabe señalar que, ¹⁸ el Estado peruano se adhirió a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Por su parte, el Estado de Bolivia, en su Constitución, artículos 111, 112 y 347, determina que, son imprescriptibles, ⁵ los delitos de: genocidio, de lesa humanidad, de traición a la patria, crímenes de guerra, los delitos cometidos por servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico; y, los delitos ambientales. Además, el artículo ²² 105 del código penal señala que: “No procederá la prescripción de la pena, bajo ninguna circunstancia, en delitos de corrupción”.

En el caso de Chile, la Constitución de la República, no hace referencia respecto a la imprescriptibilidad de los delitos, sin embargo, el 11 de julio de 2019, se promulga la ley 21160 que declara la imprescriptibilidad en delitos de violación, explotación sexual y violación en caso de haber sido perpetrados contra menores de edad. Es importante señalar que el Estado chileno ratificó en el año 2009, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Por lo expuesto, podemos verificar que los delitos de lesa humanidad y delitos de crímenes de guerra son imprescriptibles en los países de la región, ya sea por encontrarse recogidos en sus normativas internas; o, sea por la ratificación de Convenios internacionales.

Además, la imprescriptibilidad de los delitos en contra de la Administración Pública ha sido adoptada por las legislaciones de países como Bolivia, Perú y Ecuador.

Mientras que, respecto a los delitos sexuales han sido declarados como imprescriptibles en Estados como Chile, Perú, Colombia y Ecuador, es importante mencionar que, únicamente el Estado boliviano, ha dispuesto en su normativa interna la imprescriptibilidad de delitos ambientales.

3. Populismo penal

3.1. Definición de populismo penal

La teoría expansionista del Derecho Penal, la cual, señala que los Estados a través de sus legisladores, con el objeto, de persuadir la sensación generalizada de inseguridad de sus ciudadanos, han dado origen al llamado Derecho Penal Simbólico y al Populismo Penal o Populismo Punitivo, los cuáles, se diferencian uno del otro, por cuanto, el primero es un mero anuncio de medidas adoptadas en el derecho penal para calmar la sensación de inseguridad, mientras que en el populismo penal, los gobernantes buscan una fácil huida hacia derecho penal para resolver disfunciones sociales, ya sea mediante la creación de nuevas leyes o con el endurecimiento de penas en los tipos penales previamente tipificados en sus ordenamientos jurídicos.

El populismo penal desde su origen anglosajón, teniendo como su mayor representante a Bottoms, se ha determinado como una tendencia penal, la cual, se halla en constante cambio dependiendo la postura de los representantes estatales, el incremento de esta tendencia se ha

visto reflejado por las necesidades de los habitantes de desarrollarse en un ambiente armónico y seguro.

En este sentido, Jesús María Silva Sánchez (2006), inicia su obra con lo manifestado por Von Bar, que dice: Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad -pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso-, allí puede pensarse en la frase de Tácito: *Pessima respublica, plurimae leges*".

El jurista Ferrajoli (2011), en su explicación de la teoría expansionista del derecho penal señala que: “una política en materia de seguridad, dirigida a obtener consenso secundando el miedo y la demanda de medidas represivas con un uso coyuntural y demagógico del derecho penal”.

Por su parte, refiriéndose a esta teoría, el profesor Felipe Rodríguez (2020), al manifestar: “Entonces el Derecho Penal Simbólico es más político que jurídico y únicamente responde a un marketing político «populismo penal» donde los legisladores, para ganar votos o devengar sus salarios, simulan estar trabajando en pro de la sociedad, creando bases ficticias, simbólicas, que al no ser reales ponen en peligro a toda nuestra estructura social. El Derecho Penal Simbólico es una bomba de tiempo, tiempo que se nos acaba”.

De esta manera, el “populismo penal” es una manifestación del poder político en la utilización del Derecho Penal como instrumento para sus propios intereses (Cadena, 2021).

Asimismo, el profesor Máximo Sozzo, en la entrevista entregada a la Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana, señala: “Lo que podríamos encontrar en las aproximaciones a una idea de populismo, es su relación con una determinada manera de pensar

y actuar, que vienen a destronar y desestructurar maneras de pensar o actuar que estaban establecidas precedentemente. Es decir, una especie de descomposición del establishment. Este elemento parece ser un componente muy importante de la idea del populismo punitivo, que reivindica lo que la gente siente, piensa y quiere del tema del delito y de la pena”. (Gómez, A., & Proaño, F., 2014).

El profesor Sozzo, continúa en la mencionada entrevista y señala: “Por otro lado, respecto a las condiciones que han hecho posible el surgimiento del populismo penal, encontramos una especie de enfoque bastante limitado. Hay muchas interrogantes que van desde las relaciones de partidos políticos en el contexto de la transición a la democracia en nuestros países, o del problema del delito y la pena, hasta preguntas acerca de la transformación de los medios de comunicación de la mano de su mercantilización y privatización.” (Gómez, A., & Proaño, F., 2014).

Con lo cual, nos encontramos frente a una política penal mediática, en la cual, los medios de comunicación, a través de “expertos”; o, directamente, desde el desconocimiento del derecho por parte de sus periodistas, realizan reportajes o entrevistas, que sin temor a caer en el amarillismo, persuaden al ciudadano hacia el temor, quienes ven como sus salvadores a los legisladores o políticos, quienes brindan como única alternativa el cobijo de la expansión penal, a fin de, satisfacer esa necesidad de neutralizar el sentimiento de inseguridad.

En palabras del jurista Felipe Rodríguez (2020): “El Derecho Penal Simbólico tiene como precursor y patrocinador a los medios de comunicación, los cuales publican los males sociales y las preocupaciones de la sociedad, la mayoría de veces magnificándolas en extremo, y de este modo obligan al legislador a actuar en pro de aquellos acontecimientos, lo que les guía a legislar sin científicidad, sin dogmática de soporte y, a crear nuevos tipos penales que nunca se aplicarán y, que lo que es más grave aún, que nunca se reafirmarán como vigentes”.

Por lo expuesto, podemos definir al Populismo Penal, como una tendencia dentro de la teoría expansionista del Derecho Penal, en la cual, el Estado y sus políticos, utilizan el sentimiento de inseguridad generalizada de los ciudadanos, para obtener aceptación y una votación del electorado, inmediata o a corto plazo, con el ofrecimiento de la creación de nuevos tipos penales, o con reformas referentes a la imputación y pena, que aupados con los medios de comunicación, obtienen el beneplácito de la sociedad.

3.2. Populismo penal en el Ecuador.

Como hemos visto, la expansión del derecho penal bajo sus expresiones del derecho simbólico y del populismo penal, se han convertido en las herramientas usadas por los gobernantes para calmar el sentimiento de inseguridad de sus ciudadanos. Esta herramienta, ha sido usada sin temor y sin análisis, lo cual, ha ocasionado que se desemboque en el derecho penal de máxima, obteniendo un *ius puniendi* sin límites, de incertidumbre y de extrema severidad, incluso vulnerando principios como el de igualdad, proporcionalidad e *in dubio pro reo*.

El Ecuador no ha sido la excepción y se ha dado un trato abusivo del derecho penal para solventar problemas del ordenamiento social y económico, que podían haber sido solventados desde otra esfera del derecho menos invasiva y con mayor eficacia.

Tal como lo refiere Javier Cigüela (2020): “El recalentamiento de la opinión pública mediante estrategias populistas como las guerras culturales, la polarización o los pánicos morales no sólo conduce a un clima social en el que parece que más derecho penal resulta una solución adecuada, sino que también predispone a los ciudadanos a ejercer ellos mismos la “soberanía punitiva” que el imaginario populista les reconoce”.

Durante el transcurso del tiempo, hemos sido testigos del influjo del populismo penal en la agenda legislativa y electoral del Ecuador, dentro las cuales, podemos encontrar la

creación de nuevos tipos penales, imprescriptibilidad, endurecimiento de penas, supresión de beneficios penitenciarios, entre otras.

Así, lo que es una realidad hoy en día es la creación indiscriminada de tipos penales, la vigorización de las penas existentes para conductas ya tipificadas, la disminución de las garantías en los procesos penales de quienes son juzgados, la flexibilización, con tendencia expansiva, de los criterios de imputación de responsabilidad penal y el endurecimiento de los regímenes penitenciario y carcelario. (Velandia, 2015)

En ese contexto, Raúl Cadena (2021) coincide en su texto sobre las propuestas políticas en las que se podrían denotar la aplicación del populismo penal, y hace una enumeración taxativa de los mismos, en los cuales, consta: el endurecimiento de penas, la tipificación de nuevas conductas penales, la imprescriptibilidad de delitos, la solicitud de antecedentes judiciales, reducción de la edad de imputabilidad, eliminación de beneficios penitenciarios.

Con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, con fecha 10 de agosto de 2024, se promulgaba el cambio estructural que necesitaba el país en el marco del derecho penal, sin embargo, en sus diez años de vigencia, ha contado con varias reformas, las cuales, han surgido con cada cambio de mandatario, recayendo en ser el mecanismo útil para la persecución y para la medición de popularidad de los políticos.

Un ejemplo de lo manifestado es el delito de sicariato (art. 143), el cual, fue incluido en el COIP como un tipo penal aparte del delito de asesinato (art. 140), sin embargo, el Código Penal derogado, en su artículo 450 numeral 2, tipificaba al delito de asesinato por precio o promesa remuneratoria, con lo cual, podemos denotar que el bien jurídico y las circunstancias del delito son las mismas, lo que nos lleva a concluir, que el legislador buscó la forma de cumplir con la insatisfacción del ciudadano expandiendo el derecho penal.

La imprescriptibilidad es otra muestra del populismo penal en el Ecuador, a través de la cual, hablando de los delitos contra la administración pública, se han convertido en el mecanismo ideal para la venganza política entre gobernantes, puesto que, al no existir el límite de persecución de delitos por el transcurso del tiempo, la acumulación de procesos investigativos, la pérdida de pruebas o de elementos de convicción, entre otros, han ocasionado que en los ilícitos como el peculado se conviertan en la “carta bajo la manga” de los candidatos para la obtención de intereses particulares.

Por consiguiente, la ampliación del catálogo de delitos de la ley penal ecuatoriana no ha solucionado los problemas de fondo, ni siquiera han reducido los índices de corrupción, de delincuencia común o de la inseguridad ciudadana, sino que, únicamente, ha conseguido el aumento desmedido de la población carcelaria, el cual, no cumple con las condiciones para una rehabilitación social, mucho menos, para una reinserción del delincuente a la sociedad, convirtiendo a estos centros de rehabilitación en escuelas del delito.

3.3. El populismo penal como recurso político.

Como hemos visto, el populismo penal se ha convertido en el método utilizado por los políticos para enmendar el miedo y la sensación generalizada de inseguridad de los ciudadanos, entregando “soluciones” a los problemas sociales, económicos y políticos, por medio del uso indiscriminado del derecho penal, incluyendo tipos penales innecesarios, imponiendo la imprescriptibilidad en varios de ellos, endureciendo las penas de manera abrupta e injustificada e incrementando la población carcelaria.

El nuevo discurso de la política criminal invoca sistemáticamente un público lleno de ira, cansado de vivir con temor, que exige medidas fuertes de castigo y protección. El sentimiento que atraviesa la política criminal es ahora con más frecuencia un enojo colectivo

y una exigencia moral de retribución en lugar del compromiso por buscar una solución justa, de carácter social (Garland, 2005).

En este sentido, los Estados deberían impulsar la solución de sus problemas mediante la aplicación de políticas criminales, en las que intervengan expertos de distintas áreas del conocimiento, a fin de erradicar los problemas de raíz, sin que la primera alternativa sea la inmersión en el derecho penal, que como sabemos, tiene el principio de subsidiaridad y de ultima ratio, sin embargo, se ha convertido en la primera opción para la solución de problemas dentro de la sociedad.

Raúl Cadena, (2021) en su obra “El populismo penal en el Ecuador, El manejo político de las normas penales”, hace referencia a Portillo quien señala: ³ Los políticos para ganar votos y obtener popularidad repetirán el discurso de la criminología mediática, el cual señala que la punición y represión social son la solución a los conflictos sociales. Esto crea una falsa idolatría o falso dios, que es el derecho penal como instrumento que va a solucionar todos nuestros males, y como toda religión, tiene sus seguidores y fanáticos”.

Para ejemplificar lo manifestado, tenemos muchas manifestaciones del carácter punitivo encaminadas a la aceptación electoral, sin embargo, nos referiremos a la Consulta Popular realizada en el Ecuador el 21 de abril de 2024, en cuyo literal G se consultó a la población: ¿Está usted de acuerdo con que se incrementen las penas de los delitos de: (i) terrorismo y su financiación, (ii) producción y tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, (iii) delincuencia organizada, (iv) asesinato, (v) sicariato, (vi) trata de personas, (vii) secuestro extorsivo, (viii) tráfico de armas, (ix) lavado de activos y (x) actividad ilícita de recursos mineros, reformando el Código Orgánico Integral Penal conforme el Anexo de la pregunta?.

Evidentemente, de acuerdo con los resultados emitidos por el Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución PLE-CNE-1-8-5-2024, de 08 de mayo de 2024, el electorado apoyó la propuesta con un 67,34% de aceptación, con la esperanza de la reducción del cometimiento de estos delitos, lo cual, fue totalmente erróneo, ya que, los delitos se siguen cometiendo en igual o mayor medida y el sentimiento de inseguridad en la población se mantiene.

El recalentamiento de la opinión pública mediante estrategias populistas como las guerras culturales, la polarización o los pánicos morales no sólo conduce a un clima social en el que parece que más derecho penal resulta una solución adecuada, sino que también predispone a los ciudadanos a ejercer ellos mismos la “soberanía punitiva” que el imaginario populista les reconoce. (Cigüela, 2020).

De esta manera el derecho penal ha sido objeto de la manipulación de las estrategias electorales, por cuanto, los candidatos a una dignidad han usado como bandera de lucha la imposición de medidas del derecho penal de máxima y de la expansión del derecho penal, para obtener resultados particulares sin importar el beneficio comunitario, recayendo en ofrecimientos demagógicos que de ninguna manera establecerán la paz social, como lo manifiesta Velandia (2015): ¹⁴ en la positividad electoral no se requiere que se obtenga el propósito electoral buscado, sino que se haga una propuesta de reforma normativa con el fin de obtener réditos electorales”.

III. CONCLUSIONES

El peculado desde su origen en Roma ha buscado que los bienes públicos, pertenecientes al Estado, sean utilizados de manera correcta, eficiente y no exista defraudación por parte de los funcionarios que lo custodian, sin embargo, la corrupción ha tenido un crecimiento incontrolable, por lo cual, el Estado se ha visto en la necesidad de recurrir al derecho penal para establecer parámetros y lineamientos que permitan la obtención de este propósito y castigar a aquellos que no cumplan con su encomienda.

Uno de los puntos más cuestionados en el delito de peculado, dentro de los elementos del tipo, ha sido el sujeto activo de la conducta, puesto que, si bien se trata de un delito calificado, en el cual, el sujeto tiene una cualidad especial que lo diferencia del resto, no es menos cierto, que podría existir la intervención del denominado “extraneus”; o, lo que es el caso, del peculado bancario, en el cual, el sujeto activo no es un funcionario público ni el bien jurídico es la eficacia de la administración pública.

Por su parte, la prescripción es la figura jurídica del derecho penal mínimo que impone un límite del ius puniendi del Estado, asegurando un conjunto de reglas previamente establecidas, para que la persecución penal y la imposición de una pena.

La evolución y desarrollo de los derechos humanos, ha llevado al derecho internacional a través de sus organismos, impongan en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, la implementación de Tratados y Convenios que protejan a las víctimas de aquellas infracciones que por su gravedad han sido catalogados como imprescriptibles, en aras de evitar la impunidad, buscando que se conozcan los hechos y se haga justicia.

En el presente trabajo, nos hemos referido a los ordenamientos internos de algunos países de la región, en los cuales, se ha podido avizorar la implementación del derecho penal máximo, en la institución de la imprescriptibilidad, en los cuales, en su mayoría han acogido

esta figura para aquellos delitos de máxima gravedad como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra, sin embargo, ha habido el acuerdo de los estados de incluir, en ciertos casos, como imprescriptibles, a los delitos de carácter sexual y los de administración pública.

Respecto al populismo penal, en el presente ensayo académico, se ha abordado el tema desde una mirada generalizada, en el cual, se ha determinado su origen en la teoría expansionista del derecho penal, resaltado la aplicación de esta tendencia por parte de los gobernantes o candidatos a una designación gubernamental, quienes se aprovechan del sentimiento de inseguridad generalizada de los ciudadanos, para conseguir sus beneficios personales o electorales, con la promesa de restaurar la paz social mediante la imposición de nuevos tipos penales, o con reformas referentes a la imputación y pena.

En el Ecuador, los mandatarios, legisladores y todos aquellos que buscan la aceptación del electorado, aupados por los medios de comunicación, han aplicado de manera deliberada el populismo penal en la creación y reforma de la ley penal, usando a éste como la principal medida para la solución de problemas sociales, económicos y políticos, violentando el principio de subsidiaridad y ultima ratio del derecho penal.

La imprescriptibilidad del peculado, como consecuencia del derecho penal máximo, es una medida extremadamente severa, imprevisible y que causa incertidumbre en la población, además, violenta los principios de legalidad, igualdad y proporcionalidad, otorgando una facultad ilimitada al ius puniendi del Estado en la persecución de este delito y su pena, poniendo en riesgo el correcto manejo del derecho penal y convirtiéndolo en un arma de persecución política

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito: Registro Oficial 449 de 20 de octubre del 2008.

Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito: Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014.

Cabanelas de Torres, G. (2006). Diccionario Jurídico Elemental Edición.

Cadena, R. (2021). El populismo penal en el Ecuador, El manejo político de las normas penales.

Carrera, D. (2005). Peculado: de bienes y servicios públicos, Editorial Mediterránea, Córdova.

Cerrada, M. (2016). Prescripción e imprescriptibilidad de los delitos. Orígenes, fundamentos y regulación en el derecho comparado y en el derecho español, en Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época, 120.

Cerrada, M. (2018). La imprescriptibilidad de los delitos. Orígenes. Fundamentos. Naturaleza jurídica.

Cigüela Sola, J. (2020). Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural. Tomado de <http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194.

Código Penal de Bolivia (2011). <https://tsj.bo/wp-content/uploads/2019/11/codigo-penal-y-procedimiento-penal.pdf>

Código Penal de Perú (2004). [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/\\$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf)

²⁰ Constitución Política de la República de Chile. (1980). https://www.camara.cl/camara/doc/leyes_normas/constitucion.pdf

Constitución Política de la República de Colombia. (1991).

<http://www.secretariassenado.gov.co/constitucion-politica>

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. (2009).

<https://aaps.gob.bo/images/MarcoLegal/Leyes/CPE.pdf>

Constitución Política del Perú. (1993).

<https://www.congreso.gob.pe/Docs/constitucion/constitucion/index.html#p=2>

Cornejo, J. (2020). El sistema de los delitos contra la eficiencia de la administración pública.

Consideraciones político-criminales. www.derechocambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822 266 N.º 60, ABR-JUN 2020.

Correa, J. (2014). Principio de oportunidad, ¿genera prescripción de la acción penal en el delito de inasistencia alimentaria?. Bogotá, Colombia: Universidad militar Nueva Granada.

Espinosa Leal, I. (2021). Evolución histórica de la teoría del bien jurídico penal, Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística Año 10, vol. 19, Agosto-Diciembre 2022 ISSN: 2007-2023.

Fernández, G. (2013). El Nuevo Código Procesal Penal: La necesidad del cambio en el sistema procesal peruano. Artículo presentado en la página web de Justicia Viva. s/a Fecha de consulta, vol. 4, no 09.

Ferrajoli, L. (2011). Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional. Madrid, Trotta.

Garland, D. (2005). La cultura del control, Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea, Traducción de Máximo Sozzo.

Gómez, A., & Proaño, F. (2014). Entrevista a Máximo Sozzo: "¿Qué es el populismo penal?". URVIO. Revista Latinoamericana De Estudios De Seguridad, (11), 117–122. <https://doi.org/10.17141/urvio.11.2012.1162>

González-Salas, R. (2001). Oxford University Press Harla México.

H. Congreso Nacional Chile. (2019). Ley Núm. 21.160. Declara Imprescriptibles Los Delitos Sexuales Cometidos Contra Menores De Edad.

Mir Puig, S. (2023). Introducción a las bases del Derecho penal, Buenos Aires.

Organización de las Naciones Unidas. (1968). Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, 26 noviembre 1968, <https://www.refworld.org/es/leg/intinstrument/ue/1968/es/131072> [accedida 22 May 2024].

Organización de las Naciones Unidas. (1998). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Parra Núñez, F. (2022). Una breve historia sobre la (im)prescriptibilidad penal, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XLIV, Valparaíso, Chile.

Prado Saldarriaga, V. (2000). Causales de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena. Derecho PUCP, (53), 906.

Rodríguez, F. (2020). Curso de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Introducción al derecho penal.

Rodríguez, F. (2020). Curso de Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Teoría del Delito.

Silva, J. (2006). La Expansión Del Derecho Penal, Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales.

Soler, S. (1970). Derecho penal argentino. Tipográfica Editora Argentina.

Torres, K. (2017). La prescripción como consecuencia de la pérdida del poder punitivo del Estado por haber dejado pasar el tiempo sin ejercerla acción penal en la legislación peruana. Tesis de Grado, Universidad San Pedro, Huaraz.

Velandia Montes, R. (2015). La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, Tomo I.

Welzel, H. (2004). El nuevo sistema del Derecho Penal; Madrid.

Zabala, J. (2015). Peculado General y Bancario: De Un Precedente Jurisprudencial A Un Estudio Dogmático Del Coip. Quito – Ecuador. Murillo Editores.

● 8% de similitud general

Principales fuentes encontradas en las siguientes bases de datos:

- 8% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

FUENTES PRINCIPALES

Las fuentes con el mayor número de coincidencias dentro de la entrega. Las fuentes superpuestas no se mostrarán.

1	doku.pub Internet	<1%
2	img.lpderecho.pe Internet	<1%
3	core.ac.uk Internet	<1%
4	clubensayos.com Internet	<1%
5	docplayer.es Internet	<1%
6	polodelconocimiento.com Internet	<1%
7	dspace.unach.edu.ec Internet	<1%
8	lpderecho.pe Internet	<1%

9	buenastareas.com Internet	<1%
10	repositorio.puce.edu.ec Internet	<1%
11	repositorio.uta.edu.ec Internet	<1%
12	dspace.uce.edu.ec Internet	<1%
13	es.slideshare.net Internet	<1%
14	datospdf.com Internet	<1%
15	idus.us.es Internet	<1%
16	archive.org Internet	<1%
17	dspace.unl.edu.ec Internet	<1%
18	repositorio.ucp.edu.pe Internet	<1%
19	coursehero.com Internet	<1%
20	tesis.pucp.edu.pe Internet	<1%

21	repositorio.uigv.edu.pe Internet	<1%
22	repositorio.unp.edu.pe Internet	<1%

● Excluir del Reporte de Similitud

- Base de datos de publicaciones
- Material bibliográfico
- Material citado
- Bloques de texto excluidos manualmente
- Base de datos de trabajos entregados
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 20 palabras)

BLOQUES DE TEXTO EXCLUIDOS

dineros públicos, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que es...

www.unach.edu.ec

Art. 278. - Las o los servidores públicos; las personas que actúen en virtud de una...

www.pge.gob.ec

Las o los servidores públicos; las personas que actúen en virtud de una potestad e...

www.pge.gob.ec

A los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la person...

www.pge.gob.ec

un servicio público, y que están encargados legalmente de los bienes y caudales p...

dspace.ucuenca.edu.ec

los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del ...

dspace.ucuenca.edu.ec

el ejercicio de una potestad estatal se refiere y circunscribe a sujetos que integran ...

dspace.ucuenca.edu.ec

Entonces el Derecho Penal Simbólico es más político que jurídico y únicamente res...

master.us.es

El Derecho Penal Simbólico tiene como precursor y patrocinador a los medios de c...

master.us.es

la Declaración de los Derechos Humanos, en

www.researchgate.net

El recalentamiento de la opinión públicamediante estrategias populistas como las ...

www.researchgate.net

artículo 121 inciso segundo

repositorio.puce.edu.ec

Dentro de la evolución del derecho romanopodemos distinguir tres etapas con un t...

www.scielo.cl

En 1968 la Asamblea General de

hdl.handle.net

b) Los crímenes de lesa humanidad;c) Los crímenes de guerra;d) El crimen de agr...

hdl.handle.net

contado desde la fecha de inicio de la respectiva instrucción. En ningún caso, el ej...

www.goconqr.com

General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de dic...

www.derechos.org

La "finalidad", o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre,gracias a s...

documentop.com

El nuevo discurso de la política criminal invoca sistemáticamente un público lleno ...

documentop.com

Está usted de acuerdo con que se incrementen las penas de los delitos de: (i)terro...

gk.city
