

ISSN: 2661-6866

**PERFIL**

**CRIMINOLÓGICO**

Diciembre 2019 • Nro. 26

**FGE**

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

Revista Científica de  
**Ciencias Jurídicas,**  
Criminología y Seguridad



**Delitos de Corrupción**

# PERFIL

CRIMINOLÓGICO

Revista Científica de  
**Ciencias Jurídicas,**  
Criminología y Seguridad

## FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

### Fiscal General del Estado

Dra. Diana Salazar Méndez

### Coordinador General de Gestión del Conocimiento

Mgs. Mauricio Torres Maldonado

### Directora de Política Criminal

Mgs. Ximena Coello Martínez

### Edición

Lic. Luis Monteros Arregui – Experto en Comunicación Social  
Equipo técnico - Dirección de Política Criminal

### Revisión

Dirección de Estudios Penales

### Fecha y Lugar de Publicación

Quito, diciembre de 2019  
1 000 ejemplares.

Distribución gratuita.

*Los criterios vertidos por los autores no comprometen  
la opinión institucional.*

*©Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o  
parcial, sin autorización de los autores.*

# FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO  
ECUADOR

### Fiscalía General del Estado:

**Dirección:** Juan León Mera N19-36 y Av. Patria.  
Edificio Fiscalía General del Estado (Quito)

**Teléfono:** 02 3985 800

[www.fiscalia.gob.ec](http://www.fiscalia.gob.ec)

Quito - Ecuador

### DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN:



Editorial Mendieta  
Valladolid N24 - 174 y Madrid  
Telf.: 2 2502 466  
[editorialmendieta@grupomendieta.com](mailto:editorialmendieta@grupomendieta.com)  
Quito - Ecuador  
[www.grupomendieta.com](http://www.grupomendieta.com)

Miembro de la Cámara Ecuatoriana del Libro Reg. No. 620



Diana Salazar Méndez

Doctora en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador (2007). Especialista en Derechos Humanos por la Universidad Andina Simón Bolívar. Magíster en Derecho Procesal, mención en Derecho Penal por la Universidad Tecnológica Indoamérica. Especialista en Derecho Procesal por la Universidad Tecnológica Indoamérica. Diplomado Superior en Derecho Procesal por la Universidad Tecnológica Indoamérica.

Agente Fiscal de Pichincha de 2011 a 2018. Directora de la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) de 2018 a 2019. Actual Fiscal General del Estado.

Es posible entender la corrupción de muchas maneras; parafraseando a Mario Olivera, experto del Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción (IIEA), podemos decir que el término “corrupción” se ha consolidado como el conjunto de conductas ilícitas o ilegítimas realizadas por servidores públicos o privados para favorecer intereses propios o de terceros, a través del uso de espacios de poder, afectando intereses públicos o colectivos.<sup>1</sup> (Plan Nacional de Prevención y Lucha contra la Corrupción, 2013-2017).

Al desarrollarse estos actos, en gran medida dentro de esferas de poder, se produce un impacto directo y negativo en los ámbitos económico, social, cultural, educativo y, por supuesto, de justicia. La corrupción es catalogada como uno de los más grandes problemas globales y –según varios estudios especializados en la materia– se encuentra directamente ligada al impedimento del desarrollo de los países, al incremento de la pobreza y al debilitamiento de los sistemas judiciales, como consecuencias más relevantes.

En vista de que los perjuicios de la corrupción, tanto económicos como sociales, resultan incalculables, los esfuerzos en su lucha se suman a escala mundial, y han generado, en las últimas décadas, documentos jurídicos que buscan combatirla y perseguirla. Es así que el Ecuador ha firmado y ratificado instrumentos internacionales contra la corrupción, tales como la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana con-

1 “[...] la acción ilícita o ilegítima encubierta y deliberada de servidores públicos o personas privadas para favorecer intereses particulares, realizada vía cualquier medio o cuota de poder en espacios normativos institucionalizados y estructurados, afectando a intereses públicos, de sujetos colectivos, individuales y a la ética [...]” Definición adoptada por la FTCS y que consta en el documento de Articulación del Plan (Mario Olivera).



tra la Corrupción, instrumentos que otorgan al Estado ecuatoriano un marco de convencionalidad para prevenir, detectar, investigar, sancionar y recuperar los activos fruto de los delitos de corrupción.

La Convención de Naciones Unidas, de forma particular, describe ampliamente los delitos de corrupción en un apartado específico denominado “Penalización y aplicación de la ley”, en el que se encuentran delitos tales como: soborno o cohecho, peculado, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, obstrucción de la justicia, blanqueo del producto del delito o lavado de activos, entre otros. En tal sentido, vale señalar que varios de los más importantes avances doctrinarios y normativos para combatir los delitos, como el fenómeno de la corrupción, se han materializado en distintos tipos penales recogidos en nuestra legislación.

Así también, a través del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) de la Organización de Estados Americanos (OEA), se analizan los marcos jurídicos e institucionales de los estados miembros con el propósito de lograr el cumplimiento de la Convención. Este es un compromiso asumido por los 34 estados miembros de la OEA para combatir la corrupción y adoptar decisiones específicas sobre esta problemática.

Cumplir las convenciones y las recomendaciones que se realizan al Ecuador como Estado parte, va de la mano con la obligatoriedad exigida en nuestra Carta Magna y responde a uno de los deberes primordiales que tiene el Estado: garantizar a todos sus habitantes el derecho a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción<sup>2</sup> (Constitución de la República del Ecuador, 2008); por ello, es imperativo trabajar en la persecución y sanción, además de la emisión de políticas públicas de prevención, detección y recuperación de activos fruto de esos delitos.

Desde la mirada del bloque de constitucionalidad, cada institución debe sumarse a defender el derecho a vivir en una sociedad libre de corrupción y responder por sus acciones con base en sus competencias y atribuciones. Por tanto, la Fiscalía General del Estado dirige la investigación preprocesal y procesal penal, en cumplimiento del mandato constitucional que le otorga el ejercicio de la acción penal pública; es así que, también, persigue los tipos penales que han sido catalogados como actos de corrupción, como se describió en párrafos anteriores y, de hallar mérito suficiente, acusa a los presuntos infractores ante un juez competente e impulsa su acusación en la sustanciación de un juicio penal en busca de la verdad y la justicia.

La labor que desempeña Fiscalía radica en detectar y establecer responsabilidades a todas las personas que han participado en delitos –como autores o cómplices–, incluso en aquellos casos en los que los autores no han cometido ma-

---

2 Artículos relacionados: 3, 83, 204 y 206.



terialmente el hecho, comprendiendo que en ocasiones los delitos de corrupción se logran a través de estructuras organizadas de poder, es decir, quien ostenta el mando, dominio o poderío instrumentaliza a varias personas para que cumplan sus órdenes, como establece en su doctrina el Derecho Penal alemán, que amplió la visión restrictiva del autor de un delito.

Adicionalmente, y como es de conocimiento público, no existe un apartado en la normativa ecuatoriana que clasifique y establezca taxativamente los delitos de corrupción; lo que más se aproxima es el Plan Nacional de Prevención y Lucha contra la Corrupción 2013-2017 que realizó la Función de Transparencia y Control Social, en cumplimiento de sus competencias constitucionales. A través de este documento, dicha Función adoptó un concepto de corrupción<sup>3</sup> y estableció la caracterización y tipologías de los actos de corrupción, lo cual merece especial atención en el debate público y en la generación de normativa y políticas públicas referentes al tema. Por ahora, los delitos en contra de la eficiencia de la administración pública establecidos en el Código Orgánico Integral Penal han sido enmarcados como actos de corrupción.

Para la Fiscalía, como parte de la Función Judicial, es fundamental analizar el impacto que genera la corrupción porque, en un estado de derechos y garantías, se debe cuidar con mucho celo a las instituciones democráticas, en especial a las del eje de justicia, puesto que la corrupción intenta interferir en su sistema y debilitar sus entidades, generando una particular desconfianza y resistencia ciudadana en su administración, y trayendo, como consecuencia directa, la impunidad, la falta de imparcialidad en los procesos, retaliaciones que surgen después de presentar denuncias, entre otras.

Es ahí en donde radica la importancia de que existan respuestas institucionales sólidas, efectivas, siempre apegadas a Derecho, que prioricen en la protección a las víctimas, porque solo así se podrá devolver a la ciudadanía la confianza en el sistema de justicia y construir una barrera infranqueable contra el abuso de poder.

De esta manera, la Fiscalía General del Estado asume un compromiso frente a la ciudadanía, que se resume en la siguiente premisa: **cero tolerancia a la corrupción**; es decir, combatir la impunidad, visibilizar, investigar y propender a la sanción de todos los casos de corrupción, fortaleciendo los sistemas de justicia y entregando respuestas a la sociedad ecuatoriana, que es víctima directa de estos delitos.

---

3 Concepto adoptado por la Función de Transparencia y Control Social y que consta en el documento de Articulación del Plan: “[...] la acción ilícita o ilegítima encubierta y deliberada de servidores públicos o personas privadas para favorecer intereses particulares, realizada vía cualquier medio o cuota de poder en espacios normativos institucionalizados y estructurados, afectando a intereses públicos, de sujetos colectivos, individuales y a la ética [...]” (Mario Olivera)



Ximena Coello M.

Abogada por la Universidad de Cuenca (2011). Máster en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Especialista en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador. Actual directora de Política Criminal de la Fiscalía General del Estado. Directora de Política Criminal del entonces Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, de 2015 a 2017. Subcoordinadora Nacional de Investigación de Denuncias de Corrupción o Afectación a los Derechos de Participación Ciudadana del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) de 2013 a 2015. Asesora del Secretario Técnico de Transparencia y Lucha Contra la Corrupción del CPCCS en 2013. Especialista de Proyectos Penales en el Consejo de la Judicatura Transitorio en 2012.

Uno de los académicos más prominentes a escala mundial sobre el tema de la corrupción, Paul Heywood, sostiene que *"podríamos argumentar que los esfuerzos anticorrupción representan un gran fracaso de la política pública: parece haber poca evidencia de que estemos mucho más cerca de resolver el problema en 2018 que en 1996, cuando James D. Wolfensohn, entonces presidente del Banco Mundial, anunció que "tenemos que lidiar con el cáncer de la corrupción"*.

Pero, ¿por qué, si destinamos tantos recursos para combatir la corrupción, no logramos ver cambios tangibles? En términos generales, una respuesta concreta –pero no por ello simple– sería que aún no hemos entendido a profundidad lo que es la corrupción y sus implicaciones sistémicas, cuál es su magnitud real y las causas que la originan.

Para los académicos, el único consenso posible es que "no hay consensos" para definir y abordar la corrupción. De hecho, se pueden encontrar tantas definiciones de este problema como personas que la estudian. Por ello, actualmente existe la tendencia a dejar de enfocarse en la corrupción como tal y hacerlo más bien sobre "tipos de corrupción". De este modo, pueden tomarse medidas puntuales para problemas más específicos.

Por otro lado, la generación de políticas anticorrupción tiene como una de sus mayores debilidades que no se pueda medir su impacto. Esto se debe a la falta de conocimiento sobre sus niveles reales; por ejemplo, la mayoría de los

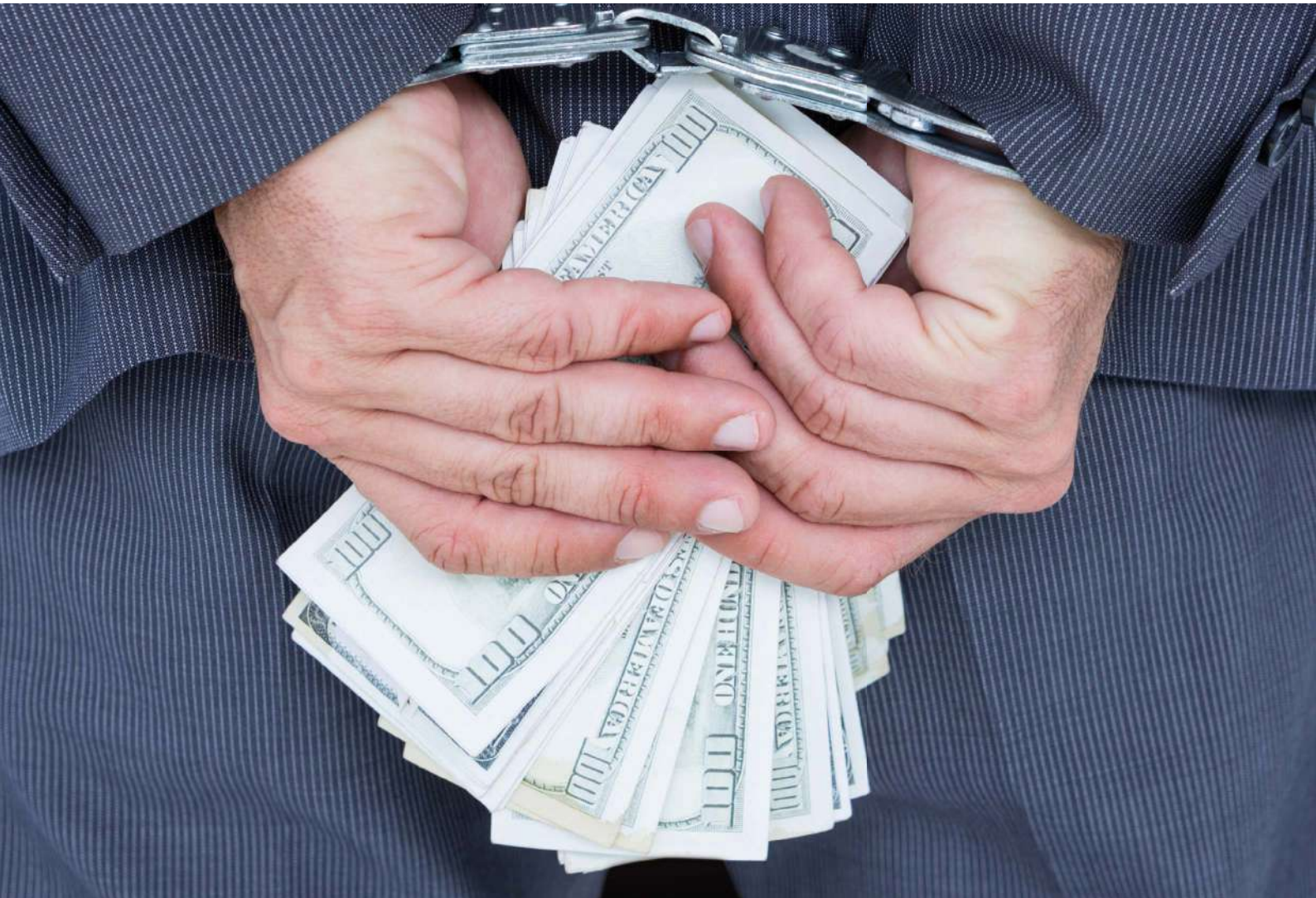


Índices existentes sobre corrupción se basan en percepciones, lo cual acarrea dificultades metodológicas evidentes. Otros índices abarcan la “victimización de la corrupción”, es decir encuestas basadas en preguntas sobre si una persona ha sido víctima de soborno por el ejercicio de una acción o trámite público, sin embargo, su enfoque se centra netamente en el cohecho y no en otras tipologías. Además, dado que, por su misma naturaleza, las acciones ligadas a la corrupción se realizan en secreto y sin una víctima directa –a diferencia de otros tipos penales–, es lógico pensar que no todos los actos de corrupción son denunciados.

Si a eso sumamos el temor a denunciar, debido a ciertos factores como la desconfianza en el sistema de justicia y la falta de garantías integrales y especialmente laborales para quien denuncia, tendremos el caldo de cultivo idóneo para que la corrupción germine. De ahí que se deban generar condiciones adecuadas para que la ciudadanía se sienta motivada y respaldada al momento de presentar una denuncia y durante el proceso de su investigación o esclarecimiento. Pero también es importante potenciar los sistemas de prevención, detección, investigación y sanción de la corrupción, a fin de evitar su cometimiento o, en caso de haberse producido, impedir que queden en la impunidad, lo cual es, quizás, uno de los factores que más incidencia tienen en la continuidad de un sistema plagado de corrupción. Esto coloca a las instituciones del eje de justicia frente a un desafío vital: ser capaces de demostrar a la ciudadanía que la corrupción es investigada y sancionada.

Sabemos que este fenómeno perjudica el desarrollo social y económico de un país, por lo que es imprescindible recuperar los capitales fruto de los delitos catalogados como corrupción. Además, puede conducir a un monopolio político y a la formulación de políticas sesgadas en beneficio de grupos específicos, al tiempo que erosiona la legitimidad y estabilidad de las instituciones públicas y, por tanto, de la democracia.

Finalmente, es preciso enfocarse en el hecho de que la corrupción que no es atacada tiene también un costo social ligado a la marginación y el resentimiento de la población, que piensa que por esta vía los “poderosos” incrementan considerablemente su poder y, en consecuencia, deterioran la moral social.



Copyright: <a href="https://www.freepik.es/fotos-vectores-gratis/fondo">Foto de Fondo creado por creativeart - www.freepik.es</a>



# Conceptualización de la corrupción



**Cielito Berenice Olivo Espín**

### **SOBRE LA AUTORA DEL PRESENTE ARTÍCULO**

Investigadora independiente. Abogada por la Universidad Católica del Ecuador, PUCE Quito (2003). Máster en Derecho, Economía y Políticas Públicas, por el Instituto Universitario José Ortega y Gasset de Madrid; Máster en Políticas Públicas por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Sede Ecuador; y PhD en Economía e Instituciones, por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Fue parte del equipo técnico de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción de Ecuador, en el periodo 1998-2008. Designada por el CPCCS como experta gubernamental del Ecuador para el proceso de implementación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción en el año 2013 y servidora de la Subcoordinación Nacional de Investigación del CPCCS a la fecha.

**Correo:** [cielito\\_olivo@hotmail.com](mailto:cielito_olivo@hotmail.com).

## CONCEPTUALIZACIÓN DE LA CORRUPCIÓN ¿QUÉ ES?, SU PERCEPCIÓN Y FORMA DE MEDIRLA

Cielito Berenice Olivo Espín

### Resumen

La corrupción pública es ampliamente estudiada en la academia a partir de las Ciencias Sociales, enfoques que brindan una visión amplia del fenómeno y, por tanto, de los alcances y límites de su conceptualización, así como de las estrategias posibles para el control institucional y social de lo público, con un mayor desarrollo académico desde la Economía y la ciencia Política. En los estados democráticos contemporáneos, la medición de la corrupción se realiza principalmente a partir de índices de percepción ciudadana, cuyo crecimiento ascendente basado en altos niveles de este tipo de comportamiento criminal y su impunidad, aumenta los niveles de desconfianza social en las instituciones democráticas, la burocracia, la administración de justicia y la clase política. Y en menor medida existen índices orientados a una medición más objetiva, a partir de los niveles de victimización individual por actos de corrupción. Las dos formas de medición se relacionan, a su vez, con indicadores de buen gobierno y confianza institucional.

**Palabras clave:** corrupción, control social, percepción, política pública, democracia.

### Abstract

Public corruption is widely studied in academia by the social sciences. These approaches provide a broad view of the phenomenon and, therefore, of the scope and limits of its conceptualization. Furthermore, academic studies also provide possible strategies for institutional control and social oversight of public management, with a highest academic development from economics and political science. In contemporary democratic States, the measurement of corruption is mainly carried out based on the levels of citizen perception, whose upward growth based on high levels of this kind of criminal behavior and their impunity, increase the levels of social distrust in democratic institutions, bureaucracy, the Justice and the political class. To a lesser extent, there are indexes based on qualitative instruments, on the levels of victimization by acts of corruption (involvement of citizens in specific acts of corruption). The two forms of measurement are related, in turn, with indicators of good governance and institutional confidence.

**Key words:** corruption, social control, perception, public policy, democracy.



## Introducción

El discurso predominante sobre la corrupción pública y su control enfoca el fenómeno como un riesgo para la consolidación de la reforma administrativa y el rol del Estado como eje para la constitución de las sociedades modernas, principalmente desde los sistemas institucionales; premisa a partir de la cual se relaciona el origen de la conformación de la lucha contra la corrupción como sector de política pública, a partir de las teorías de la modernización, entre los años cincuenta y setenta.<sup>1</sup>

En la actualidad, la problemática central sobre el rol del Estado se relaciona con una pérdida pronunciada del control político sobre la administración pública y el déficit persistente en el control ciudadano directo (Cunill, 2000, p.15), situación que, según Gerald E. Caiden, coloca el debate en la necesidad de reconectar la relación entre administración pública y democracia (Caiden, 1997, pág. 1).

### **Nociones conceptuales sobre la corrupción pública**

Uno de los conceptos de corrupción más utilizado en la academia es el propuesto por Joseph Nye, quien la describe como:

*“Un comportamiento que se aparta de los deberes normales de la función pública debido a que atiende a lo privado (familia, allegados) o ganancias pecuniarias o de estatus; o quebranta las reglas hacia el ejercicio de ciertos tipos de influencia que atienden a lo privado. Esto incluye comportamientos tales como el soborno (el uso de recompensas para pervertir el*

*juicio de una persona en posición de confianza); el nepotismo (el otorgamiento de patrocinio por razones de relación atribuida en lugar de méritos); y la malversación de los fondos públicos para usos privados” (Nye, 1967, pág. 966, citado en Caiden, 1997, pág. 7).*

Francisco Laporta y Silvina Álvarez (1997) centran el concepto en la decisión de los agentes y su carácter ilícito y definen a la corrupción pública como una *“conducta que se desvía de los deberes formales de un cargo público a causa de ganancias (pecuniarias o de estatus) de tipo privado (personal, familiar o de grupo)”*, lo que implica que *“[...] la función pública es convertida ilícitamente en una fuente de enriquecimiento privado.”* (p. 20-21)

Para los autores citados *“[...] el esqueleto descriptivo es siempre el mismo: un agente investido de autoridad toma una decisión respecto de un ciudadano o persona jurídica privada o pública, de forma que tal decisión genera para el agente (o para una organización, partido o círculo al que pertenezca el agente) –a través de una transferencia de recursos del sector público o del privado– una ganancia personal”* (Laporta y Álvarez, 1997, 20-21).

El carácter ilícito del comportamiento determina la existencia de un acto de corrupción pública, lo que coloca el análisis en el ámbito de las Ciencias Jurídicas, las que a partir de normas penales responden a la necesidad social de protección de bienes jurídicos que son relevantes para mantener el acuerdo social basado en el estado de derecho. Los delitos de corrupción son de naturaleza pluriofensiva, en los elementos objetivos como subjetivos, en la determinación de la titularidad del bien jurídico protegido y su lesividad, dado que conforme lo señala Manes (2000) ponen en peligro tanto el buen funcionamiento e im-

1 Las teorías de la modernización se orientan a la consolidación del modelo tradicional burocrático, a partir del papel central del Estado en la transformación de las estructuras de las sociedades tradicionales, hacia una condición de sociedades modernas, como factor favorable para el desarrollo del capitalismo.



parcialidad de la administración pública como el daño causado a su patrimonio.

A escala global la tendencia se orienta a la búsqueda de la homologación de los delitos de corrupción pública, esfuerzo que se evidencia en la suscripción de los dos principales instrumentos internacionales en esta materia: la Convención Interamericana contra la Corrupción, en el ámbito de acción de la Organización de Estados Americanos (OEA), y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en el ámbito de acción de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).<sup>2</sup>

## Tipologías de la corrupción

En cuanto a las formas en las que se manifiesta la corrupción, cabe citar la clasificación desarrollada por María del Mar y Javier Salinas Jiménez (Salinas Jiménez & Salinas Jiménez, 2007, pág. 113) quienes, en la misma línea de pensamiento de Thomas y Meagher (2004), así como de Shleifer y Vishny (1993), diferencian tipos de corrupción según las rentas, agentes que intervienen, alcance y nivel de impacto en la estructura institucional de control y en la apropiación ilícita de los recursos públicos:

1. "Gran corrupción y pequeña corrupción".- se relaciona con las rentas implicadas. La primera engloba los comportamientos corruptos de grupos de poder y su capacidad de gestionar cuantitativamente niveles elevados de recursos y rentas en corrupción; también se denomina corrupción política o de cuello blanco; y la pequeña corrupción involucra a la burocracia, grupo con un nivel de incidencia distinto respecto de las decisiones públicas.

2. "Corrupción sistémica e individual o de oportunidad".- parte del nivel de incorporación de comportamientos de corrupción en la estructura institucional de control y sanción. La corrupción sistémica revela la "calidad institucional" y como la organización y funcionamiento de las instituciones a las que les corresponde garantizar la correcta gestión pública se convierten en medios para comportamientos corruptos. Mientras que en la corrupción individual las "instituciones formales" no son parte del sistema de corrupción y tienen capacidad de limitarla y controlarla.

3. "Captura del Estado y corrupción administrativa".- se refiere a la capacidad de los agentes públicos para "diseñar e implementar" normas e influir en la formulación de leyes, regulaciones o políticas públicas. La corrupción administrativa refleja "distorsiones" que se introducen en la fase de diseño o implementación de las decisiones adoptadas, orientadas a favorecer actos de corrupción.

4. "Corrupción extractiva y colusiva".- se refiere a la apropiación o no de recursos públicos por parte de quienes incurrir en corrupción, clasificación que afecta a los costos de transacción y a los incentivos de las partes para el ocultamiento del acto ilícito.

5. "Corrupción sin robo o extractiva".- es aquella en la que la provisión del bien o servicio se produce al precio oficial, que es percibido por el Estado, pero adicionalmente se produce el cobro de una comisión o cantidad adicional por parte del agente público. En este caso el costo de la obtención del beneficio es superior –precio y soborno– lo que puede ser un incentivo para denunciar el acto en caso de prestación de servicios públicos, incentivo que se reduce cuando el pago permite la obtención de un bien que no podría obtener sin el soborno, tal como en la adjudicación ilícita de con-

<sup>2</sup> Los autores recalcan que las definiciones normativas y legales pueden ser limitadas para comprender el fenómeno. (Huber, 2008). La mayor falencia de las explicaciones que se restringen a las normas es que pueden generar conclusiones tautológicas: "un país tiene mayor corrupción porque sus normas son más favorables a la corrupción" (Bardhan, 1997).



tratos o cuando los mecanismos de control y sanción no funcionan adecuadamente.

6. "Corrupción colusiva o con robo".- es la que se produce cuando la provisión del bien o servicio permanece oculta y el agente público "recibe íntegramente" el importe que paga el comprador, y que puede ser menor al precio oficial; en este caso se aumentan los incentivos de los agentes para ocultar el acto, pues éste permite reducir los costos de adquisición del bien o servicio en el caso del privado y puede generarle al agente público, un ingreso mayor que el de la corrupción "extractiva o sin robo".

En las diferentes tipologías de corrupción pública se pueden evidenciar dos tipos de agentes que están presentes en la gestión pública: el patrocinador (privado) y la burocracia (público) y sus diferentes tipos de incentivos, cuya actuación en la configuración del comportamiento penalmente sancionado es interdependiente.

## Estudio de la corrupción en las Ciencias Sociales

El estudio teórico de la corrupción se profundiza a partir de mediados de la década de los años noventa, como consecuencia del desarrollo de los diferentes indicadores de corrupción (Salinas y Salinas, 2007), lo que incorpora al análisis del fenómeno, diferentes formas de comprender el desarrollo económico, la calidad de las instituciones y el Estado como regulador del orden social, así como también la comparación de los grados de desarrollo de los países, como factores explicativos.

Después de la Segunda Guerra Mundial surgió como paradigma teórico dominante el conductismo y la elección racional, a partir de la escuela anglosajona, paradigma que analiza el comportamiento humano, sus incentivos y

elecciones, en las que confluyen la teoría de elección racional, la teoría de juegos, la teoría de la elección pública o *public choice*, la economía del delito, y, en las Ciencias Jurídicas, el análisis económico del Derecho. (Buchanan, et. al. 1986; citados en Olivo 2013, p)

Esta línea académica profundiza en el análisis de la expectativa de sanción como un factor que disuade a los actores y, especialmente, a los servidores públicos a no incurrir en corrupción, con énfasis en el análisis de las implicaciones distributivas en torno al desarrollo, la exclusión, las relaciones y consecuencias nocivas de la corrupción en la economía, la estabilidad política, la burocracia y la administración pública.

Los estudios en torno a los factores que inciden en la corrupción, desde una perspectiva institucional, señalan entre otros a la estructura del gobierno y el proceso político. Se señalan tres condiciones para que se configure corrupción: la existencia de un poder discrecional, rentas económicas asociadas al poder discrecional; y un sistema legal o judicial con baja capacidad de detección y penalización. (Jain, 2001; citado en Salinas Jiménez & Salinas Jiménez, 2007, pág. 117)

Brunetti y Weder (2003) clasifican los determinantes en cuatro grupos: el rol de los mecanismos externos en la burocracia, los mecanismos e incentivos al interior de la burocracia, la independencia de las agencias de monitoreo<sup>3</sup> y factores indirectos como la cultura o el nivel de ingresos del país (citado en Uribe, 2010, pág. 14).

Las democracias generan instituciones para controlar la corrupción, en esta línea se estudia

3 La teoría de redes se aplica también al análisis sobre el rol de las agencias de control y monitoreo. Existen estudios que consideran la posibilidad de que las agencias de control se involucren en la red de corrupción.



el potencial de los mecanismos de rendición de cuentas o *"accountability"* y transparencia a diferentes niveles, en busca de complejizar la sostenibilidad de las redes de corrupción a largo plazo. Sin embargo, se observa como debilidad la capacidad de influencia de los políticos y las prácticas de un sistema político clientelar (Bardhan, 1997).

Entre los costos de incurrir en actos de corrupción se encuentran los relativos a acceder al sistema, mantener el ilícito oculto, así como evadir el control y el juzgamiento. A partir de estudios de caso se resalta el rol de las agencias de control en el incremento de las posibilidades de detectar actos ilícitos, así como los incentivos de los burócratas para influenciar estas agencias y crear redes de corrupción (Handelman, et. al; citados en Bardham, 1997) situación que genera como resultado un problema de impunidad, factor que afecta negativamente la *"percepción subjetiva de sanción"* y reduce la capacidad de disuasión de las sanciones y acciones de control. (Olivo, 2015, p. 161)

Brunetti y Weder (2003) reconocen la existencia de controles externos ejercidos por las organizaciones de la sociedad civil,<sup>4</sup> fuera de la administración gubernamental (Brunetti y Weder, 2003; citados en Uribe 2010, pág. 16); así como los controles mutuos entre poderes estatales *"check and balance"*, como una forma de control externo en democracia, Smulovitz (2002), resaltando el rol que le corresponde al ámbito judicial, donde las agencias de control se consideran, por tanto, parte de los balances de poder del sistema democrático (La Porta, et al, 2004).

La teoría de las redes, desarrollada principalmente en la Sociología y la Administración,

<sup>4</sup> Existen también múltiples estudios en torno a la libertad de prensa como mecanismo para efectivizar el control bilateral de la corrupción basada en la extorsión.

también se incorpora en el paradigma económico (Treviño 2007, citado en Uribe, 2010, pág. 17) y, desde una línea más tradicional, distingue cuatro clases de corrupción: de alto y bajo nivel, política y burocrática, diferenciando la corrupción endémica basada en redes complejas, inclusive a nivel institucional, de lo que denomina la corrupción aislada, basada en relaciones bilaterales (Caiden, 1988; citado en Uribe 2010, pág. 13).

Otros autores, a partir de la Sociología, interpretan a la corrupción como una relación social específica con ciertas lógicas y como una *"categoría cultural"* (Lomnitz, 2000; citado en Huber, 2008, pág. 16) capaz de asumir distintos significados que solo se comprenden en su contexto histórico y geográfico.<sup>5</sup> Se resalta que en esta práctica social contextualizada, las dinámicas generalmente nombradas como corruptas se entremezclan con redes particulares de reciprocidad y poder local (Huber, 2008).

En esta línea, estudios sobre América Latina ubican la co-presencia de la corrupción y el patronazgo político desde sus relaciones estructurales, donde se generan incentivos para convertir las transacciones corruptas en redes estables y clientelares, conforme lo señala relaciones en red que generan condiciones favorables para diversas formas de corrupción en lo público (Maiz, 2003; citados en Uribe 2010, p. 19).

En torno a los valores y cambios culturales en las sociedades a escala mundial, cabe señalar la relación que se otorga a la presencia de cohesión social, corrupción y democracia como

<sup>5</sup> Huber (2008) señala que es importante evidenciar el riesgo de caer en esencialismos culturalistas que argumenten que ciertas culturas generan corrupción. Para evitar determinismos culturales Olivier de Sardan propone identificar las *"lógicas culturales"* o normas sociales generalizadas que pueden permitir una cierta tolerancia o aprobación de la corrupción, con el objetivo de analizarla en contexto (Olivier de Sardan, 1999 citado en Huber, 2008:34).



elementos de análisis sobre los cambios sociales y políticos, donde se destaca la confianza interpersonal como valor social, elementos que sobre los cuales existen intentos de medición a nivel comparado, a través de la denominada Encuesta Mundial de Valores.<sup>6</sup>

## Medición de la corrupción: índices e indicadores de percepción y victimización

El estudio de la corrupción, como fenómeno y problema público, ha generado el desarrollo de varios instrumentos encaminados a determinar su estado y consecuencias con una tendencia al levantamiento de instrumentos cuantitativos, a través de la creación de índices e indicadores, que han logrado un elevado alcance en el estudio y comprensión del fenómeno, a pesar de su baja capacidad para medir elementos de carácter objetivo al encontrarse basados –en su mayoría– en encuestas de percepción, debilidad metodológica que ha sido cuestionada en la academia, por lo que se han creado, adicionalmente, índices de victimización que buscan medir la corrupción a partir de experiencias directas de ciudadanos.

## La percepción de la corrupción

Transparencia Internacional,<sup>7</sup> como organización de la sociedad civil, elabora los Índices de Percepción de la Corrupción (IPC) que se publican anualmente desde 1995 basados en

fuentes, métodos de agregación y muestras de países diferentes; así como también, la encuesta de “Corrupción y Buen Gobierno” que refleja componentes de victimización.

El IPC es un índice compuesto basado en diversas encuestas a expertos y empresas, que mide la percepción de la corrupción en el sector público y el funcionamiento del sistema de control, a partir de una escala, en la cual los índices tendientes a cero reflejan una percepción de mayor corrupción y los tendientes a diez reflejan una percepción de ausencia de corrupción.

El mecanismo de obtención del IPC genera cuestionamientos a su fiabilidad, (Seligson, 2006; citado en Barómetro de las Américas; pág. 266)<sup>8</sup> pues se considera que su resultado es susceptible a los intereses de los expertos y las empresas de los países consultados, cuyos resultados tienen una difusión pública elevada a escala nacional e internacional, fuente de información que influye y condiciona la percepción de agentes públicos y privados respecto del fenómeno de la corrupción en los diferentes países, con sus efectos correlativos.<sup>9</sup>

8 “Seligson (2002 -2006) señala tres debilidades del IPC y de otras medidas de percepción de la corrupción. Primero, el índice se fundamenta en percepciones sobre la corrupción y no en hechos de corrupción. Segundo, el índice se basa en opiniones de expertos nacionales e internacionales, lo que dificulta la separación de los estereotipos con la realidad. Tercero, las medidas de percepción sufren problemas de endogeneidad y, por lo tanto, no son confiables ya que pueden ser fácilmente influenciadas por la prensa. Adicionalmente, Luna (2006) argumenta que “las percepciones pueden estar condicionadas por el impacto coyuntural de escándalos específicos, siendo eventualmente más volátiles y tornándose fuertemente dependientes del momento en que se realiza la medición”. Tomado de Mitchell A. Seligson, Ph.D., editor, *Desafíos para la democracia en Latinoamérica y el Caribe: Evidencia desde el Barómetro de las Américas*, 2006 – 2007, p. 266.

9 Se considera preocupante el posible efecto inverso que puede generar la difusión de esta clase de mecanismos sobre la percepción de la corrupción, si son mecanismos aislados que no se acompañan con señales de fortalecimiento del sistema de control anticorrupción y más preocupante aún su posible manipulación, pues la difusión de una percepción elevada de corrupción en un país puede influir negativamente en la

6 Inglehart, R., C. Haerper, A. Moreno, C. Welzel, K. Kizilova, J. Diez-Medrano, M. Lagos, P. Norris, E. Ponarin & B. Puranen et al. (eds.). 2014. World Values Survey: Round Six - Country-Pooled Datafile Version: <http://www.worldvaluessurvey.org/WVSDocumentationWV6.jsp>. Madrid: JD Systems Institute.

7 Transparencia Internacional es una organización de la sociedad civil fundada en 1993; red global que incluye más de 90 capítulos nacionales establecidos a escala local y de capítulos-en-formación, cuya misión es crear el cambio hacia un mundo libre de la corrupción. Tomado de [www.transparency.org](http://www.transparency.org)





Otro instrumento de medición realizado por Transparencia Internacional es el Índice Nacional de Corrupción y Buen Gobierno (INCBG) ejecutado en función de encuestas nacionales orientadas a medir el número y costo relativo de los actos de corrupción en que incurren los ciudadanos respecto de servicios públicos, los que se escogen en función de su grado de incidencia en las condiciones de vida de la población, muestra que nos acerca a las prácticas en el ámbito burocrático, a partir de los resultados sobre el pago de sobornos para el acceso a servicios públicos seleccionados y su cuantificación promedio.<sup>10</sup>

En este sentido, quienes resuelven asegurar su acceso a bienes y servicios públicos mediante corrupción lo hacen en virtud de tener recursos económicos, lo que implica que se estaría denegando el acceso a servicios y justicia a los actores con capacidad económica limitada, especialmente para que se juzgue la infracción que les ha afectado, situación que conforme la conceptualización de Caiden (1988)<sup>11</sup> puede ser una señal de problemas de corrupción endémica.

Otro instrumento que aporta en la medición es el Barómetro de las Américas como parte del Proyecto de Opinión Pública de América Latina, LAPOP, que propone una metodología de consulta directa –a partir de índices de victimización de corrupción– a los usuarios de los servicios públicos que efectivamente

probabilidad subjetiva de sanción (p), lo que genera incentivos al cometimiento de actos de corrupción que, conforme el modelo de Becker, implicarían bajos niveles de disuasión, Olivo (2016).

10 Los servicios públicos sobre los que se consulta generalmente son acceso a rentas, subsidios o préstamos de producción y consumo por parte del Estado bajo condiciones económicas más favorables; al acceso al sistema de justicia penal, así como también a la evasión de mecanismos de control y sanción.

11 Caiden (1988) citado en Uribe 2010, p. 13.

los han utilizado en un periodo anual, y que se desarrolla en el estudio *“La corrupción y su impacto sobre la estabilidad democrática en Latinoamérica”*.<sup>12</sup>

## La corrupción y su nivel de incidencia en la gobernabilidad y las políticas públicas

Entre los primeros instrumentos de medición se destacan los formulados por el Banco Mundial, inicialmente por Kaufmann, Kraay y Zoido-Lobaton (1999) que contienen *“medidas de calidad gubernamental”*, entre estas el control de la corrupción (p.30) y la posterior elaboración de indicadores agregados para una muestra de 209 países entre 1996 y 2004, por Kaufmann, Kraay y Mastruzzi (2005).

Respecto de América Latina, a través del Proyecto LAPOP y el Barómetro de las Américas, con la coordinación de la Universidad de Vanderbilt, se han realizado estudios importantes sobre cultura política y democracia, en los que se analizan los efectos de la corrupción en la calidad de la gobernabilidad democrática y cómo afecta negativamente a la convicción de las personas sobre la legitimidad política de sus instituciones.

Los estudios desarrollados por LAPOP Seligson (2008) analizan, entre otros factores, la legitimidad política como un mecanismo de predicción de la estabilidad democrática, que se mide a través del *“índice de apoyo al sistema”* creado a partir de variables como el *“respeto por las instituciones políticas, creencia de que los tribunales de justicia garantizan un juicio justo, percepción de protección de los derechos*

12 Mitchell A. Seligson, Ph.D., Editor (2008), *“Desafíos para la democracia en Latinoamérica y el Caribe: Evidencia desde el Barómetro de las Américas, 2006-2007”* estudio realizado con el patrocinio del programa de Democracia y Gobierno de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, USAID, p. 263-287.



*básicos, apoyo al sistema político y orgullo de vivir en dicho sistema”, índice respecto del cual en 2006 el Ecuador ocupaba el último lugar, es decir el país de la muestra analizada donde los ciudadanos expresaron el menor apoyo al sistema, con un 37,4% (p. 78), para, en 2008 y*

*2010, reflejar un incremento hacia el 44,4% y el 48,9% respectivamente, a pesar de lo cual Ecuador –conjuntamente con Haití, Perú y Argentina–, es uno de los países donde se expresa un menor apoyo ciudadano al sistema. (Seligson 2010, p. 40)*

## Conclusiones

Para una profundización sobre la noción de corrupción pública y sus estrategias de control es necesario partir de su comprensión como un fenómeno social multidimensional con variaciones locales específicas, sus tipologías, métodos de abordaje, actores y enfoques de conceptualización sobre posibles causas, efectos, medidas e instrumentos de control.

La corrupción, como asunto fenomenológico, se puede interpretar por percepción hasta por la determinación de la lesión o afcción social objetiva; comportamiento antinormativo de carácter pluriofensivo –objetiva y subjetivamente– que se produce en beneficio ilícito de sus actores y al que se atribuye una sanción a partir del Derecho, donde los procesos de control social, institucional y políticas públicas se expresan de forma cambiante de acuerdo a las particularidades de cada sociedad, su nivel de organización, sistema político y sistemas de control, desde tendencias hacia lo permisivo hasta medidas más radicales.

Los actos de corrupción pueden desarrollarse en contextos de corrupción sistémica, lo que implica problemas en el funcionamiento de las normas y mecanismos de control, sean administrativos o judiciales, lo cual afecta negativamente la percepción de la probabilidad de sanción en los actores públicos y privados, indicador de impunidad que reduce los niveles de eficacia y disuasión de las sanciones y sistemas de control. En la aplicación de sus políticas públicas, los gobiernos deben analizar y contrastar los resultados de las diferentes mediciones sobre corrupción de manera propositiva, mediante instrumentos de política anticorrupción idóneos, que permitan prevenir interpretaciones subjetivas y reduccionistas que puedan generar efectos inversos en el comportamiento ciudadano y la capacidad de disuasión de los sistemas de control, dado el impacto negativo que la lectura aislada de instrumentos de percepción puede generar en la confianza interpersonal y en el apoyo al sistema, como fundamento de la construcción de la democracia y el respeto al estado de Derecho.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bardhan, Pranab (1997). "Corruption and Development: A Review of Issues". *Journal of Economic Literature*, Vol. 35, No. 3: 1320-1346.
- Caiden, Gerald (1997). "La democracia y la corrupción". *Revista del CLAD Reforma y Democracia* No. 8, <http://www.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/008-mayo-1997/0029000.pdf>, visitada en agosto de 2019)
- Cunill Grau, Nuria (2000). "Responsabilización por el Control Social". En *La responsabilización en la nueva gestión pública latinoamericana*, Consejo Científico del CLAD (Coord.): 269 - 327. Buenos Aires: CLAD; BID; EUDEBA.
- Huber, Ludwig (2008). "Romper la mano. Una interpretación cultural de la corrupción". Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Kauffmann, Daniel, Aart Kraay y Pablo Zoido-Lobaton (1999). "Aggregating Governance Indicators". Disponible en: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/pdf/govind.pdf>
- Kauffmann, Daniel, Aart Kraay y Massimo Mastuzzi (2005). "Measuring Governance Using Cross-Country Perceptions Data". Disponible en <http://mpr.ub.uni-muenchen.de/8219/1/>
- La Porta, Francisco, López-de-Silanes, Pop-Eleches y Shleifer, Andrei (2004), Judicial Checks and Balances, *Journal of Political Economy*, vol. 112, No. 2, University of Chicago. Disponible en: [https://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/judicial\\_checks.pdf](https://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/judicial_checks.pdf)
- Laporta, Francisco y Silvina Álvarez (1997). "La corrupción política", Madrid: Alianza Editorial S.A.
- Manes, Vittorio (2000), "Bien jurídico y reforma de los delitos contra la administración pública", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Universidad de Trento. Traducción del italiano de Herminio Ramón Padilla Alba.
- Olivo Espín, Cielito (2013). "El Control de la Corrupción como ámbito de política a partir de la Comisión de Control Anticorrupción del Ecuador, 1997-2008". Tesis de maestría en Políticas Públicas, FLACSO Ecuador.
- Olivo Espín, Cielito. 2015. "Análisis económico del control anticorrupción a partir del caso ecuatoriano". Memoria para optar por el doctorado. Madrid: Facultad de Derecho, Departamento de Economía Aplicada. Universidad Complutense de Madrid.
- Olivo Espín, Cielito Berenice. 2016. "Impunidad y disuasión criminal del control anticorrupción en Ecuador: el caso de la comisión anticorrupción 1998-2008" (Tema central) *Urvio*. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, 18:41-60.
- Peruzzotti, Enrique y Smulovitz, Catalina (2002), "Accountability social: la otra cara del control", pp. 23-52, en *Controlando la Política*. Ciudadanos y medios en las nuevas democracias latinoamericanas, E. Peruzzotti y C. Smulovitz (editores), Buenos Aires.
- Salinas Jiménez, M. del Mar y Javier, S. J. (2007). "Corrupción y actividad económica: una visión panorámica". *Revista de Economía Pública*



ca N° 180, 109-137. Madrid. Disponible en: <https://docplayer.es/40567704-Corrupcion-y-actividad-economica-una-vision-panoramica.html>

Seligson, Mitchell A (2008), editor general, y otros autores, *“Cultura política de la democracia en Ecuador, 2008: El impacto de la gobernabilidad”*, estudio realizado con el patrocinio del programa de Democracia y Gobierno de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional en Ecuador, USAID.

Seligson, Mitchell A (2008), Editor, *“Desafíos para la democracia en Latinoamérica y el Caribe: Evidencia desde el Barómetro de las Américas, 2006-2007”*, estudio realizado con el patrocinio del programa de Democracia

y Gobierno de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, USAID, Marzo. Disponible en: <https://www.vanderbilt.edu/lapop/multicountry/2006-desafiosparalademocracia.pdf>

Seligson, Mitchell A (2010), editor, *Political Culture of Democracy in Ecuador, 2010*: Disponible en: <https://www.vanderbilt.edu/lapop/ab2010/2010-comparative-en.pdf>

Uribe Terán, Carlos Andrés (2010). *“Corruption Networks: A Social Network Theory and Game Theory Approach”*. Disertación de maestría, FLACSO-Ecuador. Disponible en: <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/3634/1/TFLACSO-2010CAUT.pdf>

# Requisito de procedibilidad para la investigación de delitos de corrupción



**Pablo Encalada Hidalgo**

### **SOBRE EL AUTOR DEL PRESENTE ARTÍCULO**

Abogado por la PUCE Quito (2006), Diplomado Superior en Derechos Humanos por la Universidad Central del Ecuador. Especialista y Magíster en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar. Conferencista y Docente de Pregrado y Posgrado en varias universidades del país en las materias de Derecho Penal y Procesal Penal desde el año 2008 hasta la actualidad, exfiscal, exasesor del Consejo de la Judicatura en temas del Sistema de Justicia Penal. Abogado en libre ejercicio con dedicación exclusiva en materia penal en la Firma Grund Abogados. Autor de libros y artículos en materia penal.

**Correo:** [pabloencalada@grundabogados.com](mailto:pabloencalada@grundabogados.com)

## LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL INFORME PREVIO DE CONTRALORÍA COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PARA LOS DELITOS DE PECULADO Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

Pablo Encalada Hidalgo

### Resumen

El presente artículo analiza la sentencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador en la que declara la inconstitucionalidad del informe previo de Contraloría como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito. Además, se plantean las consecuencias procesales de dicha sentencia, sobre todo en lo relacionado con la reapertura de las investigaciones por estos delitos.

**Palabras clave:** Informe de Contraloría. Requisito de Procedibilidad. Inconstitucionalidad. Ejercicio de la Acción Penal. Fiscalía.

### Abstract

This article analyzes the sentence issued by the Constitutional Court of Ecuador that declares the unconstitutionality of the prior report of the Comptroller's Office as a requirement to initiate a criminal procedure in the crimes of embezzlement and illicit enrichment. In addition, it discusses the procedural consequences of this sentence, especially regarding the reopening of investigations for these crimes.

**Key words:** Prior report of the Comptroller's Office. Unconstitutionality. Criminal procedure.



## Introducción

Con fecha 2 de julio de 2019, la Corte Constitucional del Ecuador emitió la sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados, a través de la cual se declaró la inconstitucionalidad de la resolución del 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia y del artículo 581, inciso final, del Código Orgánico Integral Penal. Estas normas establecían que, para el ejercicio de la acción penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, Fiscalía debía contar previamente con el informe con indicios de responsabilidad penal (IIRP) emitido por la Contraloría General del Estado.

Esta sentencia no solo habilita a la Fiscalía a iniciar el proceso penal prescindiendo del Informe de Contraloría, *sino que además nos plantea la posibilidad de reabrir investigaciones que habían sido archivadas por no contar con dicho informe. ¿Cuáles son los límites que tiene Fiscalía para reabrir investigaciones por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito? ¿Se puede reabrir estas investigaciones sin afectar el derecho a la prohibición de doble juzgamiento?*

## La sentencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional se pronunció sobre varias demandas de inconstitucionalidad<sup>1</sup> que fueron acumuladas y resueltas en la sentencia de la referencia. Estas demandas coinciden en que el requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito es inconstitucional, básicamente porque el Art. 233 de la Constitución de la República estipula que son imprescriptibles, pero que en aplicación del Art. 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que establece que la facultad legal

para realizar estos informes caduca en siete años (LOCGE, 2002), en la práctica se estaría burlando la regla de la imprescriptibilidad, pues si en esos años no se emitió el informe con indicios de responsabilidad penal, con la vigencia de las normas impugnadas, no se podría iniciar el proceso penal de manera definitiva.

La Corte Constitucional, en la sentencia, acogió en parte esta pretensión al sostener, en el párrafo 49, que si bien el Art. 581, inciso final, del COIP no es contrario directamente al Art. 233 de la Constitución de la República, la aplicación del artículo impugnado, en la práctica, hace que la regla de la imprescriptibilidad pierda eficacia al subordinar el ejercicio de la acción penal al juzgamiento administrativo previo que tiene un plazo de caducidad en la ley.

Pero el argumento más decisivo para dictar esta sentencia, como consta en los párrafos 31 a 45 de la misma, está en las competencias constitucionales de la Fiscalía General del Estado, derivadas del sistema procesal penal vigente en el Ecuador, que es el Sistema Acusatorio.

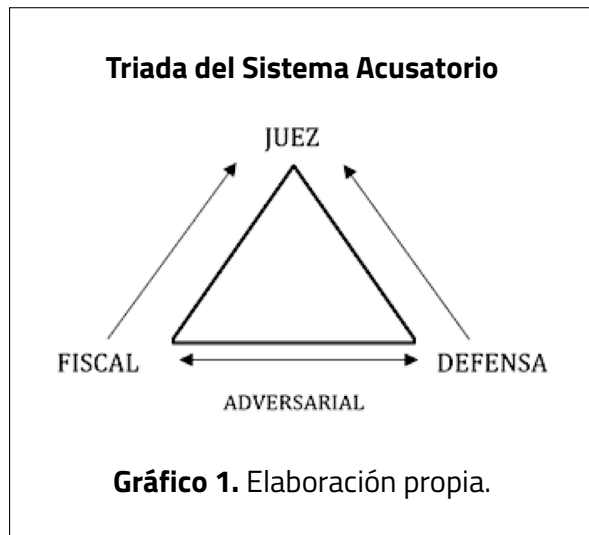
Si bien la Corte Constitucional no lo menciona en el fallo, es el artículo 75 de la Constitución de la República el que define nuestro sistema procesal penal, cuando establece que todas las personas tenemos "derecho a una justicia imparcial" (Constitución de la República, 2008). Y la imparcialidad del juez marca la diferencia entre el Sistema Inquisitivo y el Acusatorio, pues en el primero el juez, por naturaleza, no puede ser imparcial al tener entre sus atribuciones la posibilidad de iniciar el proceso penal, investigar y dictar sentencia. En cambio, la lógica del Sistema Acusatorio es una triada en cuyo vértice superior está el juez imparcial, quien, bajo el principio dispositivo, resuelve sobre las pretensiones de las partes, estos son el fiscal y la defensa (públi-

1 Caso 5-13-IN; Caso 50-16-IN; Caso 4-18-IN





ca o privada), quienes son adversarios que se enfrentan en una contienda, de cuya igualdad de armas y equilibrio del sistema, es garante el juez de Garantías Penales.



Quizás la característica más importante del Sistema Acusatorio es la relativa al ejercicio de la acción penal, no del todo entendida por los actores del sistema penal en el Ecuador. El artículo 195 de la Constitución de la República establece que el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública recae en la Fiscalía General del Estado (Constitución de la República, 2008), lo que significa que únicamente Fiscalía tiene la atribución de iniciar un proceso penal con la formulación de cargos, cuya decisión no está supeditada a autorización alguna de un juez, y mucho menos de otras instituciones del Estado. Por eso, la Corte Constitucional ha dicho en sentencia que el artículo 168 de la Constitución de la República garantiza la autonomía de la Fiscalía, autonomía que le permite investigar y acusar sin interferencias externas de otros organismos públicos. Por lo tanto, el informe de Contraloría como requisito de procedibilidad restringe competencias constitucionales de Fiscalía, atenta contra la división de poderes y afecta finalmente a la lucha contra la corrupción.

## Los efectos procesales de la sentencia

Como toda norma en materia penal, conforme las reglas de interpretación previstas en el artículo 16 del COIP, la declaratoria de inconstitucionalidad del Art. 581, inciso final de la norma previamente referida, rige para lo venidero (aplicación de la norma penal en el tiempo). Con esto, para los delitos cometidos a partir de la fecha de emisión de la sentencia (2 de Julio de 2019), la Fiscalía General del Estado no tendrá ninguna restricción para el ejercicio de la acción penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, prescindiendo incluso del informe previo de Contraloría.

Ahora, de esta sentencia se derivan algunos problemas jurídicos que veremos a continuación:

### **Problema 1. ¿Qué sucede si el delito fue cometido antes de la emisión de la sentencia que declara la inconstitucionalidad del requisito de procedibilidad?**

Los justiciables podrían alegar que, con base en el principio de favorabilidad inserto en nuestra norma penal (COIP, 2014), aquel requisito de procedibilidad debería ser exigible para iniciar el proceso penal por peculado y enriquecimiento ilícito, pues dicho requisito se encontraba vigente al tiempo de cometimiento del delito. Pero no, no es exigible; primero, porque el principio de favorabilidad, previsto en el artículo 5 numeral 2 del COIP, hace referencia únicamente a la retroactividad de la ley penal cuando se trate de una ley posterior que prevea una pena más favorable; pero, sobre todo, porque la declaratoria de inconstitucionalidad no solo que expulsa del ordenamiento jurídico dicha disposición, sino que además nos dice que la norma hoy declarada inconstitucional será aplicable incluso para los delitos cometi-



dos al tiempo de vigencia de la Constitución de 1998, que preveía el mismo tratamiento para los delitos de corrupción. Esto porque las reglas aplicables al proceso penal son las establecidas en la ley vigente, y si la investigación está aún abierta, o si incluso la investigación no se ha iniciado, hoy por hoy, ya no existe el requisito de procedibilidad para formular cargos por los referidos delitos.

Adicionalmente, está la absolución a la consulta resuelta por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 11 de diciembre de 2015, respecto de la aplicación de la ley procesal penal para los casos en los que se ha iniciado la Indagación Previa bajo el régimen del Código de Procedimiento Penal; ante ello, la Corte Nacional resolvió que si la investigación inició con la ley derogada, el proceso penal, en caso de iniciarse, deberá someterse a las reglas actuales, por principio de legalidad, es decir, a las reglas del Código Orgánico Integral Penal.

Por lo tanto, si a partir del 2 de julio de 2019, fecha en que se emitió la sentencia de inconstitucionalidad, la ley procesal ya no exige el informe previo como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, Fiscalía no tiene ningún impedimento para el inicio del proceso penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito. Esta consecuencia está prevista de manera expresa por la Corte Constitucional en los párrafos 52 a 55 de la sentencia referida en párrafos anteriores.

**Problema 2. ¿Qué sucede si se inició la Investigación Previa, pero por falta del Informe Previo de Contraloría, la investigación fue archivada?**

El artículo 586 del COIP regula lo relacionado con el archivo de la investigación, cuyas causales están enumeradas a partir del in-

ciso segundo, entre las cuales, el numeral 3 dice que procederá el archivo si “existe algún obstáculo legal insubsanable para el inicio del proceso penal” (COIP, 2014). Esta causal no atiende a la existencia o no de la infracción, sino que, por prohibición legal, no se puede ejercer la acción penal, por ejemplo, por prescripción. Pero también era un obstáculo legal la falta del informe previo de Contraloría para el ejercicio de acción penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito. Por lo tanto, si la causal de archivo fue esta, conforme el artículo 586, inciso primero, Fiscalía en audiencia deberá pedir al juez la autorización para la reapertura de la investigación, que luego puede derivar en el inicio del proceso penal.

**Problema 3. ¿Qué sucede si se inició la Investigación Previa, pero el caso fue archivado bajo la causal de que Fiscalía consideró que no hay delito?**

Asimismo, el artículo 586 del COIP, inciso segundo, numeral 2, establece como causal para el archivo de la investigación que una vez realizada la investigación Fiscalía considere que “el hecho investigado no constituye delito” (COIP, 2014). En este caso, como lo establece el inciso primero del mismo artículo, el fiscal deberá solicitar en audiencia al juez, autorización para la reapertura de la investigación, siempre y cuando existan nuevos elementos que ameriten una nueva investigación. Valoración y decisión que corresponderá al juez de Garantías Penales.

Es decir, a diferencia del problema 2, en el que solo con la sentencia de inconstitucionalidad el juez debe autorizar la reapertura de la investigación, en el problema 3 el juez debe valorar y resolver primero si realmente existen nuevos elementos y luego si estos ameritan la reapertura de la investigación penal. En el



primer caso la reapertura es un trámite, un mero control de legalidad; en el segundo, hay un control de mérito.

**Problema 4. ¿Qué sucede si se inició el proceso penal y terminó con sobreseimiento o sentencia confirmatoria de la inocencia?**

Esta es la única posibilidad por la cual es inaplicable la sentencia de inconstitucionalidad. El artículo 76, numeral 7, literal i, de la

Constitución de la República, nos reconoce a todas las personas el derecho a no ser juzgados dos veces por la misma causa y materia. Por esta razón, si se inició el proceso penal y terminó con auto de sobreseimiento o sentencia confirmatoria de la inocencia, bajo cualquier motivación del juez o tribunal, dicha decisión imposibilita que se inicie una nueva investigación y mucho menos un proceso penal, bajo el pretexto de la sentencia emitida por la Corte Constitucional.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constitución de la República del Ecuador, Quito, 11 de agosto de 1998.

Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008.

Código Orgánico Integral Penal, Quito, 10 de agosto de 2014.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados, Quito, 2 de julio de 2019.

Corte Nacional de Justicia. Resolución, Quito, 24 de febrero de 2010.

Corte Nacional de Justicia, Absolución de Consulta, Oficio No. 1678-SG-CNJ, Quito, 11 de diciembre de 2015.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Quito, 12 de Junio de 2002.



Copyright: <https://www.freepik.es/fotos-vectores-gratis/negocios>>Foto de Negocios creado por freepik - [www.freepik.es](https://www.freepik.es)</a>

**Perfil Criminológico**  
No. 26 · Diciembre 2019

# Perspectiva Institucional





Copyright: <https://www.freepik.es/fotos-vectores-gratis/personas> Foto de Personas creado por freepik - [www.freepik.es](https://www.freepik.es)

# Una mirada institucional



**Christian Lombeida del Hierro**

## **SOBRE EL AUTOR DEL PRESENTE ARTÍCULO**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Magister en Derechos Humanos. Magister en Relaciones Internacionales. Especialista en Derecho Penal y Criminología. Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de la Plata. En el ámbito público se ha desempeñado en distintos cargos tales como director del Sistema de Protección a Víctimas y Testigos, jefe nacional de Cooperación Interinstitucional en el Consejo de la Judicatura, subdirector de Vinculación con la Comunidad Jurídica en la Escuela de la Función Judicial, asesor en el Ministerio de Justicia, experto litigante de Corte Nacional. Actualmente se desempeña como coordinador jurídico de la Fiscalía General del Estado.



## CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL “REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD” SEÑALADO EN EL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 581 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.

Christian Lombeida del Hierro

### Resumen

La restricción de las atribuciones constitucionales y legales a la Fiscalía General del Estado para la investigación de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, a través de normativa de orden administrativo, atenta contra la independencia judicial y la autonomía del órgano de persecución criminal, afectando la seguridad jurídica. El artículo analiza la sentencia de la Corte Constitucional No. 5-13-IN/19 y acumulados, que declara la inconstitucionalidad del inciso final del numeral 3 del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal y sus implicancias desde la perspectiva de la Fiscalía.

**Palabras Clave:** autonomía, independencia, inconstitucionalidad.

### Abstract

The restriction of the constitutional and legal powers of the State Attorney General for the investigation of crimes of peculation and illicit enrichment, through administrative regulations, undermines judicial independence and the autonomy of the criminal prosecution body, affecting the legal security. The article analyzes the verdict of the Constitutional Court No. 5-13-IN / 19 and accumulated, which declares the unconstitutionality of the final paragraph of numeral 3 of article 581 of the Organic Integral Criminal Code and its implications from the Prosecutor's perspective.

**Key Words:** autonomy, independence, unconstitutionality.



Nuestro punto de partida involucra relacionar noseológicamente los términos independencia y autonomía, desde la perspectiva del Función Judicial.

La noción de independencia del Poder Judicial nace como antítesis del poder absolutista del antiguo régimen, que ha sido incorporado al constitucionalismo liberal como un elemento esencial en la vida democrática del estado de Derecho; así, jueces y magistrados imbuidos por esta *independencia* podrían garantizar que su actuación interpretativa de la norma, aplicándola a situaciones fácticas concretas, fuese libre y no sometida a ninguna otra autoridad que la ley.

Corrientes dogmáticas contemporáneas identifican a la *independencia* del Poder Judicial en su aspecto orgánico y funcional, diferenciándola de una concepción más estática y estricta; sin llegar a la intromisión de competencias, todos los poderes del Estado no pueden disociarse o propugnar un aislamiento total entre sí, ni de las necesidades de la sociedad (Chaires Zaragoza, 2004).

Si bien es cierto que la Constitución de la República del Ecuador, en el numeral primero del artículo 168 establece que los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa, y su inobservancia traería como consecuencia responsabilidades administrativas, civiles o inclusive penales, existe la obligación, dentro del marco legal de cada institución pública, de coordinar acciones para hacer efectivo el goce y ejercicio de derechos (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Establecidas brevemente las posturas dogmáticas de la independencia del Poder Judicial, diremos a priori que las instituciones que forman parte del mismo mantienen, constitu-

cionalmente, una independencia estructural y funcional que, como veremos más adelante, encuentra inconsistencias en la aplicación de leyes orgánicas.

Por su parte la *autonomía*, citando a Kant (Mazo, 2012), consiste en la capacidad del hombre para tomar decisiones por sí mismo; sin embargo, el ser autónomo no significa hacer lo que a uno le parezca, sino lo que está legitimado hacer por ley. Extrapolando esta definición al ámbito institucional, observamos que la Constitución de la República reconoce y dota a los órganos jurisdiccionales, Corte Nacional de Justicia, cortes provinciales, tribunales y juzgados, juzgados de paz, servicio notarial, martilladores, depositarios, Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado, de autonomía administrativa, económica y financiera (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Esta breve referencia conceptual nos permitirá realizar el análisis sobre la pertinencia del requisito de procedibilidad, para la judicialización de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, que disponía el último inciso del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal.

*“[...] 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”.*

Por mandato constitucional y legal, el ejercicio de la acción penal pública está a cargo de la Fiscalía General del Estado<sup>1</sup>, institución pública encargada de la investigación criminal de

<sup>1</sup> Artículo 194 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el artículo 282 del Código Orgánico de la Función Judicial y 442 del Código Orgánico Integral Penal.



los más de setecientos tipos penales contemplados en el Código Orgánico Integral Penal. Por su parte, la Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos<sup>2</sup>.

Si bien es cierto, en el ámbito de sus atribuciones, la Contraloría General de Estado puede apoyar técnicamente en las investigaciones que lleva Fiscalía, su participación no puede condicionar el ejercicio de la acción penal. Adicionalmente se debe anotar que existía una clara contradicción entre las normas constitucionales, tanto del artículo 121 de la Constitución de 1998 como la del artículo 233 de la actual Constitución, respecto de la imprescriptibilidad de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, frente los plazos y términos establecidos para la elaboración y presentación de los informes de responsabilidad de Contraloría, establecidos en los artículos 26 y 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; esto es, 180 días para la aprobación del informe de auditoría, y siete años para la facultad de pronunciamiento sobre actividades de las instituciones del Estado y determinación de responsabilidades.

Con la vigencia del inciso final del numeral 3 del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, se fijaban plazos administrativos que contradecían la imprescriptibilidad de los tipos penales descritos, provocando, entre otros aspectos, inseguridad jurídica, que en algunos casos ha sido aprovechada para dejar en la impunidad serios actos de corrupción.

En el marco regional, los ministerios públicos mantienen autonomía respecto de sus atribuciones de investigación y acusación penal, donde no se requieren de este tipo de formalidades sustanciales para la persecución de los ilícitos de peculado y enriquecimiento ilícito. Estos candados jurídicos, realizados a medida, generan dudas respecto del proceder de los actores políticos que estuvieron al frente de la emisión de tales normas.

Los informes de Contraloría, por su nivel de especialidad, constituirían uno más de los elementos de convicción introducidos al expediente fiscal; sin embargo, la pertinencia de su uso estará sometida a los planes de investigación y a la actuación objetiva que dispongan las y los fiscales.

La eliminación del informe de Contraloría como requisito de procedibilidad en los casos de peculado y enriquecimiento ilícito, a más de armonizar el marco constitucional respecto de las atribuciones de la Fiscalía, evitará suspicacias y rezagos de impunidad.

Varios de los argumentos expuestos en este artículo fueron desarrollados por la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia del caso No. 5-13-IN y acumulados, de 3 de julio de 2019; en donde el máximo órgano de control e interpretación constitucional resolvió declarar la inconstitucionalidad de la resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia y del artículo 581(3), inciso final del Código Orgánico Integral Penal.

Esta acertada declaratoria de inconstitucionalidad trajo consigo algunas interrogantes respecto de su aplicación, así: existen casos de archivo en los que efectivamente hay fuertes presunciones de la comisión de delitos de peculado o enriquecimiento ilícito, de los cuales Contraloría, en sus informes, no ha encontrado indicios de responsabilidad penal.

2 Artículo 211 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con la Ley y Reglamento de la Contraloría General del Estado.



Al ser este un requisito de procedibilidad, limita la posibilidad de investigación por parte de Fiscalía. Si se declara la inconstitucionalidad del requisito de procedibilidad, ¿Fiscalía queda habilitada para iniciar investigaciones desde el momento en que se declaró constitucionalmente la imprescriptibilidad de estos tipos penales?, o, por el contrario, ¿se deberían aplicar las reglas de los principios de irretroactividad, *in dubio pro reo*, o el de favorabilidad adjetiva, toda vez que este requisito de procedibilidad sirvió como un primer filtro de análisis dirigido a determinar responsabilidades?, o, a su vez, ¿se podría considerar a la declaratoria de inconstitucionalidad como un nuevo elemento para su reapertura?

Estas interrogantes también han sido resueltas por la Corte Constitucional, a través del establecimiento de cinco reglas:

- 1) 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 han formulado cargos o si se ha dictado una sentencia condenatoria ejecutoriada. Contra esa persona no podrá iniciarse un nuevo juicio penal.
- 2) 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 ha formulado cargos, no constituyen juzgamiento penal.
- 3) Si las indagaciones o investigaciones previas fueron desestimadas o archivadas por no contar con el informe con

indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría, la Fiscalía podrá solicitar la reapertura de la investigación si apareciesen nuevos elementos, mediante audiencia ante un juez de Garantías Penales, quien resolverá sobre la reapertura de la investigación.

- 4) El informe de la Contraloría es una de las formas de hacer conocer a la Fiscalía sobre la posible existencia de una infracción penal (*notitia criminis*) y también de aportar con indicios sobre los hechos y la responsabilidad.
- 5) Las personas serán juzgadas de conformidad con el tipo penal vigente al momento de su cometimiento, siempre que las normas posteriores no fueren más favorables, y de conformidad con las reglas de procedimiento del COIP.

La Función Judicial, integrado por todos sus órganos jurisdiccionales, debe mantener su independencia estructural y funcional, la cual se ve garantizada, entre otros aspectos, con respeto de sus atribuciones constitucionales y legales que fortalecen también su autonomía.

Los delitos en contra la administración pública, entre ellos el peculado y el enriquecimiento ilícito, afectan gravemente a los intereses del Estado, los cuales tienen como sujetos calificados a las y los funcionarios públicos; sus actuaciones dolosas deben ser investigadas sin restricciones de naturaleza administrativa.

La decisión adoptada por la Corte Constitucional, reivindica de alguna manera la independencia judicial y la autonomía de sus órganos, particularmente con el de persecución penal.



La Fiscalía General del Estado coincide con la argumentación planteada y reconoce que esta resolución es un instrumento de combate a la corrupción.

Se debe considerar, también, que la supresión de este requisito de procedibilidad inflará considerablemente la presentación de denuncias por esos tipos penales ante la Fiscalía, así como la exigencia de reapertura de investigaciones archivadas o desestimadas. Sobre el primer supuesto, la Institución debe continuar con su exigencia de contratación de un mayor número de fiscales especializados, especialistas económico-financieros, expertos en

contratación pública, entre otros. Se requiere, además, fortalecer las capacidades del Sistema Especializado Integral de Investigación, Medicina Legal y Ciencias Forenses.

En cuanto a la reapertura de las investigaciones archivadas o desestimadas 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 reapertura de la misma.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Nacional del Ecuador, A. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Asamblea Nacional-Registro Oficial No. 449.

Asamblea Nacional del Ecuador, A. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Asamblea Nacional-Registro Oficial No. 544.

Asamblea Nacional del Ecuador, A. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Asamblea Nacional - Registro Oficial No. 180.

Chaires Zaragoza, J. (2004). *www.scielo.org.mx*. Recuperado el 24 de 08 de 2019, de Boletín mexicano de derecho comparado , 37(110), 523-545: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttex-](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttex-)

[d=S0041-86332004000200004&lng=es](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttex-d=S0041-86332004000200004&lng=es)

Congreso Nacional del Ecuador, C. (1998). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial 1.

Congreso Nacional del Ecuador, C. (2002). *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Quito: Registro Oficial Suplemento 595.

MAZO, H. (2012). *www.funlam.edu.co*. Recuperado el 20 de 08 de 2019, de Revista Colombiana de Ciencias Sociales, Vol. 3, No. 1: <https://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/RCCS/article/view/880>

### **SOBRE LA AUTORA DEL PRESENTE ARTÍCULO**

Doctora en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador (1998). Especialista Superior en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar (2004). Especialista Superior en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar (2008). Master en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar (2015). Designada Fiscal de Pichincha mediante concurso de Méritos y Oposición (2008 - en funciones a la fecha), mediante Evaluación del Consejo de la Judicatura (2014) ascendida a la Categoría 3, Fiscal Provincial de Pichincha (E) (2018).

# La administración pública



**Jimena Moina Molina**

## CONDUCTAS PENALMENTE RELEVANTES VINCULADAS A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Jimena Moina Molina

### Resumen

En el presente artículo se aborda el tema de las conductas penalmente relevantes vinculadas a la administración pública; para ello, previamente se ha partido con los conceptos de: conducta penalmente relevante, funcionario público, la eficiencia de la administración pública como bien jurídico protegido, para luego arribar al análisis del tema central, esto es, las conductas penalmente relevantes relacionadas con la eficiencia en la administración pública, tipificadas por los assembleístas ecuatorianos en la sección Tercera, capítulo V, título IV, libro I, del Código Orgánico Integral Penal, vigente a partir de agosto de 2014; tipificación con la que se busca precautelar y evitar que se vulnere ese bien jurídico “eficiencia en la administración pública” y finalmente contrastar con la experiencia del titular de la acción penal pública en la investigación diaria de los delitos que se considera que, en efecto, afectan gravemente a los intereses del Estado ecuatoriano.

**Palabras clave:** conducta penalmente relevante, funcionario público, bien jurídico protegido.

### Abstract

This article addresses the issue of criminally relevant behaviors related to Public Administration, for this purpose it has previously been based on the concepts of: criminally relevant conduct, public official, the efficiency of public administration as a protected legal good. Then the article arrives at the analysis of criminally relevant behaviors related to efficiency in public administration, typified by Ecuadorian congress members, in Section 3, CHAPTER V, TITLE IV, BOOK I, of the Ecuadorian Criminal Code, in force as of August 2014. This typification, that tries to protect and prevent that the “efficiency in public administration” be violated, is at the end of the text contrasted with the experience of the holder of the public criminal action (Prosecutor Specialized in Public Administration), in the daily investigation of the crimes that are considered to affect seriously to the interests of the Ecuadorian State.

**Key words:** criminally relevant conduct, public official, legal good.





## Introducción

Los delitos contra la administración pública evidentemente afectan a todas las personas que conforman un Estado; las prácticas de “corrupción”, según el Diccionario de la Lengua Española, son concebidas de la siguiente manera: “En las organizaciones, especialmente en las públicas, la práctica consiste en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”; de ahí la importancia de los delitos contra la eficiencia de la administración pública que se encuentran en la sección Tercera del Código Orgánico Integral Penal, normas que se hallan vigentes a partir de agosto de 2014, en esta sección tenemos las conductas penalmente relevantes descritas a partir del artículo 278: peculado, enriquecimiento ilícito, cohecho, concusión, incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, ataque o resistencia, ruptura de sellos, usurpación y simulación de funciones públicas, tráfico de influencias, uso de fuerza pública contra ordenes de autoridad, testaferrismo y otras.

Los delitos contra la administración pública son delitos cualificados, complejos, pluriofensivos y, por tanto, la investigación de los mismos reviste su complejidad. Nuestra Constitución, con base en los lineamientos establecidos en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, no solo persigue al funcionario público implicado en actos de corrupción *intraneus*<sup>1</sup> sino también al particular *extraneus*<sup>2</sup> que no tiene esa calidad pero que indujo al funcionario a la comisión del delito y, en consecuencia, está inmerso en el ataque al bien jurídico protegido. Por ello cabe el siguiente planteamiento: Dentro de las conductas penalmente

relevantes respecto de la administración pública, ¿qué grado de participación tiene el *extraneus*?, por lo el objetivo del presente artículo es presentar al lector la postura que tiene una fiscal de la Fiscalía Especializada en Administración Pública, respecto de ciertos tipos penales en los que, sin la presencia del *extraneus*, no se habría ejecutado el acto delictivo.

## Conductas penalmente relevantes

Previo a adentrarnos en el tema central de este artículo, vale precisar lo que entendemos por conducta en general<sup>3</sup>, que consiste en una manifestación corporal humana mediante la cual un sujeto adecua su actuar a una norma penal; es decir, la conducta es la acción u omisión de una persona que vulnera un bien jurídico protegido (López, 2007, p. 83).

Dicho esto, cabe preguntarnos, ¿qué conductas son penalmente relevantes para el Derecho Penal? La discusión es amplia y las definiciones varias, pero en este caso me remito al establecido en el Código Orgánico Integral Penal que determina que “[...] *son conductas penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables*”. (COIP, 2014, Art. 22).

Con relación a los delitos contra la eficiente o correcta administración pública, la conducta penalmente relevante lesiona de manera inmediata el correcto funcionamiento de la administración pública y de forma mediata pone en peligro la vigencia del acceso a los servicios públicos o la realización de ciertos derechos fundamentales. (Montoya, 2015, p. 38).

Para precautelar el bien jurídico protegido, que en otras legislaciones se consideran como

1 Persona que interviene en un delito especial y reúne la condición especial exigida por el tipo penal para ser autor de dicho delito. Su plural es *intranei*.

2 Persona que interviene en un delito especial y no reúne la condición especial exigida por el tipo penal para ser autor de dicho delito.

3 Manera de comportarse una persona en una situación determinada o en general.



la “eficiente o correcta administración pública”; los asambleístas ecuatorianos que dieron paso a la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, en la sección Tercera, establecieron a los denominados “Delitos contra la eficiencia de la administración pública”, dentro de los cuales encontramos los tipos penales: peculado, enriquecimiento ilícito, cohecho, concusión, incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, ataque o resistencia, ruptura de sellos, tráfico de influencias y otros; haciéndose necesario conocer la razón de ello, es decir, ¿cuál es el sujeto activo en los delitos contra la administración pública?, ¿puede ser investigado y sancionado un particular en este tipo de delitos?, ¿cabe la complicidad del denominado *extraneus*? Preguntas que responderemos a continuación.

Los delitos contra la administración pública son delitos pluriofensivos, cualificados –especiales – complejos y, por lo tanto, la investigación de los mismos reviste su importancia a fin de evitar su impunidad. Son considerados pluriofensivos, porque afectan a varios bienes jurídicos, pues si una conducta afecta la correcta marcha de la administración pública, no solo se afecta al Estado como tal, sino a todos sus habitantes, ya sea en forma directa o indirecta; por cuanto con el abuso o distracción de los recursos económicos estatales se dejan de cumplir con las obras programadas en cada entidad o para evitar la paralización de las mismas se han recurrido a créditos internacionales, sumiendo al Estado en un gran endeudamiento; y, por otro lado, conforme aparece en la prensa escrita, somos catalogados como uno de los países más corruptos de América Latina (El Comercio, 2018) esto evidentemente afecta a la imagen del país y lo hace ver como un país inseguro para las inversiones, lo cual repercute en la disminución de la inversión extranjera, que trae como consecuencia menores ingresos económicos para el país.

Son considerados cualificados – especiales – complejos porque uno de los elementos centrales de los tipos penales: peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, etc., requieren que el sujeto activo del delito tenga la calidad de *funcionario público*, así definido en el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción y como servidor público<sup>4</sup> en nuestra Constitución; en este caso estaríamos frente a un delito especial simple o propio; sin embargo, nuestra Constitución no solo persigue al funcionario público implicado en actos de corrupción *intraneus* sino también al particular *extraneus* que no tiene esa calidad pero que indujo al funcionario a la comisión del delito y, por tanto, está inmerso en el ataque al bien jurídico protegido; en tal virtud, estamos frente a un delito especial impropio o complejo (Montoya, 2015, p. 68).

Con relación al sujeto activo cualificado *funcionario público – intraneus* y que nuestra Constitución de 2008, lo considera *servidor público* ya sea que esté vinculado a la administración pública por selección, designación o elección; por lo que antes de procesarlo, debemos contar con los nombramientos, acciones de personal, etc., que acrediten su cargo o función, e incluso para verificar si goza o no de fuero de Corte Provincial o Corte Nacional.

Frente al sujeto activo denominado por la doctrina *extraneus*, que es el particular que participa en un delito contra la administración pública, responde por el mismo delito y con la misma pena prevista para el funcionario público. Para el efecto, debe distinguirse si el *extraneus* actúa directamente (peculado, cohecho, tráfico de influencias) o como intermediario del delito (oferta de tráfico de influencias); en el primer

4 CRE, Art. 229.- 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.



caso respondería como autor directo, mientras que en el segundo caso como cooperador, para lo cual se debe probar que su cooperación fue necesaria –según la doctrina española– “Esta figura es una forma de autoría, regulada en el art. 28 b CP y que resulta equiparada al de autor, el cooperador directo necesario es tan autor como el autor directo” (Polaino Navarrete, 2012, p. 87). En nuestra legislación se entendería como coautor al cooperador.<sup>5</sup>

Díaz y García Conlledo, en su obra *Derecho Penal*, con relación al sujeto activo denominado *extraneus*, señala que se debe analizar desde la siguiente óptica: a) *extraneus* que se sirve de

*intraneus* como instrumento; y, b) *intraneus* que induce o ayuda a *extraneus*, estableciendo que en ambos presupuestos el *extraneus* debería ser castigado como autor de un delito especial. (Díaz y García Conlledo, p. 159). Lo citado nos permite clarificar las dudas respecto de si son autores o cómplices; y, evidentemente, queda precisado que el *extraneus* es autor directo o coautor del delito, por cuanto existe el enlace directo entre el funcionario público y el particular en cualquiera de los supuestos antes citados y también dependiendo del tipo penal en el que haya participado, y descartándose, por tanto, su calidad de cómplice.

<sup>5</sup> COIP, Art. 42, Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción.

## Discusión y conclusiones

Según lo dispuesto en nuestra Constitución, en su artículo 233, segundo inciso, el *extraneus* debe ser investigado y sancionado por los delitos contra la administración pública y según lo prevé el artículo 42, numerales 1 y 3 del COIP.

En el presente artículo se ha establecido que el *extraneus* responde por el mismo delito y con la misma pena que el sujeto calificado *funcionario público*, es decir, su grado de participación es de autor directo o coautor, por cuanto ejecuta actos directos o coadyuva en la ejecución del delito, mismo que no llegaría a consumarse sin la participación del *extraneus*, vigente en el delito de cohecho, sin la participación directa del particular que ofrece o entrega coimas al funcionario público.

En conclusión, los delitos contra la administración pública son especiales, complejos, pluriofensivos y por lo mismo requieren de una investigación acorde a cada caso concreto, con la utilización de las técnicas especiales de investigación y de una adecuada tipificación para evitar la impunidad de los mismos.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Código Orgánico Integral Penal, 2014.

Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, 2003.

Diario El Comercio. (9 de abril de 2018). Ecuador, entre los países con menor calificación de América en el Índice de Percepción de la Corrupción. *El Comercio*. <https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-americalatina-indice-corrupcion-transparencia.html>.

Díaz y García Conlledo, *La autoría en Derecho Penal*, p. 159.

López Betancourt, E., *Teoría del Delito*, 2007, p. 83.

Montoya Vivanco, Yván, *Manual sobre delitos contra la administración pública*, 2015, p. 38.

Polaino Navarrete, Miguel, *Introducción al Derecho Penal de la Administración Pública*, 2012, p. 87.

# Técnicas de investigación



**Eduardo Estrella Vaca**

## **SOBRE EL AUTOR DEL PRESENTE ARTÍCULO**

Agente Fiscal de Pichincha. Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador por la Universidad Central del Ecuador, Quito (2008). Especialización en Derecho Penal y Criminología por la Universidad de Buenos Aires – Argentina (2011). Especialización en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Maestría en Análisis y Prevención del Delito por la Universidad Miguel Hernández de España, Diplomado en Trata y su judicialización por la Universidad de la Sabana –Colombia, Realizando cursos previos a PhD. Doctorado en la Universidad de Buenos Aires – Argentina. Exdirector de Respuesta Judicial en el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos 2012-2013. Asesor en la Corte Constitucional del Ecuador 2013. Agente Fiscal en las Unidades de Violencia de Género, Delincuencia Organizada Transnacional e Internacional, Transparencia y Lucha Contra la Corrupción y Lavado de Activos de 2012 a la actualidad. Investigador voluntario del Centro de Estudios Penales y Sociales Inecip (Sede Buenos Aires) 2009-2010. Miembro del Observatorio de Género del Colegio de Abogados de Pichincha. Catedrático Universitario de Posgrado de la Facultad de Medicina en la Cátedra de Derecho Penal y Género, Catedrático de la Universidad de los Hemisferios en Derecho Penal y Procesal Penal.

## TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN EN DELITOS DE CORRUPCIÓN

Eduardo Estrella Vaca

### Resumen

La investigación penal responde a complejas formas de investigación en casos de delitos de corrupción; en relación a su estructura y la prueba que se debe evacuar ante la justicia, se vuelve imperativo el desarrollo de técnicas especiales; en mérito de usos inapropiados de herramientas tecnológicas y nuevas tecnologías que pueden otorgar anonimato a las redes delictivas; este ensayo aborda la necesidad del fiscal especializado en Transparencia y Lucha Contra la Corrupción frente a aquel gran reto de realizar un trabajo interdisciplinario y de buscar aquellos elementos necesarios para poner en evidencia a esas agrupaciones, ya que sin el desarrollo de herramientas investigativas especiales, no podría presentar ante la justicia las conexiones y modus operandi de estas organizaciones delictivas en casos complejos de corrupción; lo cual, a su vez, necesita de un liderazgo y conocimiento claros del desarrollo de estas herramientas por parte del fiscal a cargo de la investigación.

**Palabras clave:** corrupción, interceptaciones telefónicas, delincuencia organizada.

### Abstract

The criminal investigation responds to the complex forms of investigation in cases of corruption offenses, in relation the structure and the evidence that must be evacuated before justice, the development of special techniques becomes imperative; on the merit of inappropriate uses of technological tools and new technologies that can grant anonymity to criminal networks; This essay addresses the need of the Prosecutor Specialized in Transparency and Fight against Corruption in the face of that great challenge of carrying out an interdisciplinary work and of looking for those elements necessary to highlight these groups, without the development of special investigative tools, could not to present to justice the connections and modus operandi of these criminal organizations in complex cases of corruption, in turn they need a clear leadership and knowledge of the development of these tools by the Prosecutor in charge of the investigation.

**Key words:** corruption, telephone interceptions, organized crime.



## Introducción

Desde la época en la que Sutherland demostró en una de sus investigaciones que setenta de entre las doscientas más grandes e importantes corporaciones de Estados Unidos de América habrían cometido una diversidad de delitos en forma reiterada; en torno al “delito de cuello blanco” investigación presentada en la 34 Reunión de la American Sociological Society celebrada en 1939 en Filadelfia; se visibilizaron cifras de una gran ola delictiva que se había mantenido en la oscuridad, los perpetradores de estos hechos eran altos funcionarios de gobierno, gerentes y empresarios de reconocido renombre (Elbert, 1998, p. 82); es así que se plantea y visibiliza una gran dificultad al comprender que el aparataje penal estaba solo desarrollado para investigar y acusar al sujeto “estereotipado” por pequeños hurtos y robos; más aún frente a pocos casos que llegaban a judicializarse respecto a hechos de corrupción, que en su mayoría quedaban en la impunidad, hechos que podrían representar una gran afectación a la seguridad y economía estatal. En el caso ecuatoriano, los indicadores del Centro de Estudios Latinoamericanos calificaron para el año 2018 a Ecuador con 73 sobre 100 puntos, lo que lo ubicó en uno de los escalones más altos en cuanto a corrupción se refiere.

### 1. La corrupción.- Definición de su complejidad

Conceptualizar los delitos de corrupción requiere de un análisis más allá de un concepto jurídico, porque representa una idea que tiene el aporte de varias ciencias y su definición es ambigua. Se puede definir como delito de corrupción desde un sentido amplio, a un concepto centrado en la infracción de deberes que, por lo general, se encuentran asociados a la función pública, para que aquel acto u

omisión beneficie indebidamente a ese servidor o funcionario público o a un tercero (Artaza Varela, 2016, p. 313). En los tipos penales asociados a corrupción y determinados por el Código Orgánico Integral Penal, tales como peculado, enriquecimiento ilícito o concusión no existe una determinación exhaustiva de los elementos constitutivos del tipo penal (nuevas maneras de realizar este tipo de hechos), es decir, utilizando acceso a tecnologías de la información u otros.

A su vez, la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 define cinco formas en las que se pueden dar actos de corrupción: la primera indica el requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas (Convención contra la Corrupción, 1996). Esta es la base de las cinco formas que explican la corrupción, y en las que siempre está presente la entrega u ofrecimiento de dinero, favores u otro beneficio con el fin de realizar un acto contrario a la ley o reglamento de funcionarios públicos.

Al existir conceptos abiertos sobre las acciones que pueden realizar ciertos funcionarios públicos, amerita aproximar una mirada de investigación especializada sobre tales actos que la vuelven compleja, debido a que esto implica delitos que en ciertos momentos sobrepasan las capacidades operativas de áreas u organismos especializados, tanto de la Fiscalía General del Estado como de la Policía Nacional, en cuanto a la investigación y persecución penal de delitos contra la administración pública, delitos de terrorismo y su financiación como los de delincuencia organizada, contra la





fe pública, contra el régimen de desarrollo, etc. Esto trae como primera valoración la necesidad de trabajar de una manera coordinada y con una mirada de contexto hacia todas las áreas a cargo de un fiscal especializado, tarea que demanda un análisis profundo de los casos que deben ser sometidos a investigación por parte de la Unidad Nacional de Transparencia y Lucha contra la Corrupción.

## 2. Las técnicas utilizadas en esta clase de delitos

Los casos de corrupción requieren del uso de herramientas investigativas y tecnológicas que vayan acorde al desarrollo de "nuevas modalidades"; la comisión de esta clase de hechos penalmente relevantes, que emergen de procesos como la globalización de la economía, ha permitido a la evolución de aquella criminalidad organizada, que ha mutado hacia organizaciones complejas que tienen la posibilidad de actuar de manera indirecta, con un funcionamiento y estructuras de *holdings* que generan redes de difícil identificación de miembros y prácticas delictivas que mezclan fondos ilícitos en negocios o actividades no delictivas (Martínez, 2015, p. 54). Debido a esto, las técnicas de investigación en estos casos no pueden ser únicamente delegaciones a la Policía y experticias convencionales, sino que deben manejarse desde esa dinámica en la que el anonimato es el *modus operandi* de las organizaciones.

El Código Orgánico Integral Penal cumple con aquel objetivo y permite reglar y definir aquellas técnicas especiales de investigación (artículos 483-493), es así que se determinan varias técnicas especiales de investigación como la interceptación de correspondencia, interceptación de comunicaciones, operaciones encubiertas, entregas vigiladas, cooperación eficaz, seguimientos, etc.

El artículo 476 del Código Orgánico Integral Penal establece que "*la o el juzgador ordenará la interceptación de las comunicaciones o datos informáticos previa solicitud fundamentada de la o el fiscal cuando existan indicios que resulten relevantes a los fines de la investigación*". Una técnica de investigación llamada comúnmente "escuchas telefónicas", se maneja de manera coordinada y complementaria con seguimientos y vigilancias, filmación, manejo de fuentes respecto a los integrantes de una organización.

Muchos casos se han podido comprobar cuando se actúa de manera inmediata, logrando la detención de altos empresarios, funcionarios públicos y personas particulares, en el momento que se evidenciaba entrega de dinero u otros beneficios, y que deja de manera clara una secuencia delictiva que de modo indiciario se generó con interceptaciones telefónicas y que finalmente se transformaron en evidencia material de la comisión de un hecho delictivo en materia de corrupción, presupuestos dados en casos de peculado, tráfico de influencias, concusión, cohecho, enriquecimiento ilícito, defraudación tributaria, lavado de activos, los cuales, por su naturaleza, serían imposibles de investigar.

Este tipo de investigaciones pueden llegar a durar semanas o meses; y en ellos se busca evidenciar o descubrir las formas anónimas de cometer esta clase de delitos.

Es necesario que se pueda identificar, mientras se realizan seguimientos, vigilancias, e interceptaciones telefónicas, la llamada "ruta del dinero", con un equipo especializado en finanzas, contabilidad y tributación, develar el fin último de la organización que es el acopio de dinero obtenido de acciones ilegales, pasa a cuentas y patrimonio de terceros, hasta llegar finalmente al destino de los miembros de la organización, dependiendo del caso, en



cuentas bancarias dentro y fuera del país, es decir, es un trabajo cifrado en origen y destino de transacciones financieras.

En algunos casos, es necesario utilizar agentes policiales especializados en inteligencia para que se infiltren en el presunto grupo delictual investigado, esto con el objeto de conocer las órdenes que se imparten internamente y, sobre todo, identificar a los integrantes de la organización, así como recabar los principales indicios de los actos ilícitos, este accionar se encuentra normado por el Código Orgánico Integral Penal, el mismo que establece que, bajo la supervisión y responsabilidad del agente fiscal que vigile la no vulneración de derechos, se podrá utilizar la figura de un agente encubierto, definido como aquel que, con el fin de obtener información sobre una organización delictiva, sus miembros, estructura, *modus operandi*, campos de operación, así como para adquirir pruebas sobre la ejecución de hechos criminales, se muestra como miembro de la misma por un tiempo determinado (Núñez y Guillén, 2008, p. 119).

En otras palabras, el uso de dos perspectivas claras en el manejo de técnicas especiales es necesario: la primera que utilice todos los medios no convencionales en otro tipo de delitos, seguimientos, interceptaciones telefónicas, agentes encubiertos, para develar a quienes son parte de la presunta organización; pero, a la par, como segundo aspecto no se puede dejar de lado la investigación que se puede realizar con fuentes financieras abiertas y aquellas que necesiten autorización judicial, tanto de instituciones bancarias del Ecuador como de otros países y que determinen la forma en la que el patrimonio que se genera de este tipo de delitos se concentra en terceras personas o en compañías ficticias, y que tiene como único fin eludir la acción judicial, así como el uso de los medios para recuperar esos bienes y dinero que se han generado de actos corruptos. El componente principal de los delitos relacionados con la corrupción es el blanqueo de capitales y la transferencia para terceros en paraísos fiscales (Villapando, 2014, p.115).

## Conclusiones

La criminalidad organizada se nutre del anonimato de las acciones que se pueden realizar en cooperación con funcionarios públicos y contratistas del Estado, la motivación principal es el lucro económico, por lo que necesita traspasar fronteras, controles y supervisiones.

Es importante el esfuerzo que realiza la Fiscalía General del Estado y los entes que están a su cargo, investigadores y peritos, así como equipos de apoyo financiero; sin embargo, es necesaria la puesta en marcha de mecanismos y normas que permitan dar el último paso en la investigación y sanción de los casos de corrupción y esto es el decomiso internacional de bienes y dinero



producto de estos ilícitos, así como su traspaso hacia el país para mitigar las consecuencias que producen.

Es claro que sin una ley de extinción de dominio, que permita desde el primer momento disponer de los bienes y patrimonio de los procesados en estos casos, no se podrá evidenciar, en la práctica, una reparación integral para la sociedad que vaya más allá de la sentencia que reciba el infractor.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Artaza Varela, O. (2016), *La utilidad del concepto de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho*. Talca, Chile, Universidad de Chile.
- Calderón M. y Hechavarria L. (2016), *La cualificación de los métodos especiales de investigación en América Latina y el Caribe*, Santiago de Cali, Colombia, revista Criterio Jurídico.
- Código Orgánico Integral Penal (2014).
- Convención Interamericana contra la Corrupción (1996).
- Elbert, Carlos, (1998), *Manual básico de Criminología*, Buenos Aires, Argentina, Eudeba Editorial.
- Martínez, J. (2015), *Estrategias multidisciplinares de seguridad para prevenir el crimen organizado*, Barcelona, España. Universidad Autónoma de Barcelona.
- Núñez, M. y Guillén, G., (2008), *Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador*, Huelva, España, revista ADPCDP.
- Villapando, Waldo, (2014), *Crimen organizado transnacional*, Buenos Aires, Argentina, Astrea Editores.



Copyright: <a href="https://www.freepik.es/fotos-vectores-gratis/personas">Foto de Personas creado por freepik - www.freepik.es</a>

**Perfil Criminológico**  
No. 26 · Diciembre 2019

# Perspectiva Jurisdiccional





Copyright: <https://www.freepik.es/fotos-vectores-gratis/negocios>>Foto de Negocios creado por freepik - [www.freepik.es](https://www.freepik.es)</a>

# Perspectiva jurisdiccional



**Iván Saquicela Rodas**

### **SOBRE EL AUTOR DEL PRESENTE ARTÍCULO**

Juez de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia. Doctor en Jurisprudencia por la Universidad de Cuenca (2000). Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, por la Universidad de Guayaquil. Diploma Superior en Derecho Procesal Penal, por la Universidad de Cuenca. Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena. Magíster en Derecho Penal y Criminología por la Universidad Autónoma Regional de los Andes. Doctorando por la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Fue Coordinador Regional de Amnistía Internacional 1998-1999. Secretario Nacional de Amnistía Internacional 1998-2000. Concejal Alterno de Cuenca 2000-2002. Concejal de Cuenca 2003-2007. Presidente Ocasional del I. Concejo Cantonal de Cuenca 2005-2007. Vicepresidente del Consejo de Tránsito del Azuay 2003-2005. Vicepresidente de la Empresa Municipal de Terminal Terrestre 2003-2005. Vicepresidente de la Empresa Municipal de Rastro, Plaza y Ganado 2005-2007. Vicepresidente de la empresa ETAPATELECOM 2005-2007. Fiscal de Cuenca, julio de 2007 hasta febrero de 2015. Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, 2015-2017. Juez de la Corte Nacional de Justicia, 2018 hasta la actualidad.

**Correo:** saquicela.rodas.ivan@gmail.com.



## LA PERSECUCIÓN PENAL DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN EN LAS ALTAS ESFERAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, DESDE UNA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL CON BASE ÉTICA

Iván Saquicela Rodas

### Resumen

Este artículo presenta una visión jurisdiccional sobre la persecución penal de los delitos de corrupción en las altas esferas de la administración pública. Se lo mira desde la ética, los fines que persigue el Derecho, las afectaciones que provoca y la contribución de los jueces en su combate, más allá de la aplicación de la ley y la sanción de los responsables.

**Palabras clave:** Corrupción, administración pública, jurisdicción, ética.

### Abstract

This article introduces a jurisdictional view on the criminal prosecution of corruption offences in the upper rounds of public administration. It is viewed from the ethic, purposes pursued by law, effects caused and the contribution of judges in their combat, beyond the application of the law and the sanction of those responsible.

**Key Words:** Corruption, public administration, jurisdiction, ethic.

### Introducción

El tema que nos ocupa es la persecución penal de los delitos de corrupción y las acciones para evitar la impunidad. Tema importante y trascendente, importante porque preocupa a toda la sociedad por las afectaciones que tiene en diversos órdenes; y trascendente porque el combate a la corrupción desde el accionar de la Fiscalía y los jueces favorece a la construcción de una ciudadanía ética y a la justicia.

Si hablamos de vicios y virtudes sociales, no dudo en situar a la corrupción en lo más alto de la escala de los vicios. Este artículo procura dar una visión de la persecución penal de los delitos de corrupción más allá de la sola técnica jurídica. Se destaca que el ser humano ha estudiado la ética para la consecución del bien y la felicidad humana. El Derecho no es ajeno a los ideales y valores, y no solo como aspectos conceptuales, las normas jurídicas contienen valores, la sociedad toda



busca igualdad, paz, seguridad, armonía social y justicia.

La corrupción afecta a la seguridad jurídica, a la igualdad, quebranta el Derecho y pone en riesgo la democracia y sus instituciones. Por ello, se relievra el rol del juez en el combate a la corrupción que, además de garantizar un proceso debido, tutela judicial efectiva y de no permitir la impunidad, aporta en la construcción de la ética laica, en el fortalecimiento de la democracia y la confianza de los ciudadanos en el sistema de justicia.

## 1. Ética y Derecho

El ser humano ha tenido diferentes preocupaciones, el ser y el deber ser, los aspectos materiales y las cuestiones del espíritu; no ha faltado el estudio sobre la ética. Es decir, el ser humano ha querido entender no solo el micro y macrocosmos, sino también lo que puede conseguirnos una vida mejor desde lo espiritual o moral.

Sócrates decía que hay que conocerse a uno mismo y practicar los valores para alcanzar la felicidad; la ética no solo depende de la voluntad sino del conocimiento, se debe conocer para actuar virtuosamente. Aristóteles pensaba que la ética tiene como objetivo alcanzar la felicidad, la consideraba como una rama de la política en su proyección social-estatal, no se puede hacer nada en cuestiones del Estado sino se está en posesión de ciertos hábitos; es decir, del bien; para tener éxito en las cuestiones del Estado, debemos hallarnos en posesión de buenos hábitos morales (Ossorio, 1987).

Fernando Savater (2015) dice que hay ciencias que se estudian por el simple interés de saber cosas nuevas, para aprender una destreza, incluso para tener destrezas que nos permitan ganarnos la vida, pero existen cosas que hay

que saberlas porque debemos saber vivir, y entre estos saberes se encuentra la ética.

En estos criterios encontramos una coincidencia, la búsqueda de la felicidad y la necesidad de valores y ética para su consecución, sin perjuicio de que los caminos para lograrlo sean distintos. El Derecho tiene un conjunto de valores, diríamos que hoy es innegable que la norma jurídica no está desprovista de valores. En el Derecho Positivo se ha producido una transformación con la incorporación como normas jurídicas de un importante contenido material procedente de la moralidad, por tanto se habla de valores superiores, principios, directrices, derechos fundamentales.

En Ecuador, la *norma normarum* no es política, pero contiene valores y, en ese sentido, tiene aproximación con la ética. El artículo 1 de la Constitución establece que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, privilegia al ser humano y sus derechos, concibe que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, (Art. 169) así como impone deberes y responsabilidades para los ciudadanos que, cabalmente, dicen relación con la ética, con virtudes ciudadanas y con la lucha contra la corrupción sin los cuales no es posible la plena vigencia de los derechos humanos ni la justicia (Art. 83).

En la lucha contra la corrupción no se puede dejar de lado la ética, ni dejar de concebir al Derecho como el instrumento mejor logrado para conseguir tantos valores como la libertad, armonía social, seguridad, orden, paz y justicia. Es necesario patentizar la cercanía y conexión entre democracia, ética y Derecho, por ello los ciudadanos con un comportamiento que se ajuste a las buenas costumbres contribuimos a los fines sociales; es decir, sin perder la esencia de la libertad, podemos hacer nuestra vida en función de los demás, nuestra conducta supone convivir armónicamente con otros y para ello es imperiosa la ética.



## 2. La corrupción contraría la ética y el Derecho, y pone en riesgo la democracia

El Derecho persigue fines, entre ellos el orden, la seguridad, la certeza. Pero además suele decirse que el Derecho es legítimo o garantiza un mínimo de justicia al proporcionar aspectos elementales como el orden, la seguridad, la certeza y la previsibilidad de las acciones (Prieto, 2014) y, agregamos nosotros, que con ello hay cercanía a la justicia.

La corrupción es contraria a la ética, inobserva los principios que rigen una vida de respeto para con uno mismo y para con los demás, una suerte de deberes existenciales que nacen de la naturaleza humana. Pero además es contraria al Derecho, no solo porque ciertas conductas estén tipificadas como delitos, sino porque socaba el sistema democrático, burla el Derecho y rompe la armonía social.

Cuando reina la corrupción no existe seguridad jurídica, pues es quebrantada por los primeros que deben garantizarla, las leyes son vulneradas y se busca impunidad. La corrupción rompe el principio de igualdad, ya que el funcionario público se forja canchales, riqueza mal habida y condiciones de vida que no puede conseguir el buen ciudadano respetuoso de las leyes. Afecta al sistema democrático que se sustenta en la soberanía popular, los personeros del poder público representan al pueblo para cumplir un servicio público y garantizar la realización de los derechos. Lejos de esto, destrozando la fidelidad del servicio público y traicionando la confianza de los ciudadanos, privilegian su interés económico y sus metalizadas ambiciones, carcomiendo así el sistema democrático, generando desesperanza en el pueblo y apatía por los quehaceres de la política y el servicio público. Los actos de corrupción, por tanto, no solo se traducen en

delitos y afectación al patrimonio del Estado, sino que perjudican a la sociedad, los costes sociales son graves, sino imperecederos, muy duraderos. Se afecta la paz social, se debilita la institucionalidad del país, se provoca desconfianza en el sistema de justicia y, sobre todo, los pueblos tienen desesperanza por su presente y la construcción del porvenir.

## 3. El rol del juez en el combate a la corrupción, un aporte a la democracia y la ética liberal

Absorto el país observa cómo se descubre la corrupción que vincularía a personas, empresas y altos funcionarios públicos. Y una de las expresiones mayores de la corrupción es la búsqueda de impunidad a través de la manipulación de las instituciones llamadas a combatirlas, y esto es precisamente lo que se debe evitar en el Ecuador con un sistema de justicia independiente y eficaz. Se han investigado y judicializado varios casos por delitos de peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, asociación ilícita, entre otros. Es el sistema de justicia el que debe dar respuestas jurídicas, pero no es menos cierto que la ciudadanía demanda conocer la verdad de los hechos, sanción a los responsables y reparación integral; anhela que no se repitan estas conductas que afectan al Estado y la sociedad.

El juez siempre ha cumplido un rol muy delicado, pero en la época que vivimos, de los nuevos conceptos del Derecho, en donde no solo están presentes las reglas sino los principios y valores, donde la centralidad del ordenamiento jurídico no tiene la ley sino el ser humano y la vigencia de sus derechos, el rol del juez dista mucho de ser un mecánico aplicador de la ley. En la lucha contra la corrupción, además de aplicarse la ley para declarar la existencia del delito y la responsabilidad, se aporta a recuperar la paz social, la confianza en las instituciones democráticas, a



consolidar la democracia misma y el estado de Derecho. En otras palabras, no se puede minimizar la función que tiene la justicia en el combate a la corrupción; una mirada superficial puede llevar a la conclusión errada de que el juez simplemente aplica las leyes para sancionar a los responsables de actos de corrupción; sin embargo, si la corrupción afecta a principios de un sistema democrático y de Derecho, como la igualdad, seguridad jurídica, paz y armonía social, podemos concluir, sin dudar ni temor a equivocarnos, que el juez con su labor, entendida como un apostolado social, está aportando para que los altos fines del Estado tengan realidad. Ni de lejos el trabajo jurisdiccional por sí solo conseguiría estos objetivos, pero lo decimos categóricamente, no será posible sin los jueces, sin jueces honestos, probos, independientes, valientes y con conciencia de que al aplicar el Derecho se contribuye al sistema democrático y a una sociedad ética.

De otra parte, los actos de corrupción no presentan las tradicionales formas de comisión y participación, existen varios casos y formas de delincuencia organizada, involucramiento de poderes políticos y económicos que traspasan las fronteras, buscan la impunidad a

través de manipulación y corrupción de autoridades. Por ello mismo, la forma de entender y llevar el proceso es distinto, sin perjuicio de garantizar el debido proceso y la tutela judicial efectiva. El juez debe estar consciente que en su labor se agudiza la responsabilidad social e histórica; de que en la sala de audiencias, en ese espacio de civilidad en que se debate el Derecho, se da respuesta no solamente a un caso concreto sino al país, aportando a los fines que persigue el derecho que distan de la sola realización de la norma técnica, sino que tienen relación con una sociedad que garantiza los derechos, la libertad y la justicia.

Para concluir lo hacemos con Fromm (1978), en su cuestionamiento sobre la orientación de tener como característica de la sociedad industrial, en que el afán de lucro, fama y poder se han convertido en el problema dominante de la vida. Así, mirándolo bien, siendo el Derecho expresión de la cultura, los jueces al pronunciar la fórmula sacramental de "Administrando justicia, en nombre del pueblo soberano [...]"; debemos tener presente que, además, de hacer justicia enfatizamos el ser y los valores humanos en pro de una sociedad mejor.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador.

Fromm, E. (1978). *Tener o Ser*. México D. F., México: Fondo de Cultura Económica.

Ossorio, M. (1987). *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. Buenos Aires, Argentina: Driskill.

Prieto, L. (2014). *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid, España: Trotta.

Savater, F. (2015). *Ética para Amador*. Bogotá, Colombia: Ariel.

Savater, F. (2010). *Invitación a la ética*. Barcelona, España: Anagrama.

Savater, F. (2015). *Política para Amador*. Bogotá, Colombia: Ariel.

**Perfil Criminológico**  
No. 26 · Diciembre 2019

# Recuperación de Activos





Copyright: <a href="https://www.freepik.es/fotos-vectores-gratis/fondo">Foto de Fondo creado por jcomp - www.freepik.es</a>

# **La recuperación de activos**



**María Teresa Vélez Zhindón**

## **SOBRE LA AUTORA DEL PRESENTE ARTÍCULO**

Doctoranda en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca en el Programa Estado de Derecho y Gobernanza Global (España). Máster en Derecho Penal, Universidad de Salamanca (España, 2016). Máster Universitario en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla (España, 2015). Magíster en Derecho Penal, Universidad del Azuay (Ecuador, 2014). Especialista en Derecho Penal, Universidad del Azuay (Ecuador, 2012). Diplomado de Especialización a nivel de Postgrado en Criminalística, Universidad Nacional Santiago de Antúnez de Mayolo (Perú, 2008). Abogada de los Tribunales de Justicia del Ecuador, Universidad del Azuay. (Ecuador, 2008). Asistente de Fiscales, Fiscalía Provincial del Azuay (2007 – 2009) Secretaria de Fiscales, Fiscalía Provincial del Azuay (2009 -2016). Agente Fiscal de la Provincia del Azuay (2019 en funciones).

**Correo:** maitev64@hotmail.com  
velezzm@fiscalia.gob.ec



## LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL FRENTE A LA NUEVA POLÍTICA CRIMINAL DE RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

María Teresa Vélez Zhindón

### Resumen

La nueva realidad de la corrupción requiere una nueva política criminal. Nadie discute sobre la necesidad de recurrir al Derecho Penal frente a las formas más graves de corrupción, pero los instrumentos internacionales y la racionalidad en el recurso de las penas, permiten sostener que existe un largo camino por recorrer fuera del Derecho Penal para afrontar con eficacia la lucha contra la corrupción; es así que a la luz de la limitada tradicional vía penal, se ha visto la necesidad de la incorporación de nuevas figuras jurídicas para la recuperación de activos como es el decomiso de bienes sin sentencia y el decomiso de bienes de terceros.

**Palabras Clave:** Comiso, recuperación de activos, corrupción.

### Abstract

The current situation of corruption requires a new criminal policy. We must state that no one disagree on the need to apply criminal law, in the face of the most serious forms of corruption. International organizations and rationality for the use of penalties, allow us to effectively fight corruption, but we still face a long way with many challenges due to the limitations of traditional criminal law. There is a need to incorporate new legal figures for asset recovery, such as confiscation of assets without sentence as well as the confiscation of third party assets.

**Key Words:** Confiscation, asset recovery, corruption.

### Introducción

Nadie discute sobre la nueva realidad a la que nos enfrentamos en relación a la explosión de la corrupción frente a una expansión del Derecho Penal; si bien dicha lucha contra la corrupción es un componente indispensable para la sociedad, a su vez ha llevado a que los organismos internacionales se preocupen de armonizar respuestas sancionadas,

lo cual se transforma en la posibilidad de dar a los Estados, nuevas herramientas para combatir a la corrupción.

La expansión del Derecho Penal se evidencia en reformas penales: el endurecimiento de penas clásicas, la incorporación de nuevas modalidades de consecuencias accesorias como en el caso del decomiso ampliado, decomiso sin sentencia y decomiso de ter-



ceros, que responden a una política criminal del Derecho Penal europeo, en Ecuador las figuras de Comiso y Comiso Penal y por otro lado la introducción de nuevos tipos penales como el testaferrismo, incorporado desde la vigencia del Código Orgánico Integral Penal (10 de agosto de 2014); enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, incorporado en el Ecuador desde el 29 de agosto de 1985, mediante Registro Oficial No. 260, tipo penal que pretende ser incorporado en otras legislaciones como la española, mediante la propuesta del Grupo Parlamentario Ciudadanos en la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes (Blanco Cordero, 2017, p. 11); o ampliando los tipos penales ya existentes, como la tipificación del enriquecimiento privado no justificado.

Esta tendencia expansionista da lugar a la reducción de garantías y con ello a la flexibilización de requisitos probatorios, en aras de una mayor eficacia global en la persecución del delito; y, por otro lado, a dar una respuesta eficaz para la recuperación de activos, pues no debemos perder de vista que una de las formas de recuperar activos procedentes de la corrupción va encaminada a una tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, pues cuando hablamos de corrupción, hablamos de un enriquecimiento de los funcionarios públicos o de particulares.

Si bien estamos de acuerdo con la criminalización de los delitos de cuello blanco y con la modernización del Derecho Penal, debemos señalar que, en muchos de los casos, la tipificación de nuevos delitos en el ámbito de la corrupción –tanto pública como privada– es una respuesta fácil a los problemas sociales, desplazándose con ello a un plano simbólico, que más bien tranquiliza a la opinión pública.

## La base fundamental para frenar la corrupción es la recuperación de activos

Uno de los más importantes desafíos político-criminales dentro de la criminalidad económica vinculada a la delincuencia organizada –y en ella a los delitos de corrupción– es recuperar los activos vinculados a estas actividades delictivas (Berdugo Gómez de la Torre, 2016, p. 86), y para ello la implementación de nuevas figuras jurídicas como el comiso, que corta el ciclo económico del lucro ilícito, privando de lo que especialmente constituye el fin de las organizaciones criminales: obtener ganancias ilícitas (Zúñiga Rodríguez, 2010, p. 361).

Durante mucho tiempo la atención del proceso penal y los esfuerzos de la política criminal giraron en torno al poder punitivo del delito. El objetivo del proceso penal era lograr la imposición de penas a los delincuentes, generalmente privativas de la libertad, y estaba dirigido en esencia a la sanción del delito, y no tanto a la recuperación de los activos ilícitamente obtenidos.

Al producto del delito se llegaba al final, tras la investigación de los hechos criminales y como consecuencia lógica de dicha investigación criminal, siendo inusual que el itinerario investigador y el proceso penal fuera el inverso. (Jaén Vallejo, Perrino Pérez, 2016, p. 104). Quiero con ello decir que la idea de decomisar los efectos, instrumentos o medios y ganancias del delito, pareció siempre una obviedad que no necesitaba de especiales explicaciones y que tampoco era el espacio jurídico en el que pudiera desarrollarse una política criminal (Quintero Olivares, 2010, p. R2:3).

Actualmente, no hay documento relacionado con la lucha contra la delincuencia organizada y otras formas graves de delincuencia, que no



hagan mención al comiso como medio de lucha eficaz, ya que las ganancias son consideradas el “Talón de Aquiles” de la delincuencia organizada (Aguado Correa, 2013, p. 266).

El comiso es una figura jurídica considerada pena restrictiva de los derechos de la propiedad, según el artículo 69, numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, que da lugar a la privación definitiva de los bienes ilícitamente obtenidos cuando se encuentre de por medio una sentencia condenatoria; sin embargo, debemos señalar que frente a la nueva política criminal el comiso ha sufrido múltiples reformas en otros países, como en el caso español que al considerarlo una consecuencia accesoria, da lugar a que los bienes, instrumentos, productos del ilícito puedan ser decomisados cuando un hecho sea típico y antijurídico, aun cuando se declare la falta de culpabilidad del autor del delito (Cerezo Domínguez; 2004, p.24)

Es así que, en base a que el decomiso es considerado una consecuencia accesoria, la incorporación de diferentes modalidades de decomiso, como el decomiso ampliado, decomiso sin sentencia o decomiso de bienes de terceros, responden al cumplimiento de parámetros y compromisos con ciertos organismos internacionales, una tendencia a la desnaturalización de la figura de decomiso (Berdugo; 2017, p. 25), con la finalidad de recuperar activos.

Si bien esta tendencia es experimentada en el ámbito europeo, pues la Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y productos del delito pretende lograr una armonización en este ámbito con las diferentes modalidades del decomiso, en nuestro país, al considerarlo una pena restrictiva de los derechos de la propiedad, como mencionamos, únicamente cabe cuando existe una sentencia condenatoria.

Actualmente se ha visto la necesidad de dar a la investigación patrimonial el interés que merece, a pesar de haber sido archivado el Proyecto de Ley Orgánica de Lucha contra la Corrupción, que establecía la posibilidad de reformar el Código Orgánico Integral Penal con la finalidad de incorporar el decomiso sin sentencia y el decomiso de bienes de terceros. De igual manera, se encuentra en debate la Ley de Extinción de Dominio, proyecto presentado por la Fiscalía General del Estado como una nueva forma de recuperación de activos, figura jurídica que ha sido implementada en Latinoamérica siguiendo las recomendaciones de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, dentro del Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe.

El decomiso sin sentencia previa, denominado también decomiso civil, equiparable a la extinción de dominio, no es considerada una sanción penal, sino una sanción de naturaleza distinta próxima a la civil. Prácticamente, es una intrusión de una figura no penal en el ordenamiento jurídico penal (Blanco Cordeiro, 2012, p. 340). La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, en su artículo 54.1, literal C, estableció que los Estados considerarán la posibilidad de adoptar las medidas que fueran necesarias para permitir el decomiso de esos bienes, sin que medie una condena, en casos que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados, dejando la puerta para que los Estados incluyan otros supuestos.

En Ecuador, no tenemos una figura de este alcance; es evidente que necesitamos una solución para aquellos casos –que dentro de la corrupción no son pocos– en los cuales los procesados se encuentran prófugos, pues para esto y para los casos de fallecimiento del



procesado, y en general cuando la responsabilidad penal se haya extinguido por indulto, por prescripción del delito, por concurrir una causa de inimputabilidad o por una excusa absoluta, no se puede llegar a una sentencia condenatoria. Herramienta eficaz para recuperar los activos ilícitamente obtenidos, ante diferentes situaciones en las que, desde el inicio o de forma sobrevenida, no existirá responsabilidad penal.

El decomiso de terceros se justifica con la frecuencia con la que los delincuentes de cuello blanco, en cuanto son investigados (o con anterioridad) transfieren sus activos a terceros, tratando de evitar su ubicación por medio de maniobras de ocultamiento con personas naturales o jurídicas interpuestas. Debemos tener en cuenta que el decomiso afecta tanto a responsables del delito, así como a no responsables penalmente. La doctrina entiende que reúne esta condición de responsable civil, pues la condena es en aspecto civil, no penal (Cerezo Domínguez, 2004, p. 58).

Como hemos venido manifestando, nuestro país no cuenta con una figura jurídica de este alcance, siendo primordial su incorporación para así eliminar cualquier ventaja económica obtenida por el delito, siempre debiendo ser

respetuosos del adquirente de buena fe, situación que debe ser probada.

Ecuador se ha caracterizado por la expansión de la intervención penal, más que por una política criminal eficiente en cuanto a la recuperación de activos. En el caso de que esta figura sea incorporada, no tiene fácil deslinde con el tipo penal, tanto de lavado de activos, tipificado en el artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal, como de testaferrismo, tipificado en el artículo 289 del mismo cuerpo legal; es así que si a un tercero no responsable del delito por el cual se originan los bienes ilícitamente obtenidos, se decomisan los bienes en base al decomiso de bienes de terceros, indudablemente se iniciará un investigación penal por cualquiera de los tipos penales antes señalados; sin embargo, para el decomiso de terceros, no es necesaria una sentencia condenatoria.

Ciertamente, la lucha contra la corrupción es un componente clave para la sociedad, por lo que se debería seguir trabajando para poner de relieve la importancia del decomiso como uno de los medios más eficaces para la recuperación de activos, pues es necesario golpear a los delincuentes de cuello blanco donde más les duele, constituyendo el decomiso uno de los temas estrella dentro de la política criminal internacional.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguado Correa, Teresa. (2013). *El embargo preventivo y el comiso en los delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados: presente y ¿futuro?*. En Estudios Penales y Criminológicos. Vol. XXXIII, Pág. 265 -320. España.

Berdugo **Gómez de la Torre, Ignacio**. (2016). *Corrupción y Derecho Penal. Condiciones internacionales y reformas del*

*Código Penal*. En Saez Capél J. (Coord). Cuestiones Actuales del Derecho Penal (Pág. 35 – 90). Editorial Jusbaire. Argentina.

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio. (2017). "Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso", *Revista Penal*, No. 40, (Pág. 22 a 42). España.



Blanco Cordero, Isidoro. (2012). *Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)*. En Eduardo A. Fabián Caparros, Miguel Ontiveros Alonso, Nicolás Rodríguez García (Dirs), *El Derecho Penal y la Política Criminal frente a la corrupción*, (Pág. 337 -371). Ubijus Editorial S.A de C.V. México

Blanco Cordero, Isidoro. (2017). "El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC (19 -16). (Pág. 1 -35). España.

Cerezo Domínguez, Ana Isabel. (2004). *Análisis jurídico penal de la figura del decomiso*, editorial Comares, España.

Jaén Vallejo Manuel, Perrino Pérez Ángel Luis. (2016). "La recuperación de activos frente a la Corrupción", Ed. Dykinson, Madrid, España.

Quintero Olivares, Gonzalo. (2010). Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc>. Consultada el 30.06.2016, Pág. R2 :3. España.

Zúñiga Rodríguez, Laura. (2010). *Las consecuencias accesorias y la extinción de la responsabilidad penal*. Berdugo Gómez de la Torre I. (Coord), Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal, (Pág. 361 – 373). Tomo I, Editorial Iustel. España.

## NORMATIVA

Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones. Vigencia: 10 de agosto del 2014.

Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2014/127/L00039-00050.pdf>. Consultado el 31 de julio de 2019.

Proyecto de Ley Orgánica de Lucha contra la Corrupción, de 25 de julio de 2018. Asamblea Nacional del Ecuador, sección Legislaemos, Sistema de Formación de Ley. Disponible en: <https://www.asambleanacional.gob.ec/es>. Consultado el 31 de julio de 2019.

Ley Modelo sobre la Extinción de Dominio, Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, abril de 2011. Disponible en [http://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley\\_Modelo\\_Sobre\\_Extincion\\_de\\_Dominio.pdf](http://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf). Consultado el 30 de julio de 2019.

Proyecto de Ley de Extinción de Dominio, presentado por la Fiscalía General del Estado, el 20 de diciembre de 2017. Asamblea Nacional del Ecuador, sección Legislaemos, Sistema de Formación de Ley. Disponible en <https://www.asambleanacional.gob.ec/es>. Consultado el 30 de julio de 2019.

# FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

[www.fiscalia.gob.ec](http://www.fiscalia.gob.ec)

