



UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

TEMA

**CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS, MEDIANTE EL DELITO DE
CONCUSIÓN VIOLENTANDO LA EFICIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA: CASO CARLOS POLIT FAGGIONI.**

TÍTULO

**EL DELITO DE CONCUSIÓN EN EL CONTROL GUBERNAMENTAL QUE
EJECUTA LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO: CASO CARLOS
POLIT FAGGIONI.**

AUTOR

José David Mejía Silva

TUTOR

Paul Córdoba Vinuesa

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| AGRADECIMIENTOS | 11 |
| DEDICATORIA..... | 12 |
| RESUMEN | 14 |
| PALABRAS CLAVES | 15 |
| ABSTRACT..... | 16 |
| INTRODUCCIÓN | 17 |
| 1. LÍNEA DE INVESTIGACIÓN DE CARRERA | 17 |
| 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA | 17 |
| 2.1 Diagnóstico del problema | 18 |
| 2.2 Pronostico del problema..... | 19 |
| 2.3 Control del pronóstico | 19 |
| 2.4 Formulación del problema..... | 19 |
| 2.5 Sistematización del problema | 20 |
| 3. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA | 20 |
| 3.1 Delimitación teórica..... | 20 |
| 3.2 Delimitación temporal..... | 20 |
| 3.3 Delimitación espacial o geográfica | 20 |
| 3.4 Delimitación por unidad de observación | 21 |
| 3.5 Delimitación por contexto socioeconómico, político, ecológico o empresarial determinado..... | 21 |
| 4. OBJETIVOS | 21 |
| 4.1 Objetivo general | 21 |
| 4.2 Objetivos específicos | 21 |
| 5. JUSTIFICACIÓN | 22 |
| 6. HIPÓTESIS | 23 |
| 6.1 Variables de la hipótesis | 23 |
| 7. MÉTODO, NIVEL DE ESTUDIO Y TIPO DE ESTUDIO..... | 24 |
| 7.1 Exploratorio..... | 24 |
| 7.2 Descriptiva..... | 24 |
| 7.3 Explicativa | 24 |
| 8. MODALIDADES DE LA INVESTIGACIÓN..... | 25 |
| 8.1 Investigación de campo | 25 |
| 8.2 Investigación documental | 25 |
| 9. MÉTODOS GENERALES | 25 |
| 9.1 Análisis | 25 |

| | | |
|------|---|----|
| 9.2 | Métodos inductivo-deductivo | 26 |
| 9.3 | Método empírico | 26 |
| 10. | POBLACIÓN-MUESTRA..... | 26 |
| 10.1 | Población..... | 26 |
| 10.2 | Muestra..... | 26 |
| 11. | SELECCIÓN DE INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN..... | 26 |
| 11.1 | Entrevista | 26 |
| 11.2 | Análisis de documentos | 27 |
| 12. | TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN..... | 27 |
| 12.1 | Dogmática | 27 |
| 12.2 | Empírica | 27 |
| 13. | VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DE LOS INSTRUMENTOS..... | 27 |
| 13.1 | Validez..... | 27 |
| 13.2 | Confiabilidad | 27 |
| 14. | OPERACIÓN DE VARIABLES | 28 |
| 15. | PROCESAMIENTO DE DATOS..... | 28 |
| | CAPÍTULO I CORRUPCIÓN..... | 29 |
| | EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN, UN MAL QUE AFECTA LA ADMINISTRACION PÚBLICA Y DE CONFORMISMO SOCIAL | 29 |
| 1. | DEFINICIÓN DE CORRUPCIÓN | 29 |
| 2. | TIPOS DE CORRUPCIÓN | 33 |
| 2.1 | Punto de vista económico..... | 33 |
| 2.2 | Punto de vista jurídico | 34 |
| 2.3 | Punto de vista cultural | 34 |
| 3. | ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA CORRUPCIÓN..... | 34 |
| 3.1 | Posición de poder | 34 |
| 3.2 | Organización..... | 36 |
| 3.3 | Sujeto | 37 |
| 3.4 | Ilegalidad..... | 40 |
| 3.5 | Inmoralidad | 41 |
| 3.6 | Abuso | 42 |
| 3.7 | Beneficio (propio / de un tercero)..... | 43 |
| 4. | CLASES DE CORRUPCIÓN DESDE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA | 43 |
| 5. | TIPOS DE CORRUPCIÓN | 45 |
| 6. | ENFOQUE SOBRE LA CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACION PÚBLICA | 48 |

| | |
|---|----|
| 7. ÉTICA PÚBLICA Y ABUSO DE PODER (PLAN NACIONAL DE LA FUNCIÓN DE TRANSPARENCIA Y CONTROL SOCIAL 2019) | 50 |
| 8. COMBATE A LA CORRUPCIÓN, EL DELITO DE CONCUSIÓN EXPLICADO DESDE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES: ÁMBITO, ÓRGANOS DE CONTROL, BIEN JURÍDICO TUTELADO. | 55 |
| 9. SEGUIMIENTO DE LOS ESTADOS Y CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ACORDADAS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES CONTRA LA CORRUPCIÓN EN MATERIA DE CONCUSIÓN ... | 58 |
| CAPÍTULO II LA CONCUSIÓN | 63 |
| 1. ANÁLISIS DEL DELITO DE CONCUSIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA | 63 |
| 2. ANÁLISIS DEL DELITO DE CONCUSIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL..... | 71 |
| 3. IMPRESCRIPTIBILIDAD | 73 |
| 4. JUZGAMIENTO EN AUSENCIA | 76 |
| 5. ACEPCIONES DEL DELITO DE CONCUSIÓN | 78 |
| 6. LA CONDUCTA..... | 81 |
| 7. TIPICIDAD DEL DELITO DE CONCUSIÓN | 81 |
| 8. TIPICIDAD OBJETIVA | 83 |
| 8.1 Sujeto activo..... | 83 |
| 8.2 Sujeto pasivo | 84 |
| 8.3 Verbo rector | 84 |
| 8.4 Elementos valorativos del tipo penal | 85 |
| 8.5 Elementos normativos..... | 85 |
| 9. TIPICIDAD SUBJETIVA | 86 |
| 9.1 Dolo..... | 86 |
| 10. ERROR DE TIPO..... | 88 |
| 11. ANTIJURIDICIDAD | 89 |
| 11.1 Antijuridicidad formal | 90 |
| 11.2 Antijuridicidad material | 90 |
| 11.3 Causas de justificación de la antijuridicidad | 91 |
| 12. ERROR DE PROHIBICIÓN | 92 |
| 13. CULPABILIDAD..... | 93 |
| 14. JUICIO DE REPROCHE..... | 94 |
| 15. INIMPUTABILIDAD..... | 96 |
| 16. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO | 96 |
| 17. SANCIÓN | 97 |
| CAPÍTULO III CASO CARLOS PÓLIT FAGGIONI | 98 |
| ANÁLISIS CASO CARLOS PÓLIT FAGGIONI | 98 |

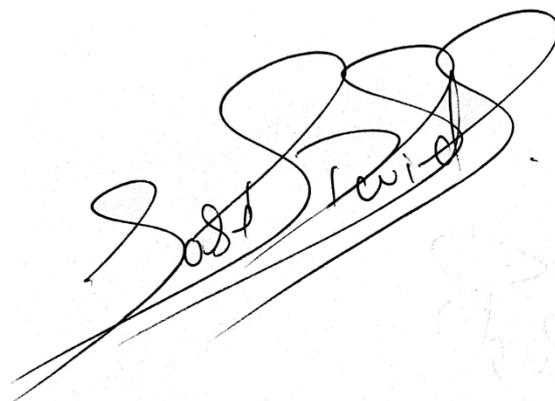
| | | |
|-------|---|-----|
| 1. | PRINCIPIOS QUE SE DEBEN TOMAR EN CUENTA RESPECTO DE LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DEROGADO Y DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, SOBRE EL ANÁLISIS DEL CASO CARLOS POLIT FAGGIONI..... | 98 |
| 1.1 | Principio de ultractividad y temporalidad de la ley..... | 98 |
| 1.1.1 | Temporalidad de la ley..... | 98 |
| 1.1.2 | Sentencia de la Corte Nacional..... | 100 |
| 1.1.3 | Principio de ultraactividad | 102 |
| 1.1.4 | Principio de favorabilidad | 106 |
| 2. | HECHOS DEL CASO CARLOS POLIT FAGGIONI..... | 111 |
| 3. | ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CAUSA NO. 17721-2017-00204, CASO CONCUSIÓN CARLOS PÓLIT FAGGIONI..... | 115 |
| 3.1 | Fase de investigación previa | 116 |
| 3.2 | Etapas de instrucción fiscal..... | 116 |
| 3.3 | Audiencia de evaluación y preparación de juicio | 121 |
| 3.4 | Audiencia de juicio..... | 124 |
| 3.5 | Audiencia de fundamentación del recurso de apelación | 135 |
| 3.6 | Recurso de casación | 139 |
| 3.6.1 | Voto de mayoría: | 140 |
| 3.6.2 | Voto de minoría:..... | 141 |
| 4. | EJERCICIO DE TIPICIDAD: CAUSA No. 17721-2017-00204..... | 142 |
| 5. | MAPA CONCEPTUAL SOBRE LA RUTA DEL DINERO QUE GENERA LA RESPONSABILIDAD DEL DELITO DE CONCUSIÓN..... | 143 |
| 5.1 | Antecedentes de Odebrecht S.A en Ecuador | 143 |
| 5.2 | Sistema de pagos de Odebrecht..... | 144 |
| 5.3 | Ruta del dinero: Carlos Pólit Faggioni..... | 145 |
| 5.4 | Pagos por los contratos | 145 |
| 6. | TIPICIDAD DEL ARTÍCULO 264 DEL CÓDIGO PENAL DEROGADO (NORMA ULTRACTIVA DE JUZGAMIENTO)..... | 146 |
| 6.1.1 | Tipicidad objetiva..... | 146 |
| 6.1.2 | Tipicidad subjetiva | 147 |
| 7. | TIPICIDAD DEL ARTÍCULO 281 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (NORMA SUBSUMIDA)..... | 148 |
| 7.1 | Tipicidad objetiva | 148 |
| 7.2 | Tipicidad subjetiva | 150 |
| 8 | SANCIÓN..... | 150 |
| 9 | MÉTODO DE INVESTIGACIÓN (LA ENCUESTA) | 151 |
| 1 | CONCLUSIONES..... | 163 |

| | | |
|--------------------|--|-----|
| 1.1 | Conclusiones de corrupción | 163 |
| 1.2 | Conclusiones sobre Concusión | 165 |
| 1.3 | Conclusiones sobre el caso Carlos Pólit Faggioni | 166 |
| 1.4 | Conclusiones Metodológicas..... | 168 |
| BIBLIOGRAFÍA | | 169 |

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, José David Mejía Silva, ecuatoriano, con cédula de ciudadanía N° 0202109286, declaro bajo juramento que el trabajo de investigación aquí desarrollado es de mi autoría, que no ha sido presentado anteriormente para ningún grado o calificación profesional, y se basa en las referencias bibliográficas descritas en este documento.

A través de esta declaración, cedo los derechos de propiedad intelectual a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual, reglamento y normativa institucional vigente.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'José David Mejía Silva', is written over a faint, circular stamp. The signature is fluid and cursive, with a long horizontal stroke extending to the left.

José David Mejía Silva

C.I: 0202109286

DECLARACIÓN DEL DIRECTOR DE TESIS

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

Paul Córdova Vinuesa

C.I: 1714835905

LOS PROFESORES INFORMANTES:

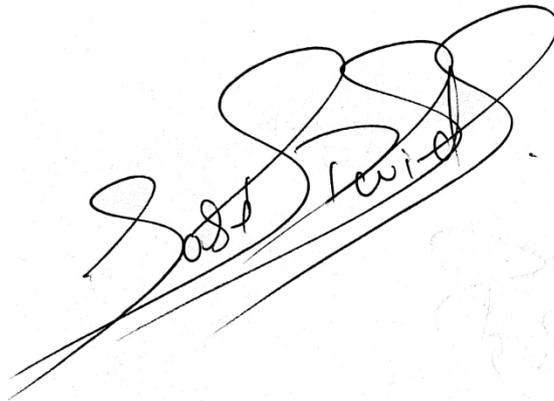
Después de revisar el trabajo presentado lo han calificado como apto para su defensa oral ante el tribunal examinador.

Estefany Alvear Tobar

C.I: 1722402144

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

A handwritten signature in black ink, written in a cursive style. The signature appears to read 'José David Mejía Silva'. The ink is slightly faded and there are some smudges around the signature.

José David Mejía Silva

C.I: 0202109286

AGRADECIMIENTOS

A mi madre por ser mi aliada incondicional, maestra y amiga, estar presente en las vicisitudes y apoyarme hasta en los días más cansados, confiar en mí teniendo la firme convicción de quien soy y hacerme sentir la confianza ilimitada que el amor de una madre puede expresar, bendita tu luz por encontrarnos en el camino.

A mi padre por darme el ejemplo de la firmeza, el ser y el cariño que en tu hogar se enseñó, por parte de Luis Alberto Viteri y Amable Angélica Gonzales; enseñarme, “que ser valiente no salga tan caro, que ser cobarde no valga la pena” (*Joaquín Sabina*). Por tu apoyo, amor y siempre abrazarme una y otra vez.

A mi abuela Sonia Viteri por el apoyo, quererme como nieto y recibirme en sus brazos.

A mi familia por el cariño y apoyo.

A mi tutor de tesis Paul Córdova, por su paciencia y ser bondadoso con su conocimiento; dirigir este último capítulo de mi vida universitaria. Infinitamente gracias.

A la Universidad Internacional SEK, por forjarme en sus aulas.

A María Paz Jervis por su dedicación y vocación con la enseñanza para crear abogados con ética y moral.

A todos mis profesores que extendieron su conocimiento, son parte de mi mente y vida.

DEDICATORIA

A la memoria de mi abuelo José Félix Sila, quien expresó en su poema *Yo Soy José* la esencia de su ser. Plasmando su pensamiento donde fue el habitante de una tierra herida al que le nació el amor entre las manos, aprendiendo entre letras, números y palabras su visión de libertad, con la certeza de la verdad en el infinito frente a las honduras de la vida, tan claro como el agua y las estrellas se manifestó la raíz de su vida frente a la dimensión de su pasado y futuro, sin esconder las lágrimas y con el coraje como principal guía, él enseñó a dibujar su nombre y a enredar el destino; su recuerdo en un abrazo de esperanza manifestado por el abecedario y la palabra, transitó a piel viva por los ríos en forma de tropel incontenible por todos los caminos, abrazando el amor, encontrando el júbilo y como tu decías alzando a golpe de sangre y esperanza, la nueva dimensión de tu destino (*José Félix Silva*), tu fuiste José, ahora, es mi turno de serlo.

A mi abuelita María Silva Eloína, la vida me ha dado la suerte de poder hacerme profesional frente a sus ojos, ahora soy el artífice de mi destino con un mazo y cincel, herramientas que con sus enseñanzas las obtuve y generaron en mí; tesón, esfuerzo, voluntad y constancia para construir una catedral como dijo mi tía María, de igual forma, hoy no habrá la posibilidad que crueles que quieran arrancarme el corazón como diría José Martí, puedan realizarlo, porque mi esencia responde al valor inmenso e intrínseco de quien es usted en mi vida. Mi girasol máspreciado que se levanta todas las madrugadas en mi ser para dirigir mi camino, boyante en los días de primavera y firme en los inviernos, en plenilunio y cuarto menguante, usted es ese rayo de sol que hace que el girasol abra sus pétalos en la madrugada, siga al astro rey hasta la plenitud del medio día y me acompañe para que se posicione tras las montañas esperando anhelante el nuevo día; siempre se levanta y nunca se oculta. Abuelita gracias por cuidarme como si fuera un hijo,

ser profesora y hacerme sentir el fervor del amor, a mucho orgullo yo soy nieto de María Eloína Silva.

RESUMEN

El fenómeno de la corrupción es un mal que rompe la institucionalidad del Estado, afectando al Estado de Derecho y a las diferentes esferas sociales; genera un abanico de opciones donde la seguridad jurídica y las garantías que versan sobre los derechos de los ciudadanos no pueden ser garantizadas, esto produce ruptura social, jurídica, política, cultural e institucional.

Las diversas prácticas de corrupción aplicadas por “*funcionarios públicos*” con “*potestad estatal*”, han obligado al legislador a crear normas jurídicas que prohíben ciertas conductas que poseen consecuencias en forma de sanciones penales.

La concusión es uno de los delitos por excelencia de la corrupción, se ejecuta contra la eficiencia de la administración pública. Es el caso del Ex Contralor General del Estado, Carlos Pólit Faggioni, quien corrompió al ente de control en el periodo 2008-2010, desvaneciendo glosas a favor de la compañía Odebrecht S.A, por más de 70'000,000,00 millones de Dólares de los Estado Unidos de Norteamérica, exigiendo la suma de 6'000,000,00 millones para desvanecer las responsabilidades civiles impuestas y 4'100,000,00 millones para emitir informes favorables sobre Odebrecht en futuros proyectos.

La compañía Odebrecht, pagó a funcionarios públicos un aproximado de 33'500.000,00 millones de dólares, más 317'000.000,00 millones para la construcción de la Central Hidroeléctrica San Francisco, afectando gravemente la eficiencia de la administración pública; razón por la que el ex funcionario fue condenado por la justicia ecuatoriana.

Este caso representa uno de los más graves pasajes de la corrupción en nuestro país, conducta que en la actualidad ha cruzado las fronteras y que ahora enfrenta a Carlos Pólit a la justicia de Estados Unidos.

PALABRAS CLAVES

Concusión, corrupción, eficiencia de la administración pública, bien jurídico protegido, ultraactividad, favorabilidad, temporalidad, conducta penalmente relevante y tipicidad.

ABSTRACT

The phenomenon of corruption is an evil that breaks the state's institution, that affects the rule of law and the different social spheres; it opens a door where legal certainty and the guarantees that deal with the right of citizens cannot be assured, this generates social, legal, political and institutional rupture.

The various practices of corruption applied by public officials with state power have forced the legislator to create legal norms that prohibit certain behaviors that have consequences in the form of criminal sanctions.

The concussion law is one of the crimes by excellence of corruption, which is executed against the efficiency of the public administration; This is the case of the former Comptroller General of the State, Carlos Pólit Faggioni, who corrupted the control entity in the period of 2008-2010, vanishing glosses in favor of the company Odebrecht S.A, for more than 70,000,000,00 million United States dollars, demanding the sum of 6,000,000,00 million to vanish the civil responsibilities imposed and 4,100,000,00 million to issue favorable reports on Odebrecht in future projects.

The company Odebrecht paid public officials approximately 33,500,000.00 million dollars, plus 317,000,000.00 million for the construction of the San Francisco Hydroelectric Power Plant, seriously affecting the efficiency of public administration, which is why the former official was sentenced by the Ecuadorian justice system.

This case represents one of the most serious passages of corruption in our country, this type of behaviors that has crossed borders and that at the present time, Carlos Pólit is confronting the United States Justice.

INTRODUCCIÓN

1. LÍNEA DE INVESTIGACIÓN DE CARRERA

Desarrollo y transformación social.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Estado ecuatoriano tiene implementado en su estructura diferentes funciones como son: el poder ejecutivo, legislativo y judicial; cada una tiene diferentes órganos e instituciones que poseen independencia, autonomía y funcionan de manera coordinada.

La Contraloría General del Estado es un organismo técnico que forma parte de la Función de Transparencia y Control Social, encargado del control y la verificación del uso de los recursos del Estado.

La atribución antes mencionada, convierte a la Contraloría General del Estado en el ente máximo de control de la contratación pública, misma función que ha facilitado que los funcionarios encargados de realizar los exámenes de control, tengan la posibilidad de cometer conductas penalmente relevantes como es el delito de concusión.

La falta de transparencia con la que actúan los funcionarios que componen la institución encargada del control del aparataje estatal y de sus recursos, ha provocado un problema en lo que respecta a la fidelidad de la revisión de los procesos de contratación pública, generando escenarios propicios para la corrupción, que se materializa mayormente en el pedido o exigencia de dádivas, favores o regalos, para que el funcionario público cumpla el trabajo que obligatoriamente debe realizar; mismo que debe ser brindado con gratuidad.

2.1 Diagnóstico del problema

En el año 2016 en Ecuador se conoció, por medio de los informes de responsabilidad penal que la Contraloría General del Estado puso en conocimiento de la Fiscalía General del Estado que, en años anteriores mientras ejercía la Presidencia de la República el economista Rafael Correa Delgado, varios funcionarios públicos habrían violentado la correcta eficiencia de la administración pública; cometiendo diferentes actos de corrupción, ya sean en beneficio propio o de terceros.

Esta situación provocó que el país se viera envuelto en tramas de corrupción que incluso trascendieron sus fronteras, debilitando la credibilidad interna de la administración pública y sus instituciones; situación que también repercutió externamente alertando a la comunidad internacional.

Los Organismos Internacionales han creado métodos e instrumentos para combatir la corrupción y han suscritos convenios de los que el Ecuador es parte; este mal se considera como un fenómeno sistematizado que debilita a las instituciones del Estado, genera inestabilidad económica y en consecuencia fractura a la sociedad.

El delito de concusión es el que más se ha generalizado entre los funcionarios públicos, quienes han hecho costumbre de solicitar, ordenar o exigir dádivas a cambio del cumplimiento de sus funciones, bajo el pretexto de viabilizar los trámites para su correcta ejecución.

2.2 Pronostico del problema

La falta de acciones correctivas en la lucha contra la corrupción por parte del Estado provocaría desequilibrio institucional y social, generando desconfianza, inconformidad y falta de seguridad en la administración pública.

En conclusión, se produce la ruptura del Estado frente al ciudadano, disminuye el valor de transparencia a los ojos de los Organismos Internacionales, colocando al Ecuador dentro de los países con tasas altas de corrupción.

De forma específica, el comportamiento de este fenómeno produce baja credibilidad de las instituciones públicas frente a la ciudadanía, quienes harán como forma común de actuación el entregar dádivas o emolumentos indebidos a los funcionarios para que cumplan o agilicen su trabajo; esto promueve que tanto el servidor público como el ciudadano entren en una trama de corrupción, generalizándola y haciéndola usual, corrompiendo a la sociedad.

2.3 Control del pronóstico

La principal acción que el Estado debe implementar para evitar la corrupción es la creación de una correcta política pública, encaminada a la fiscalización entre entes para que el funcionario con potestad estatal no pueda aprovecharse de su posición de poder, para cumplir el propósito del delito de concusión.

2.4 Formulación del problema

¿Cómo evitar que, en el interior de los entes de control, como es la Contraloría General del Estado, se generen redes de corrupción que soliciten o exijan dádivas o prebendas, por el cumplimiento de sus funciones?

2.5 Sistematización del problema

¿Cómo detectar el cometimiento del delito de concusión en un funcionario público para prevenirlo?

¿Cómo aplicar de forma correcta una política pública, enmarcada en los Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador, que promueven la lucha contra la corrupción?

¿Cómo operó el delito de concusión dentro de la Contraloría General del Estado, respecto de la compañía Odebrecht S.A., en el año 2010?

3. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

3.1 Delimitación teórica

- Afectación de las instituciones públicas a causa de la corrupción.
- Cómo se produce el delito de concusión realizado por funcionarios públicos.
- Cómo se juzga el delito de concusión en el Ecuador.
- Prevención y control de la corrupción desde el ámbito internacional adoptado en las políticas internas del Estado ecuatoriano.

3.2 Delimitación temporal

Análisis de la causa penal número 17721-2017-00204, que conoce la conducta punible de concusión realizada por el Ex Contralor General del Estado, Carlos Polit Faggioni, en el año 2010.

3.3 Delimitación espacial o geográfica

El delito de concusión que realizó el Ex Contralor General del Estado, Carlos Polit Faggioni, se perpetró en la Ciudad de Quito Distrito Metropolitano, en el año 2010.

3.4 Delimitación por unidad de observación

El proceso número 17721-2017-00204, que conoce la conducta punible de concusión realizada por el Ex Contralor General del Estado, Carlos Polit Faggioni, junto a la compañía Odebrecht S.A.

3.5 Delimitación por contexto socioeconómico, político, ecológico o empresarial determinado.

El sector político afectado es la institucionalidad del Estado, en función de la correcta eficiencia de la administración pública.

4. OBJETIVOS

4.1 Objetivo general

Analizar cómo funciona la corrupción en el delito de concusión, con el propósito de mejorar la eficiencia de la administración pública.

4.2 Objetivos específicos

- Analizar cómo funciona el delito de concusión de manera dogmática, para determinar ¿cómo se ejerce la conducta penalmente relevante?.
- Examinar el control de la corrupción a nivel interno e internacional, dentro de los órganos de control, para determinar las políticas públicas de corrección y prevención.
- Analizar el delito de concusión en la causa 17721-2017-00204. En función a la conducta del Ex Contralor, Carlos Polit Faggioni, y de la empresa Norberto Odebrecht S.A, como estudio de caso.

5. JUSTIFICACIÓN

La corrupción enfocada en el delito de concusión presenta un problema sistemático formado por redes de corrupción en las instituciones del Estado y en esta investigación, la Contraloría General del Estado que es el ente de control llamado a vigilar la manera en la que se usan los recursos del Estado.

Esta institución se ha visto involucrada en escándalos corruptos, ya que el funcionario público llamado a dirigir dicho ente estatal ha sido el primer involucrado en la trama de corrupción, exigiendo dádivas para desvanecer glosas e interferir en procesos.

La necesidad de transparencia y control sobre la Contraloría General de Estado y sus procesos, es primordial para disminuir los actos indebidos de funcionarios públicos, para prevenir que se den dichas conductas.

De manera clara y precisa se nota que, la institucionalidad estatal se encuentra degradada por lo que este estudio pretende revisar un proceso de concusión que incluso actualmente ha vuelto a salir a la palestra pública nacional e internacional, para determinar cómo opera la corrupción dentro del órgano de control, siendo factible establecer en qué procesos hay espacio para que se ejecuten estas conductas, señalarlas y proponer una solución.

Desde la teoría hasta la práctica, se han realizado diversos estudios que pretenden enmarcar la conducta delictiva de la concusión y su marco de acción como uno de los delitos predilectos de la corrupción en funcionarios públicos.

Esta investigación pretende identificar como opera el delito de concusión, materializado por funcionarios públicos que actúan en virtud de una potestad estatal, vulnerando la legalidad del ejercicio de la función pública y la fidelidad que este debe mantener en el ejercicio de su cargo, realizando un análisis de la causa 17721-2017-00204, que por el delito de concusión tipificado y sancionado en el artículo 264 del Código Penal conducta

que subsiste y se encuentra recogida en el artículo 281 del Código Orgánico Integral Penal, en el que se emitió sentencia Condenatoria al Ex Contralor General del Estado, Carlos Pólit Faggioni.

La necesidad de esta investigación se justifica, debido a que desde el año 2016, el Ecuador se ha visto señalado internacionalmente por la cantidad de casos de corrupción realizados por funcionarios públicos de todo nivel, desde Presidentes de la República; hasta, funcionarios inferiores, quienes han vulnerado de forma directa el artículo 227 de la Constitución de la República del Ecuador.

Las metodologías de investigación que se realizarán se verán enmarcadas en el análisis del delito de concusión y su estructura; estudio de la causa número 17721-2017-00204, criterios sobre los tratados internacionales de lucha contra la corrupción, compendio de criterios de varios juristas respecto del delito de concusión y aplicación de la Justicia Transicional, generando que esta no solamente se aplique para la víctima considerada como ser humano, sino también, al Estado cuando este se haya visto vulnerado con el fin de generar conciencia social, desde el servidor público al ciudadano particular.

6. HIPÓTESIS

Se debería implementar órganos de control internos y externos para generar de forma correlacionada un control entre instituciones, cuyo funcionamiento dependa uno del otro, y mantener el estándar de eficiencia; creando un sujeto de fiscalización e investigación contra la corrupción.

6.1 Variables de la hipótesis

- Corrupción y su afectación en la institucionalidad del Estado, por su falta de credibilidad.

- Afectación del bien jurídico protegido, por la falta de normas preventivas y de control contra la corrupción.
- Afectación del delito de concusión a la eficiencia de la administración pública y la sociedad.

7. MÉTODO, NIVEL DE ESTUDIO Y TIPO DE ESTUDIO

7.1 Exploratorio

En el presente trabajo se conceptualizará el delito de concusión, la prevención sobre este delito, abordando las técnicas de control de la corrupción mediante el uso de la revisión bibliográfica, doctrina, jurisprudencia, rescatando opiniones de expertos juristas que trabajan en la defensa de los delitos contra la administración pública y opiniones de los jueces que han conocido casos de concusión.

7.2 Descriptiva

Se pretende describir cómo funciona la concusión a través del estudio de la causa No. 17721-2017-00204 que por el delito de concusión, se siguió y condenó al Ex Contralor General del Estado, Carlos Pólit Faggioni.

7.3 Explicativa

La presente investigación trata de explicar, el por qué se produce el delito de concusión dentro de las instituciones del Estado, mediante un agente operador del delito llamado sujeto activo calificado (servidor público o intraneus).

8. MODALIDADES DE LA INVESTIGACIÓN

8.1 Investigación de campo

La información que sostiene esta investigación, se encuentra avalada en entrevistas a profesionales del Derecho, quienes han defendido casos referentes a los delitos contra la eficiencia de la administración pública, y de manera in situ, darán opiniones reales sobre el delito de concusión.

8.2 Investigación documental

De forma amplia y específica la investigación se sustenta a través de documentos bibliográficos, revistas y sentencias ejecutoriadas sobre el delito de concusión que explican, cómo se produce, materializa la conducta penalmente relevante; así como, las medidas de control y prevención de la corrupción encaminadas a evitar la utilización de la figura de la concusión por parte de los funcionarios públicos.

9. MÉTODOS GENERALES

9.1 Análisis

Desde la perspectiva general, ¿en qué consiste el delito de concusión?, se explicará cada elemento del tipo penal, y como se configura la conducta penalmente relevante, cada una de sus partes, explicando desde lo concreto del delito de concusión a lo abstracto, donde se realizará el estudio de una causa por concusión, en la que se explicó el tipo penal, sus elementos, la afectación al bien jurídico protegido y a la víctima.

9.2 Métodos inductivo-deductivo

Desde el hecho particular sobre el análisis de la conducta penalmente relevante en el delito de concusión dentro de la causa número 17721-2017-00204, se obtendrá afirmaciones sobre cómo opera el delito en cuestión.

9.3 Método empírico

Se realizará un estudio sobre los factores sociales que permiten la realización de la concusión, su afectación hacia la económica, institucionalidad, y política, así como, eficiencia y aplicación de las normas contra la lucha y prevención de la corrupción, y la protección del bien jurídico protegido que es la eficiencia de la administración pública.

10. POBLACIÓN-MUESTRA

10.1 Población

Opiniones de juristas especializados en delitos contra la eficiencia de la administración pública.

10.2 Muestra

La muestra que se usa en la presente investigación es la causa número 17721-2017-00204.

11. SELECCIÓN DE INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

11.1 Entrevista

Recolección de opiniones de juristas especializados con experiencia en delitos contra la eficiencia de la administración pública.

11.2 Análisis de documentos

Analizar doctrina, jurisprudencia y en concreto la causa número 17721-2017-00204, sobre el delito de concusión.

12. TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN

12.1 Dogmática

Se usa la investigación de documentos, sentencias, siendo estas fuentes primarias de la información.

12.2 Empírica

Se usará la elaboración de entrevistas.

13. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DE LOS INSTRUMENTOS

13.1 Validez

La información es obtenida de órganos competentes en el área de investigación como; Fiscalía General del Estado, Procuraduría General del Estado y Corte Nacional de Justicia.

13.2 Confiabilidad

Los registros y archivos de documentos que se usarán en la muestra son; doctrina, jurisprudencia y sentencias ejecutoriadas.

14. OPERACIÓN DE VARIABLES

Las variables de forma dependiente e independiente buscan establecer como se produce la concusión y en que espacios, procesos y normas se facilita el cometimiento de este delito.

15. PROCESAMIENTO DE DATOS

La sistematización de los datos obtenidos por la investigación y las entrevistas, que definirán los conceptos y el estudio del caso en particular, darán sustento a los objetivos marcados y verificarán la hipótesis propuesta.

La sistematización de las encuestas se harán de acuerdo a las coincidencias de respuestas dentro de las preguntas cerradas en una tabla, así como, la explicación de las preguntas abiertas por parte de los entrevistados, buscando elementos en común.

CAPÍTULO I CORRUPCIÓN

“La corrupción afecta al crecimiento económico, genera desigualdad, deslegitima a las instituciones públicas. Pero aun así es un fenómeno mal conocido por la ciudadanía”.
(Villoria Mendieta, 2019)

EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN, UN MAL QUE AFECTA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE CONFORMISMO SOCIAL.

1. DEFINICIÓN DE CORRUPCIÓN.

Cuando hablamos de corrupción, nos imaginamos un sin número de paradigmas relacionados con diferentes prácticas humanas que son rechazadas por su desvalor ético o moral frente a la sociedad. De igual forma, estas conductas tienen un carácter subjetivo ya que la acción humana se corrompe porque se exige para una determinada función un beneficio no legal, esto afecta la eficiencia de la administración pública; como lo expone Villoria Mendieta Manuel, cuando define a la corrupción:

“(...1) alguien tiene una posición de poder en una organización, sea mucho o poco, con más o menos discrecionalidad, y que ese poder le ha sido concedido para que lo use en un beneficio de la organización, de forma que esta cumpla con sus fines, objetivos o misión. 2) Esta persona abusa de su poder, es decir, va más allá de lo que legal y moralmente tiene permitido en su organización (y más allá de lo que su organización tiene permitido moral o moralmente). 3) Además de ello, ese abuso tiene como fin su beneficio privado; no abusa de ese poder por que se extralimite en su celo y trate de conseguir para la organización beneficios o resultados extraordinarios, sino porque pone su interés privado por encima de la organización y obtiene beneficios extrapositionales, beneficios que no son los que están pactados contractual o legalmente. 4) El beneficio privado puede ser

directamente recogido o indirectamente allegado; es corrupto también robar para el partido político al que se pertenece, aunque no se hurte de la cantidad defraudada ni un céntimo para sí(...)”(Villoria Mendieta, 2019, pp. 17 y 18)

La corrupción exige que un individuo posea una posición de poder (potestad estatal), dentro de una organización sistematizada, dicha embestidura es utilizada para generar beneficios hacia la organización, mientras que la conducta que genera el enfoque de la acción corrupta, es el abuso de este poder que posee la persona, ingresando a un enfoque no meramente ilegal, sino también, inmoral; es decir que hace más allá de lo que tiene permitido realizar.

El beneficio privado ilegal es la consecuencia de la conducta, este puede ser directo o indirecto; el primero, cuando el bien es recibido para el ente corrupto y el segundo cuando es generado para un tercero o proviene de un allegado.

En cuanto al beneficio, su efecto se delimita en la forma en que este llega al destino indebido; es de carácter “recogido” cuando es el individuo corrupto quien recibe de forma directa el beneficio; o, “allegado” cuando existe un intermediario que lleva la dádiva al sujeto corrupto.

En base a lo antes mencionado, se identifican elementos comunes a las diferentes prácticas de corrupción. El concepto por su naturaleza es ambiguo ya que tiene caracteres generales y posee elementos objetivos como son; posición de poder, organización, sujetos, ilegalidad, inmoralidad, abuso, beneficio propio o de un tercero.

Todos estos elementos componen de forma amplia y completa el concepto de corrupción que lo defino como: *Aquella acción directa o indirecta de un individuo con poder a cualquier nivel, que se aprovecha de manera abusiva, ilegal o inmoral de su posición dentro de una organización sistematizada, para obtener un beneficio propio o para un*

tercero y que dicho beneficio sea entregado de forma directa para sí, o de manera indirecta por medio de un allegado hacia un tercero.

Esta práctica tiene varias aristas y su interpretación es compleja, su definición y contexto es susceptible al sentido de la conducta humana; relacionada en todas las esferas de la sociedad, afectando a la institucionalidad de los poderes constituidos y al Estado en sí.

En ocasiones la corrupción, no solo aparece cuando los elementos antes mencionados se conjugan de forma perfecta; también puede generarse en relaciones sin posición de poder, mediante el acuerdo entre pares, para dirigir el efecto de las acciones a un fin concreto y de esta manera crear un beneficio para quienes se han organizado; de igual manera, no es necesario que exista una organización sistemática, también puede existir corrupción monolítica donde se alteren procesos para beneficio propio.

En sentido práctico la corrupción, debe ser entendida como el modo de actuar de un individuo, que no versa simplemente en el abuso; sino también, en el aprovechamiento de las circunstancias o elementos materiales propios de un proceso o funciones para tener un beneficio para si o para un tercero; y, este beneficio extra debe ser inmoral e ilegítimo por la forma en la que se obtuvo.

De igual forma, no se puede confundir a la corrupción con otros actos revestidos de ilegalidad; así, por ejemplo, con el abuso laboral donde si bien un sujeto abusa de su calidad de empleador sobre un trabajador para tener más eficiencia en su empresa a menos costo (explotación) y tener más productividad, la relación en este sentido es netamente laboral y su fin corre con el mismo propósito.

La corrupción tiene un carácter subjetivo de interpretación, que debe ser empleado a través de uno o varios de sus elementos objetivos para configurarse; es así que, una conducta corrupta necesita la alteración indebida de circunstancias para generar un

beneficio personal; por ejemplo, si unimos los elementos objetivos; posición de poder, abuso, organización, sujeto, ilegalidad, beneficio e inmoralidad, podemos demostrar que una conducta corrupta se puede configurar en el siguiente caso práctico:

Cuando el sujeto (A), en su posición estatal o de poder (Contralor General del Estado), ha abusado de esta para (imponer o desvanecer glosas), violando o simulando los procedimientos determinados por su organización (Contraloría General del Estado), siendo su conducta ilegal o simulada porque esta (no cumple con el procedimiento establecidos en la Ley de la institución), recibiendo por medio de exigencias o con amenazas un beneficio personal (dinero), para cumplir determinada función; siendo toda esta conducta inmoral en la (correcta eficiencia de la administración pública).

En conclusión, para que una conducta sea corrupta y entre en el concepto de corrupción, esta no necesita cumplir con todos los elementos objetivos de su significado; se debe interpretar la conducta y el fin de la misma en el sentido del abuso y del beneficio, quedando fuera de este concepto, otras prácticas inmorales o poco éticas e ilegales como el abuso entre empleador y trabajador u otros delitos que, pueden reunir estas características como el asesinato o violación, ya que solo es corrupción en el ámbito público aquellas conductas cuyo bien jurídico protegido es la eficiencia de la administración pública.

A modo de corolario, si tomamos en cuenta la reacción global de los Estados respecto del avance del fenómeno de la corrupción, se muestra que este ocupa y ha adquirido dimensiones muy preocupantes, lo que concomitantemente ha impulsado el surgimiento de acciones para la lucha contra la corrupción.

No es ajeno que la corrupción ha tenido un grave impacto en las esferas políticas de los Estados y que este fenómeno demuestra claramente que las instituciones públicas han

llegado a un grado tal de ineficiencia, y quienes deben velar por su correcto funcionamiento han incursionado en actividades corruptas aprovechándose del monopolio que ha generado el Estado en relación a los servicios que ofrece a los ciudadanos, lo que ha permitido la permanencia de varias instituciones públicas ineficientes y con altos grados de corrupción.

La corrupción afecta a todos los sistemas que componen el Estado; es decir se enfoca en todo aquello que significa el beneficio privado de quienes se corrompen, sobre el interés público que beneficia a todos.

2. TIPOS DE CORRUPCIÓN

La corrupción debe estudiarse desde tres puntos de vista principales; económico, jurídico y cultural, para Peter Eigen la corrupción tiene un efecto significativo en la economía de cada Estado, manifestando: *“Destruye gran cantidad de valores económicos e impide que los países de tercer Mundo se desarrollen”*(Eigen et al., 2004, p. 18)

2.1 Punto de vista económico

Se refiere a cómo afecta el fenómeno de la corrupción en el crecimiento económico del Estado, puesto que cuando existe más corrupción las empresas extranjeras controlan el *“riesgo – beneficio”* de invertir en el país, desencadenando a la larga un perjuicio al mismo Estado y a la sociedad.

El mismo autor antes mencionado explica como su departamento en el Banco Mundial, aplicó el escenario jurídico para combatir la corrupción, *“(…)nuestro departamento jurídico rechazaba propuestas que habrían evitado que los plutócratas de países en vías de desarrollo y los proveedores corruptos de los países del Norte se enriquecieran a*

expensas de sus ciudadanos con el dinero de los países donantes” (Eigen et al., 2004, pp. 15 y 16)

2.2 Punto de vista jurídico

Se refiere a la política penal que el Estado ha adoptado para combatir la corrupción, así como a los mecanismos punitivos para castigarla. En este punto se analiza hasta donde llegan las Leyes y las sanciones para las diferentes conductas penalmente relevantes, que son cometidas tanto por los particulares como los entes que forman parte de la administración pública.

Kai Ambos establece el cambio cultural que se debe realizar para evitar la corrupción y explica, “(...) *se deben tomar las medidas necesarias para los cambios culturales necesarios y superar los factores de este tipo que fomentan y permiten la corrupción” (Ambos, 2021, p. 33)*

2.3 Punto de vista cultural

Se basa en la tolerancia que tiene una sociedad frente al fenómeno de la corrupción y la medida en la que esta, se ha configurado como una herramienta de uso cotidiano en las actividades diarias, para los ciudadanos, como también, frente a las instituciones públicas.

3. ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA CORRUPCIÓN

3.1 Posición de poder

El poder está, no se constituye o crea en ningún sentido, porque es una manifestación natural en las relaciones del ser humano. Norberto Bobbio nos explica la concepción más básica del significado de poder: “(...) *el poder como la capacidad de un sujeto de influir, condicionar y determinar el comportamiento de otro individuo. (...)*”(Bobbio, 2009, p. 237)

Podemos denotar que la palabra capacidad versa sobre grado de influencia de un individuo dentro de una relación social, para dirigir la conducta de otro ser humano. La posición de poder siempre será asimétrica cuando el sujeto que es coaccionado se encuentre en desigualdad de condiciones; así mismo, puede ser igual o paralela, cuando la influencia se realice entre dos pares que buscan un mismo fin. La fuerza que se ejerce para llegar a un objetivo puede darse por medio de poder asimétrico (desnivel) o de poder en igualdad de condiciones.

Para entender porque la fuerza es el elemento que distingue la jerarquía entre individuos en las relaciones de poder, Jean Jacques Rousseau en su libro El Contrato Social indica: *“El más fuerte no lo es jamás bastante para ser siempre el amo y señor, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber”*. (Rousseau & Moreno, 2002, p. 6)

Con esta frase se comprende que la posición de autoridad puede ser entendida desde la premisa, sujeto posicionado como funcionario público, quien es aquella persona llamada a reconocer y obedecer la Constitución y la Ley; así como, quien ostenta una parte del poder estatal, tiene la responsabilidad de garantizar los derechos.

A primera vista se puede entender que la función de coerción (fuerza), debe usarse para hacer cumplir las normas claras, generales y que rigen a futuro dentro de un Estado de Derecho. Esto es legítimo y legal porque, la autoridad ha sido aceptada por el conglomerado social y legislada en una norma (poder político); pero también, existe una distorsión cuando se abusa de este poder para realizar ciertas acciones inmorales o ilegales, por medio de fuerza y amenaza, poniendo su posición de poder sobre un individuo (poder natural).

En este punto, nos encontramos en la expresión más pura de poder; donde la fuerza no ha sido transformada en derecho y su obediencia tampoco en deber, a causa de que, el acto

es inmoral en un inicio y natural de las relaciones humanas; también es ilegal porque no hay norma que lo legitime; en consecuencia, es una manifestación de facto y no de iure.

Cualquier forma de expresión de poder sea natural o política, cuando conlleva fuerza será asimétrica y condicionará la voluntad de un individuo a la pretensión de otro. Esta sumisión entre personas puede ser legal o ilegal, moral o inmoral; lo que determina que esta manifestación sea corrupta, es el abuso del poder.

3.2 Organización

En términos prácticos, vamos a construir nuestro concepto de organización de la mano del verbo sistematizar, entendiendo a la organización como: aquel ente material palpable y susceptible de sentidos, que posee personas, recursos, espacio, procedimientos, reglas, jerarquías, entre otras; y la sistematización, como aquella capacidad de la organización para generar procesos, protocolos o caminos óptimos para realizar sus fines, dentro de un ente, institución, o poder. La organización es la parte material y la sistematización es la parte formal.

La organización es aquel ente gubernamental o privado que a través de toda su estructura y componentes tienen un fin, poseen la capacidad de manifestarse por medio de sus empleados o funcionarios a quienes se les ha otorgado la capacidad de brindar servicios o tomar decisiones.

La sistematización conlleva a todos aquellos procesos que ocupa la organización para cumplir sus fines. Estos protocolos deben ser acatados por todas las personas que la conforman y en consecuencia se configura una red de personas, que realizan actividades coordinadas para que funcione toda la organización.

3.3 Sujeto

El sujeto hace referencia a la persona, entendida como aquel ser humano con conciencia, razonamiento y voluntad, que ejerce un cargo o función determinada por subordinación o por sí mismo.

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 233 inciso primero expresa:

“Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados a las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas”.
(Constitución de la República del Ecuador, 2021)

La Norma Suprema expresa en su texto que los servidores públicos son representantes de las instituciones del Estado, los intraneus al ser los sujetos llamados a proteger el bien jurídico protegido del Estado; eficiencia de la administración pública, sus acciones serán imprescriptibles y podrán ser juzgados en ausencia, es así como, el legislador generó un candado de seguridad mediante la coerción para disuadir al sujeto activo calificado y que este no vulnere el bien jurídico antes mencionado.

Para los delitos que son partes del paradigma general de la corrupción, los sujetos llamados a actuar dentro de estas conductas son dos; el intraneus (servidor público) y/o el extraneus (cualquier persona). Los dos pueden ser sujetos activos de las conductas penalmente relevantes sobre los delitos contra la eficiencia de la administración pública, pero el segundo no subsiste sin el primero.

El sujeto pasivo de estas acciones delictivas a quien se le vulnera el bien jurídico protegido, será siempre el Estado; sin embargo, en este tipo de delitos no siempre existirán los dos sujetos activos antes nombrados como autores; habrá conductas en las que solo se encontrará la acción del intraneus y otras donde aparezcan los dos sujetos en conjunto.

Intraneus según la Real Academia Española es: *“Persona que interviene en un delito especial y reúne la condición personal exigida por el tipo para ser autor de dicho delito”*.
(Real Academia Española, s. f.)

En los delitos contra la eficiencia de la administración pública, se exige un sujeto activo calificado que tiene una condición especial (servidor público) y es el principal autor y ejecutor de este tipo de delitos; porque, es quien tiene el poder y maneja en la organización (institución pública), los diferentes procesos (sistematización); es el llamado por su calidad a proteger este bien jurídico, precautelando la fidelidad en el cumplimiento de las normas que emanan de la Constitución y la Ley.

Extraneus según la Real Academia Española: *“Persona que interviene en un delito especial y no reúne la condición personal exigida por el tipo para ser autor de dicho delito.”* (Real Academia Española, s. f.)

El extraneus es el individuo ajeno a la entidad pública; es decir, el particular que concomitantemente con el intraneus, tiene responsabilidad en el cometimiento de un delito contra la administración pública; esto dependerá del grado de su partición y si, el tipo penal en concordancia con el verbo rector permite su participación o lo excluye a ser un instrumento para el cometimiento del delito.

Por ejemplo, en el delito de concusión, por lo general el intraneus actúa en una sola vía convirtiéndose en sujeto activo de la conducta penalmente relevante, como lo tipifica el artículo 281 del Código Orgánico Integral Penal:

“- Concusión. - Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, sus agentes o dependientes oficiales que, abusando de su cargo o funciones, por sí o por medio de terceros, ordenen o exijan la entrega de derechos, (...)”
(Código orgánico integral penal, 2022)

Los sujetos activos calificados responden al servidor público y aquellos que actúen dentro de una potestad estatal; la autoría se realiza por domino del hecho o de manera mediata para realizar el delito de concusión; esto con relación los verbos rectores de la misma conducta que se identifican como “ordenar o exigir”, por medio de amenazas que se convierten en agravantes de la conducta, sea esta ejecutada por sí mismos, otros funcionarios o usando a un tercero para cometer el delito de concusión.

Con esto se demuestra que de la hermenéutica literal de la tipificación de este hecho punible, la vía delictiva parte desde los sujetos activos calificados y el dolo de la acción solo permite que la conducta sea realizada por estos, agravándose la misma, como ya se ha manifestado antes, por las amenazas o violencia utilizadas en función de la orden y exigencia sobre otro individuo.

En la comisión del delito de concusión y dependiendo del rol que se realice, puede también extenderse, como bien lo manifiesta el inciso segundo del artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador, a un tercero o extraneus, quien, a pesar de no tener la calidad de servidor público, delinque ya sea en conjunto o de manera coadyuvante con el intraneus; esta extensión de la responsabilidad se denomina Principio de Comunicabilidad.

Así también, el tercero puede convertirse en un instrumento del intraneus por medio del cual se viabiliza el cometimiento de la infracción, como en el caso de la secretaria que recibe la orden directa del funcionario de hacer o no hacer algo, sin que conozca o tenga

la voluntad (dolo) de cometer el ilícito. En este caso estamos frente a un tercero que no acarrea responsabilidad alguna por los actos del intraneus.

A diferencia del ejemplo antes expuesto, el cohecho es un delito de doble vía, ya que la conducta parte del sujeto activo intraneus, pero es devuelta de forma voluntaria y positiva por el extraneus. Sobre este delito, el Código Orgánico Integral Penal indica que:

“Cohecho.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona (...)” (Código orgánico integral penal, 2022)

La tipificación identifica a los servidores públicos y personas que actúen en una potestad estatal; pero la interpretación de este enunciado va enlazado a los verbos rectores donde se abre un espacio dentro de la conducta delictiva, en la que los verbos indican que los sujetos activos pueden configurar la misma de dos formas, recibir o aceptar; es evidente que la acción depende de un tercero (extraneus), quien debe ofrecer algo a cambio de un beneficio; mientras que el verbo aceptar es la función que realiza el sujeto activo intraneus (servidor público), lo que conlleva a la ya antes mencionada doble vía.

Con lo mencionado, se evidencia que los delitos de corrupción se materializan por la conducta dolosa del intraneus como sujeto activo calificado (servidor público) y que el extraneus puede también calificarse en virtud de la comunicabilidad y el rol que mantenga en la conducta penalmente relevante.

3.4 Ilegalidad

La ilegalidad de cierta forma responde a la antijuridicidad. La conducta del sujeto que realiza el acto corrupto debe ser contraria a derecho y solo podrá ser considerada antijurídica si existe el desvalor de la acción o del hecho. El desvalor del sujeto, se

refiriere a la culpabilidad de este, por haber violentado una norma que protege un bien jurídico protegido o prohíbe realizar una conducta; es así que, lo ilegal responde al silogismo simple de que el sujeto activo, subsume su conducta a un tipo penal, realizando de forma pura un ejercicio de tipicidad, generando antijuridicidad y como efecto la culpabilidad, conociendo los elementos objetivos del tipo penal y teniendo la conciencia y voluntad de realizarlos irrogando daño.

Por ejemplo: La Ley prohíbe que los funcionarios del Estado reciban dádivas para realizar sus funciones y usar exigencias para cumplir su trabajo, so pena de recibir una sanción; sí la primera conducta se llega a materializar (causa), el sujeto activo (servidor público), será sancionado (efecto).

Del ejercicio antes realizado se resume que una conducta humana si cumple con el supuesto de hecho de una norma prohibitiva o que protege un bien jurídico, será sancionado con el efecto que prevé la misma norma. Así doctrinariamente Muñoz Conde explica que la categoría del delito de antijuridicidad es:

“Al juicio de desvalor sobre el hecho se llama antijuridicidad, y refleja la desaprobación del acto por el legislador; al juicio de desvalor sobre el autor del hecho se llama culpabilidad, y supone la atribución al autor del acto previamente desaprobado, para hacerle responsable del mismo.” (Muñoz Conde & García Arán, 2010, p. 42)

Estos dos elementos configuran la causa que provoca lo antijurídico y su efecto la culpabilidad, señalando de forma clara que, para que exista una conducta ilegal debe ser reconocida como antijurídica y atribuirle responsabilidad a quien la comete.

3.5 Inmoralidad

La moral responde a la sociedad y la concepción de lo que se considera bien y mal, justo e injusto en comunidad. Puede ir o no de la mano de la ilegalidad, pero no siempre

concorre de esta forma, ya que pueden existir conductas inmorales no sancionadas y otras que sí, como lo explica Muñoz Conde y García Arán: *“El concepto de nocividad social exige algo más que la simple inmoralidad de un hecho para castigarlo como delito”* (Muñoz Conde & García Arán, 2010, p. 46)

Para que una conducta sea considerada inmoral e ilegal necesita que su efecto nocivo sea gravoso para el orden y control social; es así como el legislador determina pertinente y necesario castigar una conducta. De igual forma si la conducta humana es poco moral pero no reúne el umbral del agravio, por mínima intervención penal no será necesario sancionarla de manera positiva.

3.6 Abuso

El abuso siempre está relacionado al poder y lo que diferencia al uno del otro, es el carácter volitivo, donde la capacidad del sujeto que se encuentra en un cargo, representando a una organización o entidad, usa herramientas que se hallan a su disposición para cometer un fin determinado en su propio beneficio; el cual no está contemplado ni representa a la institución a la que pertenece.

Vargas Rojas, define al abuso como:

“El abuso del cargo resulta así un medio del que se vale el agente, en el entramado de la conducta típica, para la realización del delito, implicando ello un prevalimiento, esto es, el hacer valer la fuerza, influencia o impacto del cargo para hacer fácil o más viable el logro de sus objetivos ilícitos” (Rojas Vargas, 2016, p. 170)

El abuso es la herramienta propia del ser humano que por su capacidad de influir en personas por el poder que ostenta, se usa para transgredir de forma inmoral e ilegal las normas legisladas, quitando eficiencia al uso del cargo del que ha sido investido y

generando un mal y desigualdad sobre sus funciones, ya que estas tienen relación con el usuario y la sociedad.

3.7 Beneficio (propio / de un tercero)

El beneficio se lo entiende como la obtención de ventajas indebidas y se lo define a criterio de Rojas Vargas de la siguiente manera citando a la Ley No 27815, Ley del código de Ética de la Función Pública de 13 de agosto de 2002, artículo 8 Prohibiciones Éticas de la Función Pública: *“Obtener ventajas indebidas: el funcionario no debe obtener o procurar beneficios individuales, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia”*.(Rojas Vargas, 2007, p. 261)

El beneficio es propio cuando el efecto se da en el acrecentamiento del patrimonio a través de regalos, dinero o incentivo; el intraneus o extraneus hace crecer de forma no debida su patrimonio satisfaciendo necesidades propias.

El beneficio a un tercero se configura cuando las personas externas, reciben el incentivo a través de la conducta ilegal dominada por el actor principal del hecho punible; es decir, las acciones del funcionario público benefician a otros que le han solicitado una supuesta ayuda para impulsar una causa, que solo se puede lograr por el hecho de que esta se encuentra dentro de sus funciones.

4. CLASES DE CORRUPCIÓN DESDE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Desde el punto de vista criminológico la corrupción se ha definido en distintos niveles, para poder determinar la gravedad de los efectos que esta práctica lesiva genera en las instituciones, Manuel Abanto Vásquez identifica los siguientes tipos de corrupción desde la función pública: *“El nivel más bajo es el de la llamada corrupción ocasional (o*

“corrupción directa”), o sea, como fenómeno individual que se puede afectar a cualquier individuo (...)” (Abanto Vásquez, 2014, p. 703)

Desde el punto de vista del autor, la corrupción por el individuo es el reflejo de la sociedad ya que se mide desde la oferta y aceptación de los sobornos, entendiendo a esta práctica como habitual o normal; generando una cultura de aceptación.

La comunidad se configura desde los grupos sociales más pequeños hasta las conglomeraciones entre personas de diversas índoles; como grupos políticos, religiosos, jurídicos, entre otros; es así como, estos conjuntos están incorporados por individuos y sistematizados por una jerarquización que parte entre iguales porque son seres humanos, pero cada uno gana su reconocimiento y poder según el grado de influencia que tengan en el colectivo, esto es el elemento diferenciador entre estas personas.

Desde el punto de vista de quien ejerce la función pública, su nivel de influencia será a partir de su capital político, nivel o poder; y dependiendo de esto, él intraneus podrá ejercer presiones, insinuaciones, ordenes entre otras acciones para obtener un beneficio, sea usando al extraneus como instrumento para el cometimiento del hecho punible o permitiendo que coadyube con la conducta ilícita, impregnando en la sociedad esta práctica y normalizándola.

Este nivel de corrupción en principio puede ser mínima, pero influye de forma significativa en la administración pública; porque los servidores ven con ojos de oportunidad, ganancia patrimonial y satisfacción de sus necesidades el uso de esta actividad y el particular mira esta opción como un camino corto y sencillo para la realización del servicio que ha solicitado.

El nivel más grave de corrupción se denomina corrupción institucionalizada y para el mismo autor se define como: *“(...) corrupción institucionalizada (o del sistema), o una*

corrupción que funcione como criminalidad organizada.” (Abanto Vásquez, 2014, p. 704)

En este punto la corrupción directa ha pasado del sencillo enlace entre individuo con poder e individuo que solicita un servicio de forma aislada, a una red de corrupción donde una institución se ve corrompida desde su máxima autoridad, sus asistentes de confianza, y quienes ocupan cargos medios y bajos.

Esta interacción afecta a toda la eficiencia de este organismo, porque las prácticas corruptas han avanzado de forma progresiva desde un acto aislado entre dos personas, que fue aceptada por la institución y seguirá creciendo hasta afectar a todo el Estado. En este punto la lesividad del daño es grave, porque la conducta está impregnada en el funcionario y en el producto de su trabajo, lo que hace casi imposible detectarlo y detenerlo por lo que se requiere de una depuración masiva del sistema público.

5. TIPOS DE CORRUPCIÓN

La corrupción se presenta de dos formas; por su naturaleza y por el grado de desarrollo. Este fenómeno por su naturaleza responde al acto de lesividad bajo y alto que se genera entre individuos escalando socialmente hasta ser aceptada, vista como una práctica común posee cuatro elementos básicos que son su ruta de composición; individuo, poder, abuso y beneficio.

Desde este punto de vista, esta puede ser de naturaleza política y desde la administración pública. Cuando se habla de la naturaleza política de la corrupción, esto nos enfoca y nos traslada a la alta esfera política y pública; es decir a funcionarios que ejercen cargos de representación popular, funciones ministeriales, asambleístas, secretarios de Estado, Vicepresidentes de la república y Presidentes, etc; es decir, a quienes forman parte del

poder político de un Estado y usan su posición para realizar actos corruptos amparados en la investidura que ostentan.

La corrupción vista desde el enfoque de la administración pública, afecta a los servidores públicos intermedios y bajos, quienes se encuentran de forma directa en contacto con los ciudadanos usuarios de los servicios públicos.

En los dos casos, el servidor público desde su ámbito de acción se corrompe para obtener un beneficio para sí o para un tercero, distorsionando de forma dolosa la correcta eficiencia de la administración pública, así como, la política anticorrupción del Estado, desfigurando y mermando la institucionalidad de la administración y el mismo Estado de Derecho.

Corrupción desde el grado de desarrollo se refiere al grado de sistematización y actuación individual del ente corrupto en el ejercicio de su cargo; es decir, a si actúa solo o si ha conformado un grupo con roles específicos.

De esta forma por el grado, la corrupción se puede subdividir en; corrupción individual o personal y corrupción institucionalizada.

La corrupción individual se da cuando el actor de la conducta penalmente relevante opera de manera directa, sin intermediarios, así por ejemplo, cuando el agente civil de tránsito solicita una “coima o mordida” para evitar sancionar a un conductor que ha cometido una infracción.

Cuando se trata de corrupción institucionalizada, se refiere a que existen redes de corrupción altamente estructuradas y que cada integrante cumple roles específicos desde la esfera en la que acciona; así, por ejemplo, cuando un grupo de servidores públicos de una cartera de Estado actúan de forma voluntaria para beneficiarse de un proceso de contratación pública.

Para entender el núcleo de la actividad corrupta, primero hay que comprender la acción del Estado por su actividad administrativa, al respecto Manuel Frisancho Aparicio en referencia a José Roberto Dromi manifiesta: *“Se trata de una teoría que trata de caracterizar las distintas exteriorizaciones de la actividad funcional del Estado por la naturaleza del órgano (...)”*. (Aparicio Frisancho, 2011, p. 30)

El autor da a entender que las instituciones del Estado y los órganos estatales se expresan de manera funcional; o sea, actúan de forma coordinada pero independientes.

En el Ecuador desde la Constitución del 2008 se maneja un sistema presidencial, que en su concepción doctrinal tiene tres poderes; Ejecutivo, Legislativo y Judicial. La Carta Magna, recoge este esquema, pero cambia la conceptualización de poderes por funciones.

Esta nueva idea aplicada desde la corriente ideológica del Constitucionalismo obliga a que los poderes horizontales y verticales de un Estado sean independientes, pero manda a que trabajen de forma coordinada en un deber ser. Esto en la realidad material no pasa; la esfera política no busca su fin real (el bien común), sino se centra en la pugna de poderes entre partidos políticos, fragmentando el debido funcionamiento del Estado.

La función de la actividad administrativa de un Estado a través de sus órganos es manifestar sus funciones en rigor a sus competencias y jurisdicciones; ahora bien, quienes están llamados a exteriorizar y generar las condiciones en estricto Estado de Derecho para que exista eficiencia administrativa pública son los servidores públicos. El mismo autor antes citado manifiesta que:

“Para tener la calidad de funcionario público no interesa a la naturaleza pública o particular de los bienes bajo custodia, solo importa que los que tienen el encargo de vigilar y cautelar su integridad y mantenimiento son susceptibles de ser considerados

funcionarios o servidores públicos en el ámbito penal” (Aparicio Frisancho, 2011, p. 46)

Podemos denotar que, el servidor encuentra su calidad por el bien jurídico que representa y protege, el cual no le pertenece pero está llamado a tutelar, actúa bajo valores de honestidad e integridad los cuales contemplan la eficiencia.

La naturaleza de la corrupción es la afectación flagrante a la administración pública, tanto en su expresión administrativa y la lealtad de sus servidores, mermando la eficiencia y buscando un beneficio individual ilegal; teniendo un efecto de ruptura institucionalizada.

6. ENFOQUE SOBRE LA CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACION PÚBLICA

La administración pública es aquel instrumento transversal del Estado, por el cual se pone en funcionamiento de manera sistemática a todas las funciones, instituciones y órganos que buscan garantizar los servicios públicos de manera eficiente para solventar las necesidades de los ciudadanos.

Para conceptualizar el enfoque sobre la administración pública y comprender cómo opera la corrupción en ella, hay que entender la postura de actividad administrativa, es así como Luis Rodríguez Collao la define como: *“(...) la posición que sostiene que el bien jurídico protegido por estos delitos es la Administración Pública, entendida no en su aspecto orgánico, sino como una actividad de servicio del Estado frente a los ciudadanos”.* (Rodríguez Collao & Ossandón Widow, 2008, p. 100)

Cuando se habla de administración pública se suele imaginar que esta involucra a todos los órganos del Estado, esta visión es correcta pero parcial, porque solo se está entendiendo el cuerpo de este concepto; o sea, la forma física.

Existen factores internos que involucran procesos, estructuras de funcionamientos y eficiencia, todas estas características son materializadas por medio de acciones que son actividades realizadas por individuos que tienen acceso a los órganos y a los servicios que estos ofrecen, entonces la administración pública cobra vida cuando existen procesos y actividades que son ejecutadas por individuos calificados en ella.

Los sujetos llamados servidores públicos quienes están convocados a proteger el bien jurídico de eficiencia administrativa del Estado, son el corriente sanguíneo que permite el correcto funcionamiento de la institucionalidad, son ellos los que permiten, niegan o aceptan que se produzca una acción corrupta, ya que cae sobre estas personas la opción de denunciar o ser parte de este mal.

El servidor público siempre podrá ser corrompible, esta característica se le otorga porque es ser humano y su propia naturaleza no lo hace perfecto, es el funcionario quien de forma consciente y voluntaria perjudica o mejora al servicio público.

Cuando la corrupción nace en el intraneus se está afectando en una primera fase, a la actividad administrativa, porque el servicio que ofrece no será eficiente ni público, ya que el beneficio que obtendrá será ilegal para un bien individual o propio, a costa de la administración; en otras palabras, está vendiendo la eficiencia administrativa.

Una vez que la actividad administrativa ha sido corrompida, el núcleo de esta se ha dañado; es decir, este mal a podrido el interior de las instituciones. Esta afectación es leve mientras no se normalice y exteriorice; pero este efecto es inevitable y la gravedad será alta cuando la corrupción interna se refleje en el órgano estatal como tal, o sea, se manifieste socialmente y se lo entienda como físico, normal o rutinario, tanto para el funcionario como para los ciudadanos, los cuales identifican como un órgano corrupto a una determinada institución.

7. ÉTICA PÚBLICA Y ABUSO DE PODER (PLAN NACIONAL DE LA FUNCIÓN DE TRANSPARENCIA Y CONTROL SOCIAL 2019)

La ética es una cualidad conceptual del individuo a su fuero interno, la concepción de bien y mal recae sobre el análisis que una persona realiza en su razonamiento según sus vivencias, este razonamiento es afectado por las creencias religiosas, sociales, culturales y políticas.

En el Ecuador se puede entender que existe una plurinacionalidad donde las cosmovisiones son variadas y estas en definitiva son parte del desarrollo de la personalidad de toda la población.

Dentro de la civilización que ha sido globalizada, podemos identificar valores comunes y concepciones consensuadas de justicia, verdad, bien y mal; claramente en un aspecto general dejando a un lado pensamientos internos propios que desarrollen la personalidad de cada individuo, los cuales son respetados en el Estado de Derecho y no discriminados.

Pero es claro que el soborno, es una actividad que de manera comunitaria podemos entender como un desvalor de la acción, porque se da un reproche a la antijuridicidad, ya que esta conducta afecta un bien jurídico protegido; de igual manera, existe en este acto un desvalor al funcionario público, concepto que enlaza al sujeto activo calificado de la acción punible con la responsabilidad penal, esto es un reproche contra quien comete la conducta penalmente relevante, conectando con el principio de culpabilidad.

Ramiro Salinas Siccha, expresa que:

“Ante la constatación de la existencia de la corrupción en todas las esferas de los países, los Estados no podían seguir siendo simples observadores de este grave problema que amenaza la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y, sin duda, compromete el

desarrollo sostenible de los países y el imperio de la ley. Es así que se han firmado muchos instrumentos jurídicos internacionales encaminados a prevenir y combatir la corrupción”.(Salinas Siccha, 2019, p. 552)

Se puede observar en la cita que la ética está relacionada a otros principios como la justicia, el desarrollo sostenible y el respeto a la Ley.

La razón por la cual se firman Tratados Internacionales de lucha contra la corrupción es el respeto a estos principios, para detener el detrimento social que este mal provoca, porque no solo afecta al individuo como tal, sino afecta a la seguridad, economía y la democracia.

El servidor público tiene poder y debe tener ética pública. La Carta Política manifiesta en su artículo 227, diversos principios de la administración los cuales todo servidor público está llamado a respetar como son: eficiencia, calidad, eficacia, etc, entre otros; esto significa que, quienes ejerzan la función pública deben llegar al objetivo de preservar y desarrollar estos mandatos de optimización.

El servidor público debe reunir en él, un comportamiento correcto, alineado con los mandatos constitucionales y legales; así como, cumplir a cabalidad sus funciones con honestidad y probidad.

En Ecuador la Función de Transparencia y Control Social, ha impulsado el Plan Nacional de Integridad Pública y Lucha Contra la Corrupción, en cuyo marco legal se establece que las normas internas deben coordinarse con la Convención Interamericana Contra la Corrupción y en base a la Convención de las Naciones Unidas de Lucha Contra la Corrupción.

Es así como, el artículo 5 numeral 2 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, especifica que los Estados parte deben tener entre sus políticas públicas,

prácticas eficaces contra este mal. Este enunciado es genérico y ambiguo porque si bien pide a los Estados realizar y crear estas prácticas, no da luces de que acciones deberían en concreto tomar los Estados, por lo que considero que la eficacia de la norma es mínima.

El artículo 6 del mismo cuerpo legal, señala la prevención eficaz, y el artículo 13 propone que el Estado debe aplicar medidas adecuadas, en relación con los principios internos. Estas concepciones son principios guías que deben ser adoptados por parte del Estado, pero como ya se señaló, son acuerdos que no determinan acciones concretas para prevenir, luchar y adoptar medidas claras y concisas contra este fenómeno.

El Plan Nacional expone la concepción de ética, citando a la Guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción de la siguiente manera: *“Conjunto de estándares sobre conductas aplicables al ámbito del gobierno, las empresas y la sociedad, basados en valores centrales que orienten las decisiones, elecciones y acciones” (Plan Nacional de Integridad Pública y Lucha Contra la Corrupción, 2019, p. 23)*

De igual forma, expone lo que conlleva el principio de transparencia y como se desarrolla en un Estado, tomando como referencia la misma fuente antes citada que anuncia: *“Según Transparencia Internacional, es la cualidad de un gobierno, empresa, organización o persona de ser abierta en la divulgación de información, normas, planes, procesos y acciones” (Plan Nacional de Integridad Pública y Lucha Contra la Corrupción, 2019, p. 23)*

Con lo citado se deja claro que un gobierno debe cumplir con estas dos cualidades para tener un desarrollo sostenible y próspero, enmarcado en el respeto a los derechos humanos. De igual forma, deja en claro que la participación ciudadana y exposición de la información, da confianza a las personas y generan un vínculo fuerte entre gobernantes y gobernados; haciendo efectiva la democracia directa, representativa y participativa,

porque se forja un control social y una actividad sana para fortalecer el Estado de Derecho.

El control social versa sobre las esferas políticas (función ejecutiva, legislativa), jurídicas (función judicial); y, administrativas (instituciones del Estado). Estos son los campos donde se ejerce la administración pública y donde se debe actuar con absoluta eficiencia y eficacia. Así, se puede considerar un buen gobierno cuando se consigan de forma correcta estas características, desarrollándolo con reformas legales, buenas políticas públicas, actividades administrativas y control compartido; o sea, desarrollo social y estatal.

De igual forma el Plan Nacional ejerce un diagnóstico de la corrupción a través de criterios como el perfil de la corrupción; donde de manera general se expone las circunstancias, lugares, tipos y sujetos que ejercen esta práctica; señalando a la democracia del país, su transparencia y participación como pilares que deben ser reforzados para que este mal disminuya, entendiendo que, si estas tres características son débiles contra las acciones corruptas, la gobernabilidad será pobre.

Un criterio a tomar en cuenta es la estadística de la corrupción en el Ecuador, donde se enfatiza que desde el año 2007 al 2018 se ha pasado en el ranking de corrupción mundial del puesto 150 al 114 y su índice de percepción, oscila en este tiempo del puesto 21 al 35; esta información se da a conocer en el Plan Nacional antes mencionado, el cual rescata como fuente a *“Datosmacro.com. Ecuador-Índice de Percepción de la Corrupción”*.

Los tipos, lugares y actores involucrados son características para tomar en cuenta, mismos que se dan a conocer en el Plan Nacional donde se enfatiza que el ámbito donde se produce la corrupción en los últimos años es en el Estado central; y, son los servidores

jerárquicos superiores quienes ejercen estas conductas por su posición de poder, ya que tienen relación con sectores estratégicos y empresas privadas.

De igual forma, enmarca que los delitos de corrupción más comunes en el Ecuador son: la concusión, el enriquecimiento ilícito, el lavado de activos, el cohecho y el peculado, declarando a la corrupción en el país como generalizada y sistematizada, siendo una forma maligna de la actividad política.

Las causas de corrupción que el Sistema Nacional de Transparencia y Lucha Contra la Corrupción revela, nacen a partir del modelo de gestión burocrática, denotando que las entidades tienen procesos ineficaces y engorrosos que permiten la actividad corrupta, a través de una gestión pública lúgubre sobre el manejo paupérrimo de la transparencia, eficiencia, ética; entre otros principios, enlazados a la confusión jurídica que genera poder desmedido a servidores públicos, creando una legislación compleja lo cual denota una pobre técnica legislativa de leyes claras, generales y que rijan la conducta de los ciudadanos.

Esto provoca la inoperancia y la debilidad de las instituciones, porque la politización de la administración de justicia implica que los jueces respondan al poder de turno y no a la verdad jurídica.

De igual manera, se enfatiza en la escasez de participación ciudadana, relegando el control de las instituciones a quienes ocupan el puesto público; potestad que debería responder a los soberanos y sus necesidades.

8. COMBATE A LA CORRUPCIÓN, EL DELITO DE CONCUSIÓN EXPLICADO DESDE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES: ÁMBITO, ÓRGANOS DE CONTROL, BIEN JURÍDICO TUTELADO.

La Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CDIH), han promulgado diferentes reglamentos, identificado situaciones y realizando convenios con los diferentes Estados para luchar y prevenir la corrupción.

La OEA en su portal web expone la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC), y se refiere a un Tratado internacional donde los Estados miembros adoptan decisiones a seguir mediante medidas de prevención, detección e investigación, para sancionar la corrupción y recuperar los activos perdidos por esta práctica.

En base a este Tratado Internacional se conforma el denominado: *Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción - MESICIC*, el mismo que ha sido aplicado en cada Ronda realizada por la Convención donde los Estados miembros reciben recomendaciones de lucha contra la corrupción para aplicar las medidas dentro de sus ordenamientos internos, permitiendo que expertos visiten a los integrantes del organismo para verificar los avances y la implementación de las sugerencias emitidas en cada Ronda.

El MESICIC es un órgano político de cooperación regulado por la OEA, conformado por un comité de expertos y expertas que realizan informes contra la corrupción, que vigilan el cumplimiento de las medidas acordadas por parte de los Estados. Su fin es el interés colectivo y este sea premisa mayor de los Estados con relación al fortalecimiento de la institucionalidad.

La manera de evaluar el nivel de corrupción que pone en práctica el MESICIC, se mide mediante el análisis de las normas internas de cada Estado parte y el contraste técnico de

las medidas ofrecidas a los Estados reflejados en resultados reales y efectivos; la visita In Situ, es el mecanismo de control directo que se realiza donde los embajadores del organismo se reúnen con las autoridades de cada país. Su mayor fortaleza es la creación de herramientas de cooperación y promover el intercambio de buenas prácticas.

El artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, indica el ámbito de aplicación de este convenio resaltando en el numeral 1 la prevención, investigación y enjuiciamiento; condiciones necesarias que deben cumplir los Estados parte.

En el numeral 2 dispone la forma de aplicación de este convenio el cual, no necesita que los delitos que generen corrupción produzcan daños; esto denota que, el simple acto de abuso por parte de un sujeto con posición de poder en relación con el cometimiento de una conducta corrupta es meritoria de sanción.

La Convención señala en el artículo 6 que los órganos de control se regirán bajo los mandatos de optimización de cada ordenamiento jurídico interno y los Estados deben garantizar la existencia de un ente de control, que supervise y coordine acciones para cumplir con lo que manda el artículo 3 del mismo Instrumento Internacional; dejando un problema, ¿cómo controlar al ente de control, para que no cometa actos de corrupción?

El artículo 10 del instrumento antes referido, especifica la necesidad de transparencia en la administración pública, con el fin que esta sea controlada para garantizar la eficiencia. De la interpretación del mismo artículo se puede inferir que, el bien jurídico a tutelar es y siempre será la correcta eficiencia de la administración pública.

Los Estados deben propender a garantizar a los ciudadanos los derechos fundamentales, la correcta aplicación de esta característica estatal, fortalece la relación de gobernados con sus instituciones y promover el desarrollo de cada pueblo.

La CIDH en relación con la OEA, redactaron un informe que titula (Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos), donde se recomienda en pro de los derechos humanos las siguientes disposiciones:

- 1) Asegurar a las víctimas de corrupción, estas deben ser tomadas en cuenta para las políticas públicas porque la afectación que produjo esta práctica ilegal rompe los principios de igualdad, no discriminación y acceso a la justicia.
- 2) Tomar medias óptimas contra prácticas corruptas que afecten a grupos sociales como; LGBTI, niñas niños y adolescente, mujeres, personas afrodescendientes, pueblos indígenas, entre otros, porque se les considera víctimas directas y deben tener garantías de no repetición; así como, políticas públicas a favor de los estándares internacionales.
- 3) Generar investigaciones céleres y completas contra la corrupción en cada Estado.
- 4) Crear mecanismos de protección de testigos, víctimas y terceros relacionados para que exista una defensa íntegra y sin dilaciones que violenten los derechos de quienes denuncien las prácticas corruptas o sean afectados por las mismas.
- 5) Mecanismos de protección a periodistas, defensores de derechos humanos y personas que brindan información, esto con el fin de proteger el control social y la transparencia.
- 6) Garantizar a los testigos que no sean influenciados por amenazas externas.
- 7) Adoptar las medidas desarrolladas por los Organismos Internacionales y generar prácticas de cooperación.

9. SEGUIMIENTO DE LOS ESTADOS Y CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ACORDADAS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES CONTRA LA CORRUPCIÓN EN MATERIA DE CONCUSIÓN

Según la página oficial de la OEA, Ecuador ha participado de 5 Rondas del MESICIC, Convenio que se suscribió el 29 de marzo de 1996, y fue ratificado por nuestro país el 26 de mayo de 1997, considerándolo como Estado Parte desde el 4 de junio de 2001.

Según el informe del Organismo Internacional en la Ronda cuarta, sobre el delito de concusión la Fiscalía General del Estado en el cuadro número 1, señala que de 2009 a 2012 y en 2013 de enero a junio, el Sistema Integrado de Administración de Fiscalía, recibió las siguientes denuncia por el delito de concusión; reflejándose en las estadísticas que en el año 2009 se realizaron 53 denuncias; en el año 2010, 75 denuncias; en el año 2011, 113 denuncias; en el año 2012, 119 denuncias; y en el año 2013 de enero a junio, 52 denuncias.

FGE
Fiscalía General del Estado
Ecuador

DENUNCIAS SOBRE DELITOS DE CORRUPCIÓN QUE SE RECEPTÓ EN LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO SEGÚN AÑO DE LA DENUNCIA

| DELITO | AÑO 2009 | AÑO 2010 | AÑO 2011 | AÑO 2012 | AÑO 2013 (enero-junio)* |
|-------------------------|------------|------------|------------|------------|-------------------------|
| PECULADO | 453 | 426 | 355 | 365 | 364 |
| CONCUSIÓN | 53 | 75 | 113 | 119 | 52 |
| ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO | 60 | 75 | 37 | 22 | 18 |
| COHECHO | 148 | 111 | 154 | 116 | 54 |
| TOTAL | 714 | 687 | 659 | 622 | 488 |

* Los datos de 2009 hasta el 2012 son del Sistema Integrado Nacional de Actuaciones y Estadísticas Procesales - SINAEP, mientras que los datos de 2013 (enero-junio) son del Sistema Integrado de Administración de Fiscalía - SIAF.
Fuente: Fiscalía General del Estado.
Elaborado por Dirección de Política Criminal - DELITOSCOPIO

(Fuente Fiscalía General del Estado. Elaborado por Dirección de Policía Criminal DELITOSCOPIO)

|  ESTADOS PROCESALES DE LAS CAUSAS | CONCUSIÓN | | | | |
|---|------------------|------|------|------|--------------------|
| | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 (enero-junio) |
| INDAGACIONES PREVIAS | 53 | 71 | 101 | 118 | 53 |
| INSTRUCCIONES FISCALES | 11 | 15 | 13 | 13 | 4 |
| DICTAMENES ACUSATORIOS | 0 | 6 | 10 | 9 | 3 |
| DICTAMENES ABSTENTIVOS | 0 | 2 | 2 | 8 | 1 |
| DICTAMENES MIXTOS | 0 | 0 | 1 | 1 | 0 |
| SOBRESEIIMIENTOS | 6 | 4 | 3 | 6 | 3 |
| SENTENCIAS CONDENATORIAS | 3 | 3 | 6 | 4 | 1 |
| SENTENCIAS ABSOLUTORIAS | 1 | 0 | 3 | 3 | 0 |
| SENTENCIAS MIXTAS | 2 | 0 | 0 | 0 | 1 |
| DESESTIMACIONES | 35 | 38 | 37 | 26 | 6 |
| ARCH. PROVISIONALES | 1 | 3 | 9 | 7 | 3 |
| ARCH. DEFINITIVOS | 0 | 1 | 6 | 19 | 5 |

Fuente: Fiscalía General del Estado.
Elaborado por Dirección de Política Criminal
DELITOSCOPIO

(Fuente Fiscalía General del Estado. Elaborado por Dirección de Policía Criminal DELITOSCOPIO)

De la visita In Situ se determina que la información entregada por el Ministerio Público es insuficiente para recabar información propicia de los efectos de prevención y sanción sobre el delito de concusión y sus similares en diferentes tipos penales contra la eficiencia de administración pública.

La recomendación emitida al Ecuador por el Comité MESICIC en el informe de la Ronda cuarta refiere:

“Realizar un estudio pormenorizado de la recurrencia y evolución de cada uno de los delitos de corrupción y su estado procesal, lo que permitiría que esta base estadística sea clara y fácil interpretación para todos los usuarios, y utilizar esta información para identificar retos y adoptar medidas correctivas, de ser necesario”. (MECANISMO DE SEGUIMIENTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN.

Vigésima Tercera Reunión del Comité de Expertos. OEA/Ser.L. SG/MESICIC/doc.409/13 rev.4, 2014, p. 31)

Podemos definir que la FGE, no cumplió con las expectativas del Organismo de la OEA, esto refiere el MESICIC sobre la calidad de información presentada; manifestado en el informe, que esta entidad expide. (*Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción*)

En la quinta Ronda del MESICIC, se planteó lo siguiente:

“(...) si bien el apartado “3.2 adecuación del marco jurídico y/o de otras medidas” del informe de la Segunda Ronda de Análisis no se realizaron recomendaciones o sugerencias respecto del Art. 264 del Código Penal derogado, el cual tipificaba el delito de concusión, se adjunta la norma equivalente al COIP:” (MECANISMO DE SEGUIMIENTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN. Vigésima Séptima Reunión del Comité de Expertos. OEA/Ser.L. SG/MESICIC/doc.478/16 rev.4 15 septiembre 2016, 2016, p. 87)

Se reconoce también que la Constitución de la República del Ecuador, tiene como herramienta la imprescriptibilidad y en consecuencia es factible el juzgamiento en ausencia del procesado.

La siguiente tabla es referente a las causas internas del Estado, sobre concusión:

| NÚMERO DE CAUSAS INGRESADAS, RESUELTAS | | | | | | | |
|--|------------------------|------------------------|------------------------|------------------------|------------------------|------------------------|------------------------|
| REATEGORIZACIÓN DEL DELITO | CAUSAS INGRESADAS 2010 | CAUSAS INGRESADAS 2011 | CAUSAS INGRESADAS 2012 | CAUSAS INGRESADAS 2013 | CAUSAS INGRESADAS 2014 | CAUSAS INGRESADAS 2015 | CAUSAS INGRESADAS 2016 |
| COHECHO | 64 | 71 | 51 | 77 | 90 | 77 | 13 |
| CONCUSIÓN | 25 | 29 | 21 | 16 | 38 | 66 | 6 |
| ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO | 10 | 31 | 20 | 24 | 15 | 10 | 1 |
| TOTAL | 99 | 131 | 92 | 117 | 143 | 153 | 20 |
| REATEGORIZACIÓN DEL DELITO | CAUSAS RESUELTAS 2010 | CAUSAS RESUELTAS 2011 | CAUSAS RESUELTAS 2012 | CAUSAS RESUELTAS 2013 | CAUSAS RESUELTAS 2014 | CAUSAS RESUELTAS 2015 | CAUSAS RESUELTAS 2016 |
| COHECHO | 47 | 55 | 39 | 96 | 122 | 108 | 26 |
| CONCUSIÓN | 16 | 22 | 22 | 18 | 39 | 61 | 12 |
| ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO | 12 | 25 | 13 | 24 | 20 | 22 | 1 |
| TOTAL | 75 | 102 | 74 | 138 | 181 | 191 | 39 |

NOTA: El dato de las causas ingresadas corresponde únicamente a lo registrado en cada período. Las causas resueltas corresponden a las resueltas en el período pero incluyen también las ingresadas en años anteriores. Es decir que las causas resueltas contabilizan causas que se encontraban pendientes de años pasados y que se han podido despachar.

Fuente: Sistema Automático de Trámites Judiciales (SATJE)
Fecha de corte: 31 de marzo de 2016

(Sistema Automático de Trámites Judiciales (SATJE), 2016)

Se determina según el informe del MESECIC de la Quinta Ronda que, a partir de la imprescriptibilidad de los delitos de cuello blanco, el abandono de los procesos radica en un 17%, el sobreseimiento de estos en un 13%; y, se denota números ínfimos de casos prescriptos en un 4%; se resalta que, si bien Ecuador tiene tipificados delitos contra la corrupción, la información proporcionada por el Estado no permite que la Comisión realice un análisis integral.

Se verifica que la medida de imprescriptibilidad es efectiva sobre el juzgamiento de los delitos contra la eficiencia de la administración pública, donde se puede llegar bajo un debido proceso a reconocer la vulneración del bien jurídico protegido; de igual forma, el resultado de las visitas In Situ, e información proporcionada por el Estado siempre fue insuficiente y no permitió un desarrollo integral del organismo internacional.

Las medidas de prevención y penalización sobre los delitos de corrupción aun no son cien por ciento efectivas. Es evidente que en Ecuador existe corrupción y este fenómeno afecta la estructura social, económica y eficiencia administrativa; las instituciones del Estado ecuatoriano según los dos informes analizados por las Rondas de la OEA mediante el organismo del MESICIC y sus visitas In Situ, determinan que no se ha proporcionado información suficiente y clara para dar una respuesta más profunda hacia este fenómeno.

CAPÍTULO II LA CONCUSIÓN

“Un gobierno corrupto desprestigia la administración pública, traiciona la confianza del pueblo que lo eligió y lo condena a la absoluta pobreza”. (Diana Salazar Méndez, Fiscal General del Estado, Caso Sobornos 2012-2016, 2020)

1. ANÁLISIS DEL DELITO DE CONCUSIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA

El Código Penal ecuatoriano derogado, contenía la figura jurídica de la concusión en su artículo 264; conducta que se encontraba establecida dentro del capítulo V, denominado de la violación de los deberes de funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de autoridad.

Con la Constitución de la República del Ecuador que entró en vigencia desde el año 2008, en su artículo 233 declara a los delitos contra la eficiencia de la administración pública; entre ellos la concusión como imprescriptibles y susceptibles de ser juzgados en ausencia, condiciones que serán analizadas en los siguientes subtítulos de este trabajo investigativo.

El artículo 264 del Código Penal derogado tipificaba a la concusión como:

“Los empleados públicos o las personas encargadas de un servicio público que se hubieren hecho culpables de concusión, mandando percibir, exigiendo o recibiendo lo que sabían que no era debido por derechos, cuotas, contribuciones, rentas o intereses, sueldos o gratificaciones, serán reprimidos con prisión de dos meses a cuatro años.

La pena será de prisión de dos a seis años, si la concusión ha sido cometida con violencias o amenazas.

Esta pena será aplicable a los prelados, curas u otros eclesiásticos que exigieren de los fieles, contra la voluntad de éstos, diezmos, primicias, derechos parroquiales o cualesquiera otras oblaciones que no estuvieren autorizadas por la ley civil.

Las infracciones previstas en este artículo y en los tres precedentes serán reprimidas, además, con multa de cuarenta dólares de los Estados Unidos de Norte América y con la restitución del cuádruplo de lo que hubieren percibido.

Estas penas serán también aplicadas a los agentes o dependientes oficiales de los empleados públicos y de toda persona encargada de un servicio público, según las distinciones arriba establecidas.” (Código Penal, 2012)

En el Código Penal la conducta no solamente abarcaba al empleado público y a los que ejercen un servicio público, sino que se extiende también a los prelados, curas y personal eclesiástico que, a pesar de no ser servidores públicos sus actuaciones concurren en el núcleo de los verbos rectores que se identifican como percibir, mandar y exigir.

Esta tipificación se mantuvo vigente hasta el 15 de agosto del 2014, fecha en la que entró en vigor el Código Orgánico Integral Penal. En el nuevo ordenamiento jurídico la conducta de la concusión se encuentra recogida y subsumida en el artículo 281 del Código Orgánico Integral Penal:

“ Concusión.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, sus agentes o dependientes oficiales que abusando de su cargo o funciones, por sí o por medio de terceros, ordenen o exijan la entrega de derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos o gratificaciones no debidas, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Si la conducta prevista en el inciso anterior se realiza mediante violencias o amenazas, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años”. (Código orgánico integral penal, 2022)

La conducta de concusión establecida en el COIP recoge la esencia de la tipificación del Código Penal derogado, pero tiene un cambio significativo respecto al sujeto activo calificado, encasillándola estrictamente para los servidores públicos y las personas que actúan en virtud de una potestad estatal en una institución del Estado.

Los verbos rectores que dirigen la conducta en el Código Orgánico Integral Penal son; ordenar y exigir, dejando de lado el verbo percibir que estaba dirigido exclusivamente a los sujetos activos excluidos, el verbo mandar no se recoge en la legislación vigente, siendo un sinónimo de ordenar.

Los agravantes propios del tipo penal constantes en el artículo 264 del Código Penal, son violencia o amenaza, se mantienen en el artículo 281 del COIP. Respecto de la pena su dosificación en el Código Penal de acuerdo con el inciso primero es de 2 meses a 4 años, mientras que, en el COIP esta se incrementa de 3 a 5 años.

Cuando la conducta se ha realizado con violencia o amenaza, el Código Penal derogado en la sanción estableció en un quantum de 2 a 6 años de prisión; mientras que en el COIP la pena agravada es de 5 a 7 años de pena privativa de libertad.

La pena pecuniaria también varía en el Código Penal, la reprensión constaba además con una multa de 40 dólares de los Estados Unidos de Norte América y una restitución del cuádruplo de lo indebidamente recibido; mientras que en el COIP la multa responde al principio de proporcionalidad en las multas contenidas en el artículo 70 numerales 7 y 8, que indican:

“Aplicación de multas.- En las infracciones previstas en este Código se aplicará además la pena de multa conforme con las siguientes disposiciones: (...)

7. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de tres a cinco años se aplicará la multa de diez a doce salarios básicos unificados del trabajador en general.

8. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de cinco a siete años se aplicará la multa de doce a veinte salarios básicos unificados del trabajador en general.(...)” (Código orgánico integral penal, 2022)

Conforme a la sanción del Código Penal respecto de la multa, el monto siempre será de cuarenta dólares de los Estados Unidos de Norte América; y, en razón de restauración (daños y perjuicios a la víctima) será el cuádruplo del beneficio indebidamente recibido. En el Código Orgánico Integral Penal la cuantificación de la multa obedece a la proporcionalidad contenida en los numerados 7 y 8 del artículo 70.

La reparación integral a la víctima será de acuerdo al monto del perjuicio, debiendo aclarar que esta figura jurídica a pesar de estar contemplada y garantizada en el artículo 78 en la Constitución de la República del Ecuador del 2008, esta figura no existía como tal en el Código Penal derogado; y es hasta, la expedición del Código Orgánico Integral Penal que se la aplica conforme los artículos 77 y 78 como un mecanismo para hacer efectiva la restauración del derecho violentado a la víctima.

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que la reparación integral involucra aquellas medidas destinadas a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas y a indemnizarlas. Se trata de reparar los daños materiales e inmateriales, patrimoniales, familiares y de otorgar diferentes formas de reparación”. (Juan & Angélica, 2011, p. 70)

Los daños causados por la violación de cualquier derecho constitucional no siempre podrán ser restaurados en su totalidad, existen bienes jurídicos que al ser vulnerados por su característica natural no pueden resarcirse, la dignidad que estos derechos poseen se puede comparar con la fragilidad de una copa de vino; por ejemplo, el derecho a la vida posee un núcleo extremadamente sensible, puesto que, una vez que este ha sido violentado jamás se podrá retrotraer los actos y desvanecer los daños.

En esta fase la reparación integral, esta toma fuerza porque no solo se mira desde un punto de vista económico de resarcimiento a la víctima; sino también, desde un ángulo inmaterial el cual busca regresar la dignidad y recuperar la moral. Esta fase de reparación va más allá de lo palpable (reparación material), es susceptible de los sentidos y al ser; es una forma de control social porque la víctima es parte de la sociedad y cuando se ha vulnerado por medio de un delito público un bien jurídico protegido, el primer afectado es quien recibe el desvalor de la acción y del sujeto; el segundo afectado es la sociedad porque recae sobre ella la necesidad de castigar, y recuperar la confianza de orden público.

En el caso de la eficiencia de la administración pública, la víctima siempre será el Estado porque recibe el golpe directo a su institucionalidad, eficiencia, economía, seguridad, entre otros principios; los derechos conexos que pueden ser afectados y alcanzan a recaer en el elemento sociedad, son efecto del desorden institucional que la corrupción causa, encaminando a la ruptura institucional; consecuentemente no hay entes estatales que garanticen de manera equitativa y eficiente la efectiva realización de los derechos garantizados en la Constitución.

El artículo 78 de la Carta Magna indica la concepción de reparación integral a la víctima y los principios que el proceso penal debe garantizar para excluirla de cualquier hecho de revictimización y amenaza, así como, de no mantenerla en una situación de peligro.

“Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado”. (Constitución de la República del Ecuador, 2021)

La reparación material responde directamente a la obtención de un resarcimiento cuantificable según el tipo de vulneración que recibe un derecho violentado, en relación a esta situación, mediante un ejercicio de proporcionalidad se puede determinar cuánto merece obtener de manera material la víctima según el grado de afectación a su dignidad; la reparación inmaterial es el derecho de quien ha sido víctima de saber; la verdad, obtener la garantía de no repetición, o sea, regresarle la seguridad para satisfacer de forma más completa el bien jurídico afectado.

El COIP en su artículo 1, expone que la reparación integral a la víctima es una de las principales finalidades del derecho penal, esta figura se desarrolla en el artículo 11 de la norma ibidem exponiendo el mismo concepto que maneja la norma constitucional. La reparación integral de manera completa expuesta en el artículo 77 de la norma penal ecuatoriana, que emana:

“La reparación integral radicará en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado.

La restitución integral constituye un derecho y una garantía para interponer los recursos y las acciones dirigidas a recibir las restauraciones y compensaciones en proporción con el daño sufrido.

Las personas condenadas con sentencia ejecutoriada por la comisión de delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias y testaferrismo; obstrucción de la justicia, sobrepagos en contratación pública, actos de corrupción en el sector privado, así como, lavado de activos, asociación ilícita y delincuencia organizada relacionados con actos de corrupción, responderán con sus bienes hasta el monto de la reparación integral del Estado y la sociedad". (Código orgánico integral penal, 2022)

La norma penal es más clara que la Constitución al momento de desarrollar el derecho de reparación integral, puesto que identifica que la reparación material responde a un elemento objetivo y la inmaterial a una fase simbólica, envistiéndole de valor al resarcimiento del bien jurídico; los delitos contra la eficiencia de la administración pública tienen una doble protección, puesto que se puede comprender que cualquier conducta que afecte a este bien jurídico; entra en el supuesto del inciso 1 del artículo 77 y también de manera categórica se protege en el inciso 3 del mismo artículo la reparación del daño causado por las violaciones que respondan contra la eficiencia de la administración pública, extendiendo la devolución del monto afectado hasta los bienes del autor de la conducta penalmente relevante.

El artículo 78 del COIP desarrolla los mecanismos de reparación integral, estos se ejecutan mediante; restauración, entendiendo a esta figura como regresar el derecho al estado que se encontraba antes de la vulneración, rehabilitación, se refiere a la facultad de la persona en sus sentidos de reconstruirse internamente desde los ángulos psicológicos y médicos, indemnización, ocupa dos fases; material e inmaterial las cuales buscan reparar de forma objetiva el bien jurídico vulnerado por medio de un quantum económico,

las medidas simbólicas, responden al ser y los sentidos reparando la dignidad, reputación de la víctima y obtener una verdad histórica; por último, las medidas de no repetición, son el control y efecto que la pena tiene sobre el sujeto y la sociedad para garantizar el control social, medidas necesarias para garantizar el efectivo desarrollo de la víctima y los derechos de la sociedad. (*Código orgánico integral penal*, 2022)

La figura jurídica del comiso, como una pena restrictiva de los derechos de propiedad se encuentra recogida en el numeral 2 del artículo 69 del Código Orgánico Integral Penal que dispone:

“(...) 2. Comiso penal, procede en todos los casos de delitos dolosos y recae sobre los bienes, cuando estos son instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito. No habrá comiso en los tipos penales culposos. En la sentencia condenatoria, la o el juzgador competente dispondrá el comiso de: a) Los bienes, fondos o activos, o instrumentos equipos y dispositivos informáticos utilizados para financiar o cometer la infracción penal o la actividad preparatoria punible. b) Los bienes, fondos o activos, contenido digital y productos que procedan de la infracción penal. c) Los bienes, fondos o activos y productos en los que se transforman o convierten los bienes provenientes de la infracción penal. d) El producto del delito que se mezcle con bienes adquiridos de fuentes lícitas; puede ser objeto de comiso hasta el valor estimado del producto entremezclado. e) Los ingresos u otros beneficios derivados de los bienes y productos provenientes de la infracción penal. f) Los bienes, fondos o activos y productos en propiedad de terceros, cuando estos hayan sido adquiridos con conocimiento de que proceden del cometimiento de un delito o para imposibilitar el comiso de los bienes de la persona sentenciada”. (*Código orgánico integral penal*, 2022)

De la norma antes transcrita, se entiende que el comiso es parte de la sanción que recibe la persona que ha recibido una sentencia condenatoria, respecto de aquellos bienes que se

encuentran involucrados en el cometimiento de la infracción, perdiendo el derecho de propiedad sobre los mismos, que pasan a manos del Estado representado por la institución competente para resguardarlos.

Cuando el comiso recae sobre bienes monetarios, estos valores pasan directamente a formar parte de la cuenta del Tesoro Nacional.

De lo antes mencionado, se entiende que el comiso se ejecuta y se extiende sobre los bienes que han sido utilizados para realizar o viabilizar la infracción; por otra parte, la misma suerte tienen las ganancias que resultan como producto de la conducta penalmente relevante cometida por el sujeto activo.

Esta figura siempre se ha visto entrelazada con la pena, sin embargo, hay que anotar que el titular de la acción pública (Fiscalía) debe durante la etapa de investigación, determinar qué bienes o dineros son aquellos que por su ilicitud, en la forma que se los obtuvo podrán someterse al comiso; dentro de la formulación de cargos para asegurar la reparación integral a la víctima.

En los delitos contra la eficiencia de la administración pública, generalmente los sujetos activos de la infracción tienen como fin el incremento de su patrimonio personal, adquiriendo bienes y dineros provenientes de sobornos, coimas, etc; justamente a estos bienes debe ir dirigido el comiso, con el fin de que el Estado, que es la víctima de estos delitos pueda recuperar lo indebidamente adquirido.

2. ANÁLISIS DEL DELITO DE CONCUSIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL

De manera general todos los delitos que contiene el COIP son prescriptibles por acción y pena, así también, se necesita para su juzgamiento la presencia del sujeto activo; sin embargo, se establece una excepcionalidad legal que se basa en la norma constitucional

respecto de la prescriptibilidad y del juzgamiento de las conductas penalmente relevantes de concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito, dejando a un lado al tráfico de influencias (antes 257.4 del Código Penal-peculado menor).

De esta forma ha sido categorizada la imprescriptibilidad y el juzgamiento en ausencia en el inciso segundo del artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador que indica:

“Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados a las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas”.
(Constitución de la República del Ecuador, 2021)

Dentro de la dimensión legal la imprescriptibilidad y el juzgamiento en ausencia, son regulaciones relativamente nuevas que pretenden proteger a la sociedad y al bien jurídico protegido de los actos de corrupción cometidos por servidores públicos, aplicando una limitación a la evasión del sujeto activo de la infracción respecto del juzgamiento de la acción y del poder punitivo del Estado.

Estas medidas fueron creadas para controlar la correcta eficiencia de la administración pública respecto de los dineros y fondos del Estado que se encuentran directamente enlazados a la política económica y social de un Estado; se aplica estas figuras jurídicas incluso contrarias a las garantías constitucionales del debido proceso, tutela judicial efectiva, la inmediación y el principio de contradicción, que se garantiza en todo proceso penal.

Este efecto responde a la necesidad; idoneidad, fin constitucionalmente válido y proporcionalidad, como test sobre la limitación de los derechos y principios constitucionales antes enunciados, ya que los delitos de corrupción expuestos en el inciso 2 del artículo 233 de la Constitución causan un quebrantamiento social, a raíz de la falta de seguridad de la sociedad hacia las instituciones del Estado por la cantidad de casos contra la eficiencia de la administración pública.

3. IMPRESCRIPTIBILIDAD

En nuestra legislación la prescripción es una garantía básica aplicada en el derecho penal, que fundamenta su aplicación en cesar la potestad punitiva del Estado a partir del transcurso del tiempo, esto debido a un garantismo penal; para Ricardo Vaca Andrade es: *“(..) la cesación de la potestad punitiva del Estado al transcurrir un período de tiempo fijado por la ley” (Vaca Andrade, 2014, p. 390).*

Para comprender el criterio del autor se debe indicar que la prescripción no está directamente relacionada con la conducta penalmente relevante, es decir, esta no versa sobre el desvalor de la acción o del sujeto, no se extingue la estructura del delito, ya que la infracción no desaparece de la Ley sustantiva por el transcurso del tiempo; sino más bien, esta figura cesa el poder punitivo que tiene el Estado de accionar en un determinado tiempo, conforme lo que prevé la Ley.

El Código Orgánico Integral Penal en el numeral 5 del artículo 416 contempla a la prescripción como una forma de extinción del ejercicio de la acción penal, y en concordancia con el artículo 417 de la norma ibidem describe las circunstancias por las que el juzgador puede declarar esta figura.

“Art. 416.- Extinción del ejercicio de la acción penal.- El ejercicio de la acción penal se extinguirá por: (...) 5. Prescripción.”(...), “Art.

417.- Prescripción del ejercicio de la acción.- La prescripción podrá declararse por la o el juzgador, de oficio o a petición de parte, de acuerdo con las siguientes reglas: 1. Por el transcurso del tiempo y en las condiciones que se establecen en este Código. 2. Tanto en los delitos de ejercicio público o privado de la acción se distingue si, cometido el delito, se ha iniciado o no el proceso. 3. Respecto de los delitos en los que no se ha iniciado el proceso penal: a) El ejercicio público de la acción prescribe en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad prevista en el tipo penal, contado desde que el delito es cometido. En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años. b) El ejercicio privado de la acción, prescribirá en el plazo de seis meses, contados desde que el delito es cometido. c) En el caso de un delito continuado, el plazo de la prescripción se contará desde la fecha en que la conducta cese. d) En los casos de desaparición de persona, los plazos de prescripción empezarán a contarse desde el día en que la persona aparezca o se cuente con los elementos necesarios para formular una imputación por el delito correspondiente. 4. De haberse iniciado el proceso penal, el ejercicio público de la acción prescribirá en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad, prevista en el tipo penal, contado desde la fecha de inicio de la respectiva instrucción. En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años. 5. En el ejercicio privado de la acción la prescripción se producirá transcurridos dos años a partir de la fecha de la citación de la querrela. 6. En el caso de contravenciones, el ejercicio de la acción prescribirá en tres meses, contados desde que la infracción se comete. De haberse iniciado el proceso por una contravención, la prescripción operará en el plazo de un año, contados desde el inicio del procedimiento.” (Código orgánico integral penal, 2022)

A pesar de que la prescripción tanto de la acción y de la pena se ven investidas por los Principios de Legalidad y favorabilidad, múltiples legislaciones a nivel mundial han creado limitaciones a este principio respecto de ciertos delitos que transgreden,

específicos bienes jurídicos protegidos; cuya violación genera conmoción y reproche social grave.

La imprescriptibilidad actúa como limitante a algunos mandatos de optimización por la gravedad del bien jurídico que se puede llegar a vulnerar, es una herramienta de disuasión coercitiva contra ciertas conductas; tiene el mismo efecto que la pena, tal como lo manifiesta el artículo 233 de la Carta Política ya antes citado, en concordancia con el numeral cuarto del artículo 16 del COIP que establece:

“Art. 16.- Ámbito temporal de aplicación.- Los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las siguientes reglas: (...) 4. Las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y las acciones legales por daños ambientales son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena.” (Código orgánico integral penal, 2022)

Del artículo antes descrito se establece que la imprescriptibilidad opera exclusivamente en las conductas detalladas de manera categórica en la norma penal antes citada; entre esas la concusión. Esta aseveración se complementa conforme las reglas para la prescripción de la pena, que se encuentran contempladas en el artículo 75 del COIP, cuya excepcionalidad está detallada en el tercer inciso del numeral tercero que dice:

"(...) No prescriben las penas determinadas en las infracciones de agresión, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, crímenes de agresión a un estado, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, daños ambientales y, contra la integridad sexual y reproductiva cuyas víctimas sean niños, niñas y adolescentes". (Código orgánico integral penal, 2022)

Como se puede entender nuestra legislación al adoptar la imprescriptibilidad, entre otros delitos para aquellos que atentan contra la eficiencia de la administración pública se ha compaginado con varios fallos y criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹, que han detallado que la no prescripción de ciertas conductas se convierte en un medio de reparación para la víctima que en este tipo de delitos es el Estado y en consecuencia la sociedad.

4. JUZGAMIENTO EN AUSENCIA

La concepción del legislador para declarar la excepcionalidad del juzgamiento en ausencia contraviniendo el principio de inmediación es evitar que la conducta penalmente relevante; así como también, las acciones del sujeto activo entren en el ámbito de la impunidad, ya que por lo general los autores de los delitos contra la eficiencia de la administración pública aplican la figura de la fuga para evitar someterse a un proceso penal y ser condenados, esto para garantizar la reparación integral al Estado.

Casos como los de peculado que surgieron a raíz del escándalo por la destitución del Ex Presidente Abdalá Bucaram, en 1997; a consecuencia de la incorrecta administración de fondos públicos, que conllevó a la instauración de varios juicios contra el Ex mandatario y de decenas de funcionarios públicos, condujeron al legislador a crear excepcionalidades para reforzar la posibilidad de iniciar un proceso penal; sin la necesidad de la obligatoriedad de la inmediación del imputado (ahora procesado), más aún y como es de conocimiento público, el Ex Presidente huyó a la República de Panamá bajo el pretexto de ser un exiliado político, por esta razón la Corte Nacional de Justicia aplicando el principio de legalidad, favorabilidad e irretroactividad de derechos dictó la

¹ Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú (2004, fundamentos 229-230), caso Tibi vs. Ecuador (2004, fundamentos 257-258), 1 caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala (2004, fundamentos 97-98), caso Carpio Nicolle et al. vs. Guatemala (2004, fundamento 128), caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador.

prescripción de la acción y pena en favor de Bucaram, lo que le permitió regresar al Ecuador y postularse nuevamente a un cargo público, sin a ver rendido cuentas por las infracciones que realizó mediante su mandato.

Esta necesidad de adoptar medidas contra la impunidad sobre los delitos realizados por funcionarios públicos, se plasmó el 13 de julio de 2020 con la entrada en vigencia de las reformas al Código de Procedimiento Penal derogado donde se estableció el juzgamiento en ausencia del procesado, a pesar de que en la Constitución de 1998 vigente a esa fecha ya se contemplaba esta posibilidad, sin embargo, no existía una ley adjetiva penal que la soporte y sustente.

El profesor Vaca Andrade Ricardo detalla a que se refiere la persona ausente en un proceso pena y dice que:

“(...) habiendo tenido noticia, en cualquier forma, de que se ha instaurado un proceso penal en su contra, no ha designado defensor, no ha comparecido a rendir su versión ni a otras diligencias propias de la instrucción o de la etapa intermedia; y, en general, se ha desentendido absolutamente del trámite procesal.” (Vaca Andrade, 2009)

El criterio del autor limita el juzgamiento en ausencia encasillándolo exclusivamente al hecho de que no se sepa absolutamente nada del procesado, así como, en la inexistencia de un profesional del derecho que lo represente; mientras que contraponiéndose a este criterio al tratadista Jorge Zavala Baquerizo al citar al Profesor Orlando Alfonso Rodríguez revela: *“(...)se puede desarrollar un proceso penal sin la presencia del imputado, como cuando se la declara “persona ausente”, pero no se puede desarrollar sin la presencia de un defensor profesional”.* (Zavala Baquerizo, 2002, pp. 273 y 274)

Este criterio nos conlleva a comprender que, si bien es cierto, la Ley y la Constitución protegen el juzgamiento de delitos en ausencia, los procesados no pueden adolecer de la presencia de una defensa técnica jurídica, ya sea esta ejercida por un defensor privado o público, que permita al ausente otros derechos como son, la contradicción, así como, velar por las garantías mínimas de todo proceso penal.

En el año 2019, se inició un proceso penal por el delito de cohecho contra el Ex Presidente Rafael Correa Delgado, otros funcionarios públicos y varios empresarios; también denominado Caso Sobornos 2012-2016. Este proceso no contó con la intermediación de todos los procesados; sin embargo, gracias a la posibilidad de juzgar los delitos contra la eficiencia de la administración pública determinados en el artículo 233 de la Constitución en ausencia del procesado, pudo llevarse a cabo la audiencia de juicio donde el economista Rafael Correa Delgado tuvo acceso desde el principio del proceso penal a una defensa técnica privada, a la contradicción y en sí, a todas las garantías procesales. Este proceso culminó con una sentencia condenatoria con juzgamiento en ausencia.

5. ACEPCIONES DEL DELITO DE CONCUSIÓN

Es importante entender etimológicamente ¿qué es la concusión?; ya que desde su raíz se comprenden tanto la conducta como, todos los elementos objetivos y subjetivos que la componen. Para el tratadista Alfredo Sánchez Franco, etimológicamente recoge del Derecho Romano el vocablo latino *concutere*, cuyo significado es sacudir, sin embargo, este vocablo no se distinguía exclusivamente para el delito de concusión, sino también para otras figuras jurídicas.

El mismo autor cita a Constancio Bernaldo de Quiros quien acertó que: *“La palabra latina (concussio, onis) equivalente en Español a comisión o “sacudida”, expresa pintorescamente el efecto y la actitud de quien sufre la impresión desagradable de la*

exacción misma, con la “mordida” con que no se contaba”. (Sánchez Franco, 2011, p. 2)

Concordando con la cita enunciada por Sánchez de Quiros respecto del criterio de Constancio Bernaldo, el vocablo (mordida) se convierte en un elemento subjetivo de aquella persona a quien el sujeto activo exige dar algo indebido.

Para Manuel Frisancho Aparicio, el delito de concusión responde al criterio de Fereirria Delgado Francisco que indica:

“La concusión es una extorsión cumplida por quien ostenta el poder y se vale de él para hacerlo, de suerte que su autor debe estar investido de autoridad. La víctima de la extorsión debe prestar la cosa que se le exige, como exclusiva consecuencia del terror infundido, no por otra causa. Si fuera otra la causa, para su conveniencia o para su provecho, no sería concusión sino corrupción”. (Aparicio Frisancho, 2011, p. 303)

A criterio de este autor la concusión deviene de una extorsión materializada por el intraneus (funcionario público), quien utiliza para conseguir del extraneus un beneficio con la amenaza que causa miedo o como la identifica el tratadista (terror), como un medio para lograr el beneficio.

Este concepto aplica una sola vía en la ejecución de la conducta; es decir, solamente el funcionario sujeto activo calificado, puede exigir por su posición de poder un beneficio, encasillando su conducta en la guía de los verbos rectores del tipo (ordenar y/o exigir).

Respecto de que la corrupción en esta conducta solo se da cuando intraneus y extraneus se benefician, a mi criterio es errado, ya que esta conducta descrita se denomina cohecho porque que existe la doble vía en la ejecución de la conducta; dar (extraneus) y recibir (intraneus) con voluntad y conciencia; además el hecho que el funcionario público de

forma autónoma exija u ordene para si o un tercero una dádiva o beneficio con el elemento valorativo del temor o amenaza, convirtiendo al extraneus en un instrumento para el cometimiento del delito, también afecta la eficiencia de la administración pública; por lo tanto también es corrupción.

Para los tratadistas Luis Rodríguez Collao y María Magdalena Ossandón Widow la concusión es:

“(...) una figura que ostenta un carácter fraudulento contra los particulares, en cuanto se aprovecha la apariencia de legalidad creada por el cargo de quien exige derechos no debidos realmente, si bien la conducta también puede presentar cierto carácter de imposición o superioridad. (...) en términos generales, consiste en la obtención de un beneficio patrimonial de parte del funcionario mediante un ejercicio abusivo de sus potestades” (Rodríguez Collao & Ossandón Widow, 2008, p. 232)

Este concepto encasilla a la concusión como un tipo de fraude, donde el extraneus es una herramienta para el intraneus mediante la cual, bajo una aparente legalidad exige un bien indebido, aprovechándose de su superioridad e imponiendo y exigiendo un beneficio patrimonial; los autores denominan a esta acción como un ejercicio abusivo de sus potestades.

En conclusión, considero que la concusión es; *el abuso de un funcionario público con potestad estatal, que con o sin amenaza exige u ordena a un particular beneficios para si o un tercio a modo de impuestos ilegales para cumplir sus obligaciones o funciones, con lo que se violenta directamente al correcto funcionamiento de la eficiencia de la administración pública, bien jurídico al que el funcionario desde que es posesionado en su cargo debe proteger.*

6. LA CONDUCTA

Para Zambrano Pasquel la Conducta del tipo penal se refiere:

*“(...) al comportamiento humano, creemos que esta acepción responde a una afirmación de provenir de un ser dotado de inteligencia y voluntad, y dentro de ella se encuentra el **verbo rector** que destaca la acción u omisión que le da contenido a la conducta” (Zambrano Pasquel, 2021, p. 515)*

La conducta de la infracción penal se refiere a la voluntad, consciente y humana que tiene el sujeto activo. Esta está compuesta por una acción u omisión que forma la conducta penalmente relevante, hay que aclarar que esta categoría del delito es un elemento pre jurídico.

Dentro de la conducta de la concusión, los verbos rectores previstos en el tipo son *ordenar* o *exigir*. Se puede evidenciar que la infracción se perfecciona con el simple hecho de exigir o inducir, por lo que no es necesario que el intraneus pague o cumpla lo que ha prometido.

El verbo exigir se entrelaza claramente a la coerción, ya que el extraneus se ve constreñido a entregar dádivas o requerimientos económicos contra su voluntad.

7. TIPICIDAD DEL DELITO DE CONCUSIÓN

La tipicidad responde a la adecuación de la conducta al tipo penal, y como un sujeto ejecuta la acción u omisión prohibida por la norma penal; ahora bien, todo el ejercicio de tipicidad que se realiza sobre una conducta conlleva a la descripción metodológica del derecho penal objetivo, derecho penal general y especial para describir de manera técnica cómo funciona cada injusto de forma individual.

Todo delito tiene una conceptualización técnica con categorías dogmáticas que responden a un método científico social-penal que busca comprobar por medio de filtros el cometimiento o no de una infracción penal, el delito es según Muñoz Conde:

“podemos definir al delito como la conducta (acción u omisión) típica, antijurídica, culpable y punible. Esta definición tiene carácter secuencial, es decir, el peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a otra (de la tipicidad a la antijuricidad, de la antijuricidad a la culpabilidad, etc.), teniendo, por tanto, que tratarse en cada categoría los problemas que son propios de la misma. Si del examen de los hechos resulta, por ejemplo, que la acción u omisión no es típica, ya no habrá que plantearse si es antijurídica, y mucho menos si es culpable o punible”. (Muñoz Conde & García Arán, 2010, p. 205)

A todo el concepto del delito se aumenta la concepción del derecho penal objetivo, que el tratadista Zambrano Pasquel Alfonso determina como:

“podemos admitir que el derecho penal objetivo hace referencia al derecho penal y a su relación con el control social, que cuando nos referimos a los instrumentos de control jurídico-penal nos dirigimos al derecho penal material y al derecho procesal penal. En el estudio de la norma jurídica penal apreciamos su estructura y dentro de ella la diferenciación entre normas penales incompletas y normas penales en blanco”. (Zambrano Pasquel, 2021, p. 31)

De igual forma el tratadista antes mencionado cita a Juan Bustos Ramirez para explicar la concepción de derecho penal objetivo y dice: *“El derecho penal objetivo es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características del hecho delictivo e individualiza al sujeto que lo realizó al que le impone por su hecho una pena y/o medidas de seguridad” (Zambrano Pasquel, 2021, p. 31)*

Esto abre paso al análisis individual de cada tipo penal y a la adecuación de la conducta de cada sujeto activo a la norma penal, todo esto lleva investido un principio de legalidad.

8. TIPICIDAD OBJETIVA

8.1 Sujeto activo

El profesor Alfonso Zambrano Pasquel toma el concepto de Reyes Echandía quien define al sujeto activo como: *“El titular de la conducta que lesiona o pone en peligro de lesionar un bien jurídico protegido por el legislador, al que el profesor Reyes Echandía le da el calificativo de “agente, actor o sujeto-agente” (Zambrano Pasquel, 2021, p. 509)*

En el delito de concusión, el sujeto activo debe cumplir estrictamente las siguientes características:

Que el sujeto activo sea servidor público o actúe en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado. Sobre el segundo presupuesto de la premisa antes mencionada se puede entender a la potestad estatal como: *Aquel poder que un funcionario o particular posee por el nivel del cargo sobre el cual puede valerse, para cometer el fin ilícito.*

El delito en relación con lo estipulado en el artículo 281 del Código Orgánico Integral Penal, es propio del funcionario o empleado público y de quien, sin tener ese carácter, actúe en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, y para su integración deben cumplir las siguientes condiciones:

- Ser servidor público.
- Que la conducta se realice abusando de su cargo o de sus funciones.
- Que utilice medios en ejercicio de una función pública o potestad estatal.

En este delito el funcionario utiliza su cargo para obligar a un tercero o ciudadano a pagar o prometer; en otras palabras, el funcionario posee el manejo de la acción frente a un tercero que, sin finalidad delictiva de su parte, entrega o promete lo arbitrariamente exigido por el funcionario.

8.2 Sujeto pasivo

Citando a Reyes Echandía, Zambrano Pasquel define al sujeto pasivo del tipo penal como:

“(…) la persona titular del bien jurídico que el legislador protege en el respectivo tipo legal y que resulta afectada por la conducta del sujeto agente” (Zambrano Pasquel, 2021, p. 512)

Analizando el criterio antes mencionado, el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico, este puede ser calificado o no calificado. Dentro del delito de concusión que es objeto de este análisis, el sujeto pasivo es el Estado.

8.3 Verbo rector

El verbo es el elemento que dirige la conducta del sujeto activo y dilucida qué acto antijurídico se cometió, según Ramiro García citando a Bustos Ramírez *“En lo referente a la conducta que determina la existencia del tipo objetivo, esta se constituye por el cumplimiento del verbo rector, esto es «se expresa por el verbo utilizado por el tipo legal»*”. (García Falconí, 2014, p. 314)

En el caso del delito de concusión *exigir* y *ordenar* son los verbos rectores de la conducta penalmente relevante; el primero se cumple de manera coercitiva porque se dirige en contra de la voluntad del extraneus, exigiendo dádivas para realizar las funciones que son propias del servidor público, de igual forma, este supuesto se cumple por cualquier persona que aproveche su posición estatal de poder, sea directo o allegado para prometer

hacer o dejar de hacer algo que beneficie al intraneus o un tercero, si se cumplen con estos supuestos se recae sobre el verbo rector. Cabe resaltar que no se debe confundir el verbo *solicitar* en su concepción, este responde a una conducta no muy alejada de la concusión que es el cohecho, pero son tipos diferentes.

La orden es propia del funcionario público o alguien que tiene una potestad estatal que abusando de su cargo o nivel, usa a un individuo que se encuentra bajo su mando para determinar su conducta y obligarlo.

8.4 Elementos valorativos del tipo penal

En ciertas conductas penalmente relevantes, en ocasiones existen elemento de valoración que conllevan a complementar el tipo, estos elementos pueden tener varias aristas como son; la jurídica, ética, moral o social.

El tipo penal de concusión castiga la exigencia de lo no debido, que es un elemento valorativo, puesto que será sujeto a un análisis que realizará el Juez. De igual manera se deberá valorar si ha existido violencia o amenazas, acciones que agravan la conducta; de esto se desprende que el pedido ilícito realizado por el servidor público amparado en estos dos elementos valorativos propios del delito de concusión, conlleva a que el extraneus cumpla con el fin ilícito de entregar lo no debido.

8.5 Elementos normativos

La primera acepción necesaria para entender a los elementos normativos son los elementos descriptivos que hacen alusión al sentido y comprensibilidad del sujeto, esto es el ámbito sensorial del ser humano hacia una norma para entenderla “ *Los elementos descriptivos son aprendidos o comprendidos desde un ámbito sensorial, el comprender*

estos elementos no resulta ser difícil, pues su alcance suele ser unívoco”. (García Falconí, 2014, p. 321)

El elemento normativo es puramente técnico y su interpretación va más allá de entender una norma, sino que, requiere de la comprensión pormenorizada y propia de cada elemento que posee un tipo penal en un contexto de derecho y no del sentir propio humano. Es así que Ramiro García cita a Luzon Peña y dice: *“con los elementos normativos que necesariamente requieren una comprensión de una norma”*.

9. TIPICIDAD SUBJETIVA

Para Ramiro Salinas Siccha en la tipicidad subjetiva: *“El agente-funcionario o servidor público con conocimiento que abusa de su cargo, en forma voluntaria, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial”*. (Salinas Siccha, 2019, p. 328)

En el delito de concusión, es necesario e imprescindible que la conducta sea ejecutada con dolo, en donde la conciencia de la antijuridicidad y el conocimiento del hecho se complementan.

Es menester que la conducta del sujeto contenga este elemento (dolo) y que este sea directo, pues no es concebible que el servidor obre de manera eventual, con el fin de obtener un beneficio para sí o para un tercero. El lucro que es la finalidad de la acción confirma la presencia de dicho elemento.

9.1 Dolo

Los tipos de dolo que un sujeto puede cometer son de tres, *“directo o primer grado”* que es según Velásquez Velásquez quien fue citado por Ramiro García *“(…)es entendido como la realización del tipo de una manera directa guiada por la voluntad del autor.*

(García Falconí, 2014, p. 325); este dolo se da cuando el sujeto (A) de forma directa vulnera el bien jurídico de (B), como, por ejemplo: el Contralor General del Estado exige al dueño de una empresa, una dádiva para desvanecer una glosa millonaria impuesta en su contra.

El dolo “*indirecto o de segundo grado*” según el mismo autor citando a Donna “*(...) es aquel en que el autor no tiene intención de producir los resultados (elementos objetivos del tipo), pero conoce que ello es una consecuencia necesaria de su acción*”.(García Falconí, 2014, p. 327), quien comete la acción dolosa tiene conocimiento de obrar contra un bien jurídico no principal de forma consecuyente, tomando como necesaria para obtener el fin real, por ejemplo, el sujeto (A) desea robar los diamantes de una caja fuerte, pero necesariamente considera que debe matar al guardia de seguridad (B) para obtener su objetivo final (C).

El dolo “*eventual o tercer grado*” se define para Ramiro García Falconí como:

“(...) el dolo eventual además del conocimiento de la eventual realización de los elementos objetivos del tipo, también se exige que se cumpla con el elemento volitivo, con lo que se distingue de la imprudencia consciente en la cual no existe una voluntad íntegra, ya que la voluntad es menos intensa porque el sujeto no desea ni pretende realizar el tipo y tampoco esta seguro de que se producirá(...)”(García Falconí, 2014, p. 329)

Este dolo tiene la característica del elemento volitivo y la imprudencia, dejando una fina línea de margen entre la culpa y el dolo eventual; para que se de esta figura es necesario que el sujeto que comete la acción, esté consciente que su actuar puede vulnerar un bien jurídico como puede que no, y toma su decisión de realizar la conducta arriesgándose que esta puede suceder con conciencia.

La línea delgada entre este elemento y la culpa se basa en la teoría del consentimiento, donde el dolo eventual se puede dilucidar en la acción si el sujeto entiende que el resultado es seguro, pero la culpa engloba a un resultado no seguro.

Por ejemplo: el sujeto (A) quien, en una avenida de 90 kilómetros por hora, decide ir a 100, sabiendo que a una curva existe un paso peatonal, y el exceso de velocidad puede ocasionar un accidente de tránsito (resultado seguro).

A todo este desarrollo sobre los tipos de dolo en la concusión, el servidor público tiene conocimiento de sus obligaciones, y aun así las incumple violentando con voluntad y conciencia los elementos objetivos del tipo penal (sentido finalista), quebrantando el rol que se le había asignado, afectando al bien jurídico protegido que es la eficiencia de la administración pública.

A modo de complemento, el Código Penal ultractivo derogado manejaba una teoría causalista, a diferencia de la norma vigente COIP, que desarrolla una teoría finalista penal; por este motivo hay que tomar en cuenta al momento de analizar la concusión ultractiva, en relación con la norma subsumida, el tipo de concepto de dolo; (causalista) ganas de irrogar daño, (finalista) voluntad y conciencia de cometer los elementos objetivos del tipo penal.

10. ERROR DE TIPO

“El error de tipo existe cuando el autor no conoce alguno de los elementos a los que el dolo debe extenderse según el tipo objetivo que corresponda, este error puede fundarse tanto en una representación falsa como en la falta de representación, pues en modo general el error radica en la no coincidencia entre la conciencia y la realidad”. (García Falconí, 2014, p. 727)

El dolo toma protagonismo pues el error de tipo sucumbe cuando no se relaciona la conducta dolosa del sujeto frente a la imputación que se le ha realizado, por ejemplo, cuando se habla de un homicidio si el autor de esta conducta su fin era causar lesiones, pero producto de la fuerza causó la muerte del sujeto pasivo, nos encontramos en un error de tipo, sí se le acusa por homicidio culposo, puesto que la intención y el fin de la conducta eran las lesiones y no la muerte, al cambiarse el dolo de la acción, el delito pasa a ser preterintencional.

En el caso de la concusión este se daría cuando el sujeto no conoce que está cometiendo un delito o no sabe algún elemento objetivo del tipo, al ser el sector público donde se comete esta conducta, la consciencia y las voluntad de ejecutar los elementos objetivos del tipo penal en un sentido finalista, el sujeto debe saber sus deberes y funciones respecto de su cargo, pero se podría dar el espacio para que el sujeto instrumento para el cometimiento del delito sea usado y no tenga conciencia que ha realizado una conducta delictiva por orden.

11. ANTIJURIDICIDAD

Para explicar la ilegalidad se usó en párrafos anterior el desvalor de la acción, su análisis es pertinente realizar en la categoría dogmática del derecho penal general sobre antijuridicidad; pero para tener un contexto más claro y complementar el elemento valorativo de la corrupción “ilegalidad” es necesario diferenciar la antijuridicidad material como formal.

De manera general la antijuridicidad es relacionar la conducta que se afirmó mediante el ejercicio de tipicidad y analizar si esta va en contra de derecho; es así como, Muños Conde manifiesta *“es la determinación de la antijuridicidad, es decir, la constatación de que el*

hecho producido es contrario a Derecho, injusto o ilícito". (Muñoz Conde & García Arán, 2010, p. 299)

11.1 Antijuridicidad formal

La antijuridicidad formal según el autor antes mencionado es "*A la simple contradicción entre una acción y el Ordenamiento jurídico se le llama antijuridicidad formal*". (Muñoz Conde & García Arán, 2010, p. 300), hay que entender que la "formalidad" responde al cuerpo de la figura jurídica y no al contenido como tal, esto significa que la antijuridicidad formal se manifiesta cuando una conducta se subsume en la premisa uno condición necesaria negativa, frente al ordenamiento jurídico "*realizar una acción contra derecho*" y esta se comprueba en la siguiente premisa dos o condición suficiente positiva, que es el resultado "*la acción es incompatible a derecho*".

11.2 Antijuridicidad material

La antijuridicidad material es según el tratadista Muñoz Conde "*(...) contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger. Se habla en este caso de antijuridicidad material*". (Muñoz Conde & García Arán, 2010, p. 300), en esta esfera de la categoría dogmática el contenido interpretativo toma relevancia, el desvalor de la acción o hecho, referente al reproche de la sociedad sobre la ejecución de la conducta prohibida por el Código de Convivencia que realiza un control social punitivo, ha sido vulnerado y su contenido esencial se ha roto, esto es el bien jurídico protegido cargado de dignidad.

En vista que la prevención general no ha sido suficiente para disuadir el cometimiento de la acción por parte del sujeto, una vez comprobada la antijuridicidad formal como material, el poder punitivo por parte del Estado tiene que realizar una prevención especial

sobre el sujeto, para restaurar el orden social y asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico.

11.3 Causas de justificación de la antijuricidad

Muñoz Conde indica que: *“Si del examen de los hechos resulta, por ejemplo, que la acción u omisión no es típica, ya no habrá que plantearse si es antijurídica, y mucho menos si es culpable o punible”* (Muñoz Conde & García Arán, 2010, p. 205). Esta misma lógica se manifiesta si una conducta ya no es antijurídica o existe una causal de justificación de esta categoría, sería inocuo analizar la culpabilidad; una conducta puede ser antijurídica pero no culpable, pero no puede ser culpable sin ser antijurídica *“No hay culpabilidad sin antijuricidad, aunque sí hay antijuricidad sin culpabilidad”*.(Muñoz Conde & García Arán, 2010, p. 203)

Las causas de exclusión de la antijuricidad son: legítima defensa, estado de necesidad y actuación en cumplimiento de una orden legítima o de autoridad competente. En el delito de concusión es la última de las enunciadas la que cobra fuerza, puesto que por la naturaleza del individuo que recibe el efecto de la acción del intraneus bajo el verbo rector ordenar, se está cumpliendo el mandato de una autoridad competente que aparentemente estaría realizando actos en derecho.

Es el caso donde el servidor público o extraneus que recibe la orden y ejecuta una acción sin conocimiento que ésta es antijurídica, su actuar en su consciente es en derecho, pero sin conocimiento que ha realizado algo indebido. La exclusión de la antijuricidad versará sobre si el sujeto tenía conocimiento o no, podía resistirse o actuó conforme una cadena de mando o protocolo jerárquico establecido.

12. ERROR DE PROHIBICIÓN

El error de prohibición dentro de la legislación ecuatoriana se encuentra contemplado en el numeral 1 del artículo 35 del COIP que manifiesta:

“- Error de prohibición.- Existe error de prohibición cuando la persona, por error o ignorancia invencible, no puede prever la ilicitud de la conducta. Si el error es invencible no hay responsabilidad penal. Si el error es vencible se aplica la pena mínima prevista para la infracción, reducida en un tercio”.

Muñoz Conde explica este tema de la siguiente forma:

“Existe error de prohibición no sólo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho. El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (error de prohibición directo) o a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto (error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación). En el primer caso, el autor desconoce la existencia de una norma que prohíbe su conducta; en el segundo, el autor sabe que su conducta está prohibida en general, pero cree erróneamente que en el caso concreto se da una causa de justificación que lo permite, que actúa dentro de los límites de la misma o que se dan sus presupuestos objetivos.(Muñoz Conde & García Arán, 2010, pp. 382 y 383)

El error hace referencia a la falta de conocimiento consciente de un individuo que comete de forma ignorante una conducta ilícita y esta es invencible, porque dentro de su esfera de conocimiento no puede prever si su actuar es correcto, parte esencial de esta figura radica en que el sujeto siente que actúa de forma correcta, o que está actuando dentro de una causa de justificación de la antijuridicidad, sin tener una ligera acepción que su conducta está prohibida.

Cuando el error es vencible como manda la norma antes citada, la infracción se reducirá en la pena mínima, reducida en un tercio, esto se da porque el sujeto que comete la infracción en error tiene acceso, puede prever o llegar a saber que la conducta que está cometiendo es ilegal.

En el caso de la concusión quien puede recaer en esta figura que excluye la antijuricidad, porque el sujeto no quiere ir en contra del derecho en su actuar (antijuricidad material) o violentar el bien jurídico protegido que protege la norma (antijuridicidad material), se manifiesta por ejemplo en el extraneus porque este es quien recibe la orden o la exigencia del intraneus.

En el caso de la orden, la secretaria del Contralor General del Estado que es el instrumento para formalizar la conducta delictiva mandada por el servidor público, puede recaer en un error de prohibición vencible, si por su posición llega a comprender que la conducta que va a realizar puede ser en contra de derecho y la comete pensando que su obrar está bien en relación a su deber; pero si su calidad o conocimiento no puede llegar a comprender la licitud y piensa que actúa en derecho, en estricto cumplimiento de su trabajo el error será invencible.

13. CULPABILIDAD

La culpabilidad es la atribución de responsabilidad al autor de un delito que ha materializado su conducta, el cual tenía la opción de actuar de forma lícita pero su proceder fue incorrecto e ilegal, a esto se refiere el principio de culpabilidad *“La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos”*.

De esto identificamos que en quien recae el desvalor del sujeto es necesariamente sancionado mediante el actuar del poder punitivo del Estado para restablecer el orden social, esto es la prevención especial. En el caso de la concusión a quien se le atribuye responsabilidad penal por su acto, es al sujeto que tenía capacidad plena de exigir u ordenar dadivas para obtener un beneficio persona indebido.

14. JUICIO DE REPROCHE

“Santo Tomás distinguía entre las acciones que son deliberadas y las que no lo son, reservando el nombre de acciones humanas para las primeras, pese a no desconocer a las segundas el carácter de acciones del hombre l. Hasta aquí, es decir, en el nivel del análisis que hemos alcanzado, no sabemos aún si esta "acción del hombre" -en la terminología del Aquinatense -también es una acción humana, en el sentido de haber sido (o, al menos, haber tenido la posibilidad de ser) una acción deliberada. Suma cuando se compruebe esta condición podrá formularse un juicio de reproche al autor y solo entonces tendremos un delito”. (Zaffaroni, 1999, pp. 9 y 10)

El juicio de reproche se realiza contra el sujeto, versa sobre la conciencia, capacidad y voluntad de cometer los elementos objetivos del tipo penal, las acciones que el sujeto comete se denominan desvalor del sujeto y este merece ser castigado por el poder punitivo, porque ha roto el pacto social. La acción deliberada que refiere Zaffaroni radica en la posibilidad del autor de haber obrado en derecho, pero no hacerlo, esto es, cometer la conducta prohibida.

Dentro de la concusión el objeto de toda conducta penalmente relevante se divide en objeto jurídico y objeto material. El objeto jurídico tutelado, es la eficiencia de la administración pública, cuyo correcto funcionamiento es perturbado por el delito motivo de este análisis, al ser utilizada como un medio para obtener contribuciones indebidas,

valiéndose de un cargo público y obteniendo así un beneficio ilícito y expresamente prohibido; tal y como indica el artículo 226 de la Constitución que dice:

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”(Constitución de la República del Ecuador, 2021)

De igual forma el artículo 24, letra k) de la Ley Orgánica de Servicio Publico indica:

“Prohíbese a las servidoras y los servidores públicos: Solicitar, aceptar o recibir, de cualquier manera, dádivas, recompensas, regalos o contribuciones en especies, bienes o dinero, privilegios y ventajas en razón de sus funciones, para sí, sus superiores o de sus subalternos; sin perjuicio de que estos actos constituyan delitos tales como: peculado, cohecho, concusión, extorsión o enriquecimiento ilícito” (Ley Orgánica del Servicio Público, 2022)

De las normas antes citadas se extrae que la correcta prestación de un servicio público se enmarca en la tutela que el Estado hace de esta, frente a la conducta de un servidor público que pretende, estando en uso de sus funciones, corromperse para obtener un lucro personal ilícito como es en el caso de la concusión.

Con relación al objeto material de la infracción, el profesor Alfonso Zambrano Pasquel lo entiende como: *“(...) la persona, animal o cosa sobre la que recae “físicamente la actividad del agente” o en la expresión del profesor REYES, “aquello sobre lo cual se concreta la vulneración del bien jurídico.”* (Zambrano Pasquel, 2021, p. 514)

En el delito de concusión el objeto material son derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos o gratificaciones no debidas. En todo delito contra la administración

pública el sujeto pasivo de la conducta del sujeto activo siempre será el Estado; este sujeto es violentado desde las exigencias del servidor, mismas que no fueron establecidas dentro de un procedimiento legal.

El servidor público que exija u ordene beneficios violentando la eficiencia de la administración pública, así como, el objetivo de sus funciones identificadas en párrafos anteriores es merecedor que recaiga sobre él la culpabilidad y el juicio de reproche por no cumplir y respetar sus deberes vulnerando el correcto funcionamiento de la administración pública y generando inestabilidad institucional por el grado de desarrollo de su conducta corrupta.

15. INIMPUTABILIDAD

“Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad” (Muñoz Conde & García Arán, 2010, p. 362), la inimputabilidad es lo contrario donde el sujeto no tiene las capacidades mínimas psíquicas para ser responsable de un delito.

En el delito de concusión el sujeto solo será imputable si su calidad responde al elemento de la tipicidad, sujeto activo calificado *“servidor público o actuar mediante una potestad estatal”*, y este es capaz y tiene las facultades psíquicas para entender que su actuar es incorrecto como funcionario público y se ha comprobado la antijuricidad de su conducta.

16. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Para Ramiro Salinas Siccha el bien jurídico protegido en el delito de concusión se definió como: *“El bien jurídico genérico protegido es el normal y recto desenvolvimiento de la Administración pública, en tanto que el bien jurídico específico lo constituye la*

corrección y probidad de los funcionarios o servidores que ejercen funciones en la Administración pública”.

En esta conducta penalmente relevante corresponde al derecho vulnerado, y se refiere aquella calidad embestida de dignidad y probidad que la norma penal pretende proteger, prohibiendo la realización de la conducta en específico.

17. SANCIÓN

La sanción al agente activo de la infracción que recae sobre él, no versa sobre el desvalor de la acción, sino sobre el desvalor del sujeto; a quien después de cumplirse el debido proceso el juzgador en base a la prueba practicada en la audiencia de juicio a comprendido más allá de toda duda razonable la existencia del nexo causa, conformado por la materialidad de la infracción y la responsabilidad del sujeto activo, lo que merece según la norma penal la atribución de la culpabilidad y por ende una sanción.

Conforme el artículo 281 del COIP, el tipo penal de concusión prevé una pena privativa de libertad de 3 a 5 años; mientras que la modalidad agravada (conducta ejecutada con violencia o amenazas) tiene una pena de 5 a 7 años.

CAPÍTULO III CASO CARLOS PÓLIT FAGGIONI

“ayer no pudo el pueblo contra el dolor no prevenido, contra el estrago inesperado, contra la traición agazapada” (Patriaamor, José Félix Silva Infante, 1981, p 25)

ANÁLISIS CASO CARLOS PÓLIT FAGGIONI

1. PRINCIPIOS QUE SE DEBEN TOMAR EN CUENTA RESPECTO DE LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DEROGADO Y DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, SOBRE EL ANÁLISIS DEL CASO CARLOS POLIT FAGGIONI.

1.1 Principio de ultractividad y temporalidad de la ley

1.1.1 Temporalidad de la ley

Previo a analizar el tema de la ultractividad, es necesario introducirnos a lo que se denomina temporalidad de la norma, entendiéndose que esta se basa fundamentalmente en un conflicto de leyes en el tiempo y que versan sobre una misma materia, para lo cual se debe comprender la forma en la que el juzgador, frente al conflicto antes mencionado, aplicará una norma en el tiempo.

Para Ricardo Guastinni, el tiempo de la norma (temporalidad) debe tratarse desde cinco puntos de vista o dimensiones temporales, indicando que:

“Toda norma tiene no menos de dimensiones temporales.

- a) La primera se refiere a su existencia jurídica o pertenencia al ordenamiento.*
- b) La segunda se refiere a lo que aquí llamaremos vigencia (en un sentido que deberá ser precisado).*
- c) La tercera se refiere a su validez.*
- d) La cuarta se refiere a la aplicabilidad por parte de los órganos jurisdiccionales y administrativos.*

e) La quinta, finalmente, se refiere a lo que aquí llamaremos su eficacia (...)" (Guastini & Nuñez Vaquero, 2016, p. 267)

Analizando lo mencionado por Guastinni, cuando describe las dimensiones temporales de la norma, se refiere estrictamente al tiempo en que esta inicia su existencia en el ordenamiento jurídico y empieza a producir efectos a futuro. Esta norma creada entrará en rigor y será aplicable, desde el momento en que los órganos jurisdiccionales (jueces) la utilicen en la resolución de las causas a ellos encomendadas, lo que hará válida a la nueva norma en el tiempo; entonces esta validez normativa será eficaz.

En la legislación penal ecuatoriana la temporalidad de la norma se vio reflejada cuando entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal (COIP) que derogó al Código Penal del 2002, situación que causó confusión, respecto de aquellos procesos que ya se encontraban iniciados y ejecutándose con la norma anterior; de los que cuyas investigaciones continuaban al momento en que entró en vigencia el COIP; de aquellas conductas que fueron cometidas durante la vigencia del Código Penal derogado, pero su investigación se iniciaba durante la vigencia del COIP; y, de aquellas infracciones que se mantenían en el tiempo, es decir iniciaban con la norma anterior y permanecían hasta después de la vigencia de la norma nueva, por ejemplo, en los delitos continuos. Estas inquietudes sobre temporalidad se encontraban solventadas en la Transitoria Primera del COIP que dice:

“PRIMERA: Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República, siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente Código.” (Código orgánico integral penal, 2022)

De esta Transitoria, la Corte Provincial de Loja solicitó una consulta a la Corte Nacional de Justicia respecto de la inteligencia² y aplicación de la Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal; consulta que refiere lo siguiente:

“Sobre el particular se han generado dudas en el Distrito Judicial de Loja. Digo esto porque hay Fiscales que, sin embargo, de que la audiencia de formulación de cargos es posterior al 10 de agosto de 2014, invocan y aplican el Código de Procedimiento penal del 2000, bajo el argumento de que la indagación previa se inició con anterioridad a la vigencia del Código Orgánico Integral Penal. Se considera también que para los delitos cometidos antes de la indicada fecha, y que no han merecido ni indagación previa ni proceso penal, debe aplicarse el Código de Procedimiento penal ... 2 vigente al cometimiento de la infracción penal, por el principio de legalidad y su derivación el de irretroactividad de la ley.” (Pleno de la Corte Nacional de Justicia, 2015, pp. 1 y 2)

1.1.2 Sentencia de la Corte Nacional

De esta consulta, la Corte Nacional de Justicia dirimió el problema jurídico de temporalidad en la aplicación de una norma derogada (Código Penal de 2002); y, de la nueva norma (Código Orgánico Integral Penal) que entró en vigor a partir del 14 de agosto de 2014.

La Corte Nacional mediante Sesión Ordinaria del Pleno de 25 de noviembre de 2015, absolvió la consulta antes mencionada basándose en los principios de Seguridad Jurídica, explicación de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, Principios de Legalidad y Favorabilidad, respondió a la consulta antes referida basándose en la temporalidad de la norma de la siguiente manera:

² Oficio S/N, de 30 de abril de 2015, en cuanto a la inteligencia y la aplicación de la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal(...). La consulta tiene relación a la inteligencia y la aplicación de la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, que dispone:

“Las actuaciones pre procesales dispuestas por Fiscales, Juezas y Jueces, con anterioridad al 10 de agosto de 2014, deben ser concluidas según las reglas del Código de Procedimiento Penal, aun cuando tal cumplimiento sea a partir o con posterioridad al 10 de agosto de 2014. Si del resultado de tales actuaciones:

1. Debe iniciarse una indagación, o 2. Se decide un procesamiento penal, a partir del 10 de agosto de 2014, han de iniciarse, tramitarse, concluirse tal indagación o el procesamiento, según el Código Orgánico Integral Penal.

Las investigaciones preprocesales iniciadas por fiscales, con anterioridad al 10 de agosto de 2014, deben ser tramitadas y concluidas según las reglas del Código de Procedimiento Penal. Si del resultado de tales investigaciones se decide un procesamiento penal, este se iniciará, tramitará y concluirá, según las reglas del Código Orgánico Integral Penal.

Los procesos penales que se iniciaron con anterioridad al 10 de agosto de 2014, deben tramitarse y concluirse según el Código de Procedimiento Penal.

En todos los casos de actuaciones previas, indagaciones, y procesamientos penales iniciados antes del 10 de agosto de 2014, deben respetarse las garantías constitucionales; y, particularmente el principio de favorabilidad.” (Pleno de la Corte Nacional de Justicia, 2015, pp. 27 y 28)

La respuesta de la Corte Nacional respecto a la temporalidad de la norma enmarcada en la Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, aclara de forma suficiente la disyuntiva en la aplicación normativa que se generó respecto de la ley derogada y de aquella que entraba en vigor.

La absolución de forma clara explica que, cuando una conducta se inicia en vigencia de la norma derogada; es decir que, las actuaciones pre procesales realizadas se producen

dentro de este espacio de tiempo, deben continuarse conforme las reglas del Código de Procedimiento Penal, a pesar de que el cumplimiento de las mismas se dé durante la vigencia del COIP.

De igual forma regla que, si de las actuaciones pre procesales existen méritos para iniciar una investigación o un proceso penal, a partir de la vigencia del COIP, estas se tramitarán y concluirán según las normas del COIP.

También limita a que, las investigaciones que se iniciaron antes del 10 de agosto del 2014, deberán tramitarse y concluirse conforme las reglas del Código de Procedimiento Penal. Si de estas investigaciones emana un procesamiento penal este iniciará, tramitará y concluirá según las reglas del COIP.

De igual forma específica que, los procesos penales iniciados antes de la vigencia del COIP se tramitarán según las reglas del Código de Procedimiento Penal, acotando que, ya sea la aplicación de la norma derogada o de la actual se respetarán todas las garantías constitucionales y fundamentalmente el principio de favorabilidad.

1.1.3 Principio de ultraactividad

Por regla general la Ley no es retroactiva; esto quiere decir que siempre esta deberá regir a futuro. Así lo contempla el artículo 7 del Código Civil ecuatoriano: *“La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo”* (Código Civil Ecuatoriano, s. f.)

Esta disposición nos conlleva a pensar, ¿Qué sucede, si existe un conflicto entre normas sobre la misma materia, promulgadas en tiempo diferente?; el profesor Javier Pérez Royo indica que, entre los criterios clásicos para la solución de antinomias, la temporalidad expresa el siguiente aforismo jurídico: *“El criterio cronológico, también llamado de la ley posterior, es aquel con base en el cual de dos normas incompatibles prevalece siempre la norma posterior: lex posterior derogat priori(...)”*. (Pérez Royo, 2016, p. 40)

Es así que Riccardo Guastini en su libro *La Sintaxis del Derecho*, genera un criterio o denominados por el autor casos, como un modo de solución de las antinomias y refiere lo siguiente:

“pues bien, dos fuentes del mismo tipo normalmente habrán sido promulgadas en diferentes momentos. En estos casos, la antinomia se resuelve dando preferencia a la norma más reciente en el tiempo. La norma sucesiva debe ser aplicada, mientras que la norma anterior debe considerarse abrogada, no estando ya más en vigor (...).

De este modo, se aplica el así llamado criterio cronológico de solución de antinomias: la norma sucesiva abroga la norma precedente (lex posterior derogat legi prior)” (Guastini & Nuñez Vaquero, 2016, p. 259)

Conforme la doctrina citada, el criterio general sobre la resolución de conflicto entre normas, por el tiempo de promulgación de estas, se basa en que prevalece siempre la ley sucesiva que derogó a la anterior.

Empero de lo mencionado, este criterio no abarca el problema de normas cuando una conducta se ha suscitado antes de la vigencia de una nueva Ley que deroga la anterior. Es aquí cuando debe utilizarse el principio de ultraactividad de la Ley cuyos principios y normas se regirán por la Ley vigente al tiempo de realizarse la conducta penalmente relevante, de tal modo que, la norma que ha perdido vigencia puede aplicarse en base al principio de legalidad.

El principio de legalidad asegura que un individuo sea juzgado con una norma ya legislada al momento del cometimiento de la infracción. De igual forma el principio de ultraactividad posee su estructura de aplicación. Según Riccardo Gusatini la norma ultractiva es: *“Llamaremos ultractiva a una norma que conecta consecuencias jurídicas a hechos sucesivos a su abrogación (obsérvese que toda norma abrogada, pero no*

abrogada retroactivamente, es por ello mismo ultractiva)” (Guastini & Nuñez Vaquero, 2016, p. 274)

Esta figura se da cuando un suceso aparece en un tiempo, donde una norma se encuentra vigente y este hecho continuo sucesivo, genera consecuencias jurídicas, así se haya derogado la norma vigente al momento en que se realizó la conducta.

La derogación de la norma donde inicia el hecho debe subsumirse en la nueva norma que la sustituye; no se puede considerar ultraactividad, si se pretende utilizar la norma derogada con el fin de sustituir a la norma vigente; es decir existe un paralelo normativo entre dos leyes de la misma materia.

De esta explicación podemos recoger que, debe cumplirse tres criterios para aplicar la ultraactividad; 1) que la conducta tipificada en la norma derogada se encuentre subsumida en la nueva norma, 2) existencia de una norma derogada y 3) hechos sucesivos en relación con las consecuencias jurídicas.

El principio de ultractividad se entrelaza también con la aplicación de la ley más beneficiosa; tanto así que, este criterio ha sido reconocido de manera unánime por la doctrina y la jurisprudencia. La Corte Constitucional dentro del caso No. 0058-09-1N y publicada en el Registro Oficial Suplemento II No. 767 de 2 de junio de 2016, al respecto de la ultractividad dice que:

"... La utractividad (o ultraactividad) consiste en que un enunciado jurídico hace referencia a un tiempo posterior a su intervalo de validez. (...) la ultractividad de los efectos de determinada norma está definida por la posibilidad de que dicha norma logre que su consecuencia sea aplicada más allá del momento en que dejó de pertenecer al ordenamiento jurídico positivo, con independencia de si los hechos que la motivaron se dieron antes o después de dicha derogatoria". (Corte Constitucional del Ecuador, s. f.)

De igual forma para el tratadista Guillermo Oliver Calderón en su obra “Retroactividad e Irretroactividad de la Leyes”, respecto de la ultraactividad manifiesta que:

“La doctrina acostumbra a utilizar el término ultraactividad “para referirse a la situación que se produce cuando un hecho es sancionado conforme a la ley que se encontraba vigente al momento de su realización, pero que ya no lo está en la época de su juzgamiento. Por ejemplo, cuando se ha cometido un delito durante la vigencia de una ley temporal, la cual es aplicada a pesar de que ha finalizado su vigor al momento del juicio. O bien, cuando al tiempo del juzgamiento ya no se encuentra vigente la ley penal bajo el imperio de la cual se cometió un delito, pues ha sido reemplazada por otra ley penal más severa. Se dice que en estas hipótesis la ley que ya no se encuentra vigente se aplica ultraactivamente.” (Oliver Calderón, 2007, pp. 64 y 65)

De los criterios jurisprudenciales y doctrinarios antes enunciados, se concluye sin duda alguna que, a pesar de que una normativa ya no se encuentra en vigor al momento del juzgamiento, no quiere decir que esta no pueda ser aplicada, si la conducta del sujeto activo de la infracción se enmarca en el rango de tiempo de vigencia de la ley derogada.

Es obligación del juzgador tomar en cuenta si la conducta existente en la ley derogada y que ha sido subsumida en la nueva norma, no ha cambiado respecto de la prescripción tanto de la acción como de la pena; ya que, en este caso, deberá aplicarse de manera estricta el principio de favorabilidad.

Dos casos prácticos de aplicación de la ultraactividad de la norma se suscitaron dentro de las causas No. 17721-2019-00029G o denominado Caso Sobornos 2012-2016 y Caso Concusión Carlos Pólit-Odebrecht No.17721-2017-00204; este último que será materia de análisis en esta investigación.

1.1.4 Principio de favorabilidad

La Constitución es clara cuando de principios se trata. La aplicación del Bloque de Constitucionalidad en favor de la Convencionalidad, relacionando con el Pro Homine, genera una especial protección a las garantías constitucionales y la dignidad humana.

Para el doctor Alex David Mejía Viteri, en su libro *Discriminación Normativa Sucesoria a Personas Adoptadas*, desarrolla la dignidad humana y la correcta aplicación del Bloque de Constitucionalidad en favor de los derechos humanos:

“(...) todos los estados constitucionales y democráticos que se han preocupado por proteger los derechos humanos en atención a generar las mejores condiciones de vida de las personas, deben encaminar todos sus esfuerzos para adecuar su derecho interno a las garantías que postulan en sus normas supremas y que inclusive son también reconocidas por muchos otros países conforme a tratados internacionales a los cuales sean adherido y cuya irradiación normativa plenamente los vincula.

Habíamos referido que debe operar el principio de constitucionalizan no solamente en todo el sistema jurídico, sino también en todas las instituciones, estamentos políticos e inclusive organizaciones privadas, al igual que entre todas las personas en sus relaciones particulares, puesto que en aquel infinito andamiaje de interacciones sociales, todos debemos actuar bajo los principios del respeto al bloque de constitucionalidad y por ende rescatar los valores del ser humano es la atención a sus simple y llana dignidad y esencia(...)” (Mejía, 2022, pp. 103 y 104)

Esta cita nos dirige al núcleo esencial de los derechos que es la dignidad humana, por su importancia para el ser. La Constitución en plena aplicación del Estado de Derechos, desarrolla que esta garantía se debe irradiar a todas las relaciones humanas y a la

institucionalidad del Estado, para un debido ejercicio de protección y garantismo de los derechos de cada individuo.

El numeral 5 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, abarca los parámetros fundamentales respecto del principio de favorabilidad:

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora”.(Constitución de la República del Ecuador, 2021)

De este precepto constitucional, emana el derecho que toda persona tiene al debido proceso y a ser juzgado y sancionado frente al cometimiento de una conducta penalmente relevante por la ley menos rigurosa; aunque esta fue expedida con posterioridad, esto quiere decir que se considera al procesado como el sujeto más vulnerable en el proceso penal.

La favorabilidad se encuentra reconocida también en la Convención Interamericana de Derechos Humanos o también denominada Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 9 que dice:

“Principio de Legalidad y de Retroactividad: Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. (Convención Interamericana de Derechos Humanos, s. f.)

Claramente se nota que el espíritu de la norma constitucional del Ecuador, se ha basado estrictamente en la norma internacional y ha recogido los preceptos básicos que este mandato de optimización posee, prohibiendo aplicar penas inexistentes en la normativa jurídica; así como también, respecto de la imposición de penas que favorezcan al reo cuando existe un conflicto normativo.

Es claro que la favorabilidad nos lleva a la irretroactividad de la Ley; esto en relación a la penalización de conductas previas que al momento de su cometimiento no estaban reconocidas en el ordenamiento jurídico sustantivo; concomitantemente expresa, la prohibición de imponer al reo una pena más gravosa, utilizando una Ley anterior.

Conforme la entrevista realizada para este trabajo de investigación al Doctor Mario García, Ex Presidente de la Corte Provincial de Bolívar y abogado litigante en materia penal, respecto del principio de favorabilidad y aplicación de penas refiere que:

“Para aplicar el principio de favorabilidad, los jueces del área penal, deben tener en cuenta las normas anotadas precedentemente, siendo el antecedente el principio In dubio Pro reo y la prohibición de interpretación extensiva o analógica.

Al respecto en la sentencia N.- 002-18-PJO-CC de 20 de junio de 2018, dictada por la Corte Constitucional, sentencia que es jurisprudencia vinculante N.- 0260-15-JH, que en la parte fundamental dice, que:

“Sobre los mecanismos de impugnación procesal en materia penal, toda la normativa penal debe ser interpretada sistemáticamente en observancia de máximas figuras jurídicas penales como el principio de Favorabilidad, in dubio pro reo y prohibición de interpretación extensiva o análoga. En otras palabras y sin pretender realizar una interpretación de normativa infraconstitucional, las normas que rigen el derecho penal deben obedecer a principios Constitucionales

rectores como el de favorabilidad, indubio pro reo y prohibición de interpretación extensiva”.

Según la jurisprudencia vinculante dictada por La Corte Constitucional, de estricto cumplimiento y aplicación, el Juez o jueza para la aplicación del principio de favorabilidad observará las siguientes las siguientes reglas: 1) Cuando hay dos normas en el tiempo aplicables para una misma situación o caso, se debe interponer la norma del Derecho Penal que más beneficie a los intereses del reo. 2) Cuando existen dos interpretaciones posibles para una misma norma, se debe realizar la interpretación que más favorezca al privado de libertad. 3) En ningún caso se deberá aplicar una norma posterior que restrinja Derechos Constitucionales. 4) Que el principio de Favorabilidad es aplicable sin restricción alguna sin establecer limitación alguna”. (Mario García, Ex Presidente de la Corte Provincial de Bolívar)

El doctor García señala, claramente cuáles son los parámetros que los juzgadores deben aplicar al momento de dictar sus resoluciones. Menciona prohibiciones como la interpretación extensiva de la norma y analogías; de igual forma expresa, aplicaciones necesarias y rigurosas como el indubio pro reo, la no limitación al principio de favorabilidad, el impedimento de aplicación de una norma posterior más gravosa; así como la interpretación que más favorezca al procesado, dejando claro los preceptos correctos para hacer efectivo este mandato constitucional.

En entrevista con el doctor Rodrigo Durango, quien es docente universitario y candidato a Doctor por la Universidad de Salamanca en Derecho Penal y Criminología, el principio de favorabilidad en relación a la temporalidad se enmarca en lo siguiente:

“El poder punitivo del Estado debe ser limitado y restringido, es imposible que éste no exista, sería utópico pensar en eso, sobre todo porque es el poder más fuerte que posee el Estado, ya que tiene la posibilidad de privarnos de la libertad y de sancionarnos. Para limitar

esto definitivamente debemos tomar en cuenta las garantías procesales y el debido proceso. Cuando tenemos dos normas que pueden ser aplicadas, en un caso por cuestiones del tiempo, una conducta puede haberse eliminado en la nueva norma; es decir ya no es delito y, en lo que le corresponde a la persona que está siendo procesada estaría beneficiada ya que no se puede continuar con el proceso.

En cuanto a la temporalidad de la norma, hay que ver cuál es la que más favorece al procesado porque él es la parte más débil del proceso; tanto así que, una persona privada de la libertad es parte de un grupo de atención prioritaria porque está en un estado de mayor vulnerabilidad, por lo que se busca racionalizar la aplicación del Derecho Penal. Desde mi punto de vista, se debe aplicar la norma que más favorezca al procesado desde el ámbito Constitucional, porque así estamos limitando al poder punitivo del Estado.

El principio de favorabilidad es un mandato de optimización, como una masa de plastilina, se puede ir moldeando y en consecuencia mejorando, siempre a favor de las personas y no del Estado porque este es un ente poderoso y gigantesco.

El artículo 76 numeral 5 de la Constitución, habla de la aplicación de la norma menos rigurosa; en primer lugar se dirige a la materia y luego se refiere al tiempo; entonces, si este principio irradianos al Derecho Penal o Derecho Administrativo Sancionador mejorándolo, podría utilizarse no solo entre conflictos de una norma y una misma materia; sino también, cuando hay sanciones diferentes en normas dictadas en tiempo distintos, con sanciones diferentes, confirmando que a la luz de la favorabilidad se debe aplicar la menos rigurosa.

Como ejemplo, si una persona ya ha sido condenada y tiene una sentencia ejecutoriada y la conducta deja de ser delito, considero que debería ser liberado, puesto que ya no existe razón para que siga cumpliendo la sanción; tal vez, esto genere unos resquemores para algunos fiscales, pero si leemos en clave constitucional al Derecho

Penal debería ser así; y, entenderse de esta forma la favorabilidad, caso contrario, no tendría sentido que existan garantías.

La justicia siempre va a tratar de buscar la verdad sin embargo, en los procesos penales no siempre se la encuentra y se apega al punto de vista que más se acoja o se acerque a la justicia; y, a ella le interesa que se sancione al culpable pero también que se apliquen las garantías; conllevándonos nuevamente a la aplicación de la favorabilidad para el procesado porque es la parte débil de la relación jurídico procesal”.

(Rodrigo Francisco Durango)

El criterio antes mencionado a pesar de que tiene similitudes respecto a la aplicación del principio de favorabilidad con otros autores, se muestra interesante y diferente de acuerdo a aquello que cotidianamente sucede en los procesos penales. El criterio parte desde el poder punitivo del Estado y como este se ejerce, llegando a la conclusión que la favorabilidad tal como está concebida desde la irradiación constitucional al ordenamiento jurídico penal, debe interpretarse a favor del sujeto procesado o condenado porque se encuentra en un estado de vulnerabilidad en la relación jurídico procesal; llegando incluso el doctor Durango a proponer que, si una conducta en un nuevo ordenamiento jurídico ha sido despenalizada deja de ser para la representación legislativa y en consecuencia para la sociedad penalmente relevante y por ende el sentenciado, por favorabilidad, debe ser puesto en libertad.

2. HECHOS DEL CASO CARLOS POLIT FAGGIONI

Dentro de la Instrucción Fiscal No. 170101817050139 (F)-FGE-UTLCC-P-DSM, que por el delito de asociación ilícita se llevó contra varios funcionarios públicos y personas particulares, se conoció que el Departamento de Justicia de los Estados Unidos el 21 de diciembre de 2016, dio a conocer a varios países entre ellos a Ecuador, el resultado de la investigación realizada a la compañía Norberto Odebrecht S.A. y de sus empresas

relacionadas, que habrían cometido varios delitos contra la eficiencia de la administración pública y la seguridad económica del Estado; en los que, habrían participado funcionarios públicos ecuatorianos que mantenían una potestad estatal en las instituciones del Estado.

Dentro de la investigación antes mencionada, el 3 de junio de 2017 se realizó la audiencia de formulación de cargos en contra de varios particulares y funcionarios públicos; y, el 29 de agosto de 2017 se realizó la audiencia de vinculación en contra del Ex Presidente Jorge David Glas Espinel, el Ex Contralor Carlos Pólit Faggioni y otros.

La audiencia de evaluación y preparatoria de juicio dentro de la causa No. 17721-2017-00222, se realizó del 8 al 14 de noviembre de 2017 en la que el juez sustanciador doctor Miguel Jurado Fabara, resolvió llamar a juicio entre otros al Ex Contralor Carlos Pólit Faggioni.

Frente a este proceso penal el 25 de mayo de 2017, el Ex Contralor sale del Ecuador hacia Miami-EEUU, situándose en calidad de prófugo de la justicia ecuatoriana. El 20 de junio de 2017, Pólit renuncia a su cargo de Contralor General del Estado. Esta situación permitió que dentro de la causa antes mencionada su juicio se encuentre suspendido ya que, la conducta penal por la que fue llamado a juicio no es de aquellas que puedan juzgarse en ausencia.

La Fiscalía General del Estado en base a la prueba testimonial, pericial y documental que se evacuó en la causa penal por asociación ilícita, paralelamente apertura la investigación previa No. 40-2017-WTT-lyr por el delito de *concusión* en contra de Carlos Pólit Faggioni.

Las revelaciones de la investigación por concusión No. 40-2017-WTT-lyr, reflejaron que se había formado un esquema de corrupción a nivel de la contratación pública, su control y determinación de responsabilidades. Esta investigación determinó que la compañía

Norberto Odebrecht S.A. pagó a funcionarios públicos ecuatorianos un aproximado de 33'500.000,00 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, afectando gravemente el interés público y al patrimonio nacional.

En Ecuador, Odebrecht S.A. desde el año 1987 participó en proyectos de infraestructura y En el año 2000, a esta empresa se le adjudicó el contrato para la construcción de la Central Hidroeléctrica San Francisco, ubicada en el Cantón Baños, Provincia de Tungurahua; cuyo objeto fue adicionar 230 megavatios al sistema hidroeléctrico por un valor de 317'000.000,00 millones de dólares. Este proyecto fue culminado antes del plazo previsto en el contrato en el año 2007; pero ocho meses después de su inauguración se suspendieron las operaciones por fallas en las obras civiles, lo que también dio como resultado la expulsión de Odebrecht del país mediante el decreto ejecutivo 1348 de 23 de septiembre de 2008, suscrito por el Ex Presidente Rafael Correa Delgado. Ante esta situación la Contraloría General del Estado, entre mayo del 2009 y febrero del 2010 determinó responsabilidades civiles (glosas) a la empresa constructora y sus representantes en el Ecuador por 70'000.000,00 millones de dólares.

Sorprendentemente, en el año 2010 el Contralor General del Estado Carlos Polit Faggioni, suscribió los desvanecimientos de glosas impuestas y extinguió las responsabilidades civiles al Consorcio Norberto Odebrecht S.A., lo que permitió el retorno de esta empresa al Ecuador.

De la investigación se determinó que Carlos Polit Faggioni en su calidad de Contralor General del Estado en el año 2010, exigió a José Concensao Santos Filho, Superintendente de la Compañía Constructora Norberto Odebrecht S.A. en Ecuador, el valor de 6'000.000,00 millones de dólares para desvanecer las glosas emitidas en contra de la empresa. Esta exigencia fue pagada en efectivo en la suite 52 de la torre A del Swissotel de la ciudad de Quito.

De igual forma a más de los desvanecimientos, Carlos Polit exigió a la compañía constructora el valor de 4'100.000,00 millones de dólares a cambio de emitir informes favorables y no imposición de responsabilidades respecto de las obras civiles que mantenía Odebrecht en Ecuador, como son los proyectos: Pascuales Cuenca, Refinería del Pacífico, Nivelación de Tierras, Acueducto la Esperanza, Proyecto Hidroeléctrico Manduriacu y Proyecto Daule Vinces. Este valor fue entregado en efectivo y por medio de transferencias a empresas que previamente habían sido señaladas por el Ex Contralor, y que fueron contactadas por su hijo John Pólit Esteves, quien fungía de ser un experto en gestión de negocios, conforme lo manifestado en el testimonio anticipado rendido por José Concensao Santos Filho.

Desde el año 2016, el Ecuador se ha visto señalado internacionalmente por la cantidad de casos de corrupción realizados por funcionarios públicos de todo nivel, desde presidentes de la república hasta funcionarios inferiores, quienes han vulnerado de forma directa el artículo 227 de la Constitución de la República del Ecuador que preceptúa: *“La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”*. (Constitución de la República del Ecuador, 2021)

En el presente caso, el delito de concusión materializado por funcionarios públicos que actuaban en virtud de una potestad estatal, vulneró la legalidad del ejercicio de la función pública y la fidelidad que este debe mantener en el ejercicio de su cargo.

Realizando un análisis de la causa 17721-2017-00204, que por el delito de concusión tipificado y sancionado en el artículo 264 del Código Penal ultractivo, conducta que subsiste y se encuentra recogida en el artículo 281 del Código Orgánico Integral Penal; se emitió sentencia Condenatoria al Ex Contralor Carlos Polit Faggioni.

3. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CAUSA NO. 17721-2017-00204, CASO CONCUSIÓN CARLOS PÓLIT FAGGIONI.

Previo a iniciar con el análisis del proceso No. 17721-2017-00204 debe indicarse que los hechos investigados se realizaron a partir del año 2009, periodo de tiempo en el que se encontraba en vigencia el Código Penal publicado en el Registro Oficial No. 147 de 22 de enero de 1971. En esta norma el delito de concusión se encontraba tipificado en el artículo 264; conducta que se encuentra recogida en el artículo 281 del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, mismo que entró en vigencia el 10 de agosto de 2014.

Con lo antes mencionado se verifica los presupuestos contenidos en la Transitoria Primera del COIP, en concordancia a la absolución realizada por la Corte Nacional de Justicia a la consulta solicitada por el presidente de la Corte Provincial de Loja, el 11 de diciembre de 2015 mediante oficio No. 1678-SG-SNJ; en la que se señaló:

“(...) si del resultado de tales actuaciones 1 Debe iniciarse una indagación o 2 se decide un procedimiento penal a partir del 10 de agosto de 2014, han de iniciarse, tramitarse, concluirse tal indagación u el procesamiento según el Código Orgánico Integral Penal”(Pleno de la Corte Nacional de Justicia, 2015)

Con este preámbulo, queda claro que la conducta penalmente relevante que se utilizó para juzgar a Carlos Pólit Faggioni y a John Pólit Esteves es la contenida en el artículo 264 del Código Penal derogado ultractivo; mientras que, el procedimiento mediante el cual se llevaron a cabo tanto las actuaciones pre procesales y procesales, son aquellas regidas por el Código Orgánico Integral Penal.

Conforme los preceptos dogmáticos enunciados en el punto ya tratado sobre la ultractividad y temporalidad de la norma; se entiende que la conducta del Ex Contralor se ejecutó mediante los siguientes criterios dogmáticos de ultractividad: 1) Que la

conducta tipificada en la norma derogada se encuentre subsumida en la nueva norma (Art. 264 del CP al 281 COIP); 2) Existencia de una norma derogada (CP norma derogada); y 3) hechos sucesivos en relación con las consecuencias jurídicas (La conducta iniciada por Carlos Pólit continuó y concluyó en el periodo 2009-2010, pero los efectos jurídicos tomaron posta en el 2016, donde se inicia la investigación previa), en consecuencia el principio de ultraactividad fue correctamente aplicado en todo el proceso penal.

3.1 Fase de investigación previa

La investigación previa se inició directamente por el delito de concusión, bajo la presunción que Carlos Pólit (sujeto activo), durante el periodo comprendido entre los años 2007 y 2017 cumplía las funciones de Contralor General del Estado y que bajo esta potestad estatal (poder), exigió al Superintendente de la Compañía Odebrecht S.A. Ecuador, José Concensao Santos Filho (Extraneus), dinero (beneficio) a cambio de desvanecer glosas y emitir informes favorables por varios contratos que la empresa brasilera había suscrito con el Estado ecuatoriano.

3.2 Etapa de instrucción fiscal

El Fiscal General del Estado, Carlos Baca Mancheno, en razón del fuero de Corte Nacional que por la calidad de Contralor General del Estado tenía Carlos Pólit, solicitó al órgano antes mencionado se señale día y hora para que se lleve a efecto la audiencia de formulación de cargos; misma que se efectuó el 7 de agosto de 2017 bajo la dirección del doctor Luis Enríquez Villacrés Juez Nacional.

Durante la audiencia de formulación de cargos³, el Fiscal General sustentó los elementos de convicción por los cuales consideraba que el Ex Contralor cumplía las condiciones de

³ Art. 595.- Formulación de cargos.- La formulación de cargos contendrá: 1. La individualización de la persona procesada, incluyendo sus nombres y apellidos y el domicilio, en caso de conocerlo. 2. La relación circunstanciada de los hechos relevantes, así como la infracción o infracciones penales que se le imputen. 3. Los elementos y resultados de la investigación que sirven como fundamento

autor del delito de concusión contenido en el artículo 264 del Código Penal, norma vigente al momento del cometimiento de la infracción, solicitando también al juez sustanciador 90 días como tiempo de duración de la instrucción.

De igual forma, considerando la gravedad de los hechos, solicitó:

“(...) para garantizar la inmediación del proceso del doctor Carlos Polit considerando la gravedad del delito, considerando la gravedad de los hechos que rebasan los expedientes judiciales y ponen al país entero frente a un hecho de enorme gravedad le solicito adopte una medida cautelar privativa de la libertad así como también, se oficie para los fines de extradición a los Estados Unidos en virtud de que es de conocimiento general que el doctor Carlos Ramón Polit Faggioni estaría viviendo en los Estados Unidos de Norte América, en este caso de adoptarse una medida cautelar alternativa a la prisión preventiva no se aseguraría que el ahora procesado permanezca en inmediación con el proceso y con el expediente así como también debe de considerarse que el delito por el cual se le imputan cargos es un delito con una pena que supera un año de prisión y los elementos recabados por la Fiscalía hasta este momento establecen la participación del procesado , siendo estos elementos claros, precisos y concordantes y que sustentan y justifican la necesidad de una medida cautelar para que pueda presentarse a juicio y así también, para que el estado ecuatoriano pueda solicitar su extradición, en atención a lo previsto en el artículo 522 numeral 6 en concordancia con el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal le solicito la prisión preventiva de Carlos Ramón Polit Faggioni (...) igualmente con el propósito se asegura el comiso, el monto del dinero así como también la multa y la reparación integral, le solicito que al ampro del artículo 549 del Código Orgánico Integral Penal se disponga la incautación de fondos, depósitos, títulos valores, inmovilización de cuentas y prohibición de enajenar de bienes muebles e inmuebles a nivel nacional del doctor

jurídico para formular los cargos. La solicitud de medidas cautelares y de protección, salidas alternativas al procedimiento o cualquier otro pedido que no afecte al debido proceso.(Código orgánico integral penal, 2022)

Carlos Ramón Polit Faggioni y como lo he mencionado de todos los bienes valores y fondos de los que posea en el Sistema Financiero Nacional". (Acta resumen de audiencia de formulación de cargos, 2017)

Sin embargo, de lo solicitado y tomando en cuenta que Carlos Pólit Faggioni al momento de la audiencia de formulación de cargos contaba con más de 66 años, el juez sustanciador sustituye la prisión preventiva por el arresto domiciliario y como medidas cautelares de carácter real, el secuestro, incautación, retención y la prohibición de enajenar bienes.

Como se puede visualizar, la audiencia de formulación de cargos da inicio a la instrucción fiscal y con ella al proceso penal propiamente dicho; etapa en la que los sujetos procesales recabar los elementos de cargo y descargo frente a la conducta penalmente relevante imputada. Es aquí, donde los elementos recabados cobran preeminencia porque los mismos serán judicializados y convertidos en prueba durante la etapa de juicio.

Mientras transcurre la etapa de instrucción el Fiscal y de acuerdo a los elementos de convicción que los sujetos procesales solicitan, fiscalía puede tomar tres acciones:

- a) Culminar el tiempo de la instrucción en 90 días
- b) Reformular cargos⁴
- c) Vinculación a la instrucción⁵

Se debe recalcar que cuando existe una reformulación de cargos o una vinculación, desde la fecha de la audiencia en que se dan estas dos figuras procesales, el tiempo de la instrucción aumenta 30 días más, tomando en cuenta que la instrucción no puede ir más

⁴ Art. 596.- Reformulación de cargos.- Si durante la etapa de instrucción, los resultados de la investigación hacen variar justificadamente la calificación jurídica de la imputación hecha en la formulación de cargos, la o el fiscal deberá solicitar a la o al juzgador, audiencia para motivar la reformulación de cargos. Realizada la reformulación, el plazo de la instrucción se incrementará en treinta días improrrogables, sin que la o el fiscal pueda solicitar una nueva reformulación. (Código orgánico integral penal, 2022)

⁵ Art. 593.- Vinculación a la instrucción.- Si hasta antes del vencimiento del plazo de la instrucción fiscal, aparecen datos de los que se presume la autoría o la participación de una o varias personas en el hecho objeto de la instrucción, la o el fiscal solicitará su vinculación a la instrucción. La audiencia que se realizará de acuerdo con las reglas generales, se llevará a cabo en un plazo no mayor a cinco días, con la participación directa de la persona o las personas a vincular o con la o el defensor público o privado. Realizada la o las vinculaciones, el plazo de la instrucción se ampliará en treinta días improrrogables. (Código orgánico integral penal, 2022)

allá de 120 días; caso contrario se estaría violentando los principios de legalidad y debido proceso.

Con fecha 31 de octubre de 2017, se convoca a la audiencia de vinculación en contra de los ciudadanos: Mauricio Atenor Neme Macchiavello, John Cristopher Pólit Estévez y Estéfano Emilio Isaías Dassum, extendiéndose la instrucción fiscal por 30 días adicionales; es decir, hasta 120 días.

Durante el tiempo en que se desarrolla la instrucción, a más de la acusación oficial (Fiscalía) también la víctima de la infracción puede oficializar una acusación directa; en el presente caso, el 30 de noviembre de 2017, la Procuraduría General del Estado, presentó acusación particular en contra de los señores Carlos Ramón Pólit Faggioni y John Christopher Pólit Esteves, una vez que se verificó en el expediente fiscal la existencia de los elementos de convicción suficientes, que el tipo penal acusado requería para evidenciar la violación contra el bien jurídico protegido. Respecto de la reparación integral, se solicitó el valor de USD. 40'000.000. La acusación fue calificada el 1 de diciembre de 2017 y reconocida el 5 de diciembre del mismo año.

Para que surta efecto la acusación particular, quien la interpone debe justificar su calidad de víctima de la infracción; esta justificación fue realizada por la Procuraduría General del Estado en virtud de los numerales 1 y 2 del artículo 237⁶ de la Constitución de la República del Ecuador, que faculta al Procurador General del Estado la representación judicial y patrocinio del Estado y sus instituciones; en concordancia con lo establecido en los artículos 2 y 3 literal a y b, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado⁷.

⁶ Art. 237.- Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley: 1. La representación judicial del Estado. 2. El patrocinio del Estado y de sus instituciones. (*Constitución de la República del Ecuador*, 2021)

⁷ Art. 2.- Del Procurador General del Estado.- El Procurador General del Estado es el representante judicial del Estado. Le corresponde el patrocinio del Estado, el asesoramiento legal y las demás funciones que determine la Ley. Podrá delegar la mencionada representación de conformidad con lo establecido en esta Ley. (*Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*, s. f.)

De igual forma justifica dicha calidad en el artículo 78⁸ de la Constitución y en los artículos 11 numeral 1⁹ y 432 numeral 3¹⁰ del Código Orgánico Integral Penal, que reconocen los derechos y obligaciones que tiene la víctima, entre ellas el Estado ecuatoriano; esto también en concordancia con el artículo 441 numeral 6¹¹ de la norma *ibidem*.

Dentro de la acusación particular la PGE, acusó a los ciudadanos Carlos Ramón Pólit Faggioni y John Christopher Pólit Esteves en las calidades de autor y coautor respectivamente del delito de concusión contenido en el artículo 264 del Código Penal.

Dentro de esta misma etapa como hecho relevante, el 4 de diciembre de 2017 José Concensao Santos Filho o también llamado “*el delator de Odebrecht*” rindió su testimonio anticipado; mediante el cual, involucró directamente a los procesados Pólit Faggioni y Pólit Esteves, en el delito que es materia de esta investigación. Con fecha 5 de diciembre de 2017, la FGE declaró concluida la instrucción fiscal.

El 17 de enero de 2018, la Fiscalía General del Estado emite un dictamen abstentivo en favor de: Mauricio Atenor Neme Macchiavello, y Estéfano Emilio Isaías Dassum.

Art. 3.- De las funciones del Procurador General del Estado.- Corresponden privativamente al Procurador General del Estado, las siguientes funciones: a) Ejercer el patrocinio del Estado y de sus instituciones de conformidad con lo previsto en la ley; b) Representar al Estado y a los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica, en defensa del patrimonio nacional y del interés público; (*Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*, s. f.)

⁸ Art. 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales. (*Constitución de la República del Ecuador*, 2021)

⁹ Art. 11.- Derechos.- En todo proceso penal, la víctima de las infracciones gozará de los siguientes derechos: 1. A proponer acusación particular, a no participar en el proceso o a dejar de hacerlo en cualquier momento, de conformidad con las normas de este Código. En ningún caso se obligará a la víctima a comparecer. (*Código orgánico integral penal*, 2022)

¹⁰ Art. 432.- Acusación particular.- Podrá presentar acusación particular: 3. La víctima como entidad u organismo público, podrá acusar por medio de sus representantes legales o de sus delegados especiales y la o el Procurador General del Estado, para las instituciones que carezcan de personería jurídica, sin perjuicio de la intervención de la Procuraduría General del Estado. (*Código orgánico integral penal*, 2022)

¹¹ Art. 441.- Víctima.- Se consideran víctimas, para efectos de aplicación de las normas de este Código, a las siguientes personas: 6. El Estado y las personas jurídicas del sector público o privado que resulten afectadas por una infracción. (*Código orgánico integral penal*, 2022)

3.3 Audiencia de evaluación y preparación de juicio

Con fecha 18 de enero de 2018, se realizó la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio misma, que se compone de dos partes:

- a) Fase de saneamiento.
- b) Audiencia propiamente dicha.

La finalidad de la etapa de evaluación y preparación de juicio como segunda etapa del procedimiento penal ordinario, es el de resolver cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, procedimiento y competencia; las mismas que llevan al convencimiento del juez sobre la validez procesal¹²; así también se conocerán y evaluarán los elementos de convicción que ha llevado a la Fiscalía a sustentar su acusación, conforme los presupuestos del artículo 603¹³ del COIP. En esta audiencia el acusador particular también sustenta y fundamenta su acusación dejándola en firme.

Este es el momento procesal oportuno para anunciar la totalidad de las pruebas, que en caso de existir un auto de llamamiento a juicio, serán presentadas en la audiencia. Aquí también se incluirán aquellas que están destinadas a fijar la reparación integral en favor de la víctima.

Así también los sujetos procesales estarán en la posibilidad de solicitar la exclusión de las pruebas, así como el rechazo o inadmisibilidad de cualquier medio probatorio. Las

¹² Art. 601.- Finalidad.- Tiene como finalidad conocer y resolver sobre cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, competencia y procedimiento; establecer la validez procesal, valorar y evaluar los elementos de convicción en que se sustenta la acusación fiscal, excluir los elementos de convicción que son ilegales, delimitar los temas por debatirse en el juicio oral, anunciar las pruebas que serán practicadas en la audiencia de juicio y aprobar los acuerdos probatorios a que llegan las partes. (*Código orgánico integral penal*, 2022)

¹³ Art. 603.- Acusación fiscal.- La acusación fiscal deberá contener en forma clara y precisa: 1. La individualización concreta de la persona o personas acusadas y su grado de participación en la infracción. 2. La relación clara y sucinta de los hechos atribuidos de la infracción en un lenguaje comprensible. 3. Los elementos en los que se funda la acusación. Si son varios los acusados, la fundamentación deberá referirse individualmente a cada uno de ellos, describiendo los actos en los que participó en la infracción. 4. La expresión de los preceptos legales aplicables al hecho que acusa. 5. Anuncio de los medios de prueba con los que la o el fiscal sustentará su acusación en el juicio. 6. Si se ofrece rendir prueba de testigos o peritos, se presentará una lista individualizándolos. 7. La solicitud de aplicación de medidas cautelares o de protección no dictadas hasta el momento o su ratificación, revocación o sustitución de aquellas dispuestas con antelación. La acusación solo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formulación de cargos. (*Código orgánico integral penal*, 2022)

partes en esta etapa podrán también llegar a acuerdos probatorios, que no es otra cosa, sino que, el mutuo acuerdo de las partes respecto de un hecho que sea innecesario probar.

En el caso de estudio, la defensa técnica del Ex Contralor Pólit refirió la existencia de vicios de procedibilidad, alegaciones respecto el debido proceso, sobre vicios constitucionales que ha su decir han violentado la legítima defensa; así como también, impugnó la presencia del acusador particular.

De estas alegaciones considero que la más importante fue, aquella respecto de la falta como requisito de procedibilidad del informe de indicios de responsabilidad penal emitido por la CGE; alegando que, la falta de este requisito es un impedimento para la tramitación de la causa. Sin embargo, conforme el numeral 3 inciso final del artículo 581¹⁴ del COIP, la norma indica que la falta del IRP no constituye un impedimento para la tramitación de una causa referente al delito de concusión.

Otro dato interesante y novedoso dentro de esta audiencia, fue el criterio esgrimido respecto de la aplicación del Principio Non Bis In Idem. se argumentó que, el proceso de concusión que se estaba juzgando, emanaba de la causa penal No. 17721-2017-00222, misma en la que también el Ex Contralor se encontraba procesado y que por lo tanto la Constitución y las Normas Internacionales impiden el doble juzgamiento.

De esta alegación y de la lectura realizada de la sentencia de la causa empleada por la defensa técnica de Pólit, deviene que ésta se refiere al delito de asociación ilícita, cuyo bien jurídico protegido es la seguridad pública; mientras que, en el delito de concusión el

¹⁴ Art. 581.- Formas de conocer la infracción penal.- Sin perjuicio de que la o el fiscal inicie la investigación, la noticia sobre una infracción penal podrá llegar a su conocimiento por: 3. Providencias judiciales: Autos y sentencias emitidos por las o los jueces o tribunales. "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, cuando el objeto de la infracción sea recursos públicos.(Código orgánico integral penal, 2022)

bien jurídico protegido es la eficiencia de la administración pública, lo que evidencia que la conducta en los dos procesos es distinta.

Además, hay que tomar en cuenta que en el proceso por asociación ilícita, respecto de Pólit, esta conducta no es imprescriptible; conforme los enunciados del artículo 233 de la CRE y por lo tanto la audiencia de juicio respecto de él, se encuentra suspendida; en razón de que, no se puede juzgar a una persona en ausencia. Esto denota que Pólit se encuentra en calidad de prófugo de la justicia, por lo tanto no se puede hablar de un doble juzgamiento porque no existe una sentencia que haya declarado su culpabilidad o ratificado su estado de inocencia.

La defensa John Pólit, mencionó que no existen cuestiones de prejudicialidad, competencia y procedibilidad que puedan viciar el proceso, por lo tanto, solicitó se declare la validez. Bajo estas argumentaciones, el juez sustanciador declaró la validez del proceso.

En la segunda parte de la audiencia, la FGE dando cumplimiento al artículo 603 del COIP, individualiza a los procesados, realiza la relación clara y sucinta de los hechos, en la que acompaña los elementos de convicción que forman la base de su acusación. Así también conforme al numeral 5 de la norma ibidem anunció la prueba con la que Fiscalía sustentaría su acusación en la audiencia de juicio; es decir, la prueba pericial, testimonial y documental. Fiscalía de igual forma solicita también que se mantengan las medidas personales y reales con el fin de asegurar la inmediación y la reparación integral a la víctima.

La acusación particular conforme el artículo 603 del COIP, también sustentó su acusación y realizó el anuncio de las pruebas que serían usadas en la audiencia de juicio.

Las defensas técnicas de los procesados contradijeron las alegaciones de las acusaciones fiscal y particular y anunciaron las pruebas para la audiencia de juicio.

Conforme el procedimiento de esta audiencia las defensas técnicas de John Pólit y Carlos Pólit solicitaron la exclusión de varias pruebas, que obviamente demuestran la materialidad de la infracción y la responsabilidad. De igual forma todos los sujetos procesales indicaron la no existencia de acuerdos probatorios.

Al final de la audiencia el juez sustanciador en base al dictamen acusatorio presentado por el FGE y por cuanto, de los resultados de la instrucción emanan datos relevantes respecto de la existencia del delito de concusión contenido en el artículo 264 del Código Penal decide, luego de realizar un análisis extenso de lo que ya hemos mencionado, dictar auto de llamamiento a juicio en contra de Carlos Ramón Pólit Faggioni y John Christopher Pólit Esteves, como presuntos autor y cómplice del delito de concusión tipificado y sancionado en el artículo 264 del Código Penal, cuya conducta se subsume en el artículo 281 del COIP, ratificando también las medidas cautelares que pesaban sobre los procesados.

De lo tratado en esta audiencia puedo concluir que la importancia en sí del proceso y las etapas subsiguientes, tienen su inicio y validez conforme los hechos que se dan en la audiencia evacuatoria y preparatoria de juicio, ya que son estos hechos y sobre todo el anuncio de prueba, la base que sustentará la audiencia de juicio.

3.4 Audiencia de juicio

Conforme el artículo 609 del COIP, la audiencia oral pública y contradictoria de juzgamiento se llevó a cabo los días 28, 29 y 31 de mayo de 2018 y se reinstaló para poner en conocimiento de los sujetos procesales la resolución del Tribunal de Garantías Penales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte

Nacional de Justicia integrada por los jueces; Edgar Flores Mier (ponente), doctor Iván Saquisela Rodas y Marco Rodríguez Ruiz (Jueces Nacionales).

En dicha audiencia comparecieron los sujetos procesales a excepción de Carlos Pólit y John Pólit; estos dos últimos prófugos de la justicia, por lo que solamente asistieron sus abogados defensores. En vista de que el delito de concusión conforme el inciso segundo del artículo 233 de la Constitución puede ser juzgado en ausencia, se instaló la audiencia de juzgamiento, sin que se haya cumplido la inmediación por parte de los procesados.

Dentro de las solemnidades de la audiencia de juicio, la primera parte corresponde a los alegatos de apertura donde los sujetos procesales realizan una exposición clara y sucinta de los hechos por los que se acusa; en el caso de Fiscalía y la acusación particular, así como, por parte de los procesados rebatiendo las acusaciones.

La parte fundamental del alegato de apertura consiste en aquello que los sujetos procesales van a probar con los medios de prueba que fueron anunciado durante la etapa de evaluación y preparatoria de juicio; es decir que aquellos elementos de convicción que fueron enunciados en dicha audiencia, se transforman en pruebas el momento que se las evacua y son sometidas a contradicción por los sujetos procesales y analizadas por los jueces para tomar su resolución. Dentro del caso que nos ocupa, la acusación oficial y la particular por medio de la prueba pericial, testimonial y documental ofreció probar el nexo causal; es decir, la materialidad de la infracción, la existencia de los elementos constitutivos del delito de concusión, subsumidos en la conducta realizada por los procesados; y la responsabilidad que se enmarca en todas aquellas actuaciones realizadas con conciencia y voluntad, que permitieron de los elementos objetivos del tipo y en consecuencia la consumación del delito.

De igual forma las defensas técnicas de los procesados ofrecieron probar la inexistencia del nexo causal, con el fin de descargar su responsabilidad por el delito acusado y eliminar la materialidad de la infracción.

Cabe resaltar que, con el fin de que el proceso de la audiencia sea continuo y se enmarque en la celeridad, se aplica el principio de comunidad de la prueba donde los sujetos procesales en un solo acto evacúan los medios probatorios conforme lo va realizando la Fiscalía, quedando para el final aquellos medios de prueba que no han sido anunciados por la acusación Fiscal y que normalmente sirven para descargar la responsabilidad.

Una vez evacuada la prueba los sujetos procesales realizan su alegato de cierre o de clausura, en los que recogen la prueba que demuestra aquello que ofrecieron probar en el alegato de apertura, concluyendo las acusaciones Fiscal y particular en solicitar al Tribunal se dicte sentencia condenatoria a los procesados y las defensas técnicas de los acusados, realizan su alegato final en solicitar se ratifique el Estado de inocencia. Con este acto procesal concluye la audiencia de juzgamiento.

En el presente caso debe mencionarse que del Tribunal de Juzgamiento de la Corte Nacional emanaron dos sentencias, una cuyo voto de mayoría, en mérito de las pruebas presentadas y que se encuentran abundantemente detalladas en la parte expositiva de la sentencia, resolvió:

*“(...) ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR
Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, en voto de mayoría, en mérito de la prueba actuada, resuelve lo siguiente:*

1. Declarar la existencia del delito de concusión, tipificado y sancionado en el artículo 264, inciso segundo, del CP.

2. *Declarar la culpabilidad del procesado Carlos Ramón Pólit Faggioni, cuyas generales de ley obran en esta sentencia, en calidad de autor, del delito de concusión, tipificado y sancionado en el artículo 264, inciso segundo, del CP, en armonía con el artículo 42 ibídem; y, en tal virtud, se le condena a la pena de seis años de prisión; la pena corporal la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social que el ente facultado lo determine.*

3. *Declarar la culpabilidad del procesado John Christopher Pólit Esteves, cuyas generales de ley obran en este fallo, en calidad de cómplice, del delito de concusión, tipificado y sancionado en el artículo 264, inciso segundo, del CP, en armonía con los artículos 43 y 47 ibídem; y, en tal virtud, se le condena a la pena de tres años de prisión; la pena corporal la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social que el ente facultado lo determine.*

4. *Al tenor de lo previsto por el artículo 78 de la CRE, como medidas de reparación integral, se dispone lo que sigue:*

4.1. *Como medida de indemnización, se ordena el pago de USD. \$ 40.400.000 acorde con el artículo 264, inciso cuarto, del CP, que prevé que la restitución corresponderá al cuádruplo de la cantidad recibida; tal valor deberá ser pagado de forma solidaria y de acuerdo al grado de participación de los encartados Carlos Pólit Faggioni y John Pólit Esteves;*

4.2. *Como medidas de satisfacción del derecho violado, se dispone la publicación de la ratio decidendi de la sentencia en tres diarios de amplia difusión nacional, a cargo de los sentenciados; y, las respectivas disculpas públicas; y,*

4.3. *Para garantizar el cumplimiento de las medidas de restitución, se dispone el comiso de las acciones, participaciones y demás derechos que tengan los sentenciados en personas jurídicas que han servido para la consumación del delito; así como también, se ordena el exhorto al gobierno de los Estados Unidos de Norte América, a fin de que se proceda a la incautación, comiso y repatriación de los fondos que se encuentren en las cuentas y empresas de los sentenciados, por el monto indicado.*

5. *Al amparo de lo previsto por el artículo 64.2 de la CRE, en concordancia con el artículo 81 del Código de la Democracia, una vez que esta sentencia se encuentre ejecutoriada, ofíciase al Consejo Nacional Electoral haciéndole conocer de la pérdida de los derechos políticos de los condenados Carlos Pólit Faggioni y Jhon Pólit Esteves, por el mismo tiempo que dure la pena privativa de libertad.*

6. *Se dispone que se envíen copias certificadas de las piezas procesales pertinentes a la FGE, a fin de que inicie las investigaciones del caso en torno al ciudadano José Conciencao Saltos Filho, por presumir su participación en delitos tales como: enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, lavado de activos, testaferrismo, delincuencia organizada, entre otros, conforme lo prevé el artículo 129.10 del COFJ.*

7. *Se califican como debidas tanto las actuaciones del FGE, así como de las acusaciones particulares y de las defensas de los procesados, por haber cumplido adecuadamente sus roles y en fiel observancia del principio de buena fe y lealtad procesal contemplado en el artículo 26 del COFJ (...). (Sentencia 20 julio 2018, Tribunal de Juzgamiento CNJ, voto de mayoría, s. f.)*

La sentencia del voto de minoría, expedida por el doctor Edgar Flores Mier (Juez Ponente), toma los mismos argumentos facticos de la sentencia de mayoría y se apega a la sentencia dictada en contra del ex contralor Carlos Pólit; sin embargo, se aleja del criterio respecto de la sanción impuesta a John Pólit Esteves, ya que difiere en el sentido de que no lo considera cómplice del delito de concusión; sino más bien refiere a que su participación corresponde a la del encubridor, refiriendo también que esta figura jurídica que se mantenía en el Código Penal, ya ha sido derogada; así en su parte resolutive resuelve lo siguiente:

“(...)ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, declara:

10.1.- *La culpabilidad del procesado CARLOS RAMON POLIT FAGGIONI, cuyas generalidades obran del proceso; dictando por tanto SENTENCIA CONDENATORIA en su contra e imponiéndole la pena de SEIS AÑOS DE PRIVACION DE LIBERTAD Y MULTA DE CUARENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA, por considerarlo AUTOR, conforme al Art. 42 CP (actual artículo 42 COIP), del delito tipificado y reprimido en el artículo 264, segundo inciso, del Código Penal.*

10.2.- *En cuanto al ciudadano JOHNN POLIT ESTEVEZ, se ratifica su estado de inocencia y se dispone que se levanten las medidas cautelares reales y personales que pesan sobre él.*

10.3.- *Con relación a la reparación integral este Tribunal dispone que, acorde con los artículos 78 de la Constitución de la República; 77 y 78 COIP, a lugar la reparación integral a favor de la víctima, que en este caso es el Estado ecuatoriano; en los siguiente términos:*

10.3.1.- *Como medida de indemnización, se ordena que el procesado CARLOS POLIT FAGGIONI, pague la suma de USD \$40'.400.000,00 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, acorde con el inciso tercero del artículo 264 del Código Penal, mismo que estatuye que la restitución corresponderá al cuádruplo de la cantidad recibida.*

10.3.2.- *Como medidas de satisfacción del derecho violado, se ordena al amparo del artículo 130.14 del Código Orgánico de la Función Judicial, que se publique la ratio decidendi de la sentencia en tres diarios de amplio difusión nacional, esto a cargo y costa del sentenciado; y, las respectivas disculpas públicas, por parte del procesado Carlos Ramón Polit Faggioni.*

10.3.3- *Para garantizar el cumplimiento de las medidas de restitución, se dispone: por un lado, el comiso de las acciones, participaciones, y demás derechos que tenga el procesado Carlos Polit Faggioni en personas jurídicas que han servido para la consumación del delito; y, por otro, la emisión del exhorto al gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, con la finalidad de que se proceda a la incautación, comiso y repatriación de los fondos que se encuentren en las cuentas y empresas del acusado,*

por el monto indicado.

11.- De conformidad con lo que dispone el artículo 129.10 del Código Orgánico de la Función Judicial, presumiéndose la participación del ciudadano JOSÉ CONCIENCAO SANTOS FILO, en la perpetración de delitos como enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, lavado de activos, testaferrismo, delincuencia organizada, inter alia, se dispone que se remita copias certificadas de las piezas procesales pertinentes a FGE, a fin de que realice una investigación que permita su prosecución penal correspondiente. También se ordena la investigación y prosecución penal de la persona jurídica ODEBRECHT por los hechos presumiblemente constitutivos de delitos, que se habrían perpetrado a partir del 10 de agosto de 2014 en que se puso en vigencia total el COIP, que permite y faculta la prosecución penal en contra de personas jurídicas (...)" (Sentencia 20 julio 2018, Tribunal de Juzgamiento CNJ, voto de minoría, s. f.)

Para la doctora Tania Soledad Silva, abogada litigante, quien defendió la acusación particular en el caso Pólit, al referirse a la ratificación de inocencia del John Pólit Esteves, indica que:

“La sentencia que ratifica el estado de inocencia de John Pólit, a mi criterio yerra respecto de un inexistente Principio de Confianza entre padre e hijo. La prueba evacuada en juicio y que fue base de las acusaciones fiscal y particular, demostró que su conducta recaía en la figura del cómplice, ya que Pólit Esteves conocía la procedencia del dinero que Odebrecht entregó al ex contralor y de forma coadyuvante y simultánea colaboró con su conocimiento financiero para realizar las transferencias necesarias, por medio de empresas con las que tenía relación, para dar la apariencia de licitud al dinero producto de la concusión. En este año se ha demostrado que la tesis de las acusaciones respecto a la complicidad de Pólit Esteves tenían asidero, ya que en el proceso que mantiene el ex contralor en los Estados Unidos, aparece como partícipe también su hijo John Pólit Esteves”

Para ser totalmente imparcial y no desestimar ninguna de las dos resoluciones emanadas del Tribunal Penal de la Corte Nacional que conoció la audiencia de juicio, respecto de la participación y responsabilidad de los procesados, debo indicar conforme la sentencia de mayoría, la figura del cómplice está ceñida estrictamente a que John Pólit coadyuvó y cooperó de manera indirecta y secundariamente en la ejecución del acto punible realizado por su padre Carlos Pólit; y que, se valió de sus conocimientos como asesor y gestor financiero para que los dineros producto de las exigencias al representante de Odebrecht en Ecuador fueran desviados sin dejar rastro alguno, dando la apariencia de legalidad; mientras que la sentencia del voto de minoría, realiza un análisis guiado a que Pólit Esteves, confiaba en que los dineros que le fueron enviados a su padre eran de origen lícito, que su conducta recae en la del encubridor y que conforme la ley derogada la ayuda que prestó a su progenitor se basa en lo que se denomina Principio de Confianza, como la que hay entre padre e hijo, por lo que la participación que se le imputa no puede ser objeto de una condena; razón esa por la que se ampara en la despenalización de la figura del cómplice y en aplicación del Principio de favorabilidad, ratificando el estado de inocencia de Pólit Esteves.

De igual forma considero que para entender tanto la sentencia del voto de mayoría como de minoría, es necesario hacer un corto análisis sobre la Teoría del Dominio del Hecho. En la sentencia de mayoría dictada por el Tribunal Penal que conoció la audiencia de juicio contra Carlos Pólit Faggioni, se estableció claramente que el dominio del hecho lo mantenía él en su calidad de servidor público, ya que el dominio es una figura que se encuentra enmarcada tanto en los elementos objetivos como subjetivos de la infracción.

Es el sujeto activo quien realiza la infracción con voluntad y conciencia, cometiendo los elementos objetivos del tipo penal y manteniendo así el dominio final de la misma.

Claus Roxín, para determinar a la autoría directa dentro de una infracción, concibe ciertos parámetros, mismos que se encuentran en su obra *Autoría y Dominio del Hecho* en Derecho Penal; y al respecto indica que:

“ Quien, sin estar coaccionado, y sin depender de otro más allá de lo que socialmente es habitual, realiza de propia mano todos los elementos del tipo es autor. Tiene en todos los tipos inimaginables el dominio del hecho. Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la expresión más patente de la figura central (...) No se puede dominar un hecho de forma más clara que cuando uno mismo lo hace; no se puede tener en las manos nada de una forma más firme que a través de la actuación de la propia mano” (Roxin et al., 2000, p. 127)

De igual forma para Roxín, la Teoría del Dominio del Hecho se da de tres formas: *“como dominio de la acción, dominio de la voluntad y como dominio funcional”*. (Roxin et al., 2000, p. 127)

El dominio de la acción se refiere a que el sujeto activo realiza el hecho de forma directa y con dolo, ejecutando por sí mismo todos y cada uno de los elementos del tipo lesionando un bien jurídico protegido.

El dominio de la voluntad, se ve enmarcado en que la infracción sea realizada por una tercera persona que sirve de instrumento para cumplir el fin del ilícito, uniéndose a la característica de que el tercero no puede oponer resistencia a la voluntad del autor mediato; quien es el que realiza la acción, pero no la ejecuta directamente. Bajo esta concepción se determina la existencia del denominado *“hombre de atrás”*; así como se determina que el tercero cumple el rol de coautor del delito.

Respecto del dominio funcional, podemos indicar que se materializa cuando en el cometimiento del hecho convergen varios sujetos que realizan una acción de manera independiente, sin un acuerdo previo y cuando su actuar doloso se basa en aprovecharse

de la acción delictiva ajena para lograr fines propios. En este caso, cada autor es responsable de su acción dolosa.

Al analizar la conducta de Jhon Pólit Esteves, el Tribunal en voto de mayoría lo encasilla en la calidad de cómplice; es decir establece que, de forma indirecta y simultánea a las acciones de su padre Carlos Pólit, aprovechándose de su conocimiento en materia de negocios y financiera, colocó los dineros producto de la concusión que fueron entregados por José Santos Fhilo, por medio de transferencias bancarias desde las cuentas de Odebrecht a las empresas Plastiquin y Cosani. Se estableció que su conducta fue realizada con voluntad y conciencia con el fin de desviar los dineros producto de la concusión; es decir ayudó a su padre a desviar y ocultar los dineros producto del ilícito.

Sin embargo, el voto de minoría dictado por el juez Flores Mier, conceptualiza el actuar de Pólit Esteves en el rango de encubridor, figura jurídica que se concebía en el artículo 44 del Código Penal derogado como:

“Son encubridores los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite, o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente”.(Código Penal Ecuatoriano, s. f.)

Bajo este argumento a criterio del Tribunal, Pólit Esteves por su condición filial con Pólit Faggioni, ocultó las pruebas de la infracción para favorecerlo; configurando así por Principio de Favorabilidad, al haber desaparecido la figura jurídica, lo determinado en el

artículo 45 de la norma ibidem que dispone: *“Esta exento de represión el encubrimiento en beneficio del cónyuge del sindicado; o de sus ascendientes, descendientes y hermanos, o de sus afines hasta dentro del segundo grado.”*(Código Penal Ecuatoriano, s. f.)

Sin embargo, con la instauración del Código Orgánico Integral Penal, la conducta del encubridor se materializa y subsume en el denominado fraude procesal, contenido en el inciso 2 del artículo 272 que dice:

“Con igual pena será sancionada quien conociendo la conducta delictuosa de una o varias personas, les suministren alojamiento o escondite, o les proporcionen los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido, o les favorezcan ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecerlos”. (Código orgánico integral penal, 2022)

La norma transcrita hace referencia clara a la conducta del encubridor y la separa anulando la relación filial; es decir que en la actualidad la actuación de Pólit Esteves, recaería en esta figura jurídica y no tendría opción de favorecerse.

Si se hace un análisis respecto del principio de ultractividad y de la conducta de Jhon Pólit, debemos indicar que su actuar se encontraba conforme la temporalidad de la norma y respecto de la acción del autor directo en el tiempo de vigencia del Código Penal, por lo que la sentencia del voto de minoría aparentemente es válida; sin embargo si se analiza su accionar y sobre todo el hecho de que conocía las acciones delictivas de su padre, se podría concluir que Jhon Pólit afianzado en la potestad estatal de Carlos Pólit, encasilló su conducta en la figura del cómplice de la infracción, como así lo manifestó la sentencia de mayoría y como lo sostuvieron tanto la acusación oficial como la particular.

Esta última aseveración, se ha reafirmado en estos últimos meses, mediante el proceso que en los Estados Unidos se sigue contra Carlos Pólit por el delito de blanqueo de fondos proveniente de sobornos recibidos en Ecuador por parte de la empresa Odebrecht; proceso en el que también se ha involucrado de forma directa a Jhon Pólit Esteves; es decir que, la sentencia de mayoría se encontraba en la tipificación correcta de la conducta y que efectivamente su rol dentro del actuar delictivo fue el de cómplice de la infracción.

Extendiéndonos a analizar más allá la conducta de Pólit Esteves, si esta se hubiese realizado durante la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, el tipo pudo haberse subsumido en una aparente coautoría, misma que se encuentra determinada en el numeral 3 del artículo 42 de la norma antes mencionada que dice: *“Coautoría: Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción”*.(Código orgánico integral penal, 2022)

Bajo esta norma, la conducta de Jhon Pólit fue: coadyuvante, su actuación fue deliberada e intencional con el fin de ayudar a su padre a ocultar con transacciones los dineros producto de la concusión; sin embargo, su actuar no fue principal ni determinó la perpetración del delito ya que fue de manera unipersonal Carlos Pólit quien exigió al personero de Odebrecht dinero para desvanecer las glosas y para emitir informes favorables.

3.5 Audiencia de fundamentación del recurso de apelación

El derecho a la impugnación se encuentra normado tanto en la Constitución de la República del Ecuador, como en las normas procedimentales; tomándose a este recurso vertical como un medio para solicitar al superior que corrija los errores que el Tribunal a quo cometió al momento de dictar sentencia.

Los condenados interpusieron Recurso de Apelación, el cual fue resuelto mediante sentencia de 23 de septiembre de 2020, en la que el Tribunal de Apelación resolvió rechazar los recursos propuestos por Carlos Ramón Pólit Faggioni y John Christopher Pólit Esteves; en consecuencia, ratificó en todas sus partes la sentencia condenatoria de mayoría subida en grado dictada con fecha 20 de julio de 2018.

Tanto la Fiscalía General del Estado como la acusación particular, coincidieron, en síntesis con lo siguiente:

De la práctica de las pruebas en la audiencia de juicio, los señores jueces ratificaron que Carlos Polit Faggioni desde el año 2010 al 2017, cuando ejercía el cargo de Contralor General del Estado, exigió bajo amenazas a José Conceição Santos Filho, Superintendente de la Compañía Constructora Norberto Odebrecht en Ecuador, la entrega de valores en efectivo que se distribuyeron de la siguiente forma:

- a) Seis millones de dólares, a cambio de desvanecer glosas impuestas por el Proyecto San Francisco por más de USD. 70'000.000.
- b) Cuatro millones de dólares, a cambio de no emitir informes desfavorables a la empresa por los siguientes proyectos: Mandariacu (diciembre 2011); Daule Vínces (abril 2012), Refinería del Pacifico (agosto 2012); Acueducto la Esperanza (septiembre 2013); y, Proyecto Pascuales Cuenca (octubre 2013). En total la empresa Odebrecht entregó a Carlos Pólit un total de USD. 10'100.000.

Estos dineros se entregaron al ex contralor en la Suite No. 52 ubicado en la Torre A, del Swisshotel de Quito; bien inmueble de propiedad de Carlos Pólit Faggioni, conforme se demostró el juicio.

Los montos referidos, fueron entregados por José Conceição Santos Filho en efectivo y en trasferencias bancarias que fueron facilitadas con la ayuda de John Pólit Estévez a

personas jurídicas, bajo la modalidad de créditos o préstamos con lo que se hizo factible la entrega del dinero.

De lo mencionado, se deducen las siguientes conclusiones respecto de Carlos Pólit Faggioni, ex Contralor General del Estado:

- Que la exigencia bajo amenaza del funcionario público a Odebrecht, para hacerse pagar o recibir indebidamente dinero, se convierte en una conducta penalmente relevante.
- La actuación del funcionario público afectó directamente al bien jurídico protegido que en este caso es la correcta eficiencia de la administración pública.
- En el presente caso, el agente de la infracción actuó con voluntad y conciencia, es decir cometió los elementos objetivos del tipo.

John Pólit Esteves sustentó en síntesis su apelación, manifestando que al ser hijo del autor del delito de concusión, su actuación se encuadra en la figura del “*encubridor*” y que esta conducta ya no existe a partir de la vigencia del COIP; y que por ende, aplicando el principio de favorabilidad debería ser exonerado. Este criterio se basó en el voto salvado de minoría, dictado por el juez Flores Mier.

Sin embargo tanto la acusación oficial como la particular, contradijeron este argumento indicando que:

Si bien es cierto el recurrente, no tiene la calidad de funcionario público, coadyuvó y cooperó de manera indirecta y secundariamente en la ejecución de la conducta punible de Carlos Pólit. En su calidad de gestor de negocios financieros, facilitó la entrega del dinero solicitado bajo exigencias y amenazas al Superintendente de la Compañía Constructora Norberto Odebrecht en Ecuador.

Pólit Esteves fue quien haciendo uso de su conocimiento, facilitó a su padre los medios para que el dinero producto de la concusión fuera transferido por Odebrech a través de la Off Shore Klienfield Sevice Limited, constituida en el paraíso fiscal de Panamá, canalizados a las empresas PLASTIQUIM y COSANI, a las que también contactó.

El fallo del Recurso de Apelación, en su parte pertinente manifiesta lo siguiente:

“Con fundamento en los considerandos expuestos en esta sentencia, y al amparo del artículo 654 del Código Orgánico Integral Penal, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", resuelve rechazar los recursos de apelación propuestos por Carlos Ramón Pólit Faggioni y por John Christopher Pólit Esteves, en consecuencia, ratifica en todas sus partes la sentencia condenatoria de mayoría subida en grado dictada con fecha 20 de julio de 2018, las 11h49”.
(Sentencia, recurso de apelación, 23 de septiembre de 2020, s. f.)

Como puede notarse, el fallo considera no solo la existencia del nexo causal que configura la conducta de Carlos Pólit como autor del delito de concusión; sino también, ratifica la conducta de su hijo John Pólit Esteves en el grado de cómplice, lo que significa que considera que el fallo de minoría que ratificó el estado de inocencia de Pólit Esteves es errado, ya que los presupuestos de la actuación del cómplice para facilitar y coadyuvar en la ejecución del acto delictivo, sí habían sido probados por las acusaciones oficial y particular.

3.6 Recurso de casación

Con fecha 29 de octubre de 2020, los señores Carlos Ramón Pólit Faggioni y por John Christopher Pólit Esteves, interponen Recurso de Casación de la sentencia dictada por el Tribunal que conoció los Recursos de Apelación dictada el 23 de septiembre de 2020; recursos que, son aceptados por la Sala de Admisiones el 30 de noviembre de 2020.

De la lectura de la sentencia, los recurrentes, fundamentaron sus recursos invocando violaciones legales y errores supuestamente cometidos por el Tribunal de Apelación en su fallo. Alegaron normas legales del Código Penal y Código de Procedimiento Penal, que creen han sido transgredidas; así como normas constitucionales que a sus criterios han sido violadas.

Carlos Pólit argumentó los siguientes cargos casacionales:

- Indebida aplicación del artículo 264, inciso 2º Código Penal, cuando se debió aplicar los artículos 76.2 de la CRE y 5.4 del COIP.
- Indebida aplicación del artículo 264, inciso 4º Código Penal, cuando se debió aplicar los artículos 76.5 y 5.2 COIP.

Jhon Pólit Esteves interpuso los siguientes cargos casacionales:

- Indebida aplicación de los artículos 264 y 43 del Código Penal; cuando debió haberse aplicado el artículo 76.2 de la CRE.
- Errónea interpretación de los artículos 22 y 455 del COIP, (en cuanto a qué se consideran conductas penalmente relevantes y el nexo causal)

En este recurso nuevamente se dan dos puntos contradictorios, emanando dos sentencias; una de mayoría y otra de minoría; y en sentencia de 26 de enero de 2021 a las 14h35, el Tribunal de Casación, resolvió:

3.6.1 Voto de mayoría:

“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, al amparo del artículo 657.6 del COIP, por unanimidad, resuelve: Declarar improcedente el recurso de casación planteado por el recurrente CARLOS RAMON POLIT FAGGIONI, por indebidamente fundamentado y al no haberse justificado conforme a derecho acorde con las argumentaciones expuestas ninguna de las causales de violación de la Ley establecidas en el artículo 656 COIP, en especial, los cargos alegados de indebida aplicación del artículo 264, inciso 2 y 4º del Código Penal. Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente JHON CRISTHOPER POLIT ESTEVES, por indebidamente fundamentado y al no haberse justificado conforme a derecho acorde con las argumentaciones expuestas, los cargos alegados de indebida aplicación del artículo 264, inciso 2 CP, y, errónea interpretación de los artículos 22 y 445 COIP. Declarar procedente el cargo casacional planteado por el JHON CRISTHOPER POLIT ESTEVES, en cuanto a la indebida aplicación del artículo 43 CP; por lo tanto, casar la sentencia emitida por el Tribunal de Apelación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, con fecha 23 de septiembre de 2020, las 16h45, que ratificó a su vez el fallo dictado en mayoría por el Tribunal de Garantías Penales, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, de fecha de 20 de julio de 2018, las 11h49; toda vez que las normas que debieron haber sido aplicadas, debidamente, con relación a dicho ciudadano eran los artículos 44 y 45 CP, de manera directa; y que, por principio de favorabilidad al no existir en la vigente normativa penal el grado de participación de encubrimiento, corresponde ratificar el estado de inocencia del ciudadano JOHN POLIT ESTEVES; lo cual así se declara y se dispone el inmediato levantamiento de la medidas cautelares ya sea índole personal o real

que pesen sobre dicho ciudadano; debiéndose para el efecto cursar los oficios o documentos pertinentes”. (Sentencia 29 de octubre de 2020, Recurso Extraordinario de Casación, voto de mayoría, s. f.)

3.6.2 Voto de minoría:

“ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANOS DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, RECUERVE: En tal sentido, respecto de los cargos casacionales del procesado Carlos Pólit, se coincide en rechazar los cargos planteados, respecto del procesado John Christopher Pólit Esteves, se discrepa respecto de la indebida aplicación del artículo 43 del Código Penal respecto de la tipificación de las conductas atribuibles a la complicidad por el siguiente hecho, que es, en esencia, la discrepancia. Si bien el Código Penal, respecto del COIP, la tipificación de los hechos que configuran la concusión, literalmente podría pensarse de que el verbo rector de recibir no está se entiende de que la concusión constituye un hecho o un delito formal cuya configuración delictiva se da cuando ocurre las exigencias indebidas de dinero por el servidor público, hechos que son atribuidos al procesado Carlos Pólit, como así se lo ha dicho en el voto decisorio. Si bien la sentencia de segunda instancia como también la de primera hace estas consideraciones respecto de que el verbo rector recibir ya no estaría tipificado, sin embargo, se atribuye conductas que estarían relacionadas con el verbo rector exigir que son propias del funcionario público. En este caso, de Carlos Pólit, no se atribuyen estas conductas de exigir del ciudadano John Pólit, sino más bien las conductas que se atribuyen son relativas al cooperar en recibir el dinero, producto del soborno gestionado por su padre Carlos Pólit. Así las cosas, he entendido de que la conclusión es un delito formal que independientemente de su materialización de que se cumple el objetivo que es recibir el soborno, se configura, no quita de que las conductas relacionadas con la materialización, con el recibir el soborno, estén fuera del escenario delictivo. Y en este contexto, en la sentencia de

primera como segunda instancia que ratifica del voto de mayoría, se atribuyen conductas atribuibles a que facilitó la recepción de los sobornos respecto de la empresa sobornadora, a través de actos simultáneos ocurridos en abril de 2014. Se señala que cooperó con las exigencias de su padre, que se paguen cantidades de dinero por parte de José Santos, superintendente del consorcio Norberto Odebrecht, a través de préstamos en efectivo a las compañías, a sabiendas de que estas ofertas monetarias provenían de acto criminoso, los dineros que se transfirió a las cuentas referidas por parte de empresas relacionadas con el grupo Odebrecht. Así las cosas, se entiende que coopero en estos actos de recepción de los sobornos. Por tal motivo se decide rechazar el cargo casacional por indebida aplicación de 43. En tal sentido, no casar la sentencia.” (Sentencia 29 de octubre de 2020, Recurso Extraordinario de Casación, voto de minoría, s. f.)

4. EJERCICIO DE TIPICIDAD: CAUSA No. 17721-2017-00204

La tipicidad es la adecuación que se hace a una conducta penalmente relevante con el fin de adecuar sus elementos a un hecho. En las sentencias antes analizadas, se encuentra el ejercicio de tipicidad realizada por los Tribunales de Juicio y de Apelación respecto del delito de concusión desde dos normas, una derogada (artículo 264 del Código Penal) y una nueva (artículo 281 del Código Orgánico Integral Penal).

Este ejercicio, le permite al juzgador adecuar la conducta del agente de la infracción para establecer la existencia de la misma; así como la responsabilidad del procesado, análisis que conlleva a dictar una resolución condenatoria o absolutoria.

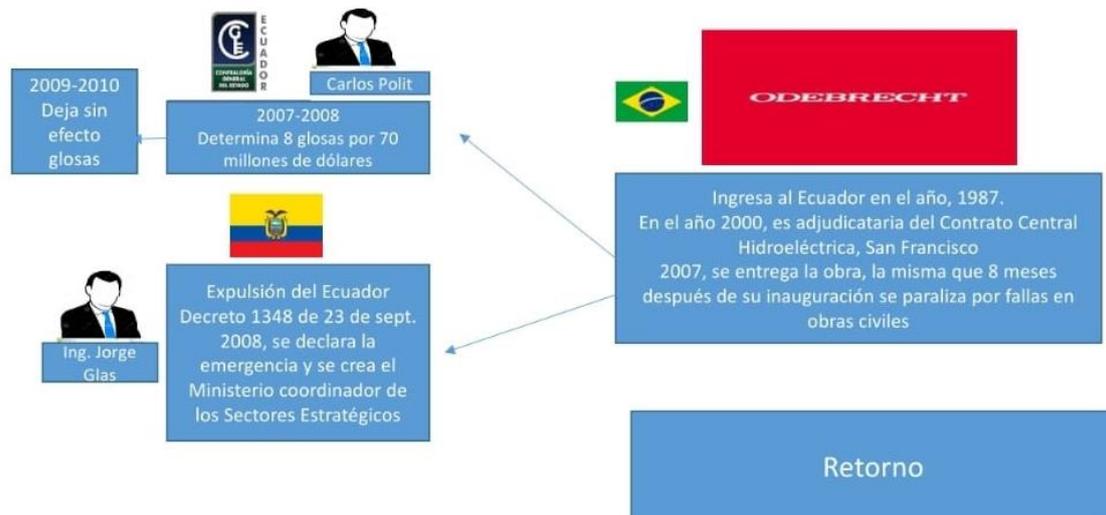
Los elementos de la tipicidad objetiva son establecidos por el juzgador con el fin de acreditar las siguientes condiciones: Sujeto activo, sujeto pasivo, verbos rectores, elementos valorativos del tipo y elementos normativos.

El elemento de la tipicidad subjetiva es el dolo; es decir el deseo de obtener el resultado típico de la conducta, en otras palabras, el agente de la infracción actúa a sabiendas para conseguir un provecho personal.

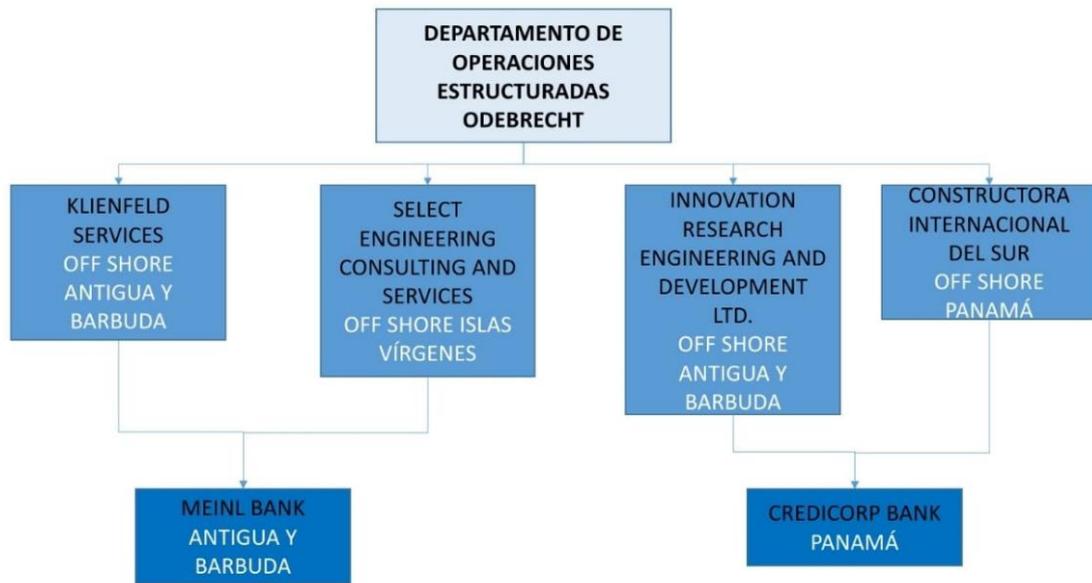
En el delito de concusión el sujeto activo calificado, conoce de sus obligaciones como servidor público y aun así las incumple, violentando el bien jurídico protegido.

5. MAPA CONCEPTUAL SOBRE LA RUTA DEL DINERO QUE GENERA LA RESPONSABILIDAD DEL DELITO DE CONCUSIÓN

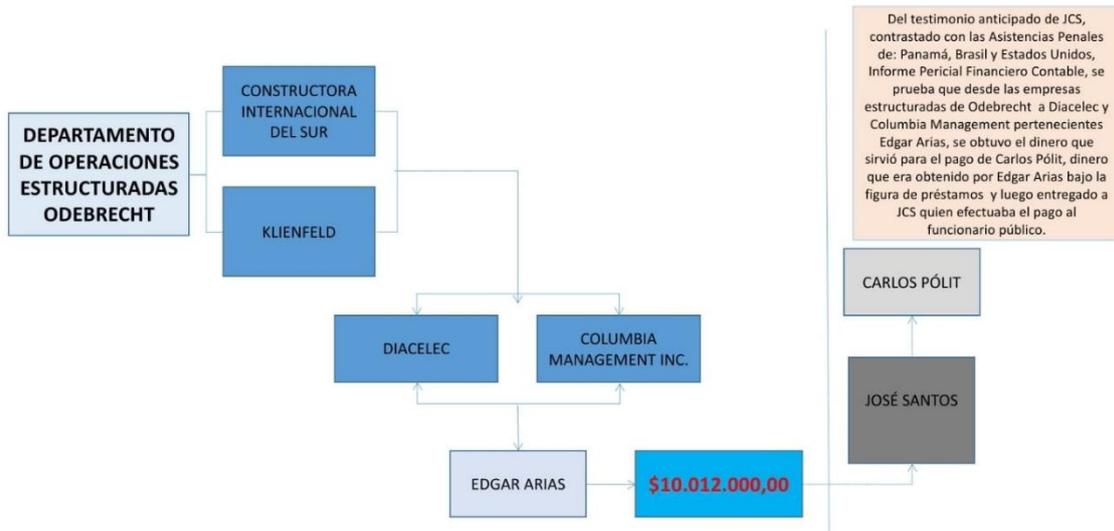
5.1 Antecedentes de Odebrecht S.A en Ecuador



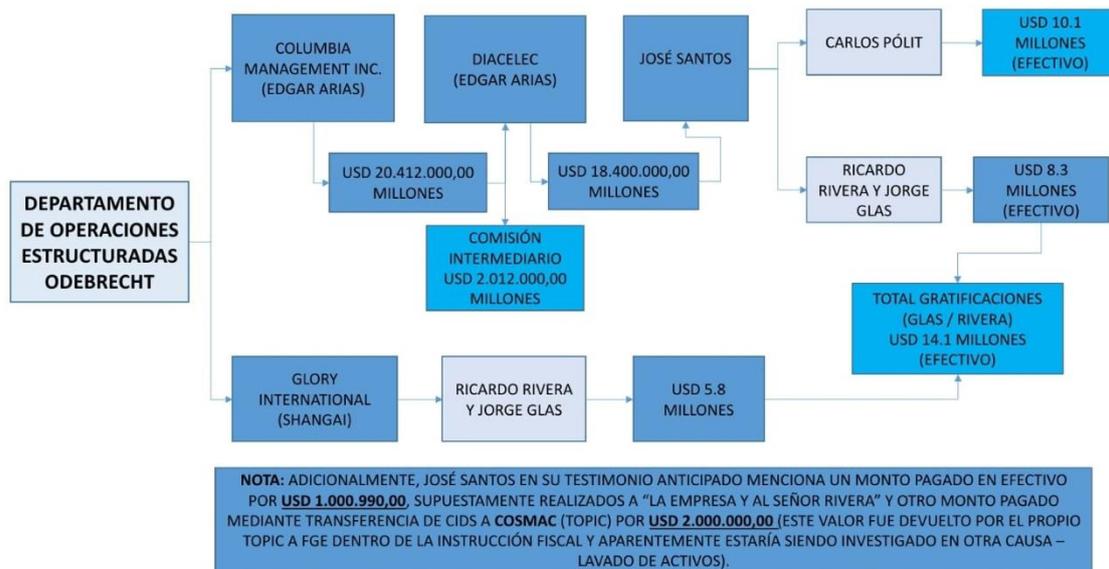
5.2 Sistema de pagos de Odebrecht



5.3 Ruta del dinero: Carlos Pólit Faggioni



5.4 Pagos por los contratos



6. TIPICIDAD DEL ARTÍCULO 264 DEL CÓDIGO PENAL DEROGADO (NORMA ULTRACTIVA DE JUZGAMIENTO)

6.1.1 Tipicidad objetiva

| | | |
|---------------------------------------|---|---|
| SUJETO ACTIVO (CALIFICADO) | Empleados públicos / personas encargadas de un servicio público inciso 1 CP | Ex Contralor Carlos Pólit Faggioni. |
| SUJETO PASIVO: | El Estado | Representado por el acusador particular. |
| OBJETO MATERIAL | Lo no debido, derechos, cuotas, contribuciones, rentas o intereses, sueldos o gratificaciones | USD. 10.100.00,00 |
| OBJETO JURÍDICO TUTELADO | Eficiencia de la administración pública. | |
| VERBOS RECTORES | <ul style="list-style-type: none"> • Mandar: ordenar, imponer • Exigir: cobrar, pedir imperiosamente algo, percibir por autoridad pública dinero u otra cosa. • Recibir: tomar lo que le dan o le envían. | Carlos Pólit Faggioni exigió, pidió al Superintendente de Odebrecht dinero para desvanecer glosas y emitir informes favorables. |

| | | |
|--|---|---|
| ELEMENTO VALORATIVO | Lo no debido se encasilla en lo ilícito | Aquello que no percibía como empleado público |
| ELEMENTO QUE AGRAVA EL TIPO (COMPLEMENTARIOS) | <ul style="list-style-type: none"> • Violencia • Amenazas | Carlos Pólit Faggioni exigió con amenazas. |

6.1.2 Tipicidad subjetiva

| | | |
|------------------------------------|---|---|
| COMO SE EJECUTA LA CONDUCTA | Dolo (conciencia y voluntad) | La antijuricidad de la conducta y el conocimiento del hecho se complementan |
| SANCIÓN | <ul style="list-style-type: none"> • Inciso 1ro: Prisión de 2 meses a 4 años • Conducta agravada / violencia o amenaza: prisión de 2 a 6 años • Multa: USD.40,00 • restitución a la víctima: Cuádruplo de lo recibido | Carlos Pólit fue sentenciado 6 años de prisión, multa de USD. 40 y a restituir el cuádruplo de lo recibido USD. 40.400.000,00 |

7. TIPICIDAD DEL ARTÍCULO 281 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (NORMA SUBSUMIDA)

7.1 Tipicidad objetiva

| | | |
|--|--|---|
| <p>SUJETO ACTIVO (CALIFICADO)</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Servidor público o actúe en virtud de una potestad estatal en algunas de las instituciones del Estado. • Agentes o dependientes oficiales que abusen de su cargo o funciones. | <p>Ex Contralor Carlos Pólit Faggioni.</p> |
| <p>SUJETO PASIVO:</p> | <p>El Estado</p> | <p>Representado por el acusador particular.</p> |
| <p>OBJETO MATERIAL</p> | <p>Lo no debido, derechos, cuotas, contribuciones, rentas o intereses, sueldos o gratificaciones</p> | <p>USD. 10.100.00,00</p> |

| | | |
|--|--|---|
| VERBOS RECTORES | <ul style="list-style-type: none"> • Ordenar: mandar, imponer, dar orden de algo • Exigir: cobrar, pedir imperiosamente algo, percibir por autoridad pública dinero u otra cosa. | Carlos Pólit Faggioni exigió, al Superintendente de Odebrecht dinero para desvanecer glosas y emitir informes favorables. |
| ELEMENTO VALORATIVO | Lo no debido se encasilla en lo ilícito | Aquello que no percibía como empleado público |
| ELEMENTOS NORMATIVOS | Empleados públicos, servicio público | Carlos Pólit fue empleado público que correspondía al puesto de Contralor General del Estado, y su servicio era el control de la contratación pública y la CGE. |
| ELEMENTOS QUE AGRAVAN EL TIPO (COMPLEMENTARIOS) | <ul style="list-style-type: none"> • Violencia • Amenazas | Carlos Pólit Faggioni exigió con amenazas. |

7.2 Tipicidad subjetiva

| | | |
|---|--|--|
| <p>COMO SE EJECUTA LA CONDUCTA</p> | <p>Dolo (Conocimiento de los elementos de tipo y voluntad)</p> | <p>La antijuricidad de la conducta y el conocimiento del hecho se complementan</p> |
|---|--|--|

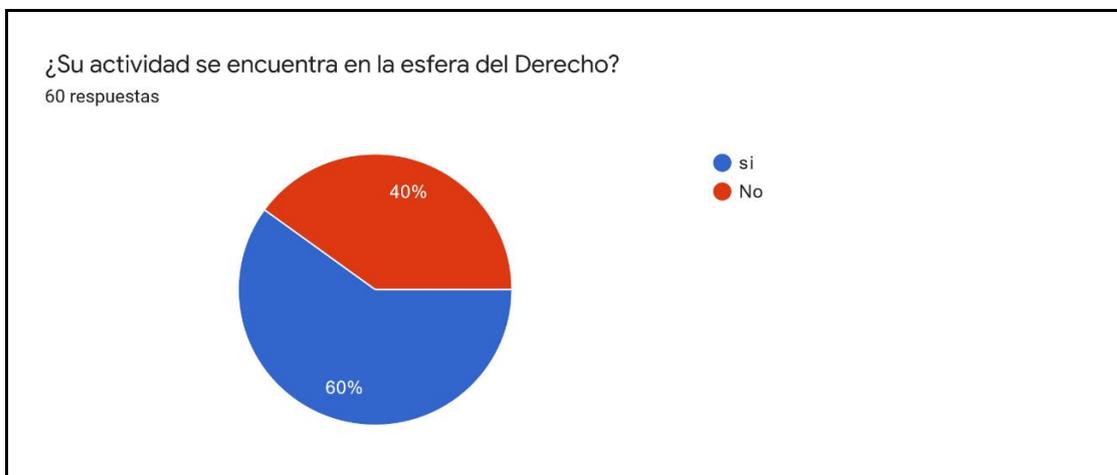
8 SANCIÓN

| | | |
|-----------------------|--|---|
| <p>SANCIÓN</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Inciso 1ro: pena privativa de libertad de 3 a 5 años y multa de 10 a 12 SBU. • Conducta agravada / violencia o amenaza: pena privativa de libertad de 3 a 7 años. Y multa de 12 a 20 SBU. | <p>Carlos Pólit fue sentenciado con el artículo 264 del Código Penal Ultractivo</p> |
|-----------------------|--|---|

9 MÉTODO DE INVESTIGACIÓN (LA ENCUESTA)

La encuesta realizada como método de investigación, fue empleada sobre individuos que trabajan en el ámbito del Derecho, así como a personas que por su actividad no tienen relación con esta materia y fue aplicada a un total de sesenta personas.

La primera pregunta versa sobre la actividad que emplean los individuos en su día a día. El resultado que se obtuvo fue que el 60 % trabajan en el área del Derecho y el 40% trabajan en otras actividades o profesiones.



Sobre los elementos típicos de la corrupción se puso en conocimiento de los encuestados varias respuestas de opción múltiple, cuyas respuestas son todas correctas. Lo que se pretendió medir con el resultado, fue conocer lo que la sociedad considera como elementos significativos de la corrupción. El elemento más distinguido fue el beneficio propio o de terceros con el 81.7%, que corresponde a un total de 49 personas.

El segundo elemento que sobresale en la muestra es el abuso con el 80% de encuestados, que equivale a 48 personas.

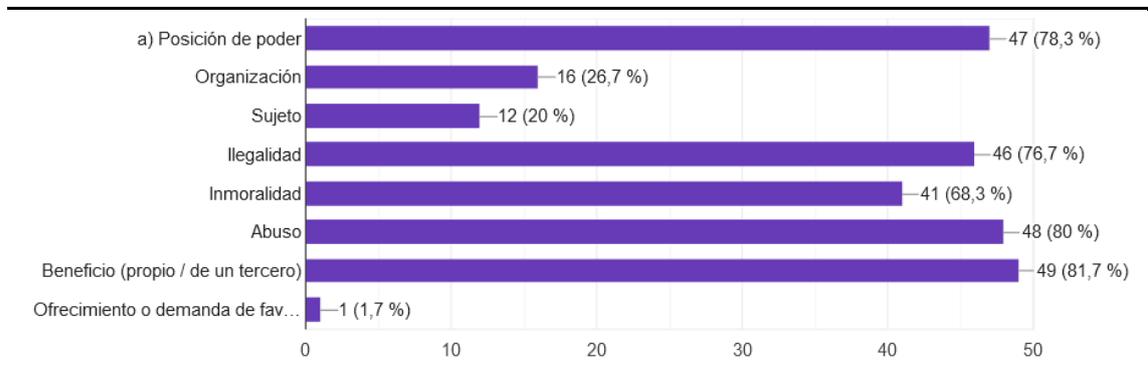
El tercer elemento que se identifica en la muestra, es la posición de poder con el 78.3 % que corresponde a un total de 47 personas; mientras que como cuarto elemento encuadrado en la ilegalidad fue identificada por el 76.7 % que equivale a 46 encuestados.

La inmoralidad fue reconocida por el 68.3 %, que corresponde a 41 personas; mientras que los elementos de organización y sujeto que son vitales para reconocer la práctica de la corrupción. El elemento de organización fue identificado por el 26.7% que corresponde a un total de 16 personas encuestadas; mientras que en lo correspondiente al sujeto, fue identificado por el 20 % de los participantes de la muestra; es decir en un total de 12 personas.

| Elementos | Porcentaje | Personas |
|--------------------------------|-------------------|-----------------|
| Beneficio propio o de terceros | 81,70% | 49 |
| Abuso | 80% | 48 |
| Posición de poder | 78,30% | 47 |
| Ilegalidad | 76,70% | 46 |
| Inmoralidad | 68,30% | 41 |
| Organización | 26,70% | 16 |
| Sujeto | 20% | 12 |

Se dejó la posibilidad de que las personas encuestadas, puedan aumentar elementos que consideren parte de la corrupción. En este caso utilizaron las palabras ofrecimiento o demanda de favores; evidenciándose que tienen un concepto errado, porque si se entiende ofrecer como verbo rector de una conducta típica de la corrupción y no a este fenómeno como tal, en ese sentido no todo ofrecimiento necesariamente es un delito; en cambio el favorecer a alguien en contrario a lo que dispone la Ley, se convierte en tráfico de influencias, pero ese es un delito autónomo, en cambio, la actividad de corrupción que es el paraguas general de toda conducta tipificada contra la eficiencia de la administración pública.

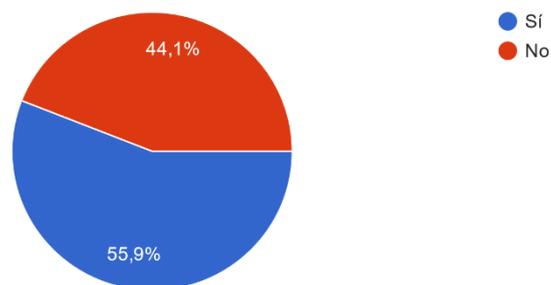
¿Qué elementos considera usted que son típicos de la corrupción? Puede escoger varias respuestas (Sí conoce de otro elemento indique cuál) 60 respuestas



Sobre la pregunta de que si un funcionario público ha pedido beneficios a cambio de realizar su trabajo, el 44.1% de los encuestados expresó que no ha recibido esa propuesta; mientras que, el 55.9% manifestó que si han sido instrumentos para que se cumpla una actividad corrupta.

En alguna ocasión, ¿Un funcionario público le ha solicitado un beneficio con el fin de cumplir su trabajo?

59 respuestas



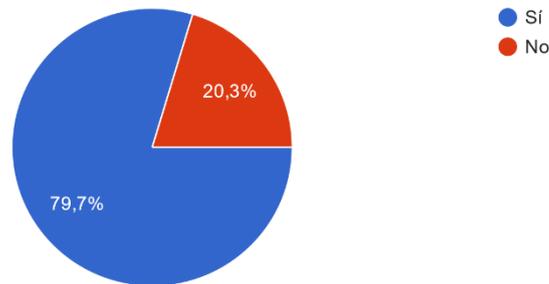
Una pregunta importante que se realizó fue si se consideraba que un particular debía tener responsabilidad penal si accede, bajo exigencia, a entregar un beneficio a un servidor público. La razón de este cuestionamiento fue estrictamente enmarcada en la función que tiene el extraneus en el delito de concusión. Al ser un delito de una sola vía en la ejecución mediante el verbo rector exigir u ordenar, solo los funcionarios públicos tienen la potestad para ejecutar la conducta de forma directa y quien accede bajo exigencia a entregar un beneficio un servidor público, no está actuando bajo su propia voluntad que es la característica subjetiva esencial de la conducta en los delitos de forma general.

Para no ingresar a analizar la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, la encuesta arrojó un resultado del 79.7% quienes consideran que el extraneus tienen responsabilidad penal; mientras que el 20.3% consideran que el sujeto instrumento para cometer el fin del delito, no es penalmente responsable.

La conclusión radica en que, la percepción de corrupción que tiene las personas abarca tanto el individuo que lo comete como a quién le salpica la conducta realizada por el sujeto activo calificado. En algunos delitos como el cohecho, que es de doble vía en la ejecución de la conducta, el sujeto con potestad estatal solicita y el extraneus acepta el soborno de forma voluntaria. En estos casos se configura un nexo causal para que exista responsabilidad penal en ambas partes; mientras que en el caso de la conclusión se evidencia que los encuestados desconocen sobre quién puede ejercer la autoría directa del delito.

¿Considera usted que un particular, debe tener responsabilidad penal, si accede bajo exigencia, a entregar un beneficio a un servidor público?

59 respuestas

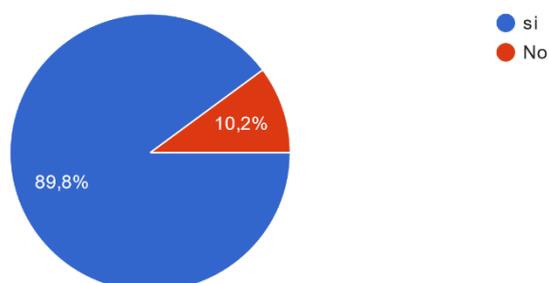


Se cuestionó a los encuestados, si conocen quién es Carlos Pólit Faggioni, con el fin de conocer el nivel de información que puedan llegar a tener sobre este caso. La estadística arrojó un resultado de que el 10.2% no conoce quién es el ex Contralor General del Estado; mientras que, el 89.8 si lo conoce. Esta pregunta va ligada a la segunda estadística sobre este caso realizada en la encuesta, referente a cuál fue la conducta por la cual fue sentenciado Pólit.

Se manejó 5 opciones para escoger respecto del delito por el que fue sentenciado el ex contralor: enriquecimiento ilícito, cohecho, concusión, peculado y tráfico de influencias. El 50% de los encuestados conocen que el delito por el que fue condenado Pólit, fue concusión; el 26.8% escogió al enriquecimiento ilícito; el 12.5% eligió el tráfico de influencias; el peculado tuvo una acogida del 7.1%; y, finalmente el cohecho, que es la conducta que más se parece a la conclusión, tuvo un resultado del 3.6%. El resultado de estas preguntas demuestra que, si bien la mayoría de personas saben quién es Carlos Pólit, solo la mitad conocen cuál fue el delito por el que se lo procesó en Ecuador.

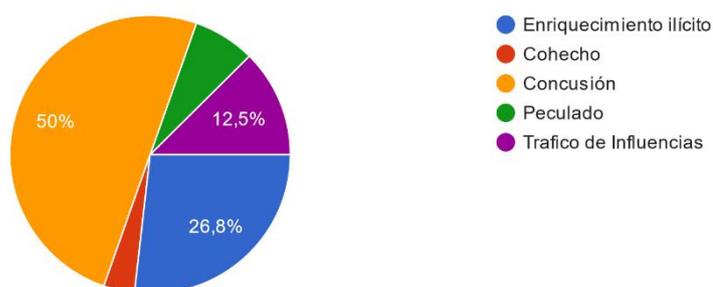
¿Conoce quién es Carlos Pólit Faggioni?

59 respuestas



¿Por qué delito Carlos Pólit Faggioni, fue condenado en Ecuador?

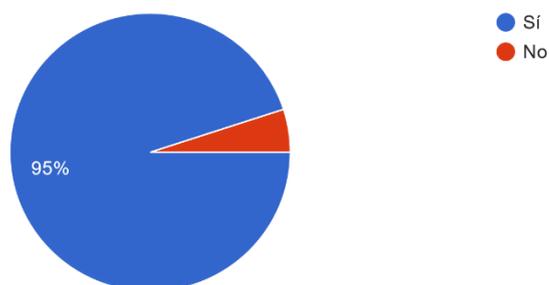
56 respuestas



Sobre la pregunta si las empresas privadas deben tener responsabilidad penal si entregan prebendas a cambio de contratos con el Estado, el 95 % de los encuestados, que es igual a 57 personas, respondieron afirmativamente; mientras que, el 5% indicó que no deben ser procesadas por cualquier delito de corrupción. La percepción que me queda de este resultado es que en los delitos contra la eficiencia de la administración pública, se debe afianzar y extender más la normativa contenida en el COIP, respecto de la responsabilidad penal de la persona jurídica para asegurar la recuperación de los activos a forma de reparación integral.

¿Considera usted que las empresas privadas, deben tener responsabilidad penal si entregan prebendas a cambio de contratos con el Estado?

60 respuestas



Defina ¿Qué entiende usted por corrupción? 59 respuestas.

Se realizó una pregunta abierta sobre el significado de corrupción, todos los encuestados tuvieron un concepto personal, donde se pudo identificar claramente algunos elementos que conforman esta actividad como son: el poder, beneficio, organización, abuso, ilegalidad, sujeto e inmoralidad,

De igual forma existieron acepciones erróneas al concepto técnico de corrupción, porque varios encuestados relacionaron el dinero y los bienes del Estado; que si son usados para beneficiar a algún funcionario a un acto corrupto, pero la forma de concebirlo en concepto técnico es errado.

Cabe resaltar que la mayoría de las definiciones son correctas desde el punto de vista social y algunas jurídicas, porque la pregunta fue destinada al fuero interno de las personas; pero llama la atención que hay algunos encuestados que relacionan la corrupción con el robo, la estafa, el gobierno, e incluso han llegado a responder la palabra Ecuador. Esto nos permite identificar como primera premisa, que hay una confusión social de las conductas penalmente relevantes antes indicadas, porque éstas responden a bienes jurídicos protegidos diferentes, su categorización en el Código Orgánico Integral

Penal no se encuentra correlacionada; pero desde un punto de vista social, es claro que el sentimiento que se tiene sobre estas conductas es lo que se asemeja cuando existe falta de seguridad y te despojan de tus bienes personales.

Ahora bien, me llamó la atención que se involucre al nombre del país y a los gobiernos de turno; no puedo juzgar desde un punto netamente jurídico estas respuestas porque, van más allá del ámbito legal. Para muchos podrán ser respuestas al azar, pero a mi percepción dejan claro que el ciudadano no confía en las instituciones del Estado ya que piensan que estas se encuentran absolutamente podridas a la luz de la sociedad y que la política como tal, no cumple su papel real que es el bien común.

| Elementos | Número | Elementos erróneos | Número |
|--------------------------|---------------|---------------------------|---------------|
| Sujeto | 12 | Perversión | 1 |
| Abuso | 8 | Pudrición | 1 |
| posición de poder | 14 | Gobierno | 2 |
| Ilegalidad | 26 | Enunciar delitos | 6 |
| Inmoralidad | 15 | Instituciones Públicas | 1 |
| Organización | 4 | fraude | 1 |
| Beneficio | 26 | | |

A su criterio, ¿Qué es la eficiencia de la administración pública? 57 respuestas

A la pregunta sobre qué es la administración pública, las respuestas reflejan que se utiliza mucho la concepción de buen servicio, agilidad, celeridad, dejando claro que los sujetos que acceden a un servicio público buscan una respuesta inmediata y efectiva para realizar sus derechos, sin dilataciones innecesarias o impuestos indebidos.

Una concepción interesante que arrojó la encuesta fue sobre el manejo de los recursos económicos por parte del Estado y del gobierno. Esto deja claro que, si bien es cierto ,puede haber muchos beneficios cuando se comete un acto corrupto, la principal mirada que tiene la sociedad para darse cuenta que la institucionalidad no sirve es en el reflejo de la economía y cómo se ven las instituciones frente a las personas; porqué se entiende que no puede existir una eficiencia de la administración pública si los diferentes ministerios, instituciones o cualquier órgano que esté bajo la potestad del Estado, no puede hacer efectivos los derechos directos que el ciudadano día a día los puede palpar.

Cuando existe esta percepción por parte del conglomerado social, se entiende que existe una mala administración pública y posiblemente corrupción de por medio.

| Elementos | Número | Elementos | Numero |
|------------------------|---------------|-----------------------|---------------|
| Servicio | 19 | Honestidad | 13 |
| Deber | 18 | Valores | 18 |
| Administración Pública | 25 | Derechos | 16 |
| Celeridad | 14 | procedimientos | 15 |
| Operatividad | 16 | Actos administrativos | 11 |
| Economía | 26 | | |

Defina, ¿Qué es la concusión?, de no conocer escriba "no"59 respuestas

Sobre el delito específico del caso de análisis, qué es la conclusión, existe un sinnúmero de respuestas erróneas. Esto nos deja claro que cualquier delito de la administración pública no puede ser conceptualizado por la mayoría de la población. Se hacen alusiones

muy similares al concepto de corrupción y poco precisas al tipo penal específicamente que se está tratando, existe confusiones en los verbos, como es el caso de extorsionar.

La conducta de la concusión no responde a una extorsión como tal, sino a una exigencia y esta puede conllevar amenaza; pero cuando se habla de extorsión como verbo rector, la dirección de la conducta qué es este elemento objetivo del tipo involucra directamente a violencia; en el caso de la concusión, no necesariamente la acción del sujeto activo calificado es violenta.

Todas las personas encuestadas, identifican a la concusión como un acto ilegal, pero esta concepción es notoria y ambigua, porque existe un sinnúmero de conductas ilegales. Se hace alusión a los sobornos y al cobro de beneficios, esto es correcto en parte, pero no dejan de ser concepciones abiertas y comunes de los delitos que se encuentran en el ámbito de la corrupción.

Como conclusión de esta pregunta, nos damos cuenta de que la gran mayoría de personas juzgan las diferentes acciones que se toman en contra de una persona, hablan de cohecho, peculado, concusión; pero en realidad, son pocos los que llegan a definir y distinguir las conductas de forma específica y técnica.

Se puede llegar hasta entender que, la opinión social se alinea al populismo penal, porque el conocimiento con el que se habla y se pide sanciones no representan una verdadera proporcionalidad sobre la pena que merece cada conducta conforme al daño que causan; tomando en cuenta que, incluso se puede llegar a juzgar socialmente una persona por un aparente delito que pudo haberse cometido o no.

| | |
|----------------------|---------------------|
| Definición de | Definiciones |
| Concusión | incorrectas |
| 16 | 33 |

A su criterio ¿Qué método propone para combatir y prevenir la corrupción? 57 respuestas

La mayoría de las respuestas sobre el combate y prevención de la corrupción, resalta una alarmante premisa que se refiere a la rigurosidad de la norma penal en el castigo de las conductas. En otras palabras las personas encuestadas hacen alusión a que, la pena privativa de libertad es la solución. Esta concepción a mi punto de vista es errada porque penalizar más actos, aumentar las conductas típicas, fomenta al uso excesivo del poder punitivo del Estado y le quita límites. Se ha demostrado por conocimiento general que, el aumento de sanciones en su gravedad, no disminuyen los índices delictivos sobre una determinada actividad delictiva.

La forma de prevención que más resalta, es la adopción de procesos previos de investigación sobre la persona que va a ser funcionario público y sobre la vigilancia permanente.

Existe una respuesta sobre justicia transicional que propone el reencuentro de la sociedad, justificando que ha llegado a tal punto de ruptura que, es necesario generar responsabilidades a las personas que visiblemente han cometido actos corruptos frente a la población para crear conciencia y de cierta forma coerción real sobre los sujetos que pueden llegar en un futuro a cometer actos corruptos.

Hay otra respuesta que indica la reforma del COIP, para que la ley permita recuperar los bienes activos; pero también indica medidas gravosas contra el patrimonio de las personas y que los funcionarios que fueron condenados por corrupción no puedan regresar a la vida pública, indica la respuesta que deben existir multas que resalten para de esta forma retributiva elevar el bienestar de la sociedad.

Consideró que en algunas de las respuestas, el pedido de más penas gravosas elimina los límites al poder punitivo del Estado y en consecuencia se utilizaría la misma técnica de la amenaza para disuadir las posibles conductas que puedan cometer los diferentes sujetos calificados. Nos hemos dado cuenta de que esta práctica no ha funcionado, que el Derecho Penal de sanción no es la solución; entonces las políticas gubernamentales de prevención y de investigación para controlar la corrupción, deberían ser transparentes respecto de los datos estrictamente sobre los procesos de corrupción, siempre y cuando no vulneren la intimidad de la persona deberían ser reflejados.

| | |
|-------------------------|--------------------------------------|
| Penas más graves | Políticas públicas de control |
| 40 | 37 |

1 CONCLUSIONES

1.1 Conclusiones de corrupción

- 1) La corrupción es un concepto ambiguo, posee elementos objetivos los cuales deben ser analizados en su contexto concreto, con el fin de no confundir las conductas corruptas con otras semejantes.
- 2) Los delitos que abarcan la corrupción son pluriofensivos, causando así un detrimento no solo en la administración pública; sino también afectando a la sociedad.
- 3) La sociedad ha optado por realizar prácticas corruptas, interiorizando estas como una costumbre para obtener beneficios, esto provoca una fractura social.
- 4) Cuando la corrupción emana de un ente de control, como es el caso de la Contraloría General del Estado, el Estado tiene la obligación de reorganizar la política pública y ejercer un control entre instituciones para lograr detectar y eliminar el foco de la corrupción.
- 5) Las instituciones del Estado deben operar como funciones correlacionadas en la lucha contra la corrupción, respetando su independencia para prevenir e identificar donde se produce los actos corruptos.
- 6) Los Instrumentos Internacionales que luchan contra la corrupción, deben ser aplicados de forma directa sobre las prácticas y prevenciones tanto materiales como formales para mantener la institucionalidad, eficacia y eficiencia de la administración pública.
- 7) El Plan Nacional de Lucha, Prevención y Erradicación de la Corrupción no tiene un resultado real en las instituciones, su aplicación es ineficaz e irreal.
- 8) Hay que modificar la Ley de la Contraloría General del Estado, creando mecanismos que permitan denunciar de forma eficaz y anónima actos de

corrupción de funcionarios públicos, para controlar la transparencia y el poder de los servidores públicos, sin que esto signifique en lo posterior un acto de venganza o retaliación por parte del servidor corrupto.

- 9) La OEA y su Órgano MESICIC, no reciben de forma correcta la información por parte de las instituciones del Estado ecuatoriano; imposibilitando el análisis y la creación de recomendaciones para evitar, sancionar y erradicar la corrupción.

1.2 Conclusiones sobre Concusión

- 1) El delito de Concusión es cometido por funcionarios públicos, utilizando al elemento subjetivo del tipo (dolo) de forma directa; cuando la conducta ingresa a los núcleos de los verbos rectores exigir u ordenar se demuestra que la conducta solo puede ser realizada por el sujeto activo, en el caso de la concusión es calificado (servidor público - intraneus); mientras que el extraneus es un instrumento para la consumación del delito.
- 2) La posición de poder es fundamental para la consumación del delito, es un elemento valorativo de importancia porque determina el nivel de coacción del funcionario público sobre el extraneus.
- 3) La sanción en el Código Orgánico Integral Penal es más gravosa frente al Código Penal derogado, debido a que aumenta el tiempo respecto de la pena privativa de libertad y la sanción pecuniaria (multa) es más alta porque se basa en la proporcionalidad según el quantum de la pena, frente a la norma derogada que establece USD. 40,00.
- 4) Respecto de la reparación integral el COIP es más favorable, esta solo se circunscribe al monto de lo percibido indebidamente, mientras que en el Código Penal la sanción es el cuádruplo del daño.

1.3 Conclusiones sobre el caso Carlos Pólit Faggioni

- 1) El perjuicio al Estado ecuatoriano no solo responde a la esfera económica, sino también afecta la institucionalidad de la Contraloría General del Estado que es un organismo de control autónomo, lo que genera desconfianza a esta institución.
- 2) El principio de ultraactividad es fundamental, porque permite no dejar en la impunidad la conducta del Ex Contralor, puesto que recoge los elementos suficientes para la aplicación de este mandato de optimización como son: existencia de una norma derogada; subsunción de la conducta ultractiva en la norma vigente; y, los hechos deben tener efectos jurídicos posteriores luego de haber sido derogada la norma.
- 3) Existe un paralelismo jurídico en el universo del proceso penal, porque la ultraactividad no supone la derogación de la norma vigente para regresar a la norma con la cual se cometió la conducta punible. Esto supone, un escenario suigeneris donde existen dos normas de la misma materia que son vigentes, válidas y aplicables.
- 4) La norma ultractiva será la que regule la parte sustantiva y adjetiva; y, la norma vigente será la que regle la forma en la que se llevará el proceso de la audiencia; para la pena se aplicará siempre el principio de favorabilidad entre las dos normas penales; y, se debe tomar en cuenta la aplicación directa de los derechos constitucionales.
- 5) La sentencia respecto de Carlos Polit Faggionni, se encuentra apegada a la conducta puniblemente relevante realizada por el sujeto activo.
- 6) Respecto a Jhon Polit Esteves, hay dos criterios; el primero respecto que su conducta recae en el principio de confianza entre padre e hijo, por lo que el voto de minoría lo encasilla en la figura del encubridor. Al haber desaparecido esta

calificación del COIP, se aplicó el principio de favorabilidad en función de la ultractividad con el Código de Procedimiento Penal; sin embargo, el criterio de las acusaciones fiscal y particular indican que su conducta se ajusta en la del cómplice ya que ayuda y coadyuba de forma indirecta con voluntad y conciencia respecto de la ilicitud del dinero, situación que actualmente se ha comprobado en el juicio que el ex contralor enfrenta ante la justicia Norteamericana.

- 7) El ex Contralor Carlos Pólit , adecuó su conducta en todos los elementos objetivos del tipo penal del delito de Concusión contenidos en el Código Penal derogado; elementos que subsisten en el artículo 281 del COIP, es decir que la conducta y su relevancia sigue vigente, ya que no tiene mayor cambio respecto de la descripción típica por lo que esta conducta sigue siendo penalmente relevante.
- 8) Un método de prevención es sancionar de forma más gravosa al funcionario público que ostente el mando de una institución cuando este ha incurrido en actos de corrupción con el fin de controlar al ente con poder estatal.

1.4 Conclusiones Metodológicas

- 1) La metodología usada, logró determinar a través de las encuestas que la población no posee un conocimiento sólido de qué es la corrupción; así como tampoco determina qué es la concusión. La muestra usada demostró que la ciudadanía juzga desde el populismo penal.
- 2) Las encuestas arrojaron que casi el 100% de los encuestados, asocian a la corrupción y al delito de concusión con otras figuras jurídicas como son: robo, hurto, etc.
- 3) La metodología de la entrevista permitió obtener criterios prácticos y reales sobre la aplicación de la favorabilidad, ultraactividad, delito continuado, etc., lo que generó en esta investigación un escenario fidedigno de su aplicación en materia penal.
- 4) Las entrevistas realizadas, mostraron criterios diferentes desde dos puntos de vista: penal y constitucional; con lo que se reafirmó que las dos materias del derecho van de la mano y son necesarias para el estudio de los diferentes casos.
- 5) La investigación dogmática y jurisprudencial, dilucidó los criterios variados de diferentes autores e impulsó el análisis sobre el delito de concusión y del fenómeno de la corrupción que se materializó al momento de definirla; así como, en la adecuación de estos conceptos en el caso del Ex Contralor General del Estado Carlos Pólit Faggionni.

BIBLIOGRAFÍA

- Abanto Vásquez, M. A. (2014). *Dogmatica penal, delitos economicos y delitos contra la administracion publica*. Grijley.
- Acta resumen de audiencia de formulación de cargos*. (2017).
- Ambos, K. (Ed.). (2021). *Corrupción y derecho penal: Prevención, investigación y sanción: estudio comparado*. Konrad Adenauer Stiftung.
- Aparicio Frisancho, M. (2011). *Delitos Contra La Administración Pública*. FECAT.
- Bobbio, N. (2009). *Teoría general de la política*. Trotta.
- Código Civil Ecuatoriano. (s. f.). *Código Civil Ecuatoriano*.
- Código Orgánico Integral Penal* (Edición: primera). (2022). CEP: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Penal*. (2012).
- Código Penal Ecuatoriano. (s. f.). *Código Penal Ecuatoriano*.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2021).
- Convención Interamericana de Derechos Humanos*. (s. f.).
- Corte Constitucional del Ecuador. (s. f.). *Corte Constitucional del Ecuador*.
- Eigen, P., Bartels, M., & Eigen, P. (2004). *Las redes de la corrupción: La sociedad civil contra los abusos de poder* (1. ed). Ed. Planeta.
- García Falconí, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal comentado*. Ara Editores.
- Guastini, R., & Nuñez Vaquero, A. (2016). *La Sintaxis del derecho*. Marcial Pons.
- Juan, M. P., & Angélica, P. V. (2011). *Apuntes de Derecho Procesal Cosntitucional Parte especial I Garantías constitucionales en Ecuador*.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*. (s. f.).
- Ley Orgánica del Servicio Público*. (2022).

MECANISMO DE SEGUIMIENTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN. Vigésima Séptima Reunión del Comité de Expertos. OEA/Ser.L. SG/MESICIC/doc.478/16 rev.4 15 septiembre 2016. (2016).

MECANISMO DE SEGUIMIENTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN. Vigésima Tercera Reunión del Comité de Expertos. OEA/Ser.L. SG/MESICIC/doc.409/13 rev.4. (2014).

Mejía, A. D. (2022). *Discriminación y Desigualdad Normativa en Materia Sucesoria Respecto a Personas Adoptadas en Ecuador.* <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:101:1-2020112815325106953357>

Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho penal. gene,8: Parte general* (8. ed., rev.puesta al día). Tirant lo Blanch.

Oliver Calderón, G. (2007). *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales.* Editorial Jurídica de Chile.

Pérez Royo, J. (2016). *Curso de derecho constitucional* (Decimoquinta edición). Marcial Pons.

Plan Nacional de Integridad Pública y Lucha Contra la Corrupción. (2019).

Pleno de la Corte Nacional de Justicia. (2015). *Oficio No. 1678-SG-CNJ.*

Real Academia Española. (s. f.). *Real Academia Española.*

Rodríguez Collao, L., & Ossandón Widow, M. M. (2008). *Delitos contra la función pública* (2. ed., actualizada). Ed. Jurídica de Chile.

Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública* (4 ed., compl. act., corr.aumentada, reimpr). Grijley.

- Rojas Vargas, F. (2016). *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por los funcionarios públicos* (Primera reimpresión actualizada). Monos & Thesis.
- Rousseau, J.-J., & Moreno, D. (2002). *El contrato social, o, principios de derecho político*. Porrúa.
- Roxin, C., Cobo del Rosal, M., Cuello Contreras, J., & Serrano Gonzalez de Murillo, J. L. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Marcial Pons.
- Salinas Siccha, R. (2019). *Delitos contra la administración pública* (5.a edición). Iustitia.
- Sánchez Franco, A. (2011). *El Delito de la Concusión Cobro Ilegal de Impuestos* (Primera). O.G.S. EDITORIALES, S.A de C.V.
- Sentencia 20 julio 2018, Tribunal de Juzgamiento CNJ, voto de mayoría.* (s. f.).
- Sentencia 20 julio 2018, Tribunal de Juzgamiento CNJ, voto de minoría.* (s. f.).
- Sentencia 29 de octubre de 2020, Recurso Extraordinario de Casación, voto de mayoría.*
(s. f.).
- Sentencia 29 de octubre de 2020, Recurso Extraordinario de Casación, voto de minoría.*
(s. f.).
- Sentencia, recurso de apelación, 23 de septiembre de 2020.* (s. f.).
- Vaca Andrade, R. (2009). *El Juicio en Ausencia*.
<http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/el-juicio-en-ausencia/>
- Vaca Andrade, R. (2014). *Derecho procesal penal ecuatoriano según el Código orgánico integral penal* (Primera edición). Ediciones Legales EDLE.
- Villoria Mendieta, M. (2019). *Combatir la Corrupción*. Editorial Gedisa, S.A.
- Zaffaroni, E. R. (1999). *Tratado de derecho penal: Parte general. 4* (Nachdr.). Sociedad Anónima Editora.

Zambrano Pasquel, A. (2021). *Derecho Penal Parte General: Fundamentos del derecho penal y teoría del delito*. Murillo Editores.

Zavala Baquerizo, J. (2002). *El Debido Procdeso Penal*. EDINO.