



Universidad del Azuay
Facultad de Ciencias Jurídicas
Carrera de Derecho

Trabajo previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de la
República del Ecuador.

**PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN FRENTE AL
JUZGAMIENTO EN AUSENCIA PREVISTO PARA
LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA.**

Autor:

María Gabriela Bravo Moreno

Directora:

Dra. Julia Elena Vázquez.

Cuenca – Ecuador

2024

DEDICATORIA

A mis padres que con su motivación y amor han sido pilares fundamentales para culminar mi carrera.

A mi hermano que es mi mejor amigo y cómplice, que me dio fuerzas para concluir esta etapa.

A mi ángel, mi abuela Cecilia, que aunque no este junto a mi sé que me ha acompañado y fortalecido en todo el transcurso de mi carrera.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, a mis padres que han sido mi motor y compañía para cumplir una meta más en mi vida.

A mis tíos, Xavier y Ma. Augusta, que me han alentado durante toda mi carrera y más en este paso final que fue la elaboración de mi tesis.

Y finalmente a mis abuelos que han sido apoyo incondicional durante toda mi vida universitaria.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad el analizar si el juzgamiento en ausencia de los delitos contra la administración pública vulnera el principio de inmediación procesal previsto en el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador. La finalidad de permitir el juzgamiento en ausencia radica en el hecho de evitar la impunidad de aquellos delitos de corrupción en los cuales los agentes gubernamentales deciden salir del país con el objeto de evadir la justicia, razón por la que se permitió juzgar dichos injustos contra la administración pública sin la necesidad de la presencia del procesado. No obstante, ha surgido un debate jurídico sobre si la situación normativa mencionada transgrede las garantías constitucionales del debido proceso penal, siendo una de ellas, el principio de inmediación, sobre el cual se levanta el eje central de este trabajo.

Palabras clave: Inmediación; Administración Pública; Corrupción; Juzgamiento en Ausencia.

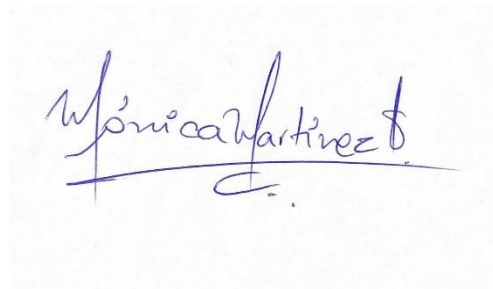
ABSTRACT

The purpose of this research work is to analyze whether the prosecution in the absence of crimes against the public administration violates the principle of procedural immediacy provided for in article 169 of the Constitution of the Republic of Ecuador. The purpose of allowing prosecution in absentia lies in the fact of avoiding impunity for those crimes of corruption in which government agents decide to leave the country in order to evade justice, which is why it was allowed to judge such unjust crimes against the public administration without the need for the presence of the accused. However, a legal debate has arisen about whether the aforementioned regulatory situation violates the constitutional guarantees of due criminal process, one of them being the principle of immediacy, on which the central axis of this work is based.

Keywords: corruption; immediacy; judgment in absentia, public administration.

Translated by Gabriela Bravo

Checked by

A handwritten signature in blue ink on a light-colored background. The signature reads 'Mónica Martínez Sojos' with a horizontal line underneath. The 'S' at the end is stylized with a loop.

Lcda. Mónica Martínez Sojos, Mgt

INDICE

DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTO	III
CAPÍTULO 1: LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	1
1. Los delitos contra la Administración Pública.....	1
1.1. Nociones Generales y Fundamento.....	2
1.2. Naturaleza jurídica.	6
1.3. Especial mención al bien jurídico y concepto de los delitos contra la eficiente Administración Pública.	9
2. Los delitos contra la Administración Pública en la normativa penal del Ecuador. 12	
2.1. Cohecho.....	12
2.2. Peculado.	16
2.3. Concusión.....	20
2.4. Enriquecimiento ilícito.....	22
CAPÍTULO 2: PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL JUZGAMIENTO QUE PRESCINDE DEL PROCESADO.	26
1. Principio de inmediación.....	26
1.1. Concepto.....	26
1.2. Constitución de la República del Ecuador (2008).....	28
1.3. COIP.....	28
2. Juzgamiento en ausencia en el Ecuador.	31
2.1. Fundamento del juzgamiento en ausencia en los delitos de cohecho, peculado, concusión y enriquecimiento ilícito.....	32
3. Confrontaciones del principio de inmediación y el juzgamiento en ausencia.....	34
3.1. Posturas doctrinales.....	34
3.2. Caso Sobornos (breve examen).....	37
CONCLUSIONES.....	51

RECOMENDACIONES	55
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	56

CAPÍTULO 1: LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1. Los delitos contra la Administración Pública.

Para comprender las nociones generales y fundamentos que engloban a los delitos contra la eficiente Administración Pública, es indispensable tomar en consideración el panorama constitucional ecuatoriano sobre el cual se ha construido el Estado. La Constitución Ecuatoriana del año 2008, modificó el sistema jurídico ecuatoriano al establecer en su artículo 1 que el Ecuador es un ‘‘Estado Constitucional de Derechos y Justicia’’, lo cual generó que los legisladores deban adaptar el marco normativo a los nuevos postulados constitucionales. Asimismo, el artículo 227 de la Constitución determinó la manera en cómo debe ser estructurada la Administración Pública, aseverando que la misma debe concretarse en un servicio a la generalidad social con el objeto de ejercer debidamente el poder estatal.

Sin embargo, no hay duda que la actividad pública de la administración conlleva siempre altos niveles de responsabilidad y transparencia por parte de las personas que forman parte de las entidades estatales y sus organismos, siendo estas las herramientas por las cuales el Estado busca la materialización de sus objetivos y finalidades. Como resultado, se entiende que el correcto ejercicio del poder público es la única forma por medio de la cual la entidad estatal puede satisfacer el cúmulo de derechos humanos de la población, los cuales tiene un reconocimiento de índole constitucional y convencional. Por tal razón, se ha determinado que la Administración Pública debe obedecer a los principios de objetividad, eficiencia administrativa, legalidad, y transparencia en la utilización y destino de los fondos económicos del Estado.

El profesor Juan Sebastián Cornejo (2020) refiere que la responsabilidad penal por delitos contra la eficiente Administración Pública ha estado presente a lo largo de la historia de la humanidad, lo cual produjo la necesidad de estructurar conductas punibles dentro de la rama penal de los Estados con el objeto de velar por la protección de un bien jurídico colectivo de trascendencia para la sociedad. Como resultado, el COIP ha tipificado como conductas punibles los delitos que lesionan a la eficiente Administración Pública del Estado.

Menciona el autor que, la corrupción ha sido un elemento trascendental al momento de configurar los delitos contra la eficiente Administración Pública, puesto que se entiende que las conductas lesivas que conllevan estas actuaciones delictivas, afectan los principios e ideales sobre los cuales debe ejercerse el poder público. El incremento de los actos de corrupción dentro de la esfera política ecuatoriana, ha sido uno de los factores que sustentan la necesidad de crear un andamiaje penal que proteja la forma en cómo se administra y ejerce el poder estatal, razón por la cual, la finalidad general del presente capítulo se enfoca en analizar los hechos punibles que atentan contra la debida forma de administrar el poder público, presentando los argumentos doctrinarios que engloban sus nociones generales, naturaleza jurídica y alcance jurídico.

1.1.Nociones Generales y Fundamento.

Cornejo (2019) expresa que es en el periodo de la baja edad media que se comenzaron a observar conductas lesivas hacia la forma en cómo se ejercían los oficios públicos de dicha época. Es entre los siglos XV y XVI, en los cuales el rey dentro de un régimen absolutista, dirigía a sus funcionarios, quienes debían obedecer la voluntad del monarca. Es aquí en donde tuvo trascendencia el denominado Consejo del Rey, siendo la religión la norma divina que imperaba en la forma en cómo se estructuraba el poder público. Dentro de estas relaciones de poder, fue necesario crear entidades públicas de

control para fiscalizar las actuaciones de los funcionarios con el objeto de verificar que los mismos cumplan a cabalidad con los lineamientos reales del monarca, caso contrario, los actores políticos recaían en la figura de abuso de autoridad con perjuicio social, lo cual debía ser castigado.

En Cataluña, cuando un funcionario incumplía las órdenes del rey, era sometido a un juicio denominado “Purga de Taula” para ser juzgado por sus acciones u omisiones que llevaron a cabo la desobediencia real en el ejercicio del poder público. De esta manera, se buscaba generar que la Administración Pública se encuentre siempre cercana a principios de honestidad y eficiencia (Vázquez, 2003). Como resultado, en el siglo XVIII, los Borbones implementaron cambios normativos dentro de la estructura administrativa estatal, siendo una de las reformas más importantes la declaración de inamovilidad de los funcionarios, lo que produjo la creación de normas que engloban diversas causas por las cuales se podía destituir a los funcionarios que ejecutaban conductas por fuera de los márgenes jurídicos de la norma vigente (Barrachina, 1991).

En lo posterior, De Toledo y Ubieto (1980) cuentan que en la Novísima Recopilación se prescribió responsabilidad para quienes se extralimitaban en el ejercicio de sus atribuciones dentro de los oficios públicos del Estado, determinándose conductas delictivas de cohecho, exacciones ilegales, prevaricato, negociaciones prohibidas, desobediencia de los abogados y respeto al secreto del Estado. De esta forma, empezó a vislumbrarse un progreso en la tipificación de actuaciones en contra de la administración estatal, las cuales fueron formando parte del catálogo de conductas que prohíbe el Derecho Penal. Es en este punto que el principio “non bis in ídem” presenta trascendencia jurídica, pues permitía diferenciar los procesos y sanciones del Derecho Administrativo de los juzgamientos ejecutados en base al Derecho Penal (Morales, 2011).

Entonces, empieza a germinar la idea que fomenta la existencia de los delitos contra la eficiente Administración Pública. Cornejo (2020) menciona que estos hechos punibles tienen como finalidad el adaptarse al ordenamiento jurídico internacional como contraposición a las conductas de corrupción, puesto que es en base de la historia humana y los lineamientos de los organismos internacionales, se ha generado la obligación de crear una estructura penal que prohíba y sancione los actuantes destinados a perturbar la manera debida, transparente y honesta sobre la cual debe ejercerse el poder público.

Del concepto que hemos presentado, la corrupción es el elemento central y el fundamento por el cual el legislador ha creado esta clase de injustos penales. Para la lengua española, la corrupción refiere a:

En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole de sus gestores. Desde el punto de vista gramatical, el término corrupción se refiere a un fenómeno de desnaturalización, en el sentido de que, la corrupción pública implica una degradación de lo público en lo privado (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 2014, s.p.).

De la cita que hemos expuesto, colegimos que la corrupción debe ser comprendida como la desviación y abuso del poder público por parte de quienes se encuentran inmerso en una relación jurídica pública, desnaturalizando los preceptos de honestidad, eficiencia, probidad y responsabilidad en la determinación de decisiones políticas. Tanto el cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y peculado son conductas delictivas que irradian a la corrupción como elemento connatural (Cornejo, 2019). Entonces, no queda duda que la corrupción es la circunstancia social nociva que fundamenta la existencia de los delitos contra la eficiente Administración Pública.

Ahora bien, los delitos contra la eficiente Administración Pública presentan, en la mayoría de los casos, a un funcionario del Estado o una autoridad como sujeto activo del hecho punible, es decir, consiste en una autoría calificada dentro de los elementos objetivos del tipo penal (Cornejo, 2019). El doctrinario Puig (2000) refiere de manera acertada que se debe diferenciar la definición de funcionario público del Derecho Administrativo, del concepto que determina el Derecho Penal. Para la primera rama jurídica, funcionario público es aquel personal del Estado como profesional permanente, mientras que autoridad refiere al personal del Estado que ostenta un tinte político o electivo.

No obstante, para el Derecho Penal, el funcionario público es aquel profesional permanente, así como el personal electivo o político. De esta forma el concepto de funcionario se amplía para los efectos penales de la norma punitiva. Por su parte, autoridad consiste en la idea de dirección, mando o poder de quien ejerciendo actos de coerción jurídica puede determinar el comportamiento de los funcionarios del Estado. El Derecho Penal reconoce como autoridades a aquellas personas que deben haber pasado por un proceso formal debido para ostentar tal calidad.

Bajo lo conceptualizado, es indispensable determinar ¿qué comprende el sector público en el Derecho Ecuatoriano? en observancia al artículo 225 de la Constitución ecuatoriana, el sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

Consecuentemente, es dentro de estas esferas del Estado en el cual se dinamiza el trabajo de funcionarios y servidores que configuran la calidad especial de sujetos activos de los delitos que operan en contra la eficiente Administración Pública Ecuatoriana.

1.2.Naturaleza jurídica.

Para comprender la naturaleza jurídica de los delitos contra la eficiencia de la Administración Pública, es menester que entendamos el principio de primacía de la realidad, por medio del cual las cosas son tal como lo expresa la materialidad del mundo y no como las partes mencionan que son. Los delitos que analizamos suelen ser denominados como injustos penales especiales, en el cual, existen inconvenientes en cuanto a la clasificación jurídica de su naturaleza jurídica. Pues para unos, constituyen delitos de dominio del hecho, mientras que para otros constituyen injustos referentes a la infracción de deber (Roxin, 2000).

Los delitos de dominio del hecho son aquellos en los cuales el sujeto activo de la infracción ostenta el control de la circunstancia delictiva, en base a las atribuciones y competencias que tiene frente al acontecer delictual, mientras que, los delitos de infracción de deber el sujeto activo del hecho punible lesionan un bien jurídico en base a la inobservancia de un deber u obligación determinada institucionalmente (Jescheck, 2002).

Bajo las ideas que hemos expuesto, el principio de primacía de la realidad entra a modo de debate con el objeto de dilucidar la naturaleza jurídica de los delitos contra la eficiente Administración Pública, pues se busca establecer si la imputación de estos delitos obedece en su naturaleza normativa a infracciones de dominio del hecho, de infracción de deber. Esta clase de hechos punibles presentan especialidad en base a que su tipicidad objetiva ordena que sólo podrán ser autores del mismo aquellos que reúnan calidades y particularidades especiales determinadas por la norma (Roxin, 2000).

Debemos afirmar que, tanto la teoría de la infracción de deber, como la del dominio del hecho, son postulados que más que explicar la naturaleza jurídica de los delitos contra la eficiente Administración Pública, son mecanismos de imputación frente a la comisión de dichos hechos punibles especiales. Por lo que, la verdadera naturaleza jurídica de los delitos analizados, radica en el hecho de que los mismos constituyen infracciones punibles especiales que se sustentan en la corrupción como elemento fundamental detrás de la existencia de esta clase de injustos penales.

Por consiguiente, hemos de entender que son las patologías en el ejercicio del poder público lo que ha determinado la necesidad de tipificar delitos de naturaleza jurídica especial, con el objetivo de solventar la falta de transparencia y honestidad que existe en los oficios públicos. Bajo estas ideas es que el debate sobre la lesión a un bien jurídico de naturaleza colectiva se constituye como indispensable como paso previo a la creación de infracciones especiales que lo tutelen. Cornejo (2020) cuenta de forma debida que el funcionamiento correcto y transparente de las entidades del Estado, han permitido la creación de un bien jurídico general, destruyendo la premisa general de que el bien normativo de un tipo penal debe ser construido en base a concepciones individuales y concretas.

Es la corrupción el elemento que ha dado sentido a la necesidad de constituir delitos especiales que protejan un bien jurídico especial, con el objeto de proteger los postulados constitucionales que forman parte de una Administración Pública eficiente y transparente que no sea viciada en su funcionamiento por la comisión de conductas indebidas por parte de los funcionarios públicos, quienes lesionan la colectividad social que engloba a la Administración Pública como sistema estatal destinado a satisfacer los derechos humanos de los ciudadanos, derechos que están positivizados tanto en la norma constitucional fundamental como en los instrumentos internacionales (Cobo del Rosal, 1999).

La doctrina expresa que es un asunto político criminal el especificar de forma debida la naturaleza jurídica y el trasfondo social que subyace detrás de cada figura jurídica penal antes de implementar la misma en el ordenamiento normativo del Estado. Es en este punto que es trascendental comprender la naturaleza jurídica de una clase de delitos, con el objeto de establecer debidamente los núcleos dogmáticos penales que sustenten una norma eficaz, útil e interpretable frente a las circunstancias sociales para la cual fue creada (Cornejo, 2020). La naturaleza jurídica de un injusto es clave para la comprensión de su contenido y alcance material, caso contrario, se generaría una norma ineficaz o simbólica dentro del Derecho Penal nacional.

La naturaleza jurídica de los delitos contra la eficiente Administración Pública es especial, en razón de que tanto su tipificación, reconocimiento y bien jurídico de protección, revelan aspectos propios o específicos que se suscitan en un área pública determinada como son las instituciones del Estado. La generalidad es la afección principal de las conductas punibles que atentan contra la eficiencia de la administración, situación que ha permitido la tipificación de diversas conductas que se encasillan dentro de esta clasificación de hechos punibles. Por ende, podemos afirmar que los delitos contra la

eficiente Administración Pública constituyen injustos especiales pero diversos, dentro de un conjunto sistemático de infracciones que convergen con el objeto de proteger la forma en cómo debe ejercerse el poder público.

1.3.Especial mención al bien jurídico y concepto de los delitos contra la eficiente Administración Pública.

Como pudimos observar en el subtítulo anterior, la eficiencia contra la Administración Pública es el bien jurídico colectivo de naturaleza que se protege con los delitos que lo envuelven, razón por la que, tratadistas como Molinario, Antolisei, Maurach y Gosciolo sostienen que dicha generalidad del bien jurídico obedece a la regulación de las funciones públicas del Estado, entendida tal situación como la debida regulación que debe tener la utilización de los recursos económicos del Estado, con el objeto de materializar los principios de transparencia y honestidad, dejando de lado toda clase de perturbación en la conducta de los funcionarios y servidores públicos (Creus, 1999).

Por tanto, hemos expuesto las consideraciones necesarias para comprender que un injusto penal contra la eficiente Administración Pública es la acción cometida por una persona, independientemente de si ocupa un cargo dentro del ámbito público, en perjuicio de una abstracta estructura conceptual que se encuentra conformada por el cúmulo de diversas entidades centralizadas, descentralizadas o autónomas que desempeñan varias atribuciones que constituyen interés de índole general, están reguladas por la ley y tienen restricciones impuestas por esta misma. Estas entidades se financian a través de recursos obtenidos mediante tributos de los ciudadanos que residen en su jurisdicción y su principal objetivo es lograr el bienestar colectivo, es decir, administrar eficazmente los asuntos públicos (De León y De Mata, 2006).

Con respecto al elemento volitivo, la doctrina comenta que, en los delitos contra la eficiente Administración Pública la sanción penal se encuentra condicionada, esto es que “para que el autor sea castigado es necesario que sepa que el sujeto pasivo actúa como persona que dependen del Estado y que presta un servicio” (Donna, 2005, p. 45). Es decir, la doctrina entiende que el dolo del sujeto activo se encuentra encaminado a perturbar la debida forma en cómo debe ejercerse la función pública, siendo dicha situación un elemento subjetivo trascendental dentro de los tipos penales que forman parte de esta clase de delitos.

Personalmente se expone que lo descrito es acertado, debido a que la corrupción tiene como efecto connatural la distorsión de una Administración Pública eficiente, provocando malestar en la ciudadanía que mira con malos ojos los encargos democráticos otorgados a sus representantes. Como resultado, es el Derecho Penal la rama jurídica que se encarga de otorgar herramientas para proteger, prohibir y sancionar los actos nocivos que perturben a la Administración Pública y trastoquen los principios democráticos concebidos en el artículo 1 de la Constitución.

Cornejo (2020) es claro al comentar que el Derecho Penal no solo tiene una función de castigo y sanción, pues en sus finalidades principales está la prevención de la delincuencia como una de las varias ramas que conforman las políticas criminales que puede implementar el Estado (Salazar, 2021). Debemos recordar que Welzel (1956) mencionaba que la misión del Derecho Penal se encuentra en la observancia y protección de los valores de una sociedad armónica y pacífica. Consecuentemente, el Derecho Penal busca proteger el fiel desempeño del ejercicio del poder público dentro de las instituciones del Estado, y si dicho orden se altera, surge la parte punitiva como consecuencia para sancionar a quien ha transgredido el orden penal constitucional vigente.

Entonces, podemos aseverar que el Derecho Penal tiene una vía de prevención y otra de sanción frente a las conductas que lesionan la eficiente Administración Pública. Esto se debe a que, los delitos analizados generan que las personas encuentren menos posibilidades de ser satisfechas por el Estado en cuanto a la búsqueda de su bienestar o buen vivir, distorsionándose la estructura funcional para la cual han sido creadas las instituciones estatales en el manejo del poder público (Gómez, 1998).

Es por lo mencionado que el bien jurídico general guarda estrecha relación con el concepto de delitos contra la eficiente Administración Pública, como una función necesaria para el debido funcionamiento y organización de una estructura sistemática comunitaria o poblacional. Por ende, se destaca que esta protección no se dirige exclusivamente a los órganos de naturaleza administrativa en sí, sino a la función pública como tal en su conjunto, lo cual implica el establecimiento de procedimientos administrativos para que todos los miembros de la población puedan resolver conflictos sociales y hacer valer sus intereses (Bustos, 2019).

Es decir, la protección penal de la Administración Pública se justifica debidamente en base a la importancia de preservar su buen funcionamiento y evitar cualquier acción que pueda perjudicar su labor, razón por la cual, esta clase de injustos penales atentan contra la confianza y la eficiencia del sistema, poniendo en riesgo los intereses generales de la sociedad. Por consiguiente, se puede afirmar que esta clase de infracciones punitivas pueden manifestarse de diversas formas antijurídicas, ya sea en forma de corrupción, malversación de fondos, abuso de poder o entre otros hechos que encajan en las normas penales vigentes.

Además, debe mencionarse la importancia y vitalidad que tiene la identificación del bien jurídico general en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública es fundamental, debido a que, dicha identificación permite una comprensión clara y

sistemática del cúmulo de delitos que puedan lesionar a la administración, a más de otorgar una mejor orientación de las políticas criminales destinadas a combatir su comisión y efectos jurídicos. Por ende, se infiere acertadamente que al establecerse el bien jurídico protegido, se determinan también los límites y las consecuencias penales correspondientes a la comisión de los delitos que ponen en jaque a la organización y funcionamiento de la administración, entendida ésta como el instrumento para la materialización de los fines del Estado.

2. Los delitos contra la Administración Pública en la normativa penal del Ecuador.

2.1. Cohecho.

El tratadista Buompadre (2003) describe que el cohecho tiene su origen en el denominado “*crimen repetundae*” perteneciente al ordenamiento jurídico romano. La figura jurídica que hemos enunciado consistía en un término normativo para describir el soborno a los funcionarios públicos encargados de solventar los problemas entre particulares. Entonces, bajo la figura del cohecho se permitía a los ciudadanos el presentar una acción en contra de los funcionarios que habían percibido dinero mal habido para favorecer a una de las partes dentro de un conflicto entre particulares determinado.

Si trasladamos esta acepción histórica a la actualidad, podremos observar que el cohecho tiene como objeto mantener el debido ejercicio funcional de las Funciones del Estado, a más de sancionar toda clase de conductas corruptas que los servidores y funcionarios ejecutan dentro de la administración estatal. Una vez más entonces, surge un argumento por el cual el bien jurídico que se tutela en estos casos es la eficiente Administración Pública (Cornejo, 2020).

No obstante, ¿qué es el cohecho como figura jurídica penal?¹, la doctrina ha determina que no deben confundirse este injusto penal con un negocio jurídico suscrito entre el funcionario del Estado y el administrado, puesto que se tratan de dos infracciones diversas y propias que se castigan de forma independiente (Muñoz Conde, 2013). Por esta razón, el delito de cohecho encuentra su distinción en el ofrecimiento del particular y el funcionario que recibe una dádiva en virtud del beneficio propuesto.

Es en este punto que se puede delimitar el curso causal de la acción delictiva, pues la misma parte de un acuerdo de corrupción bajo el cual un individuo decide sobornar o aceptar el ofrecimiento del servidor público; y, por otra parte, la figura del funcionario que decide aceptar la dádiva y ofrecer el soborno corrupto. Como resultado, el delito de cohecho se resume en la entrega de una dádiva corrupta con el objeto de corromper a un individuo a fin de obtener un beneficio. La dádiva generalmente suele ser dinero, sin

¹ Art. 280.- Cohecho.- (Reformado por el Anexo No. 1 de la Pregunta No. 1 del Referéndum, efectuada el 4 de febrero de 2018, R.O. 181-S, 15-II-2018; y Sustituido por el Art. 10 de la Ley s/n, R.O. 392-2S, 17-II-2021).- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, donativo, dádiva, promesa, ventaja, beneficio inmaterial o beneficio económico indebido u otro bien de orden material para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Se entenderá como beneficio inmaterial, a todo aquel beneficio o ventaja intangible que, por su naturaleza al no tener un valor económico o patrimonial cuantificable, no es susceptible de valoración alguna.

Si la o el servidor público, ejecuta el acto o no realiza el acto debido, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

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

La persona que bajo cualquier modalidad ofrezca, dé o prometa a una o a un servidor público donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones o para cometer un delito, será sancionada con las mismas penas señaladas para los servidores públicos.

La persona que ofrezca, dé o prometa donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material, a un funcionario público extranjero, a cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o en una empresa pública, o cualquier funcionario o representante de un organismo público internacional ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de este o para un tercero o, para que ese funcionario que en relación con el cumplimiento de deberes oficiales actúe o se abstenga de hacerlo, será sancionado con las mismas penas señaladas para los servidores públicos.

embargo, también puede constituirse por medio de regalos, favores, etc., todo con el objetivo de que el funcionario del Estado ejecute u omite algo.

En consecuencia, el cohecho es una forma delictiva más dentro de las infracciones que afectan la debida forma en cómo debe ejercerse el poder público dentro de la Administración Pública. No obstante, como bien menciona Cornejo (2020) se trata de un injusto que tiene diversos subtipos en el mismo, los cuales se determinan en función de la persona que comete el hecho delictivo. Bajo estas ideas surge el cohecho activo y pasivo.

El cohecho activo, refiere al particular que decide corromper al funcionario del Estado con el fin de obtener un beneficio propio o ajeno. Por su parte, el cohecho pasivo hace referencia al funcionario público que acepta o solicita beneficios económicos al particular. El cohecho pasivo suele subdividirse en propio o impropio.

La doctrina difiere de lo que debe considerarse cohecho impropio, pues algunos autores estiman “impropio” el cohecho derivado de la realización de un acto del funcionario público propio de su cargo, mientras que otros consideran que lo verdaderamente impropio del acto es la solicitud o recepción de un regalo por razón del cargo que ostenta el funcionario público (Cornejo, 2020, p.280).

La doctrina es clara al determinar que el cohecho impropio consiste en la aceptación o exigencia de un beneficio económico o dádiva para ejecutar u omitir determinada conducta en razón del cargo que ocupa el funcionario corruptor o corrompido (Ortiz, 2011). Sin embargo, Muñoz Conde (2013) difiere y comenta que el cohecho impropio hace referencia únicamente a la aceptación del beneficio por parte del funcionario estatal en razón del cargo público que ocupa, situación que, para el tratadista

denota la naturaleza de impropia a la figura delictiva estudiada. Es en este punto específico que se ha establecido que el cohecho impropio llega a ser:

Todo aquel alejado del nexo causal entre la dádiva y el acto corrupto que impida un correcto funcionamiento de la Administración y sea realizado en el ejercicio del cargo y contrario a los deberes inherentes al cargo público. (Cornejo, 2020, p.281).

De lo analizado también podemos encontrar que el cohecho constituye un delito bilateral, debido a que necesita de varios sujetos para la configuración de sus elementos objetivos. Por una parte, se necesita de un individuo que ofrezca el objeto de la infracción, mientras que, por otra, es indispensable presencia del funcionario público que acepta o recibe el soborno. Entonces, cuando el funcionario acepta el soborno de forma directa, indirecta o lo recibe materialmente, en base a un acuerdo o convención con el particular bajo el cual se compromete a ejecutar una acción u omisión en razón de su cargo, se materializa el delito de cohecho en su característica bilateral notoria.

De igual manera, del delito de cohecho se puede determinar que la dádiva es un elemento central dentro de este tipo de injusto. El tratadista D'Alessio (2004) acertadamente refiere que el alcance de la dádiva no debe ser limitada al beneficio económico, sino que también debe referir a todo tipo de beneficio para el corrompido, que no necesariamente tiene que ostentar una naturaleza económica. Para el autor, basta con que la dádiva tenga materialidad física, por tal razón debe ser entendida la misma como una "cosa". Cornejo (2020) menciona que D'Alessio ha comprendido que el beneficio puede trascender de la esfera patrimonial, razón por la que encuentra en este argumento doctrinal un sustento válido para entender el alcance de la dádiva como elemento central dentro del delito de cohecho.

Por su parte, el delito de cohecho se consuma de forma inmediata con la solicitud o recepción de la dádiva, en razón de que esta clase de injusto se configura como un hecho punible de mera actividad. La doctrina también refiere que la mera aceptación del beneficio por parte del sujeto corrompido constituye la configuración inmediata el delito de cohecho, sin que sea indispensable una contra oferta o la entrega del dinero. Por consiguiente, hemos de comprender que:

A efectos de responsabilidad criminal del funcionario público es indiferente que el particular acepte su solicitud de la dádiva. Por tanto, debido al carácter unilateral del cohecho pasivo propio y a la consumación del mismo por la mera solicitud, resulta especialmente difícil encontrar un supuesto en el que dar cabida a su ejecución en grado de tentativa (Cornejo, 2020, p.282).

Finalmente, debe comentarse que en caso de que no exista acuerdo entre el particular y el funcionario estatal, no podría configurarse un cohecho pasivo como tal, puesto que el acuerdo es indispensable para la existencia del cohecho como figura delictual reconocida. Esto se debe a que, en la esfera subjetiva del tipo analizado, el dolo se evidencia en el conocimiento del funcionario y su voluntad de realizar un actuar en razón de su cargo en base a la convención corrupta que ejecutó con el particular. Podemos decir entonces que, es la convención corrupta un elemento fundamental para la configuración del cohecho pasivo.

2.2. Peculado.

Flores y García (1982) precisan que el peculado proviene de la palabra latín “peculatus” lo cual refiere al término “caudal”. Los autores precisan que su contenido jurídico proviene del Derecho Romano bajo la figura del “vos pecus” el cual significa ganado. Esto se debe a que, para las épocas referidas, el ganado significaba un heraldo patrimonial alto de los antiguos curules del Estado.

Sin embargo, con respecto a su configuración como delito, el delito se define como el indebido apoderamiento o distracción voluntaria que ejecuta un servidor público, para obtener un beneficio económico propio o ajeno de cualquier índole, con la característica especial de que el activo patrimonial sustraído le pertenece al Estado. La particularidad del peculado radica en que es el servidor público quien se encuentra en posesión del objeto estatal apropiado, teniendo dicho individuo el deber de custodiar el activo patrimonial estatal en razón de su cargo². La doctrina refiere:

² Art. 278.- Peculado.- (Reformado por la Disposición Reformatoria Trigésima Séptima, num. 1 del Código Orgánico Monetario y Financiero; R.O. 332-2S, 12-IX-2014; y, por el Art. 4 de la Ley s/n, R.O. 598-3S, 30-IX-2015; y Sustituido por el Art. 9 de la Ley s/n, R.O. 392-2S, 17-II-2021).- Las o los servidores públicos; las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado; o, los proveedores del Estado que, en beneficio propio o de terceros, abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

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

Serán sancionados con las siguientes penas, cuando:

1. Con pena privativa de libertad de cinco a siete años:

a. Si utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial.
b. Si se aprovechan económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.

2. Con pena privativa de libertad de siete a diez años:

a. Si obtienen o conceden créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera. b. A los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el primer párrafo.

3. Con pena privativa de libertad de diez a trece años:

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

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

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

d. Si causan la quiebra fraudulenta de entidades del Sistema Financiero Nacional. e. Si evaden los procedimientos pertinentes de contratación pública contenidos en la Ley de la materia. En este caso también se impondrá una multa correspondiente al valor de la contratación arbitraria que se desarrolló.

Además, cuando se establezca la existencia y responsabilidad por el delito mediante sentencia condenatoria ejecutoriada, la o el juzgador declarará, como consecuencia accesoria del delito, la terminación unilateral y anticipada del contrato sobre el cual verbe la infracción, sin derecho a indemnización ni pago de daño alguno a favor del proveedor. Se aplicará el máximo de la pena prevista en los siguientes casos: cuando se realice aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción; cuando se realice con fondos o bienes destinados a programas de salud pública, alimentación, educación, vivienda o de la seguridad social; o,

Esta actuación debe ser realizada de manera consiente y voluntaria para la disposición arbitraria, dolosa de fondos, bienes públicos, de empresas, instituciones en que este tenga parte, fondos para fiscales, apropiándose en beneficio propio o de un tercero, algún bien o dinero que el servidor público tiene en su poder o bajo su control en razón de su cargo, tenencia o custodia confiada en razón o con ocasión de sus funciones (Cornejo, 2020, p.269).

Bajo la conceptualización que hemos mencionado, se deduce que la finalidad del delito de peculado radica en salvaguardar la intangibilidad de los activos patrimoniales del Estado, a más de velar debidamente por evitar toda clase de abuso de poder por parte de los funcionarios que ejercen un cargo en el cual deben ser custodios de bienes estatales. Por consiguiente, el delito tiende a proteger la forma en cómo deben administrarse los dineros públicos. Benavente y Calderón (2012) son autores que delimitan de manera clara que la transparencia de la Administración Pública, es el fundamento por el cual el delito peculado trasciende en su bien jurídico protegido de la esfera netamente patrimonial, para incrustarse en un bien normativo general referente a la custodia y protección de los fondos estatales.

cuando estuvieren relacionados directamente con áreas naturales protegidas, recursos naturales, sectores estratégicos, o defensa nacional.

Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán inhabilitadas o inhabilitados de por vida para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera.

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

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

Como resultado, es notorio que el sujeto pasivo del delito de peculado, es la administración estatal como ente socio jurídico encargado del ejercicio del poder político por medio de la función pública. De igual manera, podemos mencionar que, de forma secundaria, los administrados o ciudadanos, son también víctimas o sujetos pasivos del injusto de peculado, esto se debe a que, con la comisión de este delito se lesiona el eficiente ejercicio del poder público, lo cual afecta sus destinatarios quienes son la población del Estado (Sánchez, 2003).

El tratadista Sánchez (2003) clasifica al delito de peculado dentro de los injustos de infracción de deber, debido a que, los funcionarios tienen una obligación jurídica específica frente al objeto material de la infracción (bienes públicos). Esto se debe a que como bien menciona el autor, todos los delitos en los que el sujeto activo es un funcionario público, se determinan como injustos de infracción de deber, en razón del gravamen jurídico de cumplimiento que ostentan en razón de su cargo.

Es el estado o posición normativa en la que se encuentra el sujeto, la clave para comprender el fundamento de la existencia de los delitos de infracción de deber. Esto se debe a que, el sujeto pasivo (Administración Pública), le otorgó la custodia de bienes públicos a un funcionario quien tenía el deber de cumplir debidamente con ciertos parámetros a fin de mantener la transparencia de la institucionalidad estatal. Sin embargo, con la transgresión de dichas obligaciones, surge entonces una distorsión en el ordenamiento jurídico que debe ser castigada por el Derecho Penal.

Entre los elementos más importantes del delito de peculado se encuentran:

1. La configuración de un vínculo funcional entre el autor del delito y sus consecuencias jurídicas materiales: refiere al deber que tiene el servidor público de custodiar los activos patrimoniales estatales, con el fin de evitar cualquier

suceso lesivo que pueda menoscabar la relación objeto-funcionario estatal (Feijoo, 1997).

2. Percepción: comprende la conducta de captar el objeto por fuera de los estándares lícitos exigidos por el deber.
3. Custodia: el funcionario debe proteger debidamente que los bienes patrimoniales del Estado sometidos a su cargo no sean transgredidos. Por ende, cuando no existe conservación y vigilancia debida del objeto, se configura un elemento del tipo penal (Díaz, 2018).
4. Administración: el servidor público debe dirigir debidamente su conducta y actividad al correcto manejo de sus acciones en el marco de la ley, caso contrario se configura otro elemento del tipo penal de peculado (Díaz, 2018).
5. Apropiación o utilización: en este punto surgen dos elementos fundamentales.
 - Con la apropiación, refiere al hecho de que el servidor público toma como suyos los bienes pertenecientes al Estado.
 - Con la utilización: refiere a que el servidor público se aprovecha de los beneficios que le otorga el bien patrimonial estatal, pero sin tomarlo como suyo.

2.3. Conclusión.

De Quirós (1957) comenta que el origen etimológico de la concusión se encuentra en el marco jurídico romano, debido a que, es en el término latín ‘‘concussio onis’’ donde se origina dicha figura delictiva. La terminología que hemos mencionado, refiere a conmoción o sacudón, haciendo relación a quien sufre susto o impresión desagradable en razón de algo que no tenía previsto que suceda.

Cornejo (2020) afirma que, como una especie de metáfora, esa conmoción o susto lo sufre el administrado que tiene que entregar algo que no debe al funcionario público, quien se constituye como el sujeto activo de la infracción del delito de concusión. Bajo estos argumentos podemos encontrar que el hecho punible de concusión se incrusta como una conducta más dentro de las estructuras de corrupción que se impregnan en los diversos grados de la Administración Pública del Estado. Como resultado, el delito de concusión se conceptualiza como:

La acción del servidor público a través de la cual obliga, compele, fuerza, instiga, persuade, pretende, pide o procura que alguien le dé o le prometa dinero o cualquier otra utilidad indebida, con ciertas particularidades como son que efectivamente el sujeto activo (funcionario público) y pasivo (Estado o particulares) sino que se especifica la razón pluriofensiva (donde se lesionan varios bienes jurídicos) y se admite la tentativa como delito de resultado, puesto que ello implica que no sólo se trata de la definición, reglamentación y castigo de unas conductas, sino que presupone una alteración anómala de la ideación moral y la ética como condicionantes del hecho delictivo³ (Cornejo, 2020, p.285).

Otra definición acertada del injusto que analizamos la trae el doctrinario Ossorio (2000) quien debidamente comenta que la concusión se configura cuando el funcionario estatal, abusa del cargo que ejerce, y decide exigir al administrado el pago o entrega de contribuciones; o en su defecto, exija mayores pagos a los establecidos para un trámite

³ Art. 281.- Concusión.- (Sustituido por el Art. 11 de la Ley s/n, R.O. 392-2S, 17- II-2021).- 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 donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Si la conducta prevista en el párrafo anterior se realiza mediante violencias o amenazas, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Se aplicará el máximo de la pena prevista cuando se realice aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción.

público específico. El autor describe que la concusión puede ser agravada si es que existen elementos coercitivos en la exigencia de beneficio que el funcionario solicita al particular. Bajo las consideraciones mencionadas es que esta clase de infracción también suele denominarse como ‘exacción ilegal’.

Con respecto al bien jurídico tutelado en este injusto, la doctrina ha especificado que es el interés general el cual se protege, bajo una denominación jurídica ficticia establecida como ‘el eficiente funcionamiento de la administración estatal’, con la finalidad de que el poder público sea ejercido con probidad y transparencia a la luz de los principios constitucionales de soberanía y democracia (Grisanti, 1998). En efecto, la concusión es un hecho punible que produce desanimo en la población frente a quienes los representan en las esferas públicas, perdiendo la administración estatal su credibilidad frente a los ciudadanos que esperan del Estado acciones y políticas tendientes a satisfacer sus necesidades sociales.

Por tanto, es la concusión un mecanismo penal por el cual se busca castigar al funcionario público que ha fallado a los administrados en el ejercicio de su cargo, puesto que se ha alejado de los valores y principios sociales sobre los cuales se estructura el ejercicio del poder público dentro de las entidades estatales. El Derecho Penal mira como una ofensa a la institucionalidad del país las conductas inapropiadas de sus funcionarios, razón por la que, se determina como sujeto activo del delito de concusión aquel individuo que, ocupando un cargo público, constriñe y solicita de forma ilícita una dádiva a un particular, a fin de beneficiarse él o un tercero.

2.4. Enriquecimiento ilícito.

La justificación de la criminalización del enriquecimiento ilícito se ha basado principalmente en la necesidad de establecer sanciones para aquellos funcionarios públicos que, al finalizar sus cargos, poseen un patrimonio considerable sin justificación

en relación a sus ingresos, sin poder probar la comisión de delitos como peculado o cohecho u otros injustos contra la administración estatal (Castro et. al., 2002).

Cornejo (2020) comenta acertadamente que, debido a la negativa impresión social que causaba absolver a funcionarios estatales que acumulaban un patrimonio significativo sin justificación, y al ser difícil el justificar el hecho punible que permitió dicha acumulación, se decidió constituir el delito de enriquecimiento ilícito. En conformidad a Manuel Abanto Vásquez (2001), este delito se entendería como subsidiario, es decir, no sería indispensable demostrar específicamente el origen ilícito del enriquecimiento, otorgando a los magistrados y a fiscalía herramientas típicas de imputación que deberían poner fin a la ola de impunidad que adolecían los funcionarios públicos.

Cornejo (2020) comenta que el delito de enriquecimiento ilícito ostenta un carácter general, puesto que no debe ser vinculado al mismo frente a otras figuras delictivas como la concusión, peculado o cohecho. Esto se debe a que, al considerar que el enriquecimiento ilícito solo se aplica en aquellos supuestos en los cuales se materializan acrecentamientos patrimoniales derivados de "cohecho" u otros delitos contra la Administración Pública, se permite presuponer la no aplicación del "enriquecimiento ilícito", sino de otros hechos punibles criminales. De igual manera, se vulneraría el precepto denominado *non bis in ídem*, en razón de que el procesado sería sancionado por enriquecimiento ilícito y otro delito contra la eficiente Administración Pública, los cuales estarían conectados y generarían una situación de doble juzgamiento. Por tanto, para evitar dichos problemas normativos, es indispensable que el enriquecimiento ilícito sea considerado como un hecho punible de naturaleza general dentro de los delitos en contra de la eficiente Administración Pública.

El delito de enriquecimiento ilícito, al ser considerado como general categoría que tutela a la eficiencia de Administración Pública como bien normativo reconocido, afecta

la funcionalidad, dignidad, confianza y credibilidad de las entidades que ejercen funciones de naturaleza pública, y de quienes la integran. Por lo tanto, no hay duda de que llega a ser notoriamente cuestionable afirmar que se busca tutelar intereses de moral pública, ya que el concepto de "moral" es ambiguo y susceptible a variadas interpretaciones. Además, debe recordarse que tanto el Derecho Penal como la moral de naturaleza social tienen ámbitos de vigor y control independientes desde hace tiempo (Castro et al., 2002).

Por otra parte, es importante señalar que el presupuesto primordial del enriquecimiento ilícito es el aumento patrimonial, el cual puede traducirse tanto en una elevación de los activos o disminución de los pasivos del heraldo perteneciente al funcionario estatal. El aumento de activos puede incluir la adquisición de bienes muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como derechos o valores que puedan ser tasados en dinero. Por otro lado, la disminución de pasivos se refiere a la cancelación de deudas contraídas por el sujeto activo de la infracción⁴.

La doctrina ha determinado que la lesión al bien tutelado por la norma penal en el delito de enriquecimiento ilícito se sustenta en la capacidad que tiene el sujeto activo de efectuar actos que infringen sus competencias en razón de su cargo, lo cual le ha permitido incrementar su patrimonio indebidamente sin un justificativo lícito que lo ampare.

⁴ Art. 279.- Enriquecimiento ilícito.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función, superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Se entenderá que hubo enriquecimiento ilícito no solo cuando el patrimonio se ha incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se han cancelado deudas o extinguido obligaciones.

Si el incremento del patrimonio es superior a doscientos y menor a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de cinco a siete años.

Si el incremento del patrimonio es hasta doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de tres a cinco años.

Es decir, el enriquecimiento ilícito se criminaliza con el objetivo de sancionar a los funcionarios públicos que acumulan un patrimonio significativo sin justificación, perjudicando la confianza y la integridad de la Administración Pública. La figura del enriquecimiento ilícito se establece como subsidiaria, no exigiendo la prueba concreta del origen ilícito del enriquecimiento. Su penalización busca proteger la funcionalidad y la reputación de la función pública, y se centra en el incremento patrimonial que puede realizarse a través del aumento de activos o la disminución de pasivos (Castro et. al., 2002).

Finalmente, es importante destacar que el elemento intencional del enriquecimiento ilícito implica un hacer volitivo de aumentar el patrimonio de manera ilícita, a más de ostentar el conocimiento por parte del funcionario de la ilegalidad de sus acciones referentes a un beneficio por medio del ejercicio de sus funciones o mediante el aprovechamiento de su posición especial, y de los beneficios ilícitos que está obteniendo. La idea de que el delito de enriquecimiento requiera ánimo de lucro o una motivación interna necesaria no es aceptable, puesto que tal situación no debe ser entendida como un requisito del tipo delictivo y, además, esto limitaría indebidamente el alcance de la tipicidad del hecho punible, excluyendo conductas y consecuencias materiales de enriquecimiento que son relevantes en el mero actuar doloso (Gálvez, 2001).

CAPÍTULO 2: PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL JUZGAMIENTO QUE PRESCINDE DEL PROCESADO.

1. Principio de inmediación.

1.1. Concepto.

El principio de inmediación es un precepto de orden constitucional procesal que constituye una garantía fundamental en las causas judiciales. Este principio establece la necesidad de una interacción directa entre el juez y las partes procesales, así como con las pruebas presentadas, con el objetivo de generar una resolución judicial que se apegue a los hechos cuya verdad se busca esclarecer (Amoni, 2013).

El precepto de inmediación en los juicios orales: supone que el tribunal debe absorber y divisar personalmente la prueba directamente con el objeto de verificar la procedencia de la misma. Por tanto, salvo en supuestos de índole especial, los testigos y peritos deben declarar de forma personal, a fin de ser interrogados y contrainterrogados de manera directa por las partes dentro de la audiencia, con el objeto de que el juzgador tenga un contacto directo con todo lo que engloba el juicio oral (Duce, 2004).

Para Roxin (2008) el principio de inmediación conlleva que el magistrado deba preparar la decisión sobre la base de impresiones personales y pruebas obtenidas del acusado y de la víctima; así, por ejemplo, el testimonio de un testigo no puede en principio ser sustituido por la lectura de un instrumento redactado previamente, sino que debe ser evacuado dentro de la audiencia oral en donde se produce la efectiva práctica de prueba.

De igual manera, el principio de inmediación está estrechamente vinculado con el derecho a la oralidad en el proceso. La oralidad implica que las partes expongan sus

argumentos de viva voz ante el juez, permitiendo un diálogo directo y una comunicación más efectiva. Esta forma de comunicación facilita una comprensión más completa de los argumentos expuestos por las partes, al permitir al juez escuchar de manera directa sus planteamientos y cuestionamientos. Además, el diálogo oral posibilita una respuesta inmediata por parte del juez, lo cual contribuye a la agilidad y celeridad procesal, evitando dilaciones innecesarias y fomentando una resolución más pronta y justa del conflicto (Amoni, 2013).

Lo descrito en el párrafo precedente se fundamenta en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual determina la prerrogativa de todo sujeto a ser escuchado dentro de la causa jurisdiccional, cumpliéndose debidamente el plazo razonable para el que individuo exponga los argumentos que sustenten su teoría del caso y defensa dentro de litigio existente.

La interacción cercana entre el juzgador, las partes y los medios de prueba posibilita que se establezca una comunicación fluida y un diálogo efectivo. Esto facilita la resolución de dudas, la solicitud de aclaraciones y la confrontación de los argumentos presentados. Como resultado, se promueve una mejor comprensión de los aspectos relevantes del caso y se reducen los riesgos de interpretaciones erróneas o parciales.

Por tanto, el principio de inmediación procesal posibilita que el juzgador pueda emitir una resolución válida que se acerque a la verdad fáctica, y que únicamente contemple una realidad procesal meramente técnica y normativa. Esto se debe a que, en base a la interacción cercana con las partes y los medios de prueba, el juzgador podrá determinar de forma debida una motivación jurídica que subsuma los fundamentos jurídicos vigentes en los hechos suscitados que se juzgan (Martínez, 2009).

1.2. Constitución de la República del Ecuador (2008).

La Constitución de la República del Ecuador, ha reconocido diversas garantías procesales con el fin de que las mismas orienten la forma en como los jugadores deben llevar adelante procesos judiciales objetivos y justos que eviten toda clase de discrecionalidad y arbitrariedad en la forma en cómo deben resolverse los conflictos sociales bajo el imperio de la ley.

Una de dichas garantías, consiste en el ya conceptualizado principio de inmediación, el cual tiene como finalidad garantizar que el juzgador tenga un contacto pleno con las partes y los medios probatorios, a fin de garantizar la emisión de una sentencia que se acerque a los hechos por los cuales se ha producido el conflicto que se juzga.

Es así como, el artículo 75 de la Constitución, reconoce expresamente que la administración de justicia ecuatoriana se fundamenta en el principio de inmediación, determinando al precepto descrito como un elemento fundamental rector de las causas jurisdiccionales que se sustancian día a día dentro de la Función Judicial.

De igual manera, el artículo 169 del mismo cuerpo jurídico fundamental reconoce a la inmediación como un precepto rector dentro del sistema procesal ecuatoriano, prescribiendo la norma que dicho principio se configura como una garantía procesal tendiente a la materialización efectiva de una justicia equitativa y objetiva dentro del Estado Ecuatoriano.

1.3. Código Orgánico Integral Penal COIP.

Los principios se caracterizan por su ambigüedad en el contenido de su interpretación, razón por la que es indispensable que existan normas infra constitucionales que desarrollen el alcance de los mismos a fin de evitar conflictos en el ejercicio de su

valoración interpretativa. Por consiguiente, el COIP, en su artículo 5 numeral 17, reconoce expresamente a la inmediación como precepto rector del proceso penal vigente dentro del ordenamiento legal del Ecuador.

El artículo descrito, ordena que el juez al momento de sustanciar las audiencias orales deberá tomar contacto directo con las partes del proceso, debiendo estar presente en todo momento mientras se practican los medios probatorios y todo acto procesal determinante para la emisión de una sentencia judicial.

De igual manera, el principio de inmediación se puede ver reflejado en las atribuciones que ostenta Fiscalía General del Estado, pues el artículo 444 del cuerpo penal referido, determina en su numeral 7 la potestad que tiene Fiscalía para solicitar testimonios anticipados, los cuales estarán regidos y orientados en todo momento por el principio de inmediación.

De igual manera, el artículo 454 ordena en su numeral 2 que la práctica probatoria estará sometida en todo momento al principio de inmediación como precepto orientador de dicha actuación procesal. Pues la norma de forma textual ordena que tanto partes como juez deben estar presentes en el momento en el cual se produce la evacuación probatoria, so pena de nulidad de dicha actuación de la causa judicial.

Por su parte, el testimonio desarrolla debidamente las normas anunciadas en líneas precedentes en razón de que el artículo 502 numeral 2 ordena debidamente que el testimonio deberá estar regido bajo el principio de inmediación, a tal punto que, en caso de que se produzca una audiencia fallida por ausencia en la comparecencia de testigos, podrá evitarse dicha situación mediante la práctica del testimonio anticipado el cual estará determinado y regido por el precepto de inmediación que se analiza.

Con respecto a la caducidad de la prisión preventiva, el artículo 541 ordena en su numeral 9 que, bajo el principio de inmediación, el juzgador solicitará la presentación periódica del procesado durante la duración de todo el proceso penal, garantizando así un efectivo contacto del juez con el acusado, a fin de materializar el principio de cercanía con la parte procesal. La caducidad es una figura que opera sobre acciones procesales cuando no se ha ejercido debidamente la misma dentro de un periodo determinado, la prisión preventiva, al ser la medida más lesiva dentro de los instrumentos personales de comparecencia procesal, no puede estar supeditada a la permanencia, razón por la cual, la misma no puede durar más de 6 meses cuando se juzguen injustos de pena máximo de 5 años, y 1 año en aquellos injustos que superen la pena de 5 años.

Finalmente, el artículo 610 consagra la imperatividad del principio de inmediación en la etapa procesal de juicio, fase en la cual se determina mediante audiencia de juzgamiento si se destruye la presunción de inocencia del procesado o se ratifica su situación. El artículo 610 demuestra que, por regla general, no podría sustanciarse una audiencia de juzgamiento sin la presencia del procesado dentro de la causa jurisdiccional, debido a que es indispensable la presencia del mismo a fin de que el juzgador pueda emitir una resolución jurídica válida que se adecúe a los hechos que se analizan y juzgan con respecto a la materialidad de la infracción y su respectiva atribubilidad penal.

No obstante, existe una excepción a esta regla general, el cual se denomina juzgamiento en ausencia, tema que será analizado en el subtema número dos de este capítulo, con el objeto de confrontar el precepto de inmediación frente a aquellos casos excepcionales en los cuales no puede juzgarse al procesado si el mismo no se encuentra presente dentro de la causa judicial.

2. Juzgamiento en ausencia en el Ecuador.

El juzgamiento en ausencia es una modalidad excepcional presente dentro del marco jurídico procesal penal ecuatoriano. Esto se debe a que, en conformidad al artículo 612 del COIP, el juzgador necesita de la presencia de Fiscalía y del procesado para poder instalar la audiencia, so pena de que la misma se configure como audiencia fallida en conformidad al artículo 613 del mismo cuerpo legal.

Lo descrito es lógico, en razón de que el artículo 610 ordena la imperatividad de cumplir con el principio de inmediación como precepto orientador de la etapa de juicio dentro de la causa jurisdiccional penal. Por consiguiente, de la misma norma ecuatoriana se deduce que el proceso con juzgamiento en ausencia constituye una excepción a la regla general, bajo la cual no es posible el instalar y sustanciar una audiencia de juicio si es que no se cuenta con la presencia de la persona procesada dentro de la causa jurisdiccional.

En estos casos, la ausencia del acusado puede generar diversos desafíos y riesgos para el proceso penal, los cuales deben ser examinados a cabalidad, a fin de comprender todos los escenarios que arroja la situación referida. Por un lado, el juzgamiento sin la presencia del procesado puede llegar a dificultar la defensa y la contradicción de las pruebas presentadas en contra del mismo, en razón de que, la ausencia del procesado limita su capacidad de ejercer su derecho a la defensa, dificultando su participación activa dentro de la causa jurisdiccional que se sustancia. Y por otro lado, la ausencia del procesado también puede plantear dificultades en la debida evaluación de la credibilidad referente a los testimonios, ya que el juzgador no tiene la oportunidad de observar directamente las reacciones del acusado durante la presentación de las pruebas, ni tiene la oportunidad de percibir sus reacciones y emociones durante la evacuación de la audiencia de juicio. Por tanto, a continuación, se analizará la situación mencionada.

2.1. Fundamento del juzgamiento en ausencia en los delitos de cohecho, peculado, concusión y enriquecimiento ilícito.

La Corte Constitucional Colombiana (2018) ha determinado que el juzgamiento en ausencia no debe ser considerado como una práctica habitual dentro del ordenamiento jurídico procesal del Estado. Para el órgano de justicia constitucional, el juzgar en ausencia al procesado se fundamenta en un aspecto normativo supletorio en aquellos casos en los cuales el acusado dentro de la causa jurisdiccional no ha podido ser retenido para que concurra al mismo. Es decir, se habla de una especie de fracaso en el aseguramiento de la comparecencia del procesado dentro del proceso como tal.

Díaz et. al. (2023) determinan que las características que fundamentan el juzgamiento en ausencia son:

1. El juzgamiento en ausencia no se encuentra determinado por la gravedad del injusto penal.
2. El fracaso en el aseguramiento de la persona procesada en su deber jurídico procesal de concurrir a la causa jurisdiccional.
3. Una sentencia condenatoria ejecutoriada emitida en ausencia del procesado no conlleva que exista una relativización de la cosa juzgada.

Es interesante el hecho de que el fin del juzgamiento en ausencia no radica en la gravedad de los delitos, sino se sustenta en la imposibilidad de asegurar que el procesado acuda a defenderse dentro de la causa judicial, es decir, se estaría hablando de que el Estado como titular de la Función Judicial ha fracasado en su deber de administrar justicia de forma idónea, en razón de que el acusado ha decidido eludir sus obligaciones con el órgano jurisdiccional, surgiendo el fundamento supletorio por el cual, de manera excepcional, el Estado puede juzgar al procesado en ausencia a fin de evitar la impunidad.

Por las consideraciones mencionadas, la Constitución Ecuatoriana ha determinado en su artículo 233 que los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, podrán ser juzgados en ausencia del procesado, a más de configurarse como delitos imprescriptibles. Misma situación se encuentra regulada en los artículos 80 de la Constitución y 16 numeral 4 del COIP. Esto guarda relación directa con el artículo 610 del COIP, el cual determina que, a pesar de ser la regla general el debido cumplimiento del principio de inmediación, el mismo se encuentra limitado en los casos excepcionales de juzgamiento en ausencia previstos en la Constitución.

Esta situación parece estar fundamentada en la realidad histórica del país, en la cual políticos corruptos han decidido evadir sus procesos judiciales con el objeto de garantizar su impunidad. Se pueden encontrar varios ejemplos emblemáticos de esta situación, como son los casos de Abdalá Bucaram, Lucio Gutiérrez y Rafael Correa Delgado, quienes ocuparon el cargo de Presidentes de la República en diferentes momentos de la historia ecuatoriana.

La evasión de los procesos judiciales por parte de políticos corruptos ha sido un problema recurrente en Ecuador. Estos líderes políticos, al enfrentar acusaciones de corrupción e injustos contra la eficiente Administración Pública, han optado por huir del país o buscar refugio en otras naciones, situación ha generado un gran malestar en la sociedad ecuatoriana, ya que se percibe como una inexistente rendición de cuentas, a más de impunidad que socava la confianza en las instituciones del Estado.

Como respuesta a esta problemática, se ha limitado el juzgamiento en ausencia para los delitos contra la eficiente Administración Pública, limitación que busca garantizar que los procesados por injustos penales de corrupción, no eludan su responsabilidad penal con el objeto de que puedan ser juzgados debidamente de manera efectiva. Entonces, al establecer restricciones para el juzgamiento en ausencia, se

pretende asegurar que los procesos judiciales se lleven a cabo con la presencia de los acusados, permitiendo que dichos sujetos ejerzan plenamente los derechos de defensa y contradicción que les asiste la Constitución y los Instrumentos Internacionales.

A continuación, se procederá a examinar el juzgamiento en ausencia frente al principio de inmediación como garantía del debido proceso judicial, a fin de establecer si existe o no una vulneración al mismo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

3. Confrontaciones del principio de inmediación y el juzgamiento en ausencia.

3.1. Posturas doctrinales.

Como se estableció en líneas precedentes el principio de inmediación constituye un precepto procesal por el cual el juzgador debe tener pleno contacto con las partes procesales para poder dirimir los conflictos que se tratan dentro de la relación jurídica procesal.

No obstante, la legislación ecuatoriana se ha alejado de este principio, ya que ha permitido el juzgamiento en ausencia para los delitos que atentan contra el funcionamiento de la administración estatal. Entonces en los casos indicados, se sigue sustanciando la causa jurisdiccional a pesar de que no se produzca la concurrencia física del procesado dentro de la denominada audiencia de juzgamiento, teniendo el magistrado o tribunal el deber de emitir una declaratoria de ausencia bajo los principios que rigen a la motivación, a fin de posteriormente se designe un defensor público o particular para el procesado ausente, con el objeto de respetar su derecho a la contradicción.

Sin embargo, el permitir el juzgamiento en ausencia dentro de los delitos de corrupción, configura la existencia de un proceso judicial en el cual la indefensión manda en la estructura de la causa, debido a que la no asistencia del procesado no permite aplicar de forma normal y debida las garantías que constituyen un proceso debido para quienes

obran como sujetos procesales dentro del trámite jurisdiccional que se sustancia, alejándose la causa de la observancia al principio de inmediación que rige dentro de todo proceso penal.

En este orden de ideas, se observa el problema jurídico dentro del presente trabajo, ya que el artículo 233 inciso segundo de la Constitución Ecuatoriana (reconoce el juzgamiento en ausencia) se encuentra en colisión o incompatibilidad con el principio de inmediación establecido en el artículo 169 del mismo cuerpo jurídico fundamental. El motivo de esta problemática se genera en el hecho de que, al permitirse el juzgamiento en ausencia dentro de los delitos contra la Administración Pública, se abre la posibilidad de que el juzgador dirima la controversia penal sin tomar pleno contacto con el procesado dentro de la causa penal, poniendo en discusión si esta modalidad de juzgamiento es o no compatible con el principio de inmediación procesal que impera dentro de todo el marco procesal penal ecuatoriano.

Según Izquierdo (2021) el juzgamiento en ausencia evidencia una vulneración al principio de inmediación, ya que los medios probatorios que se evacúan en el proceso, necesitan de la presencia del procesado a fin de que el juzgador pueda tener un contacto pleno que le permita inferir de forma correcta los hechos que se juzgan y analizan. Además, el autor enfatiza en el hecho de que, al ser delitos de corrupción, por lo general su consumación engloba como objeto grandes sumas monetarias, por lo que el administración de justicia penal tiene que prestar debida atención a todos los actos procesales a fin de emitir una sentencia justa. No obstante, esta situación por lo general produce alto clamor social, lo cual lleva a que tanto fiscales y juzgadores, en base a la presión mediática y poblacional, se vean obligados a dirimir el conflicto penal de la forma más expedita posible, lo cual podría generar un desapego a los principios de inmediación y plazo razonable que revisten a los procesos judiciales.

Por ende, el autor concluye que existe una discrepancia, con la normativa constitucional y la normativa penal, pues a pesar de que ambas normas garantizan el debido proceso base de principios fundamentales, no es menos cierto que, el permitir el juzgamiento en ausencia de los delitos contra la eficiente administración estatal pone en tela de duda el garantismo de la norma punitiva ecuatoriana, llevando a cuestionar si en verdad el Ecuador se encuentra inmerso en su realidad material dentro de un marco jurídico garante, o el mismo sólo queda en letra muerta de meras consideraciones formales.

Arizaga y Oleas (2020) ejemplifican el supuesto del delito de enriquecimiento ilícito, pues para los autores el juzgamiento en ausencia se confronta de forma directa con el principio de inmediación, generando una antinomia de preceptos que debe ser resuelta mediante un juicio de ponderación. Para los articulistas, también se transgrede el derecho a la defensa del procesado, en razón de que el mismo no tiene la oportunidad de ejercer debidamente su defensa dentro de la causa judicial, la cual tiene relación intrínseca con el principio de inmediación puesto que la sentencia judicial proveniente de un juzgamiento en ausencia, parece alejarse de los elementos que engloban una defensa racional y completa del acusado.

Finalmente, se deja sentado el criterio de Goncalves (2017) quien expresamente colige que juzgar en ausencia al acusado dentro de la causa penal, consiste en una oposición a un sistema procesal garante que estructura sus principios en base a normas objetivas que limitan la discrecionalidad estatal en el mecanismo de resolución de conflictos que maneja la Función Judicial. Se debe recordar lo que menciona Oliveira (2015), en cuanto al Derecho Procesal Contemporáneo debe dejar de lado las formalidades excesivas y acercarse más a un proceso dúctil y garante que materialice los fines de la justicia como

tal, tomando en consideración siempre las condiciones y contextos en el que se desenvuelven las partes procesales dentro de la causa jurisdiccional.

3.2. Caso Sobornos (breve examen).

3.2.1. Análisis dogmático.

El Caso Sobornos, denominado en sus inicios como Arroz Verde, ha sido uno de los procesos judiciales que mayor relevancia y conmoción ha producido en la sociedad jurídica ecuatoriana. La razón por la cual la causa penal referida quedará en la historia de la vida legal del Estado, radica en que dentro de la misma se sentenció a varios funcionarios públicos del gobierno de Alianza País. Empero, el objeto central de la sentencia radica en la declaratoria de responsabilidad penal, por el delito de cohecho pasivo agravado, al ex Presidente de la República Rafael Vicente Correa Delgado, a título de autor mediato por instigación, para posteriormente ser sentenciado a título de autor mediato por infracción de deber en base al análisis jurídico efectuado por el Tribunal de Casación. El presente trabajo tiene como finalidad el presentar un análisis de las sentencias de apelación y casación del caso en mención, estableciendo como puntos a tratar los siguientes: a) un análisis dogmático especial con respecto a la procedencia del delito de cohecho; b) un examen del grado de participación; y c) un análisis referente a la teoría del influjo psíquico, para posteriormente examinar la trascendencia que tiene el principio de inmediación dentro de esta clase de casos de naturaleza penal.

El cohecho, es un injusto que transgrede el correcto funcionamiento de la Administración Pública como bien jurídico protegido penalmente. El profesor Angulo (2021) determina que, en el Caso Sobornos, el Tribunal de Apelación de la Corte Nacional de Justicia ratifica la existencia de la infracción de cohecho pasivo agravado a título de autoría mediata, por instigación.

Con respecto a esta figura delictual se deben efectuar las siguientes consideraciones:

Primero, el cohecho no solo se compone de una figura pasiva sino también activa, en virtud de la cual, el particular que no ostenta la calificación de funcionario público decide corromper al trabajador del Estado, por medio de la entrega de una dádiva económica o de cualquier otra clase, con el fin de que el servidor público ejecute ciertos actos en ejercicio de sus funciones, o condicione supuestos relativos a la función pública que ejerce.

Por lo expuesto, el profesor Angulo (2021) comenta que el delito de cohecho consiste en una especie de acto de preparación delincencial que ha sido elevado a la categoría típica del injusto con el fin de sancionar penalmente una conducta tendiente a derivarse en otros hechos punibles que vulneran el correcto funcionamiento de la Administración Pública Estatal.

En la sentencia emitida por el Tribunal de Apelación, se ratifica la existencia de un cohecho pasivo agravado, empero, no se toma en cuenta si ha existido o no un cohecho activo que configure el hecho punible sobre el cual se juzga a los procesados. Pues siguiendo el trabajo de León (2021), para que exista materialmente el injusto de cohecho es menester que el mismo cumpla con sus elementos objetivos del tipo tanto en su clasificación activa como pasiva, por lo cual, para la configuración de la infracción en análisis, siempre se necesita de un particular que corrompa al funcionario con la entrega de una dádiva (cohecho activo) y una persona que ejerza funciones a nombre del Estado que acepte la entrega de ese beneficio económico (cohecho pasivo). Si se examina lo establecido en la sentencia de apelación, se observa una inadecuada aplicación de la norma penal en base a una motivación errónea con respecto a la subsunción de los presupuestos fácticos del caso en la norma punitiva que tipifica el delito de cohecho en el

Ecuador (artículo 285 del Código Penal y 280 incisos primero, tercero y cuarto del COIP). Esto se debe a que, dentro de la estructura criminal que Fiscalía General del Estado presenta ante los jueces competentes, se deriva que los particulares entregaban dineros o dádivas económicas mediante un sofisticado sistema de funcionarios públicos que se encargaba de recaudar el referido beneficio económico, a cambio de que en un futuro, el gobierno de turno conceda a los supuestos “cohechantes” la adjudicación de contratos para ejecución de obras inherentes a sectores estratégicos del Estado.

Sin embargo, al recaer el análisis sobre la figura del ex Presidente de la República Rafael Correa, resulta impensado el creer que dicho funcionario pueda irradiar efectos sobre los particulares con el fin de que los mismos procedan a consumir el delito de cohecho per se este, a criterio personal, es uno de los puntos que mayor debilidad evidencia la sentencia tanto de primera instancia como de segunda instancia, en razón de que, el Tribunal de Apelación se equivoca al ratificar la existencia de un cohecho agravado pasivo sin demostrar si existe o no la figura activa de la infracción referida. Pues al no poder el Ejecutivo irradiar efectos criminales sobre los particulares, es imposible que se configuren los presupuestos objetivos y subjetivos que caracterizan como típico al delito de cohecho.

Segundo, en varios pasajes de la sentencia de apelación, pareciera ser que, en vez de analizarse la verificación de un delito de cohecho, se estaría configurando un delito de concusión:

Vicente Rafael Correa Delgado, actuó con conciencia, a sabiendas que: el instigar y aconsejar, **desde el ejercicio del máximo poder público** a él otorgado por el pueblo ecuatoriano (función pública), y como líder de su movimiento político (Alianza País), a su selecto grupo de funcionarios públicos (Ministros de Estado, Secretarios, Gobernadores, asesoras, y más funcionarios públicos a su orden),

afines a su gobierno, personas de su confianza, para **la recepción de valores económicos injustos**, a través de Pamela Martínez, determinaría la consolidación del sistema de sobornos planificado para **obtener recursos económicos** para su movimiento político y para él personalmente...obligaba a su selecto grupo de personas, a reportar los valores económicos recabados en el sistema de sobornos, sin excusa alguna; a sabiendas que en **su condición de primer mandatario tenía el dominio político del sistema de contratación pública en el Ecuador y decidía**, en conjunto con los funcionarios de su confianza, desde la esfera gubernamental el emprendimiento, gestión y ejecución del sistema de contratación pública(...); a sabiendas que por intermedio de los procesados Jorge Glas Espinel y Pamela Martínez Loayza, **exigía** que se estipulen ofertas y promesas, aceptadas por medio de su asesora de confianza, a la empresa ODEBRECHT, traducido en dinero en efectivo; con noción que, desde la cúpula del gobierno (Tribunal de Apelación de la Sala de lo Penal y Militar de la Corte Nacional de Justicia, 2020).

A propósito, se ha hecho énfasis con la utilización de “negritas” en la cita precedente, con el fin de evidenciar que en el de análisis de tipicidad subjetiva, el Tribunal de Apelación ha determinado que la autoridad presidencial mantenía el control del sistema nacional de contratación pública con respecto a todo tipo de contratación que debía ejecutarse dentro del Estado con respecto a negocios jurídicos públicos inherentes a sectores estratégicos, estableciéndose que existía conciencia y voluntad del Presidente de exigir, por medio de sus funcionarios, acuerdos en el otorgamiento de beneficios económicos a cambio de otorgar los contratos multimillonarios de obra pública. Dicha conducta cognitiva material, parece acercarse más al tipo penal de concusión tipificado en el artículo 281 del COIP, en vez de configurar un cohecho pasivo agravado.

Por lo tanto, que el Tribunal de Apelación haya ratificado la sentencia de primera instancia con respecto a la existencia de un cohecho pasivo agravado produce incongruencia jurídica en la debida motivación que debe ostentar la resolución judicial, pues no ha existido una correcta subsunción de los presupuestos fácticos en el tipo penal que se imputa a la luz de la Teoría General del Injusto. Finalmente, la sentencia de casación, al resolver sobre un recurso extraordinario, solo admite a trámite el análisis sobre el grado de participación de Rafael Correa, tema que será analizado en los párrafos posteriores.

Con respecto al grado de participación de los procesados, el Tribunal de Apelación ratifica la decisión del Tribunal de primera instancia con respecto a sentenciar al ex Presidente de la República Rafael Correa y su ex Vicepresidente Jorge Glas Espinel por el delito de cohecho agravado a título de autores mediatos por instigación.

Es aquí donde surge otro de los errores más graves de la sentencia de apelación y a su vez de casación.

Primero, con respecto a la sentencia de apelación, el Tribunal de alzada acoge en parte la teoría de Fiscalía de autoría mediata por aparatos organizados de poder, la cual fue formulada por el distinguido catedrático Claus Roxin (2020) inspirado en el enjuiciamiento de funcionarios del partido Nacional Socialista Alemán Adolf Eichmann.

Empero, el Tribunal de Apelación desnaturaliza la teoría en mención al establecer que tanto Rafael Correa como Jorge Glas constituyen autores mediatos, por instigación. Es decir, establecen dos grados de participación a un mismo procesado, olvidando los magistrados descritos, que la instigación es una forma de participación y no una clase de autoría.

A su vez, si se siguen los postulados funcionales de Jakobs (1997), quien se opone a Roxin, se colige que no es posible la existencia de autoría mediata en los delitos de infracción de deber, como es el caso del cohecho. Es más, el autor referido determina que “la actuación mediata no es posible en la ejecución plenamente delictiva del ejecutor” (1997, p.765) Es decir, el autor material que, en este caso era Pamela Martínez, ostentaba plenitud en la realización de su hacer delictivo, estableciéndose trabas ya en la teoría utilizada por el Tribunal de Apelación para ratificar el grado de responsabilidad penal de los procesados en mención. Esto se debe a que, Jakobs (1997) ha sido claro al establecer, bajo su funcionalismo radical, que en delitos que engloban competencia institucional, solo pueden existir autores ya que en esta clase de hechos punibles es imposible que la autoría se encuentre segmentada.

Sin embargo, sigue siendo un yerro importante que los funcionarios de alzada hayan condenado Rafael Correa por el delito de cohecho pasivo agravado a título de autor mediato por instigación, debido a que, se trata de una figura de participación delictual que no se encuentra reconocida en ninguna norma jurídica positiva, doctrina o jurisprudencia vinculante como fuentes del Derecho Penal nacional e internacional.

Inclusive, en caso de que se haya querido acoger la teoría de Roxin (1997), perteneciente al funcionalismo moderado, debían justificarse los presupuestos que engloban la autoría mediata en los aparatos organizados de poder, los cuales propugnan la ficción jurídica del denominado “sujeto de atrás” en los supuestos en los cuales un individuo que ostenta el dominio final del hecho punible impulsa a otros sujetos a cometer injustos en virtud de la jerarquía determinada de una estructura organizada de poder.

Sin embargo, para que se pueda sancionar penalmente a título de autor mediato al “sujeto de atrás” es menester que quienes ejecutan materialmente el injusto, lo hagan en virtud de los siguientes presupuestos fácticos:

- a. Perpetúen delitos impulsados por la coacción infligida por el autor mediato.
- b. Perpetúen delitos en razón de que sean inimputables y se haya aprovechado de esta situación el autor mediato.
- c. Consistan en ejecutores fungibles e intercambiables que puedan ser reemplazados fácilmente sin que esto afecte a la estructura de la organización.

Ahora bien, ante esta situación el Tribunal de Apelación, no se preguntó si es que, Pamela Martínez como Secretaria Jurídica de Rafael Correa, encargada de recibir y distribuir los sobornos recaía en los presupuestos fácticos mencionados en los literales precedentes. Es decir, el Tribunal no se cuestionó si: ¿Pamela Martínez había sido coaccionada a ejecutar conductas punibles?; ¿Pamela Martínez ostenta la calidad de inimputable por al adolecer de falta de capacidad de culpabilidad por alguna patología cognitiva o falta de desarrollo de conciencia material en base a una minoría de edad? ¿Pamela Martínez es una pieza fungible dentro del aparato de organización de poder del Presidente de la República?

Ninguna de estas preguntas fue traída a la discusión dentro del proceso, ni fueron justificadas por medio de la práctica y valoración probatoria del Tribunal de Apelación. Se afirma que, en la fungibilidad de Pamela Martínez se encuentra el debate jurídico tendiente a esclarecer si existiría o no una autoría mediata, no obstante, dicho análisis se entorpece el momento en el cual el Tribunal colige autorías mediatas por instigación, desnaturalizando los postulados dogmáticos de la participación criminal.

En la sentencia de casación, surge un cambio en la designación del grado de participación del ex Presidente Correa, estableciendo la Corte lo siguiente:

Sobre la indebida aplicación del artículo 42 del COIP; ésta se refiere a la autoría en sus diferentes manifestaciones, como ya lo manifestamos en el Considerando Sexto II)

de esta Sentencia en la que transcribimos la disposición y analizamos tanto el artículo 42 del Código Penal, como el también 42 del COIP, **determina la instigación como autoría**. Ciertamente que aquello se ha cuestionado, porque al no tener dominio en el hecho delictivo, no se trataría de autor, o autor mediato como lo establece a partir de 2014 el COIP, pero sin que aquello deslinde su participación indirecta en el delito. Esto porque la participación del inductor no se produce en un delito autónomo; sino en la determinación del elemento subjetivo –dolo– de la conducta antijurídica que realiza en el autor directo –otra persona–. Por tanto, sostener como se pretende, que la instigación no puede ser sancionada, es una falacia; por ello nuestro legislador, lo considera simplemente como autor en el Código Penal, y como autor mediato en el COIP, esto porque su participación antes del cometimiento del hecho es determinante en la consumación a través de los autores directos y coautores.

En la cita precedente, la Corte de Casación reconoce que la instigación es una forma de participación delictiva, sin embargo, se observa que el órgano de justicia yerra al igualar la calidad de inductor o instigador a la de un autor del hecho punible. Es decir, la Corte trata como similares a la figura de la instigación con la de la autoría, situación jurídica que es ajena a la regulación que ordena el COIP y determina la doctrina. Es más, en líneas posteriores la misma Corte afirma que el inductor no ostenta dominio del hecho, sino que engloba una participación indirecta en la comisión de la infracción penal. Es aquí que se debe cuestionar ¿Cómo es que el sujeto que tiene una participación indirecta en el delito de cohecho puede ser configurado como un autor mediato de la infracción?

Se debe recordar que Roxin (2020) expresa que, el autor mediato ostenta dominio del hecho en base al control coaccionado que tiene frente a quienes ejecutan su orden delictiva. O dichos sujetos secundarios o indirectos perpetúan injusto en base a que el hombre de atrás se aprovecha de su imputabilidad o fungibilidad. Por ende, Roxin no

acepta que el autor mediato ostente un rol “indirecto” tal como menciona el Tribunal de Casación en su análisis jurídico de indebida aplicación de los artículos 42 del Código Penal y del COIP.

Empero, es curioso como en la decisión final, el Tribunal de Casación ratifica la responsabilidad penal de Rafael Correa y Jorge Glas por el grado de autores mediatos de cohecho agravado pasivo como delito de infracción de deber, prescindiendo de la equivocada frase “por instigación” que el Tribunal de primera instancia y apelación utilizaban para dirimir el conflicto sometido a su conocimiento. Parece ser que, en este punto, los magistrados comprendieron que no puede jamás existir un autor que ostente el grado de instigador a la vez.

El Tribunal de Casación ratifica la existencia de la teoría del influjo psíquico, tema que ya no se discute en la audiencia de casación. A criterio personal, y desde una perspectiva funcional del Derecho Penal, se expresa que los postulados del influjo psíquico ya han sido superados por la dogmática penal moderna. Inclusive, el mismo Hans Welzel (1956) padre del finalismo, reconoce que para el Derecho Penal el pensamiento es irrelevante, a menos que este se exteriorice claro, pues para el autor, el dolo se compone de un elemento volitivo y cognitivo.

No obstante, esta situación ha sido superada por el funcionalismo penal moderno, comprendiéndose que el dolo únicamente tiene naturaleza cognitiva, ya que como menciona Greco (2009) se comprende que el dolo es ab initio, es decir, conocimiento, en virtud de que solo quien conoce ostenta el dominio del hecho, y solo éste sujeto es quien otorga motivos para justificar el tratamiento impensado de las circunstancias en las que se produce una conducta dolosa.

No obstante, se presenta la incongruencia jurídica de que, el Tribunal motiva su resolución aplicando dos teorías que son contrapuestas. En primer lugar, el órgano de justicia reconoce que el dolo es conocimiento y voluntad desde una concepción finalista de la acción, mientras que, por otro lado, aplica una teoría funcional moderada de imputación objetiva como es la autoría mediata por aparatos organizados de poder. En este punto el tribunal olvida que, para los funcionalistas, entender que el dolo es voluntad, consiste en una cuestión superada que no se apega a estas nuevas teorías objetivas, pues para los dogmáticos funcionales el dolo únicamente es conocimiento. En este punto se demuestra una incoherencia jurídica en la motivación del fallo, pues no se puede estirar la interpretación de la doctrina, aplicando dos teorías contrapuestas para adecuar una decisión jurisdiccional.

Sin embargo, el Tribunal de Casación decide condenar al ex Presidente de la República por autor mediato por instigación del cohecho pasivo agravado, ya que el mismo mediante el dolo tuvo la potestad volitiva de inducir a sujetos, que no han sido coaccionados o sean inimputables a la comisión de infracciones penales contra la Administración Pública. Sinceramente, aquí se vislumbra una de las fallas más grandes en la aplicación de dogmática penal dentro de la sentencia.

Por tanto, de lo expuesto en líneas precedentes se conmina tener en cuenta que:

- a. No es posible sancionar penalmente al pensamiento ya que conllevaría una intromisión arbitraria en el ámbito privado del individuo, desnaturalizando así el principio de mínima intervención penal.
- b. El deseo y fuero interno del ex Presidente Correa no puede ser tomado como suficiente para establecer su autoría mediata por instigación, ya que se utilizan

dos teorías contrapuestas para generar un esquema de imputación que es equivocado.

3.2.2. Análisis del principio de inmediación.

El caso sobornos o Arroz Verde, en el que se juzgó al expresidente Rafael Correa Delgado en ausencia, se plantean importantes consideraciones en relación con la necesidad de la presencia del procesado durante la audiencia de juicio, con el objeto de garantizar de forma debida el principio de inmediación. En primer lugar se debe afirmar que, en el presente caso, las teorías de imputación del procesado se fundamentaron en la teoría del influjo psíquico y los postulados de los aparatos organizados de poder en las infracciones de deber, teoría que ha sido propuesta por el tratadista alemán Claus Roxin, siendo postulados dogmáticos que para ser acreditados en forma debida, necesitan de la comparecencia del sujeto procesado a la audiencia de juicio, a finde poder determinar la tan anhelada verdad procesal.

Para la resolución del caso, la Corte Nacional de Justicia, en su sentencia de casación, aplicó la teoría del influjo psíquico, la cual sostiene que en los casos en los que se involucra a altos funcionarios públicos o personas con poder político en delitos de infracción de deber, es necesario analizar su influencia psicológica en la comisión de los hechos punibles dentro de aparatos organizados de poder. No obstante, para poder determinar estas teorías, es indispensable que concurra la presencia del procesado durante toda la sustanciación que merece una audiencia de juicio, con el objeto de que, mediante su comportamiento, reacciones y explicaciones, los magistrados puedan encontrar los elementos que la inmediación les ofrece establecer con claridad una responsabilidad penal.

Asimismo, los postulados de los aparatos organizados de poder en las infracciones de deber destacan la importancia de analizar el contexto en el que se cometieron los

delitos y la participación de las estructuras de poder en la comisión de los mismos, razón por la cual, es trascendental que el juzgador pueda tener contacto directo con los procesados, a fin de comprender debidamente el alcance de estas entidades de organización criminal. Consecuentemente se afirma que estas estructuras suelen tener una influencia significativa en el desarrollo de los hechos y, por lo tanto, su participación debe ser debidamente evaluada por los magistrados encargados de sustanciar la causa jurisdiccional penal, siendo en estos supuestos, la presencia del procesado, crucial para poder examinar con amplitud el rol que éste ostentaba dentro de las organizaciones criminales, para poder determinar la existencia de un hecho delictivo y la responsabilidad.

Como resultado, la falta de presencia del procesado puede llevar al juzgador a cometer yerros de valoración probatoria, jurídica y fáctica, ya que no encuentra las percepciones adecuadas para inferir con normalidad su examen lógico frente a la causa que debe resolver, poniendo en tela de duda los principios procesales sobre los que se levanta la causa jurisdiccional penal, más aún en estos supuestos en los cuales a los magistrados se les presentan teorías complejas como la de el influjo psíquico y los aparatos organizados de poder.

Por tanto, con el análisis expuesto, es totalmente válido cuestionar la pertinencia, objetividad y validez que revisten a los casos en los cuales se produce el juzgamiento en ausencia dentro de la administración de justicia del Ecuador, debido a que, si no se encuentra el procesado dentro de la audiencia de juicio, estará latente el riesgo de que esta modalidad de juzgamiento vulnere el principio de inmediación que se erige de forma habitual como una garantía fundamental del debido proceso penal.

No se debe olvidar que, al implementar el juzgamiento en ausencia para hechos punibles de corrupción, se vuelve indispensable elaborar un juicio de ponderación, en el cual, concurren los principios de justicia frente al principio de inmediación, debiendo

tomarse en consideración que, si bien es comprensible que la Función Judicial tenga preocupación por asegurar que los procesados por delitos corrupción no eludan su responsabilidad penal, no es menos cierto que también es fundamental preservar el debido respeto a las garantías procesales y los principios fundamentales sobre los cuales se determina la existencia de un proceso jurisdiccional objetivo.

Existen mecanismos que se podrían implementar para garantizar el juzgamiento con la presencia de personas procesadas en los delitos de corrupción, otorgándole al juzgador herramientas jurídicas que le permitan apreciar debidamente la verdad histórica que se juzga. Por ejemplo, se podría empezar por la exploración de opciones informáticas como es caso del uso de tecnologías de comunicación, las cuales permitirían la participación remota del procesado mientras se sustancia la respectiva audiencia de juicio, manteniendo así, una vía por la cual se podría vislumbrar la materialización del precepto de inmediación.

Además, también se deben establecer diversas garantías procesales adecuadas para asegurar que el acusado esté debidamente informado de los cargos en su contra y tenga la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa, sin olvidar que cuando se formula cargos a un individuo, y durante todo el proceso penal, el juzgador puede ordenar medidas personales que garanticen que el acusado pueda concurrir de forma personal a la causa jurisdiccional punitiva, armonizando así los principios penales procesales, evitando antes de la audiencia de juicio cualquier elusión y evasión del procesado frente al juzgamiento penal.

Por tanto, del caso sobornos o Arroz Verde, se derivan interrogantes relevantes en relación con el juzgamiento en ausencia y su impacto en la búsqueda de la verdad procesal dentro de los delitos que permiten esta clase de juzgamiento. Pues las teorías dogmáticas, como la del influjo psíquico y los postulados de los aparatos organizados de poder en las

infracciones de deber, han permitido analizar cuál es la importancia y trascendencia que tiene la presencia del procesado para la configuración de un juicio penal imparcial y justo. Por consiguiente, de la ponderación que se presenta entre los principios de justicia y el principio de inmediación, nace un desafío jurídico social para la legislación ecuatoriana, la cual debe buscar la manera de equilibrar la lucha contra la impunidad, con el objeto de asegurar el debido respeto de las garantías procesales y los derechos fundamentales de quienes ostentan la calidad de procesados dentro de una causa jurisdiccional.

CONCLUSIONES.

En primer lugar, en este trabajo se ha observado que la actividad pública de la administración conlleva siempre altos niveles de responsabilidad y transparencia por parte de las personas que forman parte de las entidades estatales y sus organismos, siendo estos las herramientas por las cuales el Estado busca la materialización de sus objetivos y finalidades. Como resultado, se afirma que el correcto ejercicio del poder público es la única forma por medio de la cual la entidad estatal puede satisfacer el cúmulo de derechos humanos de la población. Por tal razón, se ha determinado que la Administración Pública debe obedecer a los principios de objetividad, eficiencia administrativa, legalidad, y transparencia en la utilización y destino de los fondos económicos del Estado.

Sin embargo, cuando no se cumpla con dicha transparencia en el manejo de los fondos públicos, surgen los delitos contra la eficiente Administración Pública, entendidos estos como hechos punibles tienen como finalidad el adaptarse al ordenamiento jurídico internacional como contraposición a las conductas de corrupción, puesto que es en base de la historia humana y los lineamientos de los organismos internacionales, se ha generado la obligación de crear una estructura penal que prohíba y sancione los actos destinados a perturbar la manera debida, transparente y honesta sobre la cual debe ejercerse el poder público.

La corrupción debe ser comprendida como la desviación y abuso del poder público por parte de quienes se encuentran inmersos en una relación jurídica pública, desnaturalizando los preceptos de honestidad, eficiencia, probidad y responsabilidad en la determinación de decisiones políticas. Tanto el cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, concusión y peculado son conductas delictivas que irradian a la corrupción como elemento connatural. Entonces, no queda duda que la corrupción es la circunstancia social

nociva que fundamenta la existencia de los delitos contra la eficiente Administración Pública.

La problemática jurídica planteada en este trabajo se centra en la colisión o incompatibilidad entre el artículo 80, 233, inciso segundo, de la Constitución Ecuatoriana y el principio de inmediación establecido en el artículo 169 del mismo cuerpo jurídico fundamental. El conflicto surge debido a que, al permitir el juzgamiento en ausencia, se plantea la posibilidad de que el juzgador resuelva sin tomar pleno contacto con el procesado dentro de la causa penal, poniendo en discusión si esta modalidad de juzgamiento es o no compatible con el principio de inmediación procesal que impera dentro de todo el marco procesal penal ecuatoriano.

En este análisis se demuestra que los fundamentos y razones que justifican el juzgamiento en ausencia, consisten en ideas sociales que pretenden evitar la impunidad de políticos corruptos por medio de medidas procesales que se alejan de un Derecho Procesal Garante. En este punto, el legislador ha procedido a ponderar los principios de eficiente administración pública frente a los derechos y garantías procesales, sacrificando el precepto de inmediación con el objetivo de juzgar a aquellos políticos prófugos que han decidido eludir a la justicia a fin de no ser procesados en el país.

Además, se demostró que el juzgamiento en ausencia en esta clase de delitos, vulnera el principio de inmediación reconocido en la norma constitucional. Pues la posibilidad de juzgar en ausencia plantea un escenario en el que el juez no tiene un contacto directo con el procesado durante la audiencia de juicio, lo cual desemboca en interrogantes acerca de cómo el magistrado podría obtener una apreciación completa de los hechos y circunstancias que rodean el caso, a fin de que pueda emitir una decisión judicial que se apegue a la verdad material en base al debido respeto a las garantías que conforman una causa jurisdiccional justa.

En este punto debemos concluir una situación fundamental, si bien el derecho al silencio es una prerrogativa trascendental dentro del sistema judicial, no es menos cierto que la aplicación de dicho derecho limita las posibilidades de inmediación del juzgador frente al procesado, por lo que el mismo criterio podría utilizarse para el juzgamiento en ausencia, ya que ambos supuestos se permiten en la legislación. Entonces surge la siguiente interrogante: ¿Cuándo un procesado opta por ejercer su derecho al silencio, también se ve afectada la inmediación del juez en el proceso, por lo que no habría problema en permitir el juzgamiento en ausencia del procesado?, esta idea nace por el supuesto de que el juzgador ya no tendría la oportunidad de escuchar al procesado en audiencia, situación determinante para la toma de una decisión.

No obstante, se debe recordar que la inmediación implica la capacidad del juez de presenciar y evaluar una variedad de aspectos que van más allá de las palabras del procesado, aspectos que se traducen en la revisión de expresiones faciales, gestos, actitudes, emociones, reacciones ante el testimonio y las pruebas presentadas, es decir, consiste en la verificación de varios supuestos que forman parte del proceso judicial. Para tales efectos, la inmediación juega un papel crucial en la percepción de la credibilidad y la verdad durante el juicio, ya que permite que los juzgadores puedan obtener en forma debida una imagen completa acerca de todos los supuestos que se encuentran sucediendo en la audiencia de juicio respectiva, por lo que, es esencial para una correcta administración de justicia el poder observar al procesado de manera directa y presenciar sus reacciones a fin de tomar una decisión idónea.

Como resultado, no se puede igualar el supuesto en el cual el procesado se acoge al derecho al silencio con el juzgamiento en ausencia al momento de examinar estos supuestos frente al principio de inmediación. El principio mencionado va más allá que la simple declaración del procesado, pues se traduce en la verificación de acciones,

sentimientos, emociones, actitudes y percepciones, situaciones que no pueden ser tomadas en cuenta por los juzgadores cuando se procesa en ausencia a un individuo.

De igual forma, con el juzgamiento en ausencia en la práctica no llega a visualizarse una armonía normativa que se apegue a los derechos humanos y las garantías procesales, pues se nota que juzgar sin presencia del acusado dentro de la causa penal, consiste en una oposición a un sistema procesal garante que estructura sus principios en base a normas objetivas que limitan la discrecionalidad estatal en el mecanismo de resolución de conflictos que maneja la Función Judicial. El Derecho Procesal Contemporáneo tiene que dejar de lado las formalidades excesivas y acercarse más a un proceso dúctil y garante que materialice los fines de la justicia como tal, tomando en consideración siempre las condiciones y contextos en el que se desenvuelven las partes procesales dentro de la causa jurisdiccional.

Por lo tanto, el permitir el juzgamiento en ausencia dentro de los delitos de corrupción, configura la existencia de un proceso judicial en el cual la indefensión manda en la estructura de la causa, debido a que la no asistencia del procesado no permite aplicar de forma normal y debida las garantías que constituyen un proceso debido para quienes obran como sujetos procesales dentro del trámite jurisdiccional que se sustancia, alejándose la causa de la observancia al principio de inmediación que rige dentro de todo proceso penal.

RECOMENDACIONES

Para abordar esta problemática, es importante considerar soluciones que permitan conciliar los principios y valores en conflicto:

1. En primer lugar, se propone la exploración de opciones informáticas como es caso del uso de tecnologías de comunicación, las cuales permitirían la participación remota del procesado mientras se sustancia la respectiva audiencia de juicio, manteniendo así, una vía por la cual se podría vislumbrar la materialización del precepto de intermediación.
2. Y segundo, también se deben establecer diversas garantías procesales adecuadas para asegurar que el acusado esté debidamente informado de los cargos en su contra y tenga la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa, sin olvidar que cuando se formula cargos a un individuo, y durante todo el proceso penal, el juzgador puede ordenar medidas personales que garanticen que el acusado pueda concurrir de forma personal a la causa jurisdiccional punitiva, armonizando así los principios penales procesales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Amoni Reverón, G. A. (2013). El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de inmediación procesal. *Revista IUS*, 7(31), 67-85.

Asamblea Nacional. (2021). COIP. Registro Oficial Suplemento Nro. 180.

Congreso Nacional del Ecuador. (2000). Código Penal. CEP.

Corte Constitucional Colombiana. (2018). Sentencia T-463/18.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-463-18.htm>

Díaz Soto, J. M., Contreras, N., Ramírez Marín, M., Moreno Tinjacá, J. S., Cabarcas, F., & Gallardo Muñoz, H. F. (2021). Análisis de la convencionalidad del juzgamiento en ausencia en materia penal. *Derecho Penal y Criminología*, 42(113), 97-145.

Duce, A. B. (2004). *Litigación penal, juicio oral y prueba*. Legis.

González, P. A. L. (2021). Autoría y participación en la infracción del deber: una especial referencia al delito de cohecho. *Iuris Dictio*, 14-14.

Greco, L. (2009). Dolo sem vontade. *SILVA DIAS e outros, Liber Amicorum de José de Sousa e Brito, Almedina*.

Jakobs, Günther: “Derecho Penal, Parte General”, 2º edición, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997

Martínez, L. P. (2009). Debido proceso, inmediación, derecho de defensa, su observancia en un proceso civil oral. *Revista Iter ad Veritatem*, 93.

Roxin, C. (2008). *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto

Roxin, C. (2020). *Aparatos Organizados de Poder*. Departamento de Externado de Colombia.

Tribunal de la Sala Penal y Militar de la Corte Nacional de Justicia. (2020) Caso Sobornos. Juicio nro. 17779-2019-00029G. Sentencia de Apelación.

Tribunal de la Sala Penal y Militar de la Corte Nacional de Justicia. (2020). Caso Sobornos. Juicio nro. 17779-2019-00029G. Sentencia de Casación.

Welzel, H. (1956). Derecho penal parte general, trad. *Carlos Fontán Balestra*. Buenos Aires: *Roque De Palma*.

Izquierdo Chávez, P. A. (2021). *Vulneración del principio de inmediación por juzgamiento en ausencia del procesado, en delitos de cuello blanco* (Bachelor's thesis).

Arízaga Panchana, L. D., & Oleas Narea, E. A. (2020). *Garantías del derecho a la defensa y el principio de inmediación frente al juzgamiento en ausencia en el delito de enriquecimiento ilícito* (Bachelor's thesis, Universidad de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas).

Goncalvez, C. A. (2017). El crimen de cuello blanco, la corrupción y mecanismos de control administrativos forenses. Buenos Aires: UCES.

Oliveira, C. (2010). El formalismo-valorativo frente al formalismo excesivo. trad. *Renzo Cavani Brain*. En: *Revista Jurídica del Perú*, (113), 291-310.

FALTA LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR