UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

ESTUDIO DE CASO PREVIA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA

TEMA:

"VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CASO DE PECULADO DENTRO DEL PROCESO JUDICIAL PENAL NÚMERO 02256-2011-0125 EN EL CANTÓN CHILLANES"

AUTOR:

PATRICIO FERNANDO GUILLÍN ALDÁS

TUTOR DEL PROYECTO:

DR. WASHINTGON JAVIER BAZÁNTES ESCOBAR

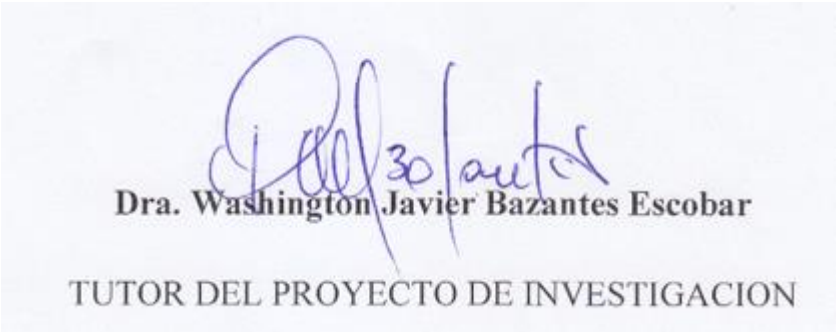
GUARANDA – ECUADOR

2019

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TESIS

Yo Dr. Washington Javier Bazantes Escobar, en mi calidad de Tutor del estudio de caso, como modalidad titulación contemplada legalmente en el Reglamento de la Unidad de titulación de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas, designado mediante Resolución del Consejo Directivo, bajo juramento, **CERTIFICO**: Que el egresado de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas, Escuela de Derecho **PATRICIO FERNANDO GUILLÍN ALDÁS**, finalizo su trabajo de grado previo a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, con el Tema: "VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CASO DE PECULADO DENTRO DEL PROCESO JUDICIAL PENAL NÚMERO 02256-2011-0125 EN EL CANTÓN CHILLANES"; habiendo trabajado conjuntamente en el desarrollo del mismo con el investigador, constatando que el trabajo realizado es de autoría del tutorado por lo que se aprueba la misma.

Esto es todo cuanto puedo manifestar en honor a la verdad, sin restricción de que el interesado pueda hacer uso de la presente, además autorizo la presentación para la calificación por los miembros del jurado respectivo.



DEDICATORIA

A mi madre, por haberme enseñado que siempre existen las grandes oportunidades.

A la vida; por siempre demostrarnos que todo aquello que queremos se logra cuando lo proyectamos en nuestra mente, nuestros sueños, nuestros ideales de ver una sociedad edificada en buenos principios

Patricio Fernando Guillín Aldás

AGRADECIMIENTO

A mi querido Rafael, por haber confiado en mí, hasta después de tus días. A mi adorada Hannye Rafaela, por haberte convertido en el motor que me impulsa a seguir dando pasos gigantes en la vida, por haberme dado una nueva oportunidad para crecer profesionalmente, "porque la esperanza de ver una sociedad sólida, ética y moramente fincada dependerá de nosotros siempre".

A mi madre por haberme demostrado que todo se puede lograr con perseverancia, con amor, lealtad y deseos de ver a sus hijos crecer en sus sueños más anhelados

A los docentes, autoridades y demás servidores de la Universidad Estatal de Bolívar, por todas las sabias enseñanzas que hoy las he puesto en práctica al culminar este trabajo de grado, por la confianza que han depositado en mí para engrandecer sus aulas

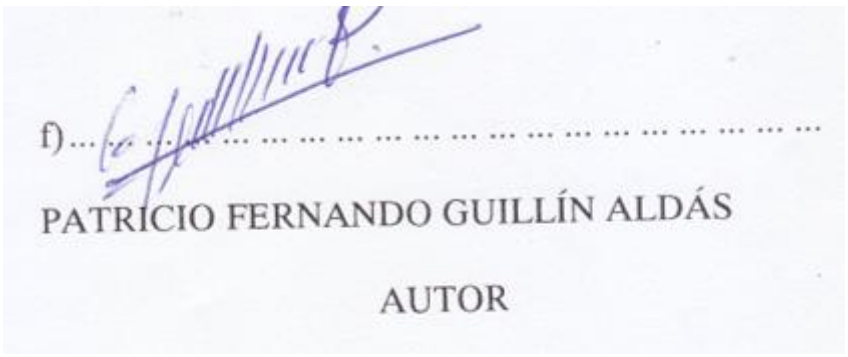
A mi director Dr. Washington Bazántes Escobar, por compartir sus conocimiento, apoyo y paciencia en el desarrollo de esta investigación. A quien considero y admiro como un mentor y ejemplificador del conocimiento adquirido y en quien deposito mis esperanzas de mantenerme bajo su tutela y enseñanza durante el resto de mi vida.

Patricio Fernando Guillín Aldás

DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTORÍA DEL TRABAJO DE GRADO

Yo, PATRICIO FERNANDO GUILLÍN ALDÁS, portador de la cedula de ciudadanía Nº 020156191-7, egresado de la Universidad Estatal de Bolívar, Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas - Escuela de Derecho, bajo juramento declaro de manera libre y voluntaria, que el presente trabajo de tesis denominado: "VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CASO DE PECULADO DENTRO DEL PROCESO JUDICIAL PENAL NÚMERO 02256-2011-0125 EN EL CANTÓN CHILLANES", es producto de mi propia autoría, además cabe indicar que algunas palabras vertidas en la misma, es realizado basándose en compendios bibliográficas de los libros, doctrinas, normas y disposiciones de nuestra legislación, dejando a salvo los derechos de terceros sobre la bibliografía consultada y puntos de vista de los autores citados en el presente trabajo.

Atentamente,



Tario,

ESCRITURA PÚBLICA No. 2019-17-01-015-P001545

Factura Nro. 001-002-00052966

DECLARACION JURAMENTADA

OTORGADA:

PATRICIO FERNANDO GUILLIN ALDAS

CUANTÍA: INDETERMINADA

DI: 2 COPIAS

J.G.

En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, Capital de la República del Ecuador, el día de hoy, veinte y cuatro (24) de abril del año dos mil diecinueve (2019), ante mí Doctor JUAN CARLOS MORALES LASSO, Notario Décimo Quinto del Cantón Quito, comparece con plena capacidad, libertad y conocimiento, a la celebración de la presente escritura, el señor PATRICIO FERNANDO GUILLIN ALDAS, por sus propios y personales derechos, en calidad de declarante.- El compareciente declara ser de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, de estado civil divorciado, domiciliado en la ciudad de Quito Distrito Metropolitano, en el barrio Las Casas, calle Obispo Díaz de la Madrid, Conjunto Balcón Metropolitano, Bloque D, departamento 202, teléfono cero nueve nueve cinco seis seis seis uno ocho siete, correo electrónico:

pachistms@hotmail.com, en derecho para contratar y contraer obligaciones, a quien de conocer doy fe, en virtud de haberme exhibido su documento de identificación cuya copia fotostática, debidamente certificada por mí, agrego a esta escritura, como documento habilitante.- Advertido el compareciente por mí el Notario de los efectos y resultados de esta escritura, así como examinados que fueron en forma aislada y separada de que comparece al otorgamiento de esta escritura sin coacción, amenazas, temor reverencial, ni promesa o seducción, dice que con el objeto de dar cumplimiento a las disposiciones legales pertinentes, y previo el juramento legalmente presentado ante el Notario, con pleno conocimiento de la gravedad del mismo y de las penas de perjurio declara bajo juramento lo siguiente: "Yo, PATRICIO FERNANDO GUILLIN ALDAS con número de cédula cero dos cero uno cincuenta y seis diecinueve uno guion siete (020156191-7), egresado de la Universidad Estatal de Bolivar, Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas – Escuela de Derecho, bajo juramento declaro de manera libre y voluntaria, que el presente trabajo de tesis denominado: "VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CASO DE PECULADO DENTRO DEL PROCESO JUDICIAL PENAL NUMERO 02256-2011-0125 EN EL CANTON CHILLANES", es productor de mi propia autoría, además cabe indicar que algunas palabras vertidas en la misma, es realizado basándose en compendios bibliográficas de los libros, doctrinas, normas y disposiciones de nuestra legislación, dejando a salvo los derechos de terceros sobre la bibliografía consultada y puntos de vista de los autores citados en el presente trabajo.- Es todo cuanto puedo declarar en honor a la verdad.- **HASTA AQUÍ LA DECLARACION JURADA DEL COMPARECIENTE,** la misma que queda elevada a escritura pública con todo su valor legal.- Para la celebración de la presente escritura pública

se observaron los preceptos legales del caso y leída que le fue al compareciente, por mí el Notario, éste se afirma y ratifica en ella y para constancia de lo cual firma juntamente conmigo, en unidad de acto, de todo lo cual doy fe.-



PATRICIO FERNANDO GUILLIN ALDAS

C.C. 0220561911

DR. JUAN CARLOS MORALES LASSO

NOTARIO DÉCIMO QUINTO DEL CANTON QUITO

El No...



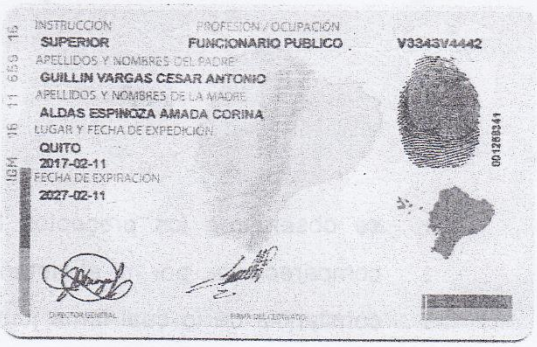
REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA
No. 020156191-7

APELLIDOS Y NOMBRES
GUILLIN ALDAS PATRICIO FERNANDO

LUGAR DE NACIMIENTO
BOLIVAR
CHIMBO
SAN JOSE DE CHIMBO

FECHA DE NACIMIENTO 1979-10-20
NACIONALIDAD ECUATORIANA
SEXO HOMBRE
ESTADO CIVIL DIVORCIADO



INSTRUCCIÓN: SUPERIOR
PROFESIÓN / OCUPACIÓN: FUNCIONARIO PUBLICO
V3343V4442

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
GUILLIN VARGAS CESAR ANTONIO

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
ALDAS ESPINOZA AMADA CORINA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2017-02-11

FECHA DE EXPIRACIÓN
2027-02-11

001269341

IGM 16 11 659 16

DIRECTOR GENERAL

FIRMA DEL CEDULADO



CERTIFICADO DE VOTACIÓN
24 - MARZO - 2019

CNE

0004 M
JUNTA No.

0004 - 047
CERTIFICADO No.

0201561917
CÉDULA No.

GUILLIN ALDAS PATRICIO FERNANDO
APELLIDOS Y NOMBRES

0201561917

11-02-2017

PROVINCIA: BOLIVAR

CANTÓN: CHIMBO

CIRCUNSCRIPCIÓN:

PARROQUIA: SAN JOSE DE CHIMBO

ZONA:

ELECCIONES SECCIONALES Y CPCCS
2019

CIUDADANA/O:

ESTE DOCUMENTO ACREDITA QUE USTED SUFRAGÓ EN EL PROCESO ELECTORAL 2019

LA PRESIDENTA/E DE LA JRV

NOTARIA DECIMA QUINTA DEL CANTON QUITO
De acuerdo con la facultad prevista en el numeral 5 del Art. 18 de la Ley Notarial, doy fe que la COPIA que antecede en 1 foja(s) es igual al documento original presentado ante mí
Quito, 24 ABR 2019

Dr. Juan Carlos Morales Lasso
NOTARIA DECIMA QUINTA DEL CANTON QUITO

REPÚBLICA DEL ECUADOR
Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación

Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación

CERTIFICADO DIGITAL DE DATOS DE IDENTIDAD





Número único de identificación: 0201561917

Nombres del ciudadano: GUILLIN ALDAS PATRICIO FERNANDO

Condición del cedulado: CIUDADANO

Lugar de nacimiento: ECUADOR/BOLIVAR/CHIMBO/SAN JOSE DE CHIMBO

Fecha de nacimiento: 20 DE OCTUBRE DE 1979

Nacionalidad: ECUATORIANA

Sexo: HOMBRE

Instrucción: SUPERIOR

Profesión: FUNCIONARIO PUBLICO

Estado Civil: DIVORCIADO

Cónyuge: No Registra

Nombres del padre: GUILLIN VARGAS CESAR ANTONIO

Nacionalidad: ECUATORIANA

Nombres de la madre: ALDAS ESPINOZA AMADA CORINA

Nacionalidad: ECUATORIANA

Fecha de expedición: 11 DE FEBRERO DE 2017

Condición de donante: SI DONANTE

Información certificada a la fecha: 24 DE ABRIL DE 2019
Emisor: NELLY JEANNETH GUAMAN PILCO - PICHINCHA-QUITO-NT 15 - PICHINCHA - QUITO

N° de certificado: 195-218-77675

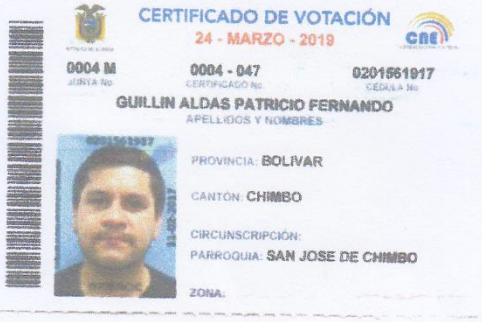
195-218-77675

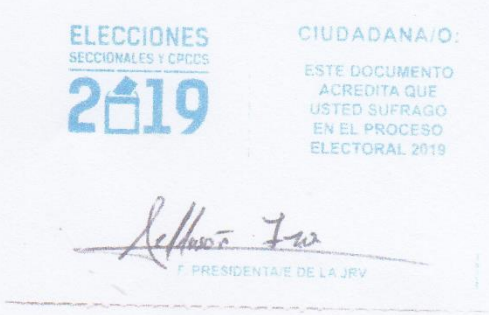
Lcdo. Vicente Taiano G.
Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación
Documento firmado electrónicamente

La institución o persona ante quien se presente este certificado deberá validarlo en:**https://virtual.registrocivil.gob.ec**, conforme a la LOGIDAC Art. 4, numeral 1 y a la LCE.


REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN
CÉDULA DE CIUDADANÍA
No. 020156191-7
APELLIDOS Y NOMBRES
GUILLIN ALDAS PATRICIO FERNANDO
LUGAR DE NACIMIENTO
BOLIVAR
CHIMBO
SAN JOSE DE CHIMBO
FECHA DE NACIMIENTO 1979-10-20
NACIONALIDAD ECUATORIANA
SEXO HOMBRE
ESTADO CIVIL DIVORCIADO


INSTRUCCIÓN
SUPERIOR
PROFESIÓN / OCUPACIÓN
FUNCIONARIO PUBLICO
V3343V4442
APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
GUILLIN VARGAS CESAR ANTONIO
APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
ALDAS ESPINOZA AMADA CORINA
LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2017-02-11
FECHA DE EXPIRACIÓN
2027-02-11


CERTIFICADO DE VOTACIÓN
24 - MARZO - 2019
0004 M
JUNTA No.
0004 - 047
CERTIFICADO No.
0201561917
CÉDULA No.
GUILLIN ALDAS PATRICIO FERNANDO
APELLIDOS Y NOMBRES
PROVINCIA: BOLIVAR
CANTÓN: CHIMBO
CIRCUNSCRIPCIÓN:
PARROQUIA: SAN JOSE DE CHIMBO
ZONA:


ELECCIONES
SECCIONALES Y CPCCS
2019
CIUDADANA/O:
ESTE DOCUMENTO ACREDITA QUE USTED SUFRAGO EN EL PROCESO ELECTORAL 2019
F. PRESIDENTA/E DE LA JRV

TÍTULO

“VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CASO DE PECULADO DENTRO DEL PROCESO JUDICIAL PENAL NÚMERO 02256-2011-0125 EN EL CANTÓN CHILLANES”

INDICE

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TESIS ii

DEDICATORIA iii

AGRADECIMIENTO iv

DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTORÍA DEL TRABAJO DE GRADO v

TÍTULO xii

RESUMEN 1

GLOSARIO DE TÉRMINOS 4

INTRODUCCIÓN 9

CAPITULO I 12

PLANTEAMIENTO DEL CASO A SER INVESTIGADO 12

1.1 Presentación del Caso.- 12

1.2 Objetivos del Análisis o Estudio de Caso 14

Objetivo General 14

Objetivos Específicos 14

CAPITULO II 16

CONCEPTUALIZACIÓN DEL CASO 16

2.1 Antecedentes del Caso 16

2.1 Fundamentación Teórica del Caso 18

2.1.1 Tutela Jurídica Efectiva en el Derecho Ecuatoriano y el Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos. 18

2.2.2 Los Bienes del Estado 24

2.2.2.1 Definición de Estado 24

2.2.2.2 Bienes del Estado 25

2.2.2.3 El Peculado en el Derecho Penal Ecuatoriano 27

2.2.2.4 Elementos Constitutivos del Tipo Penal de Peculado, en el Código Orgánico Integral Penal. 35
2.2.2.5 El Bien Jurídico Protegido. 37
2.3. El principio de proporcionalidad en el delito de peculado en el Ecuador 38
2.3.1. Definición del Principio de Proporcionalidad 39
2.3.2 Los Sub Principios del Principio De Proporcionalidad 40
2.3.3 Proporcionalidad de la Pena en el Delito de Peculado. 41
2.3.4. El principio del Debido Proceso como garantía constitucional 44
2.3.5 El principio de Responsabilidad por parte de los Operadores de Justicia 48
2.4 Preguntas de Investigación 51
CAPITULO III 53
DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO INVESTIGATIVO REALIZADO 53
3.1. Análisis de la sentencia dictada en primera instancia tribunal que dictó la sentencia: . 53
3.2 Análisis de la Sentencia Dictada en Segunda Instancia por el Tribunal de Garantias Penales de Bolívar Considerando Noveno: 58
3.3 Análisis de la Resolución Tomada por la Corte Nacional de Justicia. 58
CAPITULO IV 59
RESULTADOS 59
4.1 Resultados del Estudio en el Presente Caso De Investigación: 59
4.2 Impacto que Generan los Resultados del Presente Estudio de Caso 59
CAPITULO V 62
5.1. CONCLUSIONES 62
5.2 RECOMENDACIONES 64
BIBLIOGRAFÍA 65
WEBGRAFÍA 65

RESUMEN

Dentro del presente caso de estudio, se realizará el análisis del procedimiento y actuaciones por parte de la Fiscalía, Jueces y demás personas que actuaron en el proceso judicial No. 02256-2011-0125 El efecto jurídico que contrae la persona que comete o infringe la ley a cometer el delito de peculado (Art. 327 del Código Penal).

En el presente trabajo abordaremos principalmente el tema de la proporcionalidad de la pena que se aplica especialmente en el grado o la magnitud que la ley determina en una condena por peculado, el grado de perjuicio que generó para el Estado el cometimiento de este delito, y el perjuicio que genera al ciudadano/a considerando la gravedad del hecho cometido, observando si dicha sanción se aplicó dando cumplimiento a lo que determina la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 76 No. 6.

Como ya lo señale anteriormente, el presente trabajo tiene como propósito investigar si las leyes ecuatorianas, (incluido el ordenamiento penal vigente), acogen o aplican con responsabilidad social el principio de proporcionalidad de la pena, toda vez que las resoluciones emitidas en las diferentes instancias, han establecido o se han establecido estrictamente a la norma positiva (Código Orgánico Integral Penal), para sustanciar su argumentación y pronunciamiento definitivo, sin tomar en cuenta la capacidad de resolver mediante la adopción de otros medios que afecten en menor proporcionalidad a los infractores.

En el mismo pretendo realizar un estudio jurídico y temático si el proceso que se llevó, fue conducido en atención a las disposiciones constitucionales, para lo cual he considerado

fundamentar mi investigación en los pronunciamientos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, suscritos por el Estado Ecuatoriano combinándolos con las apreciaciones que mantienen algunos tratadistas a nivel internacional, y la interpretación de lo que determina la Constitución de la República respecto del principio del proporcionalidad en la sanciones penales.

El primer capítulo se lo he dedicado a desarrollar una exposición del caso investigado, cuyo inicio es mediante la emisión de un informe especial realizado por la Contraloría General del Estado, (Regional Riobamba), y las acusaciones particulares interpuestas por varios ciudadanos. Dando paso a la correspondiente investigación y las sanciones que son el motivo de nuestra investigación, así mismo pretendo determinar los objetivos generales, y los específicos que se plantea demostrar en la presente investigación.

El segundo capítulo lo dedicaré a determinar la conceptualización del presente caso; abarcando dentro del mismo, una breve narración de los antecedentes, así como la fundamentación teórica, haciendo una recopilación de información, con los elementos más trascendentales que he considerado sean tomados en cuenta durante mi estudio de caso.

El tercer capítulo como me lo he propuesto, está dedicado a abarcar en su totalidad a la descripción del presente trabajo. Además también debemos tener en cuenta que, el debido proceso está vinculado estrictamente a normas básicas constitucionales, tendientes al orden justo. Esto supone, que los poderes públicos constituidos tienen que sujetar sus actuaciones (sentencias, actos administrativos) no solamente a las normas constitucionales, sino a los valores, principios y normas. Todo esto con el único propósito de garantizar un proceso ecuánime, justo, en el que los derechos garantizados a todas las personas sean correctos, de

tal manera que el resultado de la investigación consiguiera tener una idea clara y precisa sobre el debido proceso, y en sí, el derecho a interpretación y aplicación de un principio de proporcionalidad adecuado a cada circunstancia.

El cuarto capítulo culmina con las conclusiones y recomendaciones; respetando lo establecido para este tipo de trabajos de grado.

GLOSARIO DE TÉRMINOS

APELAR.-Recurrir al Tribunal superior, el litigante agraviado, para que anule, revoque, atenúe o modifique la sentencia del inferior[1].

AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO.- Es el acto o resolución procesal por la cual el Juez de Garantías Penales cierra la Etapa de evaluación, sobreseyendo o acusando al imputado y dejando que su destino se resuelva en juicio ante el Tribunal de Garantías Penales correspondiente.

Se suele considerar que, para que exista Auto de Llamamiento a Juicio existan presunciones de la existencia de un delito y de la participación del procesado[2].

CASTIGO.- Pena que se impone a quien ha realizado un castigo o falta. Acción y efecto de castigar. Represión, Aviso, consejo, amonestación y/o corrección[3].

COMPETENCIA.- Atribución legítima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto. *Couture* la define como medida de jurisdicción asignada a un Órgano de Poder Judicial, a efectos de determinación genérica de los asuntos en los que es llamado a conocer en razón de la materia, de la cantidad y del lugar[4].

[1] Diccionario Jurídico Elemental Guillermo Cabanellas de Torres, Pág. 36
[2](https://cevallosyasociados.com/auto-llamamiento-jucio-la-complicacion-apelarlo/)
[3] Diccionario de la Real Academia Española
[4] Osorio, 2014, pág. 701

CONSTITUCIÓN.- Las constituciones se caracterizan por ser un conjunto de meta-reglas sobre los poderes públicos, incluso aquél de mayoría, que están obligados por ellas a la separación recíproca y al respeto de los derechos fundamentales de todos[5]

CONTRATO DE COMODATO.- Según el art. 2.255 del Cód. Civ. arg.: "Habrá comodato o préstamo de uso, cuando una de las partes entregue a la otra alguna cosa no fungible, mueble o raíz, con facultad de usarla". (Diccionario Jurídico Elemental[6]

DAÑO.- "Perjuicio causado a una persona o cosa como consecuencia de un evento determinado. Se clasifica generalmente en daño material, cuando se causa en el patrimonio o bienes de una persona, incluidos los daos físicos a la misma, o daño moral, como sufrimiento o perjuicio de difícil valoración económica causado en el ánimo de una persona. Ambos son indemnizables*"*[7]

DEBIDO PROCESO LEGAL.- Cumplimiento con los requisitos constitucionales en materia de procedimiento, por ejemplo en cuanto a posibilidad de defensa y producción de pruebas. [8]

DELITO.- 1. m. Culpa, quebrantamiento de la ley. 2. m. Acción o cosa reprobable. 3. m. Der. Acción u omisión voluntaria o imprudente penada por la ley[9].

DERECHO POSITIVO.- Sistema de normas jurídicas que informa y regula efectivamente la vida de un pueblo en un determinado momento histórico[10].

[5](Luigi Ferrajoli, Epistemología Jurídica y Garantismo)
[6] Diccionario Jurídico Guillermo Cabanellas de Torres, Pág. 93
[7] Enciclopedia Jurídica http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/da%C3%B1o/da%C3%B1o.htm
[8] (Guillermo Cabanellas de Torres. Pág. 134).
[9] (Diccionario de la Real Academia de la Lengua española)
[10] Osorio, 2014, pág. 312

DOCTRINA.- "La fuente formal denominada doctrina está integrada por el conjunto de opiniones escritas vertidas por los especialistas en la Ciencia del Derecho, al reflexionar sobre los problemas conexos con la validez formal, real o intrínseca de las normas jurídicas"[11]

ESTADO.- País soberano, reconocido en el orden internacional como tal, asentado en un territorio determinado y dotado de órganos de gobierno propios[12].

JURISDICCIÓN.- Genéricamente autoridad, potestad, dominio, poder. Conjunto de atribuciones que corresponden en una materia y en cierta esfera territorial. Poder para gobernar y aplicar las leyes. La potestad de conocer y fallar en asuntos civiles, criminales o de otra naturaleza, según las disposiciones legales o el arbitrio concedido[13].

LEGISLACIÓN.- La ciencia de la Leyes. Conjunto o cuerpo de leyes que integran el Derecho Positivo vigente en un Estado. Totalidad de las disposiciones legales de un pueblo o de una época determinada[14].

LEGALIDAD.- Calidad de legal o proveniente de la Ley. Legitimidad. Licitud. Régimen Político Fundamental de un Estado; especialmente el establecido en su Constitución[15].

LEY ORGÁNICA.- Sinónimo de "ley administrativa".[16]

[11]Carlos Arellano García, Derecho procesal civil, Pág. 35. (http://www.diccionariojuridico.mx/definicion/doctrina/)
[12] Diccionario de la Real Academia Española
[13] Guillermo Cabanellas de Torres pág. 182
[14] Guillermo Cabanellas de Torres. Pag.182
[15] Guillermo Cabanellas de Torres. Pag.182
[16] (http://tecnologicamerani.edu.co/web/wp-content/uploads/2017/06/42.-Diccionario-Enciclopedico-Juridico-Diccionario-1.pdf).

MEDIACIÓN.- La mediación puede definirse desde dos puntos de vista: como medio pacífico de solución de controversias entre sujetos de derecho internacional público y como medio privado de solución de conflictos[17]

PUNIBLE.- Merecedor de castigo. I Penado en la ley[18].

PECULADO.- Del griego *Dellatínpecus* (ganado) y *latus* (hurto). Etimológicamente significa hurto de ganado, en la época de la república romana, para indicar hurto de cosas de valor. En la época del Imperio a la noción del *criminis peculatus* o hurto de dinero y bienes públicos. **Peculado.-** Sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración. En la actualidad, este delito se denomina malversación de caudales públicos[19].

TIPO PENAL.- Conjunto de elementos, definidos por la ley, constitutivos de un delito[20].

PENA.- Castigo impuesto por autoridad legítima, especialmente de índole judicial, a quien ha cometido un delito o falta. Mezger dice que en sentido estricto es *"la imposición de un mal proporcionado al hecho";* es decir, una retribución por el mal que ha sido cometido.

REPARACIÓN INTEGRAL.- Artículo 77.- Reparación integral de los daños.- La reparación integral radicará en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al Estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado. La restitución integral

[17] Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág.54 – (http://www.diccionariojuridico.mx/definicion/mediacion/).
[18] (Guillermo Cabanellas de Torres. Pág. 394)
[19] (Guillermo Cabanellas de Torres. Pág. 355)
[20] (Guillermo Cabanellas de Torres. Pag.461)

constituye un derecho y una garantía para interponer los recursos y las acciones dirigidas a recibir las restauraciones y compensaciones en proporción con el daño sufrido[21].

SENTENCIA.- La palabra sentencia procede del latín sintiendo, que equivale a sintiendo; por expresar la sentencia lo que siente u opina quien dicta. Por ella se entiende la decisión que legítimamente dicta el juez competente, juzgando de acuerdo con su opinión y según la ley o norma aplicable[22].

SERVIDOR PÚBLICO.- Un **servidor público** es una persona que brinda un servicio de **utilidad social**. Esto quiere decir que aquello que realiza beneficia a otras personas y no genera ganancias privadas (más allá del salario que pueda percibir el sujeto por este trabajo[23]

SOBRESEIMIENTO.- Desistimiento de pretensión. I Abandono de propósito o empeño. I Cesación en el cumplimiento de una obligación; como el comerciante en sus pagos. I Suspensión del sumario o del plenario en el procedimiento criminal. I Terminación del carácter voluntario de la jurisdicción, con reserva de derechos a los interesados o conversión del caso en asunto de la jurisdicción contenciosa[24].

[21] Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág.54
[22] (Diccionario Jurídico Elemental Guillermo Cabanellas de Torres, Pág. 363)
[23]Autores: Julián Pérez Porto y Ana Gardey. Publicado: 2010. Actualizado: 2010.: Definición de servidor público (https://definicion.de/servidor-publico/)..
[24] Guillermo Cabanellas de Torres. Pag.440

INTRODUCCIÓN

La humanidad desde sus primeras organizaciones sociales, ha tenido la necesidad de fomentar un sistema de reglas que nos permitan vivir en armonía. Partiendo de esta necesidad es indispensable comprender por qué desde sus orígenes, las primeras, leyes, normas, reglamentos de convivencia, etc. tenían como herramienta fundamental determinar la gradualidad de una pena o sanción por el cometimiento de un delito.

Aproximadamente en el año 1750 A.C. Se consolidó en la antigua Mesopotamia, un conjunto de leyes más conocidas como el ***"Código de Hammurabi",*** constituido como el cuerpo legal más antiguo de la humanidad, el mismo tenía como propósito, establecer la organización de los babilonios, así como disponer las penas en el caso del cometimiento de un delito, su fuente más emblemática ha sido la famosa *"Ley del Talión"* (ojo por ojo; y, diente por diente), la cual alude a un principio jurídico de justicia retributiva, en la cual la norma que se impone debe de ser equitativa y recíproca con el crimen cometido.

¿De qué estamos hablando?: En efecto, estamos hablando de la primera representación de la gradualidad de la pena o sanción.

Sin embargo con el transcurso de los años, este mandamiento legal fue deteriorándose y en consecuencia mal interpretando su esencia o espíritu, que no tenía otro propósito más que evitar la venganza entre las personas que estaban sometido a él, o bajo su jurisdicción.

Muchos países europeos, basados en este principio, iniciaron sus propios cuerpos legales en lo que se admitía la crueldad en las penas que se imponían a las personas (la pena de muerte, la tortura, entre otros), por el cometimiento de tal o cual delito.

En el año 1764, el Italiano Cesare Beccaria, publica un ensayo que posteriormente se convertiría en la fuente de información de todas las legislaciones de los países Europeos. Este trabajo se titula: ***"dei de'litti e 'delle 'pe:ne". "DE LOS DELITOS Y LAS PENAS",*** Esta magistral obra de arte jurídico, tiene como propósito, reacondicionar la aplicación de la pena o sanción frente al cometimiento de un delito. De los cuales nos hemos inspirado en uno de sus ideas fundamentales, que me permito trascribir en esta pequeña introducción:

> ***"Las penas deben ser tan leves y humanas como sea posible mientras sirvan a su propósito, que no es causar daño, sino impedir al delincuente la comisión de nuevos delitos y disuadir a los demás ciudadanos de hacerlo".***
>
> *Cesare Beccaria 1764*

Este relato histórico sobre los orígenes de la proporcionalidad de la pena, adaptado a nuestra realidad hace visible los principales instrumentos que el Estado Ecuatoriano, ha venido creando y reformando, probablemente no se han inspirado en el ensayo de Cesare Beccaria, pero con el mismo espíritu y el compromiso de garantizar los derechos de las personas como seres humanos dignos. Y es así como nuestra propia Constitución de la República del Ecuador, entrada en vigencia en el año 2008, nos ha dado la pauta para hacer que este principio de proporcionalidad o gradualidad de la pena puedan ser efectivos, en procura de sensibilizar al infractor, más no de recluirlo y limitarle la oportunidad de redimirse ante la sociedad que lo observa.

Es importante mencionar y hacer un ejercicio comparativo de los ordenamientos secundarios que tienen el propósito de resguardar estos principios (Código Penal, Código de Procedimiento Penal, derogados por el actual Código Orgánico Integral Penal, a los que les

vamos a prestar la debida atención ya que a pesar de que han sido mandamientos legales reformados no hace mucho tiempo, aun se vuelven carentes de la aplicación efectiva del principio de proporcionalidad, ya que el delito cometido por una persona debe ser analizado dentro de un espacio real y no solo en suposiciones tomando en consideración, tan solo el lado de la acusación sino también la defensa y básicamente las circunstancias en las que se ha cometido la infracción y la lesividad que este ha provocado.

> *"Dos adolescentes que capturaron 51 cangrejos en la isla Santa Cruz y un hombre que llevaba dos langostas al continente, en tiempo de veda, fueron sentenciados de acuerdo con el Código Orgánico Integral Penal (COIP) por delito ambiental y se les impuso la pena señalada para estos casos que es privación de libertad de uno a tres años"*[25].

El principio de proporcionalidad no solo está determinado en la Constitución de la República, y los cuerpos legales de nuestra legislación, sino también en los instrumentos internacionales de derechos humanos, suscritos y ratificados por el Ecuador. La Convención Americana de Derechos Humanos. Estipula que toda persona tiene derecho a la igualdad de las garantías, que no puede haber discriminación en contra del infractor durante el desarrollo del proceso, además debe aplicarse cuando exista contradicción entre normas y principio lo que más favorable resulte al reo.

[25] Artículo de prensa tomado del diario "El Universo" de 05 de septiembre de 2017 (https://www.eluniverso.com/opinion/2017/09/05/nota/6366181/delito-pena).

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL CASO A SER INVESTIGADO

1.1 Presentación del Caso.-

El presente estudio de caso hace referencia al proceso penal No. 125-2011, que se tramitó en el Juzgado Sexto de Garantías Penales de Bolívar por el delito de peculado tipificado en el Art. 257 del Código Penal vigente hasta agosto del 2014, el mismo que tiene como origen la acusación particular presentada por los señores: Manuel Mesías Orozco Romero, Vicente Salomón García Miño y Aníbal Edison Flor Silva, miembros del Cuerpo de Bomberos del Cantón Chillanes, quienes denuncian que Luis Arturo Gaibor Cabezas y Lourdes Pilar Borbor Mármol, Comandante y Secretaria Pagadora respectivamente de la mencionada institución, han cometido actos que no estaban de acuerdo con sus funciones, llegando al extremo de transformar la motobomba que había sido entregada en comodato por el Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito en un denominado carro tanque, para luego vender los accesorios del vehículo (motobomba) en $USD 62,00 (SESENTA Y DOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), mismos que habrían sido dispuestos arbitrariamente, hecho ante los cuales, la Contraloría General del Estado ha emitido el informe de indicios de responsabilidad penal en contra de los denunciados, así como la Fiscalía el correspondiente Dictamen Acusatorio.

El Juzgado Sexto de Garantías Penales de Bolívar, con fecha 11 de octubre de 2011, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de Lourdes Pilar Borbor Mármol y Luis Arturo Gaibor

Cabezas, por considerarlos autores del delito tipificado y reprimido por el Art. 257 del Código Penal.

El Tribunal de Garantías Penales de Bolívar con fecha 03 de mayo de 2012, dicta sentencia y declara a Lourdes Pilar Borbor Mármol y Luis Arturo Gaibor Cabezas, autores y responsables del delito tipificado y sancionado en el Art. 257 del Código Penal, imponiéndole la pena atenuada a la primera de cuatro años de reclusión mayor ordinaria; y al segundo la pena de cinco años de prisión correccional, de conformidad con el beneficio y excepción prevista en el Art. 57 del Código Penal.

La Sala Especializada de Garantías penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, con fecha 19 de octubre de 2012, rechaza el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado Luis Arturo Gaibor Cabezas, y confirma la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, pero modificando la pena a favor del recurrente en apelación, imponiéndole la pena de dos años de prisión correccional, se declara el abandono del recurso de apelación respecto de la recurrente ausente Lourdes Pilar Borbor Mármol.

En Sentencia Luis Arturo Cabezas, interpuso recurso de casación, para ante la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, misma que en sentencia de 21 de julio de 2013, dispuso declarar improcedente el recurso de casación interpuesto declarando además que la sentencia emitida por la Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, inobservó lo que establece el Art. 57 del Código Penal en el que se refiere a la proporcionalidad de la Pena, y que a criterio de la Sala especializada de la Corte Nacional de Justicia, la pena correspondía a cuatro años de reclusión mayor ordinaria, sin embargo y en atención a lo que determina el Art. 77.14 de la Constitución de la República queda vigente

la pena impuesta por la Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar.

1.2 Objetivos del Análisis o Estudio de Caso

Objetivo General

- Fortalecer y re institucionalizar el debido proceso, aplicación de los principios y garantías constitucionales y su correcta aplicación frente a los procesos legales penales determinados en los instrumentos de Garantías Penales vigentes en el Ecuador, promoviendo de este modo la seguridad jurídica. Y; el respeto a los derechos humanos a los que el Estado ecuatoriano se ha comprometido garantizar, haciendo énfasis en la correcta aplicación de los principios de proporcionalidad o gradualidad en la pena.

Objetivos Específicos

- Fundamentar científicamente, la teoría del principio de proporcionalidad como garantía constitucional y como un derecho humano y su correcta aplicación en el ordenamiento judicial ecuatoriano.
- Establecer las variables o alternativas para el administrador de justicia, al momento de determinar o emitir una resolución condenatoria.
- Determinar el procedimiento que se aplicó dentro del trámite judicial en estudio, las condiciones en las que fue sometido ante los procesadores de justicia en el antiguo Código Penal y el actual Código Orgánico Integral Penal.

- Establecer dentro del caso en estudio, si existió la posibilidad de someterlo a otro sistema de procesamiento judicial y las ventajas que el Estado y las personas sentenciadas habrían obtenido; de así haberlo realizado.
- Presentar en este estudio, de forma resumida, todas las garantías constitucionales que se habrían afectado y los posibles medios de reparar el daño causado.

CAPITULO II

CONCEPTUALIZACIÓN DEL CASO

2.1 Antecedentes del Caso

El presente caso de estudio trata sobre el cometimiento de un delito de peculado contra el Estado ecuatoriano, específicamente en contra de la institución; Cuerpo de Bomberos del Cantón Chillanes, Provincia de Bolívar, dentro del cual, los servidores de dicha institución, habrían realizado mal uso de los recursos, en este caso, habrían llevado a efecto un acto administrativo no autorizado por el órgano competente, es decir que sin autorización de ninguna naturaleza habrían sometido un vehículo del Estado a un proceso de transformación (motobomba – a auto-tanque), para luego deshacerse de los componentes sobrantes como venta de chatarra:

Tiene además sus inicios con la entrega en comodato mediante escritura pública otorgada el 08 de junio de 2006, por la Notaria Vigésimo Cuarta del Catón Quito por parte del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, debidamente representada por el Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito al Municipio del Cantón Chillanes, de una motobomba marca Fort 700, años 1978, con el propósito de que dicha unidad brinde los servicios en el Cuerpo de Bomberos del Cantón Chillanes.

Mediante acusación particular presentada por los señores: Manuel Mesías Orozco Romero, Vicente Salomón García Miño y Aníbal Edison Flor Silva, miembros del Cuerpo de Bomberos del Cantón Chillanes, se produce la denuncia que Luis Arturo Gaibor Cabezas y Lourdes Pilar Borbor Mármol, Comandante y Secretaria Pagadora respectivamente de la

mencionada institución, han cometido actos que no estaban de acuerdo con sus funciones, llegando al extremo de transformar la motobomba que había sido entregada en comodato por el Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito en un denominado carro tanque, para luego vender los accesorios del vehículo (motobomba) en $USD 62,00 (SESENTA Y DOS DÓLARES DE LOS ESTADOS NIDOS DE AMÉRICA), mismos que habrían sido dispuestos arbitrariamente, hecho ante los cuales, la Contraloría General del Estado, ha emitido el informe de indicios de responsabilidad penal en contra de los denunciados, así como la Fiscalía el correspondiente dictamen acusatorio.

El Juzgado Sexto de Garantías Penales de Bolívar, con fecha 11 de octubre de 2011, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de Lourdes Pilar Borbor Mármol y Luis Arturo Gaibor Cabezas, por considerarlos autores del delito tipificado y reprimido por el Art. 257 del Código Penal.

El Tribunal de Garantías Penales de Bolívar con fecha 03 de mayo de 2012, dicta sentencia y declara a Lourdes Pilar Borbor Mármol y Luis Arturo Gaibor Cabezas, autores y responsables del delito tipificado y sancionado en el Art. 257 del Código Penal, imponiéndole la pena atenuada a la primera de cuatro años de reclusión mayor ordinaria; y al segundo la pena de cinco años de prisión correccional, de conformidad con el beneficio y excepción prevista en el Art. 57 del Código Penal.

La Sala Especializada de Garantías penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, con fecha 19 de octubre de 2012, rechaza el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado Luis Arturo Gaibor Cabezas, y confirma la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, pero modificando la pena a favor del recurrente en apelación,

imponiéndole la pena de dos años de prisión correccional, se declara el abandono al recurso de apelación respecto de la recurrente ausente Lourdes Pilar Borbor Mármol.

En Sentencia Luis Arturo Cabezas, interpuso recurso de casación, para ante la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, misma que en sentencia de 21 de julio de 2013, dispuso declarar improcedente el recurso de casación interpuesto declarando además que la sentencia emitida por la Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, inobservó lo que establece el Art. 57 del Código Penal en el que se refiere a la proporcionalidad de la Pena, y que a criterio de la Sala especializada de la Corte Nacional de Justicia, la pena correspondía a cuatro años de reclusión mayor ordinaria, sin embargo y en atención a lo que determina el Art. 77.14 de la Constitución de la República que manifiesta: *"Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre"*; se mantiene vigente la pena impuesta por la Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar.

2.1 Fundamentación Teórica del Caso

2.1.1 Tutela Jurídica Efectiva en el Derecho Ecuatoriano y el Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos.

En los inicios de la humanidad el hombre solucionaba sus conflictos surgidos entre ellos mediante la autodefensa en la que el más fuerte se imponía sobre el más débil, posteriormente, el hombre con el afán de evitar que este tipo de acontecimientos siguieran sucediendo, y con el progreso que se estaba dando en las actividades económicas de todos los Estados, se produce la necesidad de establecer normas que permitan la convivencia en

armonía, así surgen las primeras leyes y por ende las primeras autoridades encargadas de supervisar su cumplimiento y dictaminar las penas y condenas en contra de quien haya cometido una infracción a dichas leyes. Así nacen los primeros sistemas jurídicos y en consecuencia las primeras autoridades que regularán la conducta de los seres humanos.

Como lo habíamos señalado en nuestra parte introductoria, las primeras manifestaciones escritas, están establecidas en el famoso *Código de Hammurabi*, como referente principal a la famosa ***"LEY DEL TALEÓN",*** llegando posteriormente a las narraciones de *Cesare Beccarea,* dando paso desde este tratadista; a muchas leyes que las legislaciones han incorporado hasta nuestros días, haciéndolos visibles en el propio sistema interamericano de derechos humanos, hasta las normas ordinarias que regulan cada Estado

El Jurista Ecuatoriano Ramiro Ávila Santamaría señala que; *"Los derechos de protección son una herramienta para remover los obstáculos que se presentan cuando los demás derechos son ejercidos. Entre los derechos de protección encontramos el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la tutela efectiva...*

El criterio para definir lo que debe entenderse por tutela judicial efectiva debería partir entonces por lo más sencillo. Según su significado común, tutela implica alcanzar una respuesta; ciertamente, ello pasa necesariamente por el acceso. Pero no sería correcto concluir a priori *que el derecho a la tutela judicial efectiva queda satisfecho con el mero acceso a la jurisdicción. Es preciso entonces que tal apertura sea correspondida con una decisión sobre el fondo del asunto, que reúna los requisitos constitucionales y legales del caso, y la garantía para los justiciables de que sus pretensiones serán resueltas con criterios jurídicos razonables"*[26]

[26] Ávila Santamaría, Ramiro, Los derechos y sus garantías, ensayos críticos, Quito, Corte Constitucional para el período de transición, 2012, p. 109

Según el tratadista Hurtado Reyes, la primera concepción de Tutela Jurídica aparece por primera vez en la Constitución española de 1978, en su Art. 24; que señala: *"Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión."*[27].

En el Estado ecuatoriano, la Tutela Jurídica, fue reconocida como derecho fundamental dentro de la Constitución Política de 1998, agregando una cierta particularidad; como lo es la garantía del Debido Proceso; adaptándola a nuestras condiciones y cultura, reconociéndola como una parte de otras garantías, sin embargo la Constitución ecuatoriana actual, le brinda cierta autonomía; colocándola por encima de las demás normas, o sea que el ciudadano la puede activar de forma directa cuando así lo requiera sobre decisiones que pretendan resolver el fondo de un asunto.

Mediante sentencia de 04 de septiembre de 2006, expediente 278, publicada en el Registro Oficial 127 de 16 de julio de 2017, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en su considerando quinto literal b) señala:

> *"b) El artículo 24, numeral 17 de la Constitución Política de la República ordena: "Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión." La disposición citada consagra el acceso a la justicia, que se define como la concreción del derecho a la tutela judicial efectiva, por medio de un debido proceso legal. Este derecho fundamental de toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales y obtener de ellos una adecuada respuesta jurídica, que puede ser decisiva para determinar derechos o intereses del individuo, nace de una*

[27] Constitución Española, 28.03.12, en http://www.dat.etsit.upm.es/~mmonjas/politica/ce.html

de las elementales obligaciones del Estado, que es la de atender al ciudadano a través de la prestación de un servicio público"[28]

Siendo entonces un derecho de prestación, resulta impórtate revisar brevemente los diferentes ámbitos en los que se concibe la tutela judicial efectiva como un derecho previo al proceso, consiste en la organización del mismo, de lo cual se requiere un quehacer estatal adecuado, brindando las condiciones necesarias, exigiendo del Estado una obligación y una responsabilidad de garantizar el cumplimiento del mismo.

Así mismo debería existir las reglas procesales adecuadas que garanticen un tratamiento expedito del conflicto llevado a juicio, en definitiva esto implica establecer que la autonomía de la tutela jurídica efectiva comprenda su independencia y la responsabilidad que le encomienda al Estado para asegurar los derechos de las personas que se someten ante su sistema judicial. (Se enfatiza el subrayado, en razón de que es aquí donde radica la razón principal del estudio del presenta caso).

El Art. 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, al referirse sobre la tutela jurídica efectiva menciona;

"Art. 23.- PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS DERECHOS.- La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los

[28] Registro Oficial 127 de 16 de julio de 2017

litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso. La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso. Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles"[29].

Las juezas y jueces y demás autoridades judiciales, quienes deben velar por el cumplimiento y la no vulneración de estas garantías constitucionales están obligadas a no negar el acceso a la justicia y promover la gradualidad o proporcionalidad de la pena en caso de así requerirlo, en caso de no cumplir con este precepto el responsable será el Estado quien tendrá la obligación reparatoria en caso de que se vulnere este principio, al Respecto nuestra Constitución la promueve y la protege en sus Art, 75 que dice "Tutela Efectiva", y en la parte final del Art. 11 que refiere sobre los principios que rigen los principios de los derechos, se dice: *"El Estado será responsable por [...], violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.",* dándole a la tutela jurídica efectiva y a la tutela efectiva la misma connotación.

La tutela judicial efectiva no consiste solo en acceder a los órganos de justicia y obtener de ellos una sentencia motivada, sino también en el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, con lo cual se materializa el derecho a la tutela judicial y los derechos reconocidos

[29] Código Orgánico de la Función Judicial Pág. 10

en dicha sentencia, derecho que tiene toda persona y nace en el momento en que la sentencia se encuentra firme y ejecutoriada; en este mismo sentido Giovanni Priori manifiesta que *"Esta capacidad y necesidad de que la resolución judicial que ponga fin a la controversia produzca efectos en el ámbito de la realidad y el derecho, es lo que suele denominarse efectividad, constituyéndose como rango esencial del derecho a la tutela jurisdiccional".*[30]

Cuando la ejecución de la sentencia afecta el interés público y se produce la ejecución por equivalencia, dicha decisión no afecta la tutela judicial efectiva, porque la sustitución se da bajo la aprobación del juez o tribunal que dictó la sentencia, produciéndose una especie de novación, supliendo una condena por otra equivalente de indemnización, la cual mereció el análisis del juzgador, es decir se produce bajo parámetros claros y de manera excepcional.

Sobre el tema Virginia Pardo Iranzo[31], al analizar algunas sentencias del Tribunal Constitucional Español, que han sido contradictorias, concluye que la ejecución de sentencias por equivalencia deberían darse únicamente en casos de imposibilidad, ya que siendo posible la ejecución de la condena en sus propios términos, la ejecución genérica o por equivalente es inconstitucional, ya que no es posible que en la ejecución se alteren los términos del debate. En definitiva el derecho a la tutela jurídica efectiva exige el cumplimiento de las sentencias en sus propios términos. Por lo que queda claro que la sustitución de disposiciones constantes en la sentencia cabe únicamente por razones excepcionales, para ello deberá quedar demostrado la imposibilidad de cumplir o haberse agotado las medidas coercitivas legalmente previstas para tal ejecución; es así que la equivalencia debe realizarse mediante

[30] Giovanni Priori Posada, "El peligro en la demora como elemento que distingue la satisfacción", en Actas del II Seminario Internacional de Derecho Procesal Proceso y Constitución, Universidad Católica del Perú 10 al 13 de mayo de 2011, Perú, ARA editores, 2011, p. 547.
[31] (Virginia Pardo Iranzo, Ejecución de Sentencias..., p. 55 y 56)

un procedimiento legalmente previsto, no puede darse de una manera antojadiza por una de las partes o por el juzgador/a.

En conclusión, el principio de la tutela jurídica efectiva tendrá como propósito, garantizar los derechos de todos quienes actúan dentro de un proceso judicial o administrativo, debiendo para esto observar que se cumplan con todos los principios y garantías que establece la Constitución de la República y los Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos.

2.2.2 Los Bienes del Estado

2.2.2.1 Definición de Estado

Para poder hablar del delito de peculado, es importante en primer lugar encontrar una definición apropiada de qué es Estado, y la Administración Pública.

Existen innumerables definiciones de *Estado*, eso deriva del hecho de que al momento de fragmentarse las organizaciones feudalistas en grupos más pequeñas, estad adquirieron una nueva condición social, político y hasta su propia soberanía, llegando generan sus propios conceptos que usualmente estarían adaptadas a su condición sociopolítica del momento, su forma de gobierno administración, etc.

En la antigua Roma, existían ya las llamadas ciudades Estado, que mantenían el propósito de llevar un control efectivo sobre el pueblo que administraban. En aquel entonces se lo realizaba principalmente para evitar que otros Estados adquieran el poder mediante la guerra o el abuso de confianza, entre otras cosas.

El concepto más común sobre Estado dice: *"pueblo organizado en un territorio sometido a un único poder. Por tanto la soberanía se caracteriza por tres elementos: territorio, pueblo y poder soberano"*[32]

Sin embargo, en las últimas décadas, y tras haber experimentado acontecimientos que atentan la dignidad humana, los Estados han enmarcado sus ideales en garantizar los intereses del pueblo que les ha brindado la confianza. De este interés social nacen los compromisos para garantizar los derechos de las personas del género humano.

El Estado por su naturaleza de garantizar derechos durante muchos años, se ha visto en la necesidad de generar recursos que llegan a él a través del pago de tributos y otros ingresos por parte del pueblo que es administrado, en tal razón, está obligado a cumplir y a cubrir todas las necesidades que su mandante (el pueblo) exija, todo esto los obliga a encomendar a sus propios ciudadanos para que ellos se conviertan en los administradores de recursos, lo que en muchos casos se convirtió en un perjuicio para el Estado pues muchos de los delegados a quienes se les encomendó la administración de recursos, no cumplen con su objetivo, afectando así el patrimonio del Estado como persona jurídica y por ende del pueblo a quien este ciudadano debía servir a través de la administración adecuada de estos recursos.

2.2.2.2 Bienes del Estado

Al referirnos a los bienes del Estado el Código Civil, realiza la siguiente interpretación: Art. 604 *"Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda…Los bienes*

[32] http://ocw.usal.es/ciencias-sociales-1/derecho-politico-i/contenidos/apuntes-y-presentaciones/tema-7-apuntes-1

nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes se llaman bienes del Estado o bienes fiscales"[33]

Lamentablemente durante muchos años el Ecuador se ha visto afectado por muchos casos derivados de la administración irresponsable de los recursos, del abuso de confianza en el manejo de estos, o el abuso de poder sobre los mismos, o como en este caso de estudio lo determinaríamos delito de peculado.

Nuestra Constitución de la Republica 2008, con el propósito de reconocer y garantizar los derechos de las personas, en su Art. 1 Inciso 2, señala

> *"…La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución"*[34]

Así mismo el Art. 277, numeral 4 señala:

> *"Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado: (…) 4 Producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos…"*[35].

Sin embargo, resulta indispensable preguntarnos: ¿Qué ocurre cuando un delegado del Estado hace mal uso de los recursos públicos?

[33] Código Civil Pg. 36
[34] Constitución de la República de Ecuador Pág. 8
[35] Constitución de la República de Ecuador Pág. 89

2.2.2.3 El Peculado en el Derecho Penal Ecuatoriano

Nuestra Constitución de la República 2008, sobre el mal manejo de estos recursos estatales en su Art. 233, señala:

> *"Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas"*[36].

Al respecto de esta breve síntesis, en el presente caso a investigar, profundizaremos en la comprensión del peculado como un delito contra el Estado y sus consecuencias.

Históricamente, antes de la formación del Imperio Romano, ya existían ordenamientos legales que condenaban el delito de peculado. Así tenemos por ejemplo el *Código de Hammurabi*, que lo hemos mencionado desde un inicio en la ley número seis nos dice: *"Si uno robó el tesoro del dios o del palacio, recibirá la muerte y el que hubiere recibido el objeto robado merecerá la muerte"* Si bien no se habla de una persona que forma parte de la administración pública, si debemos destacar el precedente que marcó el tipo de castigo o condena en contra

[36] Constitución de la República de Ecuador Pág. 81

de quien atentare contra los bienes patrimoniales del soberano, o más bien de su Dios. Y así se podría hablar de este delito en todos los sistemas sociales o sistemas de gobierno en todas partes del mundo.

Actualmente en algunos países, este tipo de delitos contra el Estado, aún sigue teniendo como condena la muerte.

> *"En el derecho Romano primitivo se consideraba al Peculado común a todas las personas quienes hurtaban el ganado del Estado, debido al tinte religioso que este tenía y su importancia en los rituales religiosos. A partir del derechos Cesareo, la connotación del peculado es distinta pues en esta etapa se le da la calidad de sujeto pasivo del delito de peculado a todas las cosas de las ciudades y de la administración pública y se adopta la noción de quien es funcionario del Estado, debe ser castigado con mayor severidad en caso de incurrir en peculado, debido al abuso de confianza y a la traición al Estado al que este representa"*[37]

El grado de sanción del peculado en el Ecuador, no solo se limita a las condenas que la persona adquiere al momento de recibir una sentencia, sino también al hecho de que este tipo de delito al igual que el cohecho, la concusión, genocidio, lesa humanidad, entre otros, mantiene una vigencia y no perece o prescribe como lo hacen otro tipo de delitos, es decir la connotación que el Estado le da, se pone a nivel de aquellos delitos que se cometen contra la humanidad.

[37] (Cueva 2016 Pág. 65)

El delito de peculado, evidentemente siempre tendrá que ver con el patrimonio del Estado, y por ende del pueblo soberano. En cada país del mundo este delito tiene distintas sanciones que dependerán de la condición social, económica o política del momento. Sin dejar de reconocer que el apropiarse de recursos del Estado, no solamente se afecta al Estado como tal, sino también a las personas que se benefician de estos bienes o recursos.

En el presente caso de estudio realizaremos un ejercicio comparativo del peculado de la tipificación de este delito en los distintos Códigos Penales y los cambios que este ha experimentado históricamente en nuestro país, principalmente tomaremos en cuenta la proporcionalidad indebida que se aplica en cada reforma que se va dando hasta llegar al actual Código Orgánico Integral Penal.

- **Código Penal de 1837.** publicado el 14 de abril de 1837 en el Registro Autentico. **Capítulo III** *"Del extravío, usurpación y malversación de los caudales y rentas de los pueblos y establecimientos públicos"*. **Sanción:** a) Privación del Empleo; b) multas del diez por ciento del caudal del que hubieren hecho uso; c) si el importe no excede de las fianzas que hubieren prestado en seguridad del manejo de los caudales públicos, será declarado infame, condenado a la obra pública por dos a seis años; y quedan inhabilitados por cuatro años para obtener empleo alguno; d) si el importe excede de la fianza, será declarado infame, privados de su empleo, inhabilitado perpetuamente para obtener otros cargos y condenados a la obra pública por cuatro a diez años.

  Observaciones: No existe una noción clara de Administración Pública, ni de Estado, las sanciones son medianamente severas.

- **Códigos Penales de 1871, 1889 y 1906.** Código Penal de 1871, publicado en el Registro Autentico el 03 de noviembre de 1871; Código Penal 1889, publicado en el Registro Autentico el 04 de enero de 1889; Código Penal de 1906, publicado en el Registro oficial 61 de 18 de abril de 1906, estos tres códigos mantienen el mismo concepto de peculado, por lo que los hemos considerado en el mismo acápite. Capítulo IV "*De los abusos y concusiones cometidas por funcionario públicos"*. **Sanción:** a) Reclusión de 3 a 6 años; b) Si el abuso no excede la fianza, la mitad de la pena.

  Observaciones: a) se elimina la declaratoria de infamia y la sanción de obra públicas y se incluye la reclusión como castigo por el cometimiento del delito.

- **Código Penal de 1938.** Publicado en el Registro Autentico e 22 de marzo de 1938; **Capitulo V.** *"De la violación de los deberes de los funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de autoridad";* **Sanción:** a) Reclusión de 3 a 6 años; b) si el abuso excede la fianza, la mitad de la pena.
- **Observaciones:** En este caso la norma no varía, sin embargo, el legislador lo encasilla como una violación a los deberes públicos. Mediante reforma de 20 de agosto de 1960, por primera vez se incluye el denominado peculado bancario, incorporando sanciones civil
- **Reforma del Código Penal de 1971;** Publicado en el registro Oficial No. 247 del 20 de enero de 1971, **Capítulo V;** *"De la violación de los deberes de los funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de autoridad"* **Sanción Administrativa: a)** Incapacidad perpetua para el desempeño de todo empleo o cargo público tras sentencia condenatoria; **Sanción Civil:** a) El autor, los cómplices o

encubridores, serán obligatoriamente todos responsables por el valor íntegro del dinero desfalcado o materia de abuso, así como de los daños que resultaren del cometimiento del ilícito".

- **Codificación del Código Penal de 1971 actualizada.** El tipo penal Peculado sufre reformas con las disposiciones publicadas en los registros oficiales: 260 de agosto de 1985, 764 de 22 de agosto de 1995, 190 de 13 de mayo de 1999 y 635 de 07 de agosto de 2002, cabe indicar que las reformas que ha sufrido el tipo penal de peculado han sido varias, pero muchas de ellas en aspectos poco relevantes para el estudio, razón por la cual se han tomado las reformas que estuvieron vigentes hasta la llegada del Código Orgánico Integral Penal, las mismas que están plasmadas de la forma descrita a continuación. **Capítulo V. "***DE LA VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS, DE LA USURPACIÓN DE ATRIBUCIONES Y DE LOS ABUSOS DE AUTORIDAD"***.- *Art. 249.- El funcionario público a quien corresponda, como a tal, el cumplimiento y ejecución de una ley, reglamento u orden superior que legalmente se le comunique, no lo cumpla y ejecute, o no lo haga cumplir y ejecutar, en su caso, por morosidad, omisión o descuido, será reprimido con multa de dieciséis a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América*. ***Art. 257.-*** *"Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional. Se entenderá por*

malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público. Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa. Los culpados contra quienes se dictare sentencia condenatoria quedarán, además, perpetuamente incapacitados para el desempeño de todo cargo o función públicos; para este efecto, el juez de primera instancia comunicará, inmediatamente de ejecutoriado, el fallo a la Dirección Nacional de Personal y a la autoridad nominadora del respectivo servidor, e igualmente a la Superintendencia de Bancos si se tratare de un servidor bancario. El Director Nacional de Personal se abstendrá de inscribir los nombramientos o contratos otorgados a favor de tales incapacitados, para lo cual se llevará en la Dirección Nacional de Personal un registro en que consten los nombres de ellos. La acción penal prescribirá en el doble del tiempo señalado en el artículo 101. Con la misma pena serán sancionados los servidores de la Dirección General de Rentas y los servidores de aduanas que hubieren intervenido en Actos de Determinación. También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos"[38].

- **Código Orgánico Integral Penal. Art. 278** ***"****Peculado.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del*

[38] Código Penal Ecuatoriano vigente hasta el 09 de febrero del año 2014 Pág. 82

Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, 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. Si los sujetos descritos en el primer inciso 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, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años. La misma pena se aplicará cuando los sujetos descritos en el primer inciso se aprovechen 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. Son responsables de peculado las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y solidaria que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dineros, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años. La persona que obtenga o conceda créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años. La misma pena se aplicará 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 inciso anterior. Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados 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"[39].

Como hemos podido observar en el Ecuador, históricamente se han presentado muchas interpretaciones del modo de sancionar el peculado, sin embargo y resulta lamentable que la interpretación que le da el legislador a la parte sancionatoria del peculado, durante los dos últimos procesos de reforma (Código Penal y Código Orgánico Integral Penal) es bastante agresiva. A decir del legislador su filosofía se concentra en el hecho de que las sanciones deben ser mucho más coercitiva para el infractor y "sensibilizar al servidor público", al no cometimiento de este tipo de delitos.

Tampoco se ha podido visibilizar que este tipo de sanción se aplique de manera proporcional en todos los casos, ya que si bien es cierto la medida de una sanción debe ir a la par con el grado del delito; así un ejemplo: no es lo mismo el cometimiento de peculado, de un servidor que tiene la capacidad y el poder de autoridad a él encomendada, aquel que funge un cargo de autoridad estatal, directivo de una institución, o jefe de un cuerpo colegiado, que un servidor subordinado quien ni siquiera está en capacidad de disponer de los recursos del Estado, considerando que estos se puedan determinar en un valor patrimonial.

En lo personal, la aplicación de la norma según la legislación vigente sufre un retroceso estructural en cuanto a su forma y su fondo, adicionalmente, no brinda ningún tipo de

[39] Código Orgánico Integral Penal – Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014 Pág. 43

posibilidad de reparar el problema generado, ni resarcir el error cometido, tampoco promueve la reincorporación social del infractor.

Otro modo de sanción, también deriva de los ordenamientos que cada institución del Estado Ecuatoriano genera para proteger sus bienes de forma individual, acogiéndose a lo que dispone el COIP, tal es el caso del Código Orgánico de la Función Judicial, que en su Art. 77 establece quien haya sido condenado con sentencia ejecutoriada por el cometimiento del delito de peculado, estará inhabilitado de forma definitiva para el desempeño de un cargo en la Función Judicial, sin tomar en cuenta el principio de que quien hubiere cumplido una condena, podrá recuperar todos sus derechos civiles y políticos, encontrándose incluso en la capacidad de poder acceder al servicio público en cualquiera de sus ramas. Aquí estaríamos hablando de la inconstitucionalidad de la ley por aplicar una acción discriminatoria en contra de quien pretenda convertirse en un servidor judicial, sin embargo este caso se convertiría en materia de un nuevo estudio.

2.2.2.4 Elementos Constitutivos del Tipo Penal de Peculado, en el Código Orgánico Integral Penal.

Tomaremos como fuente principal de nuestro estudio de caso al Código Orgánico Integral Penal, toda vez que los artículos que hacen referencia del Peculado tanto en el Código Penal, así como el Código Orgánico Integral Penal no varían.

El jurista Alfonso Zambrano Pasquel, manifiesta que los elementos constitutivos del tipo penal Peculado son: "*Los elementos objetivos del tipo penal son los siguientes: 1) Que el sujeto activo tenga la calidad de empleado público o persona encargada de un servicio; 2) Que hubiese abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos*

o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o en razón del cargo; 3) El abuso puede consistir en desfalco, apropiación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante."[40]

El Sujeto Activo. En este caso vendrá a ser el servidor público que infringiere la norma y atentare contra los bienes y recursos del Estado, así entonces se entenderá como sujeto activo según lo determina el Art. 229 de la Constitución de la República del siguiente modo: *"Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público (...)"*[41]

El Sujeto Pasivo. Evidentemente deberemos entender que al tratarse de un delito que se produce contra la Administración Pública, el sujeto pasivo en este caso es el Estado**.**

El Abuso. Como elemento constitutivo del delito de Peculado. Según la Real Academia de la Lengua, se define al abuso como: *"Hacer uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien"* entiéndase entonces que al consistir una acción por parte del sujeto, recae en la figura del dolo, adecuando la conducta al tipo penal de Peculado.

El Objeto dentro de los elementos típicos del cometimiento de un delito. Definición: "*La persona o la cosa sobre la que recae la acción típica y que se descubre por la fijación integrada de los elementos que conforman la figura delictiva concreta. Así, la determinación de la naturaleza pública de los caudales es de suma importancia, pues delimita cuando ellos serán objeto de este delito o, al contrario, de un delito contra el patrimonio"*[42]**.**

[40] Zambrano, pp. 252-253, 2014
[41] Constitución de la República Art. 229 Pág. 118
[42] (Nivaldo, p.155, 2009)

2.2.2.5 El Bien Jurídico Protegido.

Alfonso Zambrano Pasquel, al respecto del bien jurídico protegido sostiene**: "***El bien jurídico protegido, está constituido por la fe pública es decir por la confianza o credibilidad que deposita el Estado el funcionario o servidor público. Sin duda se sanciona la falta de probidad o fidelidad del funcionario o encargado de un servicio público que abusa de su función, bien en provecho propio o de un tercero, el mismo que se traduce en un perjuicio para el Estado que le confió la función o administración. Es por ello que el delito de peculado ha sido ubicado en la doctrina como un delito contra la administración pública de la que se abusa por parte de la persona en quien el Estado ha depositado su fe o confianza"*[43]

Sin embargo este razonamiento deja muchas interrogantes a la luz, toda vez que no interviene en su totalidad sobre el bien, o el hecho real o material que determina la responsabilidad de un sujeto, dejando a una interpretación abusiva del operador de justicia al momento de resolver, si traemos este razonamiento al caso en estudio, no podría constituirse o determinarse que la acción impulsada por un sujeto, se describa como un bien. Un todo, un cuerpo cierto, un instrumento, un fragmento, un bien no reutilizable, mucho menos que de este se derive una sanción tan exagerada, que termine destruyendo los proyectos de vida de la persona que hizo uso de ese bien jurídico protegido por el Estado. De este lo que pretendo hacer notar; son los innumerables elementos que no habrían sido tomados en cuenta al momento de juzgar por parte de los operadores de justicia, claro está además que su accionar se limita única y exclusivamente a imponer la pena que se encuentra tipificada en el Código Penal, o como ya lo mencionamos, ratificada en el Código Orgánico Integral Penal.

[43] Zambrano, 2014, pp. 251-252

Sin embargo téngase en cuenta además, que todos y cada uno de los operadores de justicia, entiéndase a los miembros de un tribunal, Jueces de Corte Provincial, Jueces de Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, son especializados, teniendo facultades exclusivas para poder analizar una norma y promover constitucionalmente la racionalidad en su interpretación, así como de manera minuciosa y debidamente fundamentada emitir una sanción menos agresiva.

2.3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DELITO DE PECULADO EN EL ECUADOR

La legislación alemana, se constituye como el primer sistema de justicia en el que se aplica el principio de proporcionalidad, convirtiéndose en todo el sistema europeo de justicia, en un avance estratégico que posteriormente llegaría a América, motivando al Propio Sistema Interamericano de Derechos Humanos, para la aplicación de dicha teoría. El Estado ecuatoriano por muchos años ha desarrollado un sin número de observaciones y reformas a la aplicación de la pena sobre los delitos de peculado. Como ya lo tratamos anteriormente, diferentes reformas al Código Penal y Código Orgánico Integral Penal, han ido incorporando durante los últimos años distintas formas de sancionar o condenar el peculado. Lamentablemente este endurecimiento de las penas ha provocado un retroceso en la verdadera interpretación del propósito para el cual se han reformado las normas.

No es menos cierto que abusar de los recursos del Estado, cometiendo el delito también llamado como el delito de los de cuello blanco, no solamente que afecta los intereses estatales y evidentemente atentan contra el patrimonio de las personas que habitan dentro de nuestro país. En este capítulo de investigación trataremos sobre la sanción al delito de peculado y lo

vincularemos a nuestro caso de estudio, para verificar si el pronunciamiento de los operadores de justicia, se ajusta a la necesidad de condenar a personas, sin antes haber desarrollado una estrategia o propuesta constitucional, distinta a la privación de la liberta.

2.3.1. DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En todo el mundo existen muchas definiciones del principio de proporcionalidad, sin embargo en su gran mayoría tiene una orientación que va de la mano con los conceptos que nuestros tratadistas exponen.

Para el jurista José García Falconí, el principio de proporcionalidad se define como: *"El principio de proporcionalidad, es la herramienta de ponderación entre las facultades de investigación y persecución de los órganos del sistema penal y los derechos constitucionales atinentes a las personas objeto de la acción de este sistema; o sea que el principio de proporcionalidad, es el equilibrio que debe mantenerse entre el derecho a castigar que tiene el Estado y los derechos de las personas, de tal manera que ambas partes queden en igualdad de condiciones, para mantener un balance equitativo entre el poder punitivo del Estado y los derechos de las personas; porque toda persona a quien se le atribuye la comisión de un hecho punible, tiene derecho a ser tratada, con el respeto debido a la dignidad inherente del ser humano"*[44].

Alexey, considerado como el pionero en la interpretación y aplicación del principio de proporcionalidad, lo define así; *"...pues para éste, los principios están definidos por su capacidad de ponderación en colisión y por su carácter aproximativo y no absoluto. La tesis de Alexy implica en términos generales lo siguiente: los principios son normas que no se distinguen por su vigencia absoluta sino por su vigencia aproximativa; el objeto de los principios son tanto los derechos y las*

[44] García, s.f. Pág. 1

libertades fundamentales como los bienes jurídicos colectivos; el carácter de principio es reconocible por su colisión con otro principio y su calidad de ser cumplido en distinto grado; la colisión entre principios es solucionada mediante el método de principio de proporcionalidad; los principios son mandatos de optimización que se realizan en la mayor medida posible.[45]

Lo importante es destacar en el presente caso de estudio la necesidad de castigar una conducta previamente establecida como un delito por el legislador, y en ese mismo contexto surge la necesidad de entender cuál es el fin de la importancia de esa pena, ante lo cual surgen distintas escuelas y doctrinarios, tratando de determinar el fin o la función de la pena, sin embargo me concretaré a encontrar las características de la teoría o principio de proporcionalidad, con el propósito de compararlo con nuestro caso de estudio.

2.3.2 LOS SUB PRINCIPIOS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

- **El Sub Principio de Idoneidad.** Elementos que lo componen: a) Que la Ley tenga fines constitucionales legítimos y que la intervención o afectación a los derechos fundamentales sea adecuada, para perseguir el fin constitucional legítimo. Debemos entender que este fin constitucional esta entrelazado con los fines sociales que existen. Procurando evitar el autoritarismo de quienes administran justicia b) La intervención o afectación de los derechos fundamentales, debemos comprender que el juzgador tiene el deber de fundamental de precautelar los derechos fundamentales, al momento de emitir su resolución.
- **El Sub Principio de Necesidad** Este sub principio señala que debe existir una medida del grado de afectación de los derechos fundamentales, porque es aquí en donde el

[45] *Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy,* Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 214

juzgador tendrá a su disposición un mecanismo que le permita medir la proporcionalidad con la que se deberá tomar una decisión, manteniendo los principios fundamentales por sobre todas las cosas.

El Sub Principio de Proporcionalidad en el Sentido Estricto. También llamado como el principio de ponderación de derechos, atañe su importancia en la determinación de que derecho fundamental debe ponderar al momento de resolver un conflicto, este sub principio, a mi criterio es el más importante de este ejercicio, toda vez que faculta al juzgador para buscar las medidas menos atentatorias y más favorables al condenado.

La Constitución de la República 2008 consagra este principio en su Art. 76 No. 6, de la siguiente manera: *"La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza"*[46]. El Código Orgánico Integral Penal desarrolla este mismo principio tanto en sus *considerandos* así como en la exposición de motivos, es decir es un elemento que está vigente en la normativa penal.

2.3.3 PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL DELITO DE PECULADO.

El delito de peculado en nuestro Código Orgánico Integral Penal, sostiene que la pena por el cometimiento del delito de peculado, contendrá una pena máxima de 13 años y una pena mínima de 5 años, que dependerá del grado de afectación que produjere el infractor en contra de Estado.

[46] Constitución de la República de Ecuador 2008 Pg. 34

No es menos cierto que el afectar contra los bienes públicos, causa graves daños principalmente a la ciudadanía que es beneficiaria de estos, sin embargo tampoco es menos cierto que existe una gran brecha entre abusar de bienes públicos por parte de quien mantiene un cargo público de autoridad, como la administración de un Ministerio de Estado, que aquel que ni siquiera maneja fondos del Estado. Por esta razón durante el proceso de reformas al nuevo Código Orgánico Integral Penal, se realizaron varias propuestas ante el legislador, para que cambiara su sistema de medida de la proporcionalidad que se debe aplicar en la norma, es decir graduar la condena partiendo del monto económico con el que se causó la afectación al Estado. Es nuestro estudio de caso, es evidente que no es lo mismo condenar a una persona a prisión por haber hecho un mal manejo de un bien del Estado que al momento del cometimiento del hecho, ni siquiera contaba con un valor comercial (Referencia de informe de auditoría generado por los servidores de la Contraloría General del Estado), con aquellos casos también conocidos como delitos de cuello blanco, en donde el patrimonio del Estado son miles o millones de dólares (moneda de curso legal en el Ecuador – vigente). Aquí es donde cabe realizar un estudio de ponderación de derechos fundamentales, conectados con la gradualidad de una pena. El tratadista Enrique Bacigalupo al respecto sostiene: *"el principio de proporcionalidad obliga al legislador a no amenazar la imposición de penas de excesiva gravedad, en relación al bien jurídico protegido"*[47].

Para concluir este capítulo, refiriéndome a las palabras de tratadista Dr. Manuel Abanto, quien al mencionar sobre el tratamiento de los delitos contra la administración pública, nos dice: *"En el control o la lucha contra los delitos contra la administración pública, no son suficientes las herramientas penales; es más, la tarea de control más importante ni siquiera es penal. Como es*

[47] Bacigalupo, 1999. Pág. 2525

sabido desde hace tiempo, por ejemplo en el caso de los delitos de corrupción de funcionarios, la mejor manera de contenerlos consiste en garantizar una mayor trasparencia en la actividad funcionarial, una mejor remuneración para los funcionarios, una mejor regulación de las incompatibilidades para ejercer cargos públicos, etc. Pero se puede decir que también la impunidad retroalimenta, da alicientes, para la comisión más frecuente de delitos contra la administración pública"[48]

En el presente estudio de caso, es importante realizar la siguiente reflexión: Dos servidores públicos (funcionarios), en condiciones que no han sido claramente demostradas, actúan sin autorización del órgano competente, para el mejoramiento de un vehículo que no prestaba ningún tipo de servicio y que tenía como función garantizar la seguridad ciudadana (Pero se encontraba obsoleto).

Que no existe tampoco el reconocimiento por parte del operador de justicia, de que los vestigios, restos del automotor motivo de la denuncia, no generaban ningún beneficio para el Estado, pues su destino final ni siquiera seria la reutilización, sino la chatarrización (que comprendería un gasto publico innecesario).

Que existió una venta irresponsable por la cual se obtiene una suma de 62 dólares americanos, que no son justificados como lo manda el órgano administrativo, sin embargo, los imputados, fueron condenados a cuatro (4 y 5) años de reclusión mayor ordinaria; a la prohibición de enajenación de bienes de los imputados como autores del delito de peculado.

[48] Abanto s.f. P6

Aquí caben también otras interrogantes a decir de las sanciones o penas por el delito de peculado:

¿Existe proporcionalidad en la imprescriptibilidad de la acción y juzgamiento en ausencia?

¿Existe proporcionalidad en la incapacidad de por vida ara ejercer cargo público?

¿Se aplica algún principio de proporcionalidad al hablar del bien jurídico protegido?

Si bien son ciertas estas interrogantes, son motivo de un estudio más a profundidad, sin embargo son materia de otra investigación.

2.3.4. EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL

Tal como lo hemos anunciado anteriormente, al referirnos a los conceptos sobre determinados lineamientos, en el presente caso y tras haber realizado una razonada verificación de conceptos a nivel de las legislaciones de Latinoamérica, resulta favorable referir el concepto que señala la doctrina mexicana sobre el debido proceso, al respecto lo ha precisado en los siguientes términos: *"se entiende por debido proceso legal el conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados. En un desenvolvimiento de esta idea, el mismo autor se extiende a varios sectores: a) la exigencia de un proceso previo en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento; b) prohibición de tribunales especiales y de leyes privativas; c) restricción de la jurisdicción militar) derecho o garantía de audiencia; e) fundamentación y motivación de las resoluciones dictadas por autoridad competente; f) aspectos sustanciales del*

debido proceso legal que aluden ya a la evaluación de lo decidido por los tribunales y su compatibilidad con los principios lógicos y jurídicos del sistema"[49].

La Constitución de la Republica de Ecuador lo ha catalogado dentro de sus derechos de protección, se encuentra consagrado en los Art. 75, 76 y 77, sin embargo nos enfocaremos principalmente en lo que señala el Art. De la CRE, toda vez que este mandamiento, contiene la esencia misma de lo que nuestra Constitución pretende proteger, al respecto dice:

> *"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*
>
> *1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.*
>
> *2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.*
>
> *3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.*
>
> *4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.*
>
> *5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación*

[49] Fix-Zamudio, Héctor, Voz: Debido proceso legal, Diccionario Jurídico Mexicano, México, Por ̈a-UNAM, 1987, pp. 820-822

sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos"[50].

Como nos lo ha referido la Constitución de la República, las garantías del debido proceso, son principios de derechos humanos innovadores para nuestra legislación, lamentablemente al ser un sistema constitucional de protección de derechos humanos, en donde una de sus características principales ha sido la progresividad en la aplicación de la norma, ha permitido que: A pesar de estar vigente desde el año 2008 ¡no se logra aplicar en su totalidad.

Cada uno de los lineamientos que el Art. 76 de la Constitución de la República se propone, de algún modo, en algún lugar del Ecuador son vulnerados por los operadores de justicia.

En lo que respecta a nuestro caso de investigación, es evidente y llama la atención, que los abogados que se hicieron cargo del patrocinio de los condenados no prestaron suficiente atención en su defensa, pues durante el proceso, existieron elementos que aportaban en gran medida para una substanciación más efectiva de la causa, una defensa procesal debidamente motivada, que permita que sus defendidos puedan acogerse a una medida sancionatoria menos rigurosa. Sin embargo como ya lo habíamos mencionado anteriormente, el análisis de cada una de las garantías del debido proceso, seria materia de otra investigación.

[50] Constitución de la República de Ecuador Pg. 55

2.3.5 EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DE LOS OPERADORES DE JUSTICIA

Para el desarrollo de este capítulo tomaremos como fuente de información, lo que menciona la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante la Comisión), sobre los operadores de Justicia, al respecto menciona:

> *"La Comisión ha utilizado la noción de operador de justicia para referirse a las y los funcionarios del Estado que intervienen en los sistemas de justicia y desempeñan funciones esenciales para el respeto y garantía de los derechos de protección y debido proceso. Desde tal perspectiva, a los efectos de este informe la CIDH consideró incluir tanto jueces y juezas, que de manera primordial les compete la función jurisdiccional9, como a los fiscales, y las defensoras y defensores públicos que, desde sus respectivos roles, están vinculados a los procesos en los cuales el Estado realiza funciones dirigidas a garantizar el acceso a la justicia"*[51]

> *"Capacitación. Una condición importante para garantizar la actuación independiente de las y los operadores de justicia es que cuenten con una capacitación adecuada. La mayor capacitación y formación profesional hace menos influenciables a las y los operadores de justicia a presiones o injerencias y garantiza, además, que sus decisiones respondan efectiva y correctamente a los requerimientos del derecho. La Corte Interamericana en varias de sus sentencias ha identificado que las violaciones imputables al Estado fueron perpetradas por funcionarios estatales y que dichas violaciones fueron agravadas por la existencia de un contexto generalizado de impunidad. En tales casos, la Corte ha dictado como medida de reparación que los Estados desarrollen capacitación para las y los operadores de justicia y,*

[51] Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 71.

entre las características señaladas por la Corte, se encuentra que tales programas deben ser permanentes y hacer especial mención a los instrumentos internacionales de derechos humanos"[52].

Dentro de la legislación ecuatoriana, respecto de la responsabilidad por parte de los operadores de justicia contamos con lo que determina el Código Orgánico de la Función Judicial, que al respecto señala: *"PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD.- La administración de justicia es un servicio público que debe ser prestado de conformidad con los principios establecidos en la Constitución y la ley. En consecuencia, el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, en virtud del recurso de revisión, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos en la forma señalada en este Código. Todas las servidoras y servidores de la Función Judicial, cualquiera sea su denominación, función, labor o grado, así como los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos a su cargo. Serán administrativa, civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el desempeño de sus funciones, según los casos prescritos en la Constitución, las leyes y los reglamentos. Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, de conformidad con las previsiones de la Constitución y la ley"*[53].

[52] Naciones Unidas. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sra. Gabriela Carina Knaul de Albuquerque e Silva. A/HRC/14/26, 9 de abril de 2010, párr.18
[53] Código Orgánico de la Función Judicial

El Art. 32 añade además: *"JUICIO CONTRA EL ESTADO POR INADECUADA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y POR REVOCATORIA O REFORMA DE SENTENCIA CONDENATORIA.- El Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso".*

De las observaciones al Informe de Relatoría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2014, en conjunto con el mandamiento que establece el Código Orgánico de la Función Judicial, resulta de suma importancia observar las actuaciones de los operadores de justicia, al respeto del caso de estudio, como ya lo habíamos mencionado anteriormente las autoridades judiciales así como lo abogados que patrocinaron la presenta causa, no tomaron en cuenta una serie de garantías fundamentales durante el procesamiento del mismo.

Quiero esta vez enfocarme en los abogados en libre ejercicio que patrocinaron la causa. Es evidente que al no haber agotado todos los recursos, se dio paso a la ejecución de una sentencia condenatoria, que incipientemente habrían aplicado los operadores de justicia, sin embargo es necesario preguntarnos: ¿por qué los abogados no acudieron a la justicia constitucional? ¿Por qué no se adoptó en las acciones de nulidad interpuestas, sobre la proporcionalidad en la pena que se les imputaba a sus defendidos?, si bien es cierto, existe la posibilidad de que el proceso aun siga en resolución por parte de la Corte Constitucional, sin embargo es evidente que un pronunciamiento sobre la proporcionalidad en la pena, abriría las puertas que muchos casos en el ecuador dejen de ser condenables por simples eventos contra el Estado que pueden ser subsanable por otros mecanismos, como la reparación del daño causado a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos reconocidos en el Art. 190 de la Constitución de la República, o la interposición de garantías constitucionales establecidas en el Art. 94 de la Constitución de la República

2.4 PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

- **OBJETIVO DE LAS PREGUNTAS REALIZADAS:** Identificar si los operadores de justicia, aplican el principio de proporcionalidad, como garantía Constitucional
- **PREGUNTAS REALIZADAS A LOS OPERADORES DE JUSTICIA.** Téngase en cuenta que desde el razonamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se considera como operadores de justicia a los Jueces, Fiscales y Defensores (Abogados – privados o Defensores Públicos)**:**

  Tipo de preguntas a implementar: Pregunta Cerrada,

  Tipo de respuesta: **SI o NO**

  Grupo Objetivo: Jueces – Fiscales, Abogados en libre ejercicio y Defensores Públicos

  Preguntas:

  1. ¿Conoce Usted lo que determina el Principio de Proporcionalidad en materia penal?

  2. ¿En su calidad de operador de justicia? Usted; ¿aplica el principio de proporcionalidad al momento de dictaminar una resolución?

  3. ¿Considera usted que el principio de proporcionalidad debe ser aplicado en los delitos de peculado?

4. ¿Considera usted que la apropiación o el abuso de confianza sobre un bien del Estado, con una cuantía menor a un salario mínimo vital, debe ser condenable con una pena mínima de 5 años?

5. ¿Considera usted que los bienes del Estado cuya cuantía sea menor a un salario mínimo vital, deban ser tipificados como un delito penal o peculado?

6. ¿Considera usted que en aquellos delitos contra los bienes públicos que afecten en una cuantía menor a un salario mínimo vital, puedan ser resueltos por otro tipo de mecanismos como la mediación Penal?

7. ¿Considera usted que los operadores de justicia aplican el principio de proporcionalidad en sus fallos?

- **RESULTADO DE LA PREGUNTA**

DEFENSORES PÚBLICOS	JUECES ENCUESTADOS	FISCALES ENCUESTADOS	ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO	NUMERO DE ENCUESTADOS
6	**09**	**05**	**7**	**27**

2.3.3.1 DESCRIPCIÓN NUMÉRICA

NO. de pregunta	SI	NO	NO RESPONDE
No. 1	**25**	**2**	**0**
No. 2	**4**	**23**	**0**
No. 3	**13**	**11**	**3**
No. 4	**2**	**25**	**0**
No. 5	**25**	**2**	**0**
No. 6	**25**	**1**	**1**
No. 7	**0**	**27**	**0**

CAPITULO III

DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO INVESTIGATIVO REALIZADO

3.1. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DICTADA EN PRIMERA INSTANCIA

TRIBUNAL QUE DICTÓ LA SENTENCIA:

Tribunal de Garantías Penales de Bolívar. Fecha de sentencia analizada: 28 de diciembre de 2011

Infracción: Peculado, tipificado en el inciso primero del Código Penal. Número de expediente 02256-2011-0125

Partes Procesales: En calidad de ofendido el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, El Cuerpo de Bomberos del Cantón Chillanes Provincia de Bolívar, por tratarse de un delito de acción pública se cuenta con la Contraloría General del Estado

Los Procesados son: LOURDES DEL PILAR BORBOR MARMOL Y LUIS ARTURO GAIBOR CABEZAS

Descripción de los hechos relevantes al juicio: Los hechos fácticos del presente caso, suceden en torno a dos personas que laboraban para el Cuerpo de Bomberos del Cantón Chillanes – Provincia de Bolívar. Los imputados son Luis Arturo Gaibor Cabezas, Jefe del Cuerpo de Bomberos del Cantón Chillanes y Lourdes del Pilar Borbor Mármol, Secretaria Tesorera de la refería institución, Los mencionados ex funcionarios, durante su gestión realizaron el traslado de un vehículo (Motobomba Ford 700 año de fabricación 1978), según la descripción del comodato, esta unidad se encontraba inoperativa en lo que se refiere a su propósito (vehículo contra incendios) dado en Comodato por el Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito el 08 de junio de 2006.

Dicha unidad fue trasladada por la señora Lourdes del Pilar Borbor Mármol desde el cantón Chillanes, hasta la ciudad de Caluma, para realizar adecuaciones que permitan al vehículo estar en condiciones de operatividad y brindar el servicio para el que fue fabricado Vehículo contra incendios).

Que por versiones rendidas por el propietario del taller mecánico donde fue ingresado el vehículo, los componentes (presumiblemente obsoletos) fueron vendidos por la señora Lourdes del Pilar Borbor Mármol, como chatarra, por un valor de $ 62,00 (SESENTA Y DOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), sin que para dicha acción se haya contado con la autorización pertinente, en base de estos hechos los señores Manuel Mesías Orozco Romero, Vicente Salomón García y Aníbal Edison Flor Silva, Miembros del Cuerpo de Bomberos del Cantón Chillanes denuncian estos hechos. Ante la Fiscalía del cantón Chillanes, Fiscalía solicita una auditoria por parte de Contraloría General del Estado sobre los hechos suscitados con la motobomba otorgada en comodato al Cuerpo de Bomberos en el cantón Chillanes, a lo que se responde con un informe de indicios de responsabilidad penal por el presunto delito de peculado**.** Por orden el Fiscal se recaban las versiones de los empleados del Cuerpo de Bomberos de Chillanes y del propietario del Taller en donde se habría realizado las adecuaciones al vehículo, junto con todos los elementos de convicción se da inicio a un proceso penal en contra de dos procesados, con la venia del Juzgado Sexto de Garantías Penales del Cantón Caluma, en la Audiencia de Formulación de Cargos, se da inicio a la Instrucción Fiscal en contra de los sindicados por el delito de Peculado. En la audiencia preparatoria de juicio, y formulación de cargos, fiscalía emite el correspondiente dictamen acusatorio.

- **Audiencia de Juzgamiento – Tribunal de Garantías Penales de Bolívar**

Prueba de los ofendidos:

Versiones de la Acusada: Acepta haber vendido las partes salidas de la motobomba como chatarra; el tribunal declara que no existen acuerdos probatorios que las partes hayan convenido. Que se confirma la prisión preventiva de Lourdes del Pilar Borbor Mármol y se ratifica en la medida alternativa de la prisión preventiva de presentarse en el juzgado del señor Luis Arturo Gaibor Cabezas, al tenor de lo que dispone el Art. 193 del Código de Procedimiento Penal, además se ordena el embargo de los bienes de los imputados.

Se rechaza las alegaciones de los patrocinadores de las personas imputadas, porque no existe falta de competencia del Juez Penal del Cantón Caluma, toda vez que el hecho se suscitó en dicha ciudad, tampoco existe prejudicialidad, ya que el espíritu del objeto que motivó la acción es un bien del Estado, que el recurso de nulidad interpuesto por las partes procesales, no cabe en este proceso, ya que los errores de forma que se produjeron durante el manejo y substanciación del juicio fueron subsanados en su debido momento, esto se refiere a la foliatura del expediente judicial y la identificación de las piezas procesales que a decir del patrocinador de los demandados habrían sido mutiladas. Sin embargo se hace la respectiva aclaración sobre dichos eventos y se deja constancia de que; de haber existido fallas en el orden de la documentación, estas no influyen sobre el fondo del asunto a resolver, así mismo se ha dejado claro lo que determina el Código Civil sobre la figura del comodato y que en consecuencia, el bien motivo de la controversia es patrimonio del Estado, finalmente se determina que el hecho se constituye como un delito penal de peculado, por lo que dicha Sala

Especializada de Garantías Penales Resuelve: Rechazar los recursos interpuestos por los imputados.

- **Análisis de la Sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar:**

Tribunal que dictó la Sentencia: Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar

Fundamentación de la decisión tomada por dicha Sala de la Corte Provincial:

PRIMERO: de su competencia para conocer la causa, referencia Art. 16, 17, 21 y 28 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el Art. 221 del Código Orgánico de la Función Judicial.

SEGUNDO: Verificación del cumplimiento de todas las solemnidades cumplidas durante la substanciación del proceso judicial con enfoque constitucional

TRES: Determinación del tipo penal, fundamentado en los elementos o pruebas de cargo y descargo de los imputados y de los afectados en el presente juicio

CUATRO: determinación de los hechos, las acciones generadas por la Fiscalía del Cantón Caluma y la comprobación del cometimiento del delito tipificado en el Art. 257 del Código Penal.

QUINTO: determinación de los elementos constitutivos para el rechazo del recurso de nulidad interpuesto por los imputados, y la negación del mismo por no haber contravenido ninguna disposición de competencia o improcedencia alguna.

SEXTO: Determinación de las características que cumple el caso y los hechos para la tipificación del delito de peculado: 1) verificación de la calidad de servidores públicos de las personas imputadas. 2) la inexistencia de un factor externo que determine que las acciones tomadas por los imputados exprese disposición alguna que les haya autorizado a realizar la acción que motiva la acción, es decir, los imputados actuaron con voluntad en el cometimiento del delito de peculado al tomar decisiones sin contar con el consentimiento de autoridad competente. 3) la determinación de que los acusados no han podido justificar lo contrario.

SEPTIMO: determinación de los elementos atenuantes en favor de la acusada y la falta de elementos que favorezcan al imputado.

RESOLUCIÓN CONDENATORIA:

Lourdes del Pilar Borbor Mármol: 4 años de prisión mayor ordinaria por el cometimiento del delito de peculado tipificado en el Art, 257 del Código Penal, en contra de la administración Pública, dicha condena se la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de Guaranda.

Luis Arturo Gaibor Cabezas: 5 años de prisión correccional por el cometimiento del delito de peculado tipificado en el Art, 257 del Código Penal, en contra de la administración Pública, dicha condena se la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de Guaranda, Suspensión de las medidas sustitutivas a favor del imputado.

Los dos sentenciados quedan inhabilitados de forma perpetua al desempeño de cargos público alguno, suspensión de los derechos de ciudadanía.

3.2 ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DICTADA EN SEGUNDA INSTANCIA POR EL TRIBUNAL DE GARANTIAS PENALES DE BOLÍVAR CONSIDERANDO NOVENO:

NOVENO: Resumen: El Tribunal, considerando el principio de proporcionalidad establecido en el Art. 76, No. 6 de la Constitución de la República, relacionado con la simetría que debe mantener el castigo frente al comportamiento y la culpabilidad, causando equilibrio entre el derecho a castigar del Estado y los derechos de las personas a vivir en condiciones dignas, Resuelve:

Resolución: Rechazar el Recurso de apelación interpuesto por el sentenciado Luis Arturo Gaibor Cabezas y confirma la sentencia dilatada por el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, sin embargo aplicando el principio de proporcionalidad, reduce la pena del sentenciado Luis Arturo Gaibor Cabezas a dos años de prisión correccional.

3.3 ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN TOMADA POR LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.

Resumen: Rechaza la apelación en Casación interpuesta por el recurrente Luis Arturo Gaibor Cabezas, se deja constancia que la Resolución tomada por la Corte Provincial de Justicia de Bolívar es improcedente porque afecta lo que determina el Art. 57 del Código Penal, por lo que la pena que le correspondía es de 5 años, sin embargo no se puede empeorar la situación jurídica por ser el único recurrente, en tal razón queda vigente la pena impuesta en la sentencia tomada por la Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar. Se aplica el principio *non reformatio in pejus*, que no se puede empeorar la situación del único recurrente.

CAPITULO IV

RESULTADOS

4.1 RESULTADOS DEL ESTUDIO EN EL PRESENTE CASO DE INVESTIGACIÓN:

La conclusión que podemos sacar del análisis del presenta caso, es la falta de aplicación de la norma, por parte de los juzgadores, el común quebrantamiento de las normas procesales penales y las garantías constitucionales.

Resulta preocupante que exista una sola forma de tipificar los delitos por ínfimas cuantías en contra de los bienes del Estado, por lo que es lamentable que los operadores de justicia en especial aquellos que fungen la calidad de máxima autoridad en la administración de justicia, no puedan concebir la proporcionalidad como un derecho fundamental, y se limiten a sancionar según normas ordinarias. Aquí cabe el dicho que "La norma no está escrita en piedra" y en consecuencia no es la última palabra para el juzgador.

Bien lo determina la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que los Estados están en la obligación de formar de manera permanente a sus operadores de justicia, para de este modo evitar la vulneración de derechos fundamentales.

4.2 IMPACTO QUE GENERAN LOS RESULTADOS DEL PRESENTE ESTUDIO DE CASO

- Como bien ya lo hemos mencionado, las acciones generadas para obtener información, los hechos y eventos suscitados durante la investigación. Nos deja mucho que desear en nuestro anhelo para que se garanticen los derechos fundamentales frente a los delitos

menores (por su cuantía), sin bien es cierto que el peculado tiene un concepto histórico y definido sobre las afectaciones que se producen al Estado, es indispensable también pensar que existe la posibilidad de medir las penas en función de las cuantías sobre las que se las imputa. No es lo mismo que un servidor público robe millones en recursos del Estado; que una persona que por pretender favorecer las necesidades de la comunidad sea condenada por un valor por no decirlo insignificante.

- Es preocupante que solo un grupo de magistrados en el presente caso, haya valorado la proporcionalidad de la pena al momento de emitir su dictamen, adicional afecta en toda medida; que la propia Corte Nacional de Justicia, no haya realizado un razonamiento más profundo para analizar la posibilidad de reducir la pena (es lamentable que siendo los más altos responsables de la administración de la justicia, no se tomen el tiempo necesario para razonar la proporcionalidad en una sentencia)
- Durante el proceso, la sentenciada, ha demostrado que se encontraba realizado sus estudios superiores. Frente a este hecho es necesario recordar lo que opina el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos: En el momento de que un sujeto, (en este caso el Estado – la administración de justicia) vulnera un derecho humano, vulnera de forma proporcional otros derechos, (en este caso: el derecho a la educación, el derecho a la libertad, el derecho a la no discriminación, entre otros). En este sentido, queda preguntarnos: ¿Los juzgadores se preocuparon por la dignidad humana de las personas condenadas en el presente caso?
- También es necesario evidenciar, la falta de interés por parte de los abogados que patrocinaron la defensa de los imputados, las alegaciones son ambiguas y no profundizan sobre la improcedencia en ciertas acciones tomadas por los operadores de justicia,

principalmente en la primera instancia donde se investigó todo el proceso, ninguno de los abogados apeló la proporcionalidad de la pena. Ninguno de los abogados recurrió el fallo ante los jueces. Aquí es donde debemos sensibilizar a los abogados en libre ejercicio, ya que la profesión de la abogacía tiene como espíritu fundamental, precautelar los intereses de las personas a quienes patrocinan. No solo debemos patrocinar una causa por honorarios, es importante considerar que la abogacía también se ejerza *pro bono* (de bien público) ya que los derechos fundamentales son un bien del soberano o mandante.

CAPITULO V

5.1. CONCLUSIONES

- En el caso estudiado se estableció una pena de dos años por una cantidad de sesenta dólares, en cumplimiento del principio de proporcionalidad.
- La pena debe ser un elemento preventivo del delito más no punitivo
- El endurecimiento de las penas en un Estado Constitucional de Derechos y justicia no es aplicable, por cuanto con ellas no se previene el delito, se castiga de forma injustificada.
- La norma Penal no cuenta con un razonamiento especial que promueva la proporcionalidad en una pena, lo que estimula al juzgador a limitarse a cumplir con lo que dice la norma ordinaria, sin percatarse que esta pueda ser inconstitucional.
- En el Ecuador no se practican mecanismos alternativos de solución de conflictos de tipo penal, como la mediación penal o la conciliación penal como se lo realiza en países como Argentina, España, México. (negociación penal inclusive de la pena).
- En el presente estudio del caso, en ningún Estado procesal se realizó una valoración profunda de la prueba; y; una vez más el juzgador se limita a lo que dice la norma ordinaria. En este caso debió ser tomado en cuenta que la prueba debía considerarse como un bien del Estado que se encontraba en funcionalidad, o siendo de utilidad para la comunidad. Técnicamente se sancionó por bienes que eran de utilidad, ajustando la pena a una condena extremadamente grave.
- ¿Cuál es la responsabilidad que tiene el Estado frente a sus bienes?, La Contraloría General del Estado se ha convertido en un organismo que aparece únicamente cuando

se identifica un delito, los informes de auditores prevalecen según la conveniencia del caso, la Contraloría General del Estado, tampoco cumple las funciones que la Constitución le faculta, desde la parte preventiva, existen grandes cantidades de recursos del Estado que están siendo mal empleados pero no se realiza el seguimiento adecuado de las acciones de los servidores públicos.

5.2 RECOMENDACIONES

- Exhortar a los Organismos de control del Estado para que realice un estudio profundo sobre el principio de proporcionalidad como un derecho fundamental, y se lo incorpore en todos los ordenamientos que el Estado adopte para resguardar sus recursos, siempre teniendo presente que se adecue a cada caso.
- Es necesario que el Código Orgánico Integral Penal, así como los ordenamientos de menor jerarquía, sean revisados en lo pertinente a la proporcionalidad de las penas en los delitos de peculado, generando un cuadro de valores que promueva una medida adecuada para cada caso.
- El Estado ecuatoriano está en la obligación de adoptar medidas o políticas públicas, que promuevan el ingreso al sector público de personas aptas para desempeñar los cargos con responsabilidad social.
- Fomentar el principio de proporcionalidad en todos los niveles del servicio público para garantizar la gradualidad de la sanción frente a la acción cometida
- Que los operadores de justicia dentro del ámbito de sus competencias apliquen el principio de proporcionalidad acorde lo consagra la Constitución de la República.

BIBLIOGRAFÍA

- ***ARELLANO,*** Carlos**. "**Derecho Procesal Civil"**,** México Porrúa, 1987
- ***COUTURE,*** Eduardo. "*VOCABULARIO JURÍDICO".* Ediciones Depalma. Buenos Aires - .1976.
- ***DICCIONARIO JURÏDICO ESPASA.*** Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid – España. 2001.
- ***FERRAJOLI,*** Luigi. *"DERECHOS Y GARANTÍAS*". Séptima Edición. Editorial Trotta. Madrid – España. 2010.
- ***KELSEN,*** Hans. "TEORÍA PURA DEL DERECHO". Buenos Aires. Eudeba, 1960.
- ***OSORIO,*** Manuel. *"DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES".* Primera Edición. Datascan. Guatemala. 2014.
- ***FOUCAULT***, Michel. "La Gubernamentalidad". En estética, ética y hermenéutica. Obras asignadas, Volumen III. PAIDOS. México 1999.
- ***SANTAMARIA,*** *Ramiro.* "EN DEFENSA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR – Los debates y los argumentos"

LEXIGRAFÍA

- *CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR*. 1RA. EDICIÓN. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito 2015.
- *CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.* República del Ecuador. Suplemento Registro Oficial 544 de 9 de marzo del 2009.
- *LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN*, República del Ecuador. Registro Oficial 417 de 14 de Diciembre del 2006.

WEBGRAFÍA

- www.derechoecuador.com
- http://www.un.org/es/.

- http://www.ecuamundo1.com/abogados-ecuamundo/ley-de-casacion/
- http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/824/1/T458-MDE-Poveda
- www.juridicas .unan.mx/publica/librew/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr2.pdf
- http://www.jus.mendoza.gov.ar/biblioteca/boletines/especiales/10062010/sirkin.php