

UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES

CARRERA DE DERECHO

SEDE QUITO

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

TEMA:

**“LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL JUZGAMIENTO POR DELITOS CONTRA LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN AUSENCIA”**

AUTOR

STEEVEN SEBASTIÁN YÁNEZ CRUZ

TUTOR:

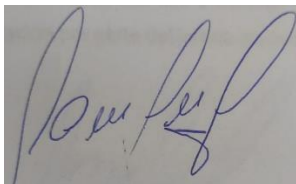
DR. HERMES SARANGO AGUIRRE

QUITO – 2023

CERTIFICADO DEL ASESOR

Dr. Hermes Gilberto Sarango Aguirre, MSc., docente de la Universidad Metropolitana del Ecuador en calidad de asesor del trabajo de investigación designado por disposición del Director de Carrera de Derecho de la UMET, certifico que el señor, **Steeven Sebastián Yánez Cruz**, portador de la cédula de ciudadanía **No. 1750920074**, realizó el ensayo de grado previo a la obtención del título de **ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, ha culminado el trabajo de investigación, con el tema “La inconstitucionalidad del juzgamiento por delitos contra la administración pública en ausencia”, quien ha cumplido con todos los requisitos legales exigidos, por lo que se aprueba el trabajo. Se ha puesto especial énfasis en verificar que no se haya incluido en el trabajo textos sin la correspondiente referencia bibliográfica. En caso de que se determine la existencia de plagio académico, el autor asume la responsabilidad total y exclusiva por tal acto.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando al interesado hacer uso de la presente, así como también se autoriza la presentación para la evaluación por parte del jurado respectivo.



Dr. Hermes Sarango Aguirre MSc.

Tutor

CERTIFICADO DE AUTORIA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Yo, **Steeven Sebastián Yáñez Cruz**, con cédula de ciudadanía No. **1750920074** estudiante de la Universidad Metropolitana UMET, carrera de Derecho, declaro en forma libre y voluntaria que el presente ensayo que versa sobre “La inconstitucionalidad del juzgamiento por delitos contra la administración pública en ausencia” y las expresiones vertidas en el mismo son de mi autoría, las cuales se han realizado en base a recopilación bibliográfica, consultas web y consultas de campo.

En consecuencia, asumo la responsabilidad de la originalidad de esta y el cuidado al referirme a las fuentes bibliográficas respectivas para fundamentar el contenido expuesto.

Atentamente,

Steeven Sebastián Yáñez Cruz

CI. 1750920074

Autor

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, **Steeven Sebastián Yánez Cruz**, con cédula de ciudadanía N° **1750920074** en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del ensayo titulado: “La inconstitucionalidad del juzgamiento por delitos contra la administración pública en ausencia”, modalidad ensayo de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, cedo a favor de la Universidad Metropolitana una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos. Conservo a mi favor todos los derechos de autor sobre la obra, establecidos en la normativa citada.

Así mismo, autorizo a la Universidad Metropolitana para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de titulación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

El autor declara que la obra objeto de la presente autorización es original en su forma de expresión y no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo la responsabilidad por cualquier reclamación que pudiera presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de toda responsabilidad.

Steeven Sebastián Yánez Cruz

CI. 1750920074

Autor

ÍNDICE

CERTIFICADO DEL ASESOR.....	I
CERTIFICADO DE AUTORIA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN.....	II
CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR	III
ÍNDICE	IV
RESUMEN.....	VI
ABSTRACT.....	VII
INTRODUCCIÓN.....	1
DESARROLLO	2
Antecedentes históricos	2
El debido proceso.....	3
El debido proceso penal y el derecho a la defensa.....	3
La administración pública.....	4
Clasificación de la administración pública.....	4
El funcionario público	5
Delitos contra la eficiencia de la administración pública.....	6
Delito de peculado.....	6
Etimología, concepto y normativa vigente.....	6
Delito de enriquecimiento ilícito.....	7
Etimología, concepto y normativa vigente.....	7
Delito de cohecho.....	8
Etimología, concepto y normativa vigente.....	8
Delito de concusión	9
Etimología, concepto, normativa vigente	9
El juzgamiento en ausencia.....	10
El rebelde, ausente y prófugo	10

La inconstitucionalidad del enjuiciamiento en ausencia	12
Marco legal vigente	12
Derecho penal del enemigo en contra de los servidores públicos	13
Violación al principio de igualdad ante la ley	14
Violación al principio de inocencia.....	15
Violación del derecho a la defensa	16
Tratados Internacionales frente a la legislación ecuatoriana	19
Principio de proporcionalidad y ponderación de derechos	21
Jurisprudencia y derecho comparado	23
CONCLUSIONES	25
RECOMENDACIONES.....	26
BIBLIOGRAFÍA.....	27

RESUMEN

En este ensayo de investigación, se profundizó en la normativa legal vigente ecuatoriana en relación con los delitos contra la administración pública y su juzgamiento en ausencia, tanto en lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, como en los Tratados Internacionales debidamente ratificados por el Estado ecuatoriano, así como del derecho comparado en relación con las legislaciones de otros países miembros. Se ahondó particularmente en los precedentes históricos en los que parten los delitos contra la administración pública y sus correspondientes sanciones, además de referir al sujeto activo y pasivo de aquellos delitos calificados. Por otro lado, se propuso una efectiva conceptualización con respecto al servidor público, en base a sustentos legales vigentes. Además de ello, se realizó un análisis exhaustivo del porqué de la inconstitucionalidad del juzgamiento en ausencia, paso por paso, explicando la flagelación de derechos como el de defensa, el de la tutela judicial efectiva, el de igualdad etc. Así también, se describió al principio de proporcionalidad y de ponderación como una solución factible frente a los casos de una posible impunidad. En este sentido, se pudo indagar que la inconstitucionalidad del juzgamiento por delitos contra la administración pública en ausencia es real y por ende se debe tomar en consideración la propuesta de acudir ante los lineamientos que propone la comunidad internacional con el único fin de que no exista una suerte de justicia condicionada con vacíos legales que no logran tutelar los derechos de los ciudadanos ecuatorianos a la hora ser juzgados en ausencia.

Palabras clave: delitos, administración pública, ausencia, constitución, justicia, inconstitucionalidad, tratados internacionales, impunidad.

ABSTRACT

In this research essay, the current Ecuadorian legal regulations were deepened by virtue of crimes against the public administration and their prosecution in absentia, both in the provisions of the Constitution of the Republic of Ecuador, and in the International Treaties duly ratified by the Ecuadorian State, as well as comparative law in relation to the laws of other member countries. Particularly delved into the historical precedents in which crimes against public administration and their corresponding sanctions are based, in addition to referring to the active and passive subjects of those qualified crimes. On the other hand, an effective conceptualization regarding the public servant was proposed, based on current legal grounds. In addition to this, an exhaustive analysis of the reason for the unconstitutionality of the trial in absentia was carried out, step by step, explaining the flogging of rights such as defense, effective judicial protection, equality, etc. Likewise, the principle of proportionality and weighting was described as a feasible solution in cases of possible impunity. In this sense, it was possible to conclude that the unconstitutionality of the prosecution for crimes against the public administration in absentia is real and therefore the proposal to resort to the guidelines proposed by the international community with the sole purpose of not existing a sort of conditioned justice with legal loopholes that fail to protect the rights of Ecuadorian citizens when they are tried in absentia.

Keywords: crimes, public administration, absence, constitution, justice, unconstitutionality, international treaties, impunidad.

INTRODUCCIÓN

El objetivo general del presente ensayo es analizar la relación con la normativa legal vigente de la República del Ecuador, en virtud de los delitos contra la administración pública y la inconstitucionalidad de su enjuiciamiento en ausencia, además del derecho comparado, sujeto por los tratados internacionales debidamente ratificados por el Estado.

Como objetivo específico se hondará en referenciar la normativa constitucional, penal y de otros órganos legales en el Ecuador, así como la prohibición que sugiere la comunidad y los tratados internacionales, con respecto al tema de indagación propuesto. Por otro lado, como segundo objetivo específico, se determinará las causas de inconstitucionalidad debido a la ausencia de la persona procesada y la flagelación de sus derechos, así como la posibilidad de constituir una relación jurídica procesal básica sin detrimento al derecho a la defensa.

El legislador ha considerado dentro de la Constitución de la República del Ecuador y el vigente Código Orgánico Integral Penal determinar el juzgamiento en ausencia, avalando para esta circunstancia legal únicamente a los delitos cometidos por funcionarios públicos. El Ecuador es parte de varios tratados internacionales, así como varios países de la región, dentro de los mismos, se promueve claramente una divergente manera de enjuiciamiento penal, en relación con los delitos contra la eficiente administración pública, por lo que nace una fricción al ser incompatible entre la Constitución de la República del Ecuador, que permite el enjuiciamiento en ausencia bajo ciertos lineamientos de ley y los Tratados Internacionales de derechos humanos que no lo aceptan bajo ninguna condición normativa.

Así pues, la problemática se plantea al existir una discrepancia de ponderaciones, entre lo que estipula la Constitución de la República del Ecuador, y los tratados internacionales. Por consiguiente, la legislación constitucional ecuatoriana e infraconstitucional debe estar sujeta a lo que establece la convencionalidad. En la siguiente investigación se abordará los delitos contra la eficiente administración pública y la inconstitucionalidad de su juzgamiento en ausencia, en relación con lo que propone los tratados internacionales, el derecho comparado y el principio de proporcionalidad y ponderación de derechos que avalan la afirmación planteada.

DESARROLLO

Antecedentes históricos

El precedente histórico de los distintos sistemas de enjuiciamiento penal, parten del sistema procesal inquisitivo. El sistema penal inquisitivo se caracterizaba por presentar un modelo de juzgamiento en el que recaía una suerte de doble potestad, es decir, el ente administrador de justicia representado por un juez ejercía la función tanto de enjuiciador y acusador. Además, el sistema era totalmente burocrático, parcializado, escrito y sosegado, una de las características que más destacaban dentro de este tipo de sistema penal, era que imprescindiblemente la persona encausada o procesada, tenía que estar presente dentro del procedimiento penal, ya que con su mera confesión podía ser prueba suficiente para que el juzgador dicte una sentencia.

A pesar de que en el sistema penal inquisitivo claramente existían deficiencias con respecto al debido proceso, el acusado tenía ante el Estado la garantía del principio de inocencia y por ende ser tratado bajo esa calidad, hasta que una sentencia ejecutoriada en firme dictamine todo lo contrario. Esto último ha perdurado por bien del derecho penal, perfeccionándose en el paso del tiempo, siempre bajo la plena observancia del debido proceso y las garantías de los derechos humanos estipulados en la Constitución y los Tratados Internacionales.

El Ecuador en los últimos años ha sido testigo de la manifestación abundante y contemporánea de gobiernos corruptos y corruptores, un fiel ejemplo a ello es el mandato casi reciente de un régimen autoritario, que dentro de sus filas mantuvo a servidores públicos involucrados en juicios contra la administración pública del Estado. El más histórico y de mayor relevancia, sin duda es el juicio penal en contra del exmandatario Rafael Correa acusado del delito de cohecho pasivo agravado.

Se trae a colación este caso en específico, ya que una de las características más relevantes de este proceso y para fines de referencia en este estudio, es que, el acusado, en este caso, Correa, se lo sentenció en ausencia, esto quiere decir, que, al momento del desarrollo del proceso penal en la Corte Nacional de justicia, el expresidente se encontraba físicamente fuera de la jurisdicción del Ecuador.

El debido proceso

El debido proceso penal y el derecho a la defensa

Uno de los derechos mayormente relevantes que avalan las constituciones más importantes del mundo, así como las convenciones, tratados y organizaciones internacionales, es el derecho al debido proceso penal, el mismo que propone a las personas tener una garantía facultativa, que habilita a los entes administradores de justicia a tener una plena observancia de los elementos básicos de un juicio digno, honesto e igualitario, pero sobre todo justo ante la ley.

La puesta en vigencia del neoconstitucionalismo ha dado saltos agigantados con respecto a la ejecución del debido proceso, puesto que, al ponderarse un amplio catálogo de derechos, también se actualizó y por ende fortaleció los mandatos de optimización, esto quiere decir que los principios rectores, tienen un mayor protagonismo en las constituciones.

La Constitución de la República del Ecuador propone en su Art. 76 que los entes administradores de justicia garanticen dentro de todas sus potestades la prevalencia ante todo del derecho al debido proceso, así como la posibilidad de que la persona acusada o procesada tenga la posibilidad de tener un juicio digno en todas sus fases, como la posibilidad de ser referido siempre en su estado de inocencia, hasta que la fiscalía destruya la misma con su teoría del caso y una sentencia ejecutoriada demuestre todo lo contrario. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Dentro del derecho al debido proceso, se desprende el derecho a la defensa, mismo que debe prevalecer todas las solemnidades. Varios doctrinarios y juristas han propuesto diversas definiciones y conceptos, uno de ellos expone que “el derecho a la defensa es aquel que asiste a todo demandado, imputado o acusado, y al defensor, para comparecer en un juicio” (Carrión L. , 2006, pág. 45)

El derecho a la defensa por lo tanto es uno de los derechos más importantes que se observan en una audiencia de juicio, debido a que, al existir un pleito entre pretensiones, la ley faculta que se escuche la versión de ambas partes. Por lo tanto, el juez tiene la potestad de observar que no exista ningún tipo de violación al derecho a la defensa y la parte acusada no caiga en indefensión.

La administración pública

Clasificación de la administración pública

La palabra administración o administrar según la Real Academia de la Lengua significa servir (Real Academia Española, 2023).

La definición más acertada para la administración pública sería el servicio público. Por lo tanto, aquel servicio público mencionado, se lo realiza o ejecuta por individuos calificados, los mismos que cumplen labores específicas de servicio, estos son los denominados servidores públicos que reciben aquel nombre ya que los mismos están facultados por la ley vigente para cumplir con trabajos que benefician al estado y a sus ciudadanos.

Según la Ley Orgánica del Servicio Público:

(Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

Art. 2.- Objetivo. - El servicio público y la carrera administrativa tienen por objetivo propender al desarrollo profesional, técnico y personal de las y los servidores públicos, para lograr el permanente mejoramiento, eficiencia, eficacia, calidad, productividad del Estado y de sus instituciones, mediante la conformación, el funcionamiento y desarrollo de un sistema de gestión del talento humano sustentado en la igualdad de derechos, oportunidades y la no discriminación.

La administración pública es una facultad muy importante en el estado, ya que el mismo otorga a los servidores públicos la capacidad de poder servir al pueblo y en virtud de ello recibir una remuneración, por lo tanto, toda acción ejercida por un servidor público, primero, como mandato de ley, debe de ser transparente y sujeta a la normativa vigente, además tiene que ser proba, eficaz y efectiva.

Lastimosamente en el Ecuador no se cumple con lo que dispone la ley debido a que sus servidores públicos abusan en algunos casos de su cargo y ven a la administración pública como una forma de negocio. Los actos administrativos se ven manchados y sesgados debido al trasfondo de beneficios personales y políticos, esto es muy grave ya que debilita a la gestión como Estado ecuatoriano y por ende da la apertura de que exista canales de corrupción y así se inicie el cometimiento de delitos contra la administración pública.

El funcionario público

Según (Real Academia Española, 2023) un funcionario es “persona que desempeña profesionalmente un empleo público”. Las personas que desempeñan un cargo público, por lo general serán consideradas por su labor pública, que específicamente le otorga el Estado a través de la ley, la misma que dispone una serie de facultades, pero sobre todo obligaciones que se deberán cumplir sin perjuicio de su cargo jerárquico.

La Ley Orgánica de Servicio Público dispone (2005):

Art. 4.- Servidoras y servidores públicos. - 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. Los trabajadores del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo.

Principalmente dentro del cargo público existe una clase de dualidad en virtud de las labores que ejecutan los servidores públicos. Según (Siccha, 2009, pág. 3) “el sentido objetivo constituye el desarrollo de la dinámica de la función misma, y el sentido subjetivo, se constituye en el orden de órganos estatales, lo que implica niveles, jerarquía, entidades, cargos y oficios delimitados en sus competencias”.

Las y los funcionarios públicos según la LOSEP, así como tienen facultades y potestades en el ámbito de sus funciones, también deben cumplir con ciertos deberes y obligaciones, dentro de las mismas están sin duda respetar la superioridad de la Carta Magna del Estado ecuatoriano, aparte de eso los funcionarios públicos deberán actuar con probidad dentro de sus funciones y llegarse a comprobar su eficiencia y eficacia con el único fin de beneficio colectivo y social del país.

Al existir un problema por parte de los servidores públicos por incumplimiento sea en el caso de velar por la economía de los recursos del Estado o desobedecer ordenes legítimas de superiores y por consiguiente faltar a la rectitud y a la buena fe profesional, se evaluará periódicamente al funcionario y de ser el caso, si existen dichos problemas se abrirá un proceso disciplinario administrativo o por otro lado si el funcionario público incurre en el cometimiento de un delito, ya sería un procedimiento más grave, puesto que le correspondería a la Fiscalía abrir una investigación penal.

Delitos contra la eficiencia de la administración pública

La normativa penal vigente, específicamente en el Código Orgánico Integral Penal dispone en la sección número tres, en el capítulo quinto, a los delitos que abarcan en el Ecuador que van en contra de la eficiencia de la administración pública, los cuales se clasifican en cuatro delitos, el peculado, la concusión, el cohecho, el enriquecimiento ilícito. Estos delitos, como se mencionó antes se pueden ser juzgados en ausencia, así lo estipula la Constitución y a continuación se analizará cada uno de ellos.

Delito de peculado

Etimología, concepto y normativa vigente

La palabra peculado tiene origen en latín, por ejemplo “*paculatus*” se desglosa la palabra “*pecus*” que significa dinero y “*latus*” que corresponde a la palabra ganado, esto quiere decir el dinero ganado.

En la jerga jurídico-penal “se entiende como un atentado de orden patrimonial en perjuicio del erario, cuando quien lo comete, tiene en su cargo la administración de caudales o efectos oficiales” (Angúlo, 1985, pág. 43). Al hablar de caudales, sin duda se toma relación en las arcas del Estado, por otro lado, los efectos oficiales definen a los actos administrativos que sin duda es la declaración unilateral de la autoridad competente, que genera efectos jurídicos individuales. Aquellos efectos jurídicos individuales son muy importantes ya que demuestran la eficacia y eficiencia en la administración de cada servidor público y por ende las consecuencias de estas.

Según el Código Orgánico Integral Penal (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014):

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 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.

Delito de enriquecimiento ilícito

Etimología, concepto y normativa vigente

La etimología del delito de enriquecimiento ilícito se desprende en partes y cada una tiene un significado muy importante, por ejemplo, la palabra “rico” o “enriquecimiento” viene de “poderoso” una acción o circunstancia de poder económico. (Eti, s.f.).

Según lo dispone el Código Orgánico Integral Penal (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014):

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

El delito de enriquecimiento ilícito es la vitrina que se muestra como la cuna de la corrupción consumada, ya que, es aquí donde se demuestra el aumento abrupto de los ingresos económicos percibidos por los servidores públicos. Su patrimonio se ve adulterado y cambia en virtud del paso del tiempo, terminando en unas cantidades exorbitantes que finalmente los funcionarios no tienen como justificar y por ende se inicia una investigación que termina en proceso de enjuiciamiento penal.

El sujeto activo calificado del delito de enriquecimiento ilícito es el servidor público o funcionario que administra u ocupa un cargo público del Estado. La conducta típica de este delito es obtener beneficios económicos personales o para una tercera persona y que finalmente no pueda justificar aquellos incrementos en sus ingresos patrimoniales.

Es muy importante diferenciar el enriquecimiento ilícito público con el enriquecimiento ilícito privado, ya que una de sus grandes divergencias, es el sujeto activo, el primero como ya se mencionó anteriormente es un servidor público y el segundo es cometido por un particular.

Delito de cohecho

Etimología, concepto y normativa vigente

La palabra cohecho viene del latín “*confectus*” esta palabra en la antigua Roma se referenciaba como que algo ya está hecho o ya está arreglado o preparado previamente (Eti, s.f.).

El cohecho viene del verbo cohechar, este delito es uno de los más importantes que van en contra de la administración pública. El sujeto activo del delito de cohecho se divide en dos, los cuales son el agente activo y el agente pasivo, el primero se caracteriza por ejercer la función de dar, ofrecer o prometer una dádiva, por consiguiente, está el agente pasivo siendo un servidor público quien acepta la ofrenda o promesa y así llegar finalmente a consumirse el delito.

Según el Código Orgánico Integral Penal. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014)

Art. 280.- Cohecho. - Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Dentro de varias legislaciones en algunos países de la región, la tipificación del delito de cohecho tiene categorías, estas pueden ser, propias, impropias, activo, pasivo, genérico, específico, agravado, transnacional, etc. Es evidente que en nuestra legislación no existe este tipo de categorización, pero una de aquellas se vio cuando se dictó la sentencia al exmandatario Rafael Correa del delito de cohecho pasivo agravado, aquí se puede distinguir la unión de dos categorizaciones dichas anteriormente con respecto al delito de cohecho.

Los verbos rectores del delito de cohecho son muy variados y tienen distinción, ya que los primeros son para el sujeto activo los cuales son dar o prometer y por otro lado del sujeto pasivo, recibir o aceptar.

Delito de concusión

Etimología, concepto, normativa vigente

La palabra concusión se puede lograr confundir con cohecho, pero son delitos muy distintos. Concusión viene del latín “*concussio*” que quiere decir sacudir y es como los antiguos romanos lo definían cuando alguien quería cooperar o sacudir para que alguien termine cooperando.

Según la (Real Academia Española, 2023) “Exacción arbitraria hecha por un funcionario público en provecho propio”. Sin duda es arbitraria y en este caso se invierten los papeles con respecto al delito de cohecho ya que, se convierte en agente activo el servidor público y el agente pasivo termina siendo el individuo particular.

Según el Código Orgánico Integral Penal el delito de concusión (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014)

Art. 281.- Concusión.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, sus agentes o dependientes oficiales que abusando de su cargo o funciones, por sí o por medio de terceros, ordenen o exijan la entrega de derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos o gratificaciones no debidas, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Al definir el verbo rector del delito de concusión se le atribuye los verbos entregar, constreñir, exigir, etc. Esto debido a que en este tipo penal tiene connotaciones de carácter doloso, puesto que, el agente activo, osea el servidor público, sabe que sus actos están en contra de la ley y a la vez tiene el designio de causar daño, tiene el elemento volitivo y cognitivo, esto quiere decir la voluntad y el conocimiento para ordenar a los particulares o a otros servidores de la administración pública, que valiéndose de su cargo jerárquicamente superior, solicitan dádivas con el fin de beneficiar sus intereses o el de terceras personas. Finalmente existe en este delito una dualidad, la cual se caracteriza por lo explícito cuando el funcionario induce al engaño al individuo amenazándolo sin entregarle el dinero y lo implícito cuando el servidor público engaña al individuo con argumentos falsos con el único fin de hacerle creer que el dinero solicitado no es una actividad ilegal o prohibida por la ley.

El juzgamiento en ausencia

El rebelde, ausente y prófugo

Según la (Real Academia Española, 2023) en el contexto del derecho un rebelde es “que, por no comparecer en el juicio, después de llamada en forma, o por tener incumplida alguna orden o intimación del juez, es declarada por este en rebeldía”.

Dentro del ordenamiento ecuatoriano legal vigente, al referirse de la rebeldía o caer en rebeldía procesal, tiene que ver en virtud de no comparecer a un juicio luego de todas las etapas de citación, por lo que se incumple la fecha término y por lo tanto aquella parte procesal se la considera en rebeldía según la ley. Así lo manifestaba el anterior Código de Procedimiento Civil.

El sujeto procesal no puede ser considerado en este caso como rebelde, puesto que dentro del procedimiento penal cuando el acusado no comparece en la audiencia, el juzgador de oficio atribuye a un defensor público para que represente sus derechos al momento de conocer que la persona procesada no tiene los recursos económicos que se necesitan para poder pagar los honorarios de un profesional del derecho particular. En materia procesal penal es muy distinto que en materia procesal civil ya que en la primera no existe algún tipo de declaratoria judicial de rebeldía, al contrario, en el procedimiento penal bajo ningún motivo o circunstancia se deja de contar con la presencia de la persona acusada o procesada.

El individuo ausente en este caso según (Real Academia Española, 2023) “que está separada de otra persona o de un lugar, y especialmente de la población en que reside”.

El ausente si se aplica dentro del procedimiento penal ya que se le considera bajo ese concepto debido a que al iniciarse o abrirse un proceso penal en su contra el acusado decide no comparecer para relatar o rendir su versión, además de ello no ha designado un defensor público o privado, por lo cual se considera ausente al haberse desentendido de todas las diligencias más importantes dentro del proceso penal que se sigue en su contra.

Finalmente, una persona prófuga según la (Real Academia Española, 2023) “que anda huyendo, principalmente de la justicia o de otra autoridad legítima”.

Quien no ha escuchado en los noticieros más importantes del país, cuando se trata de nombrar a una persona que se encuentra prófuga de la justicia, que sin duda tiene características de ser un asesino en serie, un homicida mediático o un político que valiéndose de sus facultades se ha aprovechado de las arcas del Estado y ha desempeñado acciones ilegales que se enmarcan en delitos contra la administración efectiva y eficiente del mismo. En el Ecuador no solo han sido funcionarios públicos de “bajo rango” los que se han encontrado involucrados en problemas de corrupción, sino también funcionario de alto peso jerárquico como son asesores, ministros y hasta presidentes.

Latinoamérica es uno de los países más corruptos y corruptores, que muestran altos índices estadísticos de delitos de cuello blanco y narcotráfico, es muy importante señalar esta clase de distinciones delictivas ya que la mayoría de los países de la región si bien es cierto, los particulares demuestran un alta tasa de cometimiento de actos prohibidos por la ley, los funcionarios públicos no se quedan atrás y logran proyectar un mayor cometimiento, logrando así que la justicia cumpla con su labor de coerción y persecución cuando se abren investigaciones a este segmento de personas que valiéndose de su poder, pasan de ser investigados a calidad de prófugos de la justicia.

Lastimosamente, cuando un funcionario público recae en calidad de prófugo de la justicia es muy difícil que se consiga primeramente su detención y por otro lado su comparecencia física en el juicio iniciado en su contra por el delito o delitos cometidos, ya que, la mayoría de funcionarios del Estado, tienen afinidad con ciertas ideologías políticas de algunos países y solicitan por lo tanto a los mismos un asilo político lo cual impide el procedimiento de su captura y hace que las relaciones diplomáticas se vean comprometidas. El caso del exmandatario Rafael Correa es un claro ejemplo de lo referido anteriormente, puesto que hasta la fecha actual y con una sentencia ejecutoriada, aun se le considera como prófugo de la justicia ecuatoriana, sin tomar en cuenta la violación del debido proceso y la flagelación de su derecho a una defensa penal digna.

La inconstitucionalidad del enjuiciamiento en ausencia

Marco legal vigente

Dentro de la legislación ecuatoriana, únicamente es permitido por la ley el juzgamiento en ausencia en los delitos contra la eficiencia de la administración pública, así lo estipula el Código Orgánico Integral Penal vigente y la Constitución de la República del Ecuador. Por otro lado, la normativa penal que rige el procedimiento en juicio propone la necesidad de que la persona procesada esté presente físicamente en todas las diligencias en las que se esté tratando a cerca de sus derechos.

La excepción se ve puntualizada como se mencionó anteriormente, los delitos que se pueden enjuiciar en ausencia son: el peculado, el cohecho, la concusión y el enriquecimiento ilícito.

La Constitución de la República es muy clara al determinar en su Art. 233 inciso segundo que: (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

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

Por lo tanto, está determinado muy claramente que los ordenamientos jurídicos normativos de la legislación ecuatoriana amparan mediante derechos y garantías a las personas que se encuentran involucradas en un juicio, por eso, se prioriza el debido proceso y la tutela judicial efectiva para que el sujeto procesal no termine cayendo en indefensión. Pero la gran objeción como ya se puso en evidencia, es en los delitos antes mencionados, que, si bien tienen una connotación de gravedad más relevante por el hecho de ser cometido por un servidor público del Estado, esto no quita que sea ciudadano y que goce de los mismos derechos y garantías que brinda la Constitución, por lo tanto, nace la teoría de un posible derecho penal del enemigo.

Derecho penal del enemigo en contra de los servidores públicos

¿Podría ser considerado al servidor público que comete un delito de peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, enemigo del Estado?

En el año 1985 el jurista alemán Gunther Jakobs propuso una teoría de origen de legislación tipo bélica y nada jurídica. La propuesta va dirigida a contemplar un derecho penal que excluye a un grupo de personas por considerarlas peligrosas para la sociedad y por lo tanto, el Estado debía manifestar su poder de abolición sin contemplar cualquier tipo de Estado de Derecho. Según (Jakobs, 2003, pág. 47) “el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico.”

Los servidores públicos al tener una responsabilidad legal relevante y cumplir con funciones que involucran la efectiva administración de los fondos y recursos públicos, se mantienen a los ojos de todos los ciudadanos, ya que los funcionarios al ocupar un cargo tan importante deben siempre ser el ejemplo en cuanto a lo que sus funciones abarcan, así como actuar con probidad en sus actos y siempre estar apegados al imperio de la ley.

Ahora bien, un funcionario público no deja de ser ciudadano y por ende no puede dejar de gozar de los derechos que le facultan la ley al momento de ser procesado por un delito contra la administración pública, esto implica que su juicio no puede ser llevado a cabo en su ausencia, puesto que viola derechos como el de defensa, el de la tutela judicial efectiva, la igualdad ante la ley etc. El servidor público no es un enemigo del Estado a pesar de la gravedad de los actos que haya cometido, es inconstitucional que se lleve a cabo un enjuiciamiento en ausencia aun cuando la persona ligada al proceso se encuentre en calidad de ausente, prófugo o rebelde.

El Estado de Derecho y el imperio de la ley faculta la igualdad de todas y todos para ser tratados bajo los mismos términos legales e imposibilita que un grupo de personas sea considerado como excluidos dentro de dicha afirmación. Lastimosamente el Estado al permitir que se ejecute juicios en ausencia, promueve la inserción dentro del ordenamiento jurídico al derecho penal del enemigo, poniendo en evidencia la restricción de derechos a un grupo determinado de personas.

Violación al principio de igualdad ante la ley

“Todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos” es la afirmación que dio (Francia, Asamblea Nacional, 1789) en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia. La igualdad se ve manifestada en la ley al momento de ejercerla, un ciudadano tiene el pleno conocimiento que la ley está por encima de todo, pero esto no quiere decir que la ley beneficie a unos cuantos y por ende flagele los derechos en virtud del detrimento de una igualdad parcializada.

En el Ecuador la igualdad ante la ley se encuentra estipulada en la Constitución de la República en donde manifiesta que todos los ciudadanos gozamos de las mismas oportunidades ya que todos somos iguales ante el Estado y la ley formal, material y que nadie debe ser discriminado. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

Al hablar del enjuiciamiento en ausencia de servidores públicos que han cometido delitos contra la administración pública, se puede afirmar que existe una violación al principio de igualdad ante la ley, puesto que, no se llevan bajo las mismas condiciones al ser considerada una persona procesada que puede ser llevado a cabo su juicio sin su presencia física. En materia penal todos los ciudadanos son inocentes hasta que una sentencia ejecutoriada en firme demuestre todo lo contrario, por lo tanto, el ordenamiento jurídico dispone que los sujetos procesales deben mantener una igualdad bajo las mismas condiciones y por ende se deberá respetar las garantías básicas de un proceso penal.

“En primer lugar, el tratamiento especial que suponen tales situaciones no se establece en atención a las personas a quienes afectan, sino que se fundamenta en la necesidad de otorgar protección específica a la función que desempeñan o a la institución a la que encarnan”, es lo que afirma (Muñoz Conde, 2010, pág. 175) que si bien la ley determina que exista un tratamiento especial para unos casos en específico, como lo es en delitos contra la administración pública, pone todavía más en evidencia de que la igualdad ante la ley se presenta debilitada y por ende no se ejecuta como debería, sin dar privilegios o desventajas a un grupo determinado de personas. Es menester conocer que existen instituciones del Estado que se pueden ver involucradas ante delitos contra la eficiencia de la administración pública y por

ende el legislador trata de “blindar” a sus funcionarios, algo que debería ser todo lo contrario para que exista una verdadera paridad de condiciones ante la ley.

Violación al principio de inocencia

Así como en el principio de igualdad ante la ley, el principio de inocencia es el complemento perfecto para el mismo, debido a que, así como todos los ciudadanos están sometidos al imperio de la ley, también deben ser reconocidos por la calidad de su inocencia cuando sean involucrados en un proceso penal, la ley faculta que los ciudadanos mantengan el estado de inocencia y posibilita que deben ser tratados bajo esos términos hasta que el ente administrador de justicia declare la destrucción del principio de inocencia por parte de la fiscalía y por ende cambie su estatus de inocente para ser considerado como reo o mejor dicho persona privada de la libertad.

En la Carta Magna del Estado ecuatoriano actual manifiesta el principio de inocencia en su artículo 76 numeral 2, en donde se determina que si aún no se haya sentenciado y esta se encuentre ejecutoriada en la cual se determine la responsabilidad de la acusación (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

En los delitos contra la administración pública existe un conflicto normativo que se encuentra en la Constitución de la República que se denomina excepción procesal constitucional, la misma que propone una fricción frente al principio de inocencia ya que el ciudadano al que se presume su culpabilidad por el conglomerado social, abre la posibilidad de que al momento de la realización de su juicio los ojos de toda la población estén puestos en ese caso y por ende no exista impunidad, es ahí cuando entra la presión social y el ente administrador de justicia sede por el hecho de que la persona procesada se encuentre en ausencia y por ende se le considere un “agravante” para dictar una sentencia en contra del funcionario público sin tener una plena observancia al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

La presión social o la implicación de un caso mediático solo por tratarse de una persona que ha desempeñado un cargo público ya genera una expectativa especial para la población ecuatoriana, esto es muy delicado y grave ya que la mayoría de los entes administradores de justicia, se dejan llevar por lo que dice la mayoría y deja a un lado un análisis en derecho, violando así el estado de inocencia del sujeto procesal. Aun en ausencia el funcionario público debe gozar de su inocencia en el transcurso de su juicio y por su estado en su no presencia física, no sea declarado

previamente sin un tratamiento digno su culpabilidad, algo que se acostumbra en un país donde el sistema de justicia se ve influenciado en los medios de comunicación.

Violación del derecho a la defensa

El derecho a la defensa es el derecho que más destaca en el mundo jurídico, puesto que tiene sus orígenes en los conflictos subyacentes del ser humano como tal. Su nacimiento se esgrime a un valor inherente del hombre, que, al existir una discrepancia de intereses, el derecho lo regula y permite un contrapeso de equanimidad frente al valor común de la sociedad.

Según la (Real Academia Española, 2023) la palabra defensa es “acción y efecto de defender o defenderse” y la más acertada definición en este caso dice que es un “amparo, protección, socorro”.

El derecho a la defensa es un atributo *ad hoc* para el ser humano, pero además es una garantía otorgada por el Estado dentro del contrato social. Un ciudadano que es parte de una sociedad que se rige por una debida estructuración jurídica, es menester que sepa el mandato fundamental de obediencia ante las obligaciones que le son ineludiblemente impuestas. La defensa es el arma concedida por la constitución que posibilita al ciudadano reclamar la violación de un derecho, por lo tanto, no existirá un condicionamiento o una excepción de ley al tratarse de reducir la posibilidad de una persona a ser asistido dignamente y dentro del marco jurídico que lo ampara.

La Constitución de la República del Ecuador establece el derecho a la defensa y dispone: (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

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, numeral siete el derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: trece garantías en la que se establece como verbo rector que: Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

El legislador ecuatoriano estipula que el derecho a la defensa se encuentra plenamente garantizado dentro de la Carta Magna del Estado, por lo que el mismo se encuentra en la obligación de otorgarlo y habilitarlo imprescindiblemente sin hacer algún tipo de distinción con respecto a la clase de juicio que se ve encaminado a ser

ejecutado. La reflexión dispone que sin importar que el juicio sea penal, el ciudadano deberá gozar bajo las mismas condiciones el derecho a la defensa.

Dentro de los delitos contra la administración pública es evidente que existe una limitación en el derecho a la defensa, puesto que, como se logra evidenciar en la legislación, la existencia de una “excepción de ley” que faculta a la justicia una suerte de excepcionalidad de coartar los alcances de obtener la posibilidad de un efectivo amparo, impone una disparidad bien marcada a la hora de juzgar a un ciudadano común y corriente frente al servidor público, debido a que como ya se lo a dado a conocer, el funcionario público podrá ser juzgado en ausencia y el particular no.

En materia penal, el derecho a la defensa en los juicios de delitos contra la administración pública se encuentra descompensado, ya que, el Estado investido por los entes administradores de justicia tienen el deber de asegurar el ejercicio imparcializado del derecho a la defensa y por lo tanto otorgar la “igualdad de armas” que identifican la realización de un juicio que cumple con todas las especificaciones del debido proceso.

El derecho del acusado no solamente se centra en la posibilidad de ejercer los presupuestos procesales, además de ello, el acusado (servidor público) tiene la facultad de luchar su estado de inocencia y por ende hacer prevalecer y respetar su derecho a la tutela, personalmente en base a pruebas y declaraciones llevadas a cabo por su persona. No puede existir una “igualdad de armas” en un juicio en el que la fiscalía sí este presente para juzgar y el acusado esté ausente para defenderse, puede sonar muy sencilla esta afirmación, pero el trasfondo de todo demuestra que, la legislación ecuatoriana posibilita la violación de un derecho tan básico y elemental para la existencia del ser humano frente a la sociedad, solo por el simple hecho que el legislador considere la relevancia monumental de un delito para ser una excusa perfecta de juzgamiento en ausencia.

Una acción, concepto o proposición jurídica se considera inconstitucional cuando va en contra o contradice la constitución como tal, por lo tanto, la ausencia dentro del sistema penal acusatorio o adversarial, debería ser considerada al momento de juzgar un tema de debate con matices constitucionales relevantes, puesto que involucra claramente los derechos fundamentales de una persona, sin importar su cargo relevante en la estructura del Estado, debe ser tratado bajo el

mismo amparo que la ley otorga a sus ciudadanos pertenecientes a ese contrato social antes mencionado.

Es curioso que la legislación nacional disponga que, únicamente los delitos contra la administración pública, esto quiere decir el delito de peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, sean considerados como delitos perseguibles en ausencia bajo el amparo de la misma ley, al tratarse de conductas que implican una denominada alarma social o escándalo social, pero aparte de que no existe dentro de la Constitución un sustento legal que hable acerca de lo afirmado o que defina claramente lo que significa una “alarma social” como tal, es contradictorio, puesto que, existen delitos de igual o notoria gravedad como son, las violaciones a infantes, muertes violentas, muertes en serie, secuestros con muerte. Es inconcebible que los delitos antes mencionados no formen parte del grupo de delitos que dispone la Carta Magna para ser juzgados en ausencia, no siguen una lógica en base a la premisa que se plantea el legislador, si esta fuere así y no se involucren intereses políticos de por medio.

La ley otorga a sus ciudadanos la facultad de poder defender sus derechos lesionados, por si o por medio de un defensor, sea público cuando no dispone de los recursos necesarios para pagar honorarios profesionales o también la opción de tener un abogado privado cuando se encuentra en una mejor posición económica. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su Art. 14, literal d que: Toda persona acusada tendrá derecho a:

A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija. (Council of Europe, 2023).

Además de: “e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.” (Council of Europe, 2023).

El derecho a la defensa asiste a la persona procesada y faculta que la misma se encuentre presente en la etapa de juicio para que se cumpla con los requisitos de ley que propone el Pacto de Derechos Civiles y Políticos que se encuentra debidamente ratificado por el Estado ecuatoriano.

Tratados Internacionales frente a la legislación ecuatoriana

El derecho internacional propone varios mecanismos jurídicos para facilitar el vínculo legal entre países miembros, y así poder velar por una efectiva ejecución normativa para custodiar los derechos fundamentales que gozan las ciudadanas y ciudadanos de los territorios debidamente constituidos bajo un Estado de Derecho sometido al Imperio de la Ley.

Los tratados internacionales según el autor Antonio Linares son “un instrumento donde se consignan disposiciones libremente pactadas entre dos o más sujetos de Derecho Internacional con el fin de crear, modificar o extinguir obligaciones y derechos” (Linares, 1992, pág. 61).

Por otro lado, la (Real Academia Española, 2023) define a la palabra tratado internacional como “Acuerdo entre Estados u organizaciones internacionales, regido por el derecho internacional, con la finalidad de establecer normas de relación o de resolver problemas concretos”. Se propone partir de lo último descrito en la definición anterior de la Real Academia de la Lengua Española, “resolver problemas concretos” pues esta afirmación es muy imprescindible puesto que hay que partir bajo esa premisa al momento de comparar la legislación ecuatoriana con la internacional.

La Constitución de la República del Ecuador propone en su artículo 233 que se faculte a los entes administradores de justicia la potestad de juzgar a la persona procesada o acusada en calidad de ausencia, específicamente en los delitos contra la administración pública los cuales son los ya mencionados en el desarrollo de la presente investigación. Ahora bien, al otro extremo, en la posición legal internacional los Tratados Internacionales como: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y finalmente la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, todos en conjunto, proponen que en cualquier juicio en el que se esté tratando los derechos de una persona, sea víctima o acusado, tiene el pleno derecho de ser escuchado en todas las instancias y además lo que es relevante en este caso, la posibilidad de poder ejercer su derecho a la defensa de manera personal y estar siempre presente de manera física en el proceso como tal.

Como se propuso al inicio de la presente investigación, existe una suerte de “antinomía” jurídica por parte de la legislación ecuatoriana vigente con respecto a los Tratados Internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano, puesto que, la legislación local permite que se ejecuten juicios en ausencia en virtud de las excepciones de ley. Al contrario, los Tratados Internacionales mantienen una postura garantista frente a los derechos de la persona procesada en cualquier juicio, sin importar la distinción que se proponga con respecto al cometimiento de delitos contra la administración pública.

Cuando un Estado parte se convierte en miembro de un determinado Tratado Internacional, automáticamente ese tratado recae en calidad de vinculante, pero sobre todo se considera de obligatoria ejecución con respecto al amparo directo de los derechos y obligaciones de los ciudadanos que se pactaron entre los países que lo suscriben. Tomando en consideración que, cuando en la legislación local en este caso en la Constitución de la República del Ecuador existe algún tipo de falencia o muy poco sustento legal con respecto a un tema, en este caso al enjuiciamiento en ausencia, la regla general dice que al existir una violación a un derecho fundamental y la ley vigente ecuatoriana no puede abarcar completamente para su amparo correspondiente, se deberá indexar la normativa internacional, siendo esta compatible y vinculante para fines superiores como lo es la defensa y tutela de los derechos humanos.

La problemática parte de una contrariedad entre ambos cuerpos legales, por lo que existen pros y contras al momento de elegir la ejecución de estas normas frente a un caso de juzgamiento por delito contra la administración pública, el problema es el siguiente. Por un lado si el defensor o juzgador elige como norma sustancial a la legislación ecuatoriana vigente, existirá, como se ha venido afirmado en esta investigación, una violación de derechos a la persona procesada al ser juzgado en ausencia, ahora, con respecto a la aplicación de los tratados internacionales al aplicar la norma internacional, es posible que exista impunidad, puesto que no se define una distinción de delitos al momento de juzgar sin que la persona procesada se encuentre en ausencia, por lo tanto, mientras el acusado se encuentre en calidad de prófugo no se podrá iniciar el juicio como tal y por ende la justicia quedará totalmente condicionada

Principio de proporcionalidad y ponderación de derechos

El Tribunal Constitucional Alemán, es el creador, pionero y líder difusor del principio de proporcionalidad constitucional, el cual, su único fin es el de aplicar la norma o ley fundamental con respecto a los derechos fundamentales de los ciudadanos alemanes. Existe una recopilación no solo por parte del derecho europeo, que recoge esta propuesta teórica, sino también se lo aplica en Latinoamérica por medio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus respectivas sentencias.

Según Robert Alexy, el principio de proporcionalidad es el “procedimiento correcto, en términos conceptuales y normativos, que un tribunal debe utilizar para interpretar y aplicar las normas sobre derechos fundamentales contenidas en una constitución” (Alexy, 2012, pág. 9).

El principio de proporcionalidad es clave y por ende se debe aplicar en los casos de juzgamiento en ausencia por delitos contra la administración pública, no solo por la importancia de un análisis jurídico a profundidad por medio de esta norma de optimización, sino que, al existir una suerte de “antinomia” entre la legislación local y los tratados internacionales, la ley es muy clara al proponer que siempre se tenga en consideración la protección de un derecho constitucional válido.

La LOGJCC comprende al principio de proporcionalidad y a la ponderación de la siguiente manera textual según los incisos 1 y 2 del Art. 3: (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009)

2. Principio de proporcionalidad. - Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

3. Ponderación. - Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

Según lo dispuesto en la legislación ecuatoriana, tomando en consideración el principio de proporcionalidad y la ponderación, es menester implementar una propuesta de equilibrio entre normas y principios que llevan a la par una controversia al momento de ser aplicadas con respecto a un caso en específico. El caso en particular es el juzgamiento en ausencia, el mismo que comprende una serie de derechos que llegan a ser lesionados bajo las excepciones de ley que promueve la Constitución de la República del Ecuador, estos derechos claramente son la flagelación al derecho de defensa, derecho al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, etc.

La ponderación como tal, propone un balance de contra pesos entre derechos fundamentales, pero en este caso particular, de la propuesta de inconstitucionalidad del juzgamiento de los delitos contra la administración pública en ausencia, comprende no solo derechos fundamentales, sino sujetos a los cuales se les lesionará esos derechos elementales. Por un lado, se encuentra el servidor público en calidad de acusado, y por otro lado, se encuentra la sociedad ecuatoriana representada por el Estado, es aquí donde nace el análisis subjetivo del ente administrador de justicia, puesto que, tiene el mismo que dar inicio a un juicio de valor y comparar si el derecho común es más importante que la violación de derecho a un particular.

En un Estado Constitucional de derechos y justicia conforme al imperio de la ley, es inconcebible de que, por poner en justificación la posibilidad de que no exista impunidad en un delito, se pueda violentar los derechos de un ciudadano prefiriendo el bien común por encima del bien particular, tomando en cuenta que el mismo no pueda ser escuchado para defenderse y por ende ser juzgado sin su presencia, hace que el Ecuador se convierta en un país descompensado legal y jurídicamente, ya que, demuestra una falta de aplicación proporcionada de la justicia, la misma que responde solo a intereses sectorizados.

Finalmente la presente investigación abre el camino del análisis y del debate en virtud a lo afirmado con respecto al principio de proporcionalidad y de ponderación, puesto que, faculta poner en la balanza el derecho del servidor público en este caso el imputado y sus derechos de defensa y todo lo que abarca el debido proceso, frente a los derechos de justicia que demanda la sociedad ecuatoriana, con respecto a la plena observancia de no impunidad ante los delitos contra la administración pública.

Jurisprudencia y derecho comparado

Al inicio de la presente investigación, se habló brevemente de uno de los casos más históricos que ha vivido el Ecuador con respecto al cometimiento de un delito que va en contra de la administración pública, específicamente consumado por un ex presidente de la República, Rafael Correa Delgado quien fue juzgado en calidad de ausencia y su sentencia fue dictada el 26 de abril del año 2020. Cabe mencionar que no fue el único en ser juzgado en ausencia, ya que, en la misma sentencia condenatoria existen otros funcionarios públicos que se encontraban ausentes como Pamela Martínez, Walter Solís, Vinicio Alvarado entre otros.

La sentencia condenatoria con número de causa 17721-2019-00029G en su apartado de alegatos de apertura: (Caso Sobornos, 2020)

También se reparó en el hecho de que, acorde con el tipo penal por el cual se ha llamado a juicio, esto es, por el presunto delito de cohecho (art. 286 CP -vigente al momento de los hechos investigados- y actual 280, incs. 1°, 2° y 4° COIP); de conformidad con el artículo 233 CRE que señala, en lo pertinente: “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. (...)”; la sustanciación de la etapa de juicio se llevará a cabo aún sin la presencia de los encartados, salvedad que acorde con la norma constitucional ya referida se encuentra, a su vez, recogida en el artículo 610 COIP.

Es evidente, que, dentro del fragmento citado de la sentencia condenatoria del Caso Sobornos, se fundamenta como sustento legal la legislación ecuatoriana vigente con respecto al delito de cohecho y se pone en conocimiento que el proceso de juzgamiento se iniciará y por ende seguirá su marcha a pesar de que la parte procesada se encuentre en calidad de ausencia. Como ya es de conocimiento colectivo y como precedente judicial, los servidores involucrados en el caso sobornos que se encontraban en calidad de ausentes, fueron sentenciados, debido a que el marco legal normativo del Ecuador lo permite, en base al principio de legalidad.

El principio de legalidad dice que, ninguna persona podrá ser juzgado sin que exista una ley penal previa para los trámites pertinentes de enjuiciamiento y todo lo

que comprende el debido proceso como tal se ejecuten. La Corte Nacional de Justicia se basó mediante este principio, puesto que si en la legislación ecuatoriana, esto quiere decir, si en la Constitución de la República no hubiera existido una ley o sustento legal previo que se encargue de regir los juicios en ausencia, entonces el juzgador no hubiese podido continuar con la etapa de juicio y no hubiera existido ninguna sentencia condenatoria puesto que estaría violando los derechos de las personas procesadas que se encontraban en calidad de ausentes.

Lastimosamente la Constitución de la República del Ecuador permite los juicios en ausencia bajo excepciones de ley, pero esto no ocurre con otras legislaciones de diferentes países, como, por ejemplo:

En Alemania los juicios en ausencia no se permiten para delitos con pena de prisión, solo para delitos con penas menores. Por otro lado, en Australia, dentro de su legislación las razones para que se inicie un juicio en ausencia son totalmente limitadas. En España solo se puede juzgar en ausencia bajo los términos de delitos leves o muy leves, como pueden ser contravenciones o infracciones de tránsito. El país de Italia ha sido una de las naciones que más se ha criticado con respecto a facultar que se realicen varios juicios penales en calidad de ausencia. Pero según la Ley 67 del Código de Procedimiento Penal Italiano se reformó varios requisitos procesales con respecto al juzgamiento en ausencia.

El derecho comparado es imprescindible por que abre la posibilidad de una comparativa analítica, pero sobre todo jurídica, puesto que permite que existan nuevos criterios legales en base a una argumentación positiva que se desprende por parte de los legisladores correspondiente a cada nación. El Ecuador deberá tomar en consideración el debate constitucional que se tiene que ejecutar necesariamente para que exista una debida proposición y sustento normativo con respecto al juzgamiento de los delitos contra la administración pública en ausencia, partiendo desde la comparativa y tomando los mejores ejemplos de legislaciones colindantes y así mejorar la estructura legal del Estado ecuatoriano con el único fin de que no existan atropellamientos a los derechos fundamentales de los ciudadanos y sobre todo que la justicia del Ecuador sea un ejemplo en la región.

CONCLUSIONES

Se puede evidenciar que la normativa legal vigente en el Ecuador es totalmente favorable a que se ejecuten los juicios en ausencia en delitos contra la administración pública, a pesar de que en el desarrollo de esta investigación se pudo comprobar que es un acto inconstitucional y va en contra de todos los Tratados Internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano.

El Ecuador es un Estado de derechos y justicia, que prevé la igualdad ante la ley, pero pese a ello, lastimosamente el juzgamiento en ausencia va en contra de los derechos fundamentales que son tutelados por el debido proceso. Por lo que pone en evidencia que la normativa nacional en casos de delitos contra la administración pública se convierte en represiva y condicionada.

Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador comparten la directriz de no enjuiciar a un ciudadano en calidad de ausencia, además de otras legislaciones que defienden la misma doctrina, sin embargo, la Carta Magna del país a pesar de tener una influencia en el neoconstitucionalismo y en la implementación de un amplio catálogo de derechos de clausula abierta y cerrada, se promueve juzgar a un ciudadano bajo las denominadas excepciones de ley.

El bien común no debe prevalecer sobre el bien individual, esto con respecto a la ponderación de derechos y al principio de proporcionalidad, que faculta al juzgador tener un análisis profundo con respecto al balance de los derechos tanto de la persona procesada como el de la víctima, ambos sujetos están bajo el imperio de la ley y por ende deben ser amparados en iguales condiciones según corresponda la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

RECOMENDACIONES

Se recomienda a la Asamblea Nacional que promulgue una nueva ley en la que trate específicamente de los juicios penales en ausencia y por ende se logre sustentar la falencia que existe con respecto al tema, bajo un análisis muy técnico y exhaustivo con enfoque en el margen constitucional.

Se recomienda a los entes administradores de justicia, pero sobre todo a la Corte Constitucional del Ecuador, la propuesta de resolver los vacíos legales que existen con respecto al juzgamiento en ausencia y al análisis subjetivo que tienen que realizar los jueces para proponer una decisión en base al principio de proporcionalidad y ponderación de derechos garantistas.

Finalmente, se recomienda a los estudiantes de la Universidad Metropolitana del Ecuador que desde la academia puedan incursionar en temas de propuestas de leyes y sobre todo promover investigaciones que sirvan positivamente para las nuevas generaciones de juristas que tomaran el camino de especializarse en materia penal y constitucional, para que no exista ningún tipo de flagelaciones a los derechos con respecto a los juicios penales en calidad de ausencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Angúlo, E. (1985). *El Peculado*. Bogotá: Uni Javeriana.
- Carrión, L. (2006). *El debido proceso: teoría, práctica y jurisprudencia*. Quito: Artes Gráficas Señal.
- Caso Sobornos, 17721-2019-00029G (Ecuador, Corte Nacional de Justicia 26 de Abril de 2020).
- Council of Europe. (2023). *Manual de Educación en los Derechos Humanos con jóvenes*. Recuperado el 6 de febrero de 2023, de <https://www.coe.int/es/web/compass/the-international-covenant-on-civil-and-political-rights#:~:text=Este%20pacto%20fue%20adoptado%20por,sido%20ratificado%20por%20167%20estados>.
- Ecuador, Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct-2009.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de feb de 2014.
- Ecuador, Congreso Nacional. (2005). *Ley Orgánica del Servicio Público*. Quito: Registro Oficial No. 16 de 12 de mayo de 2005.
- Eti. (s.f.). *Etimología de Chile*. Recuperado el 3 de diciembre de 2022, de <http://etimologias.dechile.net/?chile>
- Francia, Asamblea Nacional. (1789). *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Recuperado el 3 de diciembre de 2022, de <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-de-1789>

- Jakobs, G. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas Ediciones.
- Linares, A. (1992). *Derecho Internacional Público*. Caracas: Anauco.
- Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho Penal parte general*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Real Academia Española. (26 de febrero de 2023). *Administrar*. Recuperado el 3 de diciembre de 2022, de diccionario de la lengua española: <https://dle.rae.es/servir?m=form>
- Real Academia Española. (27 de febrero de 2023). *Ausente* . Obtenido de Diccionario de la lengua española: <https://dle.rae.es/ausente?m=form>
- Real Academia Española. (27 de febrero de 2023). *Conclusión* . Obtenido de Diccionario de la lengua española: <https://dle.rae.es/concusi%C3%B3n?m=form>
- Real Academia Española. (28 de febrero de 2023). *Defensa*. Obtenido de Diccionario de la lengua española: <https://dle.rae.es/defensa?m=form>
- Real Academia Española. (26 de febrero de 2023). *Funcionario*. Obtenido de Diccionario de la lengua española: <https://dle.rae.es/funcionario?m=form>
- Real Academia Española. (27 de febrero de 2023). *Prófugo*. Obtenido de Diccionario de la lengua española: <https://dle.rae.es/pr%C3%B3fugo?m=form>
- Real Academia Española. (27 de febrero de 2023). *Rebelde*. Obtenido de Diccionario de la lengua española: <https://dle.rae.es/rebelde?m=form>
- Real Academia Española. (28 de febrero de 2023). *Tratado*. Obtenido de Diccionario de la lengua española: <https://dle.rae.es/tratado?m=form#FO4sMHO>
- Siccha, R. (2009). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Iustitia.