



Quito, D.M., 2 de julio de 2019

CASO No. 5-13-IN y acumulados (informe previo de la Contraloría)

EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR,
EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES,
EMITE LA SIGUIENTE

Sentencia

Esta sentencia analiza la constitucionalidad del informe previo de la Contraloría General del Estado como requisito de procedibilidad para ejercer la acción penal pública en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, y de la tipificación del delito de tráfico de influencias en el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal (COIP).

I. Antecedentes procesales

1. El 28 de febrero de 2013, Raúl Alberto Cabanilla Oramas presentó acción pública de inconstitucionalidad contra la Resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial No. 154 de 19 de marzo de 2010 (caso 5-13-IN).
2. El 26 de junio de 2013, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite el caso.
3. El 8 de agosto de 2013, la Corte Nacional de Justicia pidió que "*se rechace la acción de inconstitucionalidad planteada por el abogado Raúl Cabanilla Oramas*" (fs. 141 vta.). El 9 de agosto de 2013, la Procuraduría General del Estado solicitó que la Corte Constitucional "*rechace la acción pública de inconstitucionalidad propuesta*" (fs. 135).
4. El 26 de julio de 2016, Raúl Alberto Cabanilla Oramas presentó acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 581 (3), inciso final, del COIP (caso 50-16-IN).
5. El 16 de noviembre de 2016, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite el caso.
6. El 14 de diciembre de 2016, la Asamblea Nacional solicitó que la Corte Constitucional se sirva "*desechar la demanda, declararla improcedente y ordenar su inmediato archivo*" (fs. 40). El 16 de diciembre de 2016, la Procuraduría General del Estado requirió a la Corte Constitucional que

Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados (informe previo de la Contraloría)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

“emita sentencia rechazando la Acción de Inconstitucionalidad propuesta, por improcedente y carente de sustento jurídico” (fs. 60).

7. El 1 de febrero de 2018, el asambleísta César Carrión Moreno presentó acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 581 (3), inciso final, del COIP y el artículo 285, incisos segundo y tercero, del COIP (**caso 4-18-IN**).

8. El 28 de mayo de 2018, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite el caso.

9. El 12 de julio de 2018, la Presidencia de la República solicitó a la Corte Constitucional que se sirva *“desechar absolutamente y en todas sus partes la demanda de inconstitucionalidad propuesta”* (fs. 33). El 13 de julio de 2018, la Procuraduría General del Estado manifestó su solicitud de rechazo de la *“demanda de inconstitucionalidad por carecer de fundamentación jurídica”* (fs. 40). El 24 de julio de 2018, la Asamblea Nacional pidió a la Corte Constitucional que se sirva *“desechar la demanda, declararla improcedente y ordenar su inmediato archivo”* (fs. 49).

10. Posesionados los actuales integrantes de la Corte Constitucional, el 19 de marzo de 2019 se sorteó la causa 5-13-IN y correspondió al juez Ramiro Avila Santamaría.

11. El 14 de mayo de 2019, el juez Ramiro Avila Santamaría avocó conocimiento del caso 5-13-IN y dispuso que la Secretaría General certifique si existen otros procesos con identidad de objeto y acción, así como también causas en la que se pueda entender que se configura unidad normativa, en los términos señalados por el artículo 76 (9) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

12. El 16 de mayo de 2019, la Secretaría General de la Corte Constitucional certificó que los casos 50-16-IN y 4-18-IN configuran unidad normativa.

13. El 17 de mayo de 2019, el juez Ramiro Avila Santamaría solicitó la acumulación de las causas: 5-13-IN, 50-16-IN y 4-18-IN. El Pleno de la Corte Constitucional, en la sesión del 21 de mayo de 2019, acumuló las causas.

14. El 3 de abril de 2019 tuvo lugar la audiencia pública en la que se escuchó a Raúl Alberto Cabanilla Oramas, accionante en los casos 5-13-IN y 50-16-IN. De las instituciones del Estado comparecieron: Esteban Yépez Navas, en representación de la Secretaría General Jurídica de la Presidencia de la República; Santiago Salazar Armijos representante del presidente de la Asamblea Nacional; Santiago Ribadeneira Villacrés y Marco Tello, representantes de la presidencia de la Corte Nacional de Justicia; Marco Proaño Durán, en representación de la Procuraduría General del Estado; Wilson Vallejo Bazante, Subcontralor General del Estado, representante de la Contraloría General del Estado (en adelante *“la Contraloría”*); y, Wilson Toainga, representante de la Fiscalía General del Estado (en adelante *“la Fiscalía”*). También comparecieron como terceros interesados: Francisco Freire Segarra, César Montúfar Mancheno, Alejandro Ponce Villacís y Stalin Raza Castañeda.



15. La Corte Constitucional ha incorporado *amici curiae* presentados por César Montúfar, por el secretario anticorrupción de la Presidencia de la República, Iván Granda Molina, por Inés María Baldeón, y por Hólguez Paúl-Córdova Vinuesa.

II. Competencia

16. La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver acciones públicas de inconstitucionalidad, en virtud del artículo 436 (2) de la Constitución de la República del Ecuador.

III. Las normas consideradas inconstitucionales y los argumentos

17. Las normas impugnadas son tres: (1) la Resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia, que se alega contradice el artículo 233 de la Constitución, signada en la Corte Constitucional con el número 5-13-IN; (2) el Artículo 581, numeral 3, inciso final, del COIP, que se afirma contradice el artículo 233 de la Constitución, signado en la Corte Constitucional con el números 50-16-IN; (3) Los artículos 581, numeral 3, inciso final y 285, incisos segundo y tercero del COIP, que, según el demandante, violan los artículos 3 (8), 11 (3), 83(8), 195 y 233 de la Constitución, signados en la Corte Constitucional con el número 4-18-IN.

(1) Caso 5-13-IN

18. Resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia:

Art. 1.- Para el ejercicio de la acción penal pública, esto es, para el inicio de la instrucción fiscal, por los hechos a los que se refiere el artículo 257 del Código Penal, los artículos innumerados agregados a continuación de éste, y los artículos innumerados agregados a continuación del artículo 296 del mismo Código, Capítulo "Del Enriquecimiento Ilícito" incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 6, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 260 de 29 de agosto de 1985, se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad penal.

Art. 2.- Para el inicio de la indagación previa, no se requiere el informe expresado en el artículo anterior, pero el fiscal interviniente, tan pronto llegue a su conocimiento, por cualquier medio, hechos presumiblemente constitutivos de peculado y enriquecimiento ilícito debe solicitar a la Contraloría General del Estado, la práctica de la auditoría gubernamental sobre tales hechos, así como la remisión del informe respectivo que, de establecer indicios de responsabilidad penal, ha lugar al inicio de la instrucción fiscal.

19. El accionante, en su fundamentación de la inconstitucionalidad aludida, manifiesta que:

La Constitución de la República con el artículo 233 declara imprescriptible a la acción para perseguir los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión y cohecho; mientras que por otro lado, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante su Resolución de fecha 24 de febrero de 2010 [...] la hace prescriptible porque: con los artículos 1 y 2 de dicha resolución, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia dispone que, sin perjuicio de iniciar investigación previa y para que haya lugar a la instrucción fiscal: "se requiere informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine."; ... facultad legal que, de conformidad con el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, caduca a los 7 (siete) años contados desde la fecha en que se hubieren realizados dichas actividades o actos (sic, fs. 25) (énfasis en original).

(2) Caso 50-16-IN

20. Artículo 581 (3), inciso final, del COIP:

Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, cuando el objeto de la infracción sea recursos públicos.

21. El accionante, en su fundamentación de la inconstitucionalidad aludida, manifiesta que:

Esta norma contenida en el último inciso del numeral 3 del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, ES INCOMPATIBLE CON LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 233 QUE DECLARA IMPRESCRIPTIBLE A LOS DELITOS DE PECULADO Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO; puesto que, el efecto directo de dicha norma contenida en el último inciso del numeral 3 del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, termina en el hecho que: los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, efecto del principio de caducidad y prescripción que establece el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, SOLO PODRÍAN SER PERSEGUIDOS DURANTE SIETE AÑOS CONTADOS DESDE LA FECHA EN QUE SE HUBIERE COMETIDO EL ILÍCITO, HACIENDO PRESCRIPTIBLE LO QUE DECLARADO POR LA CONSTITUCIÓN COMO IMPRESCRIPTIBLE, ESTO ES QUE, LOS DELITOS DE PECULADO Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO QUEDARÍAN EN LA IMPUNIDAD (fs. 5 y 5 vta.) (énfasis en original).

(3) Caso 4-18-IN

22. El Artículo 581 (3), inciso final, del COIP, y la argumentación fue la siguiente:

El art. 581 inc. final COIP ... impone un requisito para el ejercicio de la acción penal por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito (el informe previo con indicios de la responsabilidad penal); e, impone un límite temporal a la elaboración de ese requisito por parte de la entidad autorizada para ello, la Contraloría General del Estado (la caducidad y prescripción en siete años, para determinar las responsabilidades). Estas condicionalidades (requisito y tiempo límite), rompen al principio de imprescriptibilidad de la acción para perseguir los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, y sus penas correspondientes, previsto en el artículo 233 CRE... (fs. 4).

23. El accionante demandó, además, la inconstitucionalidad del Artículo 285, incisos segundo y tercero, del COIP, que disponía:¹

El máximo de la pena prevista será aplicable cuando las personas descritas en el primer inciso, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen, se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público.

¹ Reformado por el Anexo No. 1 de la Pregunta No. 1 del Referéndum, efectuado el 4 de febrero de 2018, habiéndose incorporado como tercer inciso del artículo 285 el siguiente texto: "En caso de determinarse responsabilidad de la persona jurídica será sancionada con la disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general". Suplemento del Registro Oficial No. 181 de 15 de febrero de 2018.



Están incluidos dentro de esta disposición las y los vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del sector público en general, que, con su voto, cooperen a la comisión de este delito. (fs-6).

24. El accionante argumentó que:

La conducta del texto del art. 285, incisos 2do y 3ro del COIP es exactamente la misma que el delito de peculado, prevista en el art. 257.3 Código Penal, previamente vigente, aunque bajo otra redacción. Esta conducta fue declarada imprescriptible por la Constitución de 1998 (ver art. 121) y por la Constitución de 2008 (ver art. 233), pues el Código Penal citado, estuvo vigente al momento de aprobarse esta última Constitución. Sin embargo, el art. 285 COIP, que sustituyó al Código Penal, denominó a esa conducta "tráfico de influencias" y en el art. 257.3 del Código Penal, se la calificó de peculado. Es decir, la conducta prevista en la disposición del artículo 257.3 del Código Penal, constituyó peculado y fue imprescriptible, hasta que entró en vigencia el COIP el 10 de agosto de 2014, luego de eso, bajo el COIP la misma conducta fue reducida a un delito proclive al beneficio de la prescripción. (fs. 7).

25. En la audiencia pública, el representante de la presidenta de la Corte Nacional de Justicia argumentó que:

Esa norma limita y condiciona la potestad constitucional que tiene la Fiscalía para ejercer la acción penal pública como titular. [...] La Fiscalía se vería impedida de realizar su propia investigación sobre el delito, y en determinados casos aun cuando no estuviere de acuerdo con el informe elaborado por la Contraloría. [...] La facultad que tiene el contralor para establecer responsabilidades administrativas, civiles o indicios de responsabilidad penal, en este último evento, para el fiscal es un indicio, es solamente un indicio, por lo tanto, el fiscal puede o no acogerlo.

26. El representante de la Procuraduría General del Estado enfatizó en esta línea, diciendo que:

El informe previo de la Contraloría es un requisito de procedibilidad que, a manera de ver de la Procuraduría General del Estado, afecta directamente a las potestades procesales que tiene la Fiscalía General del Estado, consagradas en el artículo 195 de la Constitución de la República. [...] Este requisito previo estaría también en contraposición a lo establecido en el artículo 168 numeral 1 de la Constitución que consagra el principio de independencia del Poder Judicial, ya que en la práctica la administración de justicia no estaría en la libertad de conocer y tramitar un proceso para juzgar el peculado y el enriquecimiento ilícito, si el órgano administrativo, como lo es la Contraloría General del Estado, no llegare a determinar indicios de responsabilidad de penal.

27. El Subcontralor General del Estado coincidió con los intervinientes mencionados, expresando que:

Nosotros como Contraloría creemos que el informe de indicios de responsabilidad penal que se deriva de una auditoría o de un examen especial no puede ser un requisito de procedibilidad, porque no puede limitar las competencias que constitucionalmente están asignadas a la Fiscalía General del Estado.

28. Por su parte, el representante de la Secretaría General Jurídica de la Presidencia de la República sostuvo, entre otras cosas, que la caducidad de la facultad de la Contraloría que caduca en siete años es una garantía. En concreto, señaló que:

Esto es una garantía que se les otorga a los ciudadanos, en este caso a los servidores públicos, esto es una garantía frente al poder del Estado.

IV. Análisis constitucional

29. Las demandas de inconstitucionalidad impugnan dos normas. La primera, común a las tres demandas, es aquella que exige un informe previo sobre indicios de responsabilidad emitido por la Contraloría. La segunda, planteada solamente por el tercer accionante, impugna el tipo penal que sanciona el tráfico de influencias.

(1) El informe previo de la Contraloría para el ejercicio de la acción penal

30. Para dilucidar si la exigencia de un informe previo de la Contraloría para ejercer la acción penal, establecida en el artículo 581 (3), inciso final, es contrario a la Constitución, se tratará en primer lugar las competencias de la Fiscalía General del Estado; en segundo lugar, las competencias de la Contraloría; en tercer lugar, se abordará la alegación de la imprescriptibilidad de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito; finalmente, se tratará el tema de que el informe de la Contraloría podría ser considerado una garantía que ofrece seguridad a los funcionarios públicos.

Competencias de la Fiscalía General del Estado

31. La Constitución, en su artículo 178 establece que la Fiscalía es un órgano autónomo de la Función Judicial.

32. La Fiscalía es un órgano que pertenece a la Función Judicial y, en un Estado que se organiza en forma de república, como dispone el artículo 1 de la Constitución, uno de sus principios fundamentales es la división de poderes. El informe de la Contraloría, con carácter vinculante, puede considerarse como una intromisión de un órgano ajeno a la Función Judicial en el ejercicio de sus competencias.

33. El artículo 194, establece que la "*Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible...*".

34. La Constitución garantiza la autonomía a la Fiscalía. La autonomía es uno de los principios rectores para su funcionamiento. Esta autonomía permite que la Fiscalía pueda investigar infracciones penales sin interferencias externas de otros organismos públicos. Entonces, la autonomía de la Fiscalía es un elemento fundamental para los controles mutuos de los poderes políticos distribuidos en la Constitución. Esta característica garantiza la libertad de la Fiscalía para cumplir con su deber sin la necesidad de autorizaciones ajenas a sus competencias constitucionales. En este sentido, el informe previo de la Contraloría es una traba para el ejercicio autónomo de sus competencias para investigar y ejercer la acción penal en todo delito.

35. La Constitución, en su artículo 195, define las competencias de la Fiscalía General del Estado:

La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de



oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

36. La Constitución otorga a la Fiscalía la competencia de acusar y de impulsar la acusación en el juicio penal. De esta forma consagra el sistema acusatorio, al distinguir la actividad investigativa y persecutoria de la jurisdiccional.
37. La Fiscalía General del Estado es el órgano constitucional que posee el monopolio de la acción penal pública, que atiende el interés público y los derechos de las víctimas. El ejercicio de esta competencia constitucional no tiene más condicionamientos que los principios de oportunidad y de mínima intervención penal. Para el ejercicio de la acción penal pública la Constitución no establece excepción alguna.
38. La norma impugnada, artículo 581 (3), inciso final, del COIP, que exige un informe previo de la Contraloría para el ejercicio de la acción penal, contraría el reparto de atribuciones realizado por la Constitución en el artículo 195; en casos de peculado y enriquecimiento ilícito restringe la autonomía otorgada constitucionalmente a la Fiscalía; condiciona y supedita el ejercicio del monopolio de la acción penal en dichos casos y, de esta manera, altera las competencias exclusivas otorgadas por la Constitución a la Fiscalía.
39. El condicionamiento legal para que la Fiscalía ejerza una competencia constitucional tiene varias consecuencias adversas para el ejercicio de la acción penal y para la lucha contra la corrupción, que es deber primordial del Estado, según el artículo 3 (8) de la Constitución. La Fiscalía, por ejemplo, podría recibir la noticia criminal, investigar y tener suficientes elementos de convicción para iniciar la fase de instrucción fiscal, pero no podría ejercer la acción penal por la falta de un informe de otro ente estatal; la Contraloría podría considerar que no existen indicios penales, y la Fiscalía, por otros medios y otras fuentes, podría arribar a una conclusión diferente, pero el criterio de la Contraloría prevalecería; la Fiscalía podría investigar, en cualquier momento, una infracción, por peculado o enriquecimiento ilícito, pero estaría supeditada a los plazos de investigación de la Contraloría.
40. El propio artículo 581 del COIP, que regula las "formas de conocer la infracción penal", señala que los medios por los cuales puede llegar la noticia se prevén "sin perjuicio de que la o el fiscal inicie la investigación". La norma legal restringe la labor de la Fiscalía, en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito exclusivamente a la investigación, pero pone una traba al ejercicio de la acción penal. Esto no obsta para que, de acuerdo con el artículo 444 (14) del COIP, la Fiscalía pueda disponer de diligencias investigativas que considere necesarias, entre las que se encuentra los informes de la Contraloría sobre responsabilidad de funcionarios públicos.
41. De este modo la normativa infraconstitucional restringe competencias constitucionales e impide que, como prescribe el artículo 195 de la CRE, la Fiscalía pueda tomar de forma autónoma la decisión de dirigir la investigación de oficio y ejercer la acción penal pública.

Competencias de la Contraloría General del Estado

42. La Constitución, en su artículo 212 (2), dispone:

Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados (informe previo de la Contraloría)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaria

Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley: ...
2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado
(énfasis agregado).

43. La Contraloría General del Estado es el órgano que controla el uso eficiente de los recursos públicos. En ese marco, según la disposición del artículo 212 (2) de la CRE, la Contraloría puede determinar, según los hechos del caso que investiga, responsabilidades civiles, administrativas o indicios de responsabilidad penal. La Constitución, al asignar esta atribución a la Contraloría, enfatiza la separación de esferas funcionales con la Fiscalía, evitando cualquier posibilidad de subordinación de la Fiscalía a la Contraloría.

44. Los informes que emite la Contraloría como resultado de sus competencias constitucionales deben entenderse como una más de las formas de tener la *notitia criminis*. No es cualquier forma, sin duda alguna, porque la Contraloría cuenta con personal especializado, con procedimientos de investigación, con plazos para ejercer su tarea y con garantías del debido proceso. Sin embargo, los indicios que constan en el informe de la Contraloría no pueden ni deben determinar las competencias de la Fiscalía para investigar los hechos y las responsabilidades penales en los casos que investigue. Por otro lado, en cualquier momento la Contraloría puede aportar con sus informes, de oficio o a petición de parte de la Fiscalía, que contribuyen con elementos de convicción importantes para el esclarecimiento de hechos y de responsabilidades penales. Esta interpretación no afecta en absoluto las competencias de la Contraloría establecidas en el artículo 212 de la Constitución.

45. El establecimiento del requisito de informe previo de la Contraloría para ejercer la acción penal, es una regulación que atenta contra la división de poderes y la autonomía de la Fiscalía, tal como lo ha establecido la Constitución.

La imprescriptibilidad de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito

46. El artículo 233 de la Constitución dispone:²

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... (énfasis agregado).

47. Los accionantes argumentaron que el artículo 233 de la Constitución se contraría y se burlaría con dos normas que están en la ley que regula las funciones de la Contraloría. La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (en adelante, LOCGE), en su artículo 71, dispone que:

² Reformado por el Anexo No. 1 de la Pregunta No. 1 del Referéndum, efectuado el 4 de febrero de 2018, Suplemento del Registro Oficial No. 181 de 15 de febrero de 2019.



La facultad que corresponde a la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, y los actos de las personas sujetas a esta Ley, así como para determinar responsabilidades, caso de haberlas, caducará en siete años contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos (énfasis agregado).

El artículo 26 de la LOCGE establece:

Los informes de auditoría gubernamental... serán tramitados desde la emisión de la orden de trabajo de la auditoría, hasta la aprobación del informe en el término máximo de ciento ochenta días improrrogables (énfasis agregado).

48. El Subcontralor General en su intervención en la audiencia pública sostuvo que:

Si pasaron ciento ochenta días desde la emisión de una orden de trabajo, la Contraloría ya no puede emitir su pronunciamiento, la Fiscalía no podría iniciar y concluir una investigación penal, y los delitos imprescriptibles como el peculado y el enriquecimiento ilícito habrían prescrito, en la práctica y de hecho, en ciento ochenta días.

49. Si bien el artículo 581 (3), inciso final, del COIP no es directamente contrario al artículo 233 de la Constitución, la aplicación del artículo impugnado tiene efectos en la eficacia de la norma que establece la imprescriptibilidad de ciertos delitos.

50. La subordinación del ejercicio de la acción penal pública al juzgamiento administrativo previo, además de restringir las facultades propias de la Fiscalía, ocasiona que los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito tengan un obstáculo legal para ser perseguidos. Los términos administrativos para que la Contraloría pueda emitir los informes de auditoría (siete años y ciento ochenta días) burlarían el mandato constitucional de que estos delitos sean imprescriptibles.

51. La Constitución ha asumido un especial compromiso para combatir la corrupción y la impunidad, como se desprende claramente de sus artículos 3 (8), 83 (8), 204, 208 (1) y (4), y por ello los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito han sido declarados imprescriptibles por el artículo 233 de la Constitución. Ante esto, las regulaciones específicas de la Contraloría no pueden ser un óbice para que la Fiscalía pueda, en cualquier tiempo, iniciar, investigar y ejercer la acción penal en estos casos. El deber primordial del Estado de combatir la corrupción, sustentado en la posibilidad de que su persecución y sanción no sean coartadas en el tiempo, se ve frustrado, en términos prácticos, por el requisito de procedibilidad establecido en la norma impugnada.

Efectos de la sentencia

52. Resulta necesario precisar los efectos en el tiempo de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 581 (3), inciso final, del COIP. En la audiencia se escucharon argumentos a favor de los efectos retroactivos de una posible inconstitucionalidad y también a favor de la consideración de que tenga solo efectos a futuro.

53. La imprescriptibilidad de ciertos delitos relacionados con la administración de fondos, bienes o recursos públicos –peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito– se estableció en la

Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados (informe previo de la Contraloría)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

Constitución de 1998³. El artículo 233 de la Constitución de 2008 tiene una norma semejante a la de 1998 (*supra* 45).

Se entiende que, desde el año de 1998, cualquier delito de los enumerados en dicho artículo no tiene prescripción de la acción ni de la pena.

54. Si se elimina el requisito de procedibilidad, que impidió la investigación y sanción penal, y que pudo haber sido una herramienta para la impunidad en ciertos casos de corrupción, entonces la vía penal se encuentra habilitada.

55. Los delitos enumerados en el artículo 233 de la Constitución son imprescriptibles desde el año 1998, cuando entró en vigencia la Constitución, y no desde la fecha de la publicación en el Registro Oficial de esta sentencia.

56. Conviene hacer algunas precisiones en relación con ciertas situaciones que pudieron haberse presentado, en particular con el derecho a no ser juzgado dos veces (*non bis in idem*).

57. La Constitución garantiza, en su artículo 76 (7) (i) que “*nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia.*”

58. El ser juzgado se entiende, en el presente análisis, en materia penal (no en materia administrativa), tanto en términos de si se inició un proceso penal (*litis pendencia*) como si se ha ejecutoriado una condena penal en contra de una persona (cosa juzgada).

59. Si existen personas contra quienes se iniciaron procedimientos de auditoría por parte de la Contraloría y éstos, por los plazos de caducidad de contraloría, no pudieron concluir o ser remitidos con indicios de responsabilidad penal a la Fiscalía, se entenderá que la Contraloría hizo un procedimiento administrativo, pero no penal. En lo administrativo la Contraloría no podrá iniciar una nueva investigación, cuando hay identidad objetiva y en la causa. En estos casos, la Fiscalía tiene la competencia para iniciar e investigar infracciones penales por los delitos contemplados en el artículo 233.

60. Para efectos de la aplicación del principio y derecho al *non bis in idem*, se entenderá que una persona ha sido procesada penalmente desde el momento en que la Fiscalía ha formulado cargos. Si hay formulación de cargos, aunque no exista sobreseimiento o sentencia, no podrá iniciarse un nuevo juicio penal contra esa persona, cuando exista identidad objetiva y en la causa.

³ Constitución de 1998, artículo 121: “...*Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de 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 aun en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad*” (énfasis añadido).



61. La Fiscalía siempre tuvo la competencia de iniciar indagaciones o investigaciones previas, sin necesidad de contar con informes previos de la Contraloría. En estos casos, cuando no existía el informe de procedibilidad, correspondía la desestimación o el archivo. De acuerdo con el artículo 586 del COIP, cuando aparezcan nuevos elementos en cualquier momento, la o el fiscal puede solicitar la reapertura del caso. La reapertura deberá, para garantizar los derechos de las personas, solicitarse y resolverse en audiencia y ante el Juez de Garantías Penales competente.

62. El informe de la Contraloría podrá tener distintos usos procesales. En primer lugar, puede ser una de las maneras para conocer una infracción penal (*notitia criminis*). En segundo lugar, el informe puede contener indicios sobre la existencia de la infracción y sobre la responsabilidad, que pueden ser objeto de confirmación, contrastación o refutación.

63. Los tipos penales relacionados con el peculado y el enriquecimiento ilícito pueden haber tenido variaciones en su tipificación. En general, se juzgará a las personas de acuerdo con el tipo penal vigente al momento del hecho considerado delictivo, salvo que el tipo penal posterior se considere que beneficie al presunto partícipe de la infracción. En cuanto a las reglas procesales, se aplicarán las normas del COIP.

El pronunciamiento previo de la Contraloría como garantía de los funcionarios públicos

64. Con relación al argumento que refiere que el pronunciamiento administrativo previo consiste en una garantía para los ciudadanos que ejercen funciones públicas, una garantía constitucional no puede ser un argumento para eludir o excluir la responsabilidad de un funcionario público por la comisión de un delito.

65. La existencia de un pretendido derecho para personas que ejercen funciones públicas y no para personas que manejan fondos privados, por ejemplo en bancos y cooperativas, podría configurar un privilegio indeseable, que podría afectar el principio y el derecho a la igualdad y no discriminación, establecido en los artículos 3 (1), 11-(2) y 66 (4), y el compromiso constitucional de combatir y erradicar la corrupción.

66. Por todas las razones expresadas, la Resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia y el artículo 581 (3), inciso final, del COIP, que establecen el requisito de un informe previo de la Contraloría para que la Fiscalía ejerza la acción penal, son contrarias a los artículos 178, 194 y 195 y 212 (2) de la Constitución.

(2) Análisis de constitucionalidad del delito de tráfico de influencias

67. La Asamblea Nacional es el órgano que determina las conductas de relevancia penal y establece sanciones por su cometimiento. Esta atribución, establecida en el artículo 120 de la Constitución, se conjuga con la garantía que tienen los ciudadanos de no ser sancionados por acto u omisión que no "*esté tipificado en la ley como infracción penal*", contenida en el artículo 76 (3) de la Constitución. Esta disposición constitucional se encuentra reproducida en los principios que organizan el COIP, específicamente, en su artículo 5 (1) que expresa que "*no hay infracción penal, pena ni proceso penal sin ley anterior al hecho*".

68. El artículo 233 de la Constitución declara la imprescriptibilidad de cuatro delitos: peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. No obstante, la configuración del tipo penal y los elementos de cada uno debe ser realizada por la vía legislativa. Es la Asamblea Nacional la que decide cómo definir en la ley penal tales categorías delictivas.

69. En el caso 4-18-IN se demanda la inconstitucionalidad del artículo 285, incisos segundo y tercero del COIP. La impugnación de la norma, por diferir su actual redacción del tipo penal previsto en el Código Penal anterior, no considera la reserva de ley para determinar las conductas que constituyen delitos. La Función Legislativa tiene potestad para definir lo que es delito y merece pena, no puede declararse la inconstitucionalidad de un precepto únicamente porque la Asamblea Nacional, en pleno ejercicio de sus atribuciones legislativas, modificó el ordenamiento jurídico-penal. Sin embargo, esas atribuciones legislativas no podrían vaciar de contenido los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, para burlar la norma que establece la imprescriptibilidad de estos delitos.

70. Por las razones expuestas, el artículo 285 del COIP, en su inciso segundo que dispone: "*El máximo de la pena prevista será aplicable cuando las personas descritas en el primer inciso...*", y en el tercero que prescribe: "*Están incluidos dentro de esta disposición las y los vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del sector público*", no es inconstitucional por las razones demandadas.

V. Decisión

En mérito de lo expuesto, de conformidad con el artículo 436 (2) de la Constitución y el artículo 76 (6) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional dispone:

1. Declarar la inconstitucionalidad de la Resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial No. 154 de 19 de marzo de 2010 y del artículo 581 (3), inciso final, del Código Integral Penal, que dice:

"Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado cuando el objeto de la infracción sea recursos públicos."

En consecuencia, el artículo 581 del Código Integral Penal dirá:

"Formas de conocer la infracción penal.- Sin perjuicio de que la o el fiscal inicie la investigación, la noticia sobre una infracción penal podrá llegar a su conocimiento por:

1. *Denuncia: Cualquier persona podrá denunciar la existencia de una infracción ante la Fiscalía, Policía Nacional, o personal del Sistema integral o autoridad competente en materia de tránsito. Los que directamente pondrán de inmediato en conocimiento de la Fiscalía.*

2. *Informes de supervisión: Los informes de supervisión que efectúan los órganos de control deberán ser remitidos a la Fiscalía.*



3. *Providencias judiciales: Autos y sentencias emitidos por las o los jueces o tribunales.*
2. La Fiscalía General del Estado podrá ejercer la acción penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito sin requerimiento de informe de supervisión efectuados por los órganos de control, de conformidad con las siguientes reglas:
- Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia, de conformidad con el artículo 76 (7) (i) de la Constitución. Para el efecto, se entenderá que una persona ha sido juzgada penalmente desde el momento en que contra ella se ha formulado cargos o si se ha dictado una sentencia condenatoria ejecutoriada. Contra esa persona no podrá iniciarse un nuevo juicio penal.
 - Las investigaciones, auditorías, informes y cualquier otro pronunciamiento emitido por la Contraloría que contenga indicios de responsabilidad penal, si es que no se ha ejercido la acción penal y no se han formulado cargos, no constituyen juzgamiento penal.
 - Si las indagaciones o investigaciones previas fueron desestimadas o archivadas por no contar con el informe que contenga indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría, la Fiscalía podrá solicitar la reapertura de la investigación cuando aparezcan nuevos elementos, mediante audiencia ante el Juez de Garantías Penales, quien resolverá sobre la reapertura de la investigación.
 - El informe de la Contraloría es una de las formas de hacer conocer a la Fiscalía sobre la posible existencia de una infracción penal (*notitia criminis*) y también de aportar con indicios sobre los hechos y la responsabilidad.
 - Las personas serán juzgadas de conformidad con el tipo penal vigente al momento de su cometimiento, siempre que las normas posteriores no fueren más favorables, y de conformidad con las reglas de procedimiento del COIP.
3. Desestimar la pretensión de la acción pública de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 285, incisos segundo y tercero, del Código Orgánico Integral Penal, reservándose para la Asamblea Nacional la potestad de modificar el artículo en mención de acuerdo al principio de libertad de configuración legislativa.
4. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Dr. Hernán Salgado Pesantes
PRESIDENTE

RAZÓN: Siento por tal que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, con nueve votos a favor de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Ávila Santamaría, Carmen Corral Ponce, Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrera

Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados (informe previo de la Contraloría)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

Bonnet, Ali Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado
Pesantes, en sesión ordinaria del martes 02 de julio de 2019.- Lo certifico.-



Dra. Aida García Berni
SECRETARIA GENERAL



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

Caso Nro. 0053-13-IN Y ACUMULADOS

RAZÓN.- Siento por tal, que el texto de la sentencia que antecede fue suscrita el día miércoles 03 de julio del dos mil diecinueve, luego del procesamiento de las observaciones recogidas en el Acta de la sesión respectiva.- **Lo certifico.**

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

AGB/MED