

AMICUS CURIAE

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

JUEZ PONENTE: Richard Ortiz Ortiz

Caso Nro. 1051-21-EP

TABLA DE CONTENIDOS

Contenido

I. COMPARECENCIA	3
II. ANTECEDENTES	3
III. FUNDAMENTO JURÍDICO	3
3.1. Motivación suficiente en materia penal	4
<i>Recurso extraordinario de casación y la aplicabilidad inmediata de la Constitución y el control de convencionalidad</i>	9
3.2. Garantía de juez natural	12
3.3. Garantía procesal de autonomía e independencia	13
3.4. Principio de legalidad	15
3.5. Constitución económica y potestades del titular de la Función Ejecutiva	17
<i>Concepto y antecedentes históricos de la constitución económica</i>	17
<i>Constitución económica en un estado de excepción</i>	19
<i>Contexto ecuatoriano en la crisis financiera de 1999</i>	20
IV. CONCLUSIONES	21
V. NOTIFICACIONES	23

I. COMPARECENCIA

Tatiana Estefanía Saltos Hidalgo¹, portadora de la cédula de ciudadanía Nro. 1725582280, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Quito, y Alex Fabián Mejía Sandoval², portador de la cédula de ciudadanía Nro. 1802216562, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Quito, en calidad de ciudadanos ecuatorianos en pleno ejercicio de nuestros derechos de participación y como abogados y académicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), dentro de la Acción Extraordinaria de Protección Nro. 1051-21-EP, ante ustedes muy respetuosamente comparecemos y presentamos el siguiente **AMICUS CURIAE**:

II. ANTECEDENTES

1. El 29 de mayo de 2014, la jueza nacional Ximena Vintimilla dictó sentencia condenatoria en contra del procesado Jamil Mahuad Witt en calidad de autor del delito de peculado, tipificado y sancionado en el artículo 257 del código del ramo vigente al momento que ocurrieron los hechos.
2. En tal sentido, se interpusieron recursos de nulidad y apelación, y este último fue aceptado parcialmente respecto al *quantum* de la pena, pues se redujo de doce a ocho años de reclusión mayor ordinaria; resolución que fue dictada el 17 de mayo de 2017.
3. Posteriormente, se presentaron recursos horizontales, mismos que fueron negados y respecto de dicha resolución se interpuso un recurso de casación.
4. El 14 de octubre de 2020, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Militar Penal, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia declaró improcedente el recurso de casación. Luego, se presentó un recurso de aclaración, el cual fue negado el 6 de enero de 2021.
5. El 27 de enero de 2021, el doctor Jamil Mahuad Witt y sus procuradores judiciales presentaron una acción extraordinaria de protección contra la sentencia y auto de aclaración descritos en el numeral anterior.

III. FUNDAMENTO JURÍDICO

La presente propuesta de *amicus curiae* se desarrollará en dos premisas que consideramos fundamentales como parte del análisis que podría efectuar la Corte Constitucional en armonía con los principios y derechos constitucionales:

- I. Las resoluciones impugnadas por el accionante vulneran principios constitucionales, adjetivos y sustantivos, en materia penal.
- II. Las transgresiones producidas por el tribunal accionado trascienden a la esfera económica-política del marco constitucional pues desconocen las potestades atribuidas a la Función Ejecutiva.

Por un lado, la Corte Constitucional, especialmente a partir del 2019, ha resaltado diversas garantías que deben observarse en materia penal. Así, se encuentra la (i) motivación suficiente con estándares propios en dicho ámbito jurídico, (ii), juez natural, (iii) autonomía e

¹ Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). LLM, mención Derecho constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile (UC) y Magíster en Derecho procesal por la Universidad Espíritu Santo (UEES). Docente universitaria de pregrado y posgrado, e investigadora del área de Derecho constitucional.

² Docente Investigador, Filósofo y Abogado por la Pontificia Universidad del Ecuador (PUCE).

independencia, y (iii) principio de legalidad. Y, por otro lado, el juzgamiento a altos funcionarios no puede desconocer las potestades constitucionales que fueron concedidas y que el ejercicio de estas no constituye por sí mismo el cometimiento de un delito.

3.1. Motivación suficiente en materia penal

En primer lugar, la importancia de la garantía de motivación radica en la legitimación material y formal con la cual reviste a toda autoridad jurisdiccional, toda vez que permite un debido control de las razones que la llevaron a resolver una determinada controversia. En otros términos, evita la arbitrariedad y permite evaluar la razonabilidad del juez (Sentencia No. 2706-16-EP/21). Así también, la Corte Constitucional ha resaltado que “[c]on mayor razón, deben motivar sus decisiones las autoridades jurisdiccionales que, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, modifican situaciones jurídicas, enunciando en la resolución las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron y la explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho” (Sentencia Nro. 1553-16-EP/21, Sentencia Nro. 1728-12-EP/19).

En un modelo democrático, existe un control de pesos y contrapesos que permite reducir el margen de poder que ostenta cada autoridad. En este contexto, la garantía de la motivación constituye, *de facto*, un control jurídico, pues con la existencia de distintos mecanismos procesales que permiten evaluar las decisiones judiciales, como la acción extraordinaria de protección, se puede examinar desde una óptica estrictamente jurídica el apego de dicha decisión al marco constitucional.

En consecuencia, no solo el tribunal que es objeto de examen sino también el órgano revisor debe adoptar una postura indiferente respecto a la inconformidad que sus decisiones pueden producir en una sociedad determinada si las mismas resultan en armonía con el ordenamiento jurídico. Piénsese, por ejemplo, en diversos casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³ en los cuales, pese al respaldo democrático con que contaban varias leyes que otorgaron amnistías sobre delitos por graves vulneraciones de derechos humanos, la Corte IDH resolvió que las mismas fueran derogadas pues contrariaban principios fundamentales. Lo anterior, resulta de especial relevancia cuando señalamos que el derecho penal es de acto y no de autor, pues la popularidad o rechazo de determinado procesado, junto con sus características de índole personal, no pueden incidir en la fundamentación de una causa (Sentencia 2706-16-EP/21, Rodríguez citado Camacho, D. y Cruz, L., 2023).

Ahora bien, desde la perspectiva constitucional, la motivación contiene un mínimo de elementos, lo que se conoce como estructura mínima completa con base en la Sentencia 1158-19-EP/20: fundamentación normativa suficiente y fundación fáctica suficiente. Existen, además, ciertas deficiencias motivacionales como es la apariencia que incluye la incongruencia frente al Derecho. Esta última de vital importancia cuando se debe verificar la observancia de estándares de suficiencia específicos en materia penal, pues, de lo contrario, se estaría faltando a un elemento fundamental que exige el Derecho penal para la condena de una persona.

Se ha estimado que la motivación debe ser reforzada debido a la gravedad que conlleva la restricción de derechos a través de una sentencia condenatoria, en este caso, tanto de privación de libertad con reclusión mayor como la suspensión permanente de derechos políticos, al igual que debido a la interdependencia entre la motivación, el principio de inocencia, el de legalidad y el principio de mínima intervención penal. Por tanto, la motivación suficiente en materia penal incluye:

³ Léase caso Gelman vs. Uruguay, Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, entre otros.

- (i) razones por las cuales se supera el umbral de toda duda razonable.
- (ii) desvirtuar los argumentos relevantes del procesado.
- (iii) explicación sobre cómo los elementos probatorios se ajustan a los elementos del tipo penal.
- (iv) por qué la acción del procesado se debe calificar como antijurídica.
- (vi) motivos por los cuales se considera que el infractor es responsable y que actuó con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.
- (vii) la motivación no se satisface con la mera transcripción o registro de sus alegatos en la parte expositiva o de antecedentes de la sentencia; siendo necesario que estos sean abordados mediante el aporte de razones y premisas. (Sentencia 2706-16-EP/21)

Cabe señalar que el primer elemento en relación con el tercero, que corresponde al ámbito probatorio, se relaciona a través del principio de presunción de inocencia, en la medida que

58. (...) al erigir un umbral probatorio a ser vencido, demanda que, para la acreditación de la culpabilidad de una persona, los jueces deban superar toda duda razonable persistente, estableciendo un *quantum* probatorio a partir del cual no es posible condenar a ninguna persona por el cometimiento de una infracción penal, cuando perduren dudas sobre su responsabilidad que no hayan sido vencidas dentro del proceso, o cuando perduren argumentos relevantes de su defensa que no hayan recibido una respuesta desvirtuándolos.

59. Por otra parte, (ii) el principio de inocencia como herramienta de distribución de errores, patentiza una regla de conformidad con la cual, “el costo de una condena errónea es considerado significativamente más grave que el de una absolución errónea y por esta razón se impondría un estándar de prueba particularmente exigente”. Por consiguiente, dado que los errores judiciales que conllevan a la condena de un inocente son más graves que aquellos que derivan en la absolución de un responsable; la condena de una persona siempre debe estar precedida por una práctica probatoria lícita y suficiente; de tal forma que no puede condenarse a ninguna persona sin pruebas o con pruebas insuficientes. (Sentencia No. 363-15-EP/21)

En este punto, es pertinente mencionar que, para unos autores, la Sentencia Nro. No. 2706-16-EP/21, que marca un hito en la determinación del estándar de suficiencia penal, debía referirse a la tipicidad y no al tipo penal; así, “el tipo penal es la conducta dispositiva que se encuentra descrita en la ley a efectos de proteger un bien jurídico protegido, mientras que, la tipicidad es un componente del juicio de valoración del injusto” (Zaffaroni citado por Camacho y Cruz, 2023), que incluye como elementos objetivos el sujeto activo, el sujeto pasivo, el bien jurídico protegido, y el verbo rector, y como elemento subjetivo el dolo o la culpa, traduciéndose el primero en la voluntad de incurrir en el delito o la intención positiva de causar daño y el segundo en la infracción de un deber objetivo de cuidado.

Así también, se ha sostenido que, dentro de la fundamentación fáctica suficiente y en función del análisis de la conducta bajo examen, se debe establecer como parte de “la materialidad de la infracción que el accionar es típico, antijurídico y culpable, la responsabilidad del procesado y el nexo causal con la existencia del ilícito...” (Camacho y Cruz, 2023).

Así, por ejemplo, en el caso que examinaba la Corte Constitucional, ésta rechazó la motivación de la Corte Nacional de Justicia al no ajustarse a tales parámetros, por lo que, de hecho, sí exigió un análisis del tipo penal, al decir que

39. (...) En efecto, se puede verificar que los cargos del recurso de casación estaban relacionados a que no había sido probada la materialidad del delito en segunda instancia; no obstante, los jueces de la Corte Nacional, en el razonamiento de su sentencia, obviaron demostrar como la sala de alzada había probado y argumentado de forma suficiente la reproducción del delito y la responsabilidad penal de la accionante, lo cual demandaba la superación de toda duda razonable. (Sentencia No. 2706-16-EP/21)

En otros términos, la motivación como garantía constitucional en un proceso penal también puede entenderse de la siguiente forma:

Un sistema penal mínimo requiere que éste sea racional y cierto en la medida que sus intervenciones son previsibles, y son previsibles cuando son motivadas, como dice Ferrajoli, por argumentos cognoscitivos de los que sea decidible procesalmente, con los límites de la “verdad formal”; este sistema además requiere de que se respeten los principios y valores de la Constitución, que pasemos de una ineffectividad tendencial a una efectividad tendencial, eliminación al máximo de la discrecionalidad y la “verdad sustancial”, y con la motivación, entre otras garantías, se pase de la incertidumbre a la previsibilidad. (Salas Parra, 2013)

Adicionalmente, los criterios de la motivación suficiente guardan armonía con el principio de presunción de inocencia como ya lo ha advertido la Corte al decir en distintos fallos que

73. ...De ahí que, en consideración de que la demostración del vencimiento de la duda razonable, conforme a lo aquí expuesto, es un elemento esencial del principio de inocencia; la falta de pronunciamiento de los jueces de alzada sobre este punto, configuró una violación del derecho al debido proceso en la garantía de motivación en interdependencia del principio de inocencia. (Sentencia No. 363-15-EP/21)

57. Este Organismo estima que de forma específica en el plano probatorio, el principio de inocencia además de determinar sobre quien recae la carga probatoria (*onus probandi*), y exigir la licitud de las pruebas; engendra tres consecuencias de vital importancia para la tutela de los derechos constitucionales de los procesados y/o acusados, a saber: (i) determina un umbral de suficiencia probatoria que debe ser vencido, (ii) instituye una forma de jerarquización de errores que parte del *in dubio pro reo*, y (iii) añade un elemento para calificar la suficiencia de la motivación en una decisión.

58. Así, (i) el principio de inocencia, al erigir un umbral probatorio a ser vencido, demanda que, para la acreditación de la culpabilidad de una persona, los jueces deban superar toda duda razonable persistente, estableciendo un quantum probatorio a partir del cual no es posible condenar a ninguna persona por el cometimiento de una infracción penal, cuando perduren dudas sobre su responsabilidad que no hayan sido vencidas dentro del proceso, o cuando perduren argumentos relevantes de su defensa que no hayan recibido una respuesta desvirtuándolos. (Sentencia No. 363-15-EP/21)

En este mismo sentido, este principio supone una clara distinción entre un sistema inquisitivo y uno acusatorio, de tal manera que no puede presumirse la culpabilidad de una persona por el

hecho de ocupar un cargo en particular o por la calidad del mismo ya que el órgano acusador debe probar que es imputable y que actúa con conocimiento (Sentencia No. 14-15-CN/19, párrafo 20).

Teniendo presente estos parámetros específicos en materia penal como aquellas reglas transversales en la garantía de motivación fijadas en la Sentencia Nro. 1158-17-EP/21, se pueden destacar varios vicios de apariencia presentes en el fallo. En primer lugar, se puede mentar la incongruencia frente al Derecho: la Corte Nacional de Justicia sostiene que, en razón de la causal casacional alegada, a saber, indebida aplicación, el recurrente debía señalar qué norma debió aplicarse (párr. 2.5.8.2. y 2.5.8.8.); sin embargo, la Corte Constitucional ya ha manifestado el despropósito e, incluso, inconstitucionalidad que se produce al exigir al procesado que señale qué otra norma penal debe aplicarse cuando alega que su conducta no se adecúa al tipo penal que se acusa, ya que conllevaría un acto de autoincriminación que vulnera su derecho a la defensa.

Otro vicio que es plausible reprochar al tribunal es el de incomprensibilidad, como se evidencia en la parte final de la sección 2.5.8.5., después de una extensa descripción de los códigos penales a lo largo de la historia del país en torno al delito de peculado. Así, termina concluyendo de forma oscura simplemente que han quedado desvirtuados los argumentos del procesado:

A manera de corolario, en esta parte, abordado que ha quedado el tipo penal de peculado en nuestra legislación a través de la historia; y, contrastado con los argumentos del casacionista JAMIL MAHUAD WITT, ya sea en cuanto a los elementos del tipo penal de peculado y/o en cuanto a la modalidad de malversación; pero, en definitiva, en cuanto a lo argüido por aquel ahora en escenario de casación, a que a rasgos generales estriba en aquello que ya fuera planteado y resuelto en la instancia de apelación, deviene que tales reproches han quedado desvirtuados y resulta improcedentes (...)

A lo anterior hay que sumar el hecho de que, de la lectura integral de la sentencia, finalmente no queda claro cuál es la conducta y qué verbo rector son aplicables al caso bajo examen del tribunal. Se utilizan a lo largo de la sentencia razonamientos que, primero, conducen a pensar que intenta subsumir el caso en “malversación” - aunque reconoce que el término no consta expresamente en el tipo penal, así como tampoco determina cuál es la conducta antijurídica que se adecúa-, luego, a una interpretación abierta bajo la frase “cualquier otra forma semejante” y, finalmente, se refiere al verbo “abusar”; todo lo anterior como una suerte de conductas supletorias y similares entre sí que generan incertidumbre.

No hay que perder de vista que una de las funciones del Derecho penal es preventiva con el fin de evitar conductas similares a futuro, empero, si como en el presente caso se utiliza de manera baladí uno u otro verbo rector para intentar justificar una resolución o postura del tribunal, lo que se obtendrá es producir temor a cualquier servidor público por el solo hecho de tener esa calidad y no por su actuación, al no conocer cuál es la conducta antijurídica en este caso.

En esta misma línea, resulta en una incoherencia lógica e incongruencia frente al Derecho, en este caso penal, el utilizar indistintamente los verbos rectores expresos y no expresos -dejados al ~~árbite~~ arbitrio del juzgador en tipos penales abiertos- para subsumir en unos apartados una conducta no determinada y, más adelante, señalar que no corresponde con ese verbo rector sino, en última instancia, con otro.

Así también, como parte de los estándares específicos en materia penal, antes descritos, es evidente que no logra comprobarse por qué el accionante era responsable por una conducta cuyo verbo rector no estaba prevista expresamente en el tipo penal del código del ramo ni tampoco en normas superiores vigentes al momento que se habría cometido el supuesto ilícito. Además de tornarse incomprensible, hace una remisión a la sentencia de instancia que se impugnaba sin aportar nuevos argumentos, es decir, reproduciendo el vacío argumentativo en materia penal respecto a la conducta antijurídica concreta, nexo causal, por qué es responsable el procesado y la demostración del dolo.

Adicionalmente, el tribunal casacional reitera la historia de la exclusión intencional del legislador del término malversación en el Código Penal dentro del delito de peculado, a la luz del principio de configuración legal, a la vez que señala que de todas maneras se desprende de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción ratificada luego en el 2005. Es interesante, también, pues esta sentencia sostiene contradictoriamente -incoherencia lógica- que el tratamiento del peculado

2.5.8.5.- ...varía en las diferentes legislaciones, por ello resulta contraproducente, cuando en las sentencias emitidas por los órganos de administración de justicia, se citan connotados juristas o se transcriben conceptos referentes al peculado; sin considerar, que si bien el término es el mismo, los elementos objetivos del tipo penal, en cada país, tienen diferentes connotaciones.

Y es que en este último argumento sí coincidimos con esta sentencia, ya que el control de convencionalidad es inadecuado cuando se interpretan y aplican los tipos penales de nuestra legislación penal, sin perjuicio de la obligación de los Estados de adecuar sus normas a los tratados internacionales de derechos humanos que ratifican. De esta manera, solo resulta aplicable este examen cuando lo que se pretende es garantizar los principios y derechos constitucionales de las partes involucradas y no para efectos de definir el contenido de una conducta penal que se define y se califica de relevante en una sociedad determinada según sus características sociales, económicas, culturales; esto, además, guarda relación con el principio de legalidad abordado más adelante. La única excepción sería en la aplicación de tipos penales que sancionan crímenes de lesa humanidad que, inclusive en ese supuesto, han sido recogidos bajo las propias palabras del legislador en nuestros códigos penales⁴.

A modo de ejemplo, respecto al control de convencionalidad en lo que se refiere a la garantía de motivación, se pueden destacar las exigencias motivacionales en materia penal que han sido plasmadas en instrumentos internacionales como es el caso de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal -Reglas de Mallorca-:

Trigésimo cuarto:

La sentencia penal deberá ser motivada, con indicación expresa de las pruebas que la fundamentan y de las normas jurídicas aplicadas. Asimismo, la sentencia será redactada de manera comprensible para los que intervienen en el proceso.

Finalmente, no existe en la sentencia argumentos claros sobre la forma en la cuál se superó el umbral de duda razonable, es decir, cómo quedó demostrado el dolo y, antes, cuál es la conducta antijurídica y con base a qué acervo probatorio de instancia. Cabe añadir que la propia Corte Nacional de Justicia señala que no existe un peculado culposo, pero tampoco demuestra

⁴ Léase por ejemplo los crímenes descritos a partir del artículo 79 del Código Orgánico Integral Penal (COIP).

que en la causa la emisión de un decreto ejecutivo en ejercicio de sus potestades constitucionales constituya, *per se*, en la intención positiva de causar daño a la administración pública como bien jurídico protegido.

Recurso extraordinario de casación y la aplicabilidad inmediata de la Constitución y el control de convencionalidad

Con respecto al carácter particular del recurso de casación penal, la propia Corte Constitucional ha sostenido que

En una interpretación más amplia y circunscrita al recurso de casación en materia penal. (sic) Se ha entendido que en la casación no sólo pueden revisarse cuestiones de hecho, sino que se deben revisar éstos; no hacerlo implicaría la violación a la garantía de la doble instancia en el proceso penal, reconocida en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos (por ejemplo: Art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Para sostener esta posición se utiliza la teoría alemana de la *Leistungsfähigkeit* (o agotamiento de las capacidades de revisión), que sostiene que un tribunal de casación debe revisar todo lo que le sea posible, quedando solamente excluidas las cuestiones directamente relacionadas al principio de inmediación. (Sentencia 003-09-SEP-CC, CASO: 0064-05-EP, Jueza sustanciadora: Nina Pacari)

De acuerdo con Jaime Flor Rubianes (2009), la casación en materia penal se introduce en el Ecuador a partir de 1928 a través de los Tribunales del Crimen, y, posteriormente, en 1983 se instauró su modalidad abierta, lo que permitía que la sentencia pueda ser juzgada con amplitud por parte de dicho tribunal. Además, señala que una sentencia penal es materia de casación (i) ante la ausencia de la descripción de las circunstancias que se estiman probadas y que permiten la calificación del delito en concreto, y (ii) si existe un error de derecho en la apreciación de la prueba. De ahí que la Corte Constitucional ratifique una característica ya asignada a este recurso como es su carácter nomofiláctico, pues revisa y repara la infracción de normas sea por contravenir expresamente su texto o existir una indebida aplicación o errónea interpretación de las mismas en una sentencia; “en otras palabras, el recurso de casación penal tiene como finalidad hacer que sentencias contrarias a las normas (*contra legem*) pasen a guardar consonancia con las mismas (*secundum legem*)” (Sentencia Nro. 8-19-IN y acumulado/21).

Nadie disiente respecto a la naturaleza extraordinaria, estricta, formal y rigurosa del mismo, como lo ha señalado la Corte Constitucional (Sentencia Nro. 545-19-EP/24), no obstante, no se limita a una corrección jurídica de mera legalidad (aplicación e interpretación legal) ya que, por un lado, los jueces no dejan de ser los primeros garantes en la protección de los derechos constitucionales, y, por otro lado, las autoridades jurisdiccionales tienen una potestad más amplia en materia penal. De ahí que, si bien es interesante el análisis que usualmente se realiza respecto al origen de la casación, resulta por demás acertado situarlo en el contexto de un Estado constitucional y además precisar sus particularidades en el Derecho penal.

Con respecto a lo primero, la Corte Nacional de Justicia ha manifestado que

con el nuevo sistema constitucional vigente, además de la función de defensa de la legalidad, con el principio de la supremacía constitucional impone al juzgador a través del recurso de casación garantizar y tutelar la eficacia real de los derechos constitucionales del recurrente y particularmente su derecho material al debido proceso y a la tutela judicial efectiva; (...). (Resolución número 07-2017, 22 de febrero de 2017)

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha coincidido también, como una de las características de la casación en materia penal, que

108. Esta lectura de la casación como un control constitucional que realiza el órgano de cierre respecto de las sentencias de segunda instancia ha sido respaldada por la Corte Constitucional desde los años 2000, al estimar que a través del recurso de casación se “hace necesario velar por el estricto cumplimiento de las garantías constitucionales que consagran el debido proceso y la supremacía de la justicia material en todos los procesos judiciales”, teniendo en cuenta que a través de este recurso extraordinario “se cuestiona la juridicidad del fallo, es decir, la estricta observancia de la ley y la Constitución.” De tal modo, al concebirse el recurso extraordinario de casación como un medio de control constitucional, la validez de las sentencias está ligada, no solo al cumplimiento de las reglas legales y procesales, sino también a la plena observancia de los mandatos superiores, de conformidad con el principio de supremacía constitucional.

(...) 111. Bajo este entendido, habida consideración de las tres diferentes etapas del recurso de casación –a saber: (i) la interposición, (ii) la admisión, y (iii) la decisión sobre el mismo–, se tiene que en la segunda de las mencionadas fases la Corte Suprema deberá verificar, primero, las cuestiones formales de la demanda de casación; y, seguidamente, examinar si la actuación procesal y/o la sentencia demandada transgreden garantías fundamentales de los intervinientes en el proceso. De igual forma en la tercera fase, a la hora de decidir sobre el recurso, es posible que la Corte case oficiosamente total o parcialmente el fallo por algún aspecto que no fue objeto de demanda, pero que repercute en las garantías procesales de las partes. De tal manera, es en el marco de este control de garantías fundamentales que el órgano de cierre habrá de desplegar su competencia para pronunciarse cuando evidencie la necesidad de proteger derechos fundamentales, en orden a proseguir con la calificación o admisión y, luego, de estudio y resolución sobre el recurso; control éste que tiene cabida, inclusive, en los casos en los que se advierta el incumplimiento de los requisitos formales de la demanda de casación. En el marco de este control de garantías fundamentales, el órgano de cierre desplegará su competencia para pronunciarse cuando evidencie la necesidad de proteger derechos fundamentales, en orden a proseguir con la calificación o admisión y, luego, de estudio y resolución sobre el recurso; control que tiene cabida, inclusive, cuando se advierta el incumplimiento de los requisitos formales de la demanda de casación. (Sentencia SU317-23, Magistrados ponente: Diana Fajardo y Alejandro Linares)

En esta misma línea, se ha señalado que esta obligación circunscrita a estos jueces ordinarios es producto de la constitucionalización del Derecho y su tarea de interpretar y aplicar la ley a la luz de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, es decir, aquellos que más favorezcan al efectivo goce de su ejercicio, por ejemplo, considerando el principio *pro homine*.

Ahora bien, lo anterior, no implica desconocer normas de desarrollo de preceptos constitucionales, sino aplicar directamente normas constitucionales o convencionales ante la falta de disposición legislativa al caso o cuando la resolución que plantea la ley es injusta (Oyarte, 2018; Freire, 2017). Así, este principio de aplicación directa y supremacía constitucional recogidos en los Arts. 11.3 inc. segundo y 426 de la CRE, sin embargo, para Rafael Oyarte (2018) requieren una puntualización en materia penal que es imperativa: contar con normas secundarias que tipifiquen un hecho como infracción conjuntamente con su sanción pues ello

no puede ser reemplazado por el principio de aplicación directa, incluso si ello implica que existan normas constitucionales sin eficacia, pues existe un mandato constitucional recogido en los Arts. 76.3 y 132.2 de la CRE.

Así, además de los fines meramente legales de la casación penal y en armonía con ese enfoque constitucional, el jurista Guillermo González García ya destacaba otro vinculado con la igualdad formal (citado en Flor Rubianes, 2009). En otros términos, el principio de igualdad es un uno de carácter constitucional al cual se deben dirigir los esfuerzos de un tribunal de casación, ya que, como señala Jorge Nieva Fenoll, para la “... *preservación del principio de igualdad...*”, es necesario considerar que “...*si existe una función protectora de la norma que trata de garantizarse a través de la creación de una jurisprudencia uniforme, el principio de igualdad saldrá indudablemente beneficiado, ya que si la interpretación de la norma es única, es porque no se hacen distingos entre los diferentes recurrentes*” (citado por Garcés, 2015).

En este contexto, es relevante la transgresión al principio de igualdad que efectúa el órgano jurisdiccional al inobservar, *ipso facto*, requisitos constitucionales y legales sobre las funciones o potestades exclusivas que tenía la Contraloría General del Estado respecto a los indicios de responsabilidad penal en delitos contra la administración pública. Lo anterior, pues se excusa en que solo apenas con la resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 24 de febrero de 2010, publicada en el Registro Oficial No. 154, de 19 de marzo de 2010, este requisito es exigible, Lo anterior, dejando de considerar que el Art. 212 de la Constitución Política de la República del Ecuador, vigente desde el 10 de agosto de 1998 hasta el 19 de octubre de 2008, otorgaba a la Contraloría General del Estado la facultad exclusiva para determinar indicios de responsabilidad penal, y, precisamente, en aplicación de tal norma constitucional, causas análogas descritas por el accionante fueron archivadas por no cumplir con el requisito de procedibilidad constitucional. Es notorio que el órgano jurisdiccional no consideró la alteración de las atribuciones de la Contraloría General del Estado que se produjo con la expedición de la Constitución de la República del Ecuador vigente desde el 20 de octubre de 2008, que se aprecia a continuación:

Constitución Política de la República del Ecuador (R.O. 1, de 11 de agosto de 1998)	Constitución de la República del Ecuador (R. O. 449 de 20 de octubre de 2008)
Art. 212.- La Contraloría General del Estado tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, y hará el seguimiento permanente y oportuno para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones y controles. (...)	Art. 212.- 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. (...)

En todo caso, de acogerse el razonamiento de este tribunal - la resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 24 de febrero-, eso implicaría que existía duda razonable antes de la expedición de dicha resolución como queda en evidencia por el solo hecho de que se emitiera esa resolución al amparo del Art. 15 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, en concordancia

con el artículo 180, numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial, lo que trae como consecuencia que ante la duda al interpretarse esta norma deba aplicarse en favor del procesado y no a la inversa; lo anterior, como uno de los efectos jurídicos del principio de presunción de inocencia señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia No. 363-15-EP/21, párr. 56. Así, en el caso en concreto cabe subrayar que la Contraloría General del Estado resolvió expresamente que no existieron indicios de responsabilidad penal.

3.2. Garantía de juez natural

Un aspecto de especial trascendencia en este caso dice relación con las exigencias procesales que requiere el juzgamiento de altos funcionarios por parte del máximo órgano de justicia ordinaria, entre ellas, el juez natural reconocido en el artículo 76 numeral 7 literal k) de la Constitución al establecer que todo sujeto tiene derecho a “[s]er juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente (...)”. De igual manera, este derecho se encuentra recogido en varios instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, como lo está en el Art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos y Art. 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En primer lugar, la Corte Constitucional colombiana, en la Sentencia C-934/06 que marca una línea jurisprudencial al respecto, señaló que

El juzgamiento de altos funcionarios por parte de la Corte Suprema de Justicia constituye la máxima garantía del debido proceso visto integralmente por las siguientes razones: (i) porque asegura el adelantamiento de un juicio que corresponde a la jerarquía del funcionario, en razón a la importancia de la institución a la cual éste pertenece, de sus responsabilidades y de la trascendencia de su investidura. Por eso, la propia Carta en el artículo 235 Superior indicó cuáles debían ser los altos funcionarios del Estado que gozarían de este fuero; (ii) porque ese juicio se adelanta ante un órgano plural, con conocimiento especializado en la materia, integrado por profesionales que reúnen los requisitos para ser magistrados del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria; y (iii) porque ese juicio se realiza ante el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, quien tiene a su cargo la interpretación de la ley penal y asegurar el respeto de la misma a través del recurso de casación.

Asimismo, es necesario mencionar la exigencia de contar con recursos efectivos conforme la jurisprudencia de la Corte IDH, ya que no es suficiente con la consagración normativa sino también la debida aplicación de recursos efectivos ante autoridad competentes, o, dicho de otra manera

no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley, o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. En virtud de lo anterior, el Estado tiene la responsabilidad no sólo de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, sino también de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales (Caso Aguinaga Aillón Vs. Ecuador, 2023; Caso Cajahuanca Vásquez Vs. Perú, 2023; Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, 2014; entre otros).

Por este motivo, un componente clave del derecho al juez natural, como lo es la *competencia*, la cual está dada, entre otros elementos, por un criterio de especialidad. Así se ha manifestado la Corte Constitucional de Colombia al señalar que “[E]l principio de juez natural se refiere de una parte a la especialidad, pues el legislador deberá consultar como principio de razón suficiente la naturaleza del órgano al que atribuye las funciones judiciales (Sentencia No. T-916-14). En este mismo sentido, nuestra Corte Constitucional ha sostenido que “(...) la garantía del juez competente se relaciona directamente con la noción de “juez natural”, es decir, la autoridad jurisdiccional ordinaria a quien la Constitución o la ley ha atribuido el conocimiento de un determinado asunto de forma previa” (Sentencia N.º 233-17-SEP-CC, Caso N.º 0669-11-EP).

En el caso concreto, el recurso de casación fue resuelto por un tribunal con una composición de jueces de variada especialidad jurídica y no solamente en materia penal, pese a lo extraordinario del mismo y que se juzgaba la actuación de un alto funcionario, lo que deja en entredicho el grado de observancia a la garantía de juez natural y su consecuente especialidad y competencia. Más allá de la decisión de cada juez que integró la Sala, lo que resulta alarmante de igual manera es el debate que debió haberse producido en el seno de dicho órgano pues, claramente, no giró en torno a una máxima técnica jurídica penal que se esperaría del mismo especialmente al resolver este recurso.

3.3. Garantía procesal de autonomía e independencia

El principio de autonomía e independencia judicial se encuentra consagrado en el Art. 168 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, así como en varios tratados internacionales como en el Art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, el Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura de las Naciones Unidas.

Este principio resulta de especial relevancia cuando tomamos en cuenta que el procesado destacó oportunamente las críticas asociadas a la independencia de los jueces que habían resuelto su causa en primera y segunda instancia en razón de su fuerte afinidad con las autoridades de una de las funciones del Estado, como se observa en el “Informe final de la Mesa por la verdad y la justicia perseguidos políticos. Nunca más”⁵. Lo cual es expresamente reconocido en la sentencia que se impugna pues se señala que dichos “*reproches (cargos) ahora “nuevamente” argüidos en escenario de casación ya fueron planteados, analizados y resueltos en instancia*” (párr. 2.5.4.), aunque lejos estuvieron de ser solucionados porque finalmente se hizo caso omiso a dicho reclamo.

Lo anterior, nos permite recordar lo descrito por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos análogos donde existió injerencia indebida en la función judicial del Estado ecuatoriano, como son los tres casos vinculados a la disolución de altos tribunales, esto es, la Corte Suprema de Justicia (Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y Otros) vs. Ecuador), el Tribunal Constitucional (Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador) y el Tribunal Supremo Electoral (Caso Tribunal Supremo Electoral (Pacheco Terán) vs. Ecuador), al narrar lo siguiente:

39. Desde 1996 hasta 2007 en Ecuador se desempeñaron siete presidentes de la República. En ese lapso ninguno de ellos pudo cumplir con el mandato constitucional de

⁵ Disponible en: https://www.inredh.org/archivos/pdf/informe_mesa_justicia.pdf. Adicionalmente, léase la nota de prensa como ejemplo del hecho de conocimiento público arriba mencionado: <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/asi-metio-el-gobierno-correa-la-mano-la-justicia-segunda-parte>

cuatro años. En efecto, desde 1996, cuando fue elegido el presidente Abdalá Bucaram, hasta el año 2007, cuando asumió como presidente Rafael Correa, fueron presidentes ecuatorianos en orden cronológico: Abdalá Bucaram (1996 - 1997), Rosalía Arteaga (febrero 1997), Fabián Alarcón (febrero 1997 – agosto 1998), Jamil Mahuad (agosto 1998 – enero 2000), Gustavo Noboa (enero 2000 – enero 2003), Lucio Gutiérrez (enero 2003 – abril 2005) y Alfredo Palacio (abril 2005 – enero 2007).

40. En Ecuador han sido frecuentes históricamente las reformas estructurales y en la composición de las Altas Cortes. En algunos momentos las Altas Cortes fueron intervenidas desde el poder político. Según la perita Mónica Rodríguez, propuesta por el Estado, “[e]n Ecuador, la independencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido comprometida, y la institución instrumentalizada a lo largo de la historia”.

En tal sentido, los tribunales de justicia ecuatorianos han sido objeto de múltiples actos de corrupción y ataque a su independencia externa, desde la disolución de sus miembros hasta la indebida injerencia de distintas funciones del Estado como el Ejecutivo u entidades políticas en su labor jurisdiccional; de ahí que Hernán Salgado sostenga que la “independencia” implica que los miembros de la función judicial ejecuten sus actuaciones sin injerencias extrañas (citado por Oyarte, 2018). De esta manera, resulta relevante resaltar la cuestionable posición en la que se encontraban los jueces que debían garantizar dicha imparcialidad e independencia al juzgar la causa en cuestión, ello por cuanto constituyó un argumento relevante que no fue atendido por la Sala que resolvió el recurso de casación.

Esto va en armonía con la garantía del juez natural antes anotada, pues, como lo habría de sostener la Corte IDH

108. ...el principio del juez natural es una de las garantías del debido proceso, a las que inclusive se ha reconocido, por cierto sector de la doctrina, como un presupuesto de aquel. Implica que las personas tienen derecho a ser juzgadas, en general, por tribunales ordinarios, con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. Así, el juez natural deriva su existencia y competencia de la ley. De modo que, en un Estado de Derecho, solo el Poder Legislativo puede regular, a través de leyes, la competencia de los juzgadores. El principio del juez natural significa que ninguna autoridad puede determinar la composición de un tribunal o juez para que juzgue un caso concreto, después de ocurridos los hechos que motivan ese juzgamiento, preservando así la imparcialidad e independencia de quienes administran justicia. Es decir, el tribunal o juez que juzgará determinado caso debe estar previamente constituido a los hechos que conocerá, de acuerdo con las reglas previamente establecidas, ya que, de lo contrario, existe la probabilidad de que ese tribunal sea expresamente conformado para favorecer o perjudicar a la persona sometida a juzgamiento. En consecuencia, el principio busca evitar la manipulación del tribunal, garantizar la imparcialidad de los juzgadores y, en definitiva, también la legitimidad de la justicia. (Corte IDH. Caso Cajahuanca Vásquez Vs. Perú. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C No. 509)

Es preciso añadir que la independencia del órgano jurisdiccional también puede afectar el derecho a la defensa si ésta no logra garantizarse en favor del procesado, ya que “...el derecho a la defensa traduce en favor de las personas, la posibilidad real de argumentar en favor de sus derechos, intereses y posiciones dentro de un proceso llevado en su contra” (Sentencia Nro. 1880-14-EP/20).

Cabe señalar en este punto que, los reclamos del accionante no eran menores como lo plantea expresamente el órgano jurisdiccional, tomando en consideración esa dimensión constitucional que también debe ser observada en casación. Así, dicho tribunal sostuvo enfáticamente que

2.5.4.- ...la argumentación del casacionista constante tanto en el memorial de impugnación que consta detenidamente individualizado en el sub punto 1.3 de este fallo y que fuere también expuesto en audiencia ante este Tribunal se erige, a momentos, en torno a temas de índole política, de cuestionamientos acerca de la idoneidad de juzgadores, etc.; temas que nada tienen que ver con la esencia de este recurso extraordinario.

2.5.6.2.- La argumentación desarrollada por el recurrente ...al momento de tamizarla desde el principio de trascendencia, se encuentra que lejos de desarrollar argumentos jurídicos con relación al error de derecho reprochado, se lo destina a alegaciones de índole política, a cuestionamientos a la designación de los juzgadores, etc.

3.4. Principio de legalidad

El principio de legalidad (Art. 76.3 de la CRE) constituye tanto una garantía para los ciudadanos como una obligación dirigida hacia el legislador. De esta manera, existen algunos criterios jurisprudenciales relevantes sobre sus elementos esenciales.

En primer lugar, se ha determinado su doble dimensión, una formal que recoge una reserva legal y, una dimensión material, respecto al principio de tipicidad:

33.1. Por un lado, una dimensión formal, que alude a la garantía de reserva de ley. Esta garantía demanda que las infracciones y sus sanciones consten por escrito en una norma con rango de ley (*lex scripta*). Esta garantía también se encuentra establecida en el artículo 132 de la Constitución.

33.2. Por otra parte, una dimensión de carácter material, que alude al mandato de tipicidad. Este mandato otorga a las personas previsibilidad y seguridad de que sus conductas solo podrán ser sancionadas por infracciones que se encuentran tipificadas de manera previa al acto imputado (*lex praevia*); a través de una formulación clara y precisa del injusto penal y su respectiva sanción (*lex certa*) y exclusivamente por aquellos supuestos establecidos de manera taxativa en la ley, sin que sea admisible una interpretación extensiva o aplicación analógica de los tipos penales y las penas (*lex stricta*).

34. En conjunto, estas dimensiones configuran el contenido del principio de legalidad bajo el axioma *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta et certa*. (“No hay delito ni pena, sin una ley previa, escrita, estricta y cierta”). (Sentencia 1364-17-EP/23; Sentencia No. 34-17-IN/21)

Así también, se ha profundizado en la reserva legal en los siguientes términos:

2. Este principio resulta trascendental para el funcionamiento de la institucionalidad democrática del Estado. Por un lado, implica que solo el órgano legislativo puede tipificar infracciones. Por otro, representa un límite al poder punitivo del Estado, ya que el juzgamiento de las infracciones y la aplicación de sanciones, solo es legítimo si se

realiza conforme a leyes preexistentes al acto imputado y si la sanción se encuentra prevista en la Constitución o la ley.

(...) 59. La reserva de ley en materia penal garantiza que la regulación y las limitaciones a las distintas esferas de la libertad de las personas sean adoptadas por el órgano legislativo como representante del pueblo mediante el proceso legislativo y la deliberación pública (CCE, sentencia 34-17-IN/21 de 21 de julio de 2021, párr. 32.) De esta manera, esta garantía se fundamenta en el principio de legitimidad democrática y constituye un límite a la función punitiva del Estado, al asegurar que el proceso de elaboración de infracciones y sus sanciones sea producto de un debate democrático y no de una imposición arbitraria. En definitiva, la reserva de ley exige que los delitos y las penas se encuentren establecidos en normas con jerarquía legal y, bajo ningún supuesto, en normas con un rango inferior. (Sentencia 1364-17-EP/23)

Por su parte, el principio de tipicidad se relaciona a su vez con la garantía de taxatividad entendido por la Corte Constitucional como aquel que

(...) suprime la posibilidad de que la ley penal sea aplicada a supuestos que no estén contemplados en ella, aunque sean similares. Por lo tanto, implica una interdicción de la interpretación extensiva de los delitos y las penas y de la analogía desfavorable al procesado. De esta manera, esta garantía tutela fundamentalmente los derechos a la seguridad jurídica y al debido proceso en materia penal, porque otorga previsibilidad respecto al marco de actuación de los operadores de justicia en el juzgamiento de las infracciones. (Sentencia Nro. 1364-17-EP/23)

De esta manera, cualquier interpretación que extienda el tenor literal de los elementos del tipo penal infringe estas garantías. En consecuencia, la aplicación extensiva de normas que resultan desfavorables al procesado no se justifica, por ejemplo, en lo que podría calificarse como control de convencionalidad, como lo fue el caso de la aplicación tanto del tribunal que conoció la apelación como en la motivación por remisión que realizaron los jueces de casación al utilizar disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

En este caso, se observa de forma clara esa aplicación extensiva a supuestos ambiguos establecidos en el Art. 257 del Código del Procedimiento Penal, pues en reiteradas ocasiones se subraya y coloca con negrillas la expresión “cualquier otra forma semejante”, justificándose en instrumentos internacionales como el antes mentado, sin que se identifique o refiera a cuáles fueron las actuaciones fijadas en instancia que dieron lugar a cualquiera de esos verbos rectores que constantemente se subraya -“malversar” y “abusar”-.

Lo anterior, inclusive, debió haberle instado a la Corte Nacional de Justicia a rechazar una interpretación y aplicación de un texto legal que recae en un tipo penal abierto. Para Arturo Donoso Castellón (s.f.), esta clase de tipos contrarían la dogmática penal de un derecho penal mínimo y añade:

Si partimos del concepto de tipos y penas abiertos, como señala Alfonso Reyes Echandía, el tipo no tiene límites y la pena tampoco ...como cuando la ley pone reglas claramente ejemplificativas, o usa expresiones como “o cualquier otra forma semejante”. (...) no hay límites concretos, por lo que el juzgador puede discrecionalmente meter o sacar del tipo cualquier conducta abierta hasta lo infinito. En estos casos abiertos, como bien señala Zaffaroni, “el tipo legal mismo capta personalidades y no actos, prohíbe ser de cierto

modo”. ...Lo cual nos lleva a concluir que, en los tipos penales abiertos, se construye un Derecho penal de autor y no de acto. (pp. 64, 65 y 67).

Así también, al confrontar el principio de legalidad y los tipos penales abiertos, se tiene que

(...) el tipo es el medio para que el ciudadano conozca los límites que han sido previamente impuestos a su libertad de comportamiento en la esfera que regula el Derecho Penal. Entonces, fuera de lo típico nada hay que pueda ser constitutivo de delito. Para este no cabe, en la medida de lo posible, formulación genérica, sino descripciones específicas, pues existe una necesidad de precisar aquello que es prohibido a los efectos penales. (Momblanc, 2013)

Lo que resulta interesante en el presente caso es que la propia Corte Nacional de Justicia resalta recurrentemente en su fallo la frase “cualquier otra forma semejante” del tipo de peculado, véase por ejemplo el párrafo 2.5.8.6. Esto deja en evidencia que el tribunal no tenía certeza de que la conducta del procesado se subsumiera en el verbo rector del tipo penal como era abusar, pese al extenso análisis que hace respecto a su relación con el término malversación, por ello intenta dejar justificar su criterio sobre la culpabilidad que tiene en contra del acusado al dejar abierta la posibilidad de que se encasille en dicha frase que, sin duda, representa un tipo penal abierto. En consecuencia, no logra superarse el umbral de duda razonable pues, por el contrario, demuestra incertidumbre sobre la subsunción del tipo.

Es preciso manifestar que nuevamente destaca el principio de inocencia, mismo que tiene la categoría de derecho fundamental que permite distinguir entre un sistema inquisitivo -que presume la culpabilidad- de uno acusatorio -que protege a las personas del uso arbitrario y autoritario del poder punitivo del Estado, tanto en lo legislativo como en lo procesal (Sentencia Nro. 14-15-CN/19).

3.5. Constitución económica y potestades del titular de la Función Ejecutiva

En este apartado, se pretende describir el contexto del país y su marco constitucional, particularmente en el ámbito económico, en el cual se desarrollaron aquellas actuaciones que el órgano jurisdiccional accionado calificó como penalmente imputables. Este apartado se desarrollará en torno a tres aspectos: (i) el concepto y antecedentes históricos de constitución económica, (ii) su aplicación en un estado de excepción, y (iii) los hechos y contexto en los cuales actuó Jamil Mahuad.

Concepto y antecedentes históricos de la constitución económica

Para varios autores, como Julio César Trujillo (2007) y Jaime Veintimilla (2015), el término “constitución económica” se origina históricamente en la Constitución alemana de Weimar en 1919. Sin embargo, si bien teóricamente dicho concepto pudo tener su origen explícito en tal marco constitucional, no es por menos cierto lo que sostiene José Camisón Yagüe (2021) al decir que, implícitamente, siempre ha existido una conexión entre una Constitución y una determinada organización de producción. De esta manera, la economía indefectiblemente ha constituido un tema de interés constitucional.

Así, entendemos por constitución económica un tipo de constitución, como la ambiental, cultural, entre otras, que comprende un conjunto de disposiciones que rigen la actividad económica del Estado y particulares (sistema económico, régimen de propiedad de los bienes e producción, funciones y límites en la intervención del Estado), encaminadas a regular los medios necesarios para efectivizar los derechos fundamentales, en particular los económicos, sociales y culturales (DESC). (González, 2022; Veintimilla, 2015; Trujillo, 2007)

A nivel nacional, la Constitución de 1929 fue la primera en ocuparse expresamente de asuntos económicos a través de la incorporación de la figura de la expropiación por causas de utilidad pública (Trujillo, 2019). Lo que fue el inicio de una serie de regulaciones en este nivel normativo según el contexto social, económico y político de la sociedad ecuatoriana de ese entonces. De esta manera, por ejemplo, se puede describir una serie de reformas constitucionales y legales de carácter neoliberal a través de la reducción del poder estatal apoyadas por las mayorías del órgano legislativo en las décadas de los 80s y 90s, lo que fue de la mano con la asignación de potestades exclusivas al presidente de la República en este ámbito como la planificación económica (Trujillo, 2019; Grijalva, 2013).

Como parte de los temas que aborda una constitución económica, se encuentra la política monetaria respecto a la cual han existido distintas posturas sobre su relación con el Estado y su elemento poder o formal. Para autores como Jean Bodin (citado por Hobbes, 1651), el Estado perdería su soberanía si no tuviera la capacidad para emitir una moneda o si la misma fuera desplazada por otro medio de pago utilizada por sus ciudadanos, ocasionando que el Estado desaparezca o se transforme en una nueva organización social.

Sin embargo, en la actualidad es conveniente adoptar la segunda tesis, menos extrema sobre la situación de un Estado en dicho supuesto, aunque sin certeza teórica de cuáles son los elementos que caracterizarían a esta nueva organización social. Y es que, como se observa a lo largo del mundo, existen nuevos medios de pagos, sea o no que los reconozca formalmente un Estado pero que desempeñan roles fundamentales en el desarrollo de la economía de una sociedad en particular.

Así, Hernando Hernández Quintero (2022) destaca no solo el caso de países como Ecuador, Islas Vírgenes, Islas Marshall, entre otros que acogieron monedas extranjeras, sino también el caso del bitcoin en El Salvador que junto con el dólar estadounidense son monedas de curso legal. Asimismo, este autor subraya otro medio de pago que, aunque no reconocido como tal por el Estado, ha venido cumpliendo la misma función:

En el caso colombiano, se presenta una situación particular, pues si bien, como se pudo revisar en el aparte anterior de este documento, el peso colombiano corresponde a la moneda de curso legal, lo cierto es que Colombia ha sido una región en la que históricamente el Estado no ha llegado a todo el territorio, esta situación ha generado que algunas poblaciones utilicen medios diferentes de pago al momento de comerciar.

Tal es el caso de algunas veredas del Caquetá, una región que ha sido muy afectada por el narcotráfico y los grupos organizados al margen de la ley, en la que los campesinos y en general, sus habitantes, prefieren adquirir productos y servicios con gramos de cocaína, por lo que la misma sirve como unidad de cuenta, depósito de valor y medio de pago.

Así relataba el diario El Tiempo que en estas veredas se encontraban junto a las cajas registradoras pesas electrónicas o grameras, las cuales eran utilizadas para pesar la cocaína y facilitar el intercambio. Asimismo, en el 2007 se relataba que un desayuno equivalía a 1,5 gramos de cocaína y un helado podía costar 0.5 gramos de cocaína (El Tiempo, 2007).

Ahora bien, alejándonos de dichas circunstancias donde efectivamente el Estado ha perdido poder como tal sobre la política monetaria, el economista George Knapp señala que se tratará de una moneda siempre que sea reconocida por el Estado y dotada por éste de poder liberatorio.

Por consiguiente, si bien puede rechazarse esta postura por riesgos asociados como la falsificación de la moneda, inflación y devaluación, entre otros, no dista de ser una realidad compartida cuando el Estado acuña su propia moneda. (Hernández Quintero, 2022)

En este contexto, el rol del titular del Ejecutivo como responsable de la política económica, como una facultad exclusiva que no es descentralizable, tanto en la Constitución de 1998 (Art. 226)⁶ como en la Constitución vigente (Art. 302), se deriva de ese conjunto de disposiciones económicas que nuestras constituciones a lo largo de la historia han reservado a este poder constituido. En este sentido, ¿por qué el ejercicio de potestades exclusivas dispuestas expresamente en la Constitución podría ser calificado de delito?

Constitución económica en un estado de excepción

Sin apartarnos demasiado de lo anterior, es menester situarnos ahora en el escenario de un estado de excepción cuando se ejercen las facultades económicas atribuidas al Ejecutivo. En el Dictamen 1-19-EE/19 se definió al estado de excepción como *“un mecanismo o medio que contempla el propio Estado constitucional para afrontar una circunstancia extraordinaria que desborda la normalidad, superando a las alternativas de implementación y mecanismos de intervención que el ordenamiento jurídico prevé de manera ordinaria”* (párr. 7).

Por esta razón, un contexto de esa naturaleza faculta la reordenación temporal de los poderes constituidos dotando de preminencia al Ejecutivo para solventar de forma inmediata la crisis de que se trate. En ese sentido, se ha observado el estudio de diversos contextos que han ameritado la adopción de una serie de medidas que han tenido incidencia en el ámbito económico y de los DESCA.

Por ejemplo, se menciona la pandemia de COVID 19 que evidenció la importancia de una regulación de excepcionalidad que permitió en la realidad diversificar las facultades que nuestras constituciones habían venido recogiendo en estados de emergencia, como fue el caso de las restricciones a la libertad de empresa y de propiedad en la paralización de determinadas actividades económicas que implicaban aglomeraciones en espacios. De ahí que, además, si bien las medidas que se adoptan en un estado de excepción tienen como característica su temporalidad o caducidad, lo cierto es que varias de ellas se han proyectado a lo largo del tiempo, como ha sido el caso de varias modalidades de contratación laboral que fueron dictadas en dicho contexto.

Ahora bien, la adopción de medidas económicas en un estado de excepción atendiendo a determinadas crisis financieras no es poco común y podemos anotar el caso colombiano, en el cual las altas cortes examinaron las facultades legislativas o normativas extraordinarias que se ejercieron para intentar solventar las emergencias económicas. Así, se menciona la crisis financiera de 1982, por la cual se dictó el Decreto 2919 del 8 de octubre de 1982 que declaró estado de sitio por emergencia económica y que más tarde sería calificado de constitucional; de

⁶ Art. 226.- Las competencias del gobierno central podrán descentralizarse, excepto la defensa y la seguridad nacionales, la dirección de la política exterior y las relaciones internacionales, la política económica y tributaria del Estado, la gestión de endeudamiento externo y aquellas que la Constitución y convenios internacionales expresamente excluyan.

En virtud de la descentralización, no podrá haber transferencia de competencias sin transferencia de recursos equivalentes, ni transferencia de recursos, sin la de competencias.

La descentralización será obligatoria cuando una entidad seccional la solicite y tenga capacidad operativa para asumirla. (lo subrayado me pertenece)

igual manera, la crisis financiera de 2008 junto con el Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008 que, igualmente, fue declarado constitucional en la Sentencia C-135 del 25 de febrero de 2009.

Contexto de la crisis económica ecuatoriana de 1998 y 1999.

De acuerdo con las opiniones de la mayoría de los expertos nacionales e internacionales, este fue el peor año económico del Ecuador en la segunda mitad del siglo XX debido a una combinación de factores naturales, de los mercados internacionales y de política interna. . Cuatro productos (banano, camarón pesca y petróleo) representaban el 81% de las exportaciones ecuatorianas; los tres primeros fueron destruidos por los efectos devastadores del fenómeno de El Niño en 1997-1998, que además dañó significativamente la infraestructura productiva y vial, especialmente en la Costa. Este evento exacerbó las ya preocupantes tendencias inflacionarias, incrementó la cartera vencida en los bancos y afectó la solvencia del sistema financiero.

Además, el tradicional bloqueo político interno representado por un Congreso en manos de la oposición impidió la pronta implementación de medidas correctivas, lo que resultó en un déficit comercial y fiscal, altas tasas de inflación e interés, y una fuga de capitales. La situación fue agravada por las crisis económicas de Asia, Rusia y Brasil que produjeron el cierre de los mercados financieros e imposibilitaron la consecución de créditos de emergencia para el Ecuador.

En 1999, la crisis se agudizó con hiper devaluación monetaria y brotes hiperinflacionarios. Que condujeron a la triple crisis de corridas bancarias, cambiarias y fugas de capitales.

En tal virtud, el 9 de marzo de 1999 el presidente de la República expidió el Decreto ejecutivo 681 y, el 11 de marzo, el Decreto ejecutivo 685 que declaró en estado de movilización a las instituciones financieras nacionales públicas y privadas entre otras instituciones del sistema financiero, sujetas igualmente a las normas de la Ley de Seguridad Nacional, que, entre otros aspectos, conllevó la reprogramación o congelamiento de la devolución de depósitos y de créditos. Conforme el ordenamiento jurídico entonces vigente, el presidente, al declarar la emergencia, podía movilizar personas, bienes o actividades para que sirvieran a los fines de superar la excepcionalidad; en ese caso, la movilización afectó al sistema financiero a fin de controlar la fuga de recursos y evitar un colapso del sector. Este decreto fue declarado inconstitucional ocho meses después, por lo que durante su vigencia le permitió expresamente al presidente de la República regular los mecanismos de devolución de los valores retenidos conforme las potestades otorgadas por la propia Constitución de 1998 en sus artículos 261 y 278.

En consecuencia, no se observa cómo el ejercicio de potestades constitucionales, mismas que fueron objeto de control constitucional y que habilitaron al presidente para regular los mecanismos de reprogramación de depósitos y créditos, primero, y los de su devolución, después, pueden constituir el cometimiento de un delito. Lo cual tampoco queda claro en la motivación de la sentencia de la Corte Nacional de Justicia.

Así, es preciso mencionar que el recurso de casación finalmente tenía como objeto cuestionar la existencia material del delito que se acusaba. Lo que en un caso análogo sería para la Corte Constitucional objeto de rechazo en su *ratio decidendi*

39. ...En efecto, se puede verificar que los cargos del recurso de casación estaban relacionados a que no había sido probada la materialidad del delito en segunda instancia; no obstante, los jueces de la Corte Nacional, en el razonamiento de su

sentencia, obviaron demostrar como la sala de alzada había probado y argumentado de forma suficiente la reproducción del delito y la responsabilidad penal de la accionante, lo cual demandaba la superación de toda duda razonable. De este modo, no se observa que se haya desvirtuado el argumento de la accionante referente a que “se suscribieron promesas de compraventa privadas con todos los socios, a efectos que tenga seguridad sobre su inversión y por último ellos (los socios miembros de la Asociación) están en posesión de los lotes de terreno”.

41. Por lo expuesto, al evidenciar que las autoridades de justicia demandadas no analizaron los argumentos relevantes que formaron parte de la defensa de la accionante, no llegándolos a abordar y desvirtuar, la Corte Constitucional concluye que las sentencias de alzada y de casación vulneraron del derecho al debido proceso de la accionante en la garantía de la motivación. (Sentencia No. 2706-16-EP/21)

En este contexto, puede ser polémica la adopción de determinadas estrategias económicas (a cargo del Presidente de la República) y monetarias (a cargo del Banco Central, independiente del poder ejecutivo), pero eso no dice relación con un reproche penal de *ultima ratio*. Para el control de dichas medidas, existen distintos mecanismos como el control político a través de figuras como la revocatoria de mandato o destitución en manos de otro poder constituido, pero los malos resultados en política económica con su intento de judicializarlos. Si bien el efecto de decisiones políticas puede influir en el ejercicio de derechos, el aparataje estatal y jurídico, especialmente constitucional, no puede inclinarse en responsabilizar penalmente con efectos exorbitantes en la vida a través del poder punitivo, porque entonces no seríamos responsables de nuestras decisiones democráticas al elegir a los representantes de dichos órganos.

IV. CONCLUSIONES

Con base en las premisas planteadas en el tercer acápite de este *amicus curiae*, se puede deducir lo siguiente:

I. Las resoluciones impugnadas por el accionante vulneran principios constitucionales, adjetivos y sustantivos, en materia penal

La Corte Constitucional ha establecido importantes fallos en materia de motivación, en general, y en el ámbito penal, en particular. En tal razón, es imperativo que con ocasión de esta causa se pueda subrayar la importancia de observar dichos precedentes y cómo se han visto transgredidos en una causa que lleva cerca de veinte años en ser resuelta al amparo de los derechos y garantías recogidas a nivel regional y constitucional.

La motivación suficiente en materia penal requiere que se superen todas las dudas razonables, se desvirtúen los argumentos relevantes del procesado, y se explique cómo los elementos probatorios se ajustan al tipo penal. Además, se debe demostrar por qué la acción del procesado es antijurídica y que el infractor actuó con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. Esto asegura que las condenas sean justas y basadas en una práctica probatoria lícita y suficiente, alineándose con los principios de legalidad y mínima intervención penal.

En el caso analizado, el recurso de casación fue resuelto por un tribunal con jueces de especialidades variadas y no exclusivamente penales, lo que cuestiona el cumplimiento de la garantía de juez natural. Este hecho pone en duda la observancia de los principios de

especialidad y competencia del tribunal, necesarios para un juicio justo y equitativo, especialmente en casos que involucran altos funcionarios.

De otra parte, la interferencia indebida en la función judicial compromete la imparcialidad y la justicia del proceso, como se ha evidenciado en precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionados con la injerencia política en tribunales ecuatorianos. Esto subraya la necesidad de que los jueces actúen sin presiones externas para garantizar un juicio justo y la protección de los derechos del procesado.

Aunque el juzgamiento de causas de interés público puede obnubilar la imparcialidad porque finalmente están sujetas a un mayor escrutinio público, los jueces deben juzgar en estricto apego a los derechos de la persona que puede verse perjudicada por una sentencia penal condenatoria que transgrede sus derechos fundamentales.

Adicionalmente, se observa una aplicación extensiva de un tipo penal abierto, lo que contraviene el principio de legalidad y genera incertidumbre sobre la conducta exacta que se penaliza. Este tipo de interpretaciones viola los derechos a la seguridad jurídica y al debido proceso, al no proporcionar una base legal clara y precisa para la condena del procesado.

II. Las transgresiones producidas por el tribunal accionado trascienden a la esfera económica-política del marco constitucional pues desconocen las potestades atribuidas a la Función Ejecutiva

Durante la crisis financiera de 1999, el ejercicio de estas facultades por parte del presidente de la República, mediante la adopción de medidas como la reprogramación de depósitos, se basó en potestades constitucionales expresamente otorgadas. Aunque estas medidas pueden ser objeto de críticas políticas o económicas, no necesariamente constituyen delitos penales, y deben ser evaluadas en el contexto de sus efectos y la legalidad de su implementación.

La correcta motivación en las decisiones judiciales, como se describe en la sección 3.1, es fundamental para evitar arbitrariedades y asegurar que cualquier acción del Ejecutivo, incluso en contextos de crisis, sea evaluada con apego a la legalidad. Esto garantiza que las decisiones tomadas bajo la Constitución económica no sean penalizadas injustamente sin un análisis profundo y razonado de su legalidad y pertinencia. La sección 3.2 destaca la importancia de ser juzgado por un juez natural, especializado y competente, lo cual es esencial para evaluar adecuadamente las decisiones económicas y políticas tomadas en situaciones de crisis. La falta de jueces especializados podría afectar la imparcialidad y competencia en la revisión de las medidas adoptadas por el Ejecutivo.

La independencia judicial, como se discute en la sección 3.3, es vital para que las decisiones del Ejecutivo en materia económica sean juzgadas de manera justa y sin injerencias políticas. Si la independencia de los jueces está comprometida, existe el riesgo de que las decisiones se vean influenciadas por factores externos, desviándose de una evaluación estrictamente jurídica. Finalmente, el principio de legalidad, abordado en la sección 3.4, asegura que las acciones del Ejecutivo se basen en normas claras y preexistentes. La aplicación extensiva o incorrecta de la ley puede resultar en una penalización injusta de medidas económicas que, aunque controversiales, estaban dentro del marco legal permitido por la Constitución económica.

En conjunto, la sección 3.5 sobre la Constitución económica y las potestades del Ejecutivo se interrelaciona con las demás secciones al subrayar la necesidad de una motivación judicial suficiente, jueces naturales competentes, independencia judicial y estricta observancia del

principio de legalidad. Estas garantías son fundamentales para asegurar que las decisiones tomadas durante la crisis financiera de 1999, aunque polémicas, sean evaluadas y juzgadas en un contexto justo y legalmente sólido.

V. NOTIFICACIONES

Las notificaciones que nos correspondan las recibiremos a los correos electrónicos taty.saltos11@gmail.com y alexmejiaf47@gmail.com

Abg. Tatiana Saltos H.
C.C. 1725582280

Abg. Alex F. Mejía S.
C.C. 1802216562