

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**Leyes penales en el tiempo. La aplicación de un Código derogado en la sentencia  
del caso Odebrecht de Jorge Glas**

**Camila Estefanía Vega León**

**Jurisprudencia**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la obtención del título de  
Abogada.

Quito, 15 de abril de 2022

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos:	Camila Estefanía Vega León
Código:	00200697
Cédula de identidad:	1719153296
Lugar y Fecha:	Quito, 15 de abril de 2022

## **ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN**

**Nota:** El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

## **UNPUBLISHED DOCUMENT**

**Note:** The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

**LEYES PENALES EN EL TIEMPO. LA APLICACIÓN DE UN CÓDIGO DEROGADO EN LA  
SENTENCIA ODEBRECHT DE JORGE GLAS<sup>1</sup>**

**CRIMINAL LAW IN TIME. THE APPLICATION OF A CODE REPEALED IN THE ODEBRECHT  
SENTENCE OF JORGE GLAS**

Camila Estefanía Vega León<sup>2</sup>

cvegaleon99@gmail.com

**RESUMEN**

El trabajo tuvo como objetivo delimitar la esfera de aplicación de los principios rectores de eficacia temporal frente a la sucesión de las leyes penales en el tiempo, con una metodología inductiva, pues, partió del análisis del caso Odebrecht que sentenció a Jorge Glas con el Código Penal, que esta derogado y no con ley vigente al momento de la sentencia. De esta manera, se analizó el caso con la hipótesis de que es correcta la aplicación de la retroactividad en leyes penales únicamente cuando son benignas para el reo, caso contrario el principio aplicable es la irretroactividad estricta. De esta manera se concluyó que el principio de legalidad es el pilar esencial del que se debe fundamentar para la solución de este fenómeno y que respecto al caso la utilización del Código Penal y no del vigente actualmente fue correcto para evitar vulnerar sus derechos y garantías constitucionales.

**PALABRAS CLAVE**

Irretroactividad, retroactividad, ultractividad, Odebrecht y derecho penal

**ABSTRACT**

The main purpose of this work is to delimit the sphere of application of the guiding principles of temporal efficacy against the succession of criminal law over time. The methodology that was used is inductive through the analysis of the Odebrecht case in which Jorge Glas was sentenced by a criminal court using an repealed criminal code instead of using the valid Criminal Code. In this way, the case is analyzed with the hypothesis that the application of retroactivity in criminal laws is correct only when it is benign for the accused, otherwise, the applicable principle is strict non-retroactivity. Moreover, it is concluded that the principle of legality is an essential pillar on which all sentences must be based for the solution of this phenomenon and the use of the repealed Criminal Code and not the Criminal Organic Code was correct in order to avoid violating constitutional rights and guarantees.

**KEY WORDS**

Non-retroactivity, retroactivity, ultra-activity, Odebrecht, Criminal Law

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Fernando Xavier Flores Enríquez  
<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

## SUMARIO

**1. INTRODUCCIÓN. – 2. ESTADO DEL ARTE. – 3. MARCO TEÓRICO. – 4. MARCO NORMATIVO. – 5. DESARROLLO. – 5.1. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA ODEBRECHT. – 5.1.1. ANÁLISIS DEL ARGUMENTO UTILIZADO POR LAS PARTES. 5.1.2 ANÁLISIS SOBRE LA DECISIÓN. – 5.1.3. ¿CÓMO SE DIO LA SUCESIÓN DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA DEL CÓDIGO PENAL AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL? – 5.2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. – 5.2.1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD RESPECTO A LA SENTENCIA. – 5.3. PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LA EFICACIA TEMPORAL EN LAS LEYES PENALES. – 5.3.1. PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD COMO REGLA GENERAL. – 5.3.2. PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE. – 5.3.3. LA ULTRACTIVIDAD COMO CONSECUENCIA. – 6. CONCLUSIONES**

### **1. Introducción**

El derecho es esencialmente dinámico, porque va cambiando y adecuándose a las necesidades de la sociedad, por ende, las normas también necesitan cambiar para que el derecho sea efectivo. Como consecuencia del dinamismo, las leyes penales tienen que evolucionar y adaptarse a la exigencia política criminal del momento. Esta evolución hace que se penalicen nuevas conductas, que se despenalicen otras o que cambie el rigor de una conducta que ya era penalizada con anterioridad para aumentar o disminuir el *ius puidendi* del Estado<sup>3</sup>.

Consecuentemente, esta sucesión normativa provoca el conflicto temporal de aplicación de una ley penal, ya que, confluyen dos o más normas que exigen vigencia para presidir una situación jurídica determinada.<sup>4</sup> Cabe resaltar que este conflicto de aplicación no es exclusivo del derecho penal sustantivo, sino también en el derecho procedimental y en la ejecución de la pena. Así pues, Christian Bello, plantea la sucesión de normas de la siguiente forma:

---

<sup>3</sup> Bello Christian, “La problemática de la sucesión de leyes penales”, *La Ley penal en el tiempo: fundamentos, alcances y límites*, (Sevilla, 2017), 183-228.

<sup>4</sup> Ver, Renata Yunda, “Aplicación Temporal de la Ley Penal, Validez y Eficacia en Infracciones de Agresión al Estado”, *Revista Facultad de Jurisprudencia RFJ* 3(2018), 119-141.

Esta difícil tarea, de seleccionar la norma aplicable en un caso concreto para, luego, determinar los efectos que ésta desplegará, corresponde al estudio del Derecho penal intertemporal; más específicamente, a los principios que ordenan y esclarecen la correcta aplicación de la ley penal en el tiempo: irretroactividad, retroactividad y ultractividad<sup>5</sup>.

No obstante, este conflicto ha sido abordado ampliamente por la doctrina y frente a este panorama de la sucesión de leyes penales existen varias posturas, pero en el análisis de este trabajo se analizarán dos. La primera que defiende la aplicación estricta de la ley vigente en el momento del cometimiento del ilícito, siendo una regla general que se deriva del principio de legalidad. Conviene subrayar, que esta postura defiende el principio estricto de irretroactividad de la ley penal que tiene alcance solo para hechos punibles que sean cometidos después de la entrada en vigor de la ley<sup>6</sup>.

La segunda postura aboga por una excepción al principio de irretroactividad es decir aplicar la retroactividad favorable de la ley penal, con un trasfondo de un ideal de justicia material. Esta postura se asocia a principios de humanidad y a la falta de legitimidad del poder estatal<sup>7</sup>.

Una vez establecido el problema jurídico, la presente investigación tiene por objeto analizar y cuestionar estos tópicos que son relevantes a la dinámica de la sucesión temporal de las normas penales, pues, en el contexto actual es necesario actualizar los alcances, límites y fundamentos de vigencia, en la aplicación temporal de la norma penal. Es por eso que a continuación se abordará el análisis de los principios aplicables, algunas pronunciations doctrinarias sobre el tema y el estudio de un caso nacional que permitirá entender a cabalidad esta problemática y darle una solución concreta en el Derecho moderno.

En este orden de ideas, el planteamiento central de esta investigación se basará en el estudio del caso Odebrecht en el Ecuador, que sentenció al ex vicepresidente Jorge Glas por el delito de asociación ilícita. Esta base jurisprudencial va a contribuir respecto a la decisión tomada por la Corte Nacional de Justicia que basó su motivación y fundamento en un código que no estaba vigente al momento de la sentencia dictada.

---

<sup>5</sup> Bello Christian, “La problemática de la sucesión de leyes penales”, 192.

<sup>6</sup> Id., 268.

<sup>7</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García, “Ámbito temporal de la ley penal”, en Derecho Penal Parte General, 10ª edición, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 127-138.

En este sentido, se pretende analizar el caso mencionado en base a los principios rectores de la sucesión de la ley penal y responder si ¿Fue correcta la aplicación del Código Penal 1971, que estaba materialmente derogado en la sentencia de Jorge Glas en el caso Odebrecht?

El objetivo de este trabajo será alcanzado, mediante la metodología de carácter inductivo, ya que, el análisis propuesto parte del estudio del caso Odebrecht, para luego analizar los amplios alcances que tiene esta problemática a nivel doctrinario y documental. Para comenzar, a partir de la respuesta a la que se llegue de la discusión planteada se permitirá esclarecer cual es la postura que mejor resuelva el conflicto de leyes, que garantice seguridad jurídica y la protección de garantías de las partes. En segundo lugar, se llegará a proponer lineamientos que permitan esclarecer la correcta aplicación de la ley penal en el tiempo.

## **2. Estado del Arte**

En el siguiente apartado se realiza una revisión íntegra a investigaciones previas que hacen alusión al conflicto de leyes penales en el tiempo y su aplicación, las mismas que han aportado gran valor académico y que son obras influyentes dentro de la materia penal, ya que, permiten resolver esta problemática desde diferentes perspectivas.

Dentro de la doctrina clásica, el jurista alemán Claus Roxin<sup>8</sup>, consideraba que en el conflicto de leyes penales no debería ser aceptada la retroactividad, él se inclinaba hacia una teoría de irretroactividad con la finalidad de limitar el *ius pudiendi* y de impedir que el estado por sus intereses políticos vulnerara alguna garantía de los involucrados en el proceso.

En la misma línea de las posturas clásicas está el jurista Eugenio Zaffaroni<sup>9</sup>, quien defiende la postura del principio de irretroactividad que se deriva del principio de legalidad, sin embargo, también está de acuerdo con la retroactividad de la ley más benigna para el imputado y lo defiende con los derechos y garantías establecidas en instrumentos internacionales.

Siguiendo esta postura, el jurista español Francisco Muñoz Conde<sup>10</sup>, hace un análisis del principio de irretroactividad con fundamento en el principio de legalidad, pero

---

<sup>8</sup> Roxin Claus, *Derecho Penal Parte general*, 2da edición, Tomo I, (Madrid: Civitas, 1997).

<sup>9</sup> Eugenio Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal Parte General*, 2º edición, (Buenos Aires: Ediar, 2006), 104.

<sup>10</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García, “Ámbito temporal de la ley penal, 129.

acepta la retroactividad como excepción, en casos de favorabilidad del reo y solo negándose a la retroactividad de la ley penal en caso de que sea desfavorable a este.

Desde una visión más contemporánea, con inclinación hacia una teoría de irretroactividad absoluta Christian Bello Gordillo<sup>11</sup> expone que las leyes penales deberían de tener una vocación hacia futuro, es decir, solo aquellas que estén contempladas en una norma previa y no acaecidas, para evitar manipulaciones políticas ya sea en perjuicio o a favor del imputado, lo cual es contrario al Estado de Derecho que busca una tutela justa e imparcial tanto para el acusado como la víctima .

Asimismo, Javier Tajadura<sup>12</sup>, defiende la tesis de la irretroactividad penal, ya que señala que una de las garantías del individuo es que este pueda saber las consecuencias jurídicas de sus actos y este presupuesto es incompatible con la existencia de normas jurídicas que puedan extender sus efectos a conductas anteriores desde su vigencia. Según esta dogmática las leyes solo pueden actuar para el futuro.

### **3. MARCO NORMATIVO**

Dentro de esta sección, se presentará el análisis respectivo de la normativa internacional como nacional y jurisprudencia que son de total trascendencia para el estudio de la presente investigación. Principalmente se analizará la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>13</sup>, que es un instrumento internacional mediante el cual, los estados partes se obligan a reconocer y respetar los derechos y libertades que se encuentran consagrados en esta normativa. Dentro de este instrumento se reconocen los derechos individuales, garantías judiciales, la igualdad ante la ley, así como el principio de legalidad y retroactividad de la ley penal.

En la misma línea, se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>14</sup> un instrumento internacional que obliga a que los estados partes promuevan y garanticen el desarrollo de los derechos civiles y políticos, además, de establecer los mecanismos para la protección y garantía de los mismos.

---

<sup>11</sup> Bello Christian, “La problemática de la sucesión de leyes penales”,207.

<sup>12</sup> Tajadura Javier, “Tiempo Y Derecho: Fundamento Y Límites De La Retroactividad De La Ley”, *Revista De Derecho Político* 108 (2020), 41-70.

<sup>13</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Ecuador el 18 de julio de 1978.

<sup>14</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 23 de marzo de 1976, ratificado por el Ecuador el 06 de marzo de 1969.

Bajo estos lineamientos y con el objetivo de garantizar estos derechos, principios y libertades proclamados en los instrumentos internacionales, la Constitución de la República del Ecuador<sup>15</sup>, que es la norma jurídica de mayor jerarquía de la legislación ecuatoriana, ampara normas fundamentales, protege derechos y libertades, atribuye obligaciones a los ciudadanos, el Estado y sus instituciones con el objetivo de garantizar la supremacía de los bienes jurídicos protegidos.

Simultáneamente, dentro del ordenamiento jurídico nacional se analizará el COIP<sup>16</sup>, que es el conjunto de normas sistematizadas de carácter punitivo, donde se establecen los delitos y las penas en conformidad con el sistema penal ecuatoriano. Este cuerpo normativo incorporó setenta y siete delitos nuevos que no constaban en el código derogado, siendo la principal razón para la creación de este cuerpo normativo, la implementación de nuevas modalidades punibles y la promoción de mecanismos estratégicos que permitieron la adecuación de conductas criminales de género, derechos humanos y de lesa humanidad.

Para finalizar con los instrumentos normativos se examinará el Código Penal<sup>17</sup>, que es el cuerpo normativo que estaba vigente antes del COIP. Fue creado en 1971 y establecía las conductas delictivas que eran sancionadas hasta el 2014 que fue derogado y se puso en vigencia el Código Orgánico Integral Penal.

Concluyendo esta sección, respecto a la jurisprudencia, la Corte Nacional de Justicia<sup>18</sup> se ha manifestado sobre el conflicto de aplicación de leyes penales en el tiempo en una sentencia penal condenatoria hacia el ex vicepresidente Jorge Glas. La sentencia No. 17721-2017-00222 es de suma relevancia, ya que, tuvo muchas críticas respecto a la utilización de un código derogado para resolver, es decir, con miras hacia la teoría de la retroactividad por el principio de favorabilidad.

#### **4. MARCO TEÓRICO**

---

<sup>15</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008. R. O. 449 de 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R. O. Suplemento 377 de 25 de enero de 2021.

<sup>16</sup> Código Orgánico Integral Penal, [COIP], R. O Suplemento 180,10 de febrero de 2014, reformada por última vez el 16 de marzo de 2022.

<sup>17</sup> Código Penal, R. O. Suplemento 147, de 22 de enero de 1971, reformado por última vez el 10 de febrero de 2014.

<sup>18</sup> Sentencia No 17721-2017-00222, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial Y Tránsito, 23 de enero del 2018.

En lo que respecta al conflicto de leyes penales en el tiempo y su aplicación, dentro de este trabajo de investigación se estima que no es suficiente el análisis únicamente de la normativa derogada y la vigente del caso en estudio, por lo cual, es indispensable y vale la pena examinar lo que dicen las posturas clásicas al respecto. En el mismo sentido, es importante revisar que mencionan las teorías modernas para hacer frente a esta problemática.

Dentro de la doctrina clásica se señala, la prohibición de la retroactividad, con el aforismo, *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* por el principio de legalidad, de este modo, se establece la importancia de prohibir la retroactividad dentro del ámbito penal ante la necesidad de frenar y limitar la tentación política que motivan cambios en los cuerpos normativos *ad hoc* y la utilización del derecho penal como el medio de respuesta a intereses políticos. En otras palabras, revela la necesidad de neutralizar el ejercicio del *ius puniendi*. En esta vía el jurista Carlos Creus señala:

Para la tesis de la irretroactividad absoluta o estricta, se aplica la ley del momento del hecho, sin consideración a las diferencias de consecuencias jurídicas, ya que fue durante su vigencia cuando quedó establecida la relación jurídico-penal.<sup>19</sup>

A su vez, la doctrina moderna expuesta por Francisco Muños Conde<sup>20</sup>, expone que la prohibición de la retroactividad surge con base al contenido constitucional del principio de legalidad, sin embargo, acepta la retroactividad como excepción. De este modo, la retroactividad está prohibida si la ley es perjudicial al reo, siendo un límite para el estado y a la vez una garantía de los ciudadanos. Alude a que la aplicación de la retroactividad de las leyes penales que sean beneficiosas no lesionan su contenido. De tal manera que se pronuncia diciendo que:

La prohibición de retroactividad de la ley perjudicial para el reo confirma el carácter de límite para el Estado y garantía para el ciudadano que posee el principio de legalidad. Pero precisamente porque ése es el sentido de la presente garantía, cabe afirmar que la

---

<sup>19</sup> Creus Carlos y Ricardo Basílico, Derecho Penal. Parte General, 6º edición, (Buenos Aires: Astrea, 2020), 92.

<sup>20</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García, “Ámbito temporal de la ley penal”, 131.

aplicación retroactiva de las leyes penales que beneficien al reo, no lesiona su contenido.<sup>21</sup>

Con el fin de delimitar la esfera aplicable a la sucesión de normas penales, respecto de los principios rectores de la temporalidad de la ley, la presente investigación dirige su estudio partiendo del entendimiento de que para determinar la naturaleza retroactiva o no de una norma penal, se requiere del análisis de casos concretos, observando si se vulnera la neutralidad del ejercicio del poder punitivo por parte del estado y examinar si se limitan o afectan derechos fundamentales del imputado.

Es así que en lo absoluto se debería procurar el alcance máximo de garantizar la imparcialidad y objetividad posible en la sucesión de normas penales, por eso, el presente trabajo dirige su estudio desde una perspectiva de la teoría de excepción a la irretroactividad solo en casos que le sea favorable al reo, dado que, es una forma de limitar el poder coercitivo del estado y garantizar al reo un debido proceso planteada por Muñoz Conde.

## **5. DISCUSIÓN:**

### **5.1 Análisis De La Sentencia Odebrecht**

En cuanto al caso Odebrecht<sup>22</sup>, es relevante contextualizar como se dieron los hechos para poder analizar la sentencia en su totalidad. En la actualidad uno de los casos más grandes de corrupción en Latino América es el caso Odebrecht, que ha perdurado aproximadamente más de treinta años, la investigación de este caso fue realizada por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, donde se revelo evidencia de presuntos sobornos por una cantidad de setecientos ochenta y ocho millones de dólares de la constructora brasileña en varios países que en su mayoría son de Latinoamérica <sup>23</sup>.

En la investigación realizada por los E.E. U. U se detalla cómo esta constructora habría realizado sobornos de dinero a funcionarios de gobierno, autoridades de altos mandos, presidentes y otros a fines, de doce países entre los cuales están: Ecuador, Brasil, Colombia, Estados Unidos, Guatemala, Venezuela, Angola, Argentina, México, Panamá,

---

<sup>21</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García, “Ámbito temporal de la ley penal”, 131.

<sup>22</sup> Ver, Toalombo Karen, Johanna Villacis, Angie Cocha. "Escándalos financieros: delitos penales en el caso ODEBRECHT-Ecuador", *Revista de investigación Sigma* 7.01 (2020), 50-59.

<sup>23</sup> Natalia Guzmán, Estudio de caso: Odebrecht. *Tesis doctoral Universidad EAFIT* (2018),1-39.

Mozambique, República Dominicana y Perú. Estas coimas se dieron por aproximadamente veinte años con el fin de obtener beneficios en contrataciones públicas<sup>24</sup>.

Es así que, en Ecuador la constructora ha manejado operaciones de contrataciones con algunos gobiernos como el de Sixto Duran Ballén, León Febres Cordero, Fabián Alarcón, , Alfredo Palacios, Gustavo Novoa y Rafael Correa. Aunque, en el año 2008 el expresidente Correa mediante el decreto ejecutivo No. 1348<sup>25</sup> y expulsó a la compañía ordenando el arraigo de sus altos funcionarios en nuestro país tras la observancia de las deficientes técnicas empleadas en la Central Hidroeléctrica de San Francisco<sup>26</sup>.

Sin embargo, la compañía brasileña, regresa al estado ecuatoriano en julio del 2010 aceptando todas las exigencias por parte del gobierno nacional. Tras su regreso, Odebrecht se encargó de la construcción de cinco infraestructuras entre las cuales esta: la Central Hidroeléctrica Manduriacu, el Acueducto La Esperanza, el Poliducto Pascuales-Cuenca, entre otros. Estas obras se dieron cuando Jorge Glas asumía el cargo de Ministro Coordinador de Sectores Estratégicos y posteriormente fue el Vicepresidente de la república, en virtud de lo expuesto se presume que él junto a su tío eran quienes recibían las coimas por parte de la empresa.

En consecuencia, se inicia un proceso judicial penal contra Jorge Glas, pues presuntamente se crea una organización ilícita que se encargaba de falsificar documentos, alterar pliegos, realizar coimas y crear empresas fantasmas con la finalidad de adjudicar proyectos en sectores estratégicos a la empresa brasileña a cambio de sobornos.

Consecuentemente, el 13 de diciembre de 2017 Jorge Glas fue sentenciado junto a otros seis funcionarios públicos por los sobornos recibidos. El ex vicepresidente recibió una condena de seis años. Al ser un caso de conocimiento público por la participación Jorge Glas y la corrupción de funcionarios públicos, lo que más se destacó es que la sentencia fue realizada con fundamento en el Código Penal de 1971, que es una normativa derogada y no con el COIP que estaba vigente al momento. A razón de esta decisión existían posturas divididas que a continuación se analizaran.

---

<sup>24</sup> Chancusig Wilmer, Jeverson Quishpe. "La ética relacionada al caso Odebrecht en Ecuador", Revista Caribeña de Ciencias Sociales (2019), 2-3.

<sup>25</sup> Decreto Ejecutivo, Presidencia de la República [Por medio del cual se declara emergencia nacional provocada por la disminución de eficiencia en el servicio de energía eléctrica], Registro Oficial 1348 de 23 de septiembre de 2008.

<sup>26</sup> Sentencia No 17721-2017-00222, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial Y Tránsito, 23 de enero del 2018, párr. 271.

### 5.1.1 Análisis del argumento utilizado por las partes

Respecto al tema central de esta investigación, no se estudiará lo referente a si el delito fue probado o no dentro de la audiencia de juicio, si no el análisis se basa respecto a la utilización del CP que era el cuerpo normativo vigente durante la perpetración del delito, pero que estaba derogado al momento de la sentencia frente a la utilización del COIP que es el cuerpo normativo vigente en la actualidad. En razón, de establecer los parámetros de la sucesión normativa y determinar qué cuerpo normativo debió ser utilizado en este caso, a continuación, se presentará su análisis.

Una vez puesto en contexto lo relacionado al caso Odebrecht, es relevante revisar que es lo que argumentan las partes en el litigio, haciendo referencia a la sucesión normativa. Para comenzar la Fiscalía General del Estado (FGE) por medio del Dr. Carlos Baca Mancheno, en calidad de Fiscal General del Estado, junto con dos acusaciones particulares que son: 1. de la Procuraduría General del Estado (PGE) y 2. por el Dr. César Montufar acusan formalmente a Jorge Glas por el delito de asociación ilícita que está tipificado en el Código Penal en los artículos 369 y 370.

Inicialmente, se expondrán los fundamentos de la fiscalía, que asegura que las prácticas ilícitas tanto de recibir sobornos, alterar pliegos contractuales, el pacto de montos de coimas y la neutralización de los mecanismos de control posteriores, tuvo una categoría organizacional con voluntad para delinquir, es decir, que formaron una asociación por medio de la cual se perpetraron varios delitos fin o subsecuentes para realizar una contratación pública fraudulenta con la empresa brasileña. Dentro de las investigaciones realizadas se estima que se realizan pagos desde el año 2011 al 2016, los cuales ascendieron a la suma de US\$ 13.5 millones.<sup>27</sup>

En virtud de lo expuesto, solicitan la imposición de la pena mayor que esta prescrita en el Código Penal en el art. 370, pues como agravante de su conducta ilícita, Jorge Glas actuó en calidad de Ministro Coordinador de Sectores Estratégicos y Vicepresidente Constitucional de la República<sup>28</sup>. Consecuentemente, fiscalía explica que el delito sigue siendo sancionado, en la actualidad y está previsto en el Código Orgánico Integral Penal. Hace esta explicación dado a que dentro del ámbito material penal el CP

---

<sup>27</sup> Sentencia No 17721-2017-00222, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial Y Tránsito, 23 de enero del 2018, párr. 26.

<sup>28</sup> Sentencia No 17721-2017-00222, párr. 251.

ya no está vigente, pero es el cuerpo normativo que regulaba durante el momento en que fueron cometidos los delitos<sup>29</sup>.

En este sentido, la parte acusadora solicita la implementación de la pena con el CP, y no la establecida en el COIP lo cual estaría correcto, pues, cumple con el principio de legalidad respecto a que el CP era la norma vigente cuando se cometió el delito y donde se tipificaba la conducta con la sanción correspondiente.

Por tanto, cabe señalar que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>30</sup> establece en el art. 11 en el segundo inciso que nadie puede ser condenado ya sea por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron declarados como delictivos por el derecho nacional o internacional, de la misma forma indica que no se podrá imponer una pena más grave que la que es aplicable en el momento de la comisión del delito. Esta disposición guarda relación con lo establecido en CRE<sup>31</sup> en el art. 76.3, por ende, es una garantía que debe ser ejercida a favor del imputado.

En otras palabras, el cuerpo normativo que se debería implementar a pesar de que la sentencia condenatoria se da en el 2018 es el Código Penal, esta ley estaba vigente cuando el delito se cometió, el tipo penal estaba contemplado dentro del cuerpo normativo y establecía cual era la sanción aplicable. Además, la fiscalía no podría haber realizado ninguna investigación si hubiese pedido la aplicación del COIP porque estaría incurriendo en una falta gravísima al principio de legalidad respecto del elemento de que la ley debe ser previa, pues, los hechos se dieron antes de que entre en vigor este cuerpo normativo.

En contraposición, está la defensa del ex vicepresidente que por medio de su defensor técnico el Dr. Eduardo Franco Loor, asegura que el tipo penal de asociación ilícita del Código Penal que estaba contenido en el art. 369 y 370, es un código materialmente muerto, la conducta ha variado en la sucesión temporal al cuerpo normativo actual que es el COIP. Asegurando que dentro de la tipicidad del delito de asociación ilícita su modificación fue esencial.

En este sentido, asegura que debería ser juzgado en conformidad a la ley vigente a la fecha de perpetración del delito, pero con la posibilidad de aplicar la ley posterior que contenga una pena más favorable en conformidad al art. 16.2 del COIP y el art. 76.5 de

---

<sup>29</sup> Sentencia No 17721-2017-00222, párr. 28.

<sup>30</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, vol. 10, París, 10 de diciembre de 1948.

<sup>31</sup> Artículo 76.3, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

la CRE, donde se establece el principio de favorabilidad. De esta manera, se fundamenta en que la fiscalía se basa en una ultractividad que es insostenible en derecho penal al no aplicar el COIP. De tal manera que solicita que se utilice el COIP para ser sentenciado, porque en el CP se despenalizaron algunas acciones contempladas en el art. 370, y en este sentido debería utilizarse la ley posterior más favorable.

Según lo expuesto por parte de la defensa, no es posible la aplicación del CP, porque materialmente está muerto, además, se señala que en la sucesión temporal el tipo penal sufrió un cambio en su esencia, por ende, ya no es aplicable. Sin embargo, no es tan coherente este argumento porque a pesar de que el tipo penal haya cambiado sigue siendo sancionado en el COIP, es decir, la conducta no se despenalizó. Más adelante se hará referencia a como fue el cambio del tipo penal para determinar si el cambio fue esencial.

Ahora, en lo que respecta al principio de favorabilidad este está contemplado en la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>32</sup> en el art. 9 que dispone que no se puede imponer una pena más grave que la que se aplica al momento de cometer el delito y que si con posterioridad a la comisión de este, la ley dispone una sanción más leve el reo será beneficiado con esto. Este principio de favorabilidad también está consagrado en la CRE, en el artículo 76,6 por lo cual es una garantía que se debe cumplir estrictamente pero siempre que se cumplan los requisitos y es que la pena posterior sea más leve.

### **5.1.2 Análisis sobre la decisión**

En concordancia con lo expuesto, el tribunal también realizó un análisis antes de realizar la decisión sobre el caso, en virtud al principio de motivación establecido en el art. 76.7. literal l de la CRE. De tal manera que, empieza con una explicación que versa sobre el principio de legalidad sustantivo haciendo referencia a la ley previa, escrita y estricta aplicable para el caso, tras un amplio análisis dio como resultado la implementación del CP puesto que es la ley vigente cuando se cometió el delito.

De la misma manera, hace el análisis de la legalidad adjetiva determinando ser la autoridad competente para juzgar el caso. Siguiendo la misma línea, determina que el

---

<sup>32</sup> Artículo 9, Convención Americana de Derechos Humanos.

delito de asociación ilícita es doloso y de mera actividad, en el cuerpo normativo aplicable se encuentra tipificada en el art. 369 y su sanción esta determinada en el artículo 370<sup>33</sup>.

Además, analiza la solicitud estipulada por la parte defensora que solicita la aplicación del COIP como una excepción al principio general de irretroactividad con la aplicación de la retroactividad en virtud al principio de favorabilidad, debido a que la pena es menor, sin embargo, no fue correspondida. Pues tras realizar un análisis intertemporal de la norma llega a la conclusión de que el tipo penal correspondiente en el COIP no corresponde a la asociación ilícita, sino, que el imputado sería condenado bajo el tipo penal de organización delictiva, por ende, sería perjudicial sancionar con este cuerpo normativo.

Consecuentemente, la decisión fue declarada por unanimidad, encontrado culpable a Jorge David Glas Espinel se le impuso la pena privativa de libertad de seis años, en calidad de autor. Acorde el art 42 CP , del delito tipificado y reprimido en los artículos 369 y 370 CP<sup>34</sup>.

A continuación, se presentará el análisis de la sucesión temporal de la norma para determinar si esta decisión fue la correcta, pues es necesario determinar si ¿el principio de favorabilidad y la no retroactividad de la ley penal fue adecuada?

### **5.1.3 ¿Cómo se dio la sucesión del delito de asociación ilícita del Código Penal al Código Orgánico Integral penal?**

Para comenzar el análisis sobre la sucesión temporal del tipo penal, se hará una breve mención respecto del antecedente histórico de este delito. De este modo, el delito de asociación ilícita se encuentra prescrito en el Código Penal Belga de 1863 en los artículos 322 y 323, de la misma manera estaba establecido en el Código Penal Francés del año 1810 que fue reformado en 1834. Es de este último cuerpo legal del que se basó nuestra normativa penal de 1971 para sancionar este delito. <sup>35</sup>

En la actualidad, en Ecuador está vigente el Código Orgánico Integral Penal , que fue aprobado por la asamblea Nacional en el 2013 y su entrada en vigor fue a partir del

---

<sup>33</sup> Sentencia No 17721-2017-00222, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial Y Tránsito, 23 de enero del 2018, párr. 367.

<sup>34</sup> Sentencia No 17721-2017-00222, párr. 467.

<sup>35</sup> Delgado, Verónica, et al. "Estudio jurídico dogmático del delito de asociación ilícita en la legislación penal ecuatoriana.", *RECIMUNDO: Revista Científica de la Investigación y el Conocimiento* 3.1 (2019), 1507-1523.

10 de agosto del 2014, dentro de este cuerpo normativo se encuentra tipificado el delito de asociación ilícita en el art. 370<sup>36</sup>. No obstante, esta sucesión normativa produjo varios cambios importantes que van a ser analizados.

Para iniciar el análisis, es importante señalar que el delito de asociación ilícita sigue siendo punible, es decir, continúa estando bajo el régimen del poder punitivo del estado porque a pesar de que el cuerpo normativo cambio, el delito no fue despenalizado. Una vez entendido que la conducta sigue siendo punible cabe destacar que al momento de la sucesión normativa ocurrió una modificación importante dentro del tipo penal, pues al pasar del CP al COIP, el legislador dividió el delito en dos tipos penales.

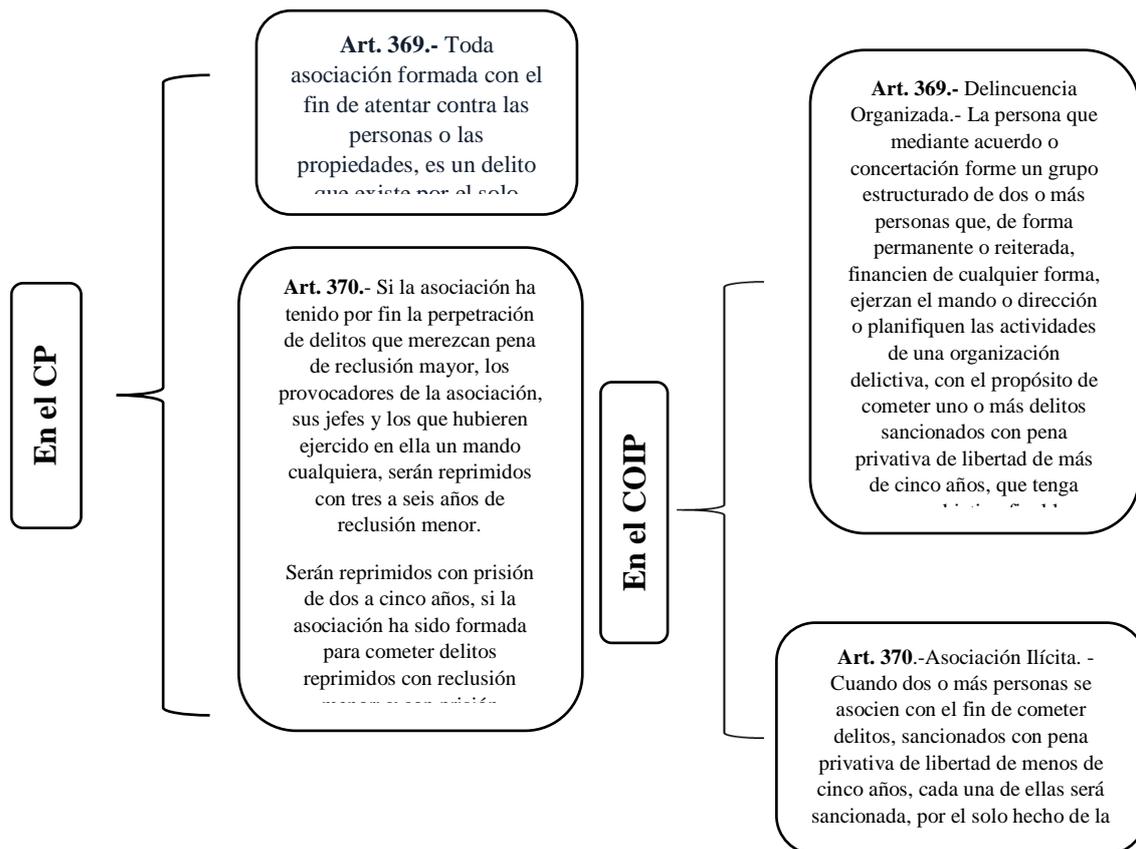
Esto es, que antes era considerada como asociación ilícita tanto los delitos de reclusión menor como de reclusión mayor, lo único que se diferenciaba era la imposición de la pena, pero seguían estando bajo el mismo tipo penal. En otras palabras, los delitos que eran cometidos por las partidas de asociaciones ilícitas eran juzgadas bajo este tipo penal solo variaba la escala de imposición de la pena.

En cambio, en el COIP, ahora la asociación ilícita es el tipo penal considerado solo para los delitos cometidos que sean sancionados con menos de cinco años y en caso de que la pena privativa de libertad sea mayor a los 5 años, ya no es considerada asociación ilícita, sino, es calificada como delincuencia organizada, es decir, es otro tipo penal. A continuación, se presentará un cuadro que ayudará a entender este cambio relevante.

**Grafico No. 1. Mapa conceptual de la sucesión temporal del tipo penal de asociación ilícita en el Código Penal y en el COIP**

---

<sup>36</sup> Delgado, Verónica, et al. "Estudio jurídico dogmático del delito de asociación ilícita en la legislación penal ecuatoriana.", 1510.



Fuente: Elaboración propia a partir del Código Penal de 1971 y del COIP 2014

Como se puede apreciar en el gráfico, lo que antes era considerado y sancionado bajo un mismo tipo penal, en la actualidad se lo fraccionó en dos. Este resultaría ser uno de los cambios más relevantes, sin embargo, no fue el único ya que en lo que se refiere a la forma en el Código Penal de 1971, la conducta esta prescrita en el capítulo V que versa sobre los delitos contra la seguridad pública en el capítulo I, en el art. 369 que es de las asociaciones ilícitas, el cual se complementa con el art. 370 del mismo cuerpo normativo.

Por otro lado, en el COIP, que está vigente desde el 2014 prescribe el delito de asociación ilícita en el art. 370 y el de delincuencia organizada en el art. 369 dentro del capítulo VII que es del terrorismo y su financiación pero que se refieren a contravenciones contra la seguridad pública. A pesar de esta diferencia que no parece ser tan relevante ya que no aplica al fondo de la materia. Ahora se analizará si hubo un cambio en relación a su contenido y respecto de la pena.

Entonces, en cuanto a la esencia del delito en el CP<sup>37</sup> la asociación ilícita hace referencia a atentar contra la propiedad o las personas, además, es punible por el solo

<sup>37</sup> Artículo 369, Código Penal.

hecho de la partida. Pero uno de los elementos importantes es que este tipo penal distingue si la asociación era para la perpetración de delitos reprimidos con reclusión mayor o menor y dependiendo de esto será aplicada la pena correspondiente. Pues la escala de imposición de pena varía, ya que los primeros serán de tres a seis años y los últimos con prisión de dos a cinco años y en caso de ser delitos de otra índole será de seis meses a tres años.

Por el contrario, el delito de asociación ilícita al pasar al COIP se la ha dividido en dos conductas penales que toman como principal elemento diferenciador la medida de la sanción impuesta por el cuerpo normativo, es decir, para aquellos delitos que se dispone cometer la partida criminal. De esta manera, si los delitos fin que pretende cometer la partida son sancionados con una privación de la libertad menor a los cinco años será determinada y sancionada como asociación ilícita que está prevista en el art.370, pero, si la partida busca cometer delitos sancionados superior a los 5 años será determinada como delincuencia organizada que está en el art.369.

Para el análisis del presente caso es necesario comparar los dos cuerpos normativos para determinar si los delitos principales que buscaba cometer esta partida se despenalizaron con la sucesión temporal de la ley o no. Es importante realizar esta comparación para determinar si los delitos cometidos por la partida fueron despenalizados y de ser así si se podría aplicar el principio de favorabilidad y el acusado podría quedar en libertad.

Por ende, la comparación se debe realizar entre el tipo penal de asociación ilícita del CP con el tipo penal de delincuencia organizada del COIP, dado a que dos de los delitos principales que se cometieron con la partida, en la actualidad son sancionados con penas superiores a cinco años de prisión, los delitos son: cohecho que en el COIP<sup>38</sup> es penado hasta siete años de privación de la libertad y en el CP<sup>39</sup> la pena podría llegar hasta ocho años, otro delito es el peculado que en el código derogado<sup>40</sup> se lo penaba hasta doce años y en el actual<sup>41</sup> es hasta los trece años de prisión.

Tras este análisis se puede apreciar, que la ley vigente tiene un tratamiento distinto al anterior, dado que el umbral para aumentar la escala de la pena del COIP está

---

<sup>38</sup> Artículo 280, COIP.

<sup>39</sup> Artículo 287, Código Penal.

<sup>40</sup> Artículo 257, Código Penal.

<sup>41</sup> Artículo 278, COIP.

determinado por los delitos fin que se buscaban perpetrar, por ende, puede cambiar de tipo penal y ya no ser considerada como asociación ilícita, tal como era prevista en el CP, sino como delincuencia organizada. En virtud del análisis presentado es imposible que se pueda aplicar el 370 del COIP, pues para el caso Odebrtecht los supuestos de hecho que fueron evidenciados por la fiscalía corresponderían a la categoría jurídica de delincuencia organizada por el delito de peculado y también el de cohecho.

Una vez entendido que la sucesión de la ley penal respecto del tipo de asociación ilícita produjo un cambio relevante tanto en su contenido como en su pena, ya que, en el COIP la privación de la libertad es sancionada de manera más gravosa que la prevista en el CP. A continuación, se presentará una tabla que permitirá entender de mejor manera el cambio que se dio al delito referente a su tipicidad<sup>42</sup>:

**Tabla No. 1. Diferencia de la tipicidad del delito de asociación ilícita en el Código Penal y en el COIP**

<b>Cuerpo Normativo</b>	Código Penal 1971 Art. 369-370	Código Orgánico Integral Penal 2014 Art. 369	Código Orgánico Integral Penal 2014 Art. 370
<b>Tipo penal</b>	Asociación ilícita	Delincuencia organizada	Asociación ilícita
<b>Sujeto activo</b>	Es un sujeto no calificado ya que cualquier persona puede cometerlo	No cuenta con sujeto calificado	No cuenta con sujeto calificado
<b>Sujeto pasivo</b>	El sujeto pasivo no es calificado	El sujeto pasivo no es calificado	El sujeto pasivo no es calificado
<b>Verbo rector</b>	Asociarse, y atentar	Financiar, ejercer el mando o dirección, planificar	Asociarse y cometer delitos
<b>Objeto material</b>	Contra las personas o las propiedades	Contra la sociedad en general	Contra la sociedad en general

<sup>42</sup> Ver, Pablo Encalada, “Tipicidad”, en Teoría Constitucional del Delito y el Código Orgánico Integral Penal, Trabajo almacenado en el repositorio institucional UASB-DIGITAL, (2014),46-63.

<b>Objeto jurídico</b>	Seguridad pública	Seguridad pública	Seguridad pública
------------------------	-------------------	-------------------	-------------------

Fuente: Elaboración propia a partir del Código Penal de 1971 y del COIP 2014

A pesar de que la tipicidad<sup>43</sup> del delito tuvo una leve modificación, respecto a los verbos rectores y la pena, el cambio no fue en su totalidad pues el bien jurídico protegido es el mismo, además tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo no son calificados y existen elementos que deben de cumplirse tanto en el CP como en el COIP, el primer elemento es referente al número de personas pues en el CP hace referencia a la palabra asociación que implícitamente se entiende que es más de un apersona, lo mismo sucede en el COIP pues textualmente dice que es necesaria la intervención de “dos o más personas”.

En este mismo sentido esta la finalidad, pues, en el CP es cometer delitos que sean contra la propiedad o las personas, respecto a los delitos de la propiedad están contenidos en el art. 321 de la CRE lo cual se correlaciona con lo dispuesto por el COIP, ya que este tipo penal alude a delitos sancionados con pena privativa de libertad mayor a cinco años. Respecto a este punto el tribunal señala:

Encontrando este órgano jurisdiccional una correspondencia entre el elemento “cometer delitos contra la propiedad” del tipo penal de asociación ilícita previsto en el corpus anterior (CP), y el elemento: tener “como objetivo final la obtención de beneficios económicos o de otro orden material” del delito de delincuencia organizada del COIP.<sup>44</sup>

Otro elemento constitutivo del tipo es la permanencia en el tiempo de la partida, este requisito sigue estando presente en el art. 369 del COIP pues menciona textualmente que debe tener una forma permanente o reiterada el actuar de la partida. Para finalizar esta el elemento de que exista un grado de organización dentro de la estructura criminal ya que en ambos cuerpos normativos lo señalan.

<sup>43</sup> Ver, Pablo Encalada, “Tipicidad”, en Teoría Constitucional Del Delito y el Código Orgánico Integral Penal, (2014), 46-63.

<sup>44</sup> Sentencia No 17721-2017-00222, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial Y Tránsito, 23 de enero del 2018, párr. 400.

En definitiva, se puede ver que la conducta que se le atribuye al ex vicepresidente permanece en el tiempo porque a pesar de que dio una sucesión normativa está contemplada en ambos códigos tanto en el anterior CP como en el actual COIP. De tal manera que se cumple con el principio de legalidad porque la conducta no fue despenalizada y la esencia del tipo sigue siendo la misma.

Ahora bien, en lo referente a lo expuesto por la defensa que solicita el principio de favorabilidad, no tiene fundamento puesto que si se llegara aplicar la normativa vigente como anteriormente se demostró no encajaría dentro de asociación ilícita, sino, en delincuencia organizada y la pena correspondiente sería entre 7 y 10 años de privación de la libertad, en cambio sí se usa el CP, la conducta si recae sobre el tipo penal de asociación ilícita y la pena estaría entre los 3 y 6 años de prisión.

Para finalizar con esta sección una vez revisado lo que el tribunal dispuso, las alegaciones de ambas partes y haber realizado la comparación de la sucesión temporal de la normativa del tipo penal a continuación se revisará algunos principios rectores y doctrina que nos permite analizar esta problemática de mejor manera.

## **5.2 Principio de legalidad**

En cuanto al análisis de la ley penal en el tiempo, es indispensable retroceder a la examinación de su pilar fundamental que es el principio de legalidad<sup>45</sup>. Que, si bien es un principio general de todo el ordenamiento jurídico, es esencial dentro de la materia penal, ya que, tiene una relevancia mayor al tratarse de una instancia de *ultima ratio* por su carácter coactivo y por controlar el ejercicio de la potestad punitiva del estado. Dentro del amplio catálogo de principios y garantías que en la actualidad existen, el de legalidad es sin duda uno de los de mayor importancia jurídica.

En efecto, la importancia y vigencia de este principio fundamental tiene alcances a nivel internacional. De manera, que en la mayoría de ordenamientos que se basan en el sistema románico-germánico, este principio es la piedra angular<sup>46</sup>. Además, cabe recalcar que está reconocido por la comunidad internacional, ya que, se encuentra acogido en convenios supranacionales como, por ejemplo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966.

---

<sup>45</sup> Bello Christian, “La problemática de la sucesión de leyes penales”, 30.

<sup>46</sup> *Ibidem*, 27.

Así pues, el principio de legalidad juega un papel fundamental en la creación y aplicación de leyes penales, esta formulado en base al aforismo, *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*. El contenido esencial dentro de la materia penal recae en que no puede sancionarse ningún hecho u omisión, ni imponer algún tipo de pena que no se encuentre establecida previamente en la ley. Siguiendo el pensamiento de Beccaria, consolidado con la teoría de contrato social, menciona que:

(...) sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad.<sup>47</sup>

Dado que, la consolidación de este principio pertenece al derecho penal moderno, es el principal límite impuesto al ejercicio de la potestad punitiva, además de atribuir algunas garantías para las personas, evitando que el estado intervenga o actúe penalmente más allá de lo que la ley permite. Como señala Roxin: “Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal”<sup>48</sup>.

Por otra parte, el principio de legalidad juega un rol fundamental para la creación y la aplicación de leyes penales. Este principio sienta sus bases en el derecho penal de acto<sup>49</sup>, de modo que los individuos deberían conocer cual serán las consecuencias de sus actos en todo momento y en la forma en que van a aplicarse, de tal manera que si en la ley no está establecida la conducta cometida no podrá afectarles. De este modo, se cumplen tres funciones primero la producción de leyes que está bajo reserva legislativa, segundo limita la actuación del juez al margen de la ley y como tercero es una garantía de los ciudadanos a que la ley y la sanción sea de carácter escrito, previo y estricto.

De este modo, se derivan dos garantías principales, la primera que es la criminal y la segunda es la penal. Estas garantías se efectúan al momento de la definición legal de las penas y de los delitos, además, sobre la decisión de la responsabilidad penal y sobre

---

<sup>47</sup> Beccaria Cesare, De *los delitos y de las penas*. 3ª edición, (Madrid: Alianza Editorial, 1982),29-31.

<sup>48</sup> Roxin Claus, Derecho Penal Parte general ,137.

<sup>49</sup> *Ibidem*, 177.

la pena que es aplicable. Junto con estas garantías también existen otras como es la garantía jurisdiccional y procesal que vela porque la decisión se haya tomado en base al cumplimiento del debido proceso y por los órganos competentes, por último, está la garantía de ejecución que establece que la pena se ejecute con estricto apego a lo establecido en la ley vigente.<sup>50</sup>

Conjuntamente, están las garantías que se derivan del principio de legalidad como una consecuencia, pero se diferencian de las anteriormente mencionadas porque han alcanzado un reconocimiento autónomo como principios constitucionales. Entre estas está la prohibición de analogía, la prohibición de leyes penales que sean indeterminadas, la prohibición de derecho consuetudinario y por último la prohibición de retroactividad<sup>51</sup>. Roxin resume estas garantías en la siguiente premisa: “el principio de legalidad (...) sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva”<sup>52</sup>

En lo que respecta al principio de imposibilidad de retroactividad de las leyes penales tiene la finalidad de reafirmar la prevención general del derecho penal y de garantizar la seguridad jurídica. Ambos principios, el de legalidad y el de irretroactividad, son el reverso y el anverso de una misma moneda, en la medida que combaten la arbitrariedad estatal y promueven la imparcialidad de la justicia penal<sup>53</sup>. El jurista Francisco Muñoz Conde, concibe el principio de legalidad como:

El principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley.<sup>54</sup>

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la exigencia del sometimiento estricto a la ley, está proclamado en art. 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador, norma suprema. El principio de legalidad es especialmente exigible y, sobre todo, estricto en

---

<sup>50</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García, “Ámbito temporal de la ley penal”, 90.

<sup>51</sup> *Ibidem*, 92.

<sup>52</sup> Roxin Claus, *Derecho Penal Parte General*, 137.

<sup>53</sup> Bello Christian, “La problemática de la sucesión de leyes penales”, 60.

<sup>54</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García, “Ámbito temporal de la ley penal”, 89.

materia penal por lo que el COIP en el artículo 16.1 exige la ley previa, también exige la legalidad de la pena que está determinada en el art. 53 que establece la exigibilidad de sanciones previamente escritas. Por su parte la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No 520-13-EP/19 se pronunció respecto este principio comentando que:

El principio de legalidad sustantivo, que se resume en el conocido precepto *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, que significa que no hay crimen ni hay pena sin una ley previa promulgada por el estado respectivo, en la cual se describa la conducta punible y se prevea la pena con la cual sancionar al infractor, a fin de evitar la arbitrariedad y la injusticia<sup>55</sup>

Para finalizar, el principio de legalidad es el pilar fundamental del que parte el derecho y sobre todo la materia penal, sin este no podría garantizarse la justicia y la seguridad jurídica a la sociedad. Es por eso, que si ocurre una sucesión temporal de la ley penal el principal requisito que debe ser exigido para condenar a un imputado es que se garantice el principio de legalidad.

### **5.2.1 El principio de legalidad respecto a la sentencia**

Ahora bien, una vez revisada la base fundamental de la que parte la sucesión de la ley penal en el tiempo, a continuación, se realizará un análisis del principio de legalidad dentro de la sentencia. Recordando que los elementos principales, es que la ley penal debe ser estricta, previa y escrita.

En consideración del *iter criminis*, la fecha en que se creó la asociación ilícita se estima que fue antes del 2014, pues dentro de los cinco contratos que le fueron atribuido a la empresa Odebrecht de manera fraudulenta están las siguientes obras: la Hidroeléctrica Manduriacu en el 2011, la Trasvase Daule Vinces en el 2012, la Refinería del Pacífico en el 2012, el Poliducto Pascuales Cuenca en el 2013 y la Refinería del Pacífico/ Acueducto La Esperanza en el 2013<sup>56</sup>.

En razón de lo expuesto y para dar cumplimiento con lo otorgado por el principio de legalidad de manera adjetiva y sustantiva, además, está consagrado en el art. 76.3 CRE, la ley exigible para aplicarse en el caso es el Código Penal, particularmente los artículos

---

<sup>55</sup> Sentencia No 520-13-EP/19, Corte Constitucional, 18 de diciembre de 2019, párr.26.

<sup>56</sup> Sentencia No 17721-2017-00222, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial Y Tránsito, 23 de enero del 2018, párr. 367.

369 y 370 referentes a la asociación ilícita, ya que, de acuerdo a la temporalidad de los actos cometidos datan fechas que son anteriores al 10 de agosto del 2014, fecha en que entra en vigencia el COIP. El tribunal hace mención al principio señalando:

El día 10 de agosto de 2014 entró en vigencia el COIP, lo que obliga a dilucidar si la conducta de asociación ilícita reprochada a los acusados, anteriormente descrita y punida en los artículos 369 y 370 CP, se mantiene en la ley penal posterior, esto en aras de no vulnerar el principio de legalidad que en una de sus aristas más importantes obliga a definir la vigencia de la ley en el tiempo y su posterior exigibilidad dentro de un proceso penal.<sup>57</sup>

No cabe duda que el tribunal hizo un correcto análisis del principio de legalidad para determinar la ley aplicable y no está infringiendo el derecho que tiene la defensa respecto del principio de favorabilidad, pues como ya se revisó el tribunal está cuidando que se lo garantice sin vulnerar un derecho al debido proceso y la legalidad de la norma aplicable.

### **5.3 Principios rectores sobre la eficacia temporal en las leyes penales**

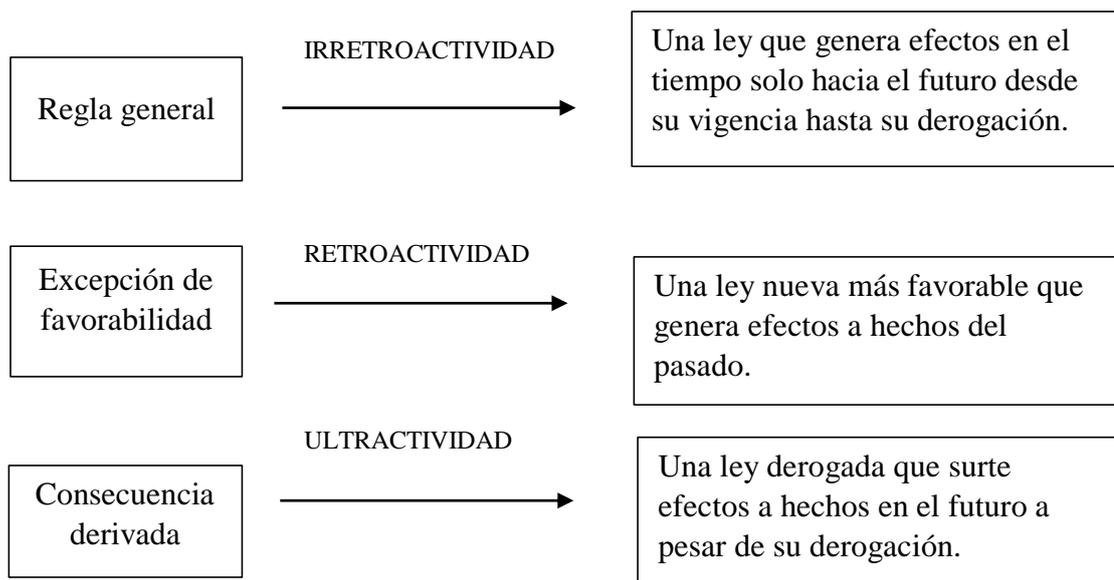
Cuando se presenta un problema de aplicación de leyes penales por la sucesión temporal de las mismas, surge la necesidad de determinar cuál de ellas es la ley apropiada para resolver el conflicto. Consecuentemente, para poder seleccionar la ley que surtirá efectos es necesario revisar los principios rectores de la eficacia de las normas penales dentro del ámbito temporal. Se pueden identificar tres: 1. La irretroactividad como regla general, 2. La retroactividad como excepción de favorabilidad y 3. La ultractividad como una consecuencia derivada<sup>58</sup>. A continuación, se presenta un cuadro que permite entender estos principios.

### **Grafico No. 2. Mapa conceptual de los principios rectores de la eficacia temporal de las leyes penales.**

---

<sup>57</sup> Sentencia No 17721-2017-00222, párr. 388

<sup>58</sup> Bello Christian, “La problemática de la sucesión de leyes penales”,203.



Fuente: Elaboración propia a partir de Bello Christian, “La problemática de la sucesión de leyes penales”.

### 5.3.1 Principio de Irretroactividad como regla general

Por regla general, ante una sucesión normativa para que prevalezca la finalidad preventiva del derecho penal, está la prohibición de aplicar retroactivamente una norma, que no estaba vigente al momento de la comisión del delito. Esta pretensión nace del núcleo fundamental del principio de legalidad penal. Cabe mencionar que el principio de irretroactividad no es exclusivo del derecho penal, sin embargo, dentro de esta materia constituye una de las mejores autolimitaciones al ejercicio de la potestad punitiva del estado<sup>59</sup>.

Por ende, la exigencia de una ley previa establece una garantía propia del Estado de Derecho, porque les permite a los ciudadanos conocer el contenido de la prohibición y la sanción que será consecuentemente aplicable como repercusión de sus actos. Es preciso recordar que esta garantía está consagrada como un principio constitucional. Dentro de nuestra normativa vigente se encuentra establecido en el COIP, que menciona que las infracciones serán juzgadas y sancionadas con las leyes vigentes al momento de su comisión<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Bello Christian, “La problemática de la sucesión de leyes penales”,206.

<sup>60</sup> Artículo 16.1, COIP.

De tal manera que la imposibilidad de retroactividad que exige este principio, hace que la ley penal solo surta sus efectos hacia el futuro, es decir después de que entre en vigencia. Así, la Declaración de Derechos de 1789 en el artículo 8 decreta el principio de irretroactividad penal: “La ley no debe imponer otras penas que aquéllas que son evidentemente necesarias; y nadie debe ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada.”<sup>61</sup> .

Cuando nos referimos a la vigencia temporal, esta debe estar en constante coordinación con el principio de irretroactividad de las leyes penales, puesto que, en ambos argumentos la ley no puede aplicarse, sino solamente en los actos o situaciones jurídicas cometidas dentro del estado de vigencia temporal, *tempus regit actum*. En base a este argumento Benjamín Constant declaró:

La retroactividad de las leyes es la mayor agresión que la ley pueda cometer; supone romper el contrato social, y destruir las condiciones en cuya virtud la sociedad puede exigir la obediencia al individuo, ya que le priva de las garantías que le aseguraba como compensación del sacrificio que implica obedecer; la retroactividad priva a la ley de su carácter jurídico: la ley que tiene efectos retroactivos no es una ley<sup>62</sup>

De esta manera la irretroactividad dentro del ámbito penal, también atiende ante la necesidad de frenar y controlar las tentaciones políticas del estado, que motiva a realizar cambios normativos por meras satisfacciones políticas. La irretroactividad busca establecer una estabilidad al ordenamiento jurídico para que se pueda garantizar la seguridad jurídica en el sistema penal. Bajo esta misma línea, Roxin se refiere a la razón para impedir la retroactividad de las leyes penales, señalando:

La prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad político jurídica por el hecho que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar a posteriori las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables. Pues bien, impedir que

---

<sup>61</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Francia, 20 al 26 de agosto de 1789.

<sup>62</sup> Benjamín Constant, Discurso dictado en 1828 citado en Tajadura Javier, “Tiempo Y Derecho: Fundamento Y límites De La Retroactividad De La Ley”,60.

se produzcan tales leyes ad hoc, hechas a la medida del caso concreto y que en su mayoría son también inadecuadas en su contenido como consecuencia de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable del Estado de Derecho<sup>63</sup>

En síntesis, la aplicación de la irretroactividad penal, prohíbe la creación de *ius poenale* para regular hechos del pasado es la exigencia obligada de la seguridad jurídica<sup>64</sup>. Según este principio, las leyes deben de regir hacia el futuro, de tal manera que prohíbe la aplicación de normas penales a situaciones que sucedieron con anterioridad a su vigencia.

Respecto a la sentencia este principio tiene gran relevancia, porque en el supuesto de ser aplicado el COIP, no podría ser el cuerpo normativo que regule la sanción impuesta porque los hechos sucedieron antes de que entre en vigencia y el principio de irretroactividad estricto exige y obliga a la prohibición de emplear una norma a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor.

### **5.3.2 Principio De Retroactividad de la ley penal más Favorable**

La excepción de la aplicación de la irretroactividad, se da en aquellos casos en que se aplica la ley posterior que resulta ser más favorable<sup>65</sup> al imputado. Evidentemente, cuando entra en vigor una nueva ley como consecuencia de la reevaluación de la política criminal del momento y si en esta ya no existe conductas que se tipificaban en la ley antigua, o ya no son merecedoras de una pena o la sanción es menor, es factible que la nueva ley surta sus efectos hacia el pasado<sup>66</sup>.

Este entendimiento, parte de la premisa que, si un mismo supuesto de hecho es objeto de una nueva valoración jurídico-penal que resulta ser benévola en comparación con la normativa anterior, es completamente razonable que las nuevas pautas axiológicas, que están mejor ajustadas a la valoración social del momento, sean aplicadas retroactivamente.

En este sentido, resultaría lógico que aquellas leyes penales que establezcan circunstancias agravantes como el aumento de las penas o que el reproche jurídico sea

---

<sup>63</sup> Roxin Claus, *Derecho Penal Parte General*,161.

<sup>64</sup> Tajadura Javier, “*Tiempo Y Derecho: Fundamento Y límites De La Retroactividad De La Ley*”, 59.

<sup>65</sup> Ver, Ricardo Canese c. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero del 2002, párr. 179.

<sup>66</sup> Bello Christian, “La problemática de la sucesión de leyes penales”,208.

más perjudicial no se podrá aplicar retroactivamente, pues estaría vulnerando las garantías y los derechos de los reos<sup>67</sup>.

Dentro de este principio, la prohibición de aplicación de una ley que sea perjuicio para el imputado se configura como un límite al poder del estado y constituye una garantía para los individuos. Según Zaffaroni, la ley penal es retroactiva cuando es más benigna, sin embargo, determinar cuál es la más benigna no es fácil, ya que, lo que para uno es beneficioso para otro puede resultar siendo un menoscabo, de esta manera no solo se trata de la magnitud de la pena sino también otros factores como si es aplicable una justificación nueva, respecto de la libertad condicional, los atenuantes, etc.<sup>68</sup>

En la actualidad este principio es reconocido por instrumentos internacionales como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 9<sup>69</sup> que resalta la importancia del principio de retroactividad en los casos que sean favorables al delincuente y la prohibición de retroactividad que sea perjudicial. Por otra parte, en la misma línea dogmática está el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>70</sup>.

Por consiguiente, en la normativa nacional, en la Constitución Ecuatoriana se menciona de manera expresa la posibilidad de aplicar la retroactividad, porque en el art. 76.5 establece que en casos donde exista conflicto entre dos leyes de la misma materia será aplicada la menos rigurosa, que resulte más favorable a la persona infractora<sup>71</sup>. En esta misma línea dentro del ámbito temporal de aplicación de la ley, en el COIP<sup>72</sup>, en los artículos 5.2 y 16.2 establecen que es factible la aplicación de la ley posterior que resulte ser más favorable incluso sin la necesidad de petición.

Como se puede apreciar es imposible que en el caso se aplique esta excepción al principio de irretroactividad en favor al principio de favorabilidad, pues, una vez determinado que la sucesión del delito de asociación ilícita provocó que en el cuerpo normativo actual se divida en dos delitos que son : 1 la asociación ilícita y 2 la delincuencia organizada ya no es conveniente para el reo la utilización del COIP, pues la

---

<sup>67</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García, “Ámbito temporal de la ley penal”, 131.

<sup>68</sup> Eugenio Zaffaroni, Manual de Derecho Penal Parte General, 104

<sup>69</sup> Artículo 9 Convención Americana sobre Derechos Humanos

<sup>70</sup> Artículo 15, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

<sup>71</sup> Artículo 76. 5, CRE.

<sup>72</sup> Artículo 5.2 y 16.2, COIP

pena privativa de libertad resultaría ser más gravosa y se estaría incurriendo en una falta grave a las garantías del debido proceso y los derechos que el reo tiene.

### **5.3.3 La ultraactividad como consecuencia**

Para finalizar con el estudio del fenómeno de la sucesión normativa, será brevemente abordada la figura de ultraactividad que resulta ser una consecuencia que también se deriva del conflicto de leyes penales en el tiempo. El efecto que se produce de la ultraactividad es cuando una ley que materialmente está muerta surte efectos para regular delitos cometidos durante su vigencia. En otras palabras, esto quiere decir que, su aplicación es prolongada más allá de su vigencia temporal.

En esta línea, cabe afirmar que cuando es exigida la irretroactividad de una ley que sea desfavorable ocasiona que la ley que estaba vigente durante el delito o infracción cometida sea aplicada ultractivamente hacia futuro dejando sin aplicabilidad a otras disposiciones que se encuentran en vigencia. Es así que Bello señala que: “las leyes derogadas mantendrán eficacia posterior a su derogación, cuando no corresponda una aplicación retroactiva de la ley derogatoria”<sup>73</sup>.

De cierta forma, parte de la doctrina advierte que es necesaria la ultraactividad en cuanto a que en una sucesión normativa donde la política criminal cambio su rigor ante cierta conducta, siendo esta más severa en su penalización, es necesario que este elemento surta efectos hacia la normativa penal anterior que resulte más beneficiosa.

Es así, que referente al caso Odebrehit se dio una ultraactividad como consecuencia pues, el CP que es un cuerpo normativo materialmente muerto, tuvo que volver a su vigencia, esto debido a que no se podía aplicar el COIP de manera retroactiva favorable. Sin embargo, cuando nos referimos a que tuvo de retomar su vigencia no se refiere *strictu sensu* respecto de la vigencia formal sino a una vigencia de carácter material de las normas que acogía y sentenciaban el delito de asociación ilícita.

## **6. Conclusiones**

Partiendo del entendimiento que la sociedad está en constante evolución y que este cambio trae consigo consecuencias como es la sucesión temporal normativa, y con ello una nueva valoración político criminal, queda claro que el derecho penal es dinámico

---

<sup>73</sup> Bello Christian, “La problemática de la sucesión de leyes penales”,229.

y con el pasar del tiempo genera conflictos de aplicación de la ley que son cada vez más complejos para resolver. En este sentido, dentro del ámbito temporal en materia penal, el principio de legalidad es el pilar fundamental sobre el que se desarrolla la teoría de sucesión de la norma.

Ahora bien, para responder si ¿Fue correcta la aplicación del Código Penal 1971, que estaba materialmente derogado en la sentencia de Jorge Glas en el caso Odebrecht? , se entiende que para la resolución de esta problemática, está la aplicación de los principios rectores que permiten esclarecer y ordenar cual es la correcta aplicación de la ley frente a determinado caso y estos son: la irretroactividad como un principio general, la retroactividad como excepción en virtud del principio de favorabilidad y la ultractividad como una consecuencia derivada.

Es por esta razón, que todos los fundamentos que se desarrollan a partir de la dogmática de la exigencia de una ley previa y escrita, son el fundamento en cierta medida del principio general de irretroactividad. Es por eso que es concebido como un derecho constitucional y como una garantía frente a las personas, además, de estar reconocido en instrumentos internacionales y nacionales.

Razonablemente, el fundamento que permite comprender el ámbito de aplicación de una irretroactividad estricta es la seguridad jurídica, pues, exige la neutralidad de la respuesta penal frente a un delito. En este sentido, hace que el canon de la irretroactividad no dependa quien es el destinatario de la pena y permite el conocimiento de la antijuridicidad anticipadamente. De esta concepción, sobre el surgimiento de una ley nueva frente a un delito determinado y en esta exista una ampliación del *ius pudeindi* del estado, bastara para poder cuestionar la imparcialidad estatal mediante la exigencia del principio de legalidad.

Asimismo, la prohibición de aplicar retroactivamente una norma penal responde ante el propósito preventivo general de la pena en aquellos casos en que resulte ser perjudicial para el imputado, ante la norma penal vigente al momento de la comisión del delito. La consecuencia que se deriva de este suceso es la ultractividad siendo de esta manera su excepción en aquellos casos en que no sea posible aplicar retroactivamente una norma penal que resulte ser más favorable.

En lo referente al Derecho Penal, los hallazgos de esta investigación permiten fundamentar una base más clara para la aplicación de estos principios, ya que, no existe

una guía específica que permita dilucidarlos en la aplicación de casos concretos. Es por esta razón, que la recomendación para poder determinar bajo qué principio intertemporal es aplicable una norma, principalmente se debe verificar si se está afectando la neutralidad del poder punitivo del estado, para este efecto lo más relevante es establecer cuál es el punto referencial temporal que rige para cada uno de las normas penales y a partir de ahí hacer un análisis concreto donde se garanticen los derechos al imputado.

Como el análisis del presente trabajo se enfocó principalmente en analizar y tener un correcto entendimiento de los principios intertemporales aplicados al caso Odebrecht, la investigación permitió resolver la problemática determinando que, si se garantizó el principio de legalidad adjetivo como sustantivo y que en virtud a sus derechos es correctamente aplicado el CP para sentenciar al ex vicepresidente. De esta manera se puede apreciar que el análisis de la corte respecto a que no se puede aplicar el COIP en razón del principio de favorabilidad fue acertado, porque la pena sería mayor y se vulneraría los derechos y las garantías del imputado.

Para finalizar, se llegó a la conclusión de que respecto a la aplicación del principio intertemporal, no fue aplicable una irretroactividad estricta porque a pesar de ser sentenciado con la norma vigente al momento de su comisión, se analizó la posibilidad de la retroactividad de la ley penal más favorable, no obstante, como no fue posible debido a que el rigor del *ius puniendi* del estado incremento frente a este delito es que dio como resultado una ultractividad en beneficio del imputado. La decisión fue correcta.

Respecto a la limitación encontrada durante la investigación, fue el ámbito temporal, debido a que el periodo de investigación es reducido para la presentación del trabajo, como sugerencia a futuro sería bueno retomar el análisis de esta línea de investigación con el propósito de hacer un estudio más exhaustivo respecto a la sucesión del tipo penal sancionado y como debería ser aplicados los principios rectores de eficacia temporal de las leyes penales.