



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL PECULADO MENOR RESUELTO COMO TRÁFICO DE INFLUENCIAS
AFECTA A LA SEGURIDAD JURÍDICA EN ECUADOR.

Autor

Alexis Fernando Valverde Landeta

Año
2018



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL PECULADO MENOR RESUELTO COMO TRÁFICO DE
INFLUENCIAS AFECTA A LA SEGURIDAD JURÍDICA EN ECUADOR.

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados
de la República.

Profesor Guía
Dr. María del Mar Gallegos Ortiz

Autor
Alexis Fernando Valverde Landeta

Año
2018

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido el trabajo, EL PECULADO MENOR RESUELTO COMO TRÁFICO DE INFLUENCIAS AFECTA A LA SEGURIDAD JURÍDICA EN ECUADOR, a través de reuniones periódicas con el estudiante Alexis Fernando Valverde Landeta, en el semestre 2018-1, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

María del Mar Gallegos Ortiz
Magister en Derecho Penal Económico.
CC: 1711451847

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

Declaro haber revisado este trabajo, EL PECULADO MENOR RESUELTO COMO TRÁFICO DE INFLUENCIAS AFECTA A LA SEGURIDAD JURÍDICA EN ECUADOR, del estudiante Alexis Fernando Valverde Landeta, en el semestre 2018-1, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

Diego Alfredo Zalamea León

Doctor en Jurisprudencia

CC: 0102265014

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

Alexis Fernando Valverde Landeta

CC: 1718193350

AGRADECIMIENTOS

A Dios por ser mí guía para alcanzar mis metas.

A mis padres Fernando Valverde y Consuelo Landeta, que han sido mi ejemplo en mi vida.

A mis tíos Edison Cadena y Patricia Landeta, por ser un apoyo incondicional.

A mi tutora, Dra. María del Mar Gallegos Ortiz, por guiarme en este proyecto.

DEDICATORIA

Sin duda este trabajo, es para mis padres Fernando y Consuelo por brindarme el apoyo que necesite durante toda mi vida de estudiante, por no dejar que me rinda nunca.

Por enseñarme que después de cada esfuerzo, existe una gratificación.

Y por último a dos personas que me hubiese encantado estén presentes en este logro, a mis dos abuelos que desde el cielo me cuidan Beatriz Baldeon y Francisco Landeta.

RESUMEN

El peculado desde la lesividad, tutela la res pública y la fidelidad de cumplimiento por el custodio de bienes estatales, lo que debe ser probado en juicio, tanto sus elementos constitutivos, como la responsabilidad penal y sus efectos dañosos que se expresan materialmente en el quantum de la afectación presupuestaria y la violación de derechos que se buscaba resolver a través del presupuesto, por lo que el daño inferido se verifica inicialmente en el ejercicio económico de la ocurrencia del delito y luego se prolonga al constituirse en lastre para el cumplimiento de estos programas y proyectos que fueron afectados y no pueden ejecutarse en tanto no se suscite y sea:

- a) El pago de la reparación
- b) La reprogramación y reasignación de fondos por la institución pública para el cumplimiento de derechos, ocasionándose así una afectación y no meramente aritmética.

Dependiendo de dónde se sitúe el investigador, en el paradigma del garantismo o el control social, del derecho penal mínimo o el derecho penal máximo, es el tratamiento que se debe dar al delito de peculado. Desde la perspectiva del control social, refiriéndonos a los delitos contra la administración pública, que es donde se encuentra el delito de peculado en nuestra legislación, estos delitos protegen a la Administración Pública, preservando la regularidad de su funcionamiento y la legalidad de los actos administrativos, que pueden verse comprometidas por el acto arbitrario en el que el funcionario actúe más allá de su competencia, por la omisión de su actividad necesaria y aun por la injerencia ilegal de particulares en la esfera de competencia de la Administración.

ABSTRACT

The embezzlement since the injury, the guardianship of public responsibility and fidelity for the fulfillment of state property, which must be proven in the trial, both the constituent elements, as well as the criminal liability and its harmful effects that are materially expressed in the quantum of the budgetary impact and of the violation of rights of the rights that is sought to solve through the budget, for what the damage was inflicted in the economic exercise of the occurrence of the crime and then it was prolonged in the constitution in last place for the fulfillment of these programs and projects that were affected and could not be executed as long as they did not occur and the sea:

- a) Payment of the repair
- b) The reprogramming and reallocation of funds for public participation for the fulfillment of rights, thus causing an affectation and not merely arithmetic.

Depending on where the researcher sits, in the paradigm of guarantee or social control, minimum criminal law or maximum criminal law, is the treatment that should be given to the crime of embezzlement. From the perspective of social control, referring to crimes against public administration, which is where the crime of embezzlement is found in our legislation, these crimes protect the Public Administration, preserving the regularity of its functioning and the legality of administrative acts , which can be compromised by the arbitrary act in which the agent acts beyond its competence, by the omission of its necessary activity and by the illegal infringement of individuals in the sphere of competence of the Administration.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I: NATURALEZA DEL DELITO DE PECULADO Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS.....	1
1.1. El delito de peculado su historia.....	1
1.2. El delito de tráfico de influencias su historia.....	6
2. CAPÍTULO II: REFORMAS NORMATIVAS AL TIPO PENAL DEL PECULADO	7
2.1. Cambios al tipo penal.....	7
2.2. Aplicación del delito de peculado menor a partir de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal	7
2.3. Análisis de los Delitos de Tráfico de influencias y Peculado Menor.....	11
3. CAPÍTULO III: LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA APLICACIÓN DE NORMAS PENALES QUE INICIARON COMO PECULADO MENOR Y FUERON RESUELTAS COMO TRÁFICO DE INFLUENCIAS.....	16
3.1. El derecho a la seguridad jurídica	18
3.2. El Derecho al Principio de Favorabilidad.....	21
3.3. Efectos de la resolución No. 1279-2009-RG de la Corte Nacional de Justicia sobre la aplicación de los delitos de peculado menor y tráfico de influencias.....	26
CONCLUSIONES	33
REFERENCIAS	35

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo hace un análisis exegético y dogmático de la norma legal, con el primero, el método exegético se realizará análisis de la norma palabra por palabra o término para determinar su significado; y, el método dogmático lo aplicaremos porque es real, es decir, tiene un objeto real que es la norma, con este método, se aplicará la lógica para analizar los sistemas jurídicos y la norma en concreto dentro de un sistema jurídico, código o ley; además es valorativo, porque analizaremos la norma como un fenómeno cambiante, formando concepciones universales, es decir formar cuerpos jurídicos universales, como por ejemplo el bien jurídico protegido.

El estudio de literatura especializada y doctrina nos servirá para explicar cada uno de los campos o componentes de nuestra investigación con el fin de obtener la información necesaria para la resolución del problema jurídico del presente trabajo. Se emplea el estudio de jurisprudencia con la finalidad de hacer uso de esta fuente de derecho haciendo referencia al criterio sobre un problema jurídico que fue establecido por sentencias previas y a la ciencia del derecho en general ya que gracias a ella se consiguen salvar las imperfecciones que tiene el sistema jurídico mediante la creación de lo que serían contenidos jurídicos para futuros casos que pueden tener un parecido sustancial.

1. CAPÍTULO I: NATURALEZA DEL DELITO DE PECULADO Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS

1.1. El delito de peculado su historia

Podríamos decir que el antecedente más remoto del delito de peculado se encuentra en La Biblia, en Las Tablas de La Ley, en el mandamiento de “No Hurtarás” contenida en el Éxodo (Cap.20:15) y en el Evangelio según San Mateo (Cap. 19:18).

De este antecedente se desprenden varios más que fueron modificados y amplificados con el pasar de tiempo en las diferentes partes del mundo entre los mismos encontramos:

Código de Manú: En el mismo se recomienda al Rey que vigile a sus Ministros y que los hiciese morir si llegasen a robar sus tesoros, considerando por primera vez los elementos constitutivos del delito de peculado, señalando claramente el sujeto activo, sujeto pasivo, el núcleo y el objeto del ilícito.

Derecho Griego: Aquí por primera vez se presenta el deber de los que ejercían cargos públicos de dar cuenta de su gestión al final de ella cuando se intervenía en el manejo de dinero.

Derecho Romano: Es aquí donde el nombre peculado tiene su antecedente etimológico. En sus inicios, los animales destinados a los sacrificios sagrados o actuando de moneda, constituían bienes públicos y eran de gran importancia, dentro de estos se situaba el ganado que se lo llamaba “pecus”, es de aquí donde nació el nombre de “peculatus”, nombre que se dio al delito de hurtar los bienes públicos, imponiendo por primera vez multas como sanción a la práctica de este delito, las mismas que eran pagadas con ganado. De esta manera se constituyó el delito contra la propiedad estatal o sacra.

El término “peculatus” se convirtió en la forma más frecuente utilizada para identificar las diversas modalidades como el hurto de metales o monedas del erario común o de las cajas consideradas como públicas. Las consecuencias eran prisión, devolución y multa, así cumpliéndose con la caución.

En los tiempos de Augusto y César se dictó la “Lex Julia Peculatus” esta tenía como antecedente la “Lex Calpurnia”, en esta ley se colocaba al magistrado frente a dos posiciones:

1. En la que existió fraude y predeterminación, era penado con la interdicción del agua y del fuego. Posteriormente, esta pena fue remplazada con la deportación y para el caso de los jueces era aplicada la pena capital.
2. En la que existió negligencia se penaba con la restitución y multa, misma que equivalía a la tercera parte.

Seguido de esto se dictó la “Lex Aquilia”, esta ley transformó la acción de pedir indemnización por el doble de lo indebidamente entregado. La “Lex Semilla” se inspiró en la misma tendencia.

En la época clásica y para la compilación de Justiniano ya se veía una clara diferenciación de formas de apropiación indebida con variedades del “furtum”, y dentro de estas formas se puede distinguir la calidad del sujeto y la propiedad del objeto. El “furtum” delito contra la propiedad se distinguían tres formas diferentes.

1. “Furtum Rei”: Hurto, Robo y Estafa en que hay sustracción de la cosa y apropiación de ella.
2. “Furtum Usus”: Que es el “crimen residorum”, antecedente de la malversación.
3. “Furtum Possessionis”: Este es el caso del peculatus propiamente dicho en el cual tiene acceso a cosa ajena en razón de su cargo y se apropia de ella.

Derecho Canónico: Fue el primero en reconocer los delitos de apropiación indebida como dependientes del hurto. En el siglo XIII se da una configuración especial para el delito cometido por un eclesiástico que se apropiaba de bienes o rentas de la Iglesia que se encontraban en sus manos por su oficio.

Derecho Francés: En 1791 posterior a la Revolución Francesa se establece de forma autónoma el delito de apropiación indebida, y en el código penal de 1810 se introdujo por primera vez el delito de abuso de confianza.

Derecho Español: El derecho español fue aquel que en la época colonial en el Ecuador se adoptó y se aplicó, este derecho castigó al peculado en forma drástica con la pena capital.

En el código penal de 1822 se introdujo la pena de incapacidad de ejercer otros cargos públicos, y asimismo la pena de privación de la libertad en escala ascendente dependiendo del monto.

En 1848 el código penal español introdujo en su Libro II “De los Delitos y sus Penas”, Título VIII “De los delitos de los empleados públicos en ejercicio de sus cargos”, Capítulo XIV “Malversación de caudales públicos”, artículo 318 y siguientes, una sanción administrativa de la inhabilidad perpetua absoluta de ejercer cargos públicos y penas privativas de la libertad, pero en el caso de reintegrar al funcionario podía haber una inhabilidad temporal. El núcleo de este delito fue la sustracción, eliminándose las anteriores formas como extravío, usurpación y malversación.

Derecho Ecuatoriano: Las regulaciones en el sistema jurídico ecuatoriano con referencia al Peculado se establecen por primera vez en el Código Penal de 1837, este fue el primer código penal de la República del Ecuador, el mismo que se publicó durante la presidencia de Vicente Rocafuerte. En este primer código se estableció un título en la primera parte llamado “De los delitos contra la Hacienda Nacional”, en el Título Sexto, Capítulo Primero denominado “Del extravío, malversación y mala administración de caudales y efectos de la Hacienda Nacional”, en el cual constan algunos artículos referentes, comprendidos desde el artículo 332 al 340.

En estos artículos se señala quienes son los sujetos activos, sujetos pasivos, el objeto de la infracción, el núcleo y la pena, pena que iba desde la privación del empleo y multas hasta casos más graves en que se sanciona con la privación de la libertad.

Hay que destacar que dentro de este primer código hay otro título denominado “De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones” donde se evidencia el delito de peculado, artículos 369, 370 y 371, estas disposiciones fueron tomadas del Código Penal Español de 1822, con ciertas actualizaciones de tipo reglamentario.

A partir de este momento, el delito de Peculado en la justicia ecuatoriana se fue regulando y actualizando con una mayor frecuencia, es así que a continuación enumeraré las leyes y decretos que fueron con el pasar del tiempo condenando este delito en el Ecuador.

1. Publicaciones oficiales de 1839
2. Ley orgánica de hacienda de 1849
3. Código penal de 1871
4. Código penal de 1906
5. Código penal de 1938
6. Decreto legislativo de 1941
7. Código penal de 1953
8. Código de procedimiento penal de 1955
9. Código penal de 1960
10. Código de procedimiento penal de 1960
11. Código penal de 1971
12. Código de procedimiento penal de 1971
13. Código de procedimiento penal de 1983

Con estos antecedentes podemos darnos cuenta que a lo largo de la historia y desde épocas muy antiguas los gobernantes protegían a la administración pública del robo del dinero o el mal uso del mismo por parte de sus delegados a quienes fueron entregados. En la actualidad hay una fuerte protección es así que se han desarrollado un sin número de leyes que protejan y precautelen el buen uso del mismo en obras o proyectos a los cuales fueron destinados.

1.2. El delito de tráfico de influencias su historia

Durante la presidencia del Ingeniero León Febres Cordero, se introdujo varias reformas tanto al Código Penal vigente a esa época, como a la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control con el fin de determinar de manera precisa y puntual las conductas delictivas en las que podían incurrir los funcionarios públicos que se encontraban a cargo del manejo de fondos y bienes públicos; es así que mediante Suplemento del Registro Oficial No.260 de 29 de agosto de 1985, se agrega a continuación del Artículo 257 del Código Penal el siguiente texto:

Art. 257-C.- *La misma pena señalada en los artículos anteriores se impondrá a las personas elegidas por votación popular, a los representantes o delegados y a los funcionarios, empleados o servidores públicos que aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les hubiesen concedido contratos o permitido la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público.*

Quedan comprendidos en la misma disposición anterior y sujetos a igual pena los directores, vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del sector público en general, que, con su voto, hubiesen cooperado a la comisión del delito al que se refiere el inciso precedente.

Conducta que ha permanecido vigente en el tiempo, con el único cambio que en el gobierno del Economista Rafael Correa Delgado se expidió un nuevo Código Penal (Código Orgánico Integral Penal) en el mismo que el delito conocido anteriormente como Peculado Menor sufrió un cambio de Nombre al de Trafico de Influencias y esa se convirtió en un delito autónomo dejando de ser una forma de peculado.

2. CAPÍTULO II: REFORMAS NORMATIVAS AL TIPO PENAL DEL PECULADO

2.1. Cambios al tipo penal

El Código Orgánico Integral Penal, fue publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014; según su Disposición Final16, entró en vigencia en su totalidad desde el 10 de agosto de 2014.

CODIGO PENAL	COIP
Art. 257 Peculado	Art. 278 Peculado inc. 1
Art. 257-2 Utilización de trabajadores remunerados por el estado para beneficio propio	Art. 278 Peculado inc. 2
Art. 257-3 Aprovechamiento indebido de información reservada	Art. 278 Peculado inc. 3
Art. 257-inc penúltimo Peculado Financiero	Art. 278 Peculado inc. 4
Art. 257-1 Peculado por créditos vinculados	Art. 278 Peculado inc. 5 y 6
Art. 257-4 Aprovechamiento del cargo para hacer concesiones ilegales	Art. 285 Tráfico de Influencias

2.2. Aplicación del delito de peculado menor a partir de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal

El Código Orgánico Integral Penal, fue publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014; según su Disposición Final16, entró en vigencia en su totalidad desde el 10 de agosto de 2014.

Respecto de aquellas investigaciones, actuaciones y causas iniciadas con anterioridad al 10 de agosto de 2014, y aún no concluidas a tal fecha, la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, establece:

PRIMERA: *Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República, siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente Código.*

Para entender adecuadamente la norma citada, debemos remitirnos a su redacción, de la que se desprenden los siguientes elementos:

- i. Distingue entre “procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación”, los individualiza, pues cada uno es una fase o etapa distinta; la norma no las incluye en genéricos como “causas” o “procesamientos”.
- ii. Son actuaciones pre procesales aquellas que no se ordenan dentro de una indagación: La orden de reconocer una denuncia; el levantamiento a un cadáver cuya causa de descenso se desconoce eso ocurre por causas naturales o por violencia.
- iii. Con la expresión “que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código”, refiere a que una de las distintas fases o etapas en una causa, referidas en el punto anterior, haya iniciado antes del 10 de agosto de 2014.
- iv. “seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión”, el régimen procesal penal anterior es el del Código de Procedimiento Penal, y el momento de la conclusión de cada etapa debe ser entendida desde dicho régimen.
- v. Las normas constitucionales del debido proceso, las reglas por derechos de los justiciables, son de obligatorio cumplimiento y

directamente aplicables a cada fase, actuación; y procesamiento, en virtud de los artículos 11.3, 424, 425 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador, cualquiera sea el régimen legal procedimental que se aplique.

Desarrollando el punto i, se hacen las siguientes reflexiones:

El procedimiento de investigación, es una fase pre procesal, comprende la indagación previa, sus reglas básicas están previstas en los artículos 215 y 216 del Código de Procedimiento Penal; el procedimiento de investigación concluye bien con el archivo del caso cuando la evidencia recogida no es idónea sea en calidad o en suficiencia para formular cargos; o con la formulación de cargos realizada por la Fiscalía en la respectiva audiencia (Art. 217 *Ibíd.*).

El proceso penal, según el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal, comprende las etapas de instrucción fiscal, la intermedia, la de juicio, y la de impugnación, en ese orden. Es decir, el proceso penal inicia con la instrucción fiscal que descubre los cargos, formulándoles ante una Jueza o Juez; y concluye con el ejercicio y resolución de los medios de impugnación previstos en el referido cuerpo legal.

Por tanto, si la Fiscalía decide ingresar el caso al modelo de justicia penal, la fase de investigación concluye en la fecha de la audiencia de formulación de cargos. Tomando en consideración las fechas de inicio y conclusión de las fases de investigación y las etapas del proceso, desde la vigencia total del Código Orgánico Integral Penal; pueden preverse las siguientes situaciones:

- a) Tanto el inicio de la indagación previa, como la audiencia de formulación de cargos se realizaron antes del 10 de agosto de 2014.
- b) La indagación previa inició antes del 10 de agosto de 2014; pero concluyó en fecha posterior; por lo que, evidentemente, la etapa procesal iniciará con fecha posterior.
- c) La indagación previa, y, el proceso penal, iniciaron desde el 10 de agosto de 2014, en adelante.

En los casos a) y c), el régimen sustantivo y procesal aplicable a la causa será, el contenido en el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal, en el primero; y el Código Orgánico Integral Penal, en el último.

En el caso b), algunas juezas y jueces ecuatorianos confunden la regla de la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, al aplicar el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal, al proceso penal que inició con fecha igual o posterior al 10 de agosto de 2014, cuando el periodo investigativo antecedente inició con fecha anterior a la vigencia del nuevo régimen legal.

Con lo anotado en los puntos i, ii y iii antes descritos para la aplicación de la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, debe tomarse en cuenta al pre proceso investigativo y al proceso penal como una fase y como etapa distintas y claramente determinadas en cuanto su inicio y conclusión; es decir, desde el punto de vista del tiempo procesal, el proceso penal no sigue la suerte del trámite investigativo.

De este modo, si el procedimiento investigativo inició en fecha anterior al 10 de agosto de 2014, durante la sustanciación, y hasta su conclusión, se debe aplicar el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal. Si la audiencia de formulación de cargos se instaló en fecha igual o posterior al 10 de agosto de 2014, el proceso penal, al ser una etapa distinta al proceso investigativo, debe seguir las reglas del Código Orgánico Integral Penal, tanto en lo sustantivo como en lo procesal.

La aplicación del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal, en las causas que reúnen las circunstancias referidas, en las que rige el Código Orgánico Integral Penal, implica la trasgresión a su Disposición Transitoria Primera.

2.3. Análisis de los Delitos de Tráfico de influencias y Peculado Menor

La figura penal del delito de tráfico de influencias inciso segundo del artículo 285, se integra con los siguientes elementos:

- a. El núcleo del delito se configura con: el aprovechamiento de la función pública, para favorecerse o favorecer a una tercera persona en la concesión de contratos o permitiendo negociaciones con el Estado en contra de expresas disposiciones legales.
- b. El sujeto activo de la infracción debe ser un funcionario público o una persona encargada de un servicio público; sin perjuicio de la coparticipación en el acto delictual de una tercera persona que no esté investida de tal calidad.
- c. El aprovechamiento se vincula a la realización por parte del funcionario o servidor de un acto contrario o quebrantador de la norma.

La norma establece como verbo rector el aprovechamiento del cargo o función para la concesión de contratos, o permitir negociaciones con el Estado o cualquier otro organismo del sector público, pero con un elemento normativo valorativo de naturaleza jurídica necesario determinar, pues, perse no se configurará el acto típico si no se comprueba la transgresión o inobservancia a la norma que rige para el negocio jurídico cuestionado, por lo tanto “es la infracción de un deber extra penal , que está lógicamente preordenado a la ley, ya que procede de otros ámbitos jurídicos. La autoría se determina, por un deber específico, este deber exige que la persona se comporte de acuerdo a esta obligación. Se trata de un deber extrapenal, que no se extiende a todos los implicados en el delito. Son deberes que se originan en otras ramas del Derecho. Esto lleva a que poco importe en estos delitos, que la infracción sea por acción o por omisión” (Donna,E. 2000).

Como se menciona la norma que se inobserve para que se configure la infracción penal provendrá de otro cuerpo normativo, como por ejemplo: la violación a la Ley Orgánica de Contratación Pública, a su Reglamento,

acuerdos o manuales de cumplimiento obligatorio que hayan sido inobservados por el servidor o persona encargada de una potestad estatal.

El delito se produce, en definitiva, cuando transgrediendo o violando la norma el servidor público o personas que actúen en virtud de una potestad estatal permite que se otorgué o propiamente otorga un contrato, con evidente favorecimiento indebido a un tercero o en su propio provecho, conducta que observa la Convención Interamericana contra la Corrupción, como aquellos actos de corrupción señalados en el artículo VI, numeral 1., letra c) “La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero”.

Por lo tanto esta conducta delictual se subsume dentro de los actos de corrupción definidos por la Convención de Interamericana Contra la Corrupción de la cual el Estado ecuatoriano es signatario, regla subida a tal instancia supranacional y de observancia internacional que lleva a la institucionalización del Estado a buscar los mecanismos para combatirla energéticamente y evitar que estos actos reprochables puedan quedar sin ser juzgados por la autoridad competente, más aun cuando lo que se protege es la transparencia en la gestión de lo público.

“Sujeto activo es el agente que ejecuta el acto delictivo y que debe, en consecuencia, sufrir la pena correspondiente. El sujeto activo es, en muchos casos, un solo individuo; pero en otros casos serán varios los que realizan el acto en conjunto o que cooperan a su realización. En tales situaciones deberá establecerse el grado en que cada uno intervino en la ejecución del delito” (Alban,E. 2005). Como anotamos no necesariamente un solo individuo responderá por un hecho delictual, pues de verificarse la participación de más individuos en el mismo hecho se determinará su conducta en las diferentes formas de participación que prevea el ordenamiento legal, que en nuestro caso el ordenamiento penal acoge al autor en sus diferentes modalidades y el

cómplice, habiendo sido desechado el encubrimiento como otro modo de participación por el actual Código Orgánico Integral Penal.

En esta línea se “habla de que en estos casos la conducta del autor lleva aparejada la infracción de un deber jurídico específico” (Cerezo, M. 1997), es decir, aquella norma que el funcionario por el cargo o función que ocupa debe estar llamado a observar, y que debe estar previamente establecida como de acatamiento obligatorio en cualquier cuerpo normativo vigente. En este punto cabe perfectamente el axioma jurídico que destaca en derecho público sólo se puede hacer lo que la norma lo permite y lo demás se encuentra prohibido.

La ley manda que el sujeto activo en los delitos en estudio debe ser un servidor público o que actúe en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado enumeradas en la Constitución de la República, para conocer exactamente quienes podrían tener la calidad requerida debemos remitirnos al artículo 225 de la Norma Suprema:

“El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.”

Los organismos o instituciones aquí enumeradas se encuentran descritas en los artículos 118, 141, 178, 207, de la misma Constitución y en el artículo 1 del Código Orgánico de Organización Territorial. Por lo tanto, el injusto penal no se podría verificar si no existiese la actuación de un sujeto activo calificado, acepción que viene dada en torno al cargo que desempeña el posible autor,

pero no se descarta la actuación en conjunto de varios individuos u otros que cooperen a su realización que de develarán a través de un estudio a los hechos fácticos relacionados con la norma y sólo así se deberá fijar el grado de participación en la ejecución del delito.

Para entender mejor el concepto de peculado voy a transcribir algunas definiciones de peculado de varios tratadistas:

ï Carrara:

“Apropiación de cosas públicas cometida por una persona investida de algún cargo público, a la cual, precisamente en razón de éste, le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas, las cosas de que se apropia”
(Carrara, F. Ob. Cit)

ï Galo Espinoza:

“Peculado es la sustracción, retención indebida o uso privado de caudales o valores por la persona que tiene la obligación de custodiarlos, devolverlos o servirse de ellos para fines específicos” (Espinoza, G. 1986)

Se puede concluir que el delito de peculado implica actuación consciente y voluntaria para la disposición arbitraria, dolosa de fondos, bienes públicos, de empresas, instituciones en que este tenga parte, fondos para fiscales, apropiándose en beneficio propio o de un tercero, algún bien o dinero que el servidor público tiene en su poder o bajo su control en razón de su cargo, tenencia o custodia confiada en razón o con ocasión de sus funciones.

Podríamos decir que en la actualidad este tipo de delito se ha sofisticado tanto que ha llegando al sistema financiero para crear lo que conocemos como peculado bancario, por lo que está dentro del campo de los delitos económicos, dejando en claro además que esta clase de conducta agota el íter criminis en todas sus fases, siendo eminentemente doloso.

Tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal:

- a. Garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública.
- b. Evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

La norma que tipifica este delito tiene como objeto la protección de la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado y controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar dineros públicos.

En la doctrina, Carrara, distingue entre peculado propio e impropio, define al primero diciendo que “es la apropiación de cosa pública cometida por una persona investida de un oficio público, a la cual en razón de él le había sido entregada la cosa apropiada, con la obligación de conservarla y restituirla”; mientras que el segundo o sea al peculado impropio, indica que es un delito contra la propiedad, como por ejemplo el hurto de cosa pública, cometido por persona extraña a su administración.

El peculado propio es una figura delictiva, que tiene como elementos típicos que el sujeto activo sea un funcionario público, entendiéndose como tal aquel que realiza la función pública, se trata de un delito especial propio, no todo funcionario público será autor de este delito, el tipo penal exige que la administración, percepción o custodia de los bienes públicos deben haber sido confiados al funcionario público en base al cargo que ocupa, requiriéndose la existencia de una relación funcional específica.

Es así que la doctrina ha puntualizado al respecto, así:

“(…) En opinión de Roeder, el elemento característico de todos los delitos especiales consiste en que “tan solo se someten a su conminación penal determinadas personas que satisfacen las especiales exigencias de la ley (…)”

“(…) Indica Otto, en la misma línea, que “delitos comisibles por todos (Allgemein begehbare Delikte) son aquellos tipos cuyas prohibiciones o mandatos se dirigen a toda persona: “el que (…) será castigado” (…). “En los delitos especiales son requeridas especiales propiedades del autor (…)”

En el Peculado Impropio, encontramos verbos rectores alternativos del comportamiento típico, estos son apropiarse y utilizar, existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y; utilizar es servirse del bien como ejercicio de una ilícita propiedad sobre el mismo y que excluye de ella al estado, esta forma delictiva también se denomina peculado por extensión, incluidos los particulares en el caso del sistema financiero, el denominado peculado impropio requiere por parte del agente un acto de disposición de los bienes, caudales o efectos sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad.

También debemos aclarar que en la doctrina moderna se distingue entre peculado y malversación de fondos públicos, aunque por lo regular las legislaciones emplean una u otra denominación en sentido genérico, de tal forma que dentro de la primera se incluye la última y viceversa.

3. CAPÍTULO III: LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA APLICACIÓN DE NORMAS PENALES QUE INICIARON COMO PECULADO MENOR Y FUERON RESUELTAS COMO TRÁFICO DE INFLUENCIAS.

El estado es el eje de la sociedad, pues debe establecer las normas necesarias para el desarrollo social, el marco dentro del cual éste va a llevarse a cabo.

Pero no sólo va a establecer tales lineamientos, sino también, va a establecer las garantías para el cumplimiento de los mismos. Esto, en consideración a que el Estado debe en todo momento garantizar la seguridad jurídica al ejercer su poder de imperio. Por lo tanto “para conformar un Estado de Derecho se deben conjugar tres principios, el de jurisdiccionalita, el de control y el de responsabilidad. El principio de juridicidad implica el respeto al Derecho en su concepción más amplia, es decir, tanto el Derecho positivo como los principios generales del Derecho que son la expresión del Derecho Natural. El principio de control establece la necesidad de que los órganos del poder público fiscalicen el respeto a la juridicidad. El principio de responsabilidad implica que la violación a la juridicidad tenga consecuencias jurídicas” (Oyarte, R. (2009).

Podemos decir que la seguridad jurídica es el pleno convencimiento de una persona natural o jurídica, de que las normas y procedimientos legales bajo las cuales está ejerciendo o va a desarrollar su actividad no serán modificadas y que, de serlo, esto estuvo previsto con total conocimiento.

J.T. Délos indica que la seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán aseguradas por la sociedad, protección y reparación.

La seguridad jurídica será absoluta o podría hablarse de que esta existe, pero tan solo de forma parcial, en los aspectos fundamentales debe ser posible constatar diariamente el desenvolvimiento de las actividades en un marco firme. El estado debe asegurar plenamente la garantía de los derechos de las personas, sobre todo de aquellos llamados fundamentales.

Víctor de Santo concibe a la seguridad jurídica como: “la condición esencial para la vida y desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran, que, como es obvio, solamente se logra en los Estados de derecho, ya que en los regímenes autocrático y/o totalitario las personas se hallan

siempre sometidas a la arbitrariedad de aquellos que detentan el poder” (Citado en boletín minero N. 40. (2003)).

De aquí que los habitantes de un país deben tener la plena certeza de que el estado garantizará el respeto y estricto cumplimiento de la ley, de aquella declaratoria de voluntad soberana que manifiesta en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

3.1. El derecho a la seguridad jurídica

El derecho a la seguridad jurídica, se encuentra reconocido en la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 82 y también desarrollado en cuerpos normativos como el Código Orgánico de la Función Judicial artículo 25, este tiene expresión en el principio de legalidad y en la irretroactividad de la ley, como regla general que admite excepción.

Dice el texto Constitucional y Orgánico de la Función Judicial:

***Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.*

***Art. 25.- PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA.** - Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas.*

Es entonces que la seguridad jurídica implica: a) la observancia de la Constitución, que diseña un Estado de derechos y justicia cuyo máximo deber es respetar y hacer respetar los derechos garantizados por él mismo , exista o no norma jurídica, pues “no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.” ; b) la construcción de un

ordenamiento jurídico previo a su aplicación, que sea claro en su contenido y objetivo, exequible a todas y todos; y, c) que sea posible aplicar por funcionarios y autoridades con el deber de hacerlo.

Para la ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición:

La seguridad jurídica en la doctrina es vista como un principio universalmente reconocido del derecho que se encuentra como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre los particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela, sin embargo vale expresar que los principios de la seguridad jurídica y la aplicación no retroactiva de la ley, no son absolutos, puesto que deben ser analizados en concordancia con las normas constitucionales e interpretados de forma integral y progresiva, como lo establece el artículo 427 de la Constitución.

Así mismo la Corte Constitucional, en funciones desde el 6 de noviembre de 2012, respecto a la seguridad jurídica ha establecido:

Es un principio universalmente reconocido del Derecho, por medio del cual se entiende como certeza práctica del Derecho, y representa la seguridad de que se conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público, respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno.

De lo establecido en líneas anteriores se desprende, que la seguridad jurídica es el requerimiento de toda sociedad moderna y libre para desenvolverse racionalmente dando estabilidad y certeza a los individuos acerca de cuáles

son sus derechos y cuáles son sus deberes; pues la seguridad jurídica exige la previsión de una respuesta conforme a derecho para los diferentes conflictos que se suscitan en la convivencia humana; pues solo de esta manera se produce estabilidad, que a la final es conseguir la fidelidad al principio de legalidad.

Cabe señalar también que el tratadista español Jorge Alem en su libro Seguridad Jurídica y democracia en Iberoamérica pone en manifiesto lo que los jueces necesitan para poder ejecutar su trabajo de una forma eficiente y que sus fallos vayan apegados a la ley y la seguridad jurídica se mantenga a todo momento los mismos son:

- Conocimiento en Lógica
- Conocimiento del Derecho
- Conocimiento sobre Hechos
- Conocimiento de la Realidad
- Conocimiento Lingüístico

Señalados estos saberes básicos que un juez debe poseer para poder realizar correctamente su función, esto es, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Si aplica estos conocimientos al ejercicio de su función y los resultados son los esperados, sus decisiones se harán previsibles y habrá contribuido a que exista un mayor margen de previsibilidad acerca de sus decisiones. Tanto es así que resulta obvio, por otra parte, que este tipo de previsibilidad no es absoluto, sino que se trata de una previsibilidad gradual.

Cuanto mayor sea el grado alcanzado mayor seguridad jurídica habrá, es cierto que estos conocimientos básicos es una condición necesaria que todo juzgador debe tener, pero no suficiente. Otra condición necesaria para que se cumpla con el objetivo de mantener una seguridad jurídica es que el sistema jurídico esté compuesto por disposiciones que sean claras, precisas, distintas y perdurables en el tiempo (Pérez Luño, 1991). Un sistema jurídico con múltiples contradicciones y lagunas, con leyes vagas e imprecisas o con excesivas

indeterminaciones contribuye a incrementar la discrecionalidad judicial hasta el punto de confinar la arbitrariedad a un límite casi inexistente. En ese contexto se haría muy difícil predecir cuál será la decisión final incluso si se está ante un juez adecuadamente capacitado para cumplir su función.

Y una condición más para cumplir con el objetivo de precautelar la seguridad jurídica y la más importante es que la tarea de los jueces se realice en un ámbito de independencia estructural tal que les permita mantener su imparcialidad. Tampoco hay que olvidar que existen medidas del Poder Ejecutivo o del Legislativo que dejan en papel mojado la acción jurisdiccional, unos claros ejemplos de esto son los indultos o las llamadas leyes individuales.

3.2. El Derecho al Principio de Favorabilidad

La conducta delictiva atribuida y por la cual ha sido presentado este tema de ensayo, hoy se encuentra subsumida en el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal y último artículo innumerado agregado a continuación del artículo 257 del Código Penal, que a la letra reza:

“(…) Art. 285.- Tráfico de influencias.- Las o los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, prevaliéndose de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otra u otro servidor para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses o de terceros, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

El máximo de la pena prevista será aplicable cuando las personas descritas en el primer inciso, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen, se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les

concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público.

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

“(...) Art. 257-C.- La misma pena señalada en los artículos anteriores se impondrá a las personas elegidas por votación popular, a los representantes o delegados y a los funcionarios, empleados o servidores públicos que aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les hubiesen concedido contratos o permitido la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público.

Quedan comprendidos en la misma disposición anterior y sujetos a igual pena los directores, vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del sector público en general, que, con su voto, hubiesen cooperado a la comisión del delito al que se refiere el inciso precedente. (...)

De la comparación de los dos tipos penales encontramos que, en efecto, existe una coincidencia en sus elementos esenciales constitutivos, así: en lo que se refiere a los elementos objetivos, encontramos los sujetos activos de la infracción son calificados y deben cumplir con la calidad de servidores o funcionarios públicos; el núcleo del tipo penal y verbo rector del mismo es aprovechar de las funciones encargadas, manifestadas objetivamente en el abuso de las mismas o en el incumplimiento de disposiciones legales o reglamentarias que es el siguiente elemento del tipo; y, el último elemento es la consecuencia de la conducta dolosa traducida en el favorecimiento a personas naturales o jurídicas en la suscripción u otorgamiento de contratos o negocios con el Estado bajo estas circunstancias irregulares, con lo cual queda

demostrado sin lugar a dudas y con estricto apego al principio de taxatividad y legalidad estricta, que en efecto existe identidad entre los dos tipos penales.

La primera Transitoria del Código Orgánico Integral Penal, reza:

“(...) Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República, siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente Código. (...)”.

Y, en concordancia con el texto de esta norma, el artículo 16 numeral 1 del mismo cuerpo normativo, determina que:

“(...) Art. 16.- Ámbito temporal de aplicación. - Los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las siguientes reglas: 1. Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión. (...)”

Estas normas tienen especial trascendencia en los procesos que fueron iniciados con la normativa anterior, es decir bajo la tutela del Código de Procedimiento Penal en cuanto al trámite de la causa se refiere; y, en lo sustantivo se continúa bajo la cobertura del Código Penal, aprobado en 1938 y sus reformas, en especial la de 1985, en donde se incluye el tipo penal que nos ocupa, conocido como peculado menor. Con este antecedente, y al ser coincidentes los elementos esenciales de los dos tipos penales, la conducta de peculado menor se encuentra prevista y se subsume en el delito de tráfico de influencias en la nueva normativa, por lo que al encontrarse tipificada, su persecución y sanción penal son imperativas. De lo expuesto se concluye que la conducta antijurídica no ha sido despenalizada sino que subsiste tanto en la ley penal anterior como en la actual, establecido lo cual, las condiciones de su

juzgamiento bajo el tipo penal de peculado menor deben mantenerse por aplicación ultractiva de los cuerpos normativos tanto sustantivo como adjetivo, pero con mayor razón, por un imperativo constitucional y de las normas internacionales de lucha contra la corrupción antes señaladas esta es la Convención Interamericana Contra la Corrupción, que establecen que el delito de peculado, en cualquiera de sus variantes tiene la característica de imprescriptible y los procesados son susceptibles de ser juzgados en ausencia.

Por su parte el numeral 5 del artículo 76 de la Constitución de la República, así como el numeral 2 del artículo 5 del Código Integral Penal, en concordancia con el numeral 2 del artículo 16 del mismo cuerpo legal, ordenan:

“(...) 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún (sic) cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora (...)”

(...) Art. 5.- 2. Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. (...)”.

“(...) Art. 16.- 2. Se aplicará la ley penal posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia. (...)”.

Disposiciones Constitucionales y legales que deben ser obligatoriamente observadas, y, que por efecto de presentar identidad material los tipos penales antes mencionados, debemos desentrañar cuál de los dos es más benigno en su aplicación para los procesados, desde el punto de vista de la penalidad y no de la calificación legal de la conducta, puesto que, como quedó manifestado en

líneas precedentes el tipo penal que se comprobó es peculado menor, el mismo que por mandato constitucional es imprescriptible en lo sustantivo, y en lo adjetivo su juzgamiento es posible en ausencia de los procesados, con respeto del derecho a la defensa y al debido proceso que tiene los encausados; debiéndose tomar en consideración la agravante existente que modifica la pena a imponerse en cualquiera de los cuerpos legales que se aplique.

Así, la pena establecida para el caso del artículo 257-C o último artículo innumerado agregado a continuación del artículo 257 del Código Penal, es de uno a cinco años de prisión correccional o privativa de la libertad y al existir justificada la agravante no es posible reducir la pena por la existencia de atenuantes, sino por el contrario queda en la potestad del juzgador, la regulación de la misma, entre el margen que va del año como mínimo hasta los cinco años de privación de la libertad, como máximo.

Por su parte, el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, prevé una pena, para dicha conducta, que va entre tres años de privación de la libertad, como mínimo, a cinco años de privación de la libertad como máximo, y si existiese un agravante, deberá incrementarse en un tercio, conforme al precepto del tercer inciso del artículo 44 del mismo cuerpo legal, es decir que, al máximo de la pena de cinco años debe sumarse un tercio de esta, lo cual alcanza un total de seis años ocho meses como pena definitiva a imponerse, en consideración a las circunstancias del delito, en tanto que la pena mínima sería de tres años.

De la comparación de montos de pena previstos en el Código Penal y en la del vigente del Código Orgánico Integral Penal; queda claro entonces que la norma más favorable es la del Código Penal.

3.3. Efectos de la resolución No. 1279-2009-RG de la Corte Nacional de Justicia sobre la aplicación de los delitos de peculado menor y tráfico de influencias.

Para analizar los efectos que la resolución de la Corte Nacional de Justicia es necesario analizarlo desde el punto de si existió o no violación del principio de congruencia por el cambio del tipo penal, es necesario precisar en qué consiste el mismo, el cual doctrinariamente, ha sido definido como:

“(...) un principio normativo que limita facultades resolutorias del juez, por el cual debe existir identidad entre lo resuelto y controvertido, oportunamente, por los litigantes, y en relación con los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico (...)” (Ayarragaray, C. 2016)

El principio de congruencia es una de las garantías del sistema acusatorio, lo cual se traduce en el respeto a los postulados del modelo de Estado, dentro de los cuales se erige el principio de congruencia como un eficaz instrumento en el ejercicio del derecho a la defensa.

Bajo este argumento, el fallo del juzgador debe revelar una correspondencia con las pretensiones formuladas por los sujetos procesales las cuales delimitan el thema decidendum (hechos y/o derechos controvertidos por las partes sobre los que el juez debe pronunciarse), correspondiendo al juez velar porque no se altere este equilibrio procesal ni el derecho a la defensa, así:

“(...) el principio de congruencia garantiza que exista identidad entre el hecho oportunamente intimado, el hecho motivo de la acusación y el hecho motivo de la sentencia; si ello no fuera así se estaría violando la garantía de la defensa en juicio, ya que se le quitaría al imputado la posibilidad de saber cuál es el hecho que se le atribuye, como así también de efectuar todos los descargos que estime pertinentes al modificarse la plataforma fáctica fijada en la sentencia (...)” (Calle Martínez, J y Araya, E. 2016)

Dentro de esta temática, es importante resaltar que la decisión judicial al ser un acto inescindible, debe responder a una dialéctica en donde sus partes considerativa, expositiva y resolutive sean el fruto de una derivación razonada de los hechos y el derecho aplicado.

La congruencia se bifurca en dos campos: i) la actividad de las partes y, ii) la actividad del juez desarrollado en el fallo. Con respecto a la primera, vale destacar que, son los sujetos procesales los que establecen el marco de referencia fáctica de la acusación; mientras que, en el segundo caso, es el juez quien asigna la calificación jurídica a los hechos, bajo la estricta observancia de determinados parámetros.

En esta línea de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia dictada dentro de la causa “Fermín Ramírez vs. Guatemala” de 20 de junio de 2005, en su considerando 67, al abordar el principio de correlación entre la acusación y la sentencia, sostiene:

“(…) Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la “acusación” en el debido proceso penal vis a vis el derecho a la defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado “principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia” implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación (…).”

Siguiendo la tónica expuesta y conforme lo resalta Alberto Bovino, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al analizar esta decisión, plasma dos principios:

- i) “Para no violar el derecho de defensa, la sentencia no se debe apartar de los hechos descritos en la acusación, y
- ii) Se viola el derecho a la defensa si, sin alterar los hechos objeto de imputación, se modifica la calificación jurídica sin observar las garantías procesales previstas en la ley para realizar tal modificación”

Por su parte, Julio B. J. Maier, respecto al derecho a la defensa en relación con la observancia obligatoria del principio de congruencia por parte de los tribunales de instancia, realiza un enfoque específicamente sobre dos aristas aplicables al presente caso, por un lado el conocimiento de la imputación, y por otro, la correlación entre la imputación y el fallo per se; de este modo comenta que:

- a) Sobre el conocimiento de la imputación, es decir, sobre la intimación que debe existir entre el procesado y los hechos que se le imputan:

“(…) Nadie puede defenderse de algo que no conoce. Es por ello que el próximo paso, a fin de garantizar el derecho del imputado a ser oído, consiste en ponerlo en conocimiento de la imputación correctamente deducida (...) debe consistir, así, en la noticia íntegra, clara, precisa y circunstanciada del hecho concreto que se atribuye al imputado. No se cumple esta condición de validez si sólo se advierte sobre la ley penal supuestamente infringida, o se da noticia del nomen iuris del hecho punible imputado (...)” (Maier, J. 2004)

- b) Sobre la correlación entre la imputación y el fallo:

“(...) la sentencia sólo se debe expedir sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, que han sido intimadas al acusado y, por consiguiente, sobre aquellos elementos de la imputación acerca de los cuales él ha tenido oportunidad de ser oído (...) La regla se expresa como el principio de correlación entre la acusación y la sentencia. (...) La regla fija el alcance del fallo penal, su ámbito máximo de decisión, que se corresponde con el hecho descrito en la acusación (...) con todas sus circunstancias y elementos, tanto materiales como normativos, físicos y psíquicos (...) La regla no se extiende, como principio, a la subsunción de los hechos bajo conceptos jurídicos. El tribunal que falla puede adjudicar al hecho acusado una calificación jurídica distinta a la expresada en la acusación (*iura novit curia*). Lo que interesa, entonces, es el acontecimiento histórico imputado, como situación de vida ya sucedida (acción u omisión), que se pone a cargo de alguien como protagonista, del cual la sentencia no se puede apartar porque su misión es, precisamente, decidir sobre él (...) el hecho punible básico está comprendido tanto en el delito agravado como en el privilegiado (...), por lo que la acusación por cualquiera de estos últimos permitiría concluir, en la sentencia, imputando el hecho punible básico, al menos con la prevención anticipada de advertir a quien se defiende de la posible variación del punto de vista jurídico en su perjuicio (acusación por infanticidio y sentencia por homicidio simple). Sin embargo, ello sólo es posible cuando el hecho punible básico (homicidio) está completamente incluido en los agravados o privilegiados (homicidio agravado o infanticidio), esto es, cuando las agravantes o los privilegios sólo agregan circunstancias a la norma básica (prohibición de matar (...)).” (Maier, J. 2004)

Siendo así, el modelo procesal ecuatoriano vincula al principio de congruencia con el derecho a la defensa, ya que ambos se encuentran íntimamente ligados, a fin de convertirse en una barrera en contra de la arbitrariedad del poder estatal.

Lo dicho, abona a la posibilidad que tiene el juzgador de cambiar la calificación jurídica de los hechos, siempre y cuando se observen tres aspectos: i) ceñirse

al factum probatorio actuado por las partes (respeto o no modificación de los hechos), siendo potestad del administrador de justicia la aplicación del aforismo latino “da mihi factum, dabo tibi ius” (dame los hechos, yo te daré el derecho); ii) garantía del derecho a la defensa, para así evitar la sorpresa dentro de la contienda judicial, asegurando que el procesado tenga conocimiento claro de la imputación de los hechos; y, iii) prohibición de que el cambio de calificación jurídica de los hechos, provoque a su vez, el cambio del bien jurídico protegido transgredido por el sujeto activo de la infracción.

La Fiscalía General del Estado como titular del ejercicio de la acción penal, generó una imputación de iure en contra de los acusados al momento de plantear su teoría del caso y oferta de prueba, por el cometimiento de la infracción prevista en el artículo 257 del Código Penal, esto es, peculado general; empero, el Juez de Garantías Penales de fuero de Corte Nacional, llamó a juicio por el delito de peculado menor (último artículo innumerado agregado a continuación del artículo 257), en tanto que el Tribunal considero probado este último pese a que la acusación Fiscal en la audiencia de juzgamiento fue por el primer supuesto.

Ahora bien, en el plano normativo se vuelve necesario examinar si aquella variación de iure realizada por los juzgadores de instancia, vulneró el derecho a la defensa que le asiste a los procesados. Para ello, es preciso recordar que, el cambio de calificación jurídica debe obedecer a la conducencia y pertinencia del material probatorio actuado en juicio y, sometido a los principios de contradicción e inmediación, respetando las reglas de la lógica y de la sana crítica, propias de cada procedimiento.

En el caso en concreto, se observa que el material probatorio justifica la teoría fáctica y por tanto no se apartan de los hechos expuestos en la acusación, mismos que fueron cometidos por los procesados, los cuales giran en torno a la contratación de obras para la construcción de un complejo Deportivo, mediante la división no autorizada ni justificada técnicamente de los contratos en

cantidades de obra disfuncionales y dependientes entre sí, con inobservancia o violación de la normativa contractual aplicable al caso de licitación y concurso público de ofertas respectivamente, con lo cual se beneficiaron terceros o contratistas, lo cual provocó que las obras no hayan sido culminadas a tiempo, además la terminación unilateral de dos de ellos, la no devolución de dineros por parte de los contratistas al Ministerio del Deporte; hecho fáctico que es el que originó el proceso penal, el cual se ha mantenido incólume, puesto que, los procesados conocían desde un inicio la imputación de factum, por cuanto la noticia criminis, se circunscribe a la investigación de un delito contra la correcta administración pública; lo cual nos permite inferir que los procesados y su defensa técnica, estaban familiarizados con el contenido de los hechos, teniendo por entendido la posibilidad de alegar y contradecir sus elementos esenciales como se desprende del ejercicio real y efectivo del derecho a la defensa a través de la prueba presentada, los interrogatorios a sus testigos, los conainterrogatorios a los testigos de los otros sujetos procesales, así como a las alegaciones y objeciones presentadas por los procesados y resueltas por el Tribunal de Juzgamiento.

En resumen, y con estos hechos, el pronunciamiento del tribunal mantiene inamovible el hecho objeto de la acusación y que sirve de base para pronunciar sentencia, lo que permitió que los acusados ejerzan el derecho de defenderse con apego al principio de contradicción; de tal suerte que, el juzgador no se encuentra obligado a conceder la razón con base de las consideraciones de derecho expuestas por Fiscalía, sino al sustrato probatorio que dan sustento a los hechos propuestos y probados por las partes, sin dejar de pronunciarse sobre las alegaciones efectuadas en derecho.

Este planteamiento nos sitúa en el escenario procesal que, solo el aspecto fáctico delimitado en la acusación, vincula al órgano jurisdiccional; por tanto, no debe salirse de este límite como aplicación del principio acusatorio; siendo la calificación jurídica potestad del juez, en atención al principio *iura novit curia*, el cual encuentra sus derroteros en los principios de contradicción y congruencia.

Como claramente se deduce de lo expresado, no se avizora de manera alguna que en el cambio de tipo se haya comprometido la garantía de la comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada, contemplada en el artículo 8.2 b) de la Convención Americana de Derechos Humanos; por cuanto el juzgador imputó un delito de la misma naturaleza (mismo bien jurídico protegido por el legislador), cuyo cambio de calificación jurídica, no significa que se ha irrespetando el núcleo fáctico de la acusación y los derechos de los intervinientes.

Por lo tanto, el Tribunal que conoció esta causa no ha provocado menoscabo alguno al principio de congruencia, habida cuenta que el objeto de acusación no sufrió mutación alguna, lo que implica que al cambiar la calificación jurídica de los hechos no se ve comprometido el mentado principio, siendo potestad del juzgador en observancia del axioma *iura novit curia*, aplicar la calificación jurídica que corresponda a los hechos establecidos, en el presente caso, el previsto en el último artículo innumerado agregado a continuación del artículo 257 del Código Penal, conocido como peculado menor.

CONCLUSIONES

Luego del desarrollo del presente trabajo investigativo, con el análisis de los pronunciamientos en la Corte Nacional de Justicia; y el estudio doctrinario, arribamos a las siguientes conclusiones:

El principio de favorabilidad en la conducta típica descrita en el artículo 285 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal, opera en mayor relevancia sobre la parte adjetiva en lo que incumbe a la prescriptibilidad de la acción para perseguir dicha conducta que antes de la vigencia del COIP, estaba considerada como peculado, más ya no rigen las normas procesales constitucionales ni de otros cuerpos normativos que prescribían normas observando a la conducta como peculado.

Una vez que se ha expuesto todos los puntos acerca de peculado menor y tráfico de influencias, podemos inferir que debido a la inexistencia de un criterio uniforme de los jueces al momento de emitir una sentencia, el delito puede ser juzgado como tráfico de influencias y en otras veces como peculado menor, y que esa indeterminación generada en la actividad judicial más la inexistencia de una resolución de la Corte Nacional de Justicia que aclare, genera que los procesados se vean sometidos a diferentes reglas al momento de ser juzgados lo cual vulnera el Derecho a la seguridad jurídica que se circunscribe a tener normas claras y a la aplicación uniforme de las mismas, sin que esto quiera decir que no se atiendan las particularidades que rodea a cada caso.

Que los servidores de la función judicial, específicamente los fiscales quienes ejercen exclusivamente el ejercicio de la acción pública, profundicen sus investigaciones en torno a la participación del particular en la conducta punible establecida en el artículo 285 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal, pues el acto indebido del servidor no es un hecho aislado, más encarna una actuación asociada, servidor– particular, por un interés en el resultado.

Que la conducta punible establecida en el artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, también debe ser cobijada por las normas constitucionales procesales que establecen la imprescriptibilidad tanto de la acción para perseguirlos como de la pena y que se pueda juzgar en ausencia.

REFERENCIAS

- Alban, E. (2005). Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Quito: Ediciones legales 2016.
- Anónimo. (2009). Seguridad jurídica, estabilidad y equilibrio constitucional. Bogotá: U. Javeriana.
- Cabral, L. (1997). Compendio de Derecho Penal y Otros Ensayos. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Ayarragaray, C. (1962). Lecciones de Derecho Procesal, citado por Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, en el Principio de congruencia y principio iura Novit Curia. Recuperado el 13 de noviembre de 2017 de http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/26012014/dp-principio_congruencia_iura.pdf
- Calle, J., y Araya, E. (s/f). "Principio de congruencia". Recuperado el 6 de septiembre del 2017 de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/02/doctrina40639.pdf>
- Carrera, D. (2005). Peculado de bienes y servicios públicos. Córdoba: Mediterránea.
- Cerezo, M. (1997). Curso de Derecho Penal Español, parte general. Madrid: Librería Antuñano
- Código de Procedimiento Penal, (2000), Registro oficial suplemento 360 del 13 de enero del 2000.
- Código Orgánico Integral Penal. (2015). Registro oficial 180 del 10 de febrero del 2014.
- Código Penal Ecuatoriano (2012), Registro oficial suplemento 147 del 22 de enero del 1971.
- Conde, F. (2005). Teoría General del Delito. Bogotá: Temis S.A.
- Conde, F. (2013). Derecho Penal Parte Especial. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.

- Díez, J. (2003). *La Racionalidad de las Leyes Penales*. Madrid: Trotta.
- Donna, E. (2005). *Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni. (Conde, 2013)
- Donna, E. (2000). *Delitos contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Encalada, P. (2014). *Cómo y en qué circunstancias se aplica el Código Orgánico Integral Penal*. Ecuador: Revista Jurídica.
- Espinoza, G. (1986). *Vocabulario Jurídico*. Quito: Instituto de Informática Legal
- Falconi, J. (2007). *Seguridad Jurídica*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Galeas, L. (2013). *El Estado constitucional de derecho y justicia*. Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- García, R. (2007). *El Valor de la Seguridad Jurídica*. Mexico: Fontamara.
- Gómez Méndez, A., & Gómez Pavajeau, C. (2008). *Delitos Contra la Administración Pública*. Bogota: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externando de Colombia.
- Gómez-Jara, C. (2014). *Cuestiones Fundamentales de Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: B de f.
- Granda, P. (2010). *Derecho Penal Económico*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Parte General. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto
- Muñoz, C. (2000). *Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal*. Chile: Editorial Reus.
- Ossori, M. (2007). *Diccionario de Derecho*. Buenos Aires: Heliasta
- Pérez Luño, A. (1991). *La seguridad Jurídica, Estabilidad y Equilibrio Constitucional*. Bogotá: Ibañez
- Puig, S. (2006). *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires: B de F.
- Quintero, A. (1998). *Introducción a la teoría del delito*. Medellín: DIKE.
- Urzúa, C. (1992). *Derecho Penal Parte General*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Villagómez, R. (2015). *El control de convencionalidad en el estado constitucional de derechos y justicia*. Quito: Zona G.

- Villagómez, R. (2015). El delito de peculado en el Código Orgánico Integral Penal. Quito: Zona G.
- Villalda, J. (1999). Delitos Contra la Función Pública. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Zaffaroni, E. (2006). Manual de Derecho Penal. Buenos Aires: EDIAR.
- Zambrano, M. (2009). Los Principios Constitucionales de Debido Proceso. Quito: PH Ediciones.

