

1.13

Anexo ANEXO 1.12

## "Wladimiro Villalba Vega e hijos"

Wladimiro Villalba Vega  
Vladimir Villalba Paredes  
Alberto Villalba Paredes  
Francisco Villalba Paredes  
Navier Villalba Paredes

Tifs. 2 253180 - 2253181 - 2256060 - 2276203 - 2276574 - 2277674  
e-mail [www@uiio.satnet.net](mailto:www@uiio.satnet.net) Fax N° 2256884  
Casilla postal N° 17-17-1973 Casilla judicial N° 9  
Edificio Unicornio II Torre Empresarial Oficinas Nos. 12-01/05  
Aves. Amazonas N° 3911 y NN. UU. QUITO - ECUADOR

### LA TIPIFICACIÓN Y LA REFORMA AL ART. 257 DEL CÓDIGO PENAL. ASPECTOS PROCESALES GENERALES

Wladimiro Villalba Vega

#### ENUNCIADO BÁSICO

Como base del interrogatorio que se formula y se trata de satisfacer en este trabajo, se recuerda esta premisa válida:

**"El artículo 1 de la Constitución establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia. Esta declaración determina el marco de acción de todas las autoridades estatales, empezando por las judiciales, ya que es deber del Estado proteger los derechos reconocidos en la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley y asegurar la vigencia plena de las garantías reconocidas para el aseguramiento de tales derechos. El Estado Ecuatoriano no puede ni debe ser arbitrario y debe respetar en todas las instancias la plena vigencia del ordenamiento jurídico y la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en él".**

Una cuestión de análisis es el cambio operado en el artículo que se enuncia de la Constitución vigente y la declaración con la que empezaba el Art. 1 de la codificación de la Constitución Política, de 5 de junio de 1998: "El Ecuador es un estado social de derecho". Sobre este último enunciado, el apartado segundo del considerando sexto de la resolución N° 036-2003-TC de 28 de septiembre del 2004, publicada con los votos salvados en el suplemento del Registro Oficial N° 440 de 12 de octubre del 2004, señaló:

**"Descentrañando su significación señalamos que en el Estado de Derecho toda la actividad del Estado se ha de desenvolver dentro del marco de los preceptos jurídicos previos, lo que implica que todas las actuaciones públicas deben estar basadas en un orden de normas preestablecidas. El Estado de Derecho se rige por los siguientes postulados: la primacía de la ley que rige toda la actividad estatal; un sistema jerárquico de normas; la legalidad de la administración que debe garantizar recursos en beneficio de posibles lesionados por la actividad administrativa; la separación de los poderes como garantía de libertad y freno de posibles abusos; reconocimiento y garantía de los derechos y libertades fundamentales; y, el examen de la constitucionalidad de las leyes, entre otros. El concepto de Estado social de derecho, complementa y agrega al Estado de derecho, el componente de la justicia social. La doctrina lo define como un Estado de servicios, de bienestar o de distribución; el Estado social de derecho implica la conciencia de que la dignidad del hombre exige del Estado prestaciones positivas que hagan posible mejorar sus condiciones de vida, significa una nueva dimensión que da preferencia a los derechos sociales para hacer efectivas las libertades del individuo. Lo social aparece como una orientación hacia la justicia social; es decir, hacia la equidad en las relaciones, a la igualdad de todos y todas en el ejercicio de los derechos, descartando distinciones arbitrarias e irrazonables. En definitiva, el Estado-gobierno asume el compromiso de atender el desarrollo humano-colectivo".**

La Constitución actual ha puesto énfasis en los efectos de la declaración general de "Estado social de derecho" resaltando la situación subjetiva que tienen las personas "derechos y justicia", a tal punto que también se dio derechos a la Naturaleza, personalizándola. No implica

que la Constitución actual dejó de contemplar lo que el Tribunal Constitucional consideró en la resolución citada, sino que mantiene esos postulados ampliando al plano individual. Algo más hizo: que debe tenerse como telón de fondo, la justicia. Esto conlleva a que las instituciones y principios jurídicos deben ser respetados al máximo. La Justicia no puede emanar de la voluntad del funcionario, por más poderoso que parezca, sino que tiene que canalizarse a través del debido proceso.

Tratemos de examinar las cuestiones formuladas desde el ámbito estrictamente jurídico, ajeno a la política.

## PRIMERA PROPOSICIÓN

"1.- El artículo 76 numeral 3 de la Constitución de Montecristi (al igual que el artículo 24 numeral 1 de la Constitución de 1998) determina que nadie puede ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza. Este mismo principio de legalidad se encuentra recogido en el artículo 2 del Código Penal, en el artículo 2 del Código de Procedimiento Penal vigente y en el artículo 158 del Código de Procedimiento Penal de 1983. El artículo 257 del Código Penal fue reformado a través de la Ley 99-26, publicada en el Registro Oficial No. 190 de 13 de mayo de 1999, a fin de extender el delito de peculado a los funcionarios, administradores, ejecutivos y a los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de las entidades del sistema financiero nacional privado. Hasta antes de la reforma el peculado sólo estaba tipificado y sancionado para los empleados que manejaban fondos en estas entidades.

Teniendo en cuenta lo dicho, ¿se puede juzgar a los funcionarios, administradores, ejecutivos o a los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de las entidades del sistema financiero nacional privado por el delito de peculado, si los hechos que se les imputan fueron cometidos antes de la reforma del Código Penal realizada a través de la Ley 99-26, publicada en el Registro Oficial No. 190 de 13 de mayo de 1999?

- 1.1 Las disposiciones constitucionales citadas en este enunciado se refieren a la **tipicidad**. Ha sido uno de los postulados inquebrantables del Derecho Penal la célebre fórmula latina de "*nullum crimen, nulla poenae sine lege*".

El Dr. Carlos Fontán Balestra dice:

"La idea latina tradicional de la figura delictiva ha experimentado una evolución hacia el mejor ajuste y la más exacta valoración de sus elementos, a través del estudio de la tipicidad, efectuado en sus comienzos particularmente por los autores alemanes". (Fontán, en la voz "TIPICIDAD" de la ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, t. XXVI, Edit. Bibliográfica Omeba, 1981, pág. 202).

El célebre maestro de la Escuela Clásica definía al delito así:

"es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso". (Francesco Carrara, "PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL", Parte General, vol. I, reimpresión, Edit. TEMIS, Bogotá, 1978, prop. 1, pág. 43).

En la nota a esta proposición, señalaba:

"Esta delimitación nuestra no puede gustar a una escuela moderna, y debe, inevitablemente, encontrar censura. La doctrina de esta escuela ha sido resumida, últimamente, por FRANCK (Philosophie du droit pénal, Paris, 1864, sec. 2, cap. 1). Es error, dice, deducir la noción de delito de la ley humana promulgada por el Estado. Una acción es o no criminosa según que contrarie o no a la ley suprema del derecho, en tal forma, que la defensa del derecho exija la represión de ella. Esta condición suya es absoluta y nace de un orden superior a la voluntad de los legisladores humanos, orden que estos no pueden derogar".

Es decir, Carrara se aparta de la idea de que puede existir un delito sin que conste en una ley; y por ello, en la proposición 25, se remite a la necesidad de que la ley penal sea promulgada (Ob. ct., pág. 45).

Para Carrara, el delito es el resultado de la colisión entre la prohibición de la ley y la acción de una persona.

En 1906, la doctrina de la **tipicidad** fue formulada por Beling quien, en una primera etapa, estimó que era un elemento del delito, independiente de la antijuricidad y de la culpabilidad.

La **tipicidad** era la descripción que hacía la ley penal de una conducta sancionada por una pena. Era la parte objetiva del delito. La **antijuricidad**, en cambio implicaba un juicio de valor referido a la norma.

Se levantaron muchas críticas contra esta posición novedosa de Beling.

Mayer atribuyó a la tipicidad, a más de la descripción literal, un valor indiciario. Para este autor, si bien la tipicidad no decide la antijuricidad, puede considerarse un indicio de ella.

Mezger, de su lado, consideró que la tipicidad denotaba, con su sola presencia, la existencia de la antijuricidad. Refiriéndose a la tipicidad, decía que es "el injusto circunstancialmente delimitado por la ley penal en sus especiales disposiciones" (Citado por Eugenio Coello Calón, en "DERECHO PENAL", t. I, 1ª edic., Edit. Bosch, Barcelona, 1953, pág. 342).

El filósofo, profesor de la Universidad de Palermo y tratadista de Derecho Penal italiano Giuseppe Maggiore consideró que el delito no es el que debe ser tipificado, sino la acción debe ser típica. Toda acción tiene un núcleo central, un verbo que califica a esa acción

En una etapa posterior, Beling sostuvo que el delito no es un hecho típico, antijurídico y culpable, sino **una acción típicamente antijurídica y culpable**. Es decir, la antijuricidad y la culpabilidad tienen que estar establecidas por la propia ley. "Así, el adjetivo *típico* se constituye en *cualificativo general* de los demás elementos del delito" (Fontán, ob. ct., pág. 204)

Más adelante el Dr. Fontán Balestra dice:

"Para comprender la función cualitativa que la tipicidad ejerce sobre la culpabilidad, sería suficiente advertir que el delito de homicidio, por ejemplo, no puede construirse acoplando el ilícito "muerte de un hombre" al dolo del prevaricato. La *culpabilidad* ha de ser la correspondiente al delito de que se trata (Beling, *La doctrina del delito tipo*, p. 7). Es decir, que cada delito tiene, en el sentido expuesto, "su" culpabilidad. Es esa una de las razones de la imposibilidad de aceptar la existencia de un dolo genérico". (Fontán, ob. ct., pág. 205).

En América, fueron Luis Jiménez de Asúa y Sebastián Soler los encargados de explicar los extremos y contenido de la tipicidad.

Soler dice.



"A la conclusión de que el delito es acción se llega al verificar que en el derecho positivo toda figura está construida invariablemente sobre la base de definir una acción determinada. Si, además, se mantiene firme el principio constitucional *nullum crimen sine praevia lege*, resulta indudable que la acción de la que un delito se compone es siempre una acción típica.

Para la imposición de una pena, pues, no solamente será necesario poder afirmar la existencia de acción en general, sino, además, establecer que la acción es de determinada especie, con todas las características de ésta. Más bien debiera decirse que una acción es acción en general solamente cuando es una acción específica.

Desde luego que siendo el verbo el nombre de la acción, será característico de todo el derecho penal moderno el estar compuesto de figuras cuyo núcleo definitorio consiste en un verbo o en una frase verbal: el que matare, se apoderare, defraudare; hiciere en todo o en parte un documento, penetrare, etc. **Esta conformación del delito reviste la mayor importancia política, y a ella ha alcanzado el derecho en su evolución a través de larguísima experiencia**". (Soler, DERECHO PENAL ARGENTINO, t. I, 8a. reimpresión, Edit. TEA, Bs. As., 1978, pág. 244).

El mismo autor manifiesta que la "ley en blanco", o sea, aquella disposición penal "cuyo precepto es incompleto y variable en cuanto a su contenido y en las que solamente queda fijada con exactitud invariable la sanción", **debe ser llenada con otra disposición legal**. Más adelante dice:

"Claro está que la norma penal en blanco no cobra valor sino después de dictada la ley o reglamentación a que se remite, y para los hechos posteriores a ésta. "Mientras tanto, la ley penal es como un cuerpo errante que busca su alma" (Binding). (Cfr. Soler, ob. cit., págs. 121 y s.).

De su lado, Luis Jiménez de Asúa estima:

"... que la teoría del tipo tiene en Derecho Penal contemporáneo importancia descolante. Ella nos sirve de guía en la interpretación teleológica, e incluso en el procedimiento analógico (...). Pero su máxima importancia estriba en que es la piedra básica del derecho penal liberal (...). La ausencia del tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica". (Jiménez, LA LEY Y EL DELITO, 2a. edic., Edit. Hermes, Bs. As., 1954, pág. 284).

El citado tratadista argentino Dr. Carlos Fontán Balestra dice:

"El legislador debe elaborar la ley penal usando solamente los términos indispensables para dar la noción completa de cada acción humana punible, y no empleando expresiones más o menos técnicas, pero dentro de cuya acepción pueden considerarse comprendidas acciones distintas; así, no será correcto decir "el que cometa hurto", "el autor de adulterio", etcétera, sino que habrán de explicarse las acciones constitutivas del hurto o del adulterio mencionando todas las circunstancias necesarias, y solamente esas. Menos aún deberá admitirse que, al lado del casillero delictivo de la parte especial, se sitúe un principio que permita llegar a la pena en otros casos, cualquiera sea la fórmula que se adopte para dar paso a la analogía. Así, pues, un estudio sistemático de las figuras delictivas, con fines de limitación, solo será posible cuando se trabaje sobre un texto legal redactado con idénticas miras.

He aquí las dos caras de la medalla: de un lado, se impone al legislador la necesidad de redactar las leyes penales dando a los delitos la contextura de tipos; del otro, para el intérprete no hay más acciones humanas punibles que los que se superponen exactamente con los tipos legales" (Fontán en "Tipicidad", ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, t. XXVI, pág. 203).

De nada valdrían las descripciones contenidas en la ley si se aceptara que, además de las conductas contenidas en los tipos, pueden penarse otras semejantes, o que tales acciones puedan constituirse en delito conforme a cualquier índice de valoración que permita hacer el juicio *a posteriori*. Ningún valor puede tener la limitación que los Códigos penales imponen, si tal limitación se transforma en una simple enumeración ejemplificativa, y ningún objeto el estudio de la legislación penal si en la práctica cada juzgador ha de resolver conforme a su voluntad. *El espacio neutro entre los tipos significa exigencia de identificación entre la acción vivida y la abstracción contenida en la figura jurídica*" (Fontán, ob. cit., pág. 204)

WJ:

El profesor de la Universidad de Munich, Dr. Claus Roxin, de otro lado, establece como un principio, la **determinación de la ley penal**; es decir, que no admite una ley penal "en blanco", tratada por Soler.

Así se expresa:

*"a). Principio de determinación de la ley penal.*

Por último, tampoco responden a las exigencias del principio de legalidad las **leyes indeterminadas**, que no permiten captar lo que realmente es punible. Así, tras la segunda guerra mundial regía en Alemania una ley que declaraba punible a "quien atente contra el orden público o actúe contra el interés de las Fuerzas Aliadas". Fue más tarde justamente declarada nula, pues resulta tan vaga e indeterminada que no hay forma de saber con seguridad lo que con ella se pretende castigar, carcece de lo que la Constitución requiere con el principio de determinación de la ley penal". (Roxin, INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL, Edit. Ariel, Barcelona, 1989, pág.35).

1.2 El Art. 257 del Código Penal tipifica y sanciona el peculado, y ha sufrido innumerables reformas y otras tantas interpretaciones. Antes de la reforma de 13 de mayo de 1999, a la que se refiere la proposición, decía y continúa diciendo:

**"Art. 257.-** Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.

Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa".

Este precepto ha sido analizado tanto por la doctrina como por varios fallos de la Corte Suprema de Justicia.

El Dr. Francisco Pérez Borja, en su obra "APUNTES PARA EL ESTUDIO DEL CÓDIGO PENAL", t. II, Tipografía de la Escuela de Artes y Oficios, Quito, 1927, p. 194, señala:

"Los elementos constitutivos de este crimen son:

- 1º El culpable debe ser un funcionario o empleado público, o una persona encargada de un servicio público;
- 2º Que el culpable haya abusado de los efectos determinados en el Art. 225 (hoy 257), y,
- 3º Que el dinero o efectos se encuentren en poder del empleado o funcionario o de la persona encargada de un servicio público "en virtud o razón de su cargo".

Más adelante continúa:

"Si el dinero o efectos se encuentran en poder de estas personas, no a consecuencia del cargo que ejercen sino como **simples particulares**, para que hagan un uso determinado y hacen uno distinto del que fue encomendado, podrá haber el delito de abuso de confianza previsto en el Art. 459 (hoy Art. 560), pero no el crimen sancionado en el 225 (hoy 257)" (Pág. 196).

Citando a una sentencia de la Corte de Casación de Francia, señala:

“Cuando se trata de abuso de dineros públicos, expone Nypels, es decir, de dineros pertenecientes al Estado, a una provincia, a una comuna, a un establecimiento público, el funcionario responde de estos dineros, *que niega el abuso*, en todo o en parte, no puede ser condenado sino después del examen de cuentas y la comprobación del déficit”

“Es un punto de jurisprudencia constante hoy día, y la doctrina admite igualmente que este examen de las cuentas no puede ser hecho sino por la autoridad administrativa competente, y que si la autoridad judicial está embargada ante la comprobación del déficit, debe suspender el juzgamiento hasta que la administración haya examinado las cuentas del funcionario y fijado la suma del déficit”. (Págs. 196 y s.).

La entonces Corte Suprema de Justicia ha hecho aplicación constante del pensamiento de Pérez Borja. El Tribunal en Pleno, en fallo de 15 de mayo de 1964, publicado en la Gaceta Judicial serie X, N° 4, págs. 2341 a 2355, señala que el peculado exige que el infractor sea un funcionario público; y que los efectos o fondos les dé una aplicación diferente de aquella a que están destinados, o en cualquier forma haga uso indebido de los mismos; pero el Ministro (que era el inculpado) no ha tenido en su poder tales fondos o efectos, menos en razón de su cargo, ya que no manejaba fondos, por lo que no existía ningún nexo causal (Pág. 2354, 2ª col.).

En el fallo de 18 de mayo de 1972, expedido por la entonces Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia, publicado en la Gaceta Judicial serie XI, N° 14, págs. 2077 a 2079, señala que la norma legal transcrita establece estos requisitos: a) que el responsable del acto doloso sea un empleado público o una persona encargada de un servicio público; b) que éste hubiese abusado de dineros o efectos que lo representen, títulos documentos o efectos mobiliarios; c) que tales especies estuvieren en su poder, en virtud o razón de su cargo, y cita al Dr. Pérez Borja. (Pág. 2078).

En el considerando cuarto del fallo de 27 de julio de 1988, de la Quinta Sala de la Corte Suprema de Justicia, publicado en la Gaceta Judicial serie XV, N° 3, págs. 800 a 808, a su vez, extiende los elementos constitutivos del peculado: a) el sujeto activo, que sólo puede ser un “empleado público o la persona encargada de un servicio público”, en cuyo poder se hallaren los bienes en virtud o razón de su cargo; b) el objeto material, consistente, según los términos de la ley, en **“dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios”** que, en razón del cargo estuvieren en poder del empleado público o encargado del servicio público; c) la conducta, que estriba en “abusar” de tales bienes, que radica siempre en actos de apropiación o distracción que dice la doctrina, cometidos en beneficio propio o de terceros; pues ha de advertirse que, si bien el verbo rector conforme la ley ecuatoriana es “abusar”, no puede desligarse el dicho abuso de la “forma” en que se lo comete, lo cual únicamente puede ser una de las señaladas en la ley; d) el elemento psicológico, que es la voluntad del abuso mediante el desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante, a sabiendas de que se trata de bienes pertenecientes a la administración pública y con el fin de obtener provecho propio o de un tercero. Afirma que el peculado es delito doloso: nuestra ley no contempla la modalidad culposa que existe en otras legislaciones referida a la malversación; e) el resultado, que radica en lo que algunos autores denominan el “cambio de vínculo” o relación de la cosa con el agente, en virtud de la apropiación o de la distracción. También invoca el pensamiento del Dr. Pérez Borja cuando afirma que “la naturaleza de esta infracción exige que el abuso sea fraudulento”. (Págs. 806 y s.)

El fallo de 28 de agosto de 1990, dictado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia, publicado en la Gaceta Judicial serie XV, N° 9, págs. 2727 a 2745, hace un resumen de la doctrina establecida hasta ese entonces:

*DT*

"En vista de lo dicho, la figura delictiva del peculado se explica por la existencia de: Funcionarios públicos o las personas encargadas de un servicio público; exclusivamente esas personas pueden convertirse en SUJETOS ACTIVOS de este tipo de infracción. EL SUJETO PASIVO O VÍCTIMA del delito tiene que ser el sector público, conformado por el Estado. Municipios, Consejos Provinciales, Entidades Privadas con finalidad social o pública, empresas costeadas íntegramente por capitales del Estado, IESS, bancos del Estado, bancos privados, cooperativas.- LA ACCIÓN DESARROLLADA por el sujeto activo consiste en el ABUSO de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder EN VIRTUD O RAZÓN DE SU CARGO, que como empleado público desempeña o del servicio público del cual se encuentra encargado. Respecto del verbo 'receptor', el doctor Francisco Pérez Borja, refiriéndose al sentido de la expresión 'hubieren abusado', dice: 'El abuso en general es el uso indebido de una cosa; y en el caso del Artículo 225 (257 actual), es el uso, de parte de un empleado público o de una persona encargada de un servicio público, de documentos, dinero, etc., como su tenedor o que estaba en su poder, según lo expresa el texto del Artículo'. En orden, cuando el Artículo 257 del Código Penal expresa: 'que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo...', debemos entender que tales términos dicen relación a la función o servicio que presta una persona, y que es, justamente, a consecuencia o causa de esa función que ejerce que el funcionario los tiene bajo su cuidado y responsabilidad, bien sea porque está en la obligación de exigirlos, dada la confianza que le inspira su calidad de empleado público" (Pág. 2733).

1.3 Esas eran las cuestiones sobre el peculado que se debatían antes de la reforma de 5 de mayo de 1999, publicada en el Registro Oficial N° 190 de 13 de ese mismo mes, cuyo Art. 19 dispuso:

"Art. 19 - A continuación del tercer inciso del artículo 257 del Código Penal, añádase el siguiente inciso:

"También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos".

No reforma las circunstancias constitutivas del peculado. Simplemente ha extendido la responsabilidad por el peculado a los funcionarios, empleados y miembros de los órganos de administración de las instituciones financieras "que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos". La reforma no ha tipificado un nuevo delito. "Contribuir", según la 3ª acepción que trae el Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición, Edit. Rotapapel, Madrid, 2001, pág. 437, 1ª col., es "ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin". De esos 'otros', tratándose de peculado, alguien necesariamente debe ser un funcionario o empleado público, puesto que no hay una nueva tipificación.

1.4 El tiempo y modo de la inflexión verbal "hubiesen contribuido" es el pluscuamperfecto de subjuntivo que indica "una acción pasada respecto de otra pasada dentro del sentido general del subjuntivo". (Rafael Seco, "MANUAL DE GRAMÁTICA ESPAÑOLA", Edit. Aguilar, Madrid, 1954, pág. 72). Debe existir por tanto la 'contribución' al cometimiento del peculado, que se perfecciona con posterioridad. La 'contribución' por sí sola no es delito.

1.5 Resulta por tanto de fácil y contundente respuesta al cuestionamiento hecho en la última parte de esta proposición, sostener que no es jurídicamente posible juzgar ni menos sancionar a los funcionarios, administradores, ejecutivos o a los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de las entidades del sistema financiero nacional privado por el delito de peculado, si los hechos que se les imputan fueron cometidos antes de la reforma del Código Penal realizada a través de la Ley 99-26, publicada en el Registro Oficial No. 190 de 13 de mayo de 1999. Además, de pretender hacerlo, se orillaría el principio de la irretroactividad de la ley, que es más exigente en el campo penal.

AD:

## SEGUNDA PROPOSICIÓN

"2.- El artículo 76 numeral 5 de la Constitución de Montecristi, al igual que el artículo 24 numeral 2 de la Constitución de 1998, establece el principio *in dubio pro reo*. Este principio lo encontramos en el artículo 4 del Código Penal vigente y en el artículo 5.1 del Código de Procedimiento Penal vigente. No aparece claro que la tipificación y sanción del delito de peculado que existía en el artículo 257 del Código Penal antes de la reforma realizada a través de la ley 99-26, publicada en el Registro Oficial No. 190 de 13 de mayo de 1999, pudiera alcanzar a los funcionarios, administradores, ejecutivos o a los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de las entidades del sistema financiero nacional privado (justamente por ello se realizó la reforma, a fin de que no existiera duda al respecto). Como existe duda razonable de que dicha norma legal antes de la reforma sancionara a todos los nombrados (funcionarios, administradores, ejecutivos o a los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de las entidades del sistema financiero nacional privado) por el delito de peculado, ¿se debe interpretar la norma del artículo 257 del Código Penal existente antes de la reforma de 1999 para hacerle extensiva a funcionarios, administradores, ejecutivos o a los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de las entidades del sistema financiero nacional privado, es decir, en un sentido que los perjudique; o, por el contrario, se debe concluir que el delito de peculado no estaba tipificado para funcionarios, administradores, ejecutivos o a los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de las entidades del sistema financiero nacional privado, es decir, se debe interpretar la norma en el sentido más favorable al reo?"

2.1 La contestación a la proposición anterior deja sentado que la reforma de 13 de mayo de 1999 no estableció un nuevo tipo de peculado, sino que extendió a esos funcionarios, empleados y administradores del sistema financiero que **hubiesen contribuido a la consumación del peculado (en que siempre debemos encontrar una funcionario o empleado público)** la responsabilidad por el cometimiento de ese hecho ilícito

Es decir, aunque hubiera peculado consumado con la intervención de los funcionarios, empleados y administradores de un ente financiero, sería para esos hechos cometidos con posterioridad al 13 de mayo de 1999, no a hechos anteriores por la inmutable irretroactividad de la ley penal, que demandaba y demanda el Art. 24 número 2 de la Constitución Política de 1998 y el Art. 76 número 3 de la vigente Constitución de la República, que se mencionan en esta proposición.

2.2 Hay algo más contundente: el Art. 9 -PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DE RETROACTIVIDAD de la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS -"PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA", de 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Acuerdo N° 000202 de 24 de julio de 1984, publicado en el Registro Oficial N° 801 de 6 de agosto de ese mismo año establece:

*"Artículo 9.*

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

Los Arts. 417 y 425 de la Constitución de la República establecen la vigencia de los tratados internacionales que están sobre las leyes, como los códigos Penal y de Procedimiento Penal.

2.3 No se encuentra aspecto dudoso u oscuridad en la tipificación del Art. 257 del

AI:



Código Penal en relación con la reforma de 13 de mayo de 1999. Mas, si hubiera esa hesitación, evidentemente habría que aplicar el principio *in dubio pro reo* que informan el Art. 4 del Código Penal y el primer artículo mandado a agregar después del Art. 5 del Código de Procedimiento Penal, por el Art. 1 de la ley de 17 de marzo del 2009, publicada en el suplemento del Registro Oficial N° 55 de 24 de ese mismo mes; es decir, que, aun cuando hubiera tipificación en la reforma -que no la hay-, el nuevo tipo penal no comprendería a los funcionarios, empleados y administradores de un ente financiero por hechos anteriores a la vigencia reformatoria.

### TERCERA PROPOSICIÓN

“3.- El artículo 172 de la Constitución determina que los jueces deben administrar justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Por consiguiente, los jueces tienen por primera función velar por el efectivo respeto de los derechos de todas las personas, más aún de las imputadas por un delito penal, y por la aplicación de las garantías establecidas para asegurar la plena vigencia de los derechos, más aún que el artículo 3 numeral 1 de la Constitución de Montecristi determina que es deber del Estado “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales...”, en tanto que el artículo 10 reconoce a las personas la titularidad de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos, y garantiza su efectivo goce y el artículo 66 numeral 4 de la Constitución reconoce y garantiza el “derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”. Por su parte, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso se encuentran garantizados en los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución de Montecristi ¿Están los jueces obligados a garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso, es decir, tienen una función garantista de los derechos del procesado?”

Los jueces están obligados a aplicar esos principios y los demás, como el de la seguridad jurídica. El juez debe sujetarse a la ley. Como se indica en la proposición, aún más si se trata de una causa penal en que se está ventilando una sanción, que puede ser la privación de la libertad. El procesalista colombiano ya fallecido, Hernando Devis Echeandía, en su obra “COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL”, t. 1, Edit. A B C, Bogotá, 1985, págs. 78 y s. señala:

“El fin principal de la función jurisdiccional es satisfacer el interés público del Estado en la realización del derecho y la garantía del orden jurídico y de la vida, la dignidad y la libertad individual, en los casos concretos y mediante decisiones que obliguen a las partes del respectivo proceso, para que haya paz y armonía social; su fin secundario es satisfacer el interés privado en la composición de los litigios y en el juzgamiento de quienes resulten imputados de ilícitos penales, mediante el proceso, o en obtener el fin concreto especial que los interesados persigan con éste (porque no siempre existe litigio en el proceso)”.

De no ajustarse a la legislación nacional (que incluye a los tratados internacionales), el juez estaría incurriendo en prevaricato y respondería por los daños y perjuicios según las acciones contempladas en el Código Orgánico de la Función Judicial, en especial, en los Arts. 32 y siguientes.

### CUARTA PROPOSICIÓN

“4.- El artículo 426 de la Constitución de Montecristi determina que ésta y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación y no puede alegarse la falta de ley o desconocimiento de la norma para vulnerarse los derechos reconocidos en éstos. ¿Deben aplicar los jueces las normas de la Constitución de los tratados internacionales de derechos humanos a todas las personas y sin discriminación de ninguna clase? ¿Están obligados los jueces a velar por la efectiva vigencia de los derechos de los procesados?”



4.1 La respuesta de un rotundo si está ínsita en la obligación del juez de aplicar la normatividad existente, dentro de ella, los preceptos que se indican en la proposición. Debe velar por la permanente aplicación de los derechos del procesado sin favor ni temor. De no proceder así, no podría llamarse juez imparcial.

4.2 El Art. 5 del Código Orgánico de la Función Judicial ordena que se aplique directamente las normas constitucionales y las de los tratados

El N° 1 del Art. 8 del "Pacto de San José", sobre garantías judiciales, establece:

"1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

Se destacan en este precepto las cualidades de imparcialidad, independencia y competencia. Coadyuva a la respuesta afirmativa que se da a esta proposición.

### QUINTA PROPOSICIÓN

"5.- La Constitución de Montecristi (artículo 76 numeral 2), al igual que la Constitución de 1998 (artículo 24 numeral 7), establece la presunción de inocencia a favor de toda persona, en tanto ésta no sea declarada mediante sentencia ejecutoriada. ¿Una persona puede ser considerada culpable de un delito mientras no exista una sentencia ejecutoriada que determine su culpabilidad?"

5.1 Contribuye a la normativa constitucional invocada, el número 2 del mencionado Art. 8 del Pacto de San José:

"2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas." (que en número de ocho las determina).

5.2 A pesar de que los medios de comunicación actúan al margen de estos principios, desde el punto de vista legal y, además lógica y moralmente, es imposible considerar culpable a quien no ha sufrido la sanción por medio de una sentencia ejecutoriada. De proceder así, se arrasarían con los principios de la seguridad jurídica, del debido proceso, de defensa y muchos otros más que son resultado de una larga lucha de la humanidad a lo largo del tiempo.

5.3 En síntesis, se atacaría a la persona que aún no ha tenido una sentencia en su contra con violación de los derechos humanos. Se regresaría a la barbarie.

### SEXTA PROPOSICIÓN

"6.- Los decretos y autos pueden ser aclarados, ampliados, revocados y reformados, en tanto que las sentencias pueden ser aclaradas y ampliadas. ¿Una vez que se ha solicitado al Juez, dentro de los tres días posteriores a la notificación del decreto, auto o sentencia cualquiera de estas figuras, se puede solicitar lo mismo, por segunda vez, es decir se puede pedir aclaración, ampliación (en caso de sentencias, autos o decretos), reforma o revocatoria (en caso de autos y decretos) de la aclaración, ampliación, reforma o revocatoria que ya fue realizada?"



6.1 El Art. 291 del Código de Procedimiento Civil tajantemente resuelve la inquietud: concedida o negada la revocación, aclaración, reforma o ampliación solicitada, no se podrá pedir por segunda vez. Es más: si se pretende ejercer más de uno de esos recursos horizontales, hay que proponerlo conjuntamente, en el mismo escrito, y no sucesivamente. No se puede pedir aclaración, y si se la niega, ampliación; después revocación.

6.2 La parte final del considerando primero de la resolución N° 672-95 de 22 de agosto de 1995, de la entonces Sala de lo Civil y Comercial de la Corte Suprema, publicada en el Registro Oficial N° 913 de 27 de marzo de 1996, pág. 16, 2ª col., señala:

"... como repetidamente lo ha resuelto esta Corte, no solo significa que no se puede insistir en alguna de esas peticiones sino que tampoco se las puede proponer sucesivamente: si de hecho se contraviene a esta prohibición tal petición es nula, no puede ser atendida ni produce efecto alguno que pueda influir en el transcurso del término para interponer el recurso de casación".

En igual sentido, la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia, en el considerando segundo de la resolución de 4 de diciembre de 1996, publicada en el Registro Oficial N° 78 de 3 de junio de 1997, pág. 14, establece correctamente:

"SEGUNDA.- Los medios de impugnación horizontal de sus providencias judiciales son taxativos y acumulativos, y no de ejercicio sucesivo, continuativo o fluyente. Fuera de los precisados en el Art. 285 (actual 281) del Código de Procedimiento Civil, para la sentencia aclaración y ampliación- y de los determinados en el Art. 293 (actual 289) del mismo Código, para los autos y decretos -aclaración, ampliación, reforma y revocatoria- no existen otros; y todos ellos deben ser ejercitados acumulativa y no sucesivamente, de tal suerte que no se puede pedir aclaración, luego de ser aceptada o negada ésta, ampliación, posteriormente a la resolución de la misma reforma y ulteriormente revocatoria correspondiendo al impugnante escoger y decidir, con especial estudio, cuál de esos medios impugnativos es el pertinente al caso dado".

6.3 La respuesta por tanto también es terminante conforme el Art. 291 del Código de Procedimiento Civil y la aplicación hecha por los fallos citados. No se pueden solicitar los recursos horizontales una vez que ya han sido resueltas peticiones similares anteriores sobre el mismo punto.

### SÉPTIMA PROPOSICIÓN

"7.- Si de hecho se pidiera aclaración, ampliación, reforma o revocatoria de la que ya realizó el juzgador ¿Esta nueva solicitud de aclaración, ampliación (en caso de sentencias, autos o decretos), reforma o revocatoria (en caso de autos y decretos) interrumpe la ejecutoria del decreto, auto o sentencia principal?".

7.1 Con mucho acierto, el considerando primero de la resolución de 22 de agosto de 1995 señala:

"PRIMERO.- ... Concedida o negada la revocación, aclaración, reforma o ampliación de una providencia, el Art. 295 (291) del Código de Procedimiento Civil prohíbe que se pida por segunda vez; lo cual, como repetidamente lo ha resuelto esta Corte, no sólo significa que no se puede insistir en alguna de esas peticiones sino que tampoco se las puede proponer sucesivamente; si de hecho se contraviene a esta prohibición tal petición es nula, no puede ser atendida ni produce efecto alguno que pueda influir en el transcurso del término para interponer el recurso de casación".

7.2 Si por segunda vez, contraviniendo la prohibición del Art. 291 del Código de



Procedimiento Civil, se plantea nuevamente un recurso horizontal, tal hecho no afecta a que se ejecutorie la providencia. Por ello es que, al haberse interpuesto el recurso de casación dentro del término contado desde la segunda providencia que deniega la insistencia en el recurso horizontal, se ha desechado tal recurso extraordinario por extemporáneo. El segundo escrito no produjo efecto alguno. Fue nulo como dice la resolución. Operó la preclusión.

7.3 En síntesis: resuelto el primer pedido de recurso horizontal, la providencia se ejecutoria dentro de los tres días, por más que en el interregno se haya solicitado el mismo u otro recurso de los señalados. Ese petitorio no surte efecto alguno, menos interrumpe el término que estuviera decurriendo.

Quito, febrero del 2010



Wladimiro Villalba Vega