

Quito, D.M., 21 de junio de 2023

CASO 1364-17-EP

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

SENTENCIA 1364-17-EP/23

Resumen: La Corte Constitucional analiza una acción extraordinaria de protección planteada en contra de una sentencia de casación emitida por la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia dentro de un juicio penal por delito de peculado. La Corte desestima la acción después de determinar que la aplicación directa del artículo 233 de la Constitución por parte de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia para determinar la responsabilidad penal por peculado del accionante no vulneró el derecho al debido proceso en la garantía del principio de legalidad.

1. Antecedentes y procedimiento

1. El 30 de septiembre de 2014, en la audiencia preparatoria de juicio dentro del proceso penal 17721-2013-1142,¹ el juez nacional de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia (en adelante el “**juez nacional**”)² dictó auto de llamamiento a juicio por el presunto cometimiento del delito de peculado especial, tipificado en el artículo 257-A del Código Penal³ en contra de Pedro Miguel Delgado Campaña, Jaime Francisco Endara Clavijo, Antonio Edmundo Buñay Dongilio, Gastón Heberto Duzac, Pedro Santiago Zapac Quevedo, Marcelo Roberto Ordoñez Astudillo, en calidad de presuntos autores; y, en contra de Emma Patricia Sandoval Zambrano, Rita Jakeline Jiménez Cevallos y Zoila María Montalvo Palacios, en calidad de presuntas cómplices. Por otra parte, dictó auto de sobreseimiento provisional del proceso y definitivo de otras once personas procesadas.⁴

¹ En el presente caso la Fiscalía General del Estado investigó presuntas irregularidades en una operación de crédito otorgada por el Banco COFIEC a favor de Gastón Heberto Duzac por un valor de 800.000,00 USD.

² El proceso se siguió ante la Corte Nacional de Justicia en virtud de que uno de los procesados, Pedro Miguel Delgado Campaña, estaba sujeto a fuero de Corte Nacional.

³ Código Penal (derogado por el COIP), Registro Oficial Suplemento 147, 22 de enero de 2017, art. 257-A: “Serán reprimidos con reclusión de cuatro a ocho años las personas descritas en el artículo anterior que, abusando de sus calidades, hubieren actuado dolosamente para obtener o conceder créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones. La misma pena se aplicará a los beneficiarios que dolosamente hayan intervenido para el cometimiento de este ilícito y a quienes hayan prestado su nombre para beneficio propio o de un tercero.”

⁴ El juez nacional dictó auto de sobreseimiento provisional del proceso y definitivo de las siguientes personas procesadas: Eduardo Germánico Maya Rivadeneira, Diana María Macancela Vaca, Roberto

2. En sentencia dictada el 9 de abril de 2015, el tribunal de primera instancia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia (en adelante, “**tribunal de primera instancia**”) resolvió declarar la culpabilidad de Pedro Miguel Delgado Campaña, Jaime Francisco Endara Clavijo, Antonio Edmundo Buñay Dongilio, Gastón Heberto Duzac, Pedro Santiago Zapac Quevedo y Marcelo Roberto Ordoñez Astudillo en calidad de autores del delito de peculado y, a cada uno, le impuso una pena privativa de libertad de ocho años de reclusión mayor ordinaria.⁵
3. Inconformes con la sentencia, Pedro Miguel Delgado Campaña, Jaime Francisco Endara Clavijo y Antonio Edmundo Buñay Dongilio interpusieron recursos de nulidad y apelación de manera conjunta. Por su parte, Gastón Heberto Duzac, Pedro Santiago Zapac Quevedo y Marcelo Roberto Ordoñez Astudillo interpusieron, cada uno por separado, recursos de apelación.
4. Mediante sentencia de 12 de abril de 2016, el tribunal de apelación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia (en adelante, “**tribunal de apelación**”) rechazó los recursos de nulidad, de apelación y confirmó la sentencia subida en grado. Inconformes con esta decisión, Pedro Miguel Delgado Campaña, Jaime Francisco Endara Clavijo, Antonio Edmundo Buñay Dongilio, Pedro Santiago Zapac Quevedo y Marcelo Roberto Ordoñez Astudillo presentaron, cada uno por separado, recursos extraordinarios de casación.
5. En sentencia de 23 de febrero de 2017, el tribunal de casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia (en adelante, “**tribunal de casación**”) declaró improcedentes los recursos de casación presentados por los procesados. En contra de esta sentencia, Marcelo Roberto Ordoñez Astudillo presentó recursos horizontales de aclaración y ampliación.

Fernando Sandoval Cevallos, Omar Gabriel Unda Izurieta, Iván Patricio Guerrero Rodríguez, Diego Hernán Pazmiño Holguín, Lilian Matilde Recalde Carpio, Xavier Gonzalo Arregui Camacho, Gino Antonio Caicedo Urresta, Esteban Ramiro Garzón Cisneros y Gustavo Ulpiano Becerra Navarrete.

⁵Adicionalmente se les sancionó con la pérdida de sus derechos políticos y se les impuso el pago de daños y perjuicios a favor del Banco COFIEC S.A. por un monto de 614.655,17 USD.

Por otra parte, declaró la culpabilidad de Emma Patricia Sandoval Zambrano y Rita Jakeline Jiménez Cevallos en calidad de encubridoras del delito de peculado y les impuso una pena de dos años de prisión correccional. Sin embargo, en aplicación del principio de favorabilidad, dejó sin efecto la pena su contra en consideración de que el Código Orgánico Integral Penal, norma derogó al Código Penal, no prevé al encubrimiento como clase de participación criminal, sino como un tipo penal autónomo. Por último, ratificó el estado de inocencia de Zoila María Montalvo Palacios.

6. Mediante auto de 22 de marzo de 2017, el tribunal de casación negó los recursos horizontales presentados por Marcelo Roberto Ordoñez Astudillo.
7. El 20 de abril de 2017, Marcelo Roberto Ordoñez Astudillo y Pedro Santiago Zapac Quevedo presentaron, cada uno por separado, una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de 23 de febrero de 2017 emitida por el tribunal de casación.
8. A través de auto de 6 de marzo de 2019, el Tribunal de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional resolvió inadmitir a trámite la acción extraordinaria de protección presentada por Marcelo Roberto Ordoñez Astudillo y admitir a trámite la acción extraordinaria de protección presentada por Pedro Santiago Zapac Quevedo.⁶
9. El 10 y 11 de marzo de 2022, Silvana Patricia Valladares Salgado presentó escritos de *amicus curiae* en los que aporta argumentos para mejor resolver.⁷
10. El 10 de febrero de 2023, en atención al orden cronológico, la jueza sustanciadora avocó conocimiento de la causa y ordenó que los jueces y la jueza que conformaron el tribunal de casación que emitió la sentencia impugnada remitan sus informes de descargo. Mediante oficio de 13 de febrero de 2023, la secretaria relatora del tribunal de casación informó que los jueces y la jueza ya no conforman el cuerpo colegiado de la Corte Nacional de Justicia.

2. Argumentos de los sujetos procesales

2.1. Fundamentos de la acción y pretensión

11. En su demanda, Pedro Santiago Zapac Quevedo (en adelante, el “**accionante**”) alega que la sentencia impugnada vulneró sus derechos a la tutela judicial efectiva; al debido proceso en las garantías de defensa, de contar con los medios adecuados para la preparación de la defensa, de ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, de ser escuchado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente, y de motivación. También identifica como vulnerados los principios de legalidad, congruencia e independencia de los órganos de la Función Judicial.

⁶ El accionante, Pedro Santiago Zapac Quevedo, fue acusado por la Fiscalía, debido a que, en calidad de gerente de Seguros Rocafuerte S.A., habría autorizado la emisión de certificados de depósito que garantizaron la operación crediticia a favor de Gastón Duzac.

⁷ A través de sus escritos de *amicus curiae*, Silvana Patricia Valladares Salgado sugiere a este Organismo realizar un control de convencionalidad del artículo 233 de la Constitución. A su criterio, el artículo 233 es contrario a varias disposiciones contenidas en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador.

12. Con respecto al derecho al debido proceso en la garantía del principio de legalidad, el accionante expone que el tipo penal de peculado con el que fue juzgado y sancionado, que se encontraba tipificado en el artículo 257 del Código Penal, es un delito de función, que solo puede ser cometido por funcionarios o servidores de organismos o entidades del sector público. Sostiene que, al haber sido juzgado como autor del delito pese a no haber ostentado estas calidades ni haber sido tercero beneficiario, se vulneró “el principio de restrictividad previsto para la materia penal; en concordancia con lo dispuesto que tanto el artículo 76.3 de la Constitución de la República”.
13. En la misma línea, también considera que esta inobservancia del principio de legalidad implicó una vulneración del derecho a la seguridad jurídica. Según el accionante, al haber sido juzgado por el delito de peculado, que es un delito de función, el tribunal de casación habría generado requisitos que no están previstos en la norma y habría realizado una interpretación extensiva de la norma sin justificación.
14. Del mismo modo, considera que se vulneró su derecho a la defensa porque el tribunal de casación habría “generado un requisito no previsto en la norma” para condenarle.
15. En un sentido similar, el accionante menciona que, al haberse alterado las reglas del juego, el tribunal de casación también vulneró la tutela judicial efectiva.
16. Adicionalmente, alega que la sentencia vulneró la garantía de motivación porque el tribunal de casación habría incurrido en una falacia al considerar que un delito de función se puede hacer extensivo como autor a un particular. Por otra parte, también en relación con la garantía de motivación, alega que la decisión “es enorme en cuanto a las citas doctrinarias, jurisprudenciales, legales, pero es ínfima en cuanto al análisis de la congruencia o pertinencia de dichas citas frente a los argumentos fácticos”. Agrega que la sentencia vulneró los principios de la lógica, razonabilidad y comprensibilidad, porque atiende su recurso de casación “en 33 líneas”, sin explicar con razones los motivos de la declaración de improcedencia de su recurso y con base a elementos falsos e inexistentes, al establecer que es autor de un “delito de función”.
17. El accionante también sostiene que “se afectó el principio de congruencia en conjunción con el derecho a la defensa”, porque, a su criterio, la sentencia de casación no es congruente con los hechos, la prueba actuada, la norma penal invocada como transgredida y los resultados de la subsunción de todos los elementos en cuanto a su actuación en la supuesta infracción.
18. Señala que la sentencia vulneró “los principios de seguridad jurídica, legalidad, tutela judicial efectiva, debida diligencia y en especial motivación”, porque lo afirmado en la sentencia contradice lo que consta en su recurso de casación.

- 19.** Sobre la base de estos argumentos, el accionante solicita que este Organismo acepte su acción extraordinaria de protección, declare la nulidad de la decisión impugnada y ordene la reparación integral que le corresponde.

3. Competencia

- 20.** El Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver la presente acción extraordinaria de protección de conformidad con lo previsto por los artículos 94 y 437 de la Constitución y el artículo 191 numeral 2 letra d) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, “LOGJCC”).

4. Planteamiento de los problemas jurídicos

- 21.** En una sentencia de acción extraordinaria de protección, los problemas jurídicos surgen, principalmente, de los cargos formulados por la parte accionante, es decir, de las acusaciones que esta dirige al acto procesal objeto de la acción por considerarlo lesivo de un derecho constitucional.⁸
- 22.** En cuanto al contenido de los cargos, la Corte Constitucional ha considerado que estos configuran una argumentación completa si reúnen, al menos: (i) una tesis o conclusión, en la que se afirme cuál es el derecho fundamental cuya vulneración se acusa; (ii) una base fáctica, consistente en el señalamiento de cuál es la acción u omisión de la autoridad judicial cuya consecuencia habría sido la vulneración del derecho fundamental. Tal acción u omisión deberá ser, naturalmente, un aspecto del acto judicial objeto de la acción; y, (iii) una justificación jurídica que muestre por qué la acción u omisión judicial acusada vulnera el derecho fundamental en forma directa e inmediata.⁹
- 23.** De la lectura de la demanda, incluso realizando un esfuerzo razonable, no es posible verificar argumentos autónomos relacionados con violaciones al debido proceso en las garantías de contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa, de ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, de ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Al respecto, el accionante se limita a invocar estas disposiciones sin formular cargos relacionados con una posible vulneración.

⁸ Así lo ha señalado esta Corte en múltiples sentencias. Por todas ellas, se puede examinar la sentencia 1967-14-EP/20 de 13 de febrero de 2020, p. 16.

⁹ CCE, sentencia 1967-14-EP/20, 13 de febrero de 2020, p. 18.

24. Tampoco se pueden extraer argumentos mínimamente completos respecto de las alegadas vulneraciones a los principios de congruencia y de independencia de los órganos de la Función Judicial que los conecten con la vulneración de algún derecho constitucional.
25. Por otro lado, de la argumentación contenida en la demanda se desprende que el accionante identifica como conducta judicial vulneradora de sus derechos, el hecho de que el tribunal de casación lo haya juzgado y condenado por un tipo penal que solo podría ser cometido por servidores públicos o trabajadores del sistema financiero, a pesar de que él no ostentaba estas calidades al momento en que se cometieron los hechos investigados. Si bien el accionante considera que tal actuación vulneró varios de sus derechos constitucionales, incluidos los derechos al debido proceso en las garantías de legalidad, motivación y defensa, así como a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica, este Organismo observa que todos sus cargos se sustentan en la misma base fáctica y esta se relaciona de manera directa con una presunta inobservancia del principio de legalidad como garantía del debido proceso, reconocido en el artículo 76 número 3 de la Constitución.¹⁰ Por este motivo, el cargo se analizará a partir de esta garantía del debido proceso.
26. En relación con el cargo sobre la garantía de la legalidad, el accionante afirma que la autoridad judicial accionada habría extendido la aplicación del tipo penal de peculado, tipificado en el artículo 257-A del Código Penal, más allá de los límites fijados en la configuración legal del tipo penal. A su criterio, esta actuación implicó una interpretación extensiva de la ley penal que, en el caso concreto, habría vulnerado su derecho al debido proceso en la garantía de la legalidad porque él no podía ser condenado en calidad de autor por aquel tipo penal.
27. En principio, la determinación de los elementos de cada tipo penal aplicable al juzgamiento de un caso penal, constituye materia de resolución de los jueces penales y es ajeno al objeto de pronunciamiento de la Corte Constitucional a través de esta acción.
28. Sin embargo, en el presente caso, del extracto de la sentencia impugnada que el accionante transcribe en su demanda, se desprende que la alegada interpretación extensiva del tipo penal se habría producido porque los jueces habrían aplicado

¹⁰ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 oct 2008, art. 76: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...]”

3. Nadie podrá 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; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”

directamente el inciso segundo del artículo 233 de la Constitución.¹¹ Así, el problema jurídico específico planteado a la Corte se refiere a si el principio de legalidad estricta en materia penal permite que la Constitución pueda ser directamente aplicada para extender elementos del tipo penal materia del juicio, el cual, de acuerdo con la legislación penal aplicable, exigiría que el sujeto activo reúna determinadas calidades especiales. Si bien los conceptos de autoría y de sujeto activo no necesariamente son concordantes, en el presente caso el accionante relaciona la imposibilidad de ser autor del ilícito juzgado debido a las calidades de sujeto activo que exige la norma, por lo que, para el caso planteado, el análisis de estos conceptos se encuentra estrechamente relacionado.

29. El principio de legalidad representa una garantía del debido proceso en cuanto limita el poder punitivo del Estado en el juzgamiento de una infracción y otorga previsibilidad y seguridad a las personas respecto al marco de actuación de los operadores de justicia. Por lo tanto, la Corte considera que el cargo presentado constituye un problema jurídico constitucionalmente relevante, que puede ser analizado en el marco de una acción extraordinaria de protección. Para examinar la infracción constitucional alegada, se formula el siguiente problema jurídico a ser resuelto: *¿La sentencia del tribunal de casación vulneró la garantía prevista en el artículo 76, número 3 de la CRE por haber integrado el tipo penal de peculado tipificado en el artículo 257-A del Código Penal con la disposición constitucional prescrita en el artículo 233 de la CRE?*

5. Resolución del problema jurídico

5.1. ¿La sentencia del tribunal de casación vulneró la garantía prevista en el artículo 76, número 3 de la CRE por haber integrado el tipo penal de peculado tipificado en el artículo 257-A del Código Penal con la disposición constitucional prescrita en el artículo 233 de la CRE?

30. Para la resolución del problema jurídico planteado, este Organismo se pronunciará, en primer lugar, sobre el principio de legalidad como garantía del debido proceso; luego, examinará el razonamiento del tribunal de casación, sin valorar el fondo de lo decidido, y; finalmente, analizará la sentencia en relación con el alcance del artículo 233 de la Constitución y el principio de legalidad.

¹¹ Constitución de la República, art. 233: [...] Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. *Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas* [énfasis añadido].

5.1.1. El principio de legalidad como garantía del debido proceso

31. El principio de legalidad se encuentra reconocido como una de las garantías del debido proceso en el artículo 76 número 3 de la Constitución, en los siguientes términos:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...]

3. Nadie podrá 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; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

32. Este principio resulta trascendental para el funcionamiento de la institucionalidad democrática del Estado. Por un lado, implica que solo el órgano legislativo puede tipificar infracciones. Por otro, representa un límite al poder punitivo del Estado, ya que el juzgamiento de las infracciones y la aplicación de sanciones, solo es legítimo si se realiza conforme a leyes preexistentes al acto imputado y si la sanción se encuentra prevista en la Constitución o la ley.

33. De acuerdo a lo expuesto, este principio representa una auténtica garantía del debido proceso, ya que “constituye un límite transversal al poder punitivo del Estado, con independencia de si se trata de un asunto de materia penal, administrativa o de cualquier otra índole”.¹² Esta garantía tiene una doble dimensión:

33.1. Por un lado, una dimensión formal, que alude a la *garantía de reserva de ley*. Esta garantía demanda que las infracciones y sus sanciones consten por escrito en una norma con rango de ley (*lex scripta*). Esta garantía también se encuentra establecida en el artículo 132 de la Constitución.¹³

33.2. Por otra parte, una dimensión de carácter material, que alude al *mandato de tipicidad*. Este mandato otorga a las personas previsibilidad y seguridad de que sus conductas solo podrán ser sancionadas por infracciones que se encuentran

¹² CCE, sentencia 34-17-IN/21 de 21 de julio de 2021, p. 31.

¹³ Constitución de la República del Ecuador, art. 132: “La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos: [...]

2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.”

tipificadas de manera previa al acto imputado (*lex praevia*); a través de una formulación clara y precisa del injusto penal y su respectiva sanción (*lex certa*) y exclusivamente por aquellos supuestos establecidos de manera taxativa en la ley, sin que sea admisible una interpretación extensiva o aplicación analógica de los tipos penales y las penas (*lex stricta*).¹⁴

- 34.** En conjunto, estas dimensiones configuran el contenido del principio de legalidad bajo el axioma *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta et certa*.¹⁵
- 35.** Como se ha expuesto, el accionante alega que el tribunal de casación interpretó la ley penal de manera extensiva al declararlo responsable, en calidad de autor, del delito de peculado, a pesar de que la configuración legal del delito no contemplaba la posibilidad de que él fuera considerado sujeto activo del mismo. Por tanto, los argumentos del accionante se relacionan con una posible vulneración de la garantía de reserva de ley o el mandato de *lex scripta*, ya que afirma que la ley penal no contemplaba la posibilidad de que pudiera ser autor del delito en cuestión. Asimismo, sus argumentos se relacionan con una posible violación de la garantía de taxatividad o mandato de *lex stricta*, al sostener que se realizó una aplicación extensiva de la ley penal.

5.1.2. La sentencia del tribunal de casación

- 36.** Con relación al recurso de casación planteado por Pedro Santiago Zapac Quevedo, la sentencia del tribunal de casación observa que el recurrente alegó una indebida aplicación por parte del tribunal de apelación del artículo 42 del Código Penal, que se refiere a la autoría, en conjunto con el artículo 257-A del Código Penal, que tipifica una de las modalidades del delito de peculado. Al igual que en la presente acción constitucional, su argumento se basó en que él no ostentaba la calidad de sujeto activo previsto en el tipo penal.
- 37.** En su análisis, el tribunal de casación observa que la sentencia del tribunal de apelación se pronunció sobre este aspecto relacionado con el título de imputación del accionante, en los siguientes términos:

En cuanto a que, Pedro Santiago Zapac Quevedo, no ha sido miembro de ninguna institución financiera y menos del Banco COFIEC S.A., por lo que conforme al artículo 278 reformado del COIP, no podía disponer ni abusar de nada, “pues con el señor Buñay no tuvo ninguna relación física, excepto cuando se ha firmado el convenio que se le ha enviado en la ciudad de Guayaquil”; la defensa solicita que se aplique el principio de favorabilidad, al citar la disposición legal del Código Orgánico Integral Penal (COIP),

¹⁴ Ídem.

¹⁵ “No hay delito ni pena, sin una ley previa, escrita, estricta y cierta”.

más sin embargo, debemos señalar que, la vinculación a este proceso de Pedro Zapac Quevedo, no es por ser empleado o funcionario de alguna institución del sistema financiero, sino por expresa disposición del artículo 233 de la Constitución de la República [...].¹⁶

38. Con relación a esta consideración, el tribunal de casación concluye que:

no es difícil advertir que la decisión del ad quem es correcta, ya que se evidencia que los actos son directos en la perpetuación del delito, además la constitución de la República del Ecuador es clara en su Art. 223 (sic) al determinar que son sujetos activos del delito, materia de este juicio, no solamente los servidores públicos, sino también las personas que no ostenten tal calidad, que hayan actuado en desmedro de los bienes del Estado, como ha ocurrido en el presente caso y conforme se evidencia del análisis plasmado en la sentencia. Con lo que queda justificado el tipo penal aplicado, ya que nuestra Constitución de manera expresa, en el caso de peculado, amplía su espectro aun para las personas que no ejerzan cargo público cuando se perjudique al Estado como ocurre en el presente caso; de tal forma que se ha probado la participación directa de los procesados en el delito establecido en el Art. 257.1 del Código Penal, quedando de esta forma enervada la alegación respecto a que se debía aplicar el Art. 44 ejusdem, o en su defecto ratificar el estado de inocencia [énfasis añadido].¹⁷

39. Como se puede observar, el tribunal de casación ratifica el criterio del tribunal de segunda instancia, al considerar que el accionante tuvo una participación principal en los hechos investigados y que, por disposición expresa del artículo 233 de la Constitución, las personas que no ostenten la calidad de funcionarios públicos o del sistema financiero, y sin perjuicio de que sean beneficiarios o hayan prestado su nombre para el cometimiento de la infracción, también pueden ser sujetos activos del delito materia del juicio. Dicho de otro modo, el tribunal de casación aplica directamente el artículo 233 de la Constitución para determinar que es posible atribuir responsabilidad al accionante, en grado de autoría, por el cometimiento del tipo penal de peculado tipificado en el artículo 257-A del Código Penal.

40. De acuerdo con lo expuesto, únicamente con miras a determinar si el juzgamiento al accionante respetó la garantía del principio de legalidad y sin valorar el fondo de materia ya juzgada en el proceso penal, la Corte constata lo siguiente:

40.1. El accionante fue condenado como autor del delito de una de las modalidades de peculado, tipificado en el artículo 257-A, en concordancia con el artículo 257 del Código Penal.

¹⁶ Cabe resaltar que el tipo penal contenido en el artículo 257-A del Código Penal se remite al artículo anterior (artículo 257), que tipifica el delito de peculado genérico, para determinar cuáles personas o sujetos activos, pueden cometer la conducta típica.

¹⁷ Si bien el tribunal de casación menciona el artículo 223 de la Constitución, este Organismo observa que se trata de un error tipográfico, ya que la explicación se relaciona con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 233 de la Constitución.

40.2. Según los referidos artículos del Código Penal, quienes pueden ser sujetos activos del delito de peculado tipificado en artículo 257-A, son:

- a) Los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público.¹⁸
- b) Los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados.¹⁹
- c) 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.²⁰
- d) Quienes sean beneficiarios que dolosamente hayan intervenido para el cometimiento de este ilícito.²¹
- e) Quienes hayan prestado su nombre para beneficio propio o de un tercero.²²

40.3. Es decir, el círculo de posibles sujetos activos de la modalidad de peculado tipificado en el artículo 257-A del Código Penal está restringido a los sujetos activos calificados descritos en el artículo 257 del Código Penal, a los beneficiarios, o a quienes hayan prestado su nombre para beneficio propio o de un tercero de acuerdo a lo prescrito en el artículo 257-A del Código Penal

40.4. En la sentencia bajo análisis, el tribunal de casación no condenó al accionante por considerar que ostentaba alguna de las calidades especiales del sujeto activo, ni por ser beneficiario de la infracción o por haber prestado su nombre para beneficio propio o de un tercero, sino que lo hizo en aplicación directa del artículo 233 de la Constitución.

41. Para determinar si existió una vulneración de la garantía de legalidad, es necesario analizar el alcance que el tribunal de casación otorgó al artículo 233 de la Constitución para la calificación de la autoría en el delito de peculado.

¹⁸ Código Penal, art. 257.

¹⁹ Código Penal, art. 257.

²⁰ Además, el artículo 257 menciona que también pueden ser implicados como cómplices y encubridores “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”.

²¹ Código Penal, art. 257-A.

²² Código Penal, art. 257-A.

5.1.3. Alcance del artículo 233 de la Constitución con relación al delito de peculado

42. El artículo 233 de la Constitución, previo al referéndum constitucional realizado el 4 de febrero de 2018, es decir, cuando fue aplicado al caso, establecía lo siguiente:

Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas [énfasis añadido].

43. A través del referéndum de 4 de febrero de 2018, se agregó un tercer inciso, mientras que los dos primeros se mantuvieron sin cambios sustanciales. Toda vez que el inciso segundo, que es el que fue aplicado al caso, se mantuvo sin cambios, la reforma constitucional no incide en el análisis realizado en su momento por parte del tribunal de casación.

44. En el caso bajo análisis, de acuerdo con el tribunal de casación, el inciso segundo del artículo 233 implica “que nuestra Constitución de manera expresa, en el caso de peculado, amplía su espectro aun para las personas que no ejerzan cargo público cuando se perjudique al Estado como ocurre en el presente caso”.

45. El criterio de que el inciso segundo del artículo 233 de la Constitución extiende la calificación de la autoría en el delito de peculado, así como en los delitos de cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, ha sido sostenido por la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia también en otros casos. Por mencionar ejemplos anteriores al caso bajo análisis, en la sentencia dictada el 10 de abril de 2012 dentro del juicio 414B-2010-D.V., la Corte Nacional determinó que, tanto con el artículo 121 la Constitución Política de la República de 1998, como actualmente con el artículo 233 de la Constitución de la República vigente, “el sujeto activo del delito de peculado se amplió a cualquier persona, sin importar su cargo, función o filiación”.²³ De igual

²³ Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, sentencia de 10 de abril de 2012, caso 414B-2010-D.V.

manera, en la sentencia dictada el 18 de octubre de 2013, dentro del juicio 175-2013, la Corte Nacional estableció:

cierto es que, en principio sólo los funcionarios públicos pueden tener participación en un delito de peculado; más sin embargo, por mandato constitucional, [...] se establece que también serán responsables por este delito las demás personas que participaren en el cometimiento del delito, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas, [...] (sic).²⁴

46. Este criterio se ha mantenido incluso en la jurisprudencia más reciente de la Corte Nacional de Justicia. En la sentencia de 7 de febrero de 2022 dictada dentro del juicio penal 15281-2016-00444, la Corte Nacional sostuvo que “[n]uestra legislación ha optado por tipificar el delito de peculado, abarcando tanto a los funcionarios públicos, como a los particulares que intervienen en la realización del tipo penal”.²⁵ En ese caso, la Corte Nacional explica que, en el cometimiento de delitos especiales, se distinguen los conceptos de *intraneus* y *extraneus*. El primero, según explica la Corte Nacional, “está representado por el individuo que reúne las características que exige la tipicidad objetiva de un delito, en lo atinente al sujeto activo”. Mientras que el *extraneus* corresponde al “individuo que no posee la calidad requerida por el tipo penal especial, pero, intervino como contraparte en la comisión del delito”. Finalmente, la Corte Nacional concluye que “en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el debate en torno a la responsabilidad penal del extraneus en el delito de peculado, se agota en la lectura del mandato consignado en el segundo inciso del artículo 233 de la Constitución de la República.”²⁶

47. En definitiva, la jurisprudencia reciente de la Corte Nacional de Justicia sugiere que el inciso segundo del artículo 233 de la Constitución complementa la configuración normativa del tipo penal de peculado y define el título de imputación aplicable a la figura del *extraneus*.

48. Las anteriores referencias jurisprudenciales han sido traídas a colación para comprender el alcance que ha recibido el inciso segundo del artículo 233 de la Constitución en la administración de justicia penal. La Corte Constitucional reconoce que la Corte Nacional de Justicia, al ser el máximo órgano de administración de justicia ordinaria en el Ecuador, ostenta la más alta autoridad para interpretar la ley

²⁴ Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, sentencia de 18 de octubre de 2013, caso 175-2013.

²⁵ Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, sentencia de 7 de febrero de 2022, caso 15281-2016-00444.

²⁶ En el mismo sentido, en la sentencia de 26 de enero de 2021 dictada dentro del juicio 17721-2017-00204, la Corte Nacional de Justicia reconoció que el sujeto activo en el delito de concusión, previsto en el artículo 264 del Código Penal, es calificado pues debe ser un servidor público, no obstante, puntualizó que “acorde con el artículo 233 CRE, también pueden cometer este tipo delitos (sic) quienes no sea (sic) servidores públicos, aquello es lo que se denomina el efecto *extraneus*” [énfasis añadido].

penal. No obstante, en el caso bajo análisis, así como en la línea jurisprudencial identificada, la Corte Nacional no se limita a interpretar la ley penal, sino que aplica una norma de rango constitucional para definir el alcance de un tipo penal. Por lo tanto, en atención al cargo planteado en la presente acción extraordinaria de protección, le corresponde a este Organismo determinar si la referida norma constitucional, en efecto, extiende la calificación del sujeto activo en el tipo penal de peculado.

49. El artículo 233 de la Constitución se refiere a la responsabilidad por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. El inciso segundo, se refiere concretamente a la responsabilidad penal por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, que son delitos que atentan contra el bien jurídico representado por la eficiencia de la administración pública.
50. La primera oración de este inciso contiene una regla, al establecer que las servidoras o servidores públicos y quienes actúan en delegación o representación de los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. Esta regla, a su vez, contiene un mandato implícito de tipificación de estos delitos, porque, para que pueda ser una *regla efectiva*, requiere de otras reglas secundarias que definan los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito y que contengan las sanciones aplicables para estos delitos.
51. La segunda frase de este inciso establece dos reglas adicionales: (i) que el ejercicio de la acción de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, así como las penas correspondientes, son imprescriptibles; y, (ii) que los juicios por estos delitos se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas reglas constituyen excepciones de limitaciones al *ius puniendi*. El propio poder constituyente ha optado por no extender las garantías de prescriptibilidad de las acciones penales y de las penas, así como la prohibición de juzgamiento en ausencia, con respecto de los delitos mencionados en este artículo. El fundamento detrás de este régimen de garantías diferenciado permite entrever una ponderación de valores en el diseño constitucional. Así, debido a la especial preponderancia otorgada al deber estatal de evitar la impunidad de delitos que atentan contra el correcto funcionamiento de la administración pública, el poder constituyente ha considerado necesario establecer estas dos excepciones con respecto de garantías que normalmente deben ser observadas en todo proceso penal.
52. Por último, la oración final de este inciso, que es la que fue aplicada al caso bajo análisis, formula otra regla: “Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.” La lectura del

inciso en su conjunto, lleva a la comprensión literal de que bajo la expresión “estas normas” se hace referencia a aquellas mencionadas en las oraciones anteriores del inciso, es decir, a: (i) las sanciones establecidas para los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito; (ii) a la imprescriptibilidad de las acciones y las penas; y (iii) al juzgamiento en ausencia. Por otra parte, la expresión “las calidades señaladas” se refiere a las calidades de servidoras o servidores públicos y de personas que actúan en delegación o representación de los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado.

53. Por lo tanto, si bien el artículo 233 de la Constitución se refiere de manera general a la responsabilidad de personas que actúan en virtud alguna potestad estatal, a través de la última frase del inciso segundo, la Constitución aclara que las personas que no ostentan tales calidades, pero que participen en el cometimiento de delitos que atentan contra el correcto funcionamiento de la administración pública, deben ser sancionadas con base a las mismas normas. Es importante resaltar que la Constitución emplea el término *participación* en un sentido amplio, sin condicionarlo a determinadas formas de participación criminal.

54. En definitiva, las reglas contenidas en el inciso segundo del artículo 233 de la Constitución permiten identificar la valoración de especial gravedad que el poder constituyente le atribuyó a los delitos que atentan contra la correcta administración pública. Esto se proyecta en una visión institucional del Estado que no es tolerante con la corrupción, la ineficiencia en la administración pública y la disposición fraudulenta de bienes del Estado.²⁷ Con este propósito, a través de este inciso, la Constitución, de cierta manera, limita la libertad de configuración normativa que tiene el poder legislativo para debatir y definir cuáles conductas merecen un reproche penal. Así, impone al legislador el deber de tipificar los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, restringe ciertas garantías para su juzgamiento que son aplicables de manera general en los procesos penales, y establece que aquellas normas también son aplicables a las personas que no son servidoras públicas, ni actúan en representación o delegación del Estado, cuando participan en el cometimiento de estos delitos.

55. Con estas aclaraciones, este Organismo pasará a abordar la resolución al problema jurídico planteado.

²⁷ Cabe señalar que, a través del referéndum de 4 de febrero de 2018 se agregó un tercer inciso al artículo 233 de la Constitución con el propósito de inhabilitar la participación en la vida política a las personas contra quienes exista sentencia ejecutoriada por el cometimiento de ciertos delitos. De esta manera, la reforma constitucional refuerza la visión de absoluta intolerancia frente a la corrupción y a la disposición fraudulenta de bienes del Estado.

5.1.4. ¿La sentencia del tribunal de casación vulneró la garantía prevista en el artículo 76, número 3 de la CRE por haber integrado el tipo penal de peculado tipificado en el artículo 257-A del Código Penal con la disposición constitucional prescrita en el artículo 233 de la CRE?

- 56.** Una vez aclarado el contenido del inciso segundo del artículo 233 de la Constitución, se observa que, por un lado, la norma constitucional establece una regla que atribuye responsabilidad penal a cualquier persona que participe en el cometimiento de peculado. Por otro lado, la tipificación de la infracción de peculado en el Código Penal dispone que el sujeto activo de la infracción debe reunir ciertas calificaciones especiales, ser beneficiario de la infracción, o haber presentado su nombre para beneficio de un tercero.
- 57.** En la sentencia bajo análisis, el tribunal de casación, fiel a antecedentes jurisprudenciales previos de la propia Corte Nacional, asimila el inciso segundo del artículo 233 de la Constitución como parte de la configuración normativa del tipo penal de peculado, pues considera que esta disposición constitucional amplía el espectro del tipo penal con relación al sujeto activo. Es decir, el tribunal de casación no considera que el artículo 257-A sea una norma contraria a la Constitución, sino que la regla constitucional integra a este tipo penal al determinar que cualquier persona puede ser sujeto activo de estos delitos, en la medida en que participe en estos delitos.
- 58.** Por su parte, según el accionante, el tribunal de casación vulneró el mandato de legalidad al actuar de esta manera. Su argumento se centra en que, por el principio de estricta legalidad o de taxatividad penal, que conlleva el deber de interpretación estricta de los tipos penales y las penas, no se puede aplicar el tipo penal establecido en el artículo 257-A a algún supuesto no establecido de forma expresa en la ley penal. Como se mencionó anteriormente, su cargo se relaciona con una supuesta vulneración al debido proceso como consecuencia de una inobservancia de las garantías de reserva de ley (*lex scripta*) y de taxatividad (*lex stricta*) que forman parte del principio de legalidad.
- 59.** La reserva de ley en materia penal garantiza que la regulación y las limitaciones a las distintas esferas de la libertad de las personas sean adoptadas por el órgano legislativo como representante del pueblo mediante el proceso legislativo y la deliberación pública.²⁸ De esta manera, esta garantía se fundamenta en el principio de legitimidad democrática y constituye un límite a la función punitiva del Estado, al asegurar que el proceso de elaboración de infracciones y sus sanciones sea producto de un debate

²⁸ CCE, sentencia 34-17-IN/21 de 21 de julio de 2021, párr. 32.

democrático y no de una imposición arbitraria. En definitiva, la reserva de ley exige que los delitos y las penas se encuentren establecidos en normas con jerarquía legal y, bajo ningún supuesto, en normas con un rango inferior.

60. Por su parte, la garantía de taxatividad suprime la posibilidad de que la ley penal sea aplicada a supuestos que no estén contemplados en ella, aunque sean similares. Por lo tanto, implica una interdicción de la interpretación extensiva de los delitos y las penas y de la analogía desfavorable al procesado.²⁹ De esta manera, esta garantía tutela fundamentalmente los derechos a la seguridad jurídica y al debido proceso en materia penal, porque otorga previsibilidad respecto al marco de actuación de los operadores de justicia en el juzgamiento de las infracciones.

61. Para resolver el problema jurídico planteado, es decir, para determinar si la aplicación directa del artículo 233 de la Constitución transgredió la garantía de legalidad, son importantes las siguientes consideraciones:

61.1. En primer lugar, la norma constitucional aplicada al caso ha sido elaborada por el poder constituyente y reviste de un carácter supralegal. Este poder operó a través de una asamblea elegida democráticamente, que elaboró un texto constitucional a través de un debate democrático y cuyo texto fue sometido como propuesta al pueblo para su aprobación o rechazo a través de un referéndum. En tal sentido, las normas contenidas en la Constitución gozan de legitimidad democrática, incluso por encima de las leyes, en tanto que éstas últimas no pueden contravenir el texto constitucional debido al principio de *supremacía constitucional*. En definitiva, la norma contenida en el inciso segundo del artículo 233 de la Constitución es producto de una deliberación democrática por parte del poder constituyente y ratificada por la voluntad popular.

61.2. En segundo lugar, en relación con el principio de supremacía constitucional, a través de varias disposiciones constitucionales, se reconoce además que la Constitución es una norma de aplicación directa. El primer inciso del artículo 425, establece que la Constitución prevalece en el orden jerárquico de *aplicación* de normas.³⁰ En la misma línea, el artículo 172 establece que “[l]as juezas y

²⁹ Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014, art. 13: “Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas: [...]”

3. Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derecho.”

³⁰ Constitución de la República del Ecuador, art. 425: “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.”

jueces administrarán justicia *con sujeción a la Constitución*, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley” [énfasis añadido].³¹ Al respecto, este Organismo ha sostenido que el principio de aplicación directa de la Constitución es una garantía normativa que debe tener impacto jurisdiccional, de lo contrario no tendría efecto práctico.³²

61.3. En tercer lugar, como se verificó previamente, el inciso segundo del artículo 233 establece una regla perentoria y clara, que plantea una única interpretación posible. En estricto sentido, se entiende que si personas que no ostentan las calidades de servidores públicos o representantes de órganos estatales, participan en delitos de peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito (*supuesto de hecho*), se aplicarán las mismas normas referidas en aquel inciso, es decir, las sanciones establecidas para estos delitos, la imprescriptibilidad de la acción y la pena, así como la posibilidad de ser juzgados en ausencia (*consecuencia jurídica*). De esta manera, se trata de una norma constitucional susceptible de ser aplicada a un caso en concreto.

61.4. Por último, la formulación de la regla constitucional, leída en conjunto con el tipo penal de peculado, es acorde a la precisión requerida para poder sancionar a alguien por el cometimiento de una infracción, conforme exige el principio de legalidad y los mandatos de certeza y taxatividad.

62. Sobre la base de estas consideraciones, la Corte Constitucional observa que los valores de legitimidad democrática y seguridad jurídica que fundamentan las garantías de reserva de ley y de taxatividad, no se vieron conculcados por la aplicación directa del artículo 233 de la Constitución para atribuir responsabilidad penal al accionante. Al contrario, frente al mandato constitucional de aplicación directa de la Constitución, el tribunal de casación no podía ignorar una regla de carácter supremo y perentorio. Además, de no haberla aplicado, se hubiera vaciado de contenido a esta disposición constitucional que otorga un valor primordial a la lucha contra la

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.”

³¹ Constitución de la República del Ecuador, art. 172: “Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.

Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia.

Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.”

³² CCE, sentencia 11-18-CN/19, 12 de junio de 2019, p. 286; sentencia 23-21-CN/22, 14 de diciembre de 2022, p. 30.

impunidad de delitos que atentan contra el correcto funcionamiento de la administración pública.

- 63.** Este reconocimiento constitucional sobre la responsabilidad penal de cualquier persona que participe en los delitos referidos en el artículo 233 de la Constitución, no implica que para su juzgamiento sean irrelevantes las calidades señaladas en la norma penal respecto de los sujetos activos. Así, por ejemplo, el tipo penal de peculado es de naturaleza especial porque requiere que la infracción sea ejecutada por parte de una persona que sea servidora pública o que tenga alguna de las calidades especiales señaladas en el tipo penal, sin perjuicio de que otra persona, que no ostente tales calidades, también participe en la ejecución de la infracción y deba ser sancionada con base en las mismas normas.
- 64.** Por lo tanto, frente al problema jurídico planteado, este Organismo concluye que la aplicación directa del artículo 233 de la Constitución con el fin de atribuir responsabilidad penal al accionante en grado de autor por el delito tipificado en el artículo 257-A del Código Penal, no vulneró su derecho al debido proceso en la garantía del principio de legalidad.
- 65.** No obstante, como se advirtió previamente, si bien el artículo 233 de la Constitución contiene una regla susceptible de ser aplicada directamente, la norma también conlleva el mandato de adecuar la legislación penal al sentido establecido por el texto constitucional.³³ En el presente caso, el tribunal de casación integró, lo que en apariencia constituía un vacío legal en la ley penal, con la aplicación directa de una regla de rango constitucional, sin que tal actuación, haya implicado una vulneración del principio de legalidad.

6. Decisión

- 66.** En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

- 1.** *Desestimar* la acción extraordinaria de protección 1364-17-EP.

³³ Constitución de la República, art. 84:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

2. *Exhortar* a la Asamblea Nacional para que, una vez que se encuentre conformada, se asegure de que la legislación penal vigente relacionada con los delitos contra la eficiencia de la administración pública se adecúe a lo establecido en el artículo 233 de la Constitución.
3. *Disponer* la devolución del expediente del proceso a la judicatura de origen.

67. Notifíquese y archívese.

Alí Lozada Prado
PRESIDENTE

Razón: Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con siete votos a favor de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Alejandra Cárdenas Reyes, Carmen Corral Ponce, Jhoel Escudero Soliz, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado y Daniela Salazar Marín; y, dos votos salvados de los Jueces Constitucionales Teresa Nuques Martínez y Richard Ortiz Ortiz, en sesión ordinaria jurisdiccional de miércoles 21 de junio de 2023.- Lo certifico.

Firmado electrónicamente
Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

SENTENCIA 1364-17-EP/23

VOTO SALVADO

Juez Constitucional Richard Ortiz Ortiz

1. En la sustanciación de la causa 1364-17-EP, el voto de mayoría desestimó la acción extraordinaria de protección al considerar que:

[L]a aplicación directa del artículo 233 de la Constitución con el fin de atribuir responsabilidad penal al accionante en grado de autor por el delito tipificado en el artículo 257-A del Código Penal, no vulneró su derecho al debido proceso en la garantía del principio de legalidad.

2. En ese contexto, además exhortó a la Asamblea Nacional “se asegure de que la legislación penal vigente relacionada con los delitos contra la eficiencia de la administración pública se adecúe a lo establecido en el artículo 233 de la Constitución”.
3. Respetuosamente, me aparto de la decisión de mayoría pues considero que, al resolver el caso concreto, se debió observar el refuerzo especial que en materia penal tienen los principios constitucionales de legalidad, *pro homine*, reserva de ley y máxima taxatividad e interpretación restrictiva. Y, aplicarlos desde su naturaleza limitativa del poder punitivo del Estado. Además, debió abordar el principio de eficacia directa de la constitución y la obligación de los legisladores de adecuar formal y materialmente las leyes a la Constitución, y verificar si en concreto dicha obligación no ha sido cumplida, previo a decidir exhortar a la Asamblea Nacional.
4. Considero que aquello habría permitido a la Corte no solamente verificar la vulneración de derechos alegados por el accionante, sino que también habría delimitado el marco de acción en el que los jueces penales pueden desempeñar sus funciones a la hora de interpretar la ley penal y subsumirla en el caso concreto.
5. En ese marco, creo conveniente hacer las siguientes precisiones:

Principio de legalidad formal y reserva de ley (arts. 76 número 3, 132 y 133 CRE)

6. La sentencia, sobre el principio de legalidad, señaló que “este principio representa una auténtica garantía del debido proceso”, ya que “constituye un límite transversal

al poder punitivo del Estado, con independencia de si se trata de un asunto de materia penal, administrativa o de cualquier otra índole”. Criterio con el que concuerdo.

7. Sin embargo, considero que es necesario precisar que este principio no puede ser analizado únicamente como un principio orientador, sino también como un principio limitativo del *ius puniendi*, lo que implica no solo que se observe al principio de legalidad penal como un principio procesal, sino como un principio cuya observancia hace posible el estado constitucional en sí mismo.
8. De allí que, la aplicación de este principio no solo suponga la incorporación de supuestos de infracción penal en la ley, sino también el acogimiento de los alcances que le revisten a este principio los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”) y 9 del Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos (“PIDCP”). Es decir, la concreción de un ideal de racionalidad del ejercicio del poder en el contexto del Estado republicano.
9. Así, desde el punto de vista formal, el principio de legalidad implica que la única fuente de producción normativa de carácter penal, habilitada por la Constitución, es la ley penal creada por quienes tienen la competencia para hacerlo, siguiendo el procedimiento establecido. Es decir, la Asamblea Nacional a través de la aplicación del procedimiento legislativo con todas sus garantías de publicidad, debate contradictorio y participación de las minorías.
10. Lo anterior quiere decir que se encuentra vedado a la doctrina, a la jurisprudencia y a la costumbre habilitar el poder punitivo del Estado. Sin embargo, esto no implica que no sea tarea de la jurisprudencia otorgar criterios de racionalidad respecto de la aplicación de la ley en la lógica de limitar el poder punitivo en los términos de la Constitución.
11. Por ello, los artículos 132 y 133 de la Constitución expresamente disponen que las infracciones penales y las sanciones para las mismas, deben constar en ley orgánica, de modo que sea posible garantizar la certeza de que el *ius puniendi* no será utilizado de forma arbitraria ni sorpresiva contra una persona. Es decir, que las personas tienen el derecho de conocer, con anterioridad y precisión al cometimiento del acto, si el mismo es punible o no, y cuál es la sanción aplicable en caso de serlo, tal como dispone la prohibición de ley *ex post facto* prevista en el artículo 76 número 3 de la Constitución.
12. Por ende, es indispensable que los supuestos que habilitan la aplicación de una sanción penal estén previstos en la norma legal. Es decir, tampoco es posible que se

establezcan sanciones o responsabilidad penal sobre un hecho que no esté debidamente previsto en ley penal anterior. Puesto que, admitir aquello, implicaría aceptar que se pongan en vigencia lo que la doctrina reconoce como leyes penales en blanco, es decir, normas que prevén únicamente las consecuencias penales sin que se prevea la acción típica y aquello se deje abierto para ser complementada por otra norma legal posterior.

13. De hecho, este tipo de leyes son muy cuestionadas por la doctrina ya que presentan graves problemas de interpretación y constitucionalidad, porque no se tiene claridad respecto de la vigencia de las normas que dejan abierto el catálogo o de aquellas que la complementan. Así mismo, se presentan problemas respecto de la apertura sobre la aplicación de interpretación analógica, que como conocemos es prohibida en materia penal. Y, finalmente, se corre el peligro de que se emitan múltiples leyes complementarias a la ley penal en blanco, lo que supondría una punición indiscriminada.

14. De ahí que, en la actual legislación penal, el legislador intenta cerrar esta posibilidad y ha previsto en el artículo 17 del Código Orgánico Integral Penal, lo siguiente:

Artículo 17.- Ámbito material de la ley penal. - *Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código.* Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia, y en materia de usuarios y consumidores. En materia de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial se tomarán en cuenta los preceptos administrativos contenidos en la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial. (énfasis añadido)

15. La cuestión sería qué ocurre si la norma penal en blanco no consta en la ley, sino en la Constitución. Se considera que esto debe ser marginal, tomando en cuenta que el texto constitucional, por naturaleza, prevé normas y conceptos jurídicos indeterminados que deben ser desarrollados por la ley. Por lo tanto, de darse el caso, no debería interpretarse que la disposición constitucional supone en sí misma una norma que prevé una tipificación expresa; sino que, por el contrario, se trataría de una disposición que debe ser desarrollada, como cualquier otra norma constitucional, por la legislación legal bajo los límites y lineamientos establecidos por la propia Constitución; o, en el peor de los casos, emplearse la norma como criterio de interpretación, pero no en una supuesta aplicación directa.

16. Es decir, la disposición constitucional vendría a constituirse en un mandato para que el legislador desarrolle dicho presupuesto en el instrumento legal. Interpretar lo contrario sería muy discutible, ya que se trata de una interpretación abstraída de la

integralidad de la Constitución; que, como se ha dejado dicho hasta aquí, prevé una serie de principios reforzados en materia penal y debe ser a la luz de estos que debe leerse la disposición constitucional.

17. Por ello, no considero adecuado el desarrollo jurisprudencial elaborado por parte de la Corte Nacional de Justicia y avalado en el voto de mayoría. Ya que, como se analizó en el párrafo 10 *supra*, en el caso concreto se está habilitando el poder punitivo a través de jurisprudencia y no a través de ley como corresponde. Así mismo, considero inadecuado interpretar que la norma prevista en el artículo 233 de la Constitución constituye en sí misma una norma que tipifica una infracción penal, sino que por el contrario constituye un mandato que debe ser desarrollado por la legislación a través de ley orgánica siguiendo el trámite legislativo previsto. Tampoco coincido con la afirmación de que se trata de un ejercicio de aplicación directa, sobre el cual me referiré más adelante.

Principio de máxima taxatividad e interpretación restrictiva (art. 76 número 3 y 132 CRE)

18. En línea de lo analizado en el acápite anterior, a mi criterio la sentencia de mayoría no observa con rigor el principio de máxima taxatividad e interpretación restrictiva que no es más que una manifestación adicional del principio de legalidad estricta en materia penal. Ya que, al avalar la interpretación, a mi criterio analógica, realizada por la Corte Nacional de Justicia se le está dando un alcance al delito de peculado más allá de lo estrictamente previsto en el Código Penal.
19. Lo anterior cobra sentido al considerar que el principio de máxima taxatividad e interpretación restrictiva, como principio limitativo del poder punitivo, exige que el legislador tipifique las infracciones penales con la mayor precisión posible. Lo cual está vinculado estrechamente con el principio de mínima intervención penal.
20. Bajo este principio lo que se intenta proscribir es la arbitrariedad, de modo que le sea prácticamente imposible al juzgador aplicar la sanción penal a supuestos expresamente no previstos en la ley. Para ello, es requisito *sine qua non* que el legislador, en atención al principio de legalidad y reserva de ley, agote los recursos necesarios para hacer constar en la ley los supuestos, y las sanciones para aquellos supuestos.
21. Si a pesar de ello, se encuentra que la norma no es clara se debe optar por la declaratoria de inconstitucionalidad, lo cual en nuestro sistema puede ser impulsado

a través de la acción pública de inconstitucionalidad o, en el caso de jueces ordinarios, la consulta de norma.

22. Sin embargo, pueden existir casos en los que no sea posible optar por la inconstitucionalidad, porque puede que el resultado sea más perjudicial por la irracionalidad de la que podría devenir; o, como en el caso concreto, que la norma esté prevista por la propia Constitución.
23. En estos casos, el principio de máxima taxatividad opera a través de la prohibición absoluta de la analogía *in malam partem*, es decir, no es posible que a través de la interpretación analógica sea punible aquello que no es punible. En consecuencia, no es factible completar la ley para lograr que aquella se aplique para supuestos no contemplados, como sucede en el voto de mayoría.
24. Es decir, la analogía podría ser utilizada en una dimensión integradora, ya que cerrarse a esta posibilidad implicaría excluir el ejercicio lógico del razonamiento jurídico. En materia penal, debe observarse que esta modalidad interpretativa debe ser aplicada *in bonam parte*, es decir, siguiendo la lógica limitativa del poder punitivo que reviste al principio que nos referimos en este acápite, siempre que hacerlo tampoco sea arbitrario.
25. Por lo expuesto, junto a lo manifestado hasta aquí, debe también observarse la obligación que tienen los operadores de justicia de realizar el ejercicio interpretativo de forma restrictiva. Esto quiere decir que ante la posibilidad de encontrarse dudas interpretativas, la que debe preferirse es aquella que tenga efectos limitativos. Por lo tanto, debe privilegiarse una interpretación que favorezca más a los derechos.
26. En consecuencia, en el caso concreto, a mi criterio, la extensión del delito de peculado en los términos realizados por la Corte Nacional de Justicia, en la práctica, supone un ejercicio interpretativo de analogía *in malam parte* y, así mismo, una interpretación de forma extensiva.
27. Si bien es cierto, la Corte Nacional de Justicia ha tomado como referencia lo dispuesto en el artículo 233 de la Constitución, erradamente, ha considerado que se trata de una norma penal en sí misma, cuando en realidad se trata de un mandato constitucional que debe ser desarrollado en la ley, por los propios principios establecidos constitucionalmente. Por lo que, al momento de decidir sobre la responsabilidad penal del accionante debió considerarse estrictamente el texto legal y así atender al carácter limitativo del principio referido.

28. En consecuencia, respetuosamente me alejo de la decisión mayoritaria ya que considero que la interpretación realizada por la Corte Nacional, en el caso concreto, inobservó el principio de máxima taxatividad, por cuanto se atendió un texto no previsto en la ley y se extendió de forma arbitraria los alcances del delito peculado, en cuanto al sujeto activo.

Principio *pro homine* (arts. 11 número 5 y 76 número 5 CRE)

29. Así, como hemos afirmado que los principios de legalidad, reserva de ley, máxima taxatividad e interpretación restrictiva son principios limitativos del poder punitivo, el principio *pro homine* en materia penal es un principio que tiene la finalidad de impedir violaciones a los derechos humanos, por lo que no solo que limitan al poder punitivo, sino que constituye también un freno a cualquier tipo de abuso del poder.

30. En esa línea, considero que la sentencia de mayoría pudo haber observado, con mayor detenimiento, también este principio al analizar el caso concreto. Puesto que, a partir de esto es que se puede entender nuestro criterio de que la interpretación de la Corte Nacional de Justicia, además de constituir una flagrante vulneración al principio de legalidad, supuso también la inobservancia de principios que han sido concebidos en la línea de evitar la extensión punitiva derivada de una supuesta oscuridad de la ley.

31. El principio *pro homine* es un principio que, en aplicación así mismo de los principios de interpretación conjunta y conglobante de las reglas del derecho internacional de los derechos humanos, busca precautelar la observancia de derechos fundamentales para que los operadores de justicia, ante la duda, siempre prefieran aplicar la interpretación que más favorezca a la vigencia de los derechos. En materia penal, este principio está especialmente reforzado, porque se relacionan directamente con el principio de inocencia (art. 76 número 2 CRE) y de libertad ambulatoria (art. 66 número 14 CRE).

32. Así mismo, conforme se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 11 número 5 y 76 número 5 de la Constitución, es obligación de toda autoridad pública y judicial aplicar lo que más favorezca a la plena vigencia de los derechos, aún más cuando se tenga duda sobre la aplicación de normas penales con las cuales se puede poner en riesgo derechos fundamentales de las personas.

33. Por lo tanto, si se toma en cuenta además el bloque de constitucionalidad (art. 424 párrafo 2 CRE), se comprende que las disposiciones constitucionales deben ser interpretadas a la luz de los tratados internacionales, de modo que se obtenga la interpretación que más favorezca a los derechos.

34. En ese contexto, no coincido con la decisión de mayoría, porque considero que si se observa el principio *pro homine*, en su real dimensión, se tendrá que la supuesta aplicación directa del artículo 233 de la Constitución -en el fondo- enerva los límites y garantías previstos para la materia penal. Por lo tanto, lo que se debió dejar en claro que, aun cuando, podía existir una duda legítima por parte de los juzgadores al momento de aplicar la disposición constitucional, se debió privilegiar la aplicación más favorable a los derechos, ya que a mi criterio el artículo 233 de la Constitución no tipifica una infracción, sino que más bien dispone que aquello sea desarrollado por la ley penal, con todas las garantías del procedimiento legislativo constitucional (arts. 134 al 138 CRE).

Principio de eficacia directa de la Constitución (art. 11 número 3 y 426 CRE)

35. Respetuosamente discrepo con la conclusión a la que arriba la sentencia de mayoría al avalar que la Corte Nacional de Justicia, al resolver el caso de origen, realizó un ejercicio de “aplicación directa” de la Constitución. Considero que aquello en realidad no ocurrió y que se confundió un mandato constitucional con la tipificación de una infracción penal.

36. Para explicar lo anterior es preciso que primeramente se comprendan los alcances del principio de eficacia directa de la Constitución.

37. El principio de eficacia directa se refiere a la capacidad que tienen las disposiciones previstas en la Constitución de llegar a producir efectos más allá de la existencia o no de normas infraconstitucionales que regulen un aspecto determinado. Aquello es producto del reconocimiento del carácter normativo de la Constitución que tuvo su origen con la vigencia del estado constitucional en sí mismo. En especial, este principio se refiere a las normas constitucionales que consagran los derechos fundamentales.

38. Estos efectos son producto del carácter supremo y normativo de la Constitución, es decir, de su posición privilegiada y preminente en el ordenamiento jurídico, por lo que cualquier disposición infraconstitucional cobra validez si solo es compatible con el texto constitucional en su integralidad.

39. Por esta razón, el artículo 84 de la Constitución prevé como garantía normativa la obligación de que la Asamblea Nacional adecue formal y materialmente las normas legales a la Constitución. Esto quiere decir que aun cuando no exista ley, la Constitución goza de eficacia directa, y que es al legislador a quien le corresponde

desarrollar lo previsto en la Constitución sin alterar los alcances y límites previstos en la norma suprema.

40. En consecuencia, el ejemplo más claro en el que se manifiesta el principio de eficacia directa es cuando existe absoluta ausencia de ley y, por lo tanto, se hace necesario aplicar de forma directa cuando aquello suponga garantizar el ejercicio de un derecho que no puede ser obstaculizado por la simple inexistencia de ley.
41. Sin embargo, en casos en los que la ley sí desarrolla el contenido de la Constitución, el principio de eficacia directa sufre una transformación y lo que se debe verificar es la compatibilidad de la disposición legal con el texto Constitucional. Tómese en cuenta que esta verificación pretende observar que el desarrollo legal no obstaculice o limite el ejercicio de derechos más allá de lo previsto en la norma de normas.
42. Dicha compatibilidad, tal como lo expresa el artículo 76 número 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, supone contrastar la norma legal con todo el texto constitucional. Esto tiene su razón de ser en el entendido de que la integralidad de la Constitución se trata de un conjunto sólido de disposiciones que solo pueden ser garantizadas si es que son observadas en su totalidad.
43. Resulta absolutamente lógico entonces pensar que, previo a sostener que en un caso concreto se requiere aplicar directamente una disposición constitucional, se contraste aquella con todo el texto constitucional, de modo que dicha aplicación directa cumpla con el presupuesto de hacer efectivo el ejercicio de derechos en la lógica de su aplicación más favorable.
44. Por lo tanto, en el caso concreto, se observa que existe la disposición constitucional contenida en el artículo 233 de la Constitución, por la cual se dispone que el delito de peculado es imputable incluso a personas que no tengan la calidad de servidor público; aquello no quiere decir necesariamente que se puede atribuir este delito indiscriminadamente a cualquier persona.
45. En consecuencia, se debe observar que, al aplicar el conjunto de principios reforzados en materia penal, dicha disposición tenga un resultado que haga efectivo el ejercicio de derechos, la vigencia del Estado de Derecho y la mínima intervención penal. Adicionalmente, para aplicar dicha disposición, se debe verificar también que aquello que está dispuesto en ella, no se encuentre ya desarrollado por la ley en los términos previstos en el artículo 84 de la Constitución.

46. Así, la Corte Nacional de Justicia pudo verificar que en el artículo 257-A del Código Penal se prevé la posibilidad de imputar el delito de peculado a personas que no tienen las calidades de servidores públicos. Para ello, el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, determinó los casos en los que las personas que no tengan la calidad de servidores públicos podrían ser considerados autores de delito.
47. En consecuencia, de la lectura del artículo referido se desprende que los particulares podrían ser considerados autores del delito si figuran como terceros beneficiarios o personas que prestan sus nombres para facilitar el cometimiento de la conducta punible. Es decir, se verifica que la norma legal sí prevé supuestos en donde pueden ser imputados por el delito de peculado personas que no tengan la calidad de servidor público.
48. Por ello, no concuerdo con el análisis de avalar la posibilidad de hacer aplicación directa en este caso, pues aquello solo sería posible si en realidad el legislador no habría previsto supuestos de punición por el delito de peculado respecto de personas que no tienen la calidad de servidor público, aunque siempre hay que tomar en cuenta el principio de estricta legalidad.
49. Adicionalmente, sostener que la aplicación directa del artículo 233 de la Constitución, con la finalidad de sancionar penalmente a una persona y por lo tanto restringir su derecho a la libertad; inobserva la integralidad de la Constitución que entre sus disposiciones contempla principios reforzados como el de legalidad, reserva de ley, máxima taxatividad e interpretación restringida, antes explicados en este voto.
50. En todo caso, también se pudo haber considerado que el mandato del artículo 233 era una norma de aplicación directa diferida a la actuación del legislador, mediante la reserva de ley del artículo 132 número 2 de la Constitución.
51. En consecuencia, considero que en el caso concreto no era posible tampoco exhortar a la Asamblea Nacional a adecuar el texto legal a los términos previstos en la Constitución, pues es contradictorio con la conclusión de la aplicación directa que se hace en el voto de mayoría. Si era factible –como considera la mayoría- integrar el contenido del artículo 257-A del Código Penal mediante “aplicación directa”, ya no era necesario tal exhorto. Por el contrario, si es que se observó que existe algún vacío en la norma legal que la haga incompatible con el texto constitucional, lo que debió proceder es que se realice el control abstracto de constitucionalidad por omisión.

Conclusión:

52. Con base en lo antecedentes expuestos a lo largo de este voto salvado, me aparto respetuosamente de la decisión de mayoría y considero que en el caso concreto sí existió una vulneración de los derechos del accionante.

Richard Ortiz Ortiz
JUEZ CONSTITUCIONAL

Razón: Siento por tal que el voto salvado de la Juez Constitucional Richard Ortiz Ortiz, anunciado en la sentencia de la causa 1364-17-EP, fue presentado en Secretaría General el 30 de junio de 2023, mediante correo electrónico a las 15:51; y, ha sido procesado conjuntamente con la sentencia.- Lo certifico.

Firmado electrónicamente
Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

SENTENCIA 1364-17-EP/23

VOTO SALVADO

Jueza Constitucional Teresa Nuques Martínez

1. Con fundamento en el artículo 38 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (“CRSPCCC”), formulo respetuosamente voto salvado de la sentencia 1364-17-EP/23 expedida el 21 de junio de 2023 (“voto de mayoría”) por el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador.

2. Las razones de mi disidencia son las siguientes:

Naturaleza de la norma constitucional

3. La norma constitucional se caracteriza por una rigidez que incorpora una relación de derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución provoca que aquella no pueda ser modificada sino por mecanismos de alta complejidad democrática, lo cual se contrapone con la flexibilidad configurativa de la legislación.

4. La norma constitucional está destinada a la tutela de la dignidad y a la protección del valor inherente de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades indígenas y la Naturaleza (parte dogmática), así como a diseñar un sistema de garantías e instituciones para que esto sea posible (parte orgánica).

5. A diferencia de la norma constitucional, las normas penales son los instrumentos legislativos por medio de los cuales, el Estado ejerce una parte de su actividad punitiva formal, específicamente la criminalización primaria.

6. En este orden, mientras que la norma constitucional es una norma que garantiza derechos, la norma penal es una norma que los restringe y limita.

7. Así, resultaría gravemente punitivo que una sociedad democrática, y particularmente, un Estado que se auto percibe como “constitucional de derechos y justicia” (art. 1 CRE), determine con rango constitucional normas jurídico-penales.

8. En efecto, las propiedades de la CRE son ajenas a la naturaleza de las normas penales.

9. En esta línea, la CRE se caracteriza por ser rígida a *contrario sensu* de las leyes jurídico-penales, respecto de las cuales se requiere que sean flexibles y se puedan modificar mediante los procedimientos legislativos ordinarios, a efectos de responder al dinamismo y a las valoraciones cambiantes que tiene la sociedad sobre el fenómeno criminal.
10. De hecho, admitir la existencia de una norma penal con un rango constitucional, conllevaría a aceptar que aquella únicamente podría ser modificada siguiendo los procedimientos complejos de reforma constitucional (enmienda, reforma o asamblea constituyente) previstos en los artículos 441, 442, 443 y 444 de la CRE. Lo cual dificultaría la adaptabilidad de la política criminal a la realidad social, por ejemplo, haciendo que se continúe sancionando una conducta o un hecho que la evolución social conciba en un futuro como algo inocuo.
11. Del mismo modo, se debe recordar que en el texto constitucional hay una preeminencia de normas de textura abierta (principios, valores y derechos), lo cual es completamente ajeno a la necesidad de mantener un texto cerrado en las normas penales.
12. Así, mientras que los casos o antecedentes de las normas constitucionales, por regla general son abiertos; las normas penales siempre deben seguir una estructura hipotética restrictiva y certera, donde se tase específicamente la conducta que se pena. Esto con motivo de evitar interpretaciones o aplicaciones extensivas “*in malam partem*”.
13. Por otro lado, los interpretes de la norma constitucional difieren de los interpretes de las normas penales. En este orden, concebir una norma penal de jerarquía constitucional, conllevaría a aceptar que dicha norma solamente pueda ser interpretada por la Corte Constitucional del Ecuador, órgano con competencia exclusiva para interpretar la CRE. Esto impediría que tópicos relacionados a la errónea o indebida interpretación de una norma penal con rango constitucional puedan ser discutidos por los jueces instructores, tribunales y salas sustanciadoras, y cortes de casación.
14. Continuando con esta lógica, la inclusión de normas penales en el texto constitucional provocaría que las garantías jurisdiccionales, puedan emplearse con un objeto punitivo, esto en tanto que están diseñadas para asegurar judicialmente la vigencia material de los preceptos de la CRE, que en la hipótesis del voto de mayoría también incluirían normas de carácter penal.

15. Finalmente, debe tenerse en cuenta la imposibilidad de admitir la presencia de normas penales en el texto constitucional, puesto que entrarían en conflicto con otros principios y valores contenidos en la CRE, lo que terminaría por hacerlas inoperantes. Al respecto, debe tenerse en cuenta que varios principios de la CRE favorecen a una comprensión mínima, garantista e instrumental del Derecho Penal como herramienta de *ultima ratio*. De ahí que no correspondería asimilar la naturaleza de una norma penal con el carácter de la CRE, puesto que esta última norma, no puede concebirse como algo instrumental y de *ultima ratio*, sino que siempre debe valorarse como algo sustancial y de inmediata vigencia.
16. Por estos motivos, la suscrita jueza constitucional se aparta del criterio de que el artículo 233 de la CRE pueda equipararse a una norma penal, y ser empleado para juzgar y sancionar penalmente a un responsable individual.

Principio de aplicación directa de los derechos y garantías de la CRE

17. El Constituyente de forma expresa en el artículo 76.3 de la CRE determinó que las infracciones penales deben tener rango penal, al indicar que: “[n]adie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, *no esté tipificado en la ley como infracción penal*”.
18. Por consiguiente, el bloque de constitucionalidad del Estado ecuatoriano ha circunscrito a las normas penales a una fuente formal legal; lo cual debe interpretarse de manera restrictiva, en el sentido de que no son admisibles normas penales de fuente supralegal o infralegal.
19. Ahora bien, de conformidad con la argumentación desarrollada en el voto de mayoría, con base en el principio de aplicación directa contemplado en el artículo 11.3 de la CRE, los jueces con competencia en garantías penales y casación penal tendrían la potestad de resolver el estado de inocencia de una persona y declararlo responsable del delito de peculado aplicando el artículo 233 de la CRE.
20. Sobre este punto, el artículo 233 de la CRE, en lo pertinente, dispone:

Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los

juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. *Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.*

[Énfasis añadido]

21. Como se observa, si se analiza lo prescrito por el artículo *in examine* se ve que el mismo no desarrolla ningún derecho ni garantía, sino que hace alusión a un tópico de aparente corte penal, motivo por el cual no podría entrar en el supuesto de aplicación directa previsto en el artículo 11.3 de la CRE, en la medida de que dicho artículo es claro en señalar que son “[l]os derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos” los que “serán de directa e inmediata aplicación”, excluyendo normas de otro tipo, particularmente aquellas de carácter restrictivo o limitadoras de derechos, como sucede con las normas penales.
22. Empero, además debe tenerse en cuenta que el artículo 233 de la CRE, a diferencia de lo sostenido por el voto de mayoría, no contempla una norma penal propiamente dicha, esto es, no reproduce una norma penal primaria que regule directamente la conducta de los ciudadanos.
23. En realidad, el artículo 233 de la CRE es una “norma de competencia”, a saber, una norma que asigna u ordena una potestad determinada a un órgano del Estado, en este supuesto, a la Función Legislativa.
24. Así, en su parte relevante, el artículo constitucional en referencia establece que: “[l]as servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito”. No obstante, debe destacarse que esta disposición no menciona cuáles serían las sanciones, ni que son o cuáles son los elementos configurativos de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito - no tipifica sus elementos estructurales, objetivos y subjetivos-. Por esto, necesariamente se requeriría de una norma legal que lo desarrolle para poder ser aplicado.
25. De ahí que, esta abstención del Constituyente de dotar de contenido sustancial (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y sanciones aplicables) por sí mismo a los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito en el artículo 233 de la CRE; debe ser interpretada como una remisión o mandato de configuración normativa destinado a la Asamblea Nacional, a efectos de que sea este órgano el que dote de contenido sustantivo –tipificación- a las conductas señaladas. Razonamiento que cobra fuerza, si se advierte que de conformidad con el artículo 132.3 de la CRE,

“[s]e requerirá de ley en los siguientes casos: (...) 2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes”.

26. En otra orilla, el artículo 233 de la CRE también dispone que “[l]a acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas”. Enunciado que tampoco puede ser valorado como una norma penal de aplicación directa, puesto que no es posible perseguir un delito que no se encuentra tipificado, ni uno que estando enunciado (identificado con un nombre) no expone sus elementos mínimos – sujetos, verbos rectores, sanciones, etc.-; de ahí que solo resulta operativo en la medida de que el legislador le haya otorgado un contenido a estos delitos en la ley penal.
27. Finalmente, el artículo en mención establece que “[e]stas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas”, lo cual llevó a concluir en el voto de mayoría que, una persona que no cumplía con las propiedades del sujeto activo calificado del artículo 257A del derogado Código Penal podía ser sancionada como autor de peculado con base en el artículo 233 de la CRE.
28. Sobre esto último, la suscrita jueza constitucional deja en evidencia que, si los dos primeros enunciados analizados del artículo 233 de la CRE no podían ser aplicados toda vez que no identificaban ni las sanciones, ni lo que eran, ni los elementos configurativos de los delitos que enuncia; mal podría aplicarse este último enunciado, que tiene como condición precisamente la posibilidad de aplicar los dos enunciados antes analizados: “[e]stas normas también se aplicarán”.
29. Motivo por el cual, debía existir un desarrollo legal previo, para que, de conformidad a lo prescrito por la ley penal, se sancione a los infractores.
30. Con base en esta argumentación, la suscrita jueza penal disiente del voto de mayoría.

Principio de lex certa

31. Como una derivación del principio de legalidad en derecho penal, existe el principio de *lex certa*,¹ el mismo que exige que las leyes penales de forma general, y los tipos penales de forma particular, describan de forma clara y precisa sus elementos, contenidos y sanciones.

¹ CCE, sentencia 34-17-IN, 21 de julio de 2021, párr. 31.

32. Por este motivo, mal podría sancionarse a una persona con base en el artículo 233 de la CRE, cuando el mismo no es nada claro ni específico con relación a los elementos estructurales, objetivos y subjetivos de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, como se explicó en el acápite previo, so riesgo de vulnerar el principio de *lex certa*.
33. Ahora bien, a diferencia de la vaguedad de la redacción contenida en el artículo 233 de la CRE, el artículo 257A del Código Penal, sí establecía los elementos mínimos para comprender al tipo penal de peculado, determinado que:
- Art. 257 A. Serán reprimidos con reclusión de cuatro a ocho años las personas descritas en el artículo anterior que, abusando de sus calidades, hubieren actuado dolosamente para obtener o conceder créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones. *La misma pena se aplicará a los beneficiarios que dolosamente hayan intervenido para el cometimiento de este ilícito y a quienes hayan prestado su nombre para beneficio propio o de un tercero.*
- [Énfasis añadido]
34. Esto es, la ley penal efectivamente contemplaba la posibilidad de sancionar por peculado a una persona que no cumpla con los elementos del sujeto calificado del tipo, pero lo restringía a dos casos en los cuales la tercera persona actuaba como beneficiario: (i) beneficiario doloso, o (ii) que haya prestado su nombre para algún beneficio.
35. Sin embargo, el accionante aclara que “*en el presente caso a mí me acusan como autor; no me acusan como un beneficiario (tercero); en tal virtud se violenta el principio de restrictividad previsto para la materia penal; en concordancia con lo dispuesto que tanto el artículo 76.3 de la Constitución de la República*”.
36. Es decir, el accionante fue juzgado por un tipo de sujeto activo no previsto en la ley penal, para lo cual se utilizó como norma para llenar el “vacío” al artículo 233 de la CRE, pese a la vaguedad de la misma.
37. Por consiguiente, el haber utilizado una norma que no era viable de ser aplicada directamente (artículo 233 CRE) por no desarrollar el contenido mínimo -elementos típicos- de las conductas delictivas de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, contravino el principio de *lex certa*.

Decisión

38. Por las razones antedichas, relativas a la naturaleza de la norma constitucional, el principio de aplicación directa de los derechos y garantías de la CRE, así como del principio de *lex certa*, presento respetuosamente este voto salvado.

Teresa Nuques Martínez
JUEZA CONSTITUCIONAL

Razón: Siento por tal que el voto salvado de la Jueza Constitucional Teresa Nuques Martínez, anunciado en la sentencia de la causa 1364-17-EP, fue presentado en Secretaría General el 03 de julio de 2023, mediante correo electrónico a las 13:17; y, ha sido procesado conjuntamente con la sentencia.- Lo certifico.

Firmado electrónicamente
Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL