

El privado como autor de peculado: ¿debate cerrado por la Corte Constitucional?

*The Private Person as Perpetrator
of Embezzlement: Debate closed
by the Constitutional Court?*

José Andrés Charry Dávalos

Docente, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Quito, Ecuador

jacharryd@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-5935-6210>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2024.42.3>

Fecha de recepción: 31 de diciembre de 2023

Fecha de revisión: 27 de febrero de 2024

Fecha de aceptación: 11 de marzo de 2024

Fecha de publicación: 1 de julio de 2024

Licencia Creative Commons



RESUMEN

La Sentencia 1364-17-EP/23 de la Corte Constitucional aparentemente cerró la discusión sobre el alcance del art. 233 de la CRE en lo que respecta al peculado. Se afirma serían autores tanto servidores públicos como sujetos que no ostenten esta condición, independientemente de sus conductas. La resolución es insatisfactoria. En la misma no se confrontó si el contenido del precepto constitucional era suficiente para cumplir con la determinación que requiere la tipificación de una conducta. El debate no puede cerrarse sin alcanzar estos niveles de análisis. El objetivo de este artículo es desafiar esta decisión, presentando argumentos que no fueron considerados, y a través de estos, cuestionar las conclusiones alcanzadas. Desde la explicación de lo que es un *intraneus* y un *extraneus*, se plantea otras formas de interpretar el art. 233. Entre las alternativas, se selecciona la que se cree que guarda armonía con todo el sistema de normas. El art. 233 fija la necesidad de que en el peculado se sancione como autores a no servidores públicos y a privados, pero no es suficiente para ser aplicado directamente. Es el principio de legalidad el que cumple con el mandato de determinación. Finalmente, se resalta que la norma penal sí contempla supuestos donde pueden intervenir como autores personas sin la calidad de servidores públicos, casos en los que existe certeza sobre la conducta prohibida.

PALABRAS CLAVE: delitos especiales, intraneus, extraneus, peculado, autor, cómplice, responsabilidad por el hecho, principio de legalidad.

ABSTRACT

Sentence 1364-17-EP/23 of Constitutional Court and article 233 of the CRE regarding embezzlement seems to be closed. It is stated that both public servants and the ones who do not hold this condition can be authors regardless of their conduct. The resolution is not acceptable as it did not confront whether the content of the constitutional precept was sufficient to comply with the determination required to classify a conduct. The debate cannot be closed without reaching these levels of analysis. The aim of this article is to challenge this decision with arguments that were not considered and can be used to question the conclusions reached. From the explanation of what an intraneus and an extraneus are, other ways of interpreting article 233 are proposed. Among the alternatives, the selected is the one that is believed to be in harmony with the entire system of regulations. Article 233 establishes the need to sanction to non-public and private servants as perpetrators of

embezzlement. However, it is not enough to be applied directly. It is the principle of legality that fulfills the mandate of determination. Finally, it is highlighted that the criminal law does contemplate cases where people without the status of public servants may intervene as perpetrators, cases in which there is certainty about the prohibited conduct.

KEYWORDS: special offense, intraneus, extraneus, embezzlement, author, accomplice, principle of legality, principle of liability for the act.

FORO

INTRODUCCIÓN

Mediante Sentencia 1364-17-EP/23, la Corte Constitucional del Ecuador¹ legitimó una aplicación judicial polémica sobre la calificación jurídica que merece una persona sin la calidad de servidor público² si interviene en un delito de peculado. La decisión concluye que una persona sin esta calidad puede ser autor del delito en aplicación directa del art. 233 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE), pues, a su criterio, esto no lesiona derechos fundamentales, cumple con el espíritu constituyente y es el único modo de interpretar el precepto constitucional.

La Sentencia 1364-17-EP/23 valida lo que ha sido una posición constante de la Corte Nacional de Justicia que, dentro de varios fallos,³ ha mantenido esta postura.⁴ El fundamento de esta posición radica en que, teóricamente, el art. 233 de la CRE implica una comunicabilidad de las circunstancias del sujeto calificado al sujeto sin dicha calidad.

1. Respecto de la decisión existen votos salvados del juez Richard Ortiz y de la jueza Teresa Nuques.
2. El art. 233 refiere sobre la calidad de servidor público, delegados o representantes de cuerpos colegiados de las instituciones del Estado. Sin embargo, para no mencionar las tres variables de forma reiterativa, se hará alusión solo a la calidad de servidor público, entendiéndose que, cuando se menciona esta, se abarcan las otras dos variables.
3. Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, “Sentencias”, en *Caso 175-2013*, 18 de octubre de 2013; *Caso 15281-2016-00444*, 7 de febrero de 2022; *Caso 17721-2017-00204*, 26 de enero de 2021.
4. En sentido crítico Jorge Zavala, *Peculado general y bancario* (Quito: Murillo, 2015), 136-43.

Este artículo pretende criticar la Sentencia 1364-17-EP/23 y con ello los fallos de la Corte Nacional del Ecuador. La decisión que va a ser analizada parte de varias premisas que se consideran equivocadas y que tienen como consecuencia una conclusión que, como se tratará de demostrar, guarda poca armonía con la norma jurídica suprema.

Para alcanzar el objetivo planteado, el artículo se estructurará de la siguiente forma: análisis del concepto jurídico *extraneus*, alcance del art. 233 de la CRE y aplicabilidad del art. 233 de la CRE en el delito de peculado.

ANÁLISIS DEL CONCEPTO JURÍDICO *EXTRANEUS*

Abordar el concepto jurídico de *extraneus* es fundamental para entender uno de los problemas en los que incurre la Corte Constitucional. Partir de lo simple, este concepto tiene sentido solo si entendemos lo que significa un delito especial, análisis al que realmente no se entra en la sentencia.

Los delitos especiales son aquellos que restringen el círculo de autores.⁵ De hecho, en la evolución de esta institución en distintos ordenamientos jurídicos, no ha existido duda sobre este espíritu restrictivo,⁶ al clasificar los delitos en comunes y especiales, según este dato en específico.⁷

En los delitos comunes puede ser autor de la infracción cualquier persona sin que requiera algún atributo o característica particular.⁸ Entonces, el homicidio, el hurto o el abuso sexual son delitos comunes, puesto que el legislador ha previsto que cualquiera los puede realizar en calidad de autor. Cuando se hace referencia a delitos especiales, la autoría queda limitada solo a determinados sujetos, aquellos que sí cumplen con la condición fijada por la norma para poder merecer este calificativo jurídico.⁹ Así, la ejecución extrajudicial, la concusión o el prevaricato son delitos especiales.

5. Víctor Gómez Martín, *Los delitos especiales* (Buenos Aires: BdeF, 2006), 16.

6. *Ibid.*, 5 y 6; Max Mayer, *Derecho penal parte general* (Buenos Aires: BdeF, 2007), 119.

7. Sobre la clasificación, véanse Francisco Muñoz Conde y Mercedes García, *Derecho penal parte general* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 105; Diego Luzón Peña, *Lecciones de derecho penal parte general* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 163; Santiago Mir Puig, *Derecho penal parte general* (Barcelona: Reppertor, 2011), 238.

8. Mayer, *Derecho penal*, 119.

9. Gómez, *Los delitos especiales*, 27; Mayer, *Derecho penal*, 119, 509.

En delitos especiales es usual que el legislador seguido a las palabras “el o la persona” fije esa característica especial que debe cumplir el sujeto activo del delito para ser calificado como autor. Son ejemplos de esto la utilización de las palabras “La o el funcionario”, o “Las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional”. Pero esto no es una regla.¹⁰ Lo correcto es analizar el tipo penal en su integralidad y determinar si existe una situación fáctica fijada por el legislador para que solo determinadas personas puedan ser autores de la infracción. Si se lee el delito de abuso de confianza daría la impresión de que se trata de un delito común. El tipo penal de las palabras “La persona”, sin asociar de forma seguida un atributo en particular. Sin embargo, este es un delito especial, pues para que una persona sea considerada autora del delito necesita haber recibido bajo cierta condición un encargo (dinero, bienes o activos patrimoniales), circunstancia que solo la cumplirán determinadas personas según el mandato recibido.

Este no es el espacio suficiente para analizar el fundamento por el cual existen delitos especiales. Sin embargo, conviene resaltar que, ya sea por una teoría de la norma especial,¹¹ del deber especial,¹² del dominio del hecho,¹³ o cualquiera otra que se mantenga,¹⁴ el fundamento siempre tiene como conclusión la restricción de quien puede actuar en calidad de autor.¹⁵ Es importante agregar que la palabra autores engloba a todas las modalidades posibles de autoría. Esto implica que, quien no cumple con la condición de la norma para ser autor, no puede ser autor directo, mediato¹⁶ o coautor,¹⁷ pues las tres son solo modalidades del precepto general “autoría”.¹⁸

10. Gómez, *Los delitos especiales*, 28-9.

11. *Ibid.*, 69-73.

12. Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (Madrid: Marcial Pons, 2000), 386-8; y en Claus Roxin, *Derecho penal parte general*, tomo II (Madrid: Civitas, 1997), 179-80. En sentido similar, Joaquín Cuello Contreras, *Teoría del delito* (Buenos Aires: Editorial BdeF, 2021), 106; Adolf Merkel, *Derecho penal parte general* (Buenos Aires: BdeF, 2014), 142-3.

13. Gómez, *Los delitos especiales*, 201-5.

14. Sobre otras posturas véase Armin Kaufmann, *Estudios de derecho penal* (Buenos Aires: BdeF, 2013), 86-7.

15. Luis Gracia, *El actuar en lugar de otro en derecho penal* (Buenos Aires: BdeF, 2021), 496; Gómez, *Los delitos especiales*, 31.

16. Roxin, *Autoría*, 393-4.

17. *Ibid.*, 391.

18. Gómez, *Los delitos especiales*, 309.

Ahora, nótese que solo se ha hablado de la restricción del círculo de autores. Esto implica que sí puede haber otros intervinientes en la comisión de la infracción de un delito especial, aun cuando no ostenten la condición requerida por el tipo penal. En este caso, el aporte en la infracción de este sujeto que no cumpla la condición normativa no será en calidad de autoría sino de partícipe, cómplice u otro concepto, según las formas de intervención que se reconozca.¹⁹ Para Ecuador, solo en calidad de cómplices.²⁰ Esto no es un dato irrelevante, pues han existido posiciones minoritarias de que el delito especial limita a todos los posibles intervinientes en la infracción.²¹

Entendida esta diferenciación entre delitos comunes y especiales, conviene analizar lo que significa este concepto de *extraneus*. Para ello, se debe agregar a la discusión su término binomio *intraneus*. Recordemos la definición de delito especial: “es la restricción del círculo de autores”. A partir de este significado, se puede dibujar un gran círculo donde solo podrán incluirse al interior de este, ciertas personas con una condición determinada. Habrá, entonces, personas fuera y dentro del círculo, será *intraneus* la persona que esté dentro, será *extraneus* la que esté afuera.

Entonces, será *intraneus* aquel que puede ser calificado como autor por cumplir con la condición prevista por el legislador y será *extraneus* el que puede intervenir en el delito en una calidad distinta a la de autor, pues no cumple con la condición fijada por la norma. De ahí que *intraneus* solo sea compatible cuando se refiere al autor, *extraneus* solo cuando hace referencia al cómplice —caso COIP—, *extraneus* no sea compatible con el término autor y que *intraneus* tampoco sea concordante con el concepto cómplice.

Con todo lo dicho, analicemos la forma en la que se expone este tema en la Sentencia 364-17-EP/23. Para esto, sería injusto limitarnos al párrafo 46, donde por única vez se utiliza los conceptos *intraneus* y *extraneus*. Espacio de la sentencia donde, además, se diferencian los conceptos correctamente. Lo justo es analizar las consecuencias que derivan de esta diferenciación en la sentencia.

En el párr. 40 la Corte Constitucional hace un análisis de que sería el círculo de autores según el delito de peculado del Código Penal en vigor a la época. No lo hace expresamente, pero en dicho espacio se analiza en específico quién

19. Enrique Gimbernat, *Autor y cómplice en derecho penal* (Buenos Aires: BdeF, 2012), 222-9.

20. Zavala, *Peculado*, 147.

21. Ricardo Robles, *La participación en el delito* (Madrid: Marcial Pons, 2003), 220 y ss.

podía ser autor de la infracción por cumplir las calidades previstas en el tipo penal. Es más, de los párrs. 40.3 y 40.4 se denota que esto ni siquiera se considera punto de discusión. Tampoco es motivo de duda, conforme lo desarrolla en los párrs. 53 y 61.3, que la persona a quien se juzgó en el caso materia de análisis no ostentaba calidad alguna prevista en el tipo.

Entonces, la Corte Constitucional tenía claro que: hay una diferencia entre *intraneus* y *extraneus*, que el delito de peculado —al menos desde la lectura del Código Penal— es un delito especial, cuáles eran las condiciones para estar dentro del círculo de autores y que el accionante no cumplía con dicho parámetro. Aun así, siguiendo lo dicho por la Corte Nacional de Justicia, mantiene la postura de que este ciudadano juzgado puede ser considerado autor de la infracción aun sin la calidad prevista en el tipo penal.

Para que la conclusión de la Corte Constitucional y de la Corte Nacional de Justicia al menos tenga una coherencia en cuanto a las instituciones jurídicas analizadas, cabrían dos caminos: i. asumir que el art. 233 de la CRE transforma al peculado en un delito común, donde entonces ya no cabría utilizar los conceptos *intraneus* y *extraneus*; ii. defender que el art. 233 de la CRE transforma al ciudadano común en *intraneus* de la infracción. En este caso, se salva la contradicción de hablar del *extraneus* en calidad de autor del delito, lo cual es insostenible si se tiene claro lo que significa este concepto. Ninguna de las variables parece viable, motivo por el que es necesario analizar el alcance del art. 233 de la CRE.

ALCANCE DEL ART. 233 DE LA CRE

A partir de la aclaración conceptual realizada, se puede aportar a la discusión elementos que no fueron valorados por la Corte Constitucional del Ecuador ni por la Corte Nacional de Justicia en las distintas resoluciones citadas.

Es fundamental partir de una premisa, según lo dicho en el párr. 61.3 de la sentencia en análisis: la conclusión de que el *extraneus* puede intervenir en el delito de peculado en calidad de autor es la única interpretación posible de la norma constitucional. Considerando que, en general, las normas pueden estar sujetas a problemas de vaguedad, ambigüedad, entre otros, la afirmación “única interpretación posible” deja ver en el análisis del pleno un eventual sesgo a partir del cual el problema no fue realmente analizado. Claro, más allá de lo necesario para posicionar la teoría que se quería sostener.

Conviene traer al análisis aquellos aspectos que por un eventual sesgo no fueron desarrollados en la sentencia. Es verdad que el art. 233 de la CRE en su parte final contiene: “Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas”. Sobre esto, la primera interrogante sería a qué normas se refiere el constituyente cuando habla de “Estas normas también se aplicarán”. En el párr. 52, la Corte Constitucional refiere que se trata tanto a las sanciones respecto de ciertos delitos —entre ellos el peculado—, la imprescriptibilidad y al juzgamiento en ausencia. Por tanto, al menos de inicio, es correcto partir de la premisa de que por mandato constitucional una persona sin la calidad prevista en el tipo penal de peculado debe ser sancionada.

Lo incorrecto es asumir, pues la norma no lo dice, que el reproche penal que se debe realizar al sujeto sin la calidad de servidor público puede ser, sin más, en calidad de autor.²² Nótese que incluso el asambleísta constituyente para fijar esta regla utiliza la palabra “participen” sin realizar ninguna concreción al respecto. Justamente, la falta de especificidad y uso genérico del término “participen” es en lo que se sostiene la Corte Constitucional para afirmar que, al hablar de participación en sentido amplio, no se ha condicionado a que la sanción sea restrictiva a determinadas formas de participación criminal, pudiendo entonces ser en calidad de autor.²³

Paradójicamente, aun cuando el artículo no restringiría su aplicabilidad a una forma de participación en concreto, parece que para la Corte Constitucional sí lo hace, pues viabiliza sin matices que la persona sin la condición prevista en el tipo penal sea sancionada como autor. En la sentencia no se hace ninguna referencia a otras calidades, de ahí que tampoco se analice qué presupuestos se deberían cumplir para merecer uno u otro título de participación, sea autoría o complicidad. Entonces, en la resolución se afirma que el concepto participación es amplio para abarcar cualquier forma de intervención en el delito, pero en sus consecuencias solo se viabiliza que el sujeto sin la calidad prevista en el tipo sea también autor de la infracción, independientemente de la conducta que ejecute.

Interpretar que el art. 233 de la CRE es suficientemente amplio para abarcar cualquier intervención en el delito y, por tanto, el sujeto sin la calidad prevista

22. Zavala, *Peculado*, 139.

23. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio 1364-17-EP*, 21 de junio de 2023, 15.

en el tipo es autor, no es la única forma de darle sentido a la norma. Partiendo de esa amplitud podría interpretarse el texto constitucional de forma absolutamente contraria. Esto es, que la palabra participación, al no concretarse a conductas o formas en específico, viabilizaría solo la intervención en calidad de cómplice de la persona que no cumpla la condición normativa.

A favor de esta posición se pueden plantear dos argumentos ajenos al análisis constitucional. i. Esta postura no presenta problemas para sancionar al *extraneus* de la infracción, pues como ya se explicó, el cómplice no necesita ostentar ninguna condición para ser sancionado. ii. En materia constitucional, la duda sobre el alcance de una norma, en este caso, sobre lo que implica el término “participación”, debe tener como respuesta la interpretación que más favorezca los derechos de la persona procesada.

Ninguno de los dos extremos parece acorde a lo dicho en la norma, pues el constituyente utilizó la palabra “participación”, lo cual implica tanto autoría como complicidad como —solo— teóricamente interpretó la Corte Constitucional en la sentencia. Por tanto, lo que realmente corresponde determinar es cuándo será cómplice, en qué circunstancias se lo puede considerar autor, si el texto constitucional es suficiente para aclarar estos aspectos y si esto tiene contradicción con otros preceptos constitucionales.²⁴ Para responder esto, es preciso analizar cuáles serían las consecuencias de aplicar directamente el art. 233 de la CRE.

APLICABILIDAD DEL ART. 233 DE LA CRE AL DELITO DE PECULADO

Ha quedado dicho que la sanción no es conflictiva cuando se trata del cómplice. El problema no es que el *extraneus* pueda ser autor del delito, pues esta no es la aproximación correcta, sino cómo se extiende el círculo de autores a personas sin la calidad fijada en la norma. Entonces, lo que debe analizarse es si el art. 233 de la CRE es suficiente para ampliar el círculo de autores del delito de peculado. Este era uno de los objetivos de la Sentencia 1364-17-EP/23, pues uno de los puntos que en teoría se dilució es si la aplicación directa del

24. Sobre la interpretación finalista y sistemática del texto constitucional. Sobre este tipo de enfoque, véase Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, *Interpretación constitucional*, dir. Gladys Guevara (Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006), 36-43.

art. 233 de la CRE entraba en conflicto con el principio de legalidad. Lamentablemente, el análisis de la Corte Constitucional en este aspecto es superficial.²⁵

La Corte Constitucional parte de la premisa de que a través del principio de legalidad se alcanzan tres aspectos importantes: que la ley sea previa, escrita y estricta.²⁶ Sin embargo, este planteamiento no tiene un desarrollo posterior. La resolución se limita a afirmar que el art. 233 tendría un supuesto de hecho: “participación de un sujeto sin la calidad de servidor público en un delito de peculado”; y, una consecuencia: “aplicación de las mismas penas que al servidor público”. El pleno considera que, con eso y el contenido del peculado en el tipo penal, basta para alcanzar conformidad con el principio de legalidad.

Esas conclusiones alcanzadas por la Corte Constitucional son formales y discordantes con el tipo de derecho penal reconocido por el ordenamiento jurídico. Nótese que la sentencia realmente no desarrolla qué implican estas características de la ley, por tanto, tampoco confronta si lo que considera un supuesto de hecho es compatible con las mismas. Para sostener lo dicho por la Corte Constitucional, se debió enfrentar su conclusión —más allá de la mera formalidad— con ese principio de legalidad,²⁷ y relacionado a este, el principio de responsabilidad por el hecho.²⁸

Una de las bases fundamentales del derecho penal del Ecuador, al identificarse como un Estado democrático, es que responde a un derecho penal de acto y no de actor.²⁹ La legitimidad del poder punitivo del Estado estará validada siempre que aquello que merece un reproche, y por lo cual se quiere imponer la pena, sea una conducta ya sea en modalidad acción u omisión. El principio de responsabilidad por el hecho justamente precautela que los hechos que consti-

25. Este es un problema frecuente al analizar la necesidad de concreción de la ley penal; al respecto, léase Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal* (Buenos Aires: BdeF, 2007), 128-9.

26. Roxin, *Derecho Penal parte general*, tomo I, 140 y 141; Muñoz y García, *Derecho Penal parte general*, 105.

27. Sobre la estrecha vinculación entre estos principios, véase Luzón, *Lecciones*, 24.

28. Es claro Roxin cuando afirma: “Por Derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa solo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor [...]”. Roxin, *Derecho Penal parte general*, tomo I, 176.

29. Raúl Zaffaroni, *Manual de derecho penal parte general* (Buenos Aires: Ediar, 2006), 49-50; también Roxin, *Derecho Penal parte general*, tomo I, 176-7.

tuyen una sanción penal sean conductas.³⁰ Al contrario, cuando juzgamos a la persona solo por una determinada calidad —o falta de la misma—, identidad o característica personal, rompemos estos límites.³¹

Derivado de lo dicho en el párrafo anterior, cobra una dimensión diferente el análisis que se pueda realizar del principio de legalidad. Es cierto que la ley debe cumplir ciertas características: previa, escrita y estricta. Pero atrás de respetar estos presupuestos, se intenta que la norma cumpla con su función de garantía criminal,³² esto es, con su rol de determinar de forma suficiente cuáles son los crímenes —conductas— por los que se va a sancionar.

Entonces, una norma contendrá un “supuesto de hecho” y una “consecuencia”, siempre que ese supuesto de hecho contemple una conducta suficientemente determinada.³³ Este aspecto es fundamental para la vigencia y legitimidad del poder punitivo, pues solo cuando se ha previsto qué conductas son deseadas socialmente y cuáles son calificadas como delitos, la persona puede decidir si cometer o no una infracción.³⁴ Más aún si lo que se busca es imputar a una persona un delito en calidad de autor, pues “todo criterio de autoría, sea de la naturaleza que fuere, tiene que estar referido a la realización del tipo penal”.³⁵

El análisis que realiza la Corte Constitucional del art. 233 de la CRE está lejos de cumplir estas premisas de un derecho penal de acto. El “supuesto de hecho” fijado en la sentencia se limita a una “participación” en un delito de peculado por sujetos que no sean servidores públicos. Utilizar el verbo participar no determina qué conducta es la que el sujeto sin la calidad debe realizar para configurar su comportamiento al crimen. Vale recordar que el mismo pleno reconoce que el texto constitucional utiliza la palabra participación “en sentido amplio”, amplitud que es contraria a esa determinación que requiere la tipificación de una infracción.³⁶ Sin la suficiente concreción, el reproche podría

30. Luzón, *Lecciones*, 24.

31. Sobre los principios como límites del poder punitivo, el principio de legalidad y de responsabilidad por el hecho en específico, véase Mir, *Derecho Penal parte general*, 123.

32. Mir, *Derecho Penal parte general*, 106.

33. *Ibid.*

34. Franco Bricola, *Teoría general del delito* (Buenos Aires: BdeF, 2012), 203-5; también véase Álvaro Román Márquez, *Teoría del delito en el Ecuador* (Quito: El Forum, 2015), 26.

35. Alonso Pérez, *La coautoría y la complicidad* (Buenos Aires: BdeF, 2021), 155.

36. Sobre este problema, véase Mir, *Introducción*, 129.

abarcar cualquier acto que realice una persona sin la calidad ya dicha,³⁷ la presentación de una oferta, la firma de un acta entrega-recepción, la suscripción de un contrato, etc., sin que esta variedad de supuestos pueda ser prevista por el sujeto.

Un ejemplo es la resolución de la Corte Nacional de Justicia en Proceso penal 15281-2016-00444 de 7 de febrero de 2022. En el caso, el recurso de casación del procesado, quien fue el contratista del proceso de contratación pública, se fundamentó justamente en su falta de calidad de sujeto especial. En respuesta, la Sala Especializada Penal se limitó a afirmar la posibilidad de sanción a un no servidor público al tenor de lo establecido en el art. 233 de la CRE, sin analizar o explicar cuál sería la conducta punible.

Por tanto, entre el principio de legalidad y la aplicación directa del art. 233 de la CRE realmente sí existe distancia, pues la segunda norma mencionada no determina las conductas prohibidas para los sujetos sin las calidades de servidores públicos, y sin esto no se cumple con la garantía criminal,³⁸ lo que a su vez implica que los sujetos no puedan decidir si cometer el delito o no. Bien dice Mir Puig: “De poco sirve, entonces, que se respete la exigencia formal de una ley previa, si su contenido no permite diferenciar con seguridad lo delictivo de lo que no lo es”.³⁹

Esto incluso genera una desigualdad entre los que podrían ser intervinientes en un delito de peculado, pues el servidor público sí conoce que no puede disponer arbitrariamente de fondos públicos⁴⁰ y con fundamento en ello preparar su defensa. El sujeto sin la calidad de servidor público desconoce sobre qué defenderse, pues no existiría la descripción de su conducta prohibida. Así, mientras el uno es condenado por peculado por esa disposición arbitraria, el otro recibe el mismo reproche por haber ofertado y ganado un proceso de contratación pública. Si bien los preceptos constitucionales son de directa e inmediata aplicación, para que esto pueda darse en materia penal, la norma constitucional al menos deberá cumplir con esos principios mínimos que limitan el poder punitivo del Estado.⁴¹ Lo dicho, dejando a un lado el hecho de que el principio de legalidad también es reconocido

37. Sobre el problema de la falta de determinación, véase Muñoz y García, *Derecho Penal parte general*, 105 y 106; también: Roxin, *Derecho Penal parte general*, tomo I, 141.

38. Mir, *Introducción*, 129.

39. *Ibíd.*

40. Se ejemplifica en el artículo con una de las conductas previstas en el delito de peculado para el servidor público. Pero es preciso aclarar que son varias las conductas suficientemente determinadas en el tipo.

41. Mir, *Derecho Penal parte general*, 107. Sobre la característica de ley estricta, el autor mani-

en la CRE (art. 76, num. 3) y en el Pacto de San José (art. 30), donde se fija como regla que la tipificación de delitos deba ser realizada a través de la ley.

Las consecuencias de una aplicación directa del art. 233 de la CRE y su falta de coherencia con principios limitadores del poder punitivo plantean la necesidad de encontrar una forma coherente y armónica de aplicar el precepto constitucional. Una tercera vía de interpretación, aun cuando la Corte Constitucional ha dicho que existe una única alternativa.

Se puede afirmar que el asambleísta constituyente, al establecer que las personas sin la calidad de servidor público también pueden ser sancionadas con el delito de peculado, fijó un mandato al legislador para adecuar el tipo penal e incluir los supuestos para que sean reprochados tanto en calidad de autores como de cómplices. Bajo esta postura, no existe una discrepancia entre el art. 233 de la CRE y el principio de legalidad. El primero fija la necesidad de que el tipo penal de peculado incluya como autores y cómplices a personas con y sin esta calidad. El segundo determina qué acciones u omisiones de ciudadanos sin la condición normativa se entienden como delictivas del delito de peculado.⁴² Antes de estar contrapuestos, los preceptos constitucionales se complementan.

Esta forma de enfrentarse a la norma parece más coherente con el principio de interpretación *pro homine* reconocido en la CRE.⁴³ A través de la tipificación de conductas se precautela el principio de legalidad y el derecho a la defensa de todo ciudadano, pues conoce las conductas calificadas como delictivas. Si el mandato interpretativo es aplicar las normas de la forma que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos de los ciudadanos, con énfasis en los del procesado,⁴⁴ parece preferible asegurarse la vigencia tanto del art. 233 de la CRE como del principio de legalidad, antes que sobreponerlos, confundirlos o ignorarlos.

fiesta: “El mandato de determinación se concreta en la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho”.

42. Sobre la función del tipo penal, véase Claus Roxin, *Teoría del tipo penal* (Buenos Aires: BdeF, 2021), 174.
43. Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador* (Quito: Abya-Yala, 2011), 62. También Esteban Polo Pazmiño, “Los principios de aplicación de los derechos en la Constitución ecuatoriana: una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia”, *Ius Humani*, vol. 7 (2018): 237.
44. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 11, num. 5, y 76, num. 5.

Quedaría entonces la tarea del legislador de desarrollar los supuestos de intervención en modalidad de autoría que abarcarían las conductas de los servidores públicos y de aquellos sin esa condición.⁴⁵ El análisis ahora radicaría en si, a partir del art. 233 de la CRE, existen presupuestos en el delito de peculado que cumplan con el mandato constitucional de ampliar el círculo de autores a personas sin la calidad de servidores públicos. La respuesta es sí, incluso desde la primera versión del COIP.

El delito de peculado contemplado en el art. 278 del COIP se mantiene como delito especial.⁴⁶ Pero no se limita a que solo pueda ser autor el servidor público, sino que extiende su alcance a otros sujetos sin esa calidad. Así, de la lectura del primer inciso del tipo penal original, vemos que podrá ser autor de peculado tanto el servidor público⁴⁷ como la persona encargada de una potestad estatal en una de las instituciones del Estado.⁴⁸ Es decir, una persona privada a la que se le otorga una función pública puede ser *intrañeus* de la infracción, siempre que, desde esa posición, puede abusar de ese cargo en perjuicio de la eficiente administración pública.⁴⁹

Este supuesto que viabiliza la sanción a no servidores públicos como autores del delito de peculado no es aislado. En la primera versión del COIP ya se incluía el peculado bancario, del que podían ser autores trabajadores de la banca privada. Así también, en el inciso quinto y sexto de la norma se preveían supuestos donde se amplió el círculo de autores a personas sin una función

45. En España sucede algo similar, se prevé sanciones para personas fuera del concepto funcionario. Pero se limita a supuestos donde ese “sujeto privado” esté encargado de fondos, rentas o efectos de las administraciones públicas, entre otros. Íñigo Ortiz Urbina, “Delitos contra la administración pública”, en *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, dir. Jesús Silva Sánchez (Barcelona: Atelier, 2011).

46. José García, “Consideraciones generales acerca del delito de peculado”, en *Temas Penales* 3, ed. Sylva Sánchez (Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017), 150. En pensamiento contrario, véase Ana Ponce y Richard Villagómez, *El delito de peculado en el Código Orgánico Integral Penal* (Quito: Zona G, 2015), 29. En otras legislaciones también se configura el delito de peculado como uno especial; véase Sergi Cardenal, “Delitos contra las administraciones públicas”, en *Derecho Penal. Parte especial*, dir. Mirenxtu Corcoy (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 734.

47. María Paulina Araujo Granda, *Consultor Penal-COIP* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021), 546. Cabe notar que en esta obra no se identifican algunos de los supuestos de autoría fijados por el COIP de la época.

48. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 278.

49. García, “Consideraciones generales acerca del delito de peculado”, 157.

pública, esto es, el que obtenga un crédito vinculado o el que preste su nombre para ello en beneficio propio o de terceros.⁵⁰

Con las reformas, el cumplimiento del precepto constitucional contemplado en el art. 233 de la CRE en armonía con el principio de legalidad y el principio de responsabilidad por el hecho es aún más claro. La versión actual del delito de peculado fija como parte del círculo de autores al proveedor, sujeto que evidentemente no ostenta la calidad de servidor público. Pero, conviene enfatizar, la configuración de la conducta del proveedor sí está desarrollada en el tipo penal.

Entonces, no es que el art. 233 de la CRE viabiliza, sin más, la sanción a un no servidor público como autor, independientemente del tipo de intervención en el delito. El precepto constitucional fijó el objetivo que asegure que no solo los servidores públicos puedan ser autores de esta infracción, y esto ameritó por parte del legislador la descripción de las conductas penalmente relevantes que permitan una sanción respetuosa de la garantía criminal.

El panorama cambia radicalmente. Mientras bajo esta tercera vía de interpretación existe una determinación de los elementos objetivos del tipo y sobre todo la conducta punible, bajo la interpretación que viene realizando la Corte Nacional de Justicia y que legitima la Corte Constitucional bastará con ser un oferente, un beneficiario o similar, sin que un potencial procesado pueda saber cuál concretamente es el comportamiento prohibido. Sin un verdadero análisis de fondo, el debate no puede estar cerrado.

CONCLUSIONES

Los delitos especiales restringen el círculo de autores. A través del establecimiento de una determinada condición normativa, se separa entre *intraneus* y *extraneus* de la infracción, según si el sujeto que interviene cumple con el presupuesto normativo para ser autor.

Si bien el art. 233 de la CRE establece que personas sin la calidad de servidor público puedan ser sancionadas por el delito de peculado, el texto constitucional es insuficiente para cumplir con la función de garantía criminal propia del principio de legalidad. Por tanto, el art. 233 de la CRE debe complemen-

50. *Ibid.*, 158.

tarse con el principio de legalidad. El primero fija la necesidad de sanción a no servidores públicos. El segundo, debe establecer las conductas prohibidas para el efecto.

El delito de peculado es un delito especial, pues aún mantiene la necesidad de cumplir con determinada condición para ser autor del mismo. Sin embargo, la condición no se limita a la de servidor público, pues existen otras condiciones agregadas al círculo de autores: proveedor, persona no servidora pero que ostenta una función pública, servidor de una institución financiera privada, beneficiario de un crédito vinculado, persona que preste el nombre para el efecto.

En el tipo penal de peculado sí se cumple el precepto constitucional contenido en el art. 233 de la CRE que manda a que se pueda sancionar a personas sin la calidad de servidores públicos, como autores de la infracción. Lo que no quiere decir que se valide la sanción de personas sin la calidad de servidores públicos independientemente de la conducta que realicen.

BIBLIOGRAFÍA

- Araujo, Ma. Paulina. *Consultor Penal-COIP*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021.
- Ávila, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Abya-Yala/Fundación Rosa Luxemburg, 2011.
- Bricola, Franco. *Teoría general del delito*. Buenos Aires: BdeF, 2012.
- Cardenal, Sergi. “Delitos contra las administraciones públicas”. En *Derecho Penal Parte Especial*, dirigido por Corcoy Mirenxtu. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- Cuello, Joaquín. *Teoría del delito*. Montevideo: BdeF, 2021.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia”. En *Juicio 1364-17-EP*. 21 de junio de 2023.
- Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal. “Sentencia”. En *Juicio 175-2013*. 18 de octubre de 2013.
- . “Sentencia”. En *Juicio 17721-2017-00204*. 26 de enero de 2021.
- . “Sentencia”. En *Juicio 15281-2016-00444*. 7 de febrero de 2022.

- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. *Interpretación Constitucional*, dirigido por Gladys Guevara. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006.
- García, José. “Consideraciones generales acerca del delito de peculado”. En *Temas penales* 3, editado por Sylvia Sánchez. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017.
- Gimbernat, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. Buenos Aires: BdeF, 2012.
- Gracia, Luis. *El actuar en lugar de otro en derecho penal*. Buenos Aires: BdeF, 2021.
- Kaufmann, Armin. *Estudios de derecho penal*. Buenos Aires: BdeF, 2013.
- Luzón, Diego. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Mayer, Max. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: BdeF, 2007.
- Merkel, Adolf. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: BdeF, 2014.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor, 2011.
- . *Introducción a las bases del derecho penal*. Montevideo: BdeF, 2007.
- Muñoz Conde, Francisco, y Mercedes García Arán. *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Ortiz, Íñigo. “Delitos contra la administración pública”. En *Lecciones de derecho penal parte especial*, dirigido por Silva Sánchez. Barcelona: Atelier, 2011.
- Pérez, Esteban. *La coautoría y la complicidad*. Buenos Aires: BdeF, 2021.
- . “Los principios de aplicación de los derechos en la Constitución ecuatoriana: una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia”. *Ius Humani*, vol. 7 (2018): 223-47.
- Ponce, Ana, y Richard Villagómez. *El delito de peculado en el Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Zona G, 2015.
- Robles, Ricardo. *La participación en el delito*. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- Román, Álvaro. *Teoría del delito en el Ecuador*. Quito: El Forum, 2015.
- Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- . *Derecho penal. Parte general*. T. I. Madrid: Civitas, 1997.
- . *Derecho penal. Parte general*. T. II. Madrid: Civitas, 1997.
- . *Teoría del tipo penal*. Buenos Aires: BdeF, 2021.
- Zaffaroni, Eugenio. *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2006.
- Zavala, Jorge. *Peculado general y bancario*. Quito: Murillo, 2015.