



Universidad
Nacional
de Loja

Universidad Nacional de Loja

Facultad Jurídica Social Administrativa

Carrera de Derecho

“Estudio jurídico y doctrinario referente a la participación y responsabilidad del extraneus en el delito de peculado”.

**Trabajo de Integración Curricular,
previo a la obtención del Título de
Abogada.**

AUTORA:

Shirley Gabriela Rentería Espinoza

DIRECTOR:

Dr. Servio Patricio González Chamba, Mg. Sc.

Loja – Ecuador

2023

Certificación

Loja, 11 de septiembre del 2023

Dr. Servio Patricio González Chamba, Mg. Sc.

DIRECTOR DEL TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR

CERTIFICO:

Que he revisado y orientado todo proceso de elaboración del Trabajo de Integración Curricular denominado: **“Estudio jurídico y doctrinario referente a la participación y responsabilidad del extraneus en el delito de peculado”**, previo a la obtención del título de **Abogada**, de autoría de la estudiante **Shirley Gabriela Rentería Espinoza**, con **cédula de identidad Nro. 1106207028**, una vez que el trabajo cumple con todos los requisitos exigidos por la Universidad Nacional de Loja, para el efecto, autorizo la presentación del mismo para su respectiva sustentación y defensa.

Dr. Servio Patricio González Chamba, Mg. Sc.

DIRECTOR DEL TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR

Autoría

Yo, **Shirley Gabriela Rentería Espinoza**, declaro ser autora del presente Trabajo de Integración Curricular y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos, de posibles reclamos y acciones legales, por el contenido del mismo. Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja la publicación de mi Trabajo de Integración Curricular en el Repositorio Digital Institucional – Biblioteca Virtual.

Firma:

Cedula de Identidad: 1106207028

Fecha: 06 de noviembre de 2023

Correo electrónico: Shirley.rentería@unl.edu.ec

Teléfono: 0990346910

Carta de autorización por parte de la autora para consulta, reproducción parcial o total, y/o publicación electrónica del texto completo, del Trabajo de Integración Curricular.

Yo, **Shirley Gabriela Rentería Espinoza**, declaro ser autora del Trabajo de Integración Curricular denominado: **Análisis jurídico y doctrinario referente a la participación y responsabilidad del Extraneus en el delito de peculado**”, como requisito para optar el título de **abogada**, autorizó al sistema bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que, con sus fines académicos, muestre la producción intelectual de la Universidad a través de la visibilidad de su contenido en el Repositorio Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el Repositorio Institucional, en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia del Trabajo de Integración Curricular que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, suscribo, en la ciudad de Loja, a los seis días del mes de noviembre de dos mil veintitrés

Firma:

Autora: Shirley Gabriela Rentería Espinoza.

Cédula de identidad: 1106207028

Dirección: San José -Loja – Ecuador.

Correo electrónico: Shirley.renteria@unl.edu.ec

Teléfono: 099 034 6910

DATOS COMPLEMENTARIOS:

Director del Trabajo de Integración Curricular: Dr. Servio Patricio González Chamba Mg.Sc.

Dedicatoria

A Victoria Antonella, tu amor y tu cariño son mi mayor motivación para superarme y buscar lo mejor para nosotras, mi pequeña, mi promotor para cumplir con mis sueños, que el esfuerzo, la dedicación y el sacrificio de ahora sirva de ejemplo y guía para tu futuro, para que prosperes y seas una gran mujer.

A mis padres, Marizol Espinoza y Patricio Rentería, quienes han sido el motor fundamental y necesario para poder desarrollarme académica y personalmente, por todo el esfuerzo y sacrificio que han realizado para forjar mi camino, por su amor, sus enseñanzas, los valores impartidos, por ser mi guía constante para alcanzar mis sueños.

Especialmente, dedico este Trabajo de Integración Curricular a Hugo Bolívar Espinoza Bustamante, quien ha sido mi fuente constante de inspiración, amor y enseñanza, agradezco por inculcarme el valor del esfuerzo, la dedicación y la perseverancia, mi ángel, aunque físicamente me haga falta su presencia, su espíritu me acompaña en cada paso que doy.

Shirley Gabriela Rentería Espinoza

Agradecimiento

Una vez concluido el presente estudio jurídico agradezco inmensamente a mi hija y a mis padres, por confiar y creer en mí, por su apoyo incondicional en el transcurso de mi carrera. Por la paciencia, colaboración y por su compañía durante el desarrollo del presente trabajo investigativo.

Agradezco a la Universidad Nacional de Loja, por brindarme el espacio adecuado para aprender y disfrutar en el transcurso de mis estudios, a cada uno de los docentes que impartieron sus conocimientos, enseñanzas y experiencias en sus labores académicas.

De manera especial, agradezco al Dr. Servio Patricio González por ser una guía fundamental durante en el desarrollo del proyecto investigativo, por la dirección, los conocimientos impartidos que han sido de gran ayuda para concluir con la presente investigación.

Shirley Gabriela Rentería Espinoza

Índice de Contenidos

Portada	i
Certificación	ii
Autoría	iii
Carta de autorización	iii
Dedicatoria	v
Agradecimiento	vi
Índice de Contenidos	vii
Índice de tablas	ix
Índice de ilustraciones	x
Índice de anexos	x
1. Título	1
2. Resumen	2
Abstract	3
3. Introducción	4
4. Marco teórico	6
4.1. El derecho penal.....	6
4.1.1 Función de la norma penal.....	7
4.1.2 Interpretación de la norma penal.....	9
4.1.3 Principios generales del derecho.....	10
4.1.4 Formas de participación en el delito.....	14
4.1.5 Delitos.....	20
4.1.6 Modalidades de la conducta delictiva.....	24
4.1.6.1 Delitos por acción y omisión.....	24
4.1.6.2 Delitos de dominio del hecho y delitos de infracción de deber.....	25
4.2 La administración pública.....	30
4.2.1 Definición de administración pública.....	30

4.2.2 Fines de la administración pública.....	32
4.2.4 Servidor público.....	36
4.2.4.1 Servidor Público en la legislación ecuatoriana	39
4.2.4.2 Deberes del servidor público.	40
4.2.4.3 Responsabilidad de los servidores públicos.....	41
4.3. El peculado.	46
4.3.1. Definición del peculado	46
4.3.2. Clasificación del peculado.	47
4.3.3. El peculado en el Código orgánico Integral Penal.....	48
4.3.4. Análisis del delito de peculado	49
4.3.4.1. El peculado como delito contra la administración pública	49
4.3.5. Naturaleza del delito de Peculado.....	51
4.3.5.2 Tipo penal del peculado	53
4.3.6. Elementos del peculado	54
4.3.6.1. Sujeto activo	54
4.3.6.2. Sujeto pasivo.....	55
4.3.6.3 Objeto material del peculado	55
4.3.6.4 Bien jurídico protegido del peculado.....	56
4.3.6.5. La sanción en el delito de peculado	57
4.3.7. Autoría y participación en el delito de peculado.	58
4.3.7.1. Participes en el delito de peculado.....	58
4.4.7.2. El extraneus y el intraneus	59
4.4.7.3 La sanción del extraneus en el delito de peculado.	61
4.4. Teorías respecto a la intervención del extraneus que colabora en los delitos especiales	63
4.4.2. Teoría de la unidad del título de imputación	63
4.4.3. Teoría de la ruptura del título de imputación.....	65
4.5. Derecho comparado.	65

4.5.1. El peculado en Perú.	65
4.5.2. El peculado en las grandes legislaciones mundiales.....	67
5. Metodología.....	68
5.1 Materiales utilizados	68
5.2 Métodos	68
5.3. Técnicas	70
5.4. Observación documental	70
6. Resultados.....	71
6.1 Resultados de las Encuestas.....	71
6.2 resultados de las entrevistas.....	84
6.3 estudio de casos	88
7. Discusión.....	93
7.1 verificación de objetivos.....	94
7.1.1 Verificación de objetivo general.....	94
7.1.2 verificación de objetivos específicos	95
7.2 Hipótesis	98
7.3 fundamentación jurídica para lineamientos propositivos	99
8. Conclusiones.....	101
9. Recomendaciones.....	103
10. Bibliografía.....	107
11. Anexos.....	115

Índice de tablas:

Tabla 1. cuadro estadístico pregunta 1.....	71
Tabla 2. cuadro estadístico pregunta 2.....	73

Tabla 3. cuadro estadístico pregunta 3	76
Tabla 4. cuadro estadístico pregunta 4.	79
Tabla 5. cuadro estadístico pregunta 5	82

Índice de ilustraciones:

Ilustración 1. representación gráfica pregunta 1	72
Ilustración 2. representación gráfica pregunta 1	74
Ilustración 3. representación gráfica pregunta 3.	77
Ilustración 4. interpretación gráfica pregunta 2.....	79
Ilustración 5. representación gráfica pregunta 5	82

Índice de anexos:

Anexos 1. Formato de encuesta.....	112
Anexos 2. Formato de entrevista.....	115
Anexos 3. Certificado de traducción del resumen	117

1. Título

“Estudio jurídico y doctrinario referente a la participación y responsabilidad del extraneus en el delito de peculado”.

2. Resumen

El presente Trabajo de Integración Curricular denominado: “**Estudio jurídico y doctrinario referente a la participación y responsabilidad del extraneus en el delito de peculado**”, ha surgido para dar solución al inconveniente generado por la falta de normativa en el Código Orgánico Integral Penal, para establecer la participación y sanción del particular que se encuentra involucrado en la ejecución del delito de peculado.

Para el desarrollo del estudio jurídico se tomará en cuenta, los principios generales del derecho, entre los que destaca: el principio de legalidad, el principio de tipicidad, el principio de especialidad y el principio de seguridad jurídica. Lo que servirá de apoyo para indagar y fundamentar la investigación.

Del mismo modo se tomará en cuenta las diversas teorías que dan explicación a las variables principales del trabajo investigativo, como el análisis doctrinario del sujeto activo que no siendo funcionario público concurre, junto con el funcionario, al cometimiento de este delito, lo que se conoce en la doctrina como extraneus.

Uno de los temas principales de estudio es la administración pública, tema de trascendental importancia para entender el rol que desempeña el servidor público en el correcto desarrollo de la sociedad, de igual forma, el deber moral y legal que engendra este sujeto al momento de vincularse con la administración pública, en el mismo sentido, esta investigación servirá para entender porque el derecho penal, sanciona con mayor rigurosidad al servidor público que tiene en sus manos el cuidado de los recursos y el patrimonio público.

Luego de analizar la doctrina y las leyes que forman parte de la legislación ecuatoriana, se procede a indagar el delito de peculado, para ello, se analiza la naturaleza del delito de peculado, el peculado como delito especial de infracción de deber, el tipo penal descrito en el Art. 278 del COIP, el grado de participación del extraneus dentro del delito de peculado, la participación en este delito, la diferencia entre el autor y el cómplice, y la asignación de la pena.

Finalmente, se efectúa un estudio comparado con Perú, Alemania y España, con el fin de cotejar las similitudes y diferencias entre los países nombrados.

Al finalizar, se llega a la conclusión que es necesario que el Código Orgánico Integral Penal describa la conducta del extraneus de forma clara y precisa, para evitar diferentes pronunciamientos y opiniones con referencia a su participación dentro de este delito.

Palabras claves: Peculado, servidor público, administración pública, extraneus.

Abstract

The present degree work called "legal and doctrinal study regarding the participation and responsibility of the extraneous in the crime of embezzlement", has arisen to solve the problem generated by the lack of regulations in the Organic Integral Penal Code, to establish the participation and punishment of the individual who is involved in the execution of the crime of embezzlement.

For the development of the legal study, the general principles of law will be taken into account, among which stand out: the principle of legality, the principle of typicity, the principle of specialty and the principle of legal certainty. This will serve as support to investigate and support the research.

Likewise, the different theories that explain the main variables of the investigative work will be taken into account, such as the doctrinal analysis of the active subject who is not a public official and who, together with the public official, commits this crime, which is known in the doctrine as extraneous.

One of the main topics of study is public administration, a subject of transcendental importance to understand the role played by the public servant in the proper development of society, likewise, the moral and legal duty that engenders this subject at the time of linking with the public administration, in the same sense, this research will serve to understand why the criminal law, punishes more rigorously the public servant who has in his hands the care of resources and public property.

After analyzing the doctrine and laws that are part of the Ecuadorian legislation, we proceed to investigate the crime of embezzlement, for this, we analyze the nature of the crime of embezzlement, embezzlement as a special crime of breach of duty, the criminal type described in Art, 278 of the COIP, the degree of participation of the extraneous within the crime of embezzlement, the participation in this crime, the difference between the author and the accomplice, and the assignment of the penalty.

Finally, a comparative study is made with Peru, Germany and Spain, in order to compare the similarities and differences between the countries mentioned.

At the end, it is concluded that it is necessary that the Organic Integral Penal Code describes the conduct of the extraneous in a clear and precise manner, in order to avoid different pronouncements and opinions with reference to their participation in this crime.

Keywords: *embezzlement, public servant, public administration, extraneous.*

3. Introducción

La presente investigación titulada **“Estudio jurídico y doctrinario referente a la participación y responsabilidad del extraneus en el delito de peculado”**, forma parte de la rama del derecho penal. Para dar inicio al desarrollo investigativo, es importante diferenciar las clases de delitos, primeramente, se abarcará los delitos de fuero común, estos delitos se caracterizan porque puede ser realizado por cualquier persona, en otras palabras, en el tipo penal no se exige condición alguna del sujeto activo, generalmente la descripción del tipo suele iniciar con frases “el que”, “quien”, “la persona que”, entre otros.

En segundo lugar, se encuentra los delitos especiales, que se distinguen de los comunes porque el sujeto activo deberá tener una característica definida en la descripción del tipo para cometer el hecho delictivo, esta calificación del sujeto activo calificado será necesaria para que pueda responder como autor o intraneus del delito, en el tipo penal suele indicarse que para cometer el delito requiere ser autoridad o funcionario, como servidor público, juez, padre, entre otros.

La autoría y participación en los delitos especiales tiene una singular importancia, en virtud que resulta complicado determinar las consecuencias jurídicas del extraneus que forma parte del cometimiento de este tipo de delitos, entendiendo a esta figura jurídica como aquel sujeto activo que se encuentra involucrado en un delito especial, pero carece de las calidades exigidas en el tipo penal para responder penalmente como autor del ilícito. Según la doctrina, no se le debería tratar el mismo que el intraneus porque no tiene ese vínculo y deber especial con el bien jurídico protegido, pero tampoco debe quedar exento de responsabilidad, incluso que tampoco puede responder si su conducta no se encuentra estipulada en el tipo penal.

Con lo dicho en líneas anteriores, la doctrina ha intentado resolver el problema estudiándolo desde dos perspectivas diferentes, la teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación, para lo cual es importante hacer un análisis de las teorías para obtener pautas importantes y determinar las consecuencias jurídicas del extraneus en los delitos especiales.

En el presente trabajo curricular se verificará el objetivo general “Desarrollar un análisis jurídico y doctrinario de las teorías de la participación del extraneus en los delitos especiales, para determinar la responsabilidad del sujeto activo en el delito de peculado”.

Del mismo modo, se verificará los tres objetivos específicos detallados a continuación: primero “Demostrar que existe vacío legal en el COIP con relación a la

Constitución de la República del Ecuador para sancionar al extraneus en el delito de peculado.”, segundo “Determinar el grado de participación del extraneus en el delito de peculado, para establecer conforme al principio de proporcionalidad, la responsabilidad penal correspondiente.”, y finalmente “Plantear una propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal para que se tipifique la responsabilidad penal del extraneus en el delito de peculado.”.

La estructura que se tomará en cuenta para el desarrollo es la siguiente: en primer lugar, se desarrollará el marco teórico con la finalidad de descomponer los macro temas, en subtemas y conceptuar, tanto doctrinariamente como en la legislación ecuatoriana vigente. Entre los temas principales se encuentran: el derecho penal con sus principios rectores, la interpretación de la norma penal, la autoría y participación, las clases de delitos; un segundo tema general es la administración pública, que ha sido tomada en cuenta para entender la importancia de la misma en el desarrollo de la sociedad, en el mismo sentido, la función que ejerce el servidor público en el servicio público, y la gran responsabilidad que conlleva sobre sus manos en relación al cuidado de los recursos públicos, en tercer lugar, el estudio del delito de peculado, como un delito especial de infracción de deber, y el rol que cumple el extraneus en este delito en particular, y finalmente, el último tema general es la doctrina, y sus diversas teorías respecto del tema abordado, que sirven de fundamento para entender la participación del extraneus en los delitos especiales, la teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación. En la parte final del marco teórico se realizó un análisis comparativo con los países: Perú, Alemania y España. Una vez concluido el estudio, se establecerá las soluciones más factibles para estipular en el Código Orgánico Integral Penal la participación del Extraneus en el delito de peculado.

Del mismo modo, se emplea materiales y técnicas que servirán para la obtención de información como las entrevistas y encuestas, estudio de casos, que apoyará a la verificación de información del presente Trabajo de Integración Curricular, finalmente, se expondrán las respectivas conclusiones y recomendaciones extraídas del desarrollo investigativo.

4. Marco teórico

Para el desarrollo del presente proyecto investigativo, es propicio contextualizar y realizar un análisis de los diversos temas y definiciones propuestos, que son relevantes para el estudio de la presente investigación curricular. Como enfoque principal, se abarcará las formas de participación en el derecho penal y su incidencia dentro de los delitos contra la administración pública, con especial énfasis en el delito de peculado, además, se tratará temas respecto a la importancia de los servidores públicos para lograr un correcto desarrollo dentro de la sociedad y sus implicaciones legales en la comisión de delitos. Es fundamental explorar y entender profundamente los conceptos básicos de los temas abordados para lograr tener una visión más completa y fundamentada de la problemática jurídica abordada en el Trabajo de Integración Curricular.

4.1. Derecho penal.

Se puede entender al derecho penal como el conjunto de leyes que traducen normas tuitivas de bienes jurídicos y que piensan su alcance, cuya violación se llama delito e importa una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar nuevas violaciones por parte del autor. Conforme a la previa advertencia formulada, también cabe entender el derecho penal al sistema de comprensión de ese conjunto de leyes (Zaffaroni, 1998, pág. 24).

En palabras de Luis Jiménez de Asúa, el Derecho penal es el conjunto de normas y disposiciones que tienen como finalidad regular el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, para lo cual utiliza al delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y lo asocia a la infracción de la norma, una pena finalista o una medida aseguradora (Jiménez citado por Núñez, 2001, p.1).

En la obra de Derecho Penal escrita por Von Liszt, el autor menciona “es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia” (Von Liszt, s/f, p. 5) agregando que, en la actualidad el derecho penal incorpora las medidas de seguridad.

El Derecho Penal perteneciente a la rama del Derecho Público surgió con la necesidad de proteger los derechos fundamentales de las personas, salvaguardar los bienes jurídicos y mantener el orden social, añadido a esto, se puede agregar que esta rama del derecho se encarga

de regular los delitos, las penas y las medidas de seguridad que se aplican a quienes ejerzan conductas criminales y pongan en peligro el bien común de la sociedad.

En la misma línea, al hablar del derecho penal positivo, se refiere al ordenamiento jurídico mediante el cual se establece los mecanismos y el procedimiento para sancionar ciertas conductas que son creadas por el legislador y son consideradas como delitos, así mismo, se encarga de determinar la responsabilidad que se impondrá al sujeto que cometa un hecho delictivo, cabe aludir que, las sanciones interpuestas hacia los infractores pueden ser leves como las económicas, o sanciones graves como la pena privativa de libertad, para lo cual, el legislador conforme al principio de proporcionalidad establecerá dicha sanción de acuerdo a la gravedad del ilícito y las condiciones en que se ha cometido.

El derecho penal se ocupa de garantizar la protección de derechos de las personas que cursen por un proceso penal, para ello, toma como base los principios generales del derecho y las garantías nombradas en la norma constitucional, entre los principios que tienen mayor relevancia son: el principio de la presunción de inocencia, el debido proceso y la proporcionalidad de las penas, dichos principios y garantías aseguran que se cumpla y se aplique de manera correcta los derechos fundamentales de las personas.

4.1.1 Función de la norma penal.

En el libro Tratado del Derecho Penal, Raúl Zaffaroni menciona que, el derecho penal debe proveer seguridad jurídica, pues ese sería su objetivo, el prevenir que se lesione los bienes jurídicos que se encuentran tipificados en la norma penal, por medio de la coerción penal, aspira evitar y prevenir que se cometa actos que alteren el bien social. Desde el criterio de este autor, la normativa penal “tiene como función de proveer a la seguridad jurídica mediante la tutela de bienes jurídicos, previniendo la repetición o realización de conductas que los afectan en forma intolerable” (Zaffaroni, s/f. p.50)

Su misión es proteger a la sociedad. Esto se logra a través de medidas que por un lado llevan a la separación del delincuente peligroso por el tiempo necesario, a la par que se reincorpora al medio social a aquellos que no lo son mediante el tratamiento adecuado en cada caso para lograr esta finalidad (derecho penal, s/f. p, 1).

En el Art. 1 del Código Orgánico Integral Penal se encuentra tipificada la finalidad de esta norma, la cual establece que su objetivo primordial es normar el poder punitivo del Estado, así como tipificar las infracciones penales y finalmente establecer la vía adecuada para el juzgamiento de quienes concurren en un proceso penal, de la misma manera, este código

busca promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas (Código Orgánico Integral Penal, 2014. Art, 1).

De lo dicho anteriormente, se puede decir que la norma penal busca regular el comportamiento de los individuos dentro de la sociedad, por medio de consecuencias legales que se aplicarán a quienes infrinjan lo normado. Dentro de la normativa penal, el legislador tomará en cuenta aquellos comportamientos que destruyan al bienestar común y atenten contra los valores y normas aceptadas por la sociedad para mantener el orden, dichas conductas serán positivizadas por el legislador en la normativa penal como conductas delictivas, con el fin de proteger a las personas, sus bienes y al bien común colectivo.

Para lograr este control, el derecho penal positivo establece los límites y prohibiciones para prevenir y controlar los comportamientos de la sociedad, con el objetivo de lograr la paz y seguridad en la sociedad para una convivencia en armonía.

De ello se derivan otras funciones más específicas como son: la protección de bienes jurídicos que son fundamentales para la sociedad, como la vida, la libertad, la integridad física, la propiedad, y otros. Para evitar la vulneración de estos bienes jurídicos el legislador establecerá las conductas que posteriormente serán llamadas delitos, las cuales será prohibida su realización, de esta manera, se podrá salvaguardar los bienes jurídicos que la norma establezca para su protección. Una segunda función es la de reprimir las conductas delictivas, es decir, al momento en que un sujeto comete un hecho punible, la norma penal establecerá la sanción ya sea pena privativa de libertad, multas u otras medidas, con la finalidad de castigar la conducta prohibida por la normativa, con ello se espera que el delincuente no vuelva a reincidir en dicha conducta y al resto de personas dejar claro que la norma no dejará pasar por alto los comportamientos delictivos. Otra función es la prevención, al establecer las penas y consecuencias legales para los delitos, la norma busca crear temor a las sanciones con el fin de que las personas se desalienten y no cometan dichos ilícitos. Una de las funciones más importantes, es la de buscar la justicia y equidad, para ello, la norma penal está creada a base de principios y garantías procesales que velan por el cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas, tanto de las víctimas como de las personas que se encuentren inmersos en un proceso penal, En Ecuador, tanto en la Constitución de la República de Ecuador como en el Código Orgánico Integral Penal se establece los principios y garantías que protegen al procesado, como son el derecho a la defensa, el principio de presunción de inocencia, el derecho al debido proceso y el principio de proporcionalidad, cabe mencionar, que estos principios y garantías son preceptos fundamentales del derecho, que como se conoce, son la

fuentes que sirven como guía al momento de crear leyes y de aplicarlas. Para lograr el cumplimiento de lo expuesto, la norma deberá ser clara y mantener relación con los principios fundamentales, para evitar que el juzgador entre en duda al momento de aplicar la pena o que la sanción aplicada no sea la correcta de acuerdo con el ilícito que se ha cometido. Principio del formulario

4.1.2 Interpretación de la norma penal.

En la Revista Penal México, referente de la Interpretación de la Norma Penal, los autores Pilar Gómez y Miguel Bustos, analizan las limitaciones de la normativa legal con respecto del principio de legalidad, estableciendo que, la normativa penal a través de los principios en los cuales se fundamenta, prohíbe la interpretación extensiva que supere la letra de la ley, es decir, no se puede hacer un análisis fuera de los cauces del significado gramatical de la norma, lo que significa que el intérprete, usará el sentido gramatical de lo establecido en el tipo penal, es preciso insistir que se prohíbe las interpretaciones extensivas o analogías que vayan más allá de la letra de la ley (Gómez y bustos, 2014. P, 173)

Desde el punto de vista de E. Borja la interpretación contribuye a que se pueda entender de mejor manera el significado del texto de la ley. En el derecho penal existe una particularidad, dado que la ley penal debe tener una interpretación mucho más precisa comparada con otras normativas, argumentando así el autor:

Tanto su supuesto de hecho (delito o hecho antijurídico peligroso) como su consecuencia jurídica (la pena, la medida de seguridad o ambas) han de quedar bien definidos, dado que de ello depende la mayor o menor restricción de la libertad humana. Evidentemente, esta labor exegética es más relevante, pero también más difícil, cuando la disposición o disposiciones carecen de la claridad y la concreción que requiere la realidad, en la que hacen referencia. Cuando afloran las carencias del texto legal, en no pocas ocasiones el intérprete concluya que el precepto concreto es inaplicable debido a los errores legislativos de su redacción o porque es, simplemente contrario a la Constitución (Borja, 2022. p, 289).

En el título cuarto del Código Orgánico Integral Penal, específicamente en el Art. 13 se encuentra normado la forma de interpretación de esta ley, en la cual se indica que se deberá interpretar en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República del Ecuador y a los tratados internacionales de derechos humanos, es preciso recalcar que, en el mismo inciso, se ratifica que los tipos penales y las penas solamente podrán ser interpretadas de forma estricta,

y respetarán el sentido literal de la norma, finalmente prohíbe la utilización de analogías para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permitan una sanción o medida cautelar, establecer excepciones o restricciones de derechos (Código Orgánico Integral penal, 2014. Art, 13).

En el Art. 17 del mismo cuerpo legal establece el ámbito material de la ley penal, dando a conocer que solamente serán infracciones penales las que se encuentren tipificadas en el COIP, de tal forma que las sanciones que se encuentren en otras normas no tendrán validez, con ciertas excepciones en materia de la niñez y adolescencia (Código Orgánico Integral Penal, 2014. Art, 17).

La interpretación de la norma penal es el proceso en el cual el intérprete busca comprender el significado de lo estipulado en la norma, con el fin de aplicar de manera justa y coherente las disposiciones legales establecidas; y, de esta manera garantizar una correcta aplicación de la ley en casos concretos, dicha interpretación a diferencia de otras normas jurídicas, no podrá ser extensiva, es decir, únicamente podrá interpretarse de manera literal, por lo tanto el intérprete, se basará en el significado literal y gramatical del texto que se encuentra empleado en la norma, entendiendo su significado en sentido natural y ordinario de los términos, sin recurrir a interpretaciones extensivas o restrictivas.

En conclusión, para interpretar la norma penal, debe hacerse de forma coherente, objetiva y conforme a los principios y derechos fundamentales. Los operadores de justicia como los jueces, fiscales y abogados tienen la responsabilidad de aplicar justamente y de forma equitativa las leyes en el marco de los casos que se presenten.

4.1.3 Principios generales del derecho.

Para los iusnaturalistas se asimilan a los principios del derecho natural, serían por ende un conjunto de verdades universales, anteriores y externas al orden legal, más o menos inmutables, válidas en todo tiempo y espacio que constituyen el sustento de la legislación. Habría casos en que los principios adoptan expresamente la estructura jurídica de normas; por ejemplo, cuando el principio es incorporado a la disposición o texto normativo. (Romero, s/f. p,158)

Los principios generales del derecho según el autor Miguel Lico, son la base donde se asienta y fundamenta el ordenamiento positivo, de la cual nacen las normas; otra de sus funciones es orientar la labor interpretativa de las normas y en el caso de existir insuficiencia

de la ley o costumbre se tomará en cuenta a los principios del derecho para aplicar de la manera más favorable y resolver problemas en las lagunas de la ley (Lico, s/f)

La función de los principios generales del derecho es describir cómo funciona el sistema jurídico, tanto en valores que lo sustentan, como en aspectos técnicos. Se utilizan para crear nuevas normas o para tener un marco de referencia cuando se requiera una interpretación de las normas vigentes (Principios generales del derecho, s/f).

Para la elaboración de las normas jurídicas, es imperativo que el legislador considere los principios del derecho, ya que son las bases que han servido como lineamientos para la creación y evolución del derecho, dado que son pilares fundamentales para la aplicación del sistema jurídico. Estos principios a pesar de que surgieron hace mucho tiempo, se aplican de manera transversal en la actualidad en todas las ramas del derecho.

Es fundamental reconocer que los principios del derecho no son estáticos, sino que evolucionan y se adaptan a las cambiantes necesidades y valores de la sociedad. Uno de los principios clave que orienta la creación de leyes y regulaciones es el principio de legalidad,

En un mundo en constante cambio, estos principios legales continúan siendo relevantes y fundamentales para el desarrollo de una legislación justa y efectiva. Al considerar estos principios en la creación de nuevas normas y regulaciones, los legisladores contribuyen a fortalecer el estado de derecho y garantizar la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Es importante mencionar algunos principios que son relevantes para el desarrollo de la presente investigación como son: el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad.

4.1.3.1 Principio de legalidad.

No hay delito sin ley previa que lo establezca, y no hay más pena que la prevista en la ley para cada delito, supone la primacía de la ley como fuente creadora de delitos y penas Al igual que los textos internacionales. En la constitución española señala que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como una infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley (Gómez y Bustos, 2014. P 171).

La relevancia del principio mencionado es que no se puede considerar delito a la conducta que no esté señalada como tal, antes de su comisión por una ley formal. De lo que se deriva que sólo la ley y no otra fuente del derecho puede establecer una conducta delictiva, la

cual no podrá ser considerada como tal en “situaciones análogas”, y mediante la que se garantiza la retroactividad (García, s/f).

En el Art. 5 del Código Orgánico Integral Penal describe al principio de legalidad “no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla” (COIP, 2014. Art, 5).

Uno de los principios sobresalientes e importantes en el derecho, es el principio de legalidad, el cual abarca un sinnúmero de propósitos, uno de ellos es que la ley debe ser conocida y publicarse con anticipación, para que de esta manera las personas tengan la posibilidad de conocer las normas y ajustar su comportamiento para evitar ser sancionados, además, otro objetivo de este principio, es que la ley debe establecer la conducta que se considere delictiva; y finalmente, este principio abarca la progresividad de las normas, en otras palabras se refiere a que la ley no puede aplicarse a acciones que han sido realizadas antes de la vigencia de la norma, garantizando los derechos de las personas.

Es por ello, que este principio es esencial para lograr un sistema jurídico justo y de cierta forma limitar el poder punitivo del Estado, para cumplir con el objetivo del derecho que es proteger los derechos de las personas.

Con lo antes mencionado, es preciso manifestar que, para que el juzgador pueda determinar la pena de aquel sujeto que interviene en un delito, debe existir una norma que describa dicha conducta en el Código Penal, de lo contrario carecería de legalidad el juzgamiento.

Existen disposiciones que se encuentran descritas en la Constitución de la República del Ecuador, que determinan ciertas conductas, sin embargo, estas disposiciones se encuentran como directrices generales, las mismas que son creadas para que puedan ser tomadas en cuenta por el juzgador a la hora de tomar decisiones, en el mismo contexto, la CRE siendo la norma suprema, es posible determinar las sanciones de un individuo de conformidad con lo previsto por la Constitución, aun cuando no se haya tipificado expresamente normas especiales. Lo mismo no sucede con la norma penal, ya que el principio de legalidad descrito en el Art. 13 del COIP, establece que solamente puede existir punibilidad de una persona, cuando su conducta se enmarca al tipo penal que se encuentre previamente tipificado en el Código Orgánico Integral Penal.

Bajo ese punto de vista, se crea cierta controversia, dado que, para que el juzgador pueda determinar la pena correctamente, debe tener claro cuál será la sanción que debería

aplicar, en el caso de que la constitución del Ecuador establezca directrices generales, dificulta al juzgador establecer la pena, pues le tocaría analizar lo tipificado y según su criterio tomar la decisión, por el contrario, si se encuentra tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, el juzgador podría aplicar la pena correspondiente, evitando malas interpretaciones.

4.1.3.2 Principio de proporcionalidad.

“Debe haber una adecuada relación entre la actividad criminal del individuo y la medida penal que se le impone en el juicio” (Zaffaroni, 1998. p,116).

En el artículo El principio de proporcionalidad, el autor Barnes describe al principio de proporcionalidad como:

el principio que está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira (1998. P,16).

Este principio busca equilibrar los intereses que se encuentren en conflicto y de esta manera garantizar que las medidas adoptadas por el Estado sean proporcionadas y necesarias en relación con el objetivo buscado. Este principio se aplica en todas las ramas del derecho. La proporcionalidad abarca varios elementos que se encuentran entrelazados, primero se encuentra la idoneidad que hace referencia a la medida adoptada debe ser adecuada e idónea para alcanzar el objetivo legítimo perseguido. Esto implica que debe existir una conexión lógica y razonable entre la medida y el fin que se pretende lograr, como segundo elemento es la necesidad, que se refiere a que la medida adoptada debe ser necesaria.

El principio de proporcionalidad también se aplica en el contexto de los grados de participación en el ámbito del derecho penal. En este contexto, se refiere a la idea de que la responsabilidad penal de una persona involucrada en un delito debe estar en proporción a su grado de participación en el mismo. Esto significa que aquellos que tienen una mayor responsabilidad en la comisión del delito deben recibir sanciones más graves que aquellos con un grado menor de participación.

En el derecho penal, específicamente en los grados de participación, se puede observar que el principio de proporcionalidad se ve involucrado al momento de establecer la pena según los roles que cumplan los sujetos involucrados en un delito, es decir, quien haya tenido un papel fundamental y relevante en el cometimiento del ilícito recibirá una sanción mucho más grave que aquel individuo que coopere con actos preparatorios y secundarios, es

por ello que el Código Penal de cada País distingue las diferentes formas de participación, entre las principales se encuentran la autoría y la participación.

Los mismo sucede en el caso de la coautoría, pues el juzgador para determinar la sanción debe evaluar la contribución de cada sujeto interviniente en el delito y de esta manera aplicar la pena correspondiente, conforme el principio de proporcionalidad y el grado de participación.

La importancia del principio de proporcionalidad en el derecho penal, se fundamenta en garantizar la justicia y equidad de las personas que se encuentran inmersas en un proceso penal, para que las consecuencias jurídicas de esas personas sean conformes a su participación, evitando sancionar injustamente.

4.1.4 Formas de participación en el delito.

En el desarrollo de un delito puede intervenir uno o varias personas, donde conjuntamente planifican el desarrollo del hecho, y cada uno tendrá cierta función o participación en el hecho delictivo. En este contexto, la doctrina se ha encargado de distinguir entre dos categorías fundamentales, autoría y complicidad.

Citando las palabras de Fabiola Lagos manifiesta, cuando varias personas intervienen en un hecho delictivo, se diferencia el actuar de cada sujeto para efectos de punibilidad, para ello, se tomará en cuenta varios elementos como es la voluntad y el dominio, lo cual se traduce en actos materiales. Se considera que la temática sobre atribuibilidad permitirá distinguir como atribuir las conductas previstas en la ley, para lograrlo se tomará en cuenta la relación entre la conducta y el resultado. Dentro de la institución de la participación delictiva se distingue dos macros conceptos; la autoría, de la cual se derivan la autoría directa, autoría mediata y coautoría; y la participación de la cual se desprende la complicidad (2017. p.16).

En el Código Orgánico Integral Penal se encuentra establecida la participación en el Art. 41, empleando las palabras:

Las personas que participen en la infracción como autores o cómplices. Las circunstancias o condiciones que limitan o agravan la responsabilidad penal de una autora, de un autor o cómplice no influyen en la situación jurídica de los demás partícipes en la infracción penal (Código Orgánico Integral Penal, 2014. Art, 41).

Del artículo expuesto, se deduce que las circunstancias que son interpuestas al autor o cómplice no se aplican a otros partícipes. Dicho de otra forma, las atenuantes o agravantes solamente se aplican específicamente a la persona que ejecuto dichas conductas y no se

extienden hacia los demás involucrados en el delito, lo que en derecho se conoce como el principio de individualización de la responsabilidad penal, lo cual garantiza que las personas sean juzgadas por su conducta y el grado de participación, evitando que las circunstancias de uno afecten al resto de involucrados.

4.1.4.1 Autoría.

Existen diversas teorías que distinguen el autor del cómplice, entre las principales teorías que abordan el tema de la autoría son: las teorías extensivas, como la teoría subjetiva y las teorías restrictivas, como la teoría objetivo-formal y la del dominio del hecho.

En la obra Tratado Integral de Litigación Estratégica, el autor Luis Reyna describe las diversas teorías que abordan este tema:

La teoría subjetiva se subdivide en dos, primero, la “*teoría subjetiva de equivalencia de condiciones*” creada por Von Buri, la cual sostiene que lo que diferencia entre autor y cómplice, es el ánimo para cometer el delito, lo cual resulta dificultoso para poder distinguir entre autor y cómplice, dicho en otras palabras, es autor quien quiere serlo, en razón de que su comportamiento tiene el ánimo para actuar como autor y como consecuencia respondería como tal; de la misma manera, el sujeto que solamente colaboraba para el cometimiento del hecho, respondería como partícipe, porque tuvo el ánimo de colaborar en el hecho delictivo. Una segunda teoría es la “*teoría del acuerdo previo*”, la misma que tiene su fundamento en la existencia de un previo acuerdo entre los que intervienen en el delito, lo cual significaba que, todos los que planearán cometer un ilícito responderían como autores, en razón de haber planeado conjuntamente el desarrollo del acto ilícito, y al momento de actuar, lo hacían a nombre de todos los intervinientes; esta teoría ha recibido muchas críticas, puesto que es contraria a varios principios, como el de responsabilidad por el hecho propio, la tipicidad y las garantías de seguridad jurídica, en razón de que no importa que no hubiera actuado en el acto, basta con la intención de querer hacerlo para responder como autor. (Reyna, 2015).

Con respecto a las teorías restrictivas se caracterizan por diferenciar claramente el rol del autor del partícipe, el autor explica dos teorías que se derivan, las cuales son, la teoría objetivo formal y teoría del dominio del hecho. Lo esencial de la “*teoría objetiva-formal*” es que el autor es quien realice total o parcialmente el hecho prohibido, lo que quiere decir, que tendrá su participación en la fase de ejecución del delito, por el contrario, el cómplice es el sujeto que realice un aporte preparatorio y que su participación sea accesoria, esta teoría consiguió mucho éxito, puesto que, podría explicar de una manera clara la distinción entre autor y cómplice, pero no lograba explicar los supuestos de autor mediato y la coautoría, lo que llevo

a que muchos criticarán esta teoría. Con el paso del tiempo surgió la teoría que hoy en día es la que mayormente se adecua y logra explicar de mejor manera la participación delictiva, “*la teoría del dominio del hecho*” o también llamada teoría finalista, fue creada por el Alemán Hans Welzel, este autor explica que, para ser autor se necesita ser señor y dueño de la decisión final y de su ejecución, este dominio se da en tres diversas formas: el dominio de la acción, que logra explicar la autoría directa o inmediata; el dominio de la voluntad que se encarga de explicar la autoría mediata; y, el dominio funcional que abarca la coautoría (Reyna,2015).

Tal es la importancia de la teoría del dominio del hecho, que se logró diferenciar las distintas clases de autoría, para poder explicar al lector y dejar claro las diferencias y el rol que cumple cada una de las clases de autoría en el cometimiento del hecho punible, es importante desglosar cada una de ellas y de esa manera poder analizarlas.

4.1.4.1.1 Autoría directa.

Según la doctrina, los autores Díaz y García (1991) explican que la autoría directa también es conocida como autoría inmediata o individual, surge cuando el sujeto que comete el hecho lo realiza a mano propia y de modo completo, dicho de otra forma, no comparte el dominio del hecho ni tampoco intervén otros sujetos en la determinación del acto o que sirvan como instrumentos para cometer el delito.

Un segundo criterio sobre la autoría directa “autor directo será aquel que realiza el delito personalmente, esto es quien de modo directo realiza el hecho” (Reyna, 2015. p, 69).

En el Código Orgánico Integral Penal, específicamente en el Art. 42 conceptúa a la autoría directa, estableciendo que los sujetos que cometan la infracción directa o inmediata serán autores directos, así mismo, las personas que no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo (COIP, 2014. Art,42).

Esta clase de autoría se refiere a que una persona será quien realice los elementos constitutivos del delito, es decir, que el autor realice la acción u omisión prohibida por la norma, el acto realizado deberá estar tipificado y regulado por el Código Penal como una conducta delictiva, agregando que dicha conducta deberá encajar con lo establecido en el tipo penal, concluyendo que el responsable directo y completo de sus acciones será imputado como autor del delito.

Cabe mencionar que la autoría directa no excluye la posibilidad de que participen otros sujetos en el delito, como cómplices o coautores, para determinar su responsabilidad, se tomará en cuenta el grado de participación de cada uno.

4.1.4.1.2 Autoría mediata.

Citando a Claus Roxin en la obra Tratado Integral de Litigación estratégica escrita por el autor Luis Miguel Reyna, el autor mediato será quien cometa una conducta que se adecue al tipo penal, pero valiéndose de otra persona que le servirá para cometer dicho ilícito, también se podría decir que, es autor mediato el que utiliza a otra persona como instrumento para cometer un delito. Anteriormente se abordó las clases de dominio que existen, para la autoría mediata, el autor tendrá dominio de voluntad por coacción, lo que significa que, el que ejecuta el hecho carecerá de voluntad, pues, será amenazado o violentado por el autor para que cometa un delito, sencillamente será solo un instrumento que ha sido usado por el verdadero autor; también se puede dar el dominio de voluntad por error, cuando nos encontramos con el sujeto que ha cometido un delito porque ha sido inducido a error, podremos decir que autor no será quien haya ejecutado el acto, si no, será autor mediato, aquel sujeto que provocando indujo al error para que se ejecutará el hecho punible; por último, será autor mediato quien tenga voluntad en aparatos organizado de poder, esta propuesta ha sido planteada por Roxin, quien trataba de explicar el título de imputación de aquellos sujetos que forman parte de grandes organizaciones de poder, que aprovechando su poder, se valen de instrumentos consientes para el cometimiento de los delitos, según las palabras de Roxin “el grado de responsabilidad no disminuye, sino que aumenta, cuando más alejado se está del lugar del hecho” (Roxin, citado por Reyna, 2015. p,70). Con esto Roxin trato de explicar la responsabilidad de quienes actúan en las grandes esferas. Para ello determina tres formas de dominio: dominio por acción, por voluntad y funcional. El cual incorpora el dominio de voluntad por dominio de organización, aludiendo que, quienes son ejecutores del delito simplemente son “piezas intercambiables” en razón de que, el verdadero autor, muchas de las veces no necesita conocer al ejecutor, pues este simplemente da la orden, y en el caso de que dicha persona no pudiera cometer el hecho, sería fácil delegar a otro para que lo realice, lo que deja claro que quien tiene dominio total de la acción será el denominado “hombre de atrás” (Reyna,2015. p,70).

Para otros autores, la autoría mediata “es la realización del hecho típico por medio de otra persona que será utilizada como instrumento” (Hernández, 1996).

Para Bardón Bolea (2000), se utiliza procedimientos como la coacción, la intimidación y la fuerza, los cuales obligan al instrumento a ejecutar el delito, aun cuando este sujeto no disponga de voluntad, en estos casos es el sujeto de atrás quien domina la acción.

De acuerdo con el COIP será autor mediato, quienes instiguen o aconsejen a otros para que realicen un delito, siempre y cuando se logre determinar su comisión, las personas que

ordenen el cometimiento de un hecho punible a otras personas imputables, a través de los diversos medios fraudulentos, ya sean directos o indirectos. Del mismo modo, en el inciso se establece, los que, haciendo uso de medios coercitivos como el abuso de autoridad, violencia física, entre otros, obliguen a una persona a realizar el delito. Y finalmente serán autores mediatos los que, estén al mando de una organización delictiva (COIP,2014. Art.42).

La autoría mediata, es la forma de participación utilizada en el ámbito legal para determinar el título de imputación de aquel sujeto que utiliza a otro como instrumento o medio para cometer una conducta prohibida por la norma, para lo cual, no se necesita que dicho sujeto se encuentre físicamente presente al momento de la ejecución del acto delictivo, pues será quien ejerza un control sobre la persona que realice la ejecución del acto. En esta clase de autoría se da una jerarquía entre el autor directo del delito y la persona que realiza el delito, el autor mediato será quien planifique y organice el cometimiento del hecho, mientras que el otro sujeto, solamente será un delegado para la ejecución material.

Esta clase de autoría logró explicar y determinar la responsabilidad en bandas criminales, pues es común que el jefe de estas bandas ordene a un subordinado para que cometa una conducta delictiva, el que tendrá dominio de voluntad y control total será el jefe, por lo tanto, responderá como autor mediato del ilícito, mientras que el subordinado cumplirá con las instrucciones y ejecutará el delito, el mismo que responderá como autor directo.

4.1.4.1.3 Coautoría.

Es coautor, quien, en el marco de un acuerdo o plan común con división de funciones, aporta una contribución esencial al hecho en la fase ejecutiva, los elementos esenciales de la coautoría son tres: el acuerdo o plan común, la esencialidad de la contribución del sujeto, y, la prestación de la contribución en la fase ejecutiva (Díaz y García, 2008. p, 30).

Para el jurista Luis Miguel Reyna, respecto a la coautoría, el dominio del hecho pertenece a distintas personas, quienes realizan el hecho en codominio, es decir, existe una división de funciones para consumir el acto. De esto se derivan dos elementos esenciales: el plan común y la aportación material (Reyna, 2015. p, 70-71).

“Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción” (COIP, 2014. Art. 42).

La participación conjunta de más de dos personas para la ejecución de una conducta prohibida por la norma constituye la coautoría. Donde cada sujeto contribuye a la ejecución del

delito, por lo tanto, desempeñará un rol fundamental para la ejecución. Entre los principales elementos que se pueden destacar son: primero, la participación conjunta, pues varias personas deben colaborar directamente en la comisión del delito; como segundo elemento se considera la contribución fundamental ya sea de forma material o sustancial, en razón de que, el aporte dado, deberá ser importante y sustancial para la ejecución del acto; el tercer elemento es la unidad del hecho, explicándose como los actos que realicen los sujetos deben formar parte de una misma unidad delictiva, sus intenciones deberán estar dirigidas hacia el mismo fin criminal.

Por lo tanto, comparten la responsabilidad por el delito cometido, y el juzgador o el fiscal a la hora de determinar la responsabilidad, se les atribuirá el mismo grado de autoría a todos los intervinientes, como consecuencia responderán por las mismas consecuencias legales y penales que un autor individual.

4.1.4.2 Cómplices.

Para la doctrina es cómplice “quien participa o está asociado en un delito, sin haber sido autor directo del mismo. Esto quiere decir que el cómplice coopera con la ejecución delictiva con actos previos o simultáneos” (Lagos,2017. p,19).

Según los autores Miguel Díaz y García Conlledo, con los sujetos que intervienen en un hecho punible, sin la necesidad de ser autores, sus conductas deberán estar enmarcadas en los preceptos de la norma respecto de las formas de participación, el partícipe o cómplice tiene la finalidad de fomentar, facilitar o favorecer la realización del hecho típico del autor (Díaz y García, 2008).

EL COIP, el Art. 43 considera a los cómplices como aquellas personas que, de forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido. No cabe complicidad en las infracciones culposas. Si de las circunstancias de la infracción resulta que la persona acusada de complicidad coopera en un acto menos grave que el cometido por la autora o autor, la pena se aplicará solamente en razón del acto que pretendió ejecutar. El cómplice será sancionado con una pena equivalente de un tercio a la mitad de aquella prevista para la o el autor (COIP. 2014, Art,43).

Una de las formas de participación es la complicidad, en la que un sujeto sin necesidad de responder como autor colabora ayuda o asiste de alguna manera al autor principal del delito. Entre los aspectos relevantes de la complicidad son: la colaboración, pues el cómplice realiza acciones que contribuyen de manera significativa a la comisión del delito, brindando un

aporte de apoyo logístico, o suministrar información o quizá proveer medios para el cometimiento del hecho. El cómplice tendrá conocimiento de la conducta realizada, por lo tanto, será un ser consciente de lo que realiza. Y, por último, el cómplice tendrá la voluntad propia de ayudar en el ilícito.

Para determinar la responsabilidad del cómplice se tomará en cuenta del grado de participación en el delito, y según este estipulada en el Código Orgánico Integral Penal se le adjudicará la sanción.

4.1.5 Delitos.

4.1.5.1 Definición de delito.

Acción típica, antijurídica y culpable, eventualmente punible, o más precisamente en palabras de Luis Jiménez de Asúa "toda acción u omisión o comisión por omisión, típicamente antijurídica y correspondientemente imputable al culpable, siempre y cuando no surja una causal de exclusión de la pena o el enjuiciable sea susceptible de la aplicación de una medida de seguridad" (Jiménez L. citado por Núñez, 2001. p, 8).

Es una conducta humana que se opone a lo que la ley manda o prohíbe bajo la amenaza de una pena. Es la ley la que establece que hechos son delitos, es la ley la que nomina que hecho va a ser considerado como delito, es la ley la que designa y fija caracteres delictuales a un hecho, si en algún momento esta ley es abrogada (Machaido, 2010. p,3).

Un delito es aquel comportamiento que por voluntad propia o por imprudencia, resulta contrario a lo establecido por la ley. El delito, por lo tanto, implica una violación de las normas vigentes, lo que hace que merezca un castigo o pena (Pérez y Gardey, 2019).

Aquella conducta prohibida por la ley penal de un país es definida como delito, esto quiere decir que, es una violación a la normativa establecida. Para que se configure un delito, la acción u omisión realizada debe adecuarse a las exigencias del tipo penal y que cause daño o lesione ya sea un derecho o un bien jurídico. La gravedad del delito se establecerá en la norma, para lo cual se establecerá sanciones desde multas, privación de libertad o medidas de seguridad.

4.1.5.2 Elementos del tipo penal.

Los elementos del tipo penal son los componentes necesarios para que una conducta se pueda considerar como delito. Entre los elementos se encuentran la acción u omisión, la

tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad, la imputabilidad y la punibilidad. A continuación, se explicará más detalladamente la tipicidad, antijuricidad y la culpabilidad.

para la realización de un delito se toma en cuenta la valoración tanto del hecho como del autor, es así como, para el hecho se tomará en cuenta los elementos de tipicidad y antijuricidad, mientras que para el sujeto activo se observará el elemento de culpabilidad

4.1.5.2.1 Tipicidad.

Para el autor Devesa Rodríguez (1981) la tipicidad tiene una relación directa con el principio de legalidad, pues exige una determinación por vía legal, para aquellos casos en que se deba aplicar la pena.

Para el jurista Muñoz Conde (1984) para que se considere un delito, los hechos deberán estar establecidos en la ley penal, por tal motivo, ningún acto que se realice por más antijurídico y culpable que resulte, podrá ser delito, si previamente no se ha establecido en la normativa penal (Muñoz citado por García, s/f. p,62).

La tipicidad se puede entender como “subsunción o adecuación de un hecho concreto a la descripción abstracta hecha previamente por el legislador... se encarga de confrontar la realidad del hecho concreto y su encaje dentro de la abstracción contenida en la ley” (Reyna, 2015. p, 7).

Uno de los elementos fundamentales para la configuración del delito, es la tipicidad, este requisito establece que la conducta realizada por una persona se tendrá que ajustar a la descripción legal del delito, solamente así, se podrá establecerse la responsabilidad penal. Para que se pueda imputar a una persona, la conducta hecha este descrita y prevista en el código, si la conducta no se encuentra tipificada, no se podrá considerar delito.

Como se había mencionado con anterioridad, la tipicidad se relaciona con el principio de legalidad, esto quiere decir que, de cierta forma protege a las personas de no ser juzgadas injustamente, agregando que, permite delimitar los límites de la responsabilidad penal.

4.1.5.2.2 Antijuricidad.

Fue Von Liszt quien logro distinguir la antijuricidad formal y objetiva, la acción es formalmente antijurídica cuando la transgresión de una norma causa daño a la sociedad, es decir, lesiona un bien jurídico (García, s/f. p,61).

Citando al autor Luis Reyna (2015), un comportamiento es antijurídico cuando es contrario al derecho, específicamente al ordenamiento jurídico. La antijuricidad va más allá

de que, una conducta se adecue a la norma penal, puesto que el ordenamiento jurídico abarca otras ramas del derecho y normas que jerárquicamente tienen mayor relevancia, como la Constitución. Por lo tanto, una conducta que se encuentre tipificada en el COIP, a pesar de ser una conducta típica, puede que sea contraria con otras ramas del derecho, por lo que se convertiría en una conducta antijurídica (p,11-12).

Otro de los elementos del tipo penal, es la antijuridicidad, este requisito se fundamenta en que el actuar del sujeto debe ser contrario a la ley, esto quiere decir, que no será permitido por el ordenamiento jurídico, al contrario, violará lo establecido en la norma, cabe recalcar que la antijuridicidad es un elemento importante para establecer la responsabilidad penal del sujeto.

La antijuridicidad es un elemento esencial para poder determinar si la conducta de una persona es contraria a la ley y al ordenamiento jurídico. Se basa en determinar si el actuar de una persona es ilícito y prohibido por el ordenamiento jurídico vigente.

Este elemento nos ayuda a constatar si la conducta realizada por el sujeto no está justificada ni permitida por la norma, y es contraria a dichas leyes, solo de esa forma se podrá determinar que existe antijuridicidad.

Es sustancial dar a conocer que este elemento debe buscar posibles causas de justificación o exculpación, como según la legislación lo determine, entre las cuales podemos mencionar la legítima defensa, el estado de necesidad, entre otros. Estas causas podrán justificar y atenuar la responsabilidad penal del autor

4.1.5.2.3. Culpabilidad.

Según el punto de vista de Gunther Jakobs en su obra “el principio de culpabilidad”, manifiesta que la culpabilidad es “el resultado de una imputación de reprobación, en el sentido de que la defraudación que se ha producido viene motivada por la voluntad defectuosa de una persona” (Jakobs, s/f. p,1051). Agregando a ello, el autor alude que, la importancia del principio de culpabilidad radica en que busca proteger y respetar la dignidad humana, explicado en otros términos, una persona para poder ser culpable de su acto u omisión es necesario que tenga las condiciones psíquicas adecuadas para poder diferenciar entre lo que es correcto y lo que es prohibido por las leyes, de lo contrario, no se podrá respetar la norma establecida, además, el sujeto para poder respetar la norma debe estar motivado para poder hacerlo, consecuentemente, su capacidad psíquica debe ser acorde y normal para poder diferenciar lo correcto y lo que no lo es. Los requisitos que conllevan la culpabilidad son: que el sujeto tenga

una prestación volitiva y una prestación cognitiva para poder determinar que es culpable, es decir, si el sujeto que comete una infracción y tiene la voluntad para cumplir con las ordenes, puede reconocer que esa orden está dirigida hacia él, y sabe lo que es correcto para cumplir con la orden, sin embargo, el sujeto decide cometer dicha infracción, se habla de que el sujeto es culpable, en razón de que, sus sentidos cognitivos son normales a los de una persona que puede discernir lo permitido y lo prohibido (Jakcobs, s/f. p,1051-1052).

“el sujeto tiene la capacidad de conocer la antijuridicidad de su conducta y motivarse a ese entendimiento. En suma, la culpabilidad es capacidad de motivabilidad” (Reyna.2015. p,13).

Con respecto a la motivabilidad, el autor describe que este término se refiere a la capacidad que el individuo tiene, y es consciente de su comportamiento, por lo tanto, podrá diferenciar cuando su comportamiento se encuentre prohibido por la norma, sin embargo, siendo consciente de la prohibición que esta expresada en la ley, decide motivarse para cometer dicha infracción.

El Art. 27 del Código Orgánico Integral Penal describe la culpa como el actuar de un individuo que infringe el deber objetivo de cuidado, que, como todo ciudadano, le corresponde, y como consecuencia se genera un resultado dañoso. Cabe acotar, que al igual que los otros elementos, esta conducta debe encontrarse tipificada (COIP,2014. Art. 27).

el elemento de la culpabilidad tiene una estrecha relación con el principio de legitimidad, ya que, para imponer una pena, el juzgador debe fundamentar las razones que motivaron para establecer dicha sanción. Si el juzgador al momento de aplicar la pena, no toma en cuenta un posible estado de necesidad exculpante, no estaría respetando su dignidad, como consecuencia vulneraría sus derechos.

Como el autor Jakcobs explica en su obra referente al principio de culpabilidad, la pena debe cumplir cierto objeto, el cual es mantener el orden social, pero de la misma manera debe respetar y proteger los derechos de las personas. Si no se toma en cuenta el principio de culpabilidad para determinar la responsabilidad penal, se considera que la pena será ilegítima y pierde su funcionalidad.

Con lo que se puede llegar a una conclusión respecto de este elemento, no siempre el sujeto que cometa el ilícito será culpable, ya que puede ser un sujeto inimputable como los enfermos mentales, menores de edad, entre otros, y también puede existir un estado de necesidad exculpante como la legítima defensa, entre otros. Es por ello que los fiscales y juzgadores ostentan la responsabilidad de determinar la culpabilidad del sujeto que ha cometido

una infracción, para que se pueda garantizar y proteger el orden social, cumpliendo con el rol de este elemento.

4.1.6 Modalidades de la conducta delictiva.

El derecho penal tiene su fundamento en el comportamiento humano, lo que quiere decir que, el derecho penal para establecer las consecuencias jurídicas tiene como referencia la acción humana, por lo anterior, la teoría general del delito tiene su cimiento en el comportamiento humano, debido a que, es el objeto del derecho penal.

El derecho penal se enmarca en dos grandes expresiones: positiva y negativa, dichas expresiones son utilizadas para explicar los verbos “hacer” y dejar de “hacer”.

Según el autor Luis Miguel Reyna la expresión positiva es la acción, mientras que la expresión negativa resulta ser la omisión (2015. p,16).

Las diferentes modalidades de la conducta delictiva, se refiere a la forma en que un delito se puede cometer, y varían según el tipo penal y de las circunstancias de cada caso.

Entre las modalidades de la conducta delictiva se derivan los delitos por acción y los delitos por omisión. De forma general, se puede mencionar que un delito puede ser realizado por una acción prohibida o por dejar de actuar conforme un deber legal que se ha estipulado en la norma.

4.1.6.1 Delitos por acción y omisión.

Con respecto al comportamiento humano los juristas Oscar Peña y Frank Almanza en su libro teoría del delito desarrollan el tema de la acción en los delitos sosteniendo que, la acción humana es el hecho descrito en la norma. La acción puede ser concebida desde un criterio ontológico, el cual destaca la autonomía de la acción con relación al derecho, y un segundo criterio es el carácter normativo, lo cual significa, la acción debe corresponder al carácter normativo. Definiendo la acción, se puede conceptualizar como el evento que materializa una manifestación de una persona, la misma que la dirige y controla (2010).

En la misma línea el autor Luis Reyna lo ratifica, puesto que considera que la teoría de acción penal se analiza a la acción en sentido jurídico-penal lo que quiere decir, la acción será la motivación que busca un resultado final, o en palabras de Welzel “actividad final” y las leyes que guiarán establece la conducta son leyes prohibitivas (2015).

En los delitos por acción, hay que tener presente primordialmente que la acción es la manifestación de una actividad realizada por una persona, que se ha insertado en la normativa

penal, por ende, el ser humano realiza comportamientos de hacer lo que conlleva a la comisión de un delito. En el marco jurídico se deriva dos enfoques, el criterio ontológico enfatiza la autonomía de la acción con respecto al derecho, es decir, la acción es un fenómeno independiente que es regulada por el derecho. Por lo contrario, el carácter normativo implica que la acción debe estar en consonancia con el ordenamiento jurídico establecido.

Dentro de esta clase de delitos se encuentran los delitos por comisión dolosa o delitos intencionados, así como los delitos culposos o cometidos por negligencia.

En los delitos por omisión la norma penal emana conductas o normas imperativas, en la cual el legislador establece el deber que se debe cumplir, lo que implica que el delito de omisión de una acción, la omisión se clasifica en dos formas, omisión propia o pura y omisión impropia.

4.1.6.2 Delitos de dominio del hecho y delitos de infracción de deber.

Al referirse sobre la clasificación de los delitos, se hace mención de dos categorías importantes dentro de la rama del derecho penal, puesto que, los delitos pueden ser cometidos dependiendo del dominio que ejerzan sobre el hecho final; o, por el incumplimiento de deberes legales que son interpuestos sobre ciertas personas. Para ello, la doctrina se ha encargado de indagar estas modalidades de conducta delictiva y las consecuencias jurídicas que afectan a quienes están involucrados en un delito. Consecuentemente, resulta de gran importancia llevar a cabo un estudio sobre la doctrina que aborda estas categorías, con el fin de comprender cómo se establece la culpabilidad y las distintas formas en que los involucrados pueden ser considerados responsables tanto por sus acciones como por sus omisiones.

Los delitos de dominio del hecho.

La teoría del dominio del hecho actualmente es la doctrina que mayor relevancia tiene, ya que logra dar explicación de mejor manera a las formas de participación delictiva, tanto la autoría como la complicidad, con especial énfasis en aquellas infracciones en las que concurren pluralidad de sujetos.

La teoría del dominio del hecho se configura como un conjunto de criterios objetivos y subjetivos, visibles en la descripción del tipo penal, que trata de explicar el alcance de la intervención de cada una de las personas que se vinculan, conjuntamente, en un hecho delictivo, sea como autor o participe, al objeto de dar explicación a su responsabilidad penal según el nivel del dominio (control, superioridad) que se tenga en la realización del hecho delictivo (Jurado, 2023. p,75).

Desde el punto de vista de Aida Jurado, la teoría fundamentada por Roxin busca esclarecer la participación de cada individuo que interviene en un hecho ilícito, cuya finalidad nace en conocer cómo se debe determinar la responsabilidad penal, en función del grado de control que ejerzan sobre el hecho final.

Claus Roxin logró brindar un aporte significativo para dar solución al conflicto originado con respecto a la autoría, ya que, en teorías anteriores, no se podía explicar de manera coherente las formas de autorías, como la autoría mediata. En el mismo contexto, por medio de esta teoría trata de explicar el rol de cada interviniente que es parte del delito, el nivel de dominio y control que es ejercido sobre el hecho final. También expone la forma que ejercen la actividad criminal los grupos organizados de poder, ya que, no es suficiente con ejecutar a manopropia un hecho para responder penalmente como autor, sino, existe casos en los cuales debido al poder que conlleva cierto sujeto, desde las altas esferas puede inducir e instrumentalizar a otra persona para realizar la infracción, sin embargo sigue teniendo responsabilidad sobre el hecho criminal, puesto que, ha sido el mentor para cometer dicho ilícito; temas como estos da solución la tesis planteadas por Roxin.

En la misma línea, para determinar la autoría no solo se necesita un aporte causal, al contrario, es imperioso que el autor domine el hecho, basándose en dirigir los factores causales hacia la dirección final de la voluntad (Jurado, 2023. p, 76).

De esta teoría se establece tres distintas clases de dominio: dominio por acción, que explica la autoría directa, en virtud de que realiza de forma directa o a mano propia; dominio de voluntad, que da explicación a la autoría mediata, pues, se da en los casos que una persona usa a un tercero para que ejecute el crimen, no obstante, el dominio de la voluntad del tercero está en manos del hombre de atrás o el mentor; y, finalmente, el dominio funcional del hecho, referente a la coautoría, desarrollando el concurso de varios sujetos según la división de funciones en la intervención del delito (Jurado, 2023. p, 76).

A pesar de la importancia de la teoría de Roxin en la evolución del derecho penal, surgieron interrogantes a las que esta teoría no podía dar respuesta. Entre estas cuestiones se incluyen los delitos que no requieren necesariamente que el autor tenga un control sobre el resultado final del acto, así como aquellos en los que el tipo penal exige que el autor posea ciertas cualidades específicas. Estos delitos suelen denominarse "delitos especiales" debido a que en su descripción legal, el legislador utiliza términos que solo pueden aplicarse a un grupo determinado de individuos, como por ejemplo los servidores públicos o los jueces, entre otros.

Dentro de la categoría de los delitos especiales, se encuentran ciertos delitos conocidos como "delitos de infracción de deber". Estos delitos reciben esta denominación porque la ley penal sanciona como autor a aquel que incumple ciertas normas que existen fuera del ámbito penal. Es importante destacar que la norma penal se aplican debido a que el incumplimiento de estas normativas provoca graves perjuicios en la sociedad.

Delitos de infracción de deber.

La teoría de los delitos de infracción de deber, fue planteada por el mismo autor en el año 1963 y posteriormente ha sido ampliada y complementada por Gunther Jackobs, surgió con la finalidad de resolver y dar respuesta a las dudas que se originaban al hablar de la autoría, dando como consecuencia que la tesis del dominio del hecho no fuera el único criterio al hablar de la autoría.

Como se mencionó previamente, al existir tipos penales que no necesitan ningún dominio sobre el hecho final para su consumación, Roxin plantea que estos tipos penales tienen como fundamento la infracción de un deber especial, en la cual solamente el intraneus puede ser autor.

En estos delitos, la infracción de deber, convierte al sujeto en autor del delito, porque es portador de este deber estatal de comportarse normativamente en el ejercicio de sus funciones. En estos delitos, el obligado siempre es autor con independencia que ostente o no el dominio del hecho (Carrión, 2008. p, 208).

En palabras de Gunther Jackobs “Todo obligado por el deber especial y solo él es el obligado, y quebranta su deber ya por medio de la mas minima aportación activa o por la menor omisión”

En la misma línea, los autores Piba, Cornejo y Granadillo al estudiar la teoría de los delitos de infracción de deber argumentan:

El autor o figura central se concretiza en el criterio de la infracción de deber, es autor quien realiza la conducta prohibida infringiendo un deber especial de carácter penal, en tanto que participe es aquel que también participa en la realización de la conducta prohibida, pero sin infringir deber especial alguno (Piba y Cornejo, Granadillo, 2022. p, 130).

En ciertos delitos como el prevaricato, el parricidio y el peculado, el legislador incluye en el tipo penal ciertas calidades al sujeto activo, en virtud de que tanto los jueces, los padres de familia y los servidores públicos ostentan roles peculiares en la sociedad, pues, al hablar del delito de peculado, el servidor público tiene a su cargo, la obligación tanto con el

Estado al que sirve; y, con la sociedad a la que debe brindar sus funciones. Por lo tanto, al sancionar estas actividades criminales, la norma penal busca sancionar con mayor relevancia el descuido del deber que ha sido otorgado a ciertas personas, ya que, no se necesita tener un dominio sobre el hecho final para ejecutar el crimen, es por ello que en planteamientos como el citado, juristas como Roxin y otros, han estudiado este conjunto de infracciones para brindar soluciones coherentes a la hora de determinar la punibilidad de los sujetos que incurran en esta clase de delitos.

En la teoría del dominio del hecho, se juzga a cada interviniente dependiente del dominio y del rol que llevo a cabo tanto para la planeación como para la ejecución de la actividad criminal, para finalmente establecer la pena como autores o cómplices del hecho. Lo contrario sucede en la teoría de la infracción del deber, puesto que no importa si los intervinientes brindan aportes significativos en la consumación del delito o si solamente realizarón aportes secundarios, unicamente podrá responder como autor del delito aquel sujeto que tenga a su cargo la responsabilidad de actuar con coherencia y apego a la normativa que regula su funcionamiento, haciendo hincapie que este deber tendrá que ser engendrado por normas extrapenales, en caso de existir mas intervinientes que carezcan de estos deberes, simplemente serán cómplices.

Como se expresa en el libro “delitos contra la amdinistración pública y responsabilidad ciudadana” los tratadistas expresan “ Por respeto al principio de legalidad, autores de los delitos especiales solo pueden ser aquellas personas que reúnen las condiciones especiales que el tipo penal exige” (Piba y Cornejo, Granadillo, 2022. p, 131).

Al referirse a los deberes los mismos tratadistas mencionan:

Se trara de deberes que logicamente están ubicados antes de la norma penal, y que, por lo general surgen de otros ámbitos del derecho vigente, como son los debres y principios que sustentan la organización del Estado, los deberes del derecho público de los funcionarios y servidores públicos (Piba y Cornejo, Granadillo, 2022. p, 131).

De lo que se puede meniconar que el Estado regula la vida de los funcionarios públicos y otras personas, por medio de normas extrapenales como la LOSEP en el sistema jurídico ecuatoriano, dentro de estas leyes, el Estado impone ciertas obligaciones y responsabilidades según el cargo que ocupe cada servidor público, los mismos que deben ser ejecutados con probidad, honestidad y lealtad.

4.1.6.3. Delitos especiales en la administración pública.

Los delitos contra la Administración Pública respaldan el correcto funcionamiento de esta infraestructura organizativa en términos de la jurisprudencia, “el recto y normal funcionamiento de la actividad de la administración pública, con sujeción al sistema de valores instaurados en la Constitución de la República del Ecuador y, en definitiva, el correcto ejercicio de la potestad administrativa”, sancionando las conductas de autoridades, funcionarios y particulares que vician su eficiencia, o el cumplimiento de los fines que tiene constitucionalmente asignados (Mestre, s/f. p, 377).

Como manifiesta García Valdés:

Lo que caracteriza a estos delitos es, pues, la confianza traicionada en la correcta gestión de la cosa pública por parte de los encargados de servirla, la ausencia de integridad del autor que se debe presuponer siempre, precisamente por la propia índole del puesto, mando o cargo desempeñado» (García citado por Mestre, s/f. p, 377).

Respecto del análisis de los conceptos citados, se puede recalcar que los delitos contra la administración pública se enmarcan en los delitos especiales, ya que para responder por alguno de los delitos tipificados en el COIP referentes a la vulneración de la administración pública, se necesita cumplir con ciertas cualidades especiales que se encuentran adscritas en el tipo penal.

Estos delitos se encuentran fundamentados en aquellas conductas que atentan contra el correcto funcionamiento de los entes que forman parte del Estado, mayormente estos delitos hacen alusión al mal actuar de los funcionarios públicos, doctrinariamente se considera a estos delitos como graves, debido a que atentan contra la integridad del sistema público poniendo en riesgo y en duda el buen servicio que debe brindar la administración pública, cabe añadir que, dentro de esta clase de delitos, no solamente se encuentran involucrados los servidores públicos, porque pueden existir casos en que terceros se encuentren involucrados en el cometimiento del hecho punible, sujetos que colaboren o participen con actos preparatorios o de ejecución, y no necesariamente serán personas vinculadas a esta esfera social, podrían ser particulares o empresas privadas, pero que bajo la finalidad de la norma penal, se debería sancionar a estos sujetos que la doctrina los denomina “*extraneus*”. análisis que será resuelto posteriormente.

La responsabilidad que tiene el Derecho Penal para sancionar a los delitos que atentan contra la buena administración pública, es esencial, con ello se logra proteger y precautelar el patrimonio público, la transparencia y el buen funcionamiento de los entes que actúan bajo la

potestad Estatal, con el fin de que la sociedad tenga la garantía y la confianza del servicio prestado por las instituciones estatales.

El ordenamiento jurídico penal establece el mecanismo, las normas y la pena para combatir a esta clase de delitos, pues, quien comete un delito que atenta contra el bienestar de toda la sociedad, debe ser responsable con las consecuencias jurídicas propias que se encuadren en su conducta, con el fin de sancionar su mal actuar y para proteger los derechos de todos los ciudadanos en general, como resultado, se logrará evitar que ciertos funcionarios abusen del poder y cometan corrupción o conductas similares, fomentando de esta manera mayor transparencia en la gestión pública.

En la misma línea, la efectiva aplicación de las normas penales y las sanciones adecuadas, son los mecanismos fundamentales que servirán para disuadir y combatir el cometimiento de esta clase de delitos, del mismo modo, el lidiar contra este tipo de delitos asegurará a la ciudadanía la transparencia en el sector público, brindando confianza y seguridad.

En la CRE en la sección tercera, en el Art. 233 dispone que “en los 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” (2008).

En menor jerarquía, el Código Orgánico Integral Penal, en la sección tercera del capítulo quinto, se tipifican los delitos contra la eficiencia de la administración pública, desde el Art. 278 hasta el Art 294.

4.2 La administración pública.

4.2.1 Definición de administración pública.

Para los estudiosos del derecho, como el autor Ricardo Uvalle la administración pública es un sistema amplio, el cual engloba diversas finalidades como la implementación de políticas públicas, objetivos y metas, para contribuir con el correcto desarrollo de las personas y familias, y de esta manera, ayudar al Estado a lograr su objetivo (2004. p,45-46).

El mismo autor en su artículo “El control y evaluación en la administración pública”, expresa que la administración pública es “la parte activa de cómo se gobierna” (Uvalle,2004. p, 47), en la cual mediante las políticas públicas busca mejorar el desarrollo de la sociedad, en el ámbito económico, social y político. Para lograr dichos objetivos es necesario la implementación de órganos y entidades que aseguren el orden y la funcionalidad de las metas

que han sido planteadas en las políticas pública, cabe recalcar que es necesario la coordinación entre estos entes estructurales para que se desenvuelvan con total eficacia y efectividad, dando cumplimiento con los objetivos propios de la administración pública. (Uvalle,2014. P, 47-48).

“Proceso sistemático y metódico de carácter científico, técnico y jurídico que consiste en dirigir las funciones administrativas de los organismos, instituciones y entidades del Estado para llegar a obtener resultados previstos, planeados y programado” (Jaramillo, 2005. p, 117.

El mismo tratadista del derecho en su libro, analiza el rol que cumple la administración pública, según su punto de vista, la administración pública es un proceso que se encarga de “planear, organizar, dirigir, controlar y evaluar la prestación de los servicios públicos para alcanzar los objetivos programados” (Jaramillo, 2005. p,120), para su análisis descompone cada elemento para tener un criterio más claro del papel que cumple la administración pública. La planeación es el primer paso, como todo trabajo, se necesita tener una guía para que el trabajo que se realice, resulte beneficioso y con éxito, es por ello, que antes de realizar obras, trabajos o brindar servicios, los servidores públicos se encargan de planificar adecuadamente la labor a realizar, planificando los objetivos que se deben cumplir, la forma en que se ejecutará la obra o el servicio, y el resultado que se espera obtener ; seguidamente, se encuentra la organización, es decir, los servidores públicos se organizan jerárquicamente para establecer deberes y responsabilidades, con el objetivo de cumplir lo que ha sido delegado a su función; un tercer paso es la dirección, básicamente en este paso se controla y se ejecuta las actividades que han sido previamente planificadas para tratar de cumplir con el objetivo q ha sido previamente elaborado; como cuarto paso se controla, en esta fase, los servidores públicos se encargarán de inspeccionar y verificar el trabajo realizado y comprobar si se encuentra de acuerdo a los objetivos planificados; y como última fase es la evaluación, en esta fase se busca determinar el grado de responsabilidad que hubo por parte de los funcionarios, además este mecanismo ayuda a interpretar y valorar los resultados del procedimiento, con la finalidad de determinar cuáles fueron las fallas o errores, y posteriormente, tomar ciertas medidas que ayuden a mejorar las debilidades (Jaramillo, 2005. p, 120).

De los autores referidos con anterior, se podría recalcar que la administración pública es el sistema que es creado por el Estado, el mismo que está conformado por órganos, organismos, y entidades. Estos entes se encargan de gestionar, dirigir, planificar y controlar los recursos, actividades y asuntos propios de la administración estatal, que han sido designadas por la norma, cuya finalidad es contribuir y mejorar el desarrollo social conforme a los objetivos y metas del gobierno.

Varios de los roles que conlleva la administración pública son: gestionar las políticas públicas, lo cual implica que la administración estatal depende mucho del gobierno de turno, para que su rol sea conforme y coherente con los objetivos propios de la administración, este rol se enmarca en los principios de jerarquía, planificación, coordinación y transparencia; la prestación de servicios públicos, lo cual implica que conforme a los principios de calidez, calidad, descentralización, desconcentración, eficacia y eficiencia; regular actividades tanto económicas como sociales, entre otros roles más.

La Constitución de la República del Ecuador menciona a los órganos, organismos y entidades que forman parte del sector público:

El sector público comprende: los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social; las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado; los organismo y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos (Constitución de la República del Ecuador, 2008. Art. 225).

Los diferentes entes se desenvolverán conforme a las facultades y atribuciones que se les sean otorgadas por medio de las diferentes leyes, para dar cumplimiento y velar por que se cumplan los derechos fundamentales de los ciudadanos que son amparados por la Constitución de la República del Ecuador.

4.2.2 Fines de la administración pública.

Para Ricardo Uvalle en su artículo publicado en el año 2004, analiza sobre los fines de la administración pública, pues, al ser parte del Estado, debe cumplir con los fines inherentes al Estado.

El actuar de la administración pública debe seguir ciertos lineamientos, entre los cuales Uvalle resalta:

Se orientan al logro de metas relacionadas con la seguridad de las personas y sus bienes; el desenvolvimiento pleno de las capacidades individuales y sociales, así como la búsqueda de horizontes que tienen como objetivo último garantizar las condiciones fundamentales de vida a favor de la calidad irrenunciable que se relaciona con el bienestar y el desarrollo material de la sociedad civil. (Uvalle, 2004. p, 45).

El mismo autor señala que uno de los fines de la administración pública es definir las políticas, las cuales deben ser desarrolladas para resolver y dar solución a las necesidades que enfrenta la sociedad, y que el Estado por medio de la administración pública, pueda cumplir con sus objetivos, que son, el correcto desarrollo de la sociedad, en un ámbito económico, social, ambiental y de seguridad, para lograr el bienestar común (Uvalle, 2004. P, 25).

En el mismo sentido el Dr. Hernán Jaramillo (2005) considera que, al tener la atribución de ejecutar los planes de desarrollo del país, la administración pública posee dos fines generales, el primero es el desarrollo de la sociedad en distintas esferas, tanto económicas, políticas, sociales y culturales, de las personas que se encuentren dentro del país, logra este objetivo a través de la prestación de bienes y servicios públicos con sujeción a la ética, eficiencia, eficacia y de calidad. Como segundo fin es el bien de la sociedad, lo cual significa hacer justicia en la administración pública, mediante la aplicación del derecho y las leyes que sirven para que se dé un correcto funcionamiento estatal, y de la misma manera evitar que se vulnere el patrimonio público (p, 119).

Una vez analizado el criterio de varios autores, se puede decir que, la administración pública cumple un rol fundamental en el desarrollo de la sociedad, ya que es el medio en el que se vale el Estado para cumplir con los planes de desarrollos, para lograr cumplir con los objetivos previstos en la Constitución del Ecuador y en otras normas legales, la administración pública gestiona todos los asuntos públicos de una manera eficiente, para asegurar el bien común.

La administración pública se encarga de la prestación de servicios públicos, pues está en su responsabilidad el brindar servicios como la educación, salud, seguridad, justicia y entre otros servicios. Pero su finalidad no solo es la prestación de servicios, sino, su finalidad es garantizar que dichos servicios prestados sean accesibles, de calidad, eficaces y que den solución a las necesidades de las personas.

Otra finalidad que conlleva es lograr el bienestar colectivo, en razón de que, al brindar servicios debe tomar correctas decisiones para beneficiar a la población en general, y no solo a un grupo de personas, es importante mencionar que, toda planificación que se realice en el ámbito público se debe considerar el impacto a largo plazo.

Finalmente, para realizar dichas atribuciones que han sido otorgadas, la administración pública administrará los recursos públicos, para lo cual, es su deber y finalidad utilizar el patrimonio público de manera responsable, basada en principios y cumpliendo de forma efectiva, transparente y optimizando su utilización, se debe evitar a toda costa la corrupción.

Es tarea de la administración pública implementar políticas públicas, de acuerdo con las necesidades y las realidades de la población, y velar porque se cumplan de manera efectiva, para de esta manera dar cumplimiento a los derechos y garantías de las personas que se encuentran establecidos en la carta Magna.

En conclusión, la administración pública tiene como finalidad brindar servicios de calidad a la población, por medio de la creación y aplicación de políticas públicas, gestionando adecuada y responsablemente los recursos públicos, para alcanzar el bienestar de las personas, respetando sus derechos y la justicia

4.2.3. La administración pública y su fundamento en el derecho positive ecuatoriano.

La administración pública en Ecuador está conformada por órganos, entidades e instituciones públicas y semipúblicas, la cual, por medio de servidores públicos, gestionan y ejecutan las funciones otorgadas por la Constitución de la Republica del Ecuador, leyes y reglamentos, así como las políticas públicas establecidas conforme al Plan Nacional de Desarrollo, con el objetivo de beneficiar y lograr el correcto desarrollo de la sociedad ecuatoriana.

La Administración pública se organiza jerárquicamente y de forma descentralizada, entre las formas de administración pública se encuentran, la administración pública central, que está conformada por el ejecutivo; la administración pública institucional, que son creadas por el Estado y su finalidad es prestar servicios; y, la administración pública seccional, que son organismos descentralizados, encargados de gobernar y crear ordenanzas.

Los principios que rigen la administración pública son: principio de legalidad, principio de eficiencia administrativa, eficacia administrativa, transparencia y de simplificación. Cabe recalcar, que el derecho administrativo se rige de estos principios para la creación de las normas. En relación al tema administrativo, Ecuador ha implementado en su ordenamiento jurídico, leyes que permitan mejorar y controlar el servicio estatal, para dar cumplimiento con el objetivo de la administración pública, en el mismo contexto; y, como el derecho es dialéctico y debe evolucionar conjuntamente con la sociedad, las reformas en el ámbito administrativo son necesarias, y una de las principales adecuaciones que se puede destacar es la implementación de procesos de modernización y digitalización.

El ordenamiento jurídico del derecho administrativo, como toda rama del derecho, debe estar fundamentada y conforme a la Constitución de la República del Ecuador, en este mismo sentido, la administración pública se encuentra normada en la Carta Magna. El Estado, por

medio de la norma suprema, determina la estructura, otorga facultades y atribuciones, así mismo, establece limitaciones a los entes que conforman la administración pública.

Con respecto a la administración pública en la Constitución de La República del Ecuador, el art 226 describe al sector público, en la cual establece los límites, en el nombrado artículo determina que:

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución (Constitución de la República del Ecuador, 2008. Art,226).

De la misma manera, el Art. 227 de la norma antes mencionada, define los principios rectores de la administración pública, entre los que se encuentran el “principio de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación” (constitución, 2008).

Actualmente, la norma rectora que rige la administración pública y el servicio público es la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP). Este ordenamiento jurídico es el encargado de regular y organizar las instituciones dependientes del Estado y el servicio público de manera general. Esta normativa nace como consecuencia de los vacíos y conflictos legales generados por la ley anterior denominada “Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público”, consecuencias que genero desorden remunerativo y desfases en materia de recursos humanos, así mismo, existía falta de claridad y efectividad al momento de aplicar la ley.

El Art. 2 de la LOSEP, estipula el objetivo de la ley, de forma textual manifiesta:

El servicio público y la carrera administrativa tienen por objetivo propender al desarrollo profesional, técnico y personal de las y los servidores públicos, para lograr el permanente mejoramiento, eficiencia, eficacia, calidad, productividad del Estado y de sus instituciones, mediante la conformación, el funcionamiento y desarrollo de un sistema de gestión del talento humano sustentado en la igualdad de derechos, oportunidades y la no discriminación. (LOSEP, 2010, Art 2).

El artículo referido de la ley establece el propósito de la creación de esta norma, pues, lo que busca es que los servidores públicos se desarrollen en diferentes aspectos, profesionales, técnicos y personales, para ello, busca que, por medio de los derechos, procesos y

asesoramiento, los servidores públicos mejoren en todos sus aspectos, para de esa manera, mejorar la calidad del servicio público y la productividad del Estado. Es propicio acotar, que, para lograr el cumplimiento de la ley, debe existir un sistema que organice y regule el talento humano, además, este sistema debe garantizar los derechos establecidos en la Constitución del Ecuador, principalmente, el derecho a la igualdad en trato y oportunidades para aquellas personas que actúen como servidores públicos, evitando todo tipo de discriminación.

En la LOSEP se determina las instituciones del Estado que se deben regir a lo estipulado en dicho ordenamiento jurídico, en el Art. 3 se puede analizar la estructura de la administración pública. En primer lugar, abarca la administración central, de los que se desprende los organismos y las dependencias que son creadas a partir de las funciones estatales, entre las que se sitúan, la función ejecutiva, Legislativa, Judicial y la función de Transparencia y Control Social; a ello se suman, las entidades de procuraduría General del Estado y la Corte Constitucional; seguidamente, corresponde a la administración pública seccional, entre los que constituyen las entidades que forman parte del régimen autónomo descentralizado y los regímenes especiales; y, como tercer punto, la administración pública institucional, que abarca a los organismos e instituciones que son creados directamente desde la Constitución o alguna ley, siempre y cuando brinde servicios públicos o desarrolle actividades enmarcadas en el ámbito Estatal; y, finalmente, los GADs podrían crear personas jurídicas por medio de un acto normativo (LOSEP, 2012. Art 3).

Otro aspecto que es importante abarcar, es aquel respecto a los servidores públicos, ya que, el cuerpo jurídico mencionado con anterioridad es la norma base que regula la entrada al servicio público, los derechos, prohibiciones, deberes, obligaciones, el régimen disciplinario y la cesación de las funciones, organización, la selección del personal, y de la carrera del servicio público.

4.2.4 Servidor público.

Son personas que ejercen derechos y contraen obligaciones a título personal contratadas por el Estado, las mismas que prestan sus servicios personales, lícitos bajo remuneración y tienen los mismos derechos que otros, por lo que tienen relación de dependencia y subordinación (Velaña. 2019. p, 20).

Según el concepto de Bryan Velaña, el servidor público tiene un vínculo directo con el Estado, dicha relación se fundamenta en la prestación de servicios por parte del servidor público, y la remuneración por parte del Estado, en un análisis más profundo de los elementos

que constituyen este concepto, se puede explicar que, el servidor público, al ser una persona natural, implica que está protegido y garantizado por los derechos fundamentales descritos en la Constitución de la República del Ecuador, dicho esto, se debe cumplir y proteger los derechos a cabalidad, ya que el Estado es el modelo ejemplo como empleador, de la misma manera, para la contratación, se establece obligaciones para el individuo, por medio del vínculo directo que tiene con la administración pública, de lo que cabe decir, los servidores públicos gozan de derechos y obligaciones especiales que son otorgadas y reconocidos por la norma rectora del servicio público (LOSEP), para la seguridad y protección en el ejercicio de sus funciones.

Para que una persona tenga el cargo de servidor público, se necesita llevar un proceso de selección de personal, el cual tiene como finalidad la contratación, es por ello que existe un acuerdo formal entre ambas partes, haciendo legal su estabilidad en la administración pública, de lo que se desprende que, en dicho contrato deberá establecer que, los servicios que preste el servidor público serán lícitos y se especificará de manera clara las tareas a realizar en el ejercicio de su función, al igual que la remuneración, esta será proporcional a los servicios prestados y conforme lo establezca la normativa.

Con respecto a la relación de dependencia y subordinación, se puede analizar que los servidores públicos están bajo la dirección y supervisión del Estado.

Toda persona que proporcione un servicio o actividad remunerada en beneficio del Estado. Independientemente de la denominación que se le haya proporcionado al trabajador (servidor, funcionario o empleado público), este cumple un mismo fin, el de servir a nombre del Estado (Valencia, 2015. P,10).

En el mismo sentido, el autor citado en el párrafo anterior, considera al servidor público de la misma forma que Velaña, añadiendo además que, tiene un propósito especial con el Estado, que es servir a nombre del Estado, de lo cual podemos rescatar que al momento de servir al Estado, conlleva a que su trabajo deba realizarse de la mejor manera, enmarcado en valores éticos y morales, en razón de que la labor realizada por el servidor público, tiene un impacto directo con el funcionamiento, desarrollo y el bienestar de las instituciones del Estado, de tal manera que, está en manos del funcionario el lograr la satisfacción de necesidades de la sociedad.

Tal es la importancia del servidor público para el desarrollo de la sociedad, que está en sus manos la correcta administración de servicios públicos y la implementación de políticas públicas, es por ello, que debe actuar con probidad y responsabilidad para que su labor sea conforme a los objetivos de la Constitución respecto a la administración pública.

A continuación, se examinará ciertos puntos importantes del servidor público en el rol que cumple en el bienestar social.

Primeramente, los servidores públicos al prestar servicios son responsables de brindar servicios que para la sociedad son esenciales, entre los que se puede destacar la salud, educación, seguridad, justicia. Tal es su importancia, que solamente un servidor público ético y responsable logrará mejorar la calidad de este tipo de servicios, de lo contrario, afectará enormemente, tanto al Estado y a la sociedad, por su carencia de compromiso.

Segundo, aquellos servidores públicos que están relacionados con la implementación de políticas públicas tienen un rol tan importante para el desarrollo sostenible y el bienestar de las personas, en tal virtud, para la creación de estas políticas, se debe tomar en cuenta que sean eficaces, prácticas y se puedan desarrollar, con el fin de sobrellevar los problemas relacionados a la protección del medio ambiente, a la seguridad, igualdad, el empleo. La correcta implementación de las políticas evitará que exista falencias en estos ámbitos.

Otro aspecto importante que recalcar, es la correcta administración de los recursos públicos, y evitar la corrupción en todas sus formas, ya que el deber de los servidores públicos es administrar de manera eficiente y transparente los recursos públicos, lo que conlleva a que se administre adecuadamente los fondos, el patrimonio, caudales del Estado, la correcta administración de los recursos públicos evitara que exista desfases económicos, que exista debilidad en la administración pública, que personas incapaces estén ocupando puestos, que deberían ser otorgados a personas especializadas en dicha función, en fin, como se ha dicho desde hace muchos años, la corrupción es el cáncer de la sociedad, por esa razón es un deber fundamental de los servidores públicos, combatir cabalmente la corrupción en todas sus formas.

Un cuarto punto que se debe explicar es la participación de ciertos servidores públicos en la toma de decisiones, ya que afectan directamente a la sociedad, de este modo, es necesario que las personas que ocupen estos cargos o funciones sean personas capaces y con conocimientos en áreas específicas, ya que solamente quien se ha educado y conoce los temas a discutir, podría dar una solución eficiente. y tomar decisiones estratégicas para combatir los problemas presentados.

De lo que podemos concluir, el rol que cumple el servidor público en la sociedad es fundamental para el desarrollo de ésta, de tal forma que, el compromiso que deben tener las personas al momento de entrar al sector público a prestar sus servicios, debe ser la responsabilidad para actuar conforme a la ley, y evitar que se dé la corrupción, solo de esa forma, se lograría un correcto desarrollo social.

4.2.4.1 Servidor Público en la legislación ecuatoriana.

En Ecuador, el término servicio público se encuentra positivizado en la Constitución de la República del Ecuador, como norma suprema, en la sección tercera aborda el tema “servidoras y servidores públicos” en el cual postula “serán servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público” (2008, Art. 229).

El artículo citado, explica claramente que para ser servidor público debe desempeñar cierta función en el sector público, sin importar el título o cargo que ejerza, puede ser de tiempo completo, parcial o contratados temporales, la diferencia del servidor público y el trabajador privado, radica en que el primero, mantiene una relación laboral con el Estado, como consecuencia, desempeña un rol específico en la prestación de servicios públicos, por el contrario, el segundo, mantiene una vinculación con el empleador del sector privado, además, el trabajador responde a otras normas como el Código de Trabajo.

En el mismo artículo, se estipula que los derechos correspondientes al servidor público son irrenunciables, lo que significa, los derechos son inherentes a estos sujetos, por tanto, no pueden ser renunciados, incluso cuando exista voluntad, no podrán transferir o ceder a otra persona. La esencia de la irrenunciabilidad se fundamenta en que existen derechos que son esenciales, por tanto, no pueden ser menoscabados o eliminados en ninguna circunstancia, en ese mismo contexto, bajo ningún acuerdo o contrato se puede eliminar esos derechos de la persona, para ello, la protección de los derechos se encuentra consagrada en los diferentes ordenamientos jurídicos, mediante garantías legales que protegen a las personas.

La Constitución del Ecuador (2008) como norma rectora, establecerá el organismo rector en materia de recursos humanos y las remuneraciones del sector público, la misma entidad “regulará el ingreso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de los servidores públicos” (art. 229).

Entre los principios que engloban al sector público son: la carrera administrativa, encargada de la selección, ingreso y ascenso de los servidores públicos; la estabilidad, lo que impide que los servidores públicos sean destituidos o cesados de sus funciones sin una debida justificación, y peor aún, sin el debido proceso; los derechos laborales, lo que abarca que, los servidores públicos al realizar sus labores, deberán contar con óptimas condiciones laborales, además, que sean justas y equitativas, que abarquen una remuneración proporcional al grado de trabajo; la seguridad que debe ser fundamental; las vacaciones o licencias; el desarrollo

profesional, que se refiere, todo servidor público tendrá el derecho de ser capacitado y exigir una formación constante dentro del rol que cumpla, para lograr desempeñarse de mejor manera; y por último, la responsabilidad y transparencia, ya que como se ha mencionado en el desarrollo de la investigación, la administración pública debe actuar con probidad, ética y transparencia en el desarrollo de sus labores.

Como ya se mencionó anteriormente, la norma rectora del servicio público es la Ley Orgánica del Servicio Público, este ordenamiento jurídico regula el actuar de los servidores públicos, de tal forma que, dentro de este cuerpo legal, se encuentra positivizado los derechos, deberes y las responsabilidades de los servidores públicos, igualmente establece el régimen laboral, los asensos, remuneraciones.

El mismo cuerpo legal fomenta la transparencia en la administración pública, como consecuencia, establece mecanismos de rendición de cuentas sobre la gestión realizada por los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

Los servidores públicos a través de la LOSEP son impulsados hacia la profesionalización y capacitaciones continuas, con el objetivo de mejorar la calidad de prestación de servicios, logrando que dichos servicios sean ejecutados con eficiencia y calidad, para beneficiar a la sociedad.

Como deber del estado y la función de la implementación de ordenamientos jurídicos la norma rectora fija el control y la fiscalización por medio de mecanismos de control y fiscalización, con la finalidad de evitar el abuso de poder y la corrupción en el sector público.

4.2.4.2 Deberes del servidor público.

En Ecuador, en el capítulo primero del título III norma los deberes, derechos y las prohibiciones de los servidores públicos.

En el Art. 22 tipifica los deberes y las responsabilidades que deben cumplir los servidores públicos en el Ecuador en el ejercicio de sus funciones, entre los que se puede priorizar:

- a) Respetar y cumplir con la norma suprema que es la Constitución de la República del Ecuador, en el mismo sentido, las leyes con menor jerarquía, con esta disposición se garantiza que la administración pública se desarrolle dentro del marco legal.
- b) Cumplir con las obligaciones que han sido otorgadas hacia el servidor público, con base a los principios de eficiencia, calidez, solidaridad, la importancia de este deber se origina

en la necesidad de que el servicio público sea atendido de manera diligente y con amabilidad, para el bienestar de la sociedad.

- e) velar por la economía y los recursos Estatales, el patrimonio y los bienes que forman parte de la administración pública que se encuentren confiados a su guarda o administración, lo que se puede recalcar de este deber es que el Estado por medio de esta disposición asegura la preservación, el uso adecuado del patrimonio público y la custodia adecuada de los bienes y documentos que se encuentren bajo su responsabilidad.
- g) elevar a conocimiento de los superiores los hechos que puedan ocasionar daño a la administración, es responsabilidad del servidor público actuar con probidad promoviendo la correcta administración y combatiendo la corrupción en todas sus formas, por tal razón la norma da la facultad para que el servidor público en caso de tener conocimiento sobre situaciones que atenten contra la buena administración pública.
- f) desarrollar las funciones con lealtad institucional, rectitud y buena fe. Sus actos deberán ajustarse a los objetivos de la administración pública y administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, de lo mencionado es propicio manifestar que los servidores públicos para ejercer las funciones deberán hacerlo conforme a la ética y sus valores morales, como son la honestidad, la transparencia y la responsabilidad de cumplir sus funciones encomendadas con la mayor rectitud posible, para de esta manera lograr cumplir con los objetivos previstos en las normas referente a la administración pública.

Para concluir, los deberes establecidos por el legislador en la LOSEP han sido creados con el fin de que los servidores públicos cumplan con ciertas directrices que se determinan en la norma, para garantizar que el servicio público sea eficiente, transparente y correcto, buscando que la administración pública satisfaga las necesidades de la población.

4.2.4.3 Responsabilidad de los servidores públicos.

Todo servidor público, personas que actúen en alguna potestad estatal o proveedores que brinden servicios al Estado, al estar vinculados con la administración pública por medio de normas, contraen obligaciones y deberes especiales con el Estado, dicho esto, la responsabilidad surge de los deberes y obligaciones propios del servidor público, los cuales, si son infringidos o dejados de cumplir, la norma, establecerá diferentes tipos de responsabilidades, según se

presente el caso, conforme la norma suprema, en el Art. 233 de la CRE menciona que “ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos” (2008). En el artículo citado dispone que las personas que tengan el cargo de servidor público serán responsable por sus acciones o y por lo que dejen de hacer en el desempeño de su cargo, de la misma manera, el Estado determina la responsabilidad tanto administrativa, civil y penalmente, es decir, que los servidores son susceptibles de recibir sanciones por el mal desempeño en su función.

Como norma suprema busca garantizar la protección de los recursos y el patrimonio público por medio de sanciones, lo que incide en disuadir el mal manejo y la malversación de los recursos del Estado, con el fin de que la administración pública se desarrolle en un ámbito de transparencia y calidad.

Cómo se ha planteado en párrafos anteriores, los servidores públicos al tener un vínculo directo con la administración pública, por medio de ordenamientos jurídicos no penales, tienen un deber y un grado de responsabilidad especial para la protección y el buen cuidado del patrimonio público, de tal manera que, al verse involucrados en malversación o mal uso de los recursos del Estado, deberán responder con sanciones mucho más rigurosas, ya que, al vulnerar el bien jurídico protegido, que es la correcta administración pública, afectan no solamente al Estado, también se ve involucrado el bienestar de la sociedad.

La Contraloría General del Estado es el órgano encargado del control, fiscalización y auditorías del Estado, en el Art 5 de la LOCGE se estipulan las facultades de esta institución, en la cual se menciona en el numeral primero, que toda persona vinculada a la administración pública será responsable y rendirán cuentas durante el ejercicio de su cargo, el uso de recursos públicos, y de la función desempeñada.

En el capítulo cinco de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado se encuentra estipulada la determinación de responsabilidades, en la sección primera, el Art. 38 tipifica que el actuar realizado por las instituciones del Estado, así como el de los servidores, serán legítimos, en tal virtud, solamente se puede establecer lo contrario cuando la Contraloría General del Estado, a través de auditorías gubernamentales lo determine (2002).

Una de las potestades que tiene la Contraloría General del Estado, es que, por medio de auditorías gubernamentales, puede establecer responsabilidades tanto en el ámbito administrativo, civiles culposas y puede promover indicios de responsabilidad penal, para poder

determinar la sanción del servidor público tanto administrativas como civiles, la Contraloría deberá seguir ciertos procedimientos establecidos en la norma y deberá basarse en informes de auditorías internos. Cuando existen dudas sobre acciones negligentes o contrarias a las normas, se promoverá un procedimiento por parte de la Contraloría con el fin de establecer si existe o no responsabilidades, para ello la institución estatal revisará si se ha cumplido con el debido proceso y las auditorías necesarias para el caso, es puntual acotar que cualquier decisión deberá ser fundamentada y motivada, basándose en los sucesos ocasionados, la norma, derechos y las obligaciones del servidor público, un punto importante de analizar es que, si al momento de hacer la revisión encuentren indicios de responsabilidad penal, se seguirá un procedimiento distinto, hay que recalcar, toda evidencia que se presente durante el proceso, debe cumplir los requisitos formales que sean necesarios (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002).

En el mismo cuerpo legal, en el Art. 40 dispone que la responsabilidad para las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores públicos serán tanto por las acciones ejercidas en su cargo o por omisiones realizadas, para evitar sanciones, las personas que actúen bajo una potestad estatal deberán actuar con probidad y desempeñar sus funciones con calidad y eficiencia (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002).

En la perspectiva de Dermisaky:

Hay tres clases de responsabilidad civil, penal y administrativa. La primera deriva del principio general de derecho de que todo aquel que causa daño a otro está obligado a repararlo. La responsabilidad penal, es la consecuencia de la comisión de delitos tipificados en el COIP y se manifiesta en la aplicación de las acciones previstas en el mismo código y en las leyes conexas. La responsabilidad administrativa sobreviene por faltas cometidas en el desempeño del trabajo según las leyes y reglamentos específicos (2012. p,12).

La norma establece tres diferentes formas de responsabilidades para sancionar las acciones u omisiones de los servidores públicos y de aquellas personas que de alguna forma actúen bajo la potestad estatal, las cuales serán detalladas a continuación:

Responsabilidad administrativa.

La responsabilidad administrativa consiste en aquellas acciones disciplinarias que son interpuestas por la autoridad en el ámbito de la administración pública, entre las que se puede encontrar, desde leves como las amonestaciones, suspensiones o multas, y las graves como pueden ser la destitución. Según el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la LOGE en el art 45

define la responsabilidad administrativa culposa, es importante acotar que la palabra “culposa” hace referencia a la responsabilidad que se deriva de la negligencia o la mala diligencia en el desempeño de sus funciones. La Contraloría tiene la potestad para mediante un proceso administrativo, analizar documentos y pruebas que demuestren el incumplimiento de la norma relacionado a las atribuciones, deberes y obligaciones que son propios de los servidores públicos, (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002). En el artículo mencionado, se norma catorce diferentes causales por las cuales un servidor público debe responder.

De la misma manera el art 46 del mismo cuerpo legal, trata sobre las sanciones por faltas administrativas que serán aplicadas a personas que tengan cualquier vínculo con el Estado, para lo cual existen dos clases de sanciones: la multa y la destitución, lo cual dependerá de la falta cometida, haciendo énfasis, existe relación entre la responsabilidad administrativa, civil y penal, lo que significa, serán aplicadas de manera conjunta las sanciones, en otras palabras, si la actuación del servidor público genera daños civiles o constituyen delitos penales, se enfrentarán a procedimientos legales adicionales conforme a sus acciones (LOCGE, 2002).

En el capítulo cuatro de la Ley Orgánica del Servicio Público, se plantea el régimen disciplinario, en el Art. 41 emplea las consecuencias que deberán afrontar los servidores públicos que incumplan sus obligaciones o violen las disposiciones interpuestas por los ordenamientos jurídicos, del mismo modo que la LOCGE, añade que se podrá establecer acciones civiles o penales conforme se demuestre en el desarrollo del proceso, cabe acotar, en el transcurso del proceso se aplicará las garantías básicas del derecho a la defensa y el debido proceso (Ley Orgánica del Servicio Público, 2010).

La LOSEP en su Art. 44 postula y define al proceso por el cual se debe seguir en el cometimiento de faltas administrativas, tal como se plantea, es el Sumario Administrativo aquel proceso administrativo, oral y motivado que tiene una única finalidad, es determinar si se ha cometido o no faltas administrativas graves por parte de los servidores públicos, las mismas que se encuentran tipificadas en la LOSEP, y de esta manera imponer la sanción administrativa correspondiente, la Institución encarga de llevar a cabo los Sumarios Administrativos es el Ministerio de Trabajo, quien por medio del proceso mencionado, con los documentos y pruebas necesarios, y con las garantías básicas aplicadas, podrá imponer sanciones administrativas. Si existen indicios de pruebas que pueda involucrar al servidor público en el cometimiento de responsabilidades civiles o penales, el Ministerio de Trabajo correrá traslado a la Contraloría General del Estado o a los Órganos competentes, según sea necesario (1010).

Responsabilidad civil.

La responsabilidad civil culposa es aquella obligación que tiene el servidor público o un tercero de indemnizar los perjuicios que se ha ocasionado a causa de su accionar dentro del ejercicio de sus funciones, ya sea de manera negligente, imprudente o descuidada, lo que caracteriza esta clase de responsabilidad, es que no tiene entre sus elementos constitutivos el dolo, sino en la falta de diligencia al cumplir su rol.

En la sección tercera de la LOCGE sostiene el tema “responsabilidad civil culposa”, en el Art. 41 hace referencia a la responsabilidad civil de los servidores públicos y el perjuicio económico que ocasionen al Estado. Analizando el Artículo mencionado, se puede evidenciar que esta disposición involucra tanto a servidores públicos como a terceros vinculados, que, sin dolo, pero de manera culposa, han causado daño hacia los bienes o recursos públicos, los mismos que tendrán la obligación de indemnizar el perjuicio ocasionado, para resarcir económicamente al Estado. En el mismo sentido, la culpa en las acciones de los servidores o terceros debe probarse, siguiendo el debido proceso. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002).

En el Art. 53 del mismo ordenamiento jurídico, establece que es potestad de la Contraloría General del Estado, determinar a través de auditorías gubernamentales, la responsabilidad civil culposa por acciones y omisiones de los servidores públicos o privados que dispongan recursos públicos (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002).

Responsabilidad penal.

La responsabilidad penal puede ser planteada como aquella forma en que los servidores públicos enfrentan cargos o procedimientos judiciales en el ámbito penal, siempre que se haya demostrado la comisión de delitos contra la administración pública.

El Art. 212 de la CRE da a conocer las funciones de la Contraloría General del Estado, en el numeral 2 alude que, esta institución puede determinar indicios de responsabilidad penal, sin interponerse con las funciones que son otorgadas a la Fiscalía General del Estado (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Además de responsabilidad administrativa y civil, en el caso de que existan indicios de responsabilidad penal, como elementos o evidencias que involucren en la comisión de un delito, la Contraloría General del Estado, deberá remitir a la Fiscalía General del Estado para iniciar un proceso legal.

De la misma forma, en la sección cuarta de la LOCGE, a partir del Art. 65 se encuentra normado el mecanismo por el cual la CGE remite dicho conocimiento a la FGE, para que el fiscal encardado de inicio a la instrucción fiscal.

4.3. El peculado.

4.3.1. Definición del peculado

Para comprender de una mejor manera el delito de peculado, es importante investigar desde la perspectiva de la doctrina.

Se puede encontrar varios autores que indagan sobre esta figura delictiva, entre ellos, el jurista (2006. p, 355), dicho en otras palabras, el peculado es el abuso de confianza por parte del servidor público, el cual toma indebidamente ya sea bienes, dineros o algún recurso público con el fin de usar indebidamente o apropiarse de ellos,

Uno de los juristas con mayor relevancia en Latinoamérica es Fidel Rojas Vargas, gran penalista peruano, quien también al referirse al delito de peculado alude:

Sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, para sí o para otro, caudales o efecto cuya percepción, administración o custodia le están confiados por razón de su cargo. Para atribuir la responsabilidad de una persona por el delito de peculado nuestro ordenamiento no solo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario público, sino, además, que ostente el vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado. (Rojas citado por Sáenz, 2014. p, 11).

Un tercer criterio importante para el desarrollo del estudio de esta figura delictiva es analizar el delito desde la perspectiva de Claus Roxin: “el delito de peculado constituye un delito especial y de infracción de deber vinculado a instituciones positivizadas” (Roxin citado por Sáenz, 2014. p, 11).

Para que se atribuya la responsabilidad penal en el delito de peculado es necesario que cumpla con dos requisitos:

El primero, el sujeto activo calificado será el servidor público, lo cual implica que tenga una relación directa con el Estado, a través de un contrato o de la estabilidad en una institución pública para ocupar un cargo. Segundo, el sujeto deberá tener un vínculo directo con el bien jurídico, es decir, deberá tener la responsabilidad de custodiar o administrar los recursos del Estado.

Con base a lo citado, el delito de peculado al ser un delito cuyo tipo exige cualidades especiales para responder penalmente, se configura en un delito especial, en tanto que, no cualquier sujeto puede adecuar su conducta en este delito, en el mismo sentido, forma parte de los delitos de infracción de deber, esta categoría creada por Roxin surgió como una respuesta a las interrogantes que se desataban de la teoría del dominio del hecho, como por ejemplo, trató de explicar aquellos delitos que no necesitan tener un dominio del hecho para responder penalmente, sino, se configuran solamente cuando el servidor público deja de cumplir el rol que le ha sido encomendado a través de normas extrapenales, es decir, las normas que vinculan al servidor público con la institución a la que presta sus servicios y que generalmente están creadas por otros ordenamientos jurídicos, por ejemplo, en Ecuador, la LOSEP otorga obligaciones a los servidores públicos, una vez que el servidor público por medio de un contrato se vincula a la institución pública, se le otorga ciertos deberes específicos, dado el caso que incumpla esos deberes, se podría configurar un delito de infracción de deber y responder penalmente según sea su grado de vulneración hacia el bien jurídico protegido, es importante mencionar que esta sanción no debería aplicarse a un sujeto externo a la administración pública para responder como autor, porque como ya se había mencionado en párrafos anteriores, no existe esa relación que nace del vínculo entre el Estado y el sujeto, como consecuencia, no existiría deberes ni obligaciones a la cual se sujete dicho participe, pero para Roxin, el extraneus podría tener la calidad de cómplice.

Esta figura delictiva tiene como verbos rectores la sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos o caudales públicos por parte del servidor público encargado de su administración o custodia, el delito de peculado también suele conocerse como malversación de fondos públicos, es decir, implica el desvío ilegal de los bienes públicos para beneficiar al funcionario público o a un tercero.

El delito de peculado forma parte de los delitos de abuso de poder, en virtud de que mayormente quien comete estos delitos son personas que tienen cierto grado de autoridad dentro del aparato estatal, por esta razón la pena para este tipo de delitos debe ser rigurosa ya que, los delitos de corrupción afectan directamente al bienestar de la sociedad y su economía.

4.3.2. Clasificación del peculado.

El delito de peculado puede presentarse de diversas formas, aunque en la legislación ecuatoriana no todas se encuentran reconocidas, seguidamente se detallarán las disímiles formas de peculado que existe:

Por apropiación: Se caracteriza por el verbo “apropiación” o “sustracción” por parte de la persona encargada del bien jurídico protegido que ha sido encomendado para su administración o custodia, en beneficio del servidor público de terceros.

Por extensión: Se refiere a aquellos particulares que se benefician sustrayendo los bienes o fondos públicos, traspasando a las instituciones que se dedican a la beneficencia, defensa civil o educación.

Por omisión: Esta destinado a las instituciones tributarias pertenecientes al Estado, aquellos funcionarios que en virtud de su cargo actúa como receptor de impuestos, o demás contribuciones, y dejan pasar el tiempo determinado por la norma para reclamar.

Propio e impropio: El peculado propio, como su nombre lo describe, se necesita que personalmente sea el funcionario o servidor público, y adherido a ello, tenga en función de su cargo la administración y custodia del patrimonio del Estado, quien cometa el hecho delictivo. Por el contrario, el peculado impropio, se fundamenta en aquellos individuos que disponen arbitrariamente del bien, es decir, hacen uso del bien, sacando provecho, pero tiene como finalidad devolver a la administración pública.

4.3.3. El peculado en el Código orgánico Integral Penal.

En Ecuador, el delito de peculado se encuentra positivizado en el Art. 278 del COIP, textualmente refiere así:

Las o los servidores públicos, las personas que actúan en una virtud estatal en alguna de las instituciones del Estado; o, los proveedores del Estado que en beneficio propio o de terceros abusen, se apropien, distraiga o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder, en virtud o en razón de su cargo, serán sancionados con una pena privativa de libertad de 10 a 13 años (COIP, 2014. Art. 278).

El delito de peculado en la legislación ecuatoriana exige como sujeto activo cualificado a los servidores públicos y los proveedores del Estado. La conducta prohibida descrita en el tipo penal tiene como verbos rectores abusar, apropiarse, distraer o disponer arbitrariamente; el objeto material que recaen los resultados de la acción delictiva puede ser: bienes muebles e inmuebles, dineros públicos, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder, es decir, los recursos y propiedades públicas. El bien jurídico protegido del delito de peculado es la buena administración pública. Se establece una pena privativa de

libertad de 10 a 13 años para aquellos que cometan las acciones mencionadas. Esto implica que las personas condenadas podrían ser sentenciadas a prisión por un período que va desde 10 hasta 13 años, lo cual depende de la gravedad con la que se ha cometido el ilícito, la finalidad de la sanción es disuadir a que los individuos cometan actos de corrupción o apropiación indebida de los recursos públicos, por medio del castigo con la pena privativa de libertad. Por medio de la pena, el Estado busca proteger los recursos Estatales, asegurando que sean utilizados de manera apropiada y garantizando una correcta y eficiente administración pública.

4.3.4. Análisis del delito de peculado

Resulta exhaustivo indagar a profundidad el delito de peculado, ya que, al ser la base de la investigación realizada, es imperioso el conocimiento del mismo en varios contextos, partiendo desde su naturaleza, la ubicación de este delito en el código Orgánico Integral penal, el tipo penal del peculado indagando desde el núcleo y sus elementos:

4.3.4.1. El peculado como delito contra la administración pública.

El delito de peculado forma parte de los delitos especiales, en virtud de que el tipo penal dispone consecuencias legales como autor a un círculo limitado de personas, solamente podrá ser el funcionario público quien responda como autor del delito.

Desde la perspectiva de Carlos Creus, el delito de peculado forma parte de los delitos contra la administración pública, pues tiene como función castigar a quien realice actos arbitrarios u omisiones que vulneran la regularidad y la legalidad del funcionamiento de la administración pública (Creus citado por Haro, 2018. p, 20).

Examinando los componentes que conforman la estructura de este delito, se puede hacer el siguiente análisis:

Primeramente, quien comete el hecho delictivo se conoce como sujeto activo calificado, en razón de que, para el cometimiento de esta clase de delitos, deberá cumplir con ciertas exigencias, es decir, no puede realizarlo una persona común o un particular, en virtud de que los delitos especiales, se caracterizan por exigir que la persona que cometa el delito cumpla con los requisitos que han sido planteados por el legislador en el tipo penal. Es importante hacer énfasis en lo siguiente, para el cometimiento del delito Peculado, solamente será sujeto activo calificado el servidor público, que en la doctrina se denomina “*intraneus*”, pues la norma solo se ha enfocado en determinar la responsabilidad en estos sujetos, pero nace una interrogante que genera un gran debate, ¿qué hay de aquellos que se encuentran involucrados en la comisión

de estos delitos, pero carecen de la cualificación descrita en el tipo penal?, doctrinariamente al tercero que participe en la comisión de los delitos especiales, se lo conoce como extraneus.

La normativa ecuatoriana de cierta forma y para evitar la impunidad de estos sujetos, ha implementado de forma general una disposición en la norma suprema, la misma que textualiza así “Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas” (Constitución de la República del Ecuador, 2008. Art, 233) no obstante, al ser muy general esta disposición, sigue hasta la actualidad generando conflictos sobre el grado de participación que se debe implementar al extraneus que colabora en estos delitos, para ello, en temas posteriores, se brindará el estudio necesario.

Otro de los elementos que configura este delito para ser parte de los delitos contra la administración pública, es que el sujeto pasivo es el Estado, en razón de que el accionar del sujeto activo, lesionará directamente los bienes y recursos públicos, vulnerando el buen servicio público.

Otra característica es que el bien jurídico protegido en el delito de peculado es el correcto funcionamiento de la administración pública, ya que, como en páginas anteriores se ha desarrollado, el Estado a través de la administración pública brinda el servicio, la seguridad y la atención necesaria para que la sociedad se desarrolle correctamente, al existir falencias dentro del sistema público, se vulnera estos principios propios de la administración, generando inseguridad y afectación en la ciudadanía, como consecuencia, decaerá el sistema público y el bienestar común. Con lo dicho anteriormente, el Estado por medio de las normas penales busca garantizar que los bienes y recursos públicos sean utilizados eficiente y transparentemente, con el fin de salvaguardar la integridad y eficacia del servicio público. Con respecto al delito de peculado, el legislador busca proteger el patrimonio y los recursos públicos.

La finalidad de proteger la administración pública radica en la necesidad de que el Estado brinde a la sociedad un eficiente servicio público, por medio de las instituciones que forman parte del Estado, para ello confía y pone en manos de los servidores públicos, el servicio público, los recursos públicos, y el sistema de la administración pública,

Otra de las finalidades de sancionar el delito de peculado es que, para fomentar la confianza en el gobierno de turno, puesto que, al proteger la buena administración pública y la transparencia en el actuar de los servidores públicos, aumenta la confianza por parte de la ciudadanía y el sistema democrático en su conjunto.

Como un cuarto punto y uno de los más importantes es la estabilidad y desarrollo económico, debido que una correcta administración pública crea un ambiente más atractivo

para la inversión internacional y como consecuencia existirá un desarrollo económico sostenible, generando empleo y mayor estatus económico de los individuos, dando como resultado una disminución de la pobreza.

En conclusión, el derecho penal sanciona con mayor gravedad a los delitos contra la administración pública, entre ellos el peculado, con el fin de evitar la corrupción y que el gobierno de turno pueda brindar un eficiente y buen funcionamiento del servicio público.

4.3.5. Naturaleza del delito de Peculado

Los delitos especiales como se había abordado en los primeros temas, pueden ser delitos especiales de dominio o delitos especiales de infracción de deber.

Para asimilar correctamente la naturaleza del peculado, es necesario abordar desde diferentes posiciones, primero, cabe entender que al ser un delito contra la administración pública cumple ciertas características que lo enmarcan dentro de la clase de delitos de infracción de deber, para lo cual se describirá detalladamente las particularidades del delito.

Como primera propiedad, se puede mencionar que, al exigir ciertas características en el sujeto activo para la realización del delito, constituye un delito especial, ya que, en el tipo del delito de peculado, se exige como sujeto activo cualificado el servidor público.

Una segunda característica, es que el peculado forma parte de los delitos especiales de infracción de deber, lo cual se logra explicar de la siguiente manera, el servidor público, por medio de leyes como la LOSEP, la LOCGE, y la norma suprema que es la CRE, adquiere responsabilidades y obligaciones de cuidar, administrar, proteger a ciertos bienes del Estado, como consecuencia el servidor público ejerce un deber moral y especial con la administración pública. Si el servidor público ejerce actos de señorío sobre un bien o recurso estatal, o utiliza para sus fines propios o de terceros estos recursos públicos, violará las obligaciones que tiene en su cargo y que han sido dadas por medio de las normas que rigen la vida del servidor público, constituyendo una falta grave que tiene como consecuencia responsabilidades civiles, administrativas y penales, cabe recalcar que para tener una responsabilidad penal, deberá existir indicios de ilicitud de la norma penal, lo cual constituye la esencia del delito de infracción de deber. Es por esta razón que el fundamento del peculado es sancionar la transgresión de las normas que han sido violadas por el servidor público, al incumplir sus funciones o cargo que le ha sido otorgado y que ha generado una lesión en la administración pública.

Otra forma de indagar profundamente en el tipo penal del delito estudiado es dividir en dos partes generales, el núcleo del delito y los elementos.

El núcleo se constituye por la acción, es decir, la acción se encuentra descrita en los verbos rectores tipificados en el tipo penal, al hablar del peculado, se puede encontrar cuatro diversas formas de acción, las mismas que serán realizadas por el sujeto activo del delito. El verbo rector principal es el término “abusar” que puede ser entendido como el mal uso de una cosa o usarla contra su destino natural, hay que hacer énfasis en lo siguiente, para que el sujeto pueda abusar, previamente debe tener en sus manos la facultad de usar, este es el elemento central y en base de ello el legislador a empleado otros verbos rectores como apropiarse, distraer o disponer de los recursos públicos.

Hay que tener claro la diferencia de cada uno de los términos empleados, al hablar de apropiarse, se puede definir como una conducta de dominio fáctico, es adueñarse y establecer relaciones de señorío de forma ilegal del patrimonio estatal, para ello, solamente podrá apropiarse el funcionario que tenga en su custodia el bien, ejercerá uso con actos de apropiación, incorporando para si o para un tercero los bienes a su patrimonio de manera indebida o ilegal. El término “distraer” busca apartar el enfoque de ciertos recursos o bienes públicos específicos hacia un fin distinto, buscando beneficios personales y de manera no autorizada. Y finalmente, las palabras “disponer arbitrariamente” se relaciona con la gestión o el control de los bienes estatales, es decir, tomar acciones o decisiones sin autorización para sacar provecho de los bienes del Estado con la característica, que no busca apropiárselos y ejercer un dominio de los mismo, solo los emplea para un uso determinado y los devuelve o reintegra a la institución pública.

Es importante definir la diferencia entre sustraer y apropiarse, ya que, en los diferentes ordenamientos jurídicos penales de diferentes países como España o Argentina, se utiliza el verbo rector sustraer, en nuestro Código Orgánico Integral Penal, se emplea el término apropiar. Sustraer solamente puede darse en un ámbito de dominio ajeno, es decir, solamente puede sustraer quien no tenga en su dominio los bienes, y lo sustrae para ejercer un dominio personal, por el contrario, apropiarse solamente lo podrá hacer quien pueda disponer de los bienes.

La acción debe ser típica, antijurídica, imputable, evitable, culpable, y dolosa. De acuerdo con la escuela finalista introduce el nuevo término “evitable”, que consiste en que la acción previamente haya sido posible evitar que suceda.

La otra parte que conforma el tipo penal, son los elementos, los cuales sirven de complemento para indicar la circunstancia y el modo en que puede producirse la acción y le dan sentido al tipo penal descrito.

Los elementos de este tipo penal son aquellos que nos presentan las circunstancias y el modo de ejecutarse la acción prohibida según la ley, los elementos generales del delito de peculado son: *el sujeto, el objeto, la relación o nexa causal* entre el sujeto activo y los bienes del estado y el resultado.

El primer elemento denominado *sujeto*, se subdivide en *sujeto activo y sujeto pasivo*. En el delito de peculado será sujeto activo cualificado “*los servidores públicos, personas que actúen en virtud de una potestad estatal, proveedores del Estado, empleados de instituciones del Sistema Financiero Nacional*” (COIP,2014. Art. 278), en razón de que solamente esta persona podrá ser sancionada como autor del delito. En cambio, el sujeto pasivo en este caso es el Estado, ya que es el afectado de la ejecución de este hecho.

Un segundo elemento es el *objeto*, para lo cual en el art 278 del COIP menciona que podrán ser objetos los “*bienes muebles o inmuebles, dineros públicos, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo*” (2014.), es decir, el objeto son aquellos bienes que el tipo penal establece que pueden ser apropiados por el sujeto activo del delito.

Como tercer elemento es la *relación* que existe entre el servidor público y el bien jurídico protegido, es imperioso alegar que el bien jurídico protegido en el delito de peculado, es el buen funcionamiento de la administración pública, y la relación que existe entre estos elementos, está dada por el comportamiento del sujeto activo y la intención dolosa de abusar o apropiarse de los recursos estatales, ya que si existen todos los elementos, pero la intención de apropiarse de los bienes públicos es ejercida sin dolo, no se constituiría el delito, ya que en Ecuador, solamente se tipifica el delito de peculado doloso.

4.3.5.2 Tipo penal del peculado

En referencia al papel que desempeñan los tipos penales en la protección de bienes jurídicos, el profesor Zaffaroni manifiesta que: “no se concibe que haya una conducta típica sin que afecte un bien jurídico, puesto que los tipos no son otra cosa que manifestaciones de la tutela jurídica sobre estos bienes, de ahí que el bien jurídico desempeñe un papel central en la teoría del tipo, dando el verdadero sentido teleológico” (1986, p. 75).

En la sociedad existen ciertas conductas producidas por las personas, las cuales afectan a ciertos bienes o instituciones jurídicas. Con el fin de evitar la lesión de estos bienes tutelados, y acorde con la finalidad del derecho penal, se encuentra en manos del legislador, determinar cuáles son esas acciones u omisiones que menoscaban el bienestar de la sociedad,

con el propósito de positivizar en la norma penal, de manera clara y detallada la conducta considerada ilícita, así mismo, describir con exactitud las consecuencias jurídicas que ocasiona el quebrantamiento de esta disposición, con ello se busca proteger la tutela jurídica de los bienes.

Según el punto de vista de Welzel, “el tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida”, y también, “el tipo es la materia de la prohibición de las prescripciones jurídico-penales” (Welzel citado por Roxin, 1979. p,4).

El tipo penal contiene varios elementos, sujeto activo, objeto material, conducta, elemento psicológico y el resultado.

4.3.6. Elementos del delito de peculado

4.3.6.1. Sujeto activo

Como se mencionó en líneas precedentes, existen ciertos delitos denominados delitos cualificados o especiales, en los que el tipo penal exige que el sujeto activo posea características especiales. Por sujeto activo calificado se debe entender que son aquellos que para responder penalmente como autores deben disponer una cualificación específica.

“la calificación le deviene porque el agente debe poseer esas cualidades establecidas en la norma. Este no es un delito de sujeto indiferente, es decir, que puede ser cometido por cualquier individuo, salvo cuando interviene un extraneus” (Carrión, 2008. p,212).

En el tipo penal del delito de peculado se puede evidenciar en el Art. 278 del COIP que puede responder como sujeto activo del delito “Las o los servidores públicos; las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado; o, los proveedores del Estado” (COIP,2014. Art, 278), cabe añadir, este sujeto activo deberá tener en su poder por razón de su cargo los bienes del Estado, es decir, el funcionario deberá tener por mandato supremo el deber del cuidado y disposición del bien, no cualquier funcionario podrá ser autor del delito, ya que, lo que configura y caracteriza este tipo penal, es que el Estado por medio de leyes, reglamentos y demás disposiciones, otorga responsabilidades a cada uno de los funcionarios que forman parte del mismo, éstas obligaciones son concedidas dependiendo del cargo que ocupen, dichas responsabilidades vinculan directamente al funcionario o servidor con el patrimonio público, con lo mencionado, se puede entender que al momento de infringir con las normas y abusar de su cargo, beneficiándose y sacando provecho de los recursos del Estado, no solamente menoscaban un bien jurídico, sino, violan los deberes que han sido asignados previamente.

Al momento de que el legislador ha estipulado en el tipo penal un sujeto activo calificado, se configura en un delito especial, por tanto, la participación de personas externas a la administración pública, no podrán ser autores del ilícito, ya que su conducta no se encuentra enmarcada en este delito, sin embargo, pueden responder como cómplices del mismo, pero para ello se debería especificar la responsabilidad penal de estos sujetos.

4.3.6.2. Sujeto pasivo

“entiéndase sujeto pasivo la persona titular del bien jurídico que el legislador protege en el respectivo tipo legal y que resulta afectada por la conducta del sujeto agente” (Reyes citado por Zambrano, 2006. p,56).

Esta evocación del sujeto pasivo logra explicar las consecuencias de la consumación del hecho punible cometido por el infractor, como se puede evidenciar, la persona lesionada será quien tenga la titularidad del bien jurídico vulnerado. En el caso de los delitos especiales contra la administración pública, el bien jurídico protegido es la buena administración pública, teniendo en cuenta que representa a la sociedad a la cual brinda sus servicios, pues al violentar esta clase de delitos, en el especial el delito de peculado, los afectados serían todos los ciudadanos que se benefician de los servicios prestados por las instituciones que forman parte del Estado.

Como se manifiesta en el libro delitos contra la administración pública y responsabilidad ciudadana, “el Estado ecuatoriano es garante del Estado Social, es decir, de la administración pública, entendida esta como toda actividad del Estado excepto la legislativa” (Piva, Cornejo y Granadillo, 2022. p, 266), lo cual significa que, en el delito de peculado, como en todos los delitos descritos en la norma penal ecuatoriana a partir del Art. 278, el sujeto pasivo será el Estado ecuatoriano, pues, el infractor al cometer el ilícito, afecta y vulnera el patrimonio y los servicios que sirven de goce de toda la población en general, los cuales son representados por el Estado.

4.3.6.3 Objeto material

El objeto material puede ser la persona, animal o cosa que recae la conducta del sujeto activo del delito, a juicio del Prof. Reyes es “aquello sobre lo cual se concreta la vulneración del bien jurídico” (Reyes citado por Zambrano, 2006. p, 58).

En el libro peculado escrito por Luis Cueva explica “El objeto del delito de peculado está constituido por los recursos públicos, tanto por los que pertenecen directamente al Estado,

como los que son administrados por corporaciones, fundaciones y otras entidades del derecho privado” (Cueva, 2008. p, 240).

el objeto material en el delito de peculado son los bienes muebles o inmuebles, dineros públicos, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo constituidos como el conjunto de recursos públicos.

En esencia, el objeto material del delito de peculado es asegurar que los recursos y bienes públicos, sean utilizados de manera adecuada y legal para el propósito para el cual fueron destinados, y evitar que se desvíen en beneficio propio o de terceros. De esta manera, se busca proteger la integridad de los recursos y fomentar la transparencia y la responsabilidad en la gestión de los mismos.

4.3.6.4 Bien jurídico protegido

Autores que han brindado estudios y aportes sobre la importancia del bien jurídico protegido son Claus Roxin y Günther Jakobs, en sus libros de derecho penal, respecto a la teoría funcionalista, califican a los bienes jurídicos penales, afirmando que son el objeto de protección de los tipos penales, pero que éstos, procuran la protección de bienes personales, materiales o humanos en particular, como pueden ser la vida, la salud, la propiedad u otros. El derecho penal trata severamente de que se dé cumplimiento efectivo de las normas para que los bienes sean protegidos de cualquier tipo de transgresión.

Al hablar de los delitos contra la administración pública, nos encontramos frente a delitos pluriofensivos, lo que significa que busca la protección de varios bienes jurídicos. 1. Garantizar la correcta administración del patrimonio del Estado. 2. Evitar el abuso de poder por parte del funcionario público y sancionar la infracción del mismo. 3. La protección de la sociedad en general. Por lo que se puede concluir que el bien jurídico de esta clase de delitos, es el bienestar común de la sociedad mediante el desarrollo normal y correcto de las actividades del servicio público y de su patrimonio.

En el libro delitos contra la administración pública, los autores Piva, Cornejo y Granadillo consideran:

Lo que se intenta amparar es el correcto ejercicio de la administración pública frente a inadecuadas acciones internas y en ocasiones externas o conectadas con esta, correcto funcionamiento que se traduce en una demanda de imparcialidad, eficacia, transparencia, y servicio a los intereses generales (Piva, Cornejo y Granadillo, 2022. p, 266).

Hay que tener presente que los delitos especiales de infracción de deber tienen un fundamento distinto a los delitos comunes, en vista de que la violación de los deberes extrapenales caracteriza estos delitos, es por tal razón que los delitos contra la administración pública sancionan el incumplimiento de los deberes de funcionario público, que se encuentran tipificados en normas extrapenales como la LOSEP, la LOCGE, entre otras.

El delito de peculado protege varios bienes jurídicos, el primero que es considerado el más importante, es proteger a la administración pública en el cumplimiento de sus funciones, segundo, es la fidelidad o probidad del empleado o funcionario público o de las personas encargadas de los bienes fiscales o del sistema financiero (art 278 COIP) y, por último, proteger la integridad de los bienes públicos. El objeto jurídico del delito de peculado está básicamente en la traición a la confianza (Carrara, Francesco, 2000).

Los bienes jurídicos protegidos son los señalados como bienes del estado, pero actualmente la ley ha abarcado o se ha extendido su protección a los bienes que, sin ser del estado, pertenecen a la comunidad sin llegar a ser particulares como los bienes del Seguro Social. (Jorge Zabala Baquerizo, 1981) En conclusión, el bien jurídico penal protegido es el correcto funcionamiento de la administración Pública mediante la probidad y correcto comportamiento de sus funcionarios públicos además de la protección y defensa de los bienes del Estado.

4.3.6.5. La sanción

El delito de peculado, la sanción depende de la gravedad con que ha sido ejecutado el delito.

1. Con pena privativa de libertad de cinco a siete años: La pena mínima aplicada en el delito de peculado es la pena privativa de libertad de cinco a siete años, la misma que es aplicada cuando los servidores públicos o personas que actúen bajo una potestad estatal se benefician haciendo uso de bienes o trabajadores remunerados por el Estado, siempre y cuando obtenga provecho o incremento patrimonial. Así mismo, quienes fructifican en beneficio propio o de terceros, estudios, proyectos, informes, o documentos similares que sean secretos o restringidos, que estén a su cargo. 2. Pena privativa de libertad de siete a diez años: se relaciona con el peculado bancario, es decir, cuando obtienen o conceden créditos vinculados, transgrediendo la norma legal, y que perjudiquen a la institución financiera, es significativo manifestar que dichas disposiciones de este literal, extiende las consecuencias jurídicas hacia quienes participen del ilícito y que carezcan de las calidades exigidas en el tipo penal. Añadido

al literal anterior, quienes ejecuten dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la institución, o, congelen y retengan de manera arbitraria fondos o depósitos en las instituciones del SFN, perjudicando a sus socios, depositarios, cuentas o a los titulares de los bienes, fondos o dinero. Del mismo modo, los que causen quiebra fraudulenta de las entidades del SFN. También se aplicará para los servidores públicos que evadan los procedimientos respectivos de la contratación pública, añadiendo que se establecerá una multa respecto de la contratación arbitraria realizada, incluyendo que el juez declarará la terminación unilateral del contrato. 3. Finalmente, el juez aplicará la sanción máxima en los casos que el servidor público valiéndose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción cometa el hecho punible, o cuando afecten fondos o bienes destinados al área de la salud, alimentación, educación, vivienda o seguridad social, áreas naturales protegidas, recursos naturales, sectores estratégicos o defensa nacional (COIP, 2014. Art. 278).

El mismo art enfatiza que los sujetos que se encuentran inmersos en un proceso por el delito de peculado, y que al final de proceso, han sido condenados mediante sentencia, quedarán inhabilitados definitivamente para poseer cargos públicos, cargos en entidades financieras o de economía popular y solidaria (COIP, 2014. Art. 278).

4.3.7. Autoría y participación en el delito de peculado.

4.3.7.1. Participes en el delito de peculado.

La corrupción es el cáncer que aqueja a la sociedad en la cual vivimos. Según el indicador de corrupción CESLA, en julio del 2023 se emitió un informe sobre los niveles de corrupción y debilidad en la política anticorrupción que existen en los países latinoamericanos, para lo cual, basándose en el análisis, ubica a los países dependiendo de la puntuación obtenida, en el caso de nuestro país Ecuador, se sitúa en el décimo puesto de los veintiún países en el cual versa el informe (INDICADOR DE CORRUPCIÓN EN AMÉRICA LATINA, s/f).

De lo cual se puede diferir lo siguiente, como primer punto, nuestra sociedad está corrompida por personas que se encuentran en el poder, ya sea desde un cargo público o fuera de este, como consecuencia, estos sujetos influyen en la toma de decisiones y los actos realizados en la administración pública, generando de esta manera que el sector público se vuelva vulnerable y que pueda cometerse actos de corrupción con facilidad. Además, al manejar la administración pública a conveniencia de ciertas personas altera la eficacia y eficiencia de los servidores públicos, pues estas personas no podrán ejercer sus funciones apegados a la norma, por varias razones, por ejemplo, aquellos funcionarios que llegan a ejercer un cargo

gracias a la influencias de un tercero y no necesariamente por méritos, o a quienes se les ofrece cargos públicos a cambio de obedecer y acatar las ordenes de ciertos superiores que tienen fines diferentes a los establecidos para el sector público, de ello se genera que ciertos funcionarios carezcan de conocimiento y capacidad para realizar sus funciones adecuadamente, pues se dejaría a un lado a aquellas personas que verdaderamente se encuentran preparadas para dichas funciones. Al realizar este tipo de irregularidades la administración pública se vuelve una marioneta que esta manipulada y monitoreada por un grupo de personas, que generalmente pertenecen a grupos políticos.

Finalmente, de todo lo expuesto se puede deducir que, no solamente es un servidor público el que ejerce conductas criminales en contra de la administración pública, tanto en los medios de comunicación como la prensa, redes sociales, entre otros, se ha expuesto casos en los que personas sin tener un acercamiento al sector público, influyen y muchos de ellos son los promotores de dichos ilícitos. Sin embargo, la Asamblea Nacional no se ha encargado de implementar normas en el Código Orgánico Integral Penal que sancionen a este tipo de personas.

Pues bien, como es de conocimiento, para la ejecución de un delito contra la administración pública no se necesita únicamente ser servidor público o disponer de los bienes públicos, ya que puede existir terceras personas que cooperen o induzcan al cometimiento de este tipo delitos, entre los que se encuentra el delito de peculado. A pesar de ello, en nuestro ordenamiento jurídico penal, solo se responsabiliza al servidor público que se involucra en el delito, por lo tanto, las consecuencias jurídicas versan sobre el mismo sujeto.

Dogmáticamente las personas que participan en los delitos especiales se denominan con la figura jurídica “intraeus” y “extraneus”, los cuales se detallarán seguidamente.

4.4.7.2. El intraeus y el extraneus.

Los conceptos "extraneus" e "intraeus" desempeñan un papel fundamental en el ámbito del derecho penal, especialmente en el contexto de los delitos especiales. Estos términos, de origen latino, han sido utilizados por la doctrina para distinguir entre las personas que están directamente involucrados en la comisión de un delito y que responden como autores, de las personas que se relacionan en el ilícito, pero son sujetos externos a la institución o no se encuentran vinculados con el bien jurídico, por lo tanto, su conducta no se cuadra al tipo penal.

Uno de los sujetos intervinientes en los delitos especiales, es el denominado *intraneus*, para lo cual la autora María Ramírez refiriéndose a las características de este sujeto argumenta:

Cualidad específica exigida en los delitos especiales para considerarse autor, asume ya un deber moral o institucional que cumplir. Esos requisitos particulares del *intraneus* son directamente engendrados por el legislador para determinar quién se encuentra obligado por la posición moral, institucional o social y ser el sujeto al que se le exija el cumplimiento de sus responsabilidades, mismas que lo distinguen del resto de los individuos (Ramírez, 2007. p, 58).

“En sentido jurídico penal, tal como se lo emplea en el delito de peculado, es el sujeto que forma parte de la administración pública, que pertenece a ésta y se desempeña como servidor público. (Cueva, 2008. p, 218).

El denominado *intraneus*, es el sujeto que participa en el desarrollo de un delito, ya sea de manera directa o indirecta, es decir, este interviniente podrá formar parte *inter criminis*, o a su vez será quien ejecute o participe en la consumación del delito. Pero no es precisamente su participación en el delito lo que hace que la norma penal lo sancione como autor del mismo, la importancia y el fundamento de las consecuencias jurídicas de este sujeto, radica en su deber moral y legal que posee para determinado bien tutelado, para lo cual, el legislador al momento de crear las normas extrapenales, otorga ciertas responsabilidades hacia estos sujetos, como por ejemplo, los padres sobre los hijos, tienen un deber de garantes para cuidar y proteger la vida de los descendientes, del mismo modo, los jueces, árbitros y demás autoridades del sistema judicial, poseen un deber especial frente al sistema de justicia, es por ello que tanto el delito de parricidio como el delito de prevaricato, sin importar el rol del infractor en las etapas del delito, la norma penal, sancionan el quebrantamiento de estos deberes que han sido interpuestos mediante normas extrapenales hacia estas personas, como consecuencias serán quienes respondan como autores.

Así mismo, los estudiosos del derecho han indagado sobre aquellos intervinientes que no tienen bajo su responsabilidad estos deberes antes mencionados, pero se vinculan en el hecho delictivo ya sea con roles accesorios, o ejecutando actos decisivos para la consumación del hecho delictivo, como es el caso de aquel sujeto que es externo a la administración pública, pero gracias al poder que tienen en la sociedad, instrumentaliza a un servidor público para ejecutar un delito contra un bien del Estado. La doctrina ha nombrado a esta figura jurídica como *extraneus*, centrando mayormente la atención y el interés en este sujeto, ya que existen

diversos criterios sobre la responsabilidad penal que debería rendir, ya que, a diferencia del intraneus, este individuo carece de esas obligaciones con el bien jurídico protegido,

El extraneus es la “persona que interviene en un delito especial y que no reúne la condición personal exigida por el delito para ser el autor del delito” (Rae Diccionario Panhispánico del español jurídico, 2021).

La palabra “extraneus” tiene su etimología en los términos extra y el sufijo aneus, que significa un sujeto extraño que no pertenece a la familia, o aquel sujeto extranjero que se encuentra inmerso en asuntos que no le competen.

Partiendo de la idea que el extraneus es un individuo que de algún modo tiene participación en la comisión de un delito pero que carece de determinada condición que exige la ley, se entiende que los legisladores han contemplado diversos tipos penales especiales en los cuales han determinado ciertas características que debe poseer el individuo para que este pase a ser catalogado como sujeto activo; sin embargo, justamente el elemento que caracteriza al extraneus es que no tiene la cualidad que se ha contemplado en el ordenamiento jurídico imperante para que este sea reputado como sujeto activo del delito especial de que se trate.

Las dos figuras jurídicas van de la mano, aunque podría existir el caso que el delito se configure solamente por un intraneus, no podría suceder de forma contraria, es decir, no puede configurarse como delito de peculado si solamente actúa un extraneus como único sujeto del delito, ya que partiendo de esta premisa se constituye como un delito contra la propiedad,

De la intervención de estos sujetos, la doctrina presenta dos tesis diversas que intentan establecer cuál sería la correcta responsabilidad penal que debe responder este sujeto, las cuales serán explicadas a continuación.

4.4.7.3 La sanción del extraneus en el delito de peculado.

Como se mencionó, el COIP no ha empleado un artículo que haga referencia a la participación de esta clase de personas, tampoco se encuentra descrita su conducta expresamente en el tipo penal, lo que conlleva a que sea imposible sancionar la conducta del extraneus. Sin embargo, en la norma constitucional al extender la sanción, procura dar solución al vacío generado.

La norma constitucional en la sección III del capítulo VII referente a la administración pública, al referirse a los delitos contra la administración pública, en el Art. 233 dispone principalmente que los servidores públicos deberán responder por el manejo públicos en cuanto a la gestión y administración de fondos, bienes o recursos públicos. En virtud de esta

disposición, dichos funcionarios que cometan infracciones de esta clase responderán penalmente por la comisión de delitos como el peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. Es importante destacar que estas disposiciones son de carácter imprescriptible, y los juicios hacia los procesados se llevarán a cabo sin importar que las personas acusadas se encuentren ausentes, dicho de otra manera, lo que significa que no caducan con el tiempo y pueden perseguir al infractor en cualquier momento (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La Constitución del Ecuador, da la facultad a las instituciones competentes como el Ministerio de Trabajo, Contraloría General del Estado, Fiscalía General del Estado, entre otras, para llevar a cabo las investigaciones necesarias y pertinentes cuando existan incongruencias en la prestación de servicios por parte de un funcionario, con la finalidad de sancionar a los servidores públicos que infrinjan las leyes que rigen sus funciones, así mismo, garantizar y proteger los recursos públicos, evitando que los mismos sean malversados.

Un segundo punto que menciona el artículo es que los servidores públicos al cometer esta clase de delitos responderán por aquellos descritos en la normativa penal a partir del Art. 278, donde se encuentran tipificados los delitos contra la administración pública. Este precepto ha sido implementado para lograr una efectiva aplicación del COIP respecto de los delitos que afectan al Estado.

Finalmente, la norma al manifestar “Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas” (Constitución del Ecuador, 2008) genera en el intérprete pluralidad de interpretaciones, por un lado, se puede entender la disposición como una extensión de la responsabilidad penal hacia los extraneos, con la finalidad de poderlos sancionar como autores del delito, sin importar que carezcan de la calidad de servidor público. No obstante, dicho razonamiento resulta controvertible, pues como ha sido abordado en temas anteriores, los delitos de infracción de deber es primordial tomar en cuenta aquel interviniente que disponga del deber que ha sido violentado, por tanto, al no existir esta obligación en el tercero participe, no se puede imponer una sanción desproporcional. Lo que la doctrina si permite, siempre y cuando se encuentre descrito en el tipo penal, es imponerle una sanción como cómplice del delito.

Por otro lado, al analizar el precepto legal, se podría argumentar que la norma constitucional no da la facultad de sancionar a título de autoría al extraneus, puesto que bajo las teorías en las que se basa el derecho penal ecuatoriano no lo permite, por lo que queda sobre entendido que se debe sancionar simplemente como cómplice, el sentido de la norma radica en

que las reglas de imprescriptibilidad de la pena y acción penal, así como la posibilidad de ser juzgados en ausencia, también son aplicables a este tipo de sujetos que participan de la conducta criminal. Es decir, no se refiere a la disipación descrita en el Art. 278 del COIP, sino, a las disposiciones que se encuentran detalladas en el Art. 233 de la CRE (Cevallos y Espín, 2020).

Ahora bien, al referirnos sobre la sanción del extraneus, así como la de cualquier persona que curse por un proceso penal, ésta debe ser tipificada en el Código Orgánico Integral Penal, así como lo menciona el Art 17 del COIP; y, de acuerdo con los principios de tipicidad, legalidad, taxatividad, especialidad y un sinnúmero de principios y garantías que rigen las disposiciones. del ordenamiento jurídico penal. Por lo que resulta necesario que tanto la conducta y la sanción se detallen en el tipo penal del Art 278.

Al hablar de la sanción del extraneus, existen varios criterios que se dividen en quienes comparten que este sujeto debe responder penalmente como cómplice del delito dirigido a los funcionarios públicos, en vista de que la afectación al bien jurídico es el mismo que la realizada por el servidor público, además que existe la intención de lesionar el bien público, lo cual resulta grave. Lo contrario sucede en aquellos quienes piensan que un extraneus no debe ser sancionado por un delito el cual no se adecua su conducta, ni tampoco está dirigida su sanción, de tal forma que el extraneus debe ser penado por un delito común, al que si pueda adecuarse al tipo penal.

Para dar solución a estas dos perspectivas, la dogmática se ha encargado de abordar dos teorías que indagan y profundizan sobre las consecuencias jurídicas del extraneus.

4.4. Teorías respecto a la intervención del extraneus que colabora en los delitos especiales

Ante lo complejo que resulta determinar la responsabilidad del extraneus en los delitos especiales propios y considerar la posibilidad de enmarcar su conducta como partícipe de un delito especial que exige cualidades específicas para los intervinientes, se debate desde dos teorías para resolver ese enigma: la teoría de la ruptura del título de imputación y la teoría de la unidad del título de imputación.

4.4.2. Teoría de la unidad del título de imputación

Esta teoría consagra el principio de accesoriedad, pues distingue al autor y al partícipe en la ejecución de los delitos especiales. Está de acuerdo en que un extraño no puede ser tratado

como autor ni como autor material de delitos especiales, pero sí considera necesario responsabilizarlo como partícipe.

Lo anterior, porque la finalidad del derecho penal es la protección de bienes jurídicos y no se puede permitir que quienes hayan realizado un delito queden impunes por no alinearse a las características especiales determinadas por el tipo.

El extraneus que coopera con un intraneus en la comisión de un delito especial no será considerado como partícipe de un delito común, sino de un delito especial, que es aún más grave. Existe, pues, una unidad de intenciones de afectar un bien jurídico propia de personas que tienen las condiciones determinadas por el tipo y por personas que no cumplen con ellas. Un extraño, por haber realizado un delito, será responsable del mismo con independencia de las cualidades especiales exigidas por el tipo, pues basta con haber tenido la intención de dañar un bien jurídico. Esto afianza la teoría de la unidad del título de imputación, ya que el extraneus responde por el delito especial y no por un delito común, de esta manera, deja de lado la distinción entre un delito especial propio de uno impropio.

La teoría de la unidad del título de imputación no permite juzgar al interviniente por delitos diferentes; deben responder por el mismo delito como autor o como partícipe. A pesar de que el extraneus determine al intraneus o coopera con él para ejecutar un delito, no podrá ser considerado como autor, pues es el intraneus quien tiene a su alcance la posibilidad de evitar la afectación del bien jurídico; sería diferente si el intraneus no realiza la conducta y el extraneus constituye acciones que por sí ya configuran un delito diferente.

Finalmente, puede definirse lo siguiente: el extraneus debe responsabilizarse por su conducta, que implica ya una afectación a un bien jurídico, con independencia de si conoce o no las cualidades especiales del intraneus, pues su conducta implica ya un hecho ilícito. La responsabilidad del extraneus depende entonces del delito especial de que se trate y, desde el estricto punto de vista jurídico-penal, en tratándose de delitos especiales propios.

La responsabilidad del extraneus versará en ser juzgado por ese delito especial como instigador o cómplice, con base en su participación, para evitar que el extraño quede impune ante el hecho. En cambio, con los delitos especiales impropios, el extraneus tendrá responsabilidad, sobre el delito común adyacente al especial, en calidad de autor

4.4.3. Teoría de la ruptura del título de imputación

Esta teoría define que únicamente los intraneus, serán los responsables de los delitos especiales por ser quienes cumplen con las cualidades específicas del tipo, mientras que los extraneus solo tendrán responsabilidad jurídica cuando su conducta concorra en la descripción de un delito común.

Quienes apoyan esta teoría manifiestan que las descripciones del tipo especial no pueden servir como base para establecer la punibilidad del extraño interviniente. Es sencillo aplicar esta teoría cuando de delitos especiales impropios se trata, pues el intraneus responderá como autor o partícipe de un delito especial de acuerdo con la intervención que haya tenido en él y el extraneus será autor del delito común subyacente, si fue este último quien utilizó al intraneus como instrumento para realizar una conducta delictiva.

El problema se presenta cuando se trata de delitos especiales propios y la teoría de la ruptura del título de imputación nos dice que los intraneus responderán como autores de los delitos especiales y no existirá punibilidad para el extraneus por no presentarse un delito común subyacente.

La crítica para esta teoría es que tiene un defecto importante, pues, en el caso de los delitos especiales impropios, el intraneus tendrá responsabilidad como autor de un delito especial si tuvo el dominio del hecho y el extraneus como partícipe de un delito común que realmente no se cometió si prestó ayuda al intraneus o lo determinó para realizar el tipo. Sin embargo, en los delitos especiales propios, si fue el extraneus quien tuvo el dominio del hecho, será el intraneus quien se responsabilice como partícipe de un delito que no existe, pues al extraneus no lo acepta como posible autor de delitos especiales.

Si recordamos el principio de accesoriedad, es necesario que exista el autor de un hecho, y que por lo menos comience a realizar la conducta, para que pueda existir un partícipe. Siendo así, el intraneus tampoco tendría responsabilidad penal⁶². En consecuencia, los intervinientes extraños no podrán tener responsabilidad de un delito especial propio, por lo tanto, esta teoría genera un vacío de punibilidad⁶³

4.5. Derecho comparado.

4.5.1. El peculado en Perú.

El delito de peculado en la legislación peruana establece:

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. La pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. (CP, Art 387).

Del Art citado se puede evidenciar que el tipo penal del delito de peculado sanciona solamente al sujeto activo cualificado, sin embargo, el legislador para dar solución al problema con respecto a la responsabilidad penal del extraneus en los delitos especiales, ha incorporado un tercer párrafo al Art 25 del CP sobre la complicidad, estableciendo:

El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él. (CP, Art 25).

En la legislación peruana, el legislador al incorporar un tercer párrafo en el artículo que regula la complicidad permite sancionar la participación del extraneus que incurre en cualquier delito especial, así mismo al establecer la pena, otorga tanto al juzgador como al procesado seguridad jurídica, debido que, sería una norma clara y precisa para que el juez pueda establecer la pena correspondiente, evitando interpretaciones y criterios fuera de lo estipulado en la norma penal.

En el caso del delito de peculado, el extraneus responderá de acuerdo con el Art. 25, tercer párrafo del CP como cómplice del delito de peculado. De lo que se puede argumentar que esta disposición se encuentra en línea con la teoría de los delitos de infracción de deber, la

misma que solo permite determinar la pena del extraneus como cómplice. Es la ventaja del art 25, tercer párrafo, que ha disciplinado y armonizado el título de imputación de los extraneus.

4.5.2. El peculado en las grandes legislaciones mundiales.

El delito de peculado en los grandes centros de producción legislativa se está orientando a ser desfuncionalizado.

Alemania en el año 1975 suprimió el delito de peculado como delito de infracción de deber. Destipificó la conducta del peculado, de forma radical elimino completamente el delito de peculado, y lo derivo a una figura amplia a título de un delito común.

En España, la Ley Orgánica 01 del 2015, en vía intermedia derivo la conducta del peculado al *delito común* de apropiación indebida y de administración desleal, como delitos comunes, es decir, España saca de la esfera de delitos de infracción de deber a la malversación de fondos que incluía el peculado.

Es importante tomar en cuenta lo siguiente, en España el artículo 253 que regula el delito de administración desleal cometido por autoridades, funcionarios privados, ahora permite hablar del delito de peculado, del mismo modo, el delito de apropiación indebida permite hablar del delito de peculado.

Este giro radical de estos códigos penales para sacar de los delitos funcionariales al peculado y a la malversación, es una tendencia q se observa en los grandes centros de legislación mundial, porque en la práctica se ha observado que no se necesita ser funcionario para apropiarse de bienes, que también terceras personas pueden sustraer bienes del Estado, y a ellos no podría aplicárseles el peculado, lo que origina problemas como sucede en la legislación ecuatoriana.

La tendencia fijada por estas legislaciones para sacar del ámbito funcional al delito de peculado genera mayor ámbito de protección, mayores posibilidades de involucrar a particulares en la apropiación de fondos públicos, donde pueda responder penalmente personas como la esposa, amigos, y demás involucrados que se aprovechan para apropiarse de fondos públicos.

España art 432 relegado a su conducta del art 253 habla de sustraer. Ya que no tiene los bienes a su cargo o dominio, diferente a la palabra apropiarse.

5. Metodología

5.1 Materiales utilizados

Entre los materiales utilizados para la realización de este trabajo de investigación, los mismos que se utilizan para contribuir al logro de los objetivos planteados en este trabajo de grado, recopilar recursos bibliográficos, tenemos: escritos jurídicos, leyes, manuales, diccionarios, ensayos, revistas jurídicas, científicas. escritos y varios La página web de la organización nacional, todas las citas son correctas, y forman parte de la fuente bibliográfica de mi disertación.

Por lo que también se utilizan otros materiales como: útiles de oficina, herramientas informáticas, conexiones a internet, laptops, celulares, impresoras, USB, papel bond, fotocopias, que son de gran utilidad para la dirección y desarrollo de este Trabajo de Integración Curricular.

5.2 Métodos

Los métodos constituyen una forma organizada y sistemática que permiten el desarrollo y ejecución del presente trabajo de investigación para poder alcanzar los objetivos planteados, entre los métodos que permitieron indagar sobre el problema socio-jurídico, tenemos:

El método científico: Son los procesos metodológicos o series de etapas que se han recorrido para obtener un conocimiento válido desde el punto de vista científico. Es gracias a este método que se puede llegar a una verdad y con ella identificar con precisión el problema determinado; en el presente trabajo se utilizó este método al momento de analizar las obras tanto de carácter científico como jurídica, las cuales fueron desarrolladas oportunamente y de forma detallada en el marco teórico.

Métodos inductivo y deductivo: Con la utilización de estos métodos se permitió establecer y analizar los principios explicativos a partir de la técnica de la observación para posteriormente realizar la descripción de varios conceptos generales constituidos por un cuerpo teórico y normativo con el objeto de explicar y aplicarlos en la búsqueda de soluciones de dichos fenómenos. Con la aplicación de estos métodos nos ha permitido, primeramente, determinar la existencia de un problema en cuanto a la participación y responsabilidad penal del extraneus involucrado en la comisión del delito de peculado, que al existir falta de normativa en el COIP

y solamente encontrarse descrita en la CRE, genera interpretaciones extensivas que dan lugar a la inseguridad jurídica, impunidad al momento de determinar la sanción por parte de los juzgadores, una vez determinado el problema, se procede a la deducción de los factores a considerar de tal manera que se pueda explicar los diferentes fenómenos desde una concepción jurídica y teórica.

Método analítico: Este método consiste en la separación de un todo o de conceptos generales en partes o en elementos constitutivos, con el fin de comprender y determinar sus causas, su naturaleza y los efectos de lo que se considera como una unidad; con la utilización de este método se nos permitió adentrarnos con mayor entendimiento en la problemática planteada, así como también hacer el análisis a posteriori de cada cita bibliográfica que consta dentro del desarrollo del marco teórico, es decir su respectivo comentario y análisis; además se lo utilizó con el fin de analizar e interpretar de forma adecuada y correspondiente cada uno de los resultados luego de la aplicación de las técnicas de campo como son las encuestas y entrevistas aplicadas hacia los conocedores del derecho penal y constitucional.

Método exegético: Constituye un método de interpretación que, generalmente se ha aplicado para el estudio de los textos legales e interpretarlos de tal manera que se puede determinar cómo los legisladores redactaron la ley. Este método es un elemento que ayuda a establecer el significado y el alcance de las normas que forman parte de un ordenamiento jurídico. Se ha empleado este método al momento de realizar la fundamentación jurídica del presente trabajo y se aplicaron las siguientes: Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal; Ley Orgánica del Servicio Público; Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Método mayéutico: Este es un método de carácter investigativo que consiste en aplicar una serie de interrogantes y cuestionamientos para descubrir conceptos que estaban ocultos en la mente de quien es interrogado, buscando, por lo tanto, obtener mayor información para un mejor entendimiento de la misma. Este método fue aplicado al momento de la elaboración de un banco de preguntas, que serían posteriormente utilizadas para la realización de encuestas y entrevistas para, de este modo, obtener mayor información y, sobre todo, más relevante para desarrollar los datos analíticos y estadísticos.

Método estadístico: El método estadístico es uno de los más relevantes para la realización de un trabajo investigativo, puesto que, consiste en manejar secuencialmente datos tanto cualitativos como cuantitativos dentro de dicha investigación. Es por ello que este método fue aplicado dentro del presente trabajo al momento de ejecutar el trabajo de campo que corresponde justamente en ejecutar las encuestas y entrevistas, una vez obtenidas las respuestas

esperadas se procedió a realizar la respectiva tabulación, elaboración de cuadros estadísticos y las representaciones gráficas con la finalidad de obtener resultados que aporten a la búsqueda de una solución al problema planteado.

Método sintético: Este método consiste en resumir y dirigir los contenidos hacia una mayor aclaración del panorama, y con ello unir los aspectos de mayor relevancia de lo que se ha analizado con anterioridad, en otras palabras, se vale del análisis como medio para llegar al o los objetivos propuestos. Con la ayuda de este método se realizó la discusión y la verificación de objetivos planteados y la fundamentación de la propuesta, aplicado al momento de emitir criterios luego del estudio de la temática en cuestión

5.3. Técnicas

Encuesta: es una de las técnicas más usadas y más importantes, en el presente trabajo de investigación, la encuesta está conformada por un cuestionario de cuatro preguntas claves para la búsqueda de soluciones, asimismo consta con opciones de respuesta diseñadas para reunir datos y conocer el criterio de 30 profesionales y conocedores del derecho quienes brindas sus conocimientos sobre la problemática plateada, en este caso sobre la participación y responsabilidad del extraneus que forma parte de los delitos especiales, en particular en el delito de peculado.

Entrevista: en cuanto a esta técnica, consiste en la participación de un diálogo existente entre el entrevistador y el entrevistado sobre aspectos puntuales de la problemática que está siendo objeto de nuestro estudio, en la presente trabajo de investigación se procedió a entrevistar a tres expertos en la materia, profesionales a quienes se les explicó detalladamente la temática planteada, y esperando que sus aportes sean relevantes para la solución que se planteará más adelante.

5.4. Observación documental

Sabemos que las técnicas de investigación bibliográfica centran sus funciones primordiales en procedimientos que requieren de optimización y uso racional de los recursos bibliográficos y documentales. En el desarrollo de este trabajo investigativo se utilizaron estas técnicas para identificar la realidad de una problemática socio jurídica, para fundamentar una posible solución que evite la vulneración de los derechos mencionados en este trabajo.

Asimismo, constan estadísticas que pueden proporcionar un argumento y una base para un problema establecido en el trabajo actual y plantear la o las soluciones. A partir de los resultados de investigación presentados obtenidos a partir de las técnicas de la encuesta y entrevista, representadas en forma de tablas, gráficos e inferencias, así como también análisis e interpretaciones estandarizadas, cuya principal finalidad es construir a partir del marco teórico y los objetivos de validación, así como permitir el desarrollo de las respectivas conclusiones y recomendaciones que serán importantes al valorar la temática planteada.

6.1 Resultados de las Encuestas

La encuesta ha sido la técnica utilizada para la elaboración del presente proyecto investigativo, las mismas que han sido dirigidas hacia profesionales de derecho de la ciudad de Loja, con un número de 30 encuestados, se plantea hacer el análisis de cada una de las cinco preguntas cerradas, que han sido implementadas en el formato presentado. Esta técnica busca corroborar la información que ha sido estudiada como la identificación del problema, además, tiene como finalidad servir de guía para la búsqueda de soluciones. A continuación, se desarrollará detalladamente los resultados obtenidos.

Primera pregunta: desde su perspectiva, ¿Considera usted que la responsabilidad penal del extraneus que se encuentra involucrado en la comisión del delito de peculado, debería ser determinada de acuerdo con los principios de legalidad y de proporcionalidad?

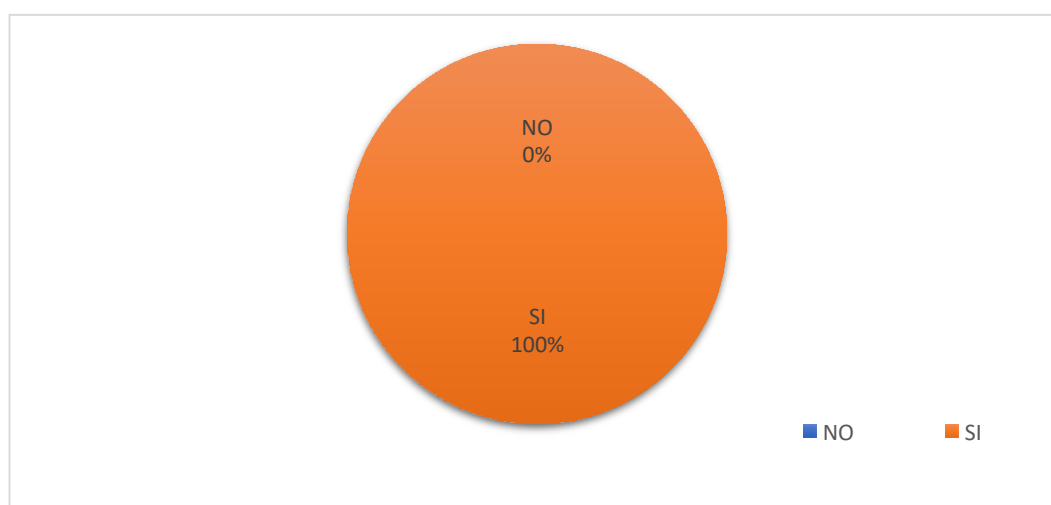
Tabla 1: cuadro estadístico pregunta 1

INDICADORES	VARIABLES	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

Fuente: abogados en libre ejercicio.

Autor: Shirley Gabriela Rentería Espinoza.

Ilustración 1 representación gráfica pregunta 1



Interpretación:

En la interrogante planteada, de los 30 encuestados que conforman la totalidad del 100% de la muestra, 30 personas dieron respuesta a la opción SI, es decir, están de acuerdo que se deba sancionar a todos los intervinientes que participen en la comisión del delito, por lo tanto, al momento de determinar la pena del extraneus que se encuentra inmerso en un proceso penal por delito de peculado, se debería tomar en cuenta tanto el principio de legalidad como el principio de proporcionalidad, lo que correspondería al 100% del total,

Análisis:

De la primera pregunta, se puede deducir que, todos de abogados de la ciudad de Loja, comparten el mismo criterio, con lo que se puede argumentar que al momento de hablar sobre los delitos contra la administración pública, los servidores públicos no son los únicos que ejecutan estos delitos, también pueden encontrarse inmersos en el desarrollo del ilícito, personas ajenas a la administración pública o sujetos que aun siendo parte de la institución, no cuentan con la disposición legal por parte de autoridades o normas superiores para la custodia o administración de los bienes estatales, quienes intervienen en el hecho delictivo con la finalidad de beneficiarse de los recursos públicos.

Para evitar que los bienes que forman parte del Estado sean vulnerados, es importante que el extraneus que participa en una conducta delictiva, ya sea con un rol importante o coadyuvando al cometimiento del ilícito, sea sancionado por la normativa correspondiente, es decir el COIP, para lo cual debe tomarse en cuenta los principios rectores del derecho, como son el principio de legalidad y de proporcionalidad, en virtud de que no se puede establecer una sanción que la norma penal no haya positivizado previamente, ni tampoco se debería imponer una pena desproporcional a quienes se encuentren implicados en un proceso por delito de peculado, por lo expuesto, queda en manos del legislador conocer la doctrina y las bases del derecho, las cuales deben ser tomadas en cuenta como guía, para establecer en la norma penal la intervención del extraneus que interviene en el delito de peculado.

Como consecuencia, se evitará la impunidad de estos sujetos que actualmente no cuentan con una sanción tipificada en el COIP, ni tampoco se impondrá sanciones desproporcionales que menoscaben los derechos y las garantías de los procesados por este delito.

Segunda pregunta: La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 233 segundo inciso, establece respecto del extraneus “...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”. ¿Considera que esta disposición es clara para que el juzgador pueda determinar correctamente la sanción del extraneus que interviene en el delito de peculado?

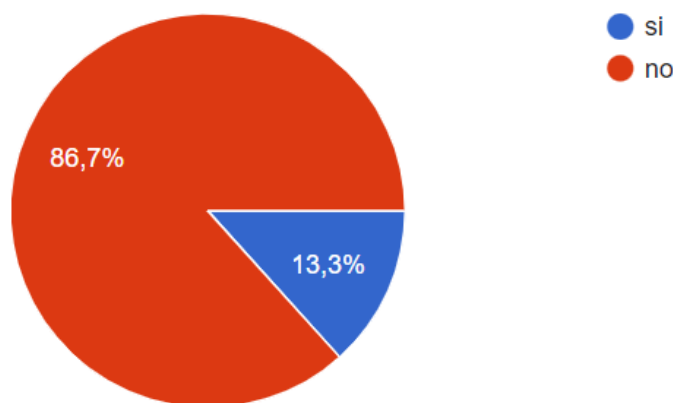
Tabla 2: cuadro estadístico pregunta 2

INDICADORES	VARIABLES	PORCENTAJE
SI	4	13.3%
NO	26	86.7%
TOTAL	30	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio.

Autor: Shirley Gabriela Rentería Espinoza.

Ilustración 2: representación gráfico pregunta 1



Interpretación:

En la segunda interrogante del 100% de la muestra correspondiente a 30 encuestados, 4 personas dieron respuesta a la opción SI, ya que consideran que la CRE en todas las materias aborda directrices generales, las cuales deben ser consideradas con ayuda de las leyes correspondientes para que puedan aplicar la sanción, concluyendo que, dentro de la norma suprema está clara la disposición para que los juzgadores puedan aplicarla. Según el gráfico establecido, pertenece al 13,3% de la muestra.

Contrarrestando a lo mencionado, 26 personas han negado la pregunta, dentro de algunos comentarios por parte de los encuestados, se ha podido resumir lo siguiente:

Primero.- Si bien es cierto, la norma suprema establece disposiciones generales, las cuales tienen un rango constitucional, debido a su importancia dentro de la sociedad, pero con ello no quiere decir que son de aplicación directa, mucho menos en materia penal, al contrario, estas disposiciones deben ser tomadas en cuenta por el legislador como guía y limitantes para crear normativas de menor jerarquía, las que servirán para describir con exactitud las disposiciones y poder ser aplicadas en casos concretos, en materia penal, bajo el principio de legalidad, es exigible que se encuentre detallado en el tipo penal la conducta y la responsabilidad penal, para que el juzgador pueda establecer las consecuencias jurídicas conforme a lo estipulado en la norma y evitar interpretaciones extensivas en el caso de existir vacío en el código Orgánico Integral penal.

De acuerdo con la pregunta planteada, al momento de sancionar al extraneus en el delito de peculado, enfocándose en el art 233 de la CRE, no se sabe con exactitud a que sanción se refiere, si la norma constitucional permite sancionar al extraneus a título de autor o si se refiere a la imprescriptibilidad de la pena, lo que conlleva a que el juzgador interprete según su criterio la norma rectora para poder establecer la punibilidad del extraneus y evitar la impunidad de este sujeto.

Segundo. - La normativa en el COIP debe ser fundamental para determinar la sanción del extraneus, es por ello que, al existir un vacío legal en el art. 278 del COIP, los juzgadores que hacen uso del Art 233 de la CRE, toman diversos criterios, y han sancionado a las personas según sus conocimientos, lo que genera sin dudas inseguridad jurídica, falta de debido proceso y la errónea proporcionalidad en la sanción, es decir, no se podría sancionar a una persona sin saber el proceso o la sanción que debería tener. Esta negativa conforma el 86,7% del total. Lo que, sumado completa el 100%.

Análisis:

En la tabla N°2, en el análisis de la respuesta SI, hay profesionales que consideran que la norma constitucional es clara y permite que la sanción que se debe aplicar a los extraneus es la misma que se le aplica en tipo penal al intraneus, es decir, aquel extraneus que ejecute actos de autoría la norma constitucional permite sancionarlos a título de autor, del mismo modo sucede con aquellos que responden como cómplices, consecuentemente, al establecer la punibilidad no carecería de legalidad, ni tipicidad, ya que esta positivizado en la norma constitucional la disposición, por lo que los juzgadores al momento de determinar la responsabilidad penal deberían hacerlo conforme a lo estipulado en el Art. 278 del COIP.

Por el contrario, la gran mayoría de abogados contestaron que la norma no es clara para que los operadores de justicia puedan establecer correctamente la sanción del extraneus que participa en el delito de peculado, en virtud que la carta magna al ser la norma rectora para los demás ordenamientos jurídicos puede establecer guías y limitantes para cierto tema. Con respecto al delito de peculado, la Constitución del Ecuador determina que existen ciertos delitos que tienen rango constitucional, porque la afectación al bien jurídico protegido afecta a toda la sociedad en general, así mismo, alude que debe existir responsabilidad por parte de los servidores públicos en ejercicio de su cargo, tanto por el actuar como por sus omisiones, en el mismo sentido, al referirse que las personas extrañas a la administración pública deberán tener la misma sanción, la norma busca que ningún interviniente en esta clase de hechos punibles tenga impunidad en su actuar, está claro hasta este punto, que la Constitución establece las directrices para que el legislador, al momento de crear leyes lo haga en base a esta normativa, sin embargo, el problema radica en que al existir el vacío legal en el COIP y no establecer la sanción del extraneus en el delito de peculado, el juez haciendo uso del Art 233 de la CRE establece según su criterio y conocimientos la sanción que cree conveniente, generando que en diversas ocasiones las cortes y los tribunales ecuatorianos tomen diversas perspectivas para determinar la sanción, dando como consecuencia que la punibilidad del sujeto procesado carezca de legalidad y tipicidad ya que no se encuentra determinado en el tipo penal su responsabilidad de forma clara.

Tercera pregunta: ¿Considera que el conflicto jurídico existente entre la Constitución de la República del Ecuador y el COIP en lo que respecta a la sanción que debe imponerse al extraneus en el delito de peculado tipificado en el art. 278 del COIP, incide que los juzgadores adopten diferentes criterios al momento de implementar dicha sanción?

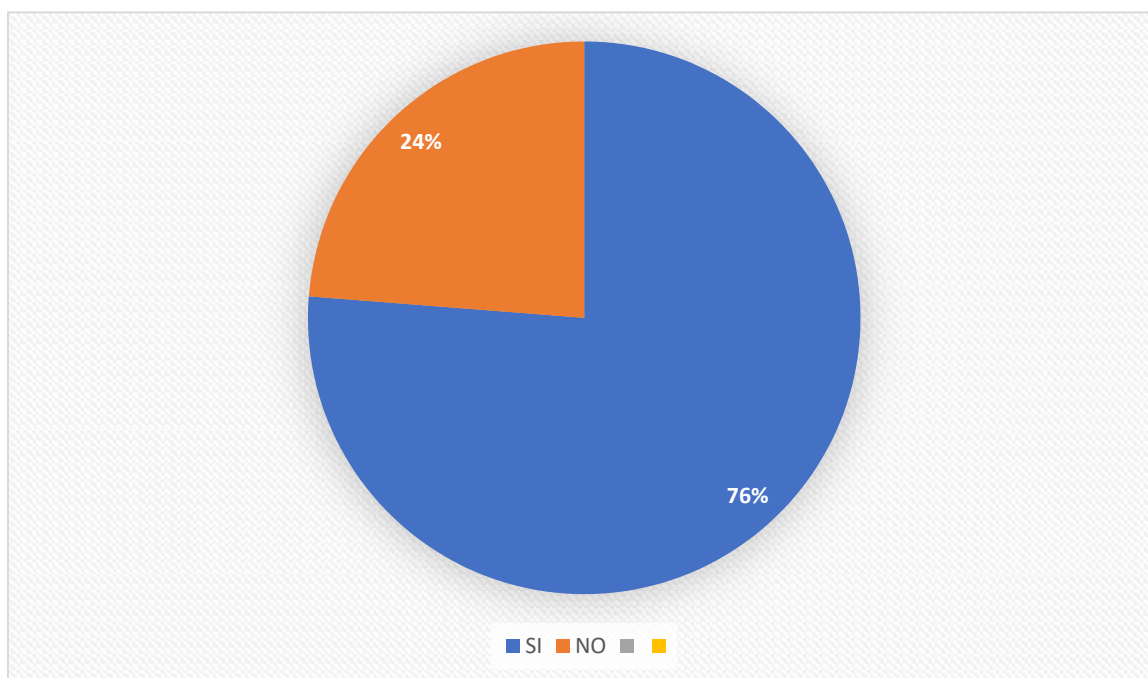
Tabla 3: cuadro estadístico pregunta 3

INDICADORES	VARIABLES	PORCENTAJE
SI	23	77%
NO	7	24%
TOTAL	30	100%

Fuente: abogados en libre ejercicio.

Autor: Shirley Gabriela Rentería Espinoza.

Ilustración 3: representación gráfica pregunta 3.



Interpretación:

En la interrogante planteada, de los 30 encuestados que conforman la totalidad del 100% de la muestra, 23 personas dieron respuesta a la opción SI, es decir, están de acuerdo que el existente conflicto presentado, conlleva a que los jueces condenen o dejen en la impunidad a los extraneus desde diferentes perspectivas, lo que correspondería al 77% del total, por el contrario, 7 personas de las encuestadas, opinan que el juez si podría determinar la sanción dependiendo del caso presentado y no sería culpa de la norma rectora q es la CRE, al contrario, es falta de conocimiento por parte de los operadores de justicia, al no tener conocimientos sobre la responsabilidad penal en esta clase de delitos. Lo cual corresponde al 24% conformando un 100% del total.

Análisis:

En la pregunta cuatro, se presentan dos perspectivas. El primer grupo de encuestados, que corresponde a la mayoría, concuerda que, al establecer las mismas disposiciones para los extraneus que participen en los delitos detallados en el inciso segundo del Art. 233 de la

Constitución del Ecuador, influencia que los operadores de justicia, tanto jueces como fiscales, interpreten la norma constitucional de manera extensiva, esto se hace con el propósito de imponer la pena correcta del extraneus y evitar la impunidad, lo que resulta que, en ciertas ocasiones, determinados jueces, basándose en la doctrina, optan imponer sanciones como partícipes del delito, ya que, desde la perspectiva doctrinaria, según las teorías referentes al tema, un extraneus no puede responder como autor o coautor de la infracción. Del mismo modo, existen casos en que los jueces, deciden aplicar la pena como autores del delito, en virtud de que la norma constitucional permite sancionarlos como autores de delitos de infracción de deber; y finalmente, se han dado casos que la autoridad competente deja en la impunidad a dicho sujeto argumentando que, la conducta de un extraneus en el delito de peculado carece de tipicidad, por tanto, al no existir un tipo penal que permita la participación del extraneus, ni tampoco explique la pena correspondiente, no se podría imponer responsabilidad penal. De lo expuesto se puede evidenciar lo siguiente, primero, la norma constitucional no es suficientemente clara al referirse sobre la intervención del extraneus en los delitos contra la administración pública, no obstante, debería ser el Código Orgánico Integral Penal el ordenamiento jurídico que contenga la conducta y la punibilidad del extraneus de forma detallada y precisa, para que de esta manera se pueda establecer la pena correctamente.

De modo distinto, hay abogados que consideran que la normativa del COIP y la disposición de la Constitución del Ecuador son suficientes para establecer la pena, argumentan que es responsabilidad del juzgador determinar la pena dependiendo del caso y el rol que el extraneus cumpla en el ilícito, como consecuencia, no carecería de impunidad ni falta de tipicidad, porque la norma constitucional ya lo establece dentro de sus artículos.

Cuarta pregunta: según su criterio, ¿Qué solución considera más factible para poder sancionar correctamente al extraneus en el delito de peculado? Escoja una opción.

- **Que se tipifique claramente tanto la participación como la responsabilidad del extraneus en el delito de peculado. Esto permitirá que se pueda ajustar su conducta al tipo penal correspondiente y establecer la sanción apropiada en calidad de cómplice.**

- **Sacar de los delitos funcionariales al peculado y convertirlo en un delito común, de manera que cualquier sujeto vinculado en dicho ilícito pueda ser responsabilizado de acuerdo a su papel en el mismo, ya sea como autor o cómplice.**

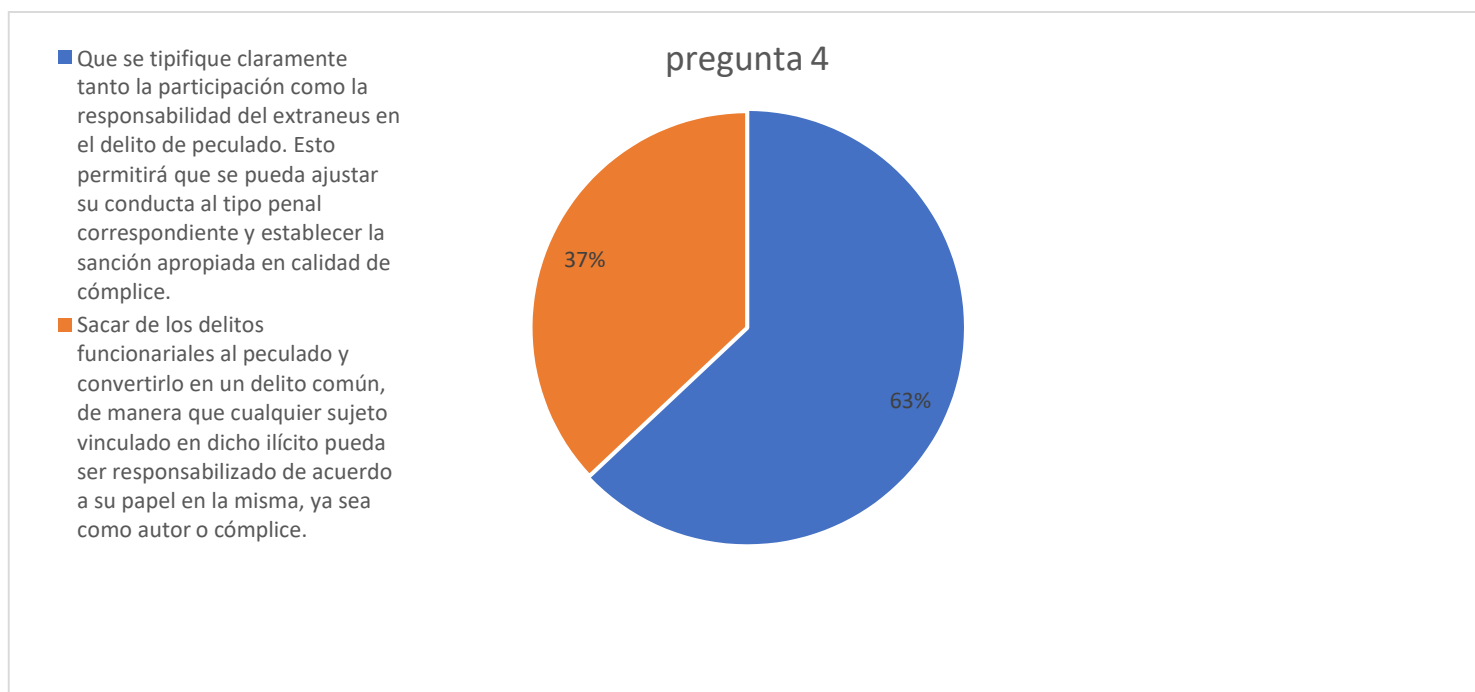
Tabla 4: cuadro estadístico pregunta 4.

INDICADORES	VARIABLES	PORCENTAJE
Opción 1	19	63%
Opción 2	11	37%
TOTAL	30	100%

Fuente: abogados en libre ejercicio.

Autor: Shirley Gabriela Rentería Espinoza.

Ilustración 4: interpretación gráfica pregunta 2



Interpretación:

En respuesta a la pregunta planteada, de los 30 encuestados que conforman la totalidad del 100% de la muestra, 19 personas dieron respuesta a la opción 1. Esto indica que están de acuerdo en que se tipifique la conducta del extraneus en el artículo 278 del COIP, con el fin de sancionar a los sujetos extraños a la administración pública y evitar la diversidad de criterios existentes. Este grupo representa al 63% del total. Por el contrario, 11 personas de la encuesta consideran que la mejor opción es excluir de los delitos funcionariales al peculado en general, de modo que aquellos que intervengan en el ilícito, respondan penalmente con una sanción proporcional a su grado de participación. Estas respuestas conforman el 37% restante conformando un 100% del total.

Análisis:

En la pregunta cuatro de la encuesta, se ha implementado dos alternativas diferentes para la solución del problema:

Como primera alternativa, se busca realizar una extensión del Art 278 del COIP, con el objetivo que el legislador pueda agregar como sujeto activo del delito de peculado al extraneus que se encuentre involucrado en el mismo, sin embargo, hay que tener presente, según las doctrinas estudiadas para el desarrollo del presente proyecto, en la teoría planteada por Claus Roxin acerca de los delitos de infracción de deber, considera que el fundamento de estos delitos, no está en el dominio del hecho, sino en el incumplimiento del deber que le ha sido otorgado a través de normas extrapenales, por lo tanto, solo el servidor público será el único que pueda responder como autor del delito de peculado, en cuanto a los demás partícipes de la infracción, sin importar el rol que hayan ejercido sobre la ejecución del hecho punible, serán solamente cómplices, ya que carecen de este deber importantísimo que tiene el sujeto activo cualificado.

Considerando la doctrina citada, al establecer la sanción del extraneus en el art. 278 solamente se podrá condenar como cómplice a este sujeto, tomando en cuenta que se descarta la posibilidad de imponer la punibilidad a título de autoría, en virtud de que este individuo no tiene el deber que caracteriza a este tipo de delitos.

Por lo que se refiere a la opción dos, se menciona como posible solución al problema, convertir en un delito común al peculado, para que no sea específicamente un sujeto activo cualificado quien pueda cometer la conducta antijurídica y responder como autor, por el contrario, al convertirse en un delito de común o de dominio del hecho, cambiaran las consecuencias jurídicas de las personas que cometan el acto, dicho en otras palabras, cada

participante responderá penalmente por su grado de intervención en el delito, por lo que, quienes realicen actos determinantes que conlleven a la consumación del acto, responderán a título de autoría, en el mismo sentido, las personas que presten ayuda o ejerzan actos preparatorios y secundarios en el desarrollo del delito, responderán a título de cómplices.

Para tener un mejor entendimiento a la pregunta planteada, es necesario respaldarla basándose en un ejemplo concreto. Imaginemos una posible situación hipotética en la que un sujeto externo a la administración pública (extraneus) actúa como mentor para cometer un acto ilícito, específicamente el delito de peculado. Es importante destacar que directamente este sujeto no puede cometer la infracción, en vista de que no tiene un acceso directo a los bienes que pretende apropiarse. Para lograr la consumación del ilícito, el sujeto Extraneus instrumentaliza a un servidor público (intraneus), con el objetivo de llevar a cabo la acción delictiva.

Esta situación plantea cuestiones importantes sobre la responsabilidad legal de ambas partes involucradas y cómo se relacionan en la comisión del delito de peculado.

En este contexto, teniendo en cuenta el rol de ambos participantes, haciendo uso de *la teoría de los delitos de infracción de deber*, solo se podría imputar como autor del delito al intraneus, relegando al extraneus al papel de cómplice, sin importar que haya sido el promotor del ilícito. Consecuentemente, esto podría conducir a un cierto grado de impunidad y desigualdad en la responsabilidad por sus acciones.

En contraste con lo expuesto en la primera línea de solución y basándose en *la teoría de los delitos de dominio del hecho*, al ser un delito común, sería más fácil determinar la punibilidad de los intervinientes, puesto que, el extraneus al ejercer un dominio sobre el hecho final, basándose que tiene dominio de la voluntad sobre el servidor público, debería ser considerado como autor mediato y el intraneus como autor directo, ya que, es quien ejecuta a mano propia el hecho.

Desde el punto de vista planteado en líneas anteriores, sería la solución más viable, no obstante, es importante tomar en cuenta las opiniones expresadas por expertos el derecho tanto penal como constitucional, quienes argumentan que considerar al peculado como un delito especial, se justifica debido a su impacto en un bien jurídico de gran relevancia, como son los recursos estatales, y, por ello, su reconocimiento a nivel constitucional. Al convertirlo a la categoría de delito común, se corre el riesgo de alterar la naturaleza y esencia de este delito y disminuir la importancia que tiene en la actualidad para sancionar y combatir la corrupción.

Quinta pregunta: Al estar tipificada la sanción del extraneus en el artículo 278 del COIP, ¿considera que el juzgador pueda aplicar correctamente la pena y evitar la divergencia de criterios en relación a quienes forman parte de este tipo de delitos de cuello blanco?

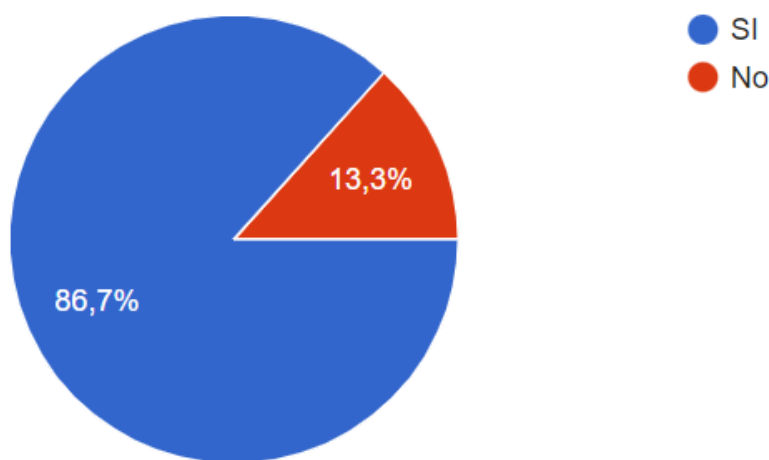
Tabla 5: cuadro estadístico pregunta 5

INDICADORES	VARIABLES	PORCENTAJE
SI	26	86.7%
NO	4	13.3%
TOTAL	30	100%

Fuente: abogados en libre ejercicio.

Autor: Shirley Gabriela Rentería Espinoza.

Ilustración 5: representación gráfica pregunta 5



Interpretación:

En la interrogante planteada, de los 30 encuestados que conforman la totalidad del 100% de la muestra, 26 personas dieron respuesta a la opción SI, es decir, están de acuerdo que para solucionar el problema suscitado, y evitar que exista interpretación extensiva con relación al delito de peculado, se debería tipificar en el COIP la sanción, lo que correspondería al 86,7% del total, por el contrario, 4 personas de las estableció que se encuentran en desacuerdo con la pregunta, presentando diferentes argumentos, conformando un 13,3% del total.

Análisis:

De la última interrogante, se puede deducir que los abogados están de acuerdo que, para sancionar a una persona, se debe encontrar tipificada su conducta en el tipo penal, de lo contrario carecería de uno de los elementos de la tipicidad, es por ello que es de suma importancia adecuar la conducta del extraneus en el delito de peculado, que se encuentra tipificado en Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal.

De la última interrogante expuesta, se puede alegar un tema fundamental en el derecho penal, que es la necesidad de que la conducta realizada por las personas esté tipificada en un tipo penal específico para que pueda ser sancionada. En la ciudad de Loja, los abogados que han sido encuestados, concuerdan que para que una persona sea considerada culpable, su comportamiento debe ajustarse a lo que establece la ley penal como un delito en concreto, lo que se conoce como el principio de tipicidad, lo cual implica que la conducta debe coincidir con los elementos descritos en el tipo penal.

Específicamente en el delito de peculado, el tipo penal carece de tipicidad al referirse a la conducta del extraneus, ya que, dentro de sus elementos, no se detalla la conducta ni tampoco el grado de sanción que debería recibir, por lo que resulta imperioso

En el contexto específico del delito de peculado y su tipificación en el Artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), resulta esencial asegurarse de que la conducta del "extraneus" se ajuste a lo que establece este artículo. Si no se puede demostrar que su acción encaja dentro de la definición de peculado según lo establecido en la ley, entonces carecería de uno de los elementos necesarios para considerar que ha cometido ese delito en particular.

Por lo tanto, la adecuación de la conducta del "extraneus" en el delito de peculado, tal como está tipificado en el COIP, se convierte en un factor crucial en la determinación de su responsabilidad legal. Esta precisión en la tipificación de los delitos no solo garantiza que las personas sean sancionadas de manera justa y proporcionada a sus acciones, sino que también ayuda a evitar la ambigüedad y la divergencia de criterios en la interpretación y aplicación de la ley, promoviendo así la consistencia y la equidad en el sistema de justicia.

6.2 resultados de las entrevistas

La entrevista ha sido utilizada como una de las técnicas para el desarrollo del presente proyecto, para lo cual se toma en cuenta el criterio de personas especializadas en el problema que respecta al tema estudiado, entre los cuales, se encuentran, jueces de la Unidad Penal de la ciudad de Loja, el Fiscal a cargo de la fiscalía especializada FEDOTI que tiene la atribución para el estudio de casos de la administración pública, y servidores públicos de la Contraloría General del Estado.

A continuación, se detalla la entrevista con el criterio de cada uno de los entrevistados:

Primera pregunta: La constitución de la república del Ecuador en el art 233, menciona que los servidores públicos responderán administrativa civil y penalmente en el ejercicio de sus funciones, además, los delitos contra la administración pública son de índole imprescriptible, en la parte final del mismo inciso determina lo siguiente “Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas”. ¿Usted considera que esta disposición es clara para establecer la pena del extraneus?

Primer entrevistado:

Considero que la norma constitucional en mención es muy ambigua, no es clara en virtud de que. Lo establece en forma genérica, pues la norma especial que es el Código orgánico integral Penal bajo el principio de legalidad. Tiene que establecer el tipo penal y la pena para este tipo de conductas, con la finalidad de garantizar certeza a quienes estén inmersos en la administración de justicia y el juzgamiento de este tipo de delitos, inclusive las personas que se ven involucradas en este tipo de delitos que afectan a la administración pública.

Segundo entrevistado:

No. No, por qué, puesto que, si bien es cierto, es la Carta Magna establece los Lineamientos generales de aplicación, tiene que estar regular en normativa más específica que en este caso inglés la materia penal.

Tercer entrevistado:

Bueno, no debemos olvidar que la Constitución tiene una redacción abierta, lo que implica que siempre va a dar lugar a varias interpretaciones, ninguna Constitución tiene una estructura en su redacción cerrada tal cual como sucede con las leyes y particularmente con las

leyes penales. Es al legislador a quien le corresponde en las normas legales correspondientes. Determinar cuál es el alcance y el contenido de las disposiciones y normas y preceptos constitucionales, por lo tanto, le correspondería al legislador en el Código orgánico integral Penal, establecer con claridad y precisión cuál es el alcance y el contenido de esta. Sin embargo, no lo hay.

Segunda pregunta: Al existir una interpretación extensiva del art 233 de la CRE con relación a la sanción del extraneus, ¿Cree que esto afecta al principio de legalidad y proporcionalidad de este sujeto? En vista de que, en las jurisprudencias que han servido para el análisis de la investigación, se ha podido evidenciar que los juzgadores han determinado la responsabilidad penal tanto como autor, cómplice, o simplemente dejan en la impunidad el actuar del extraneus que interviene en el delito de peculado, valiéndose del Art. mencionado que otorga la facultad de establecer la misma sanción al extraneus.

Primer entrevistado:

Es indudable que en este tipo de circunstancias afecta el principio de legalidad y proporcionalidad. Porque tomando en cuenta el art 13 del Código orgánico integral Penal del principio de tipicidad para el tipo penal y para la sanción debe ser estrictamente lo que establece la ley. En ese contexto, el delito de peculado es un delito especial que establece una pena para el sujeto activo calificado y frente a ello se debe tomar en cuenta el rol de las personas particulares en la comisión de este tipo de delitos y establecer una pena proporcional que no afecte esos principios que es el de legalidad y proporcionalidad

Segundo entrevistado:

Considero que Sí. Porque es necesario que la Constitución de la República si bien es cierto, es Carta Magna Carta, y cumple con supremacía, es necesario que la responsabilidad sea regulada en sí, de conformidad a la participación de esta de este cómplice del servidor público, para que no dé lugar a interpretaciones extensivas, y evitar que exista diversidad de criterios por parte de los juzgadores

Tercer entrevistado:

Bueno, es cierto que como dije, le corresponde al legislador determinar cuál es el alcance del contenido de las disposiciones. Sin embargo, no debemos olvidar que conforme lo establece nuestro modelo de estado actual. Al legislador, le corresponde crear derecho en aquellas

circunstancias o casos en los cuales encuentre que la norma legal es insuficiente o en su defecto, inexistente para resolver un caso, entonces bajo ese criterio, al juzgado le corresponde bajo el derecho y la libertad que tiene, tomar la determinación correspondiente en cada caso. sin embargo, eso podría de alguna manera en caer también y un plano de arbitrariedad dejando de seguridad jurídica a los justiciables.

Tercera pregunta: Según su perspectiva, ¿cuál cree que es la mejor solución para poder sancionar la extraneus en el delito de peculado?

Opción 1: Que su conducta y su responsabilidad se encuentre tipificado en el delito de peculado para que se pueda adecuar su conducta al tipo penal y establecer la sanción como cómplice

Opción 2: Se debe sacar de los delitos funcionariales, y convertirlo en un delito común para que cualquier sujeto vinculado en este delito pueda responder dependiendo su rol de participación ya sea como autor o cómplice

Primer entrevistado:

Considero la primera opción, la primera propuesta. Tomando en cuenta que al normar la participación de extraneus en el desarrollo del tipo penal del peculado, se garantizaría que este tipo de actos no genere impunidad. Se garantizaría seguridad jurídica a las personas que están implicados en este tipo de conflictos, a efecto de tener de forma clara la norma y la sanción para este tipo de conductas.

Segundo entrevistado:

Pues yo me iría por la por la línea 2. Puesto que ahí estaremos mejorando la aplicación de justicia y en base a una responsabilidad no solamente como coautor o autor, sino como el peculado en sí, como un delito realmente grave para nuestro país, y sancionar realmente como debe ser y como nosotros legislaciones lo han hecho, considero eso.

Tercer entrevistado:

Bueno, personalmente me integraría por la primera opción dado aquí estamos hablando de un delito que se desprende del Principal, el delito principal vendría a ser el delito de peculado

y la participación que tengan otras personas que no necesariamente serán servidores públicos, deberían circunscribirse a un delito que se deriva del principal, por lo tanto, yo consideraría que lo más adecuado sería aplicar la primera opción, porque eso permitiría involucrarnos, insisto, a conectarnos a el delito principal, que sería el de Peculado, para que no se desvinculen estas personas. Un delito que podría tener una naturaleza distinta a la del peculado.

Cuarta pregunta: Está de acuerdo que para determinar correctamente la sanción del extraneus conforme a su intervención en el delito de peculado, de debería reformar el art 278 del COIP.

Primer entrevistado:

Al no estar normado en el Código orgánico integral Penal, es más, hay varias sentencias de la corte provincial, en las cuales generan seguridad jurídica porque no tienen una línea clara para este tipo de sanciones. Considero que es muy necesario que es enorme esto en el Código Orgánico Integral Penal para garantizar el principio de legalidad

Segundo entrevistado:

Si puesto que la coparticipación de un delito tiene que ser necesariamente sancionada, no a través de la Carta Magna o de la Constitución, sino por una normativa clara y precisa que tiene que se encuentre en la ley especializada que es el COIP.

Comentario del autor.

Luego de haber analizado el criterio de personas que tienen conocimiento tanto en materia Penal, la Constitución de la República del Ecuador y sobre la administración pública, todos comparten un criterio similar ante el tema abordado, el cual se fundamenta en tres principios generales del derecho, los mismos que son importantes para lograr estabilidad jurídica y un correcto desarrollo de la misma: primero, el principio de legalidad, que significa que las actuaciones prohibidas, imperativas y permisivas de la sociedad, deben estar positivizadas en las normas jurídicas pertenecientes a nuestra legislación, además, debe existir coherencia entre las leyes y lo establecido en la CRE; segundo, el principio de proporcionalidad, el cual se basa en que, para determinar cualquier decisión en el derecho, debe existir racionalidad con respecto a los derechos fundamentales de las personas, de igual manera, las penas o sanciones deben ser proporcionales al grado de afectación que ha generado esa

conducta; y, finalmente, el principio de tipicidad, que constituye la descripción completa y clara del precepto legal o del tipo penal, el mismo que tiene como finalidad impedir las sanciones arbitrarias, ya que no se puede establecer responsabilidades, si no ha sido previamente determinada la conducta. La unión de estos tres principios tiene como objeto garantizar los derechos fundamentales, el debido proceso y la seguridad jurídica.

Con respecto al tema investigado, es propicio mencionar que según el punto de vista de profesionales en la materia, la constitución como norma rectora, establece guías que no pueden ser contrariadas o vulneradas por otros ordenamientos jurídicos, sin embargo, es menester que exista una norma subordinada, la cual en base a las disposiciones constitucionales, establezcan el procedimiento y la sanción de forma clara, con el fin de evitar la ambigüedad o la diversidad de argumentos e interpretaciones extensivas, también es necesario decir, en materia penal, uno de los elementos del delito es la tipicidad, lo que consiste en que el actuar del sujeto se adecua a lo descrito en el tipo penal, si la conducta realizada por el sujeto no se encuentra regida en la normativa penal, no podrá ser considerada como delictiva, y tampoco podría ser sancionada, es por ello que resulta indispensable que las normas penales sean claras y describan con exactitud la conducta prohibida que el legislador considera como delito, con el fin de evitar impunidad y sanciones desproporcionales.

6.3 estudio de casos.

Caso N° 1

Sentencia Nro:1364-17-EP

Actor: PSZQ.

Fecha: Quito, 21 de junio de 2023

ANTECEDENTES:

PROPOSICION FACTICA: 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, **PSZQ** y MROA 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.

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, PMDC, JFEC, AEBD, PSZQ Y MROA presentaron, cada uno por separado, recursos extraordinarios de casación.

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, MROA presentó recursos horizontales de aclaración y ampliación.

En base a esta decisión el sentenciado. Actor de la acción de protección, entre otros hechos argumenta: “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...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 COIP, 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...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...**”

PLATEAMIENTO DEL PROBLEMA JURIDICO: En lo pertinente, del análisis de la sentencia respecto a los hechos alegados por el actor, que no es sujeto calificado para el delito de peculado, el fundamento de la decisión es: “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... 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... 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”?

RESOLUCION DEL PROBLEMA JURIDICO: 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: “Alcance del artículo 233 de la Constitución con relación al delito de peculado... 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...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...* 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...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.... 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 *intra-neus* y *extra-neus*. 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 *extra-neus* 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 *extra-neus* 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.... 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....”.

SENTENCIA: 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 (Sentencia de la Corte Constitucional, N°1364-17-EP).

Comentarios de autor:

El demandante en garantía jurisdiccional, quien fue condenado como autor del delito de peculado, tras verse involucrado él y demás coacusados, cuya infracción se originaría por malversación de recursos públicos a través de créditos otorgados por COFIEC en ese entonces, una empresa privada que proporcionaba garantías a personas naturales o jurídicas otorgando fianzas para los créditos otorgados por COFIEC.

Tras la sentencia del tribunal que lo declaró culpable, presentó una apelación impugnando la sentencia, argumentando principalmente que se había vulnerado el principio de legalidad. Sostuvo que, como funcionario de la aseguradora Seguros Rocafuerte, no podía ser considerado un sujeto activo calificado en este delito.

En la misma línea, en la segunda instancia, se confirmó su culpabilidad, y esta sentencia fue cuestionada e impugnada a través de un recurso extraordinario de casación. Sin embargo, no tuvo éxito en esta instancia. Posteriormente, presentó una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional solicitando el reconocimiento de derechos constitucionales vulnerados, como el derecho a la tutela judicial efectiva, a la seguridad jurídica y al debido proceso. Haciendo hincapié en la vulneración del principio de legalidad.

En este contexto, la Corte Constitucional, después de analizar los argumentos de la sentencia de casación, fundamentada en la norma constitucional del Art. 233 y en consonancia con pronunciamientos previos sobre casos similares, decidió rechazar la garantía jurisdiccional, indicando que no existía una vulneración de derechos constitucionales. El fundamento jurídico para esta decisión se basó en la norma constitucional que regula los grados de participación en estos delitos especiales.

Sin embargo, personalmente considero, de acuerdo al enfoque jurídico planteado en esta investigación, que no es suficiente que esté regulado en la norma constitucional. En el ámbito doctrinal, la Constitución regula las garantías básicas del debido proceso, incluyendo el principio de legalidad, "nullum crimen, nulla poena, sine lege", procedimiento el cual se desarrolla en el artículo 13 del Código Orgánico Integral Penal. Por lo tanto, creo que el grado de participación del extraneus debe estar establecido en la norma infra legal de la materia, tomando en cuenta otros principios que complementan como los principios de tipicidad y especialidad, para determinar el título de imputación adecuado, ya sea como autor o cómplice, dependiendo del sujeto activo que concurra con el deber especial que fundamenta el tipo penal del delito de peculado.

7. Discusión

Para la presente discusión de los resultados obtenidos en la investigación de campo, se desarrollará la comparación de los objetos presentados en el proyecto, con lo investigado durante el transcurso de la investigación, con la finalidad de verificar el cumplimiento de los objetos.

7.1 verificación de objetivos

En el desarrollo del proyecto investigativo que fue elaborado con anterioridad, abarca los objetivos para el estudio jurídico del tema, consta de un objetivo general y tres objetivos específicos, los mismos que posteriormente se verificarán en base al estudio realizado.

7.1.1 Verificación de objetivo general

El objetivo general del presente estudio jurídico es el siguiente:

Desarrollar un análisis jurídico y doctrinario de las teorías de la participación del extraneus en los delitos especiales, para determinar la responsabilidad del sujeto activo en el delito de peculado.

La importancia del objetivo general radica en conocer y comprender las teorías que han servido de fundamento para explicar la naturaleza de los delitos de infracción de deber, así mismo, las teorías respecto del rol que desempeña el extraneus que interviene en ese tipo de delitos, para ello, en el desarrollo del marco teórico se ha logrado desarrollar y analizar minuciosamente los conceptos sobre la teoría de los delitos de infracción de deber, la teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación.

Una vez estudiada la doctrina, se ha procedido a contrastar estos conocimientos con la legislación ecuatoriana, específicamente con la CRE y el COIP, relacionados a los servidores públicos y el delito de peculado, con el fin de verificar donde surge la problemática, y encontrar la posible solución.

De la misma manera, durante el estudio de campo por medio de la encuesta se logró resultados satisfactorios para la presente investigación.

La primera pregunta de la encuesta manifiesta:

Primera pregunta: desde su perspectiva, ¿Considera usted que la responsabilidad penal del extraneus que se encuentra involucrado en la comisión del delito de peculado, debería ser determinada de acuerdo con los principios de legalidad y de

proporcionalidad?

De la incógnita, el 100% de los abogados reconocieron que es importante establecer responsabilidad penal a las personas externas a la administración pública que ayuden a lesionar el patrimonio público, dado que, si no se encuentra determinada la sanción, dará lugar a inestabilidad en la administración pública, promoviendo la corrupción al generar cierto grado de impunidad, lo cual es contrario a la función que cumple el derecho penal, cabe indicar, que bajo el principio de legalidad, según el artículo 5 del COIP, para que exista infracción penal, deberá estar tipificada en el tipo penal, del mismo modo, conforme al Art 53 del mismo código se insinúa que el tiempo de duración de la pena debe ser determinado en el tipo penal y, finalmente estas disposiciones del código deben ser interpretadas de forma estricta.

7.1.2 verificación de objetivos específicos.

Primer objetivo específico

- **Demostrar que existe vacío legal en el COIP con relación a la Constitución para sancionar al *extraneus* en el delito de peculado.**

Con la finalidad de comprobar la eficacia del primer objetivo específico, se ha implementado la segunda pregunta en la entrevista, que afirma:

Segunda pregunta: La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 233 segundo inciso, establece respecto del extraneus “...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”. ¿Considera que esta disposición es clara para que el juzgador pueda determinar correctamente la sanción del extraneus que interviene en el delito de peculado?

Todos los entrevistados coincidieron que la constitución es una norma rectora, de tal manera que sus disposiciones son generales con el fin de permitir una interpretación abierta, es por ello que es deber del legislador crear normas legales correspondientes, las cuales deben ser establecidas con claridad y precisión.

En materia penal, bajo el principio de legalidad y especialidad, tiene que estar

establecido el tipo penal tanto la conducta como la pena, con la finalidad de garantizar certeza a quienes estén inmersos en la administración de justicia y juzgamientos.

Lo que sucede en el conflicto presentado, radica que el Código Orgánico Integral Penal, particularmente en el delito de peculado, al ser un delito especial, exige un sujeto activo cualificado, por tanto, el tipo penal y la sanción están dirigidos hacia la responsabilidad penal del servidor público, pero no establece la sanción del *extraneus* que es interviniente en el hecho, como consecuencia los juzgadores para determinar la responsabilidad penal y no dejar en la impunidad el actuar de estos sujetos, aplican la pena conforme el Art. 233 de la CRE, generando interpretaciones extensivas de la norma, y estableciendo sanciones desde diferentes puntos de vista, ya que no tienen una línea clara para este tipo de sanciones, como consecuencia, genera inseguridad jurídica a quienes están inmersos en estos delitos.

De lo mencionado anteriormente se puede evidenciar el vacío legal generado por la falta de normativa en el delito de peculado, ya que no es suficiente que la sanción este descrita en la Constitución de la República, es necesario que se encuentre estipulada en la normativa penal correspondiente.

Segundo objetivo específico:

- **Determinar el grado de participación del *extraneus* en el delito de peculado, para establecer conforme al principio de proporcionalidad, la responsabilidad penal correspondiente.**

La verificación de este objetivo se puede evidenciar en el desarrollo del marco teórico, pues, en los delitos de infracción de deber según Roxin, el autor solamente será aquel sujeto activo que ha descuidado el deber que le ha sido encomendado, cabe recalcar que este deber se encuentra normado por ordenamientos jurídicos extrapenales, por lo tanto, su responsabilidad hacia el bien tutelado será mayor que la de un sujeto particular.

Relacionándolo con el principio de proporcionalidad, se puede manifestar que el sujeto activo calificado proporcionalmente tiene una mayor responsabilidad y por lo tanto deberá responder como autor del delito, mientras que las personas que participan en el delito y no tienen este deber. Solamente podrán responder como cómplices del hecho, en otras palabras, para esta clase de delitos es irrelevante quien tenga el dominio del hecho. Por el contrario, en los delitos comunes, la responsabilidad penal, se realizará conforme a la proporcionalidad del acto de cada individuo, y su rol para lesionar le bien jurídico, es decir, quien tenga el dominio

y la voluntad para ejecutar el ilícito, responderá como autor, y quien colabore durante la preparación del delito, será cómplice.

Desde la perspectiva de la autora, existen dos posibles soluciones para determinar correctamente el grado de participación del extraneus en el delito de peculado, para ello se ha planteado la pregunta en el estudio de campo:

Según su criterio, ¿Qué solución considera más factible para poder sancionar correctamente al extraneus en el delito de peculado? Escoja una opción.

- **Que se tipifique claramente tanto la participación como la responsabilidad del extraneus en el delito de peculado. Esto permitirá que se pueda ajustar su conducta al tipo penal correspondiente y establecer la sanción apropiada en calidad de cómplice.**

- **Sacar de los delitos funcionariales al peculado y convertirlo en un delito común, de manera que cualquier sujeto vinculado en dicho ilícito pueda ser responsabilizado de acuerdo a su papel en el mismo, ya sea como autor o cómplice.**

De la interrogante se puede explicar que la primera opción, conforme a la teoría de los delitos de infracción de deber, solamente podrán responder los extraneus como cómplices del delito de peculado, pero deberá estar tipificada en el tipo penal de forma clara su sanción.

En cambio, la segunda opción tiene como fundamento convertir al delito de peculado, en un delito común, para que no sea el servidor público el único sujeto que pueda intervenir como autor en este delito, sino, en base al dominio del hecho que tenga cada interviniente, poder determinar su participación y responsabilidad penal.

De las dos ideas compartidas tanto en la encuesta como en los entrevistados, los profesionales de esta materia, la mayoría de los encuestados prefirieron la primera línea de solución, de forma similar sucedió con los entrevistados, prefirieron la opción uno. Para lo cual se puede concluir que ambas opciones serían favorables para la solución de la problemática planteada.

Tercer objetivo específico:

- **Plantear una propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal para que se tipifique la responsabilidad penal del extraneus en el delito de peculado.**

El ultimo objetivo específico se puede verificar con las dos interrogantes presentadas tanto en la encuesta como en la entrevista, con respecto a la interrogante presentada en la encuesta:

Al estar tipificada la sanción del extraneus en el artículo 278 del COIP, ¿considera que el juzgador pueda aplicar correctamente la pena y evitar la divergencia de criterios en relación a quienes forman parte de este tipo de delitos de cuello blanco?

La mayor parte de los encuestados afirmaron que al estar taxativamente tipificada en el COIP la conducta y la posibilidad de establecer responsabilidad penal del extraneus, el juzgador actuara bajo fundamentos jurídicos, garantizando un juicio justo y por ende evitar la impunidad.

Del mismo modo, la interrogante planteada en la entrevista alude:

¿Está de acuerdo que para determinar correctamente la sanción del extraneus conforme a su intervención en el delito de peculado, se debería reformar el art 278 del COIP?

La totalidad de entrevistados ratificaron que es imperiosa la necesidad de que el legislador emplee la conducta y la responsabilidad penal del extraneus en el delito de peculado, en razón de que la sanción de un delito debe ser normada, no a través de la CRE, sino por una norma clara y precisa que en este caso es el COIP, para cumplir con las exigencias necesarias del derecho como es el principio de legalidad, principio de proporcionalidad y el debido el proceso.

Con las dos preguntas formuladas se puede verificar que el objetivo planteado es pertinente y coherente para lograr enmendar el problema previsto de la investigación realizada.

7.2 Hipótesis:

La falta de normativa para regular y establecer el grado de participación y la sanción del *Extraneus* en el delito de peculado, origina que no se pueda determinar correctamente la responsabilidad penal.

Para demostrar que la hipótesis planteada es pertinente, se planteó la tercera pregunta de la encuesta:

Tercera pregunta: ¿Considera que el conflicto jurídico existente entre la Constitución de la República del Ecuador y el COIP en lo que respecta a la sanción que debe imponerse al extraneus en el delito de peculado tipificado en el art. 278 del COIP, incide que los juzgadores adopten diferentes criterios al momento de implementar dicha

sanción?

La pregunta ha sido planteada con el fin de determinar si el conflicto jurídico influye en los juzgadores para determinar correctamente la pena del extraneus, para lo cual, uno de los entrevistados manifestó que existen sentencias de la corte provincial, que generan inseguridad jurídica ya que no existe una línea clara para tomar las decisiones pertinentes.

Cuando sucede esta clase de vacíos legales, le pertenece al juzgador crear derecho ya que la norma legal es insuficiente o inexistente, lo que, sin duda en el caso del delito de peculado, al determinar la sanción del extraneus desde diferentes criterios, podría caer en un plano de arbitrariedad dejando inseguridad jurídica en los justiciables.

7.3 fundamentación jurídica para lineamientos propositivos.

El presente proyecto investigativo, se fundamenta en diferentes normas que tienen relación con la administración pública, el delito de peculado y las garantías en la debida aplicación de justicia.

Dentro de la legislación ecuatoriana el ordenamiento jurídico base es la Constitución de la República del Ecuador, en tal virtud, se mencionará los artículos influyentes para demostrar y fundamentar la perspectiva educativa del proyecto.

En el Art 82 de la CRE establece “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En la misma línea, el Art. 76 de la norma rectora menciona que no se puede sancionar a una persona, sin que previamente se haya establecido y tipificado en la ley como infracción penal, es decir, debe estar descrito como delito, esta disposición es la esencia del principio de legalidad. En el numeral 6 del mismo ibidem estipula “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (CRE, 2008).

Siguiendo con lo establecido en la constitución del Ecuador, en el capítulo séptimo se encuentra definidas las normas acerca de los servidores públicos y lo delitos que afectan la eficiencia de la administración pública, específicamente en el Art 233 define:

Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones, y serán responsable

administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos (CRE, 2008. Art, 233).

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados a 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.* (CRE, 2008. Art, 233).

En el mismo contexto, el principio de legalidad también se encuentra establecido en el Código Orgánico Integral Penal, el art 5 establece: los principios del debido proceso, el numeral 1 permite validar la existencia de los tipos extrapenales o normas en blanco al señalar “que no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. *Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarlas*” (COIP, 2014. Art.5 núm. 1).

En el Art 13 del mismo cuerpo legal, el título cuarto define la interpretación del tipo penal y las penas, en el núm. 2 explica “los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma” (COIP, 2014. Art.13) y el núm. 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 derechos” (COIP, 2014. Art.13).

En el mismo ordenamiento jurídico el Art 17 refiere el ámbito material de la ley penal el cual hace un criterio importante para el desarrollo del estudio jurídico del tema planteado, dispone que exclusivamente serán consideradas como infracciones penales las que se encuentren tipificadas en el COIP, y aquellas disposiciones penales que estén fuera del ordenamiento penal, es decir, que se encuentren plasmadas en otras leyes, no tendrán validez jurídica. (2014).

Finalmente, el art. donde establece la sanción para el delito de peculado se encuentra en la sección tercera del COIP, en el Art. 278 tipifica al peculado.

Las o los servidores públicos; las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado; o, los proveedores del Estado que, en beneficio propio o de terceros, abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos, efectos que los representen, piezas,

títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Serán sancionados con la misma pena como responsables de peculado las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades; que, en beneficio propio o de terceros, abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo (COIP, 2014. Art.278).

Con los artículos mencionados con anterioridad, queda fundamentada la necesidad de plantear una propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal, para lo cual estimo que sea tomada en cuenta esta normativa para garantizar los derechos del debido proceso, la seguridad jurídica y la legalidad.

8. Conclusiones

Una vez concluida la investigación, se ha logrado conocer la perspectiva de diferentes autores importantes, para entender acerca de los delitos especiales y la incidencia del extraneus en dicha clase de delitos, de la misma manera, conocer en base a las teorías del título de imputación, como se podría sancionar a quien colabora en los delitos de cuello blanco, con el fin de evitar la impunidad o las decisiones injustas, a continuación, se presentarán 6 conclusiones del proyecto realizado:

1. En Ecuador, al igual que en otros países, la afectación hacia los recursos y el patrimonio público afecta en grandes escalas al eficiente desarrollo de la sociedad, es indudable que nuestro sistema de administración pública se encuentra en manos de los servidores públicos, es por ello que su cargo debe ser llevado con probidad, apegado a la ley y con la mayor honestidad y ética posible, para evitar los actos de corrupción, y que se menoscabe el bien común de la sociedad. cabe acotar, que está en manos del legislador sancionar rigurosamente esta clase de delitos que afectan no solo un bien jurídico, sino a todos los ciudadanos que nos beneficiamos del servicio público.
2. En la actualidad se ha venido desarrollando nuevas formas de delincuencia en el ámbito público, con el objetivo de buscar la impunidad para los servidores públicos que prestan sus servicios hacia el Estado, una de estas formas de corrupción, es valerse de personas externas a la administración pública, para que colaboren con el cometimiento del delito, y de esta manera, evitar ser destituidos y sancionados conforme a las leyes penales, es por ello que cada vez es más común la participación del extraneus en esta clase de delito, haciendo énfasis en el delito de peculado. En virtud a lo mencionado, es necesario que existan penas más rigurosas y así evitar la malversación de recursos del Estado
3. El delito de peculado forma parte de los delitos de infracción de deber, según la doctrina, la autoría y complicidad es diferente a la del dominio del hecho, puesto que solamente podrá ser autor quien descuide el deber que le ha sido encomendado por medio de leyes, mientras que otros intervinientes vinculados en el delito, solamente podrán responder como cómplices, sin importar el grado de participación que hayan ejercido sobre el hecho punible. Para determinar la participación en el delito de peculado, solamente podrá ser autor aquel servidor público que tenga en sus manos la administración o custodia del bien jurídico, mientras que los demás intervinientes, sin importar el grado de participación, serán sancionados como cómplices del delito.

4. Las teorías que abordan la problemática son la teoría de la unidad del título de imputación, que asume el principio de accesoriedad, y sigue la línea de Claus Roxin, sancionando por el mismo delito al autor y al cómplice, mientras que la teoría de la ruptura del título de imputación sugiere sancionar la extraneus por un delito común, donde se adecue su conducta al tipo penal.
5. en Ecuador, al existir vacío legal en el art. 278 con relación a la norma constitucional en el art 233, conlleva a que se vulnere la seguridad jurídica ya que los juzgadores no tienen unidad de criterio al establecer la pena del extraneus participe en el delito de peculado, generando sanciones incorrectas, impunidad o vulnerabilidad en estos sujetos.
6. A través del estudio de campo se ha concluido que es necesario establecer la pena del extraneus participe en el delito de peculado, para lo cual existen dos posibles soluciones, la primera implica establecer la sanción para que pueda responder penalmente como cómplice, la segunda sugiere convertir al delito de peculado como un delito común y sancionar a los intervinientes según su rol de participación.

9. Recomendaciones

Del Trabajo de Integración Curricular realizado, se puede recomendar lo siguiente:

1. A la Asamblea Nacional que considere reformar el Código Orgánico Integral Penal para incluir disposiciones claras sobre la responsabilidad del extraneus en delitos contra la administración pública, especialmente en el caso del peculado. Esta reforma proporcionará una base legal sólida para abordar estas situaciones.
2. Siguiendo las doctrinas investigadas, se aconseja que la Asamblea Nacional establezca la participación del extraneus como cómplice en el delito de peculado. En virtud de que, al definir claramente el grado de participación de los particulares en los delitos de infracción de deber, permitirá una aplicación de la ley más precisa.
3. A Los colectivos judiciales como la Escuela de la Función Judicial y los colegios de abogados, organizar seminarios y capacitaciones para jueces y abogados. Estas sesiones deben abordar temas relacionados con la figura jurídica del extraneus en delitos especiales, brindando un mejor entendimiento de la responsabilidad penal de los particulares en estas circunstancias.
4. A los operadores de justicia que establezcan una unidad de criterio al sancionar a particulares involucrados en delitos de peculado. Esto garantizará una aplicación coherente y equitativa de la justicia, evitando disparidades en las decisiones judiciales y fomentando la confianza en el sistema.
5. A la función legislativa, considerar la imposición de sanciones más severas para los delitos que afectan a la administración pública, como el peculado. Estas sanciones más rigurosas pueden actuar como disuasivos efectivos y ayudar a combatir la corrupción, reduciendo los índices delictivos en el país.
6. Es esencial sensibilizar a los servidores públicos mediante capacitaciones regulares. Estos programas deben destacar su rol en la protección del patrimonio público y la importancia de ejercer su profesión con ética y honestidad. Con el fin de fortalecer y garantizar una cultura de responsabilidad y cuidado en la administración pública.
7. Paralelamente a las reformas legales y las medidas punitivas, se recomienda fomentar la transparencia y la rendición de cuentas en el sector público. Esto incluye implementar mecanismos para prevenir y detectar actos de corrupción, así como promover una cultura de integridad en todos los niveles de la administración.

9.2 Propuesta jurídica para lineamientos propositivos.

Una vez concluida la investigación jurídica, por medio del estudio de conceptos

doctrinarios, el estudio de campo, conforme a la normativa que ha sido establecida en la fundamentación jurídica y el desarrollo de la investigación, se procede a plantear los siguientes lineamientos Propositivos para la Reforma del Código Orgánico Integral Penal en Relación al Delito de Peculado y la Responsabilidad Penal del extraneus:

1. Claridad en la Tipificación de la pena

Se recomienda que el Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) sea reformado para incluir de manera precisa y detallada en los elementos objetivos del tipo penal de peculado, las calidades y características que deben cumplir los sujetos para ser considerados responsables, incluyendo al extraneus como sujeto activo del delito de peculado, Esto permitirá identificar con precisión quiénes pueden ser sujetos de imputación y evitará la aplicación indiscriminada de la responsabilidad penal.

2. Estricta Interpretación Penal

Invocando el artículo 13 del COIP, se sugiere que se refuerce la obligación de los operadores de justicia de interpretar la normativa penal en forma estricta y literal. Esto asegurará que no se utilicen analogías ni se amplíen los límites de los presupuestos legales para crear nuevas infracciones penales.

3. Especialidad del sujeto activo del Tipo Penal:

Con base en el principio de especialidad, se propone que el artículo 278 del COIP establezca de manera clara y detallada las calidades y características que deben cumplir los sujetos para ser considerados responsables, incluyendo al extraneus como sujeto activo del delito de peculado, Esto permitirá identificar con precisión quiénes pueden ser sujetos de imputación y evitará la aplicación indiscriminada de la responsabilidad penal.

4. Responsabilidad Penal de los Particulares:

Es pertinente sugerir que se reformule el enfoque de la responsabilidad penal de los particulares en el delito de peculado. En lugar de considerarlos autores, se plantea tipificar su responsabilidad como cómplices del delito. Esto garantizará que solo aquellos que tengan una obligación directa de administrar o custodiar el bien jurídico tutelado sean considerados autores del delito, mientras que los intervinientes que carecen de esa responsabilidad, respondan penalmente como cómplices, en línea con los delitos de infracción de deber.

5. principio de especialidad del tipo penal respecto a la Norma Constitucional.

Con base en el principio de especialidad, se propone que el artículo 278 del COIP prevalezca sobre el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), de manera que se evite cualquier interpretación extensiva por parte de los operadores de justicia. Esto asegurará que el tipo penal tenga predominancia y se respeten los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica

6. Fundamentación en las Garantías Constitucionales:

Se sugiere que el legislador al reformar el art 278 del COIP, fundamente su reforma en base a los artículos 76, 82 de la CRE y el Art. 5 del COIP en relación con la tipificación y aplicación de sanciones penales. Esto brindará una base sólida para la reforma y garantizará que la normativa penal esté alineada con los principios constitucionales.

7. Consulta y Participación:

Para garantizar una reforma integral y representativa, se propone que se involucre a expertos en derecho penal, jueces, fiscales, académicos y otros actores relevantes en el proceso de revisión y redacción de la reforma al COIP. Esto asegurará que los cambios propuestos sean informados, equilibrados y beneficiosos para la sociedad en su conjunto.

Propuesta jurídica para lineamientos propositivos.

Reforma.....

REPÚBLICA DEL ECUADOR

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO:

Que: de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional, laico y que la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, la cual se ejerce a través de los órganos del poder público;

Que: el segundo inciso del artículo 275 de la Constitución de la República del Ecuador señala que el Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la constitución;

Que: el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador señala que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la exigencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes;

Que: el literal 6 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa señala que: “La Asamblea Nacional cumplirá las atribuciones previstas en la Constitución de la República, la Ley y las siguientes: ...Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio (...)”;

Que: el artículo 84 de la Constitución de la República establece que: 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;

Que: Es deber del Estado fortalecer la prevención y persecución de los delitos contra la administración pública, garantizar la protección de los recursos públicos y promover la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión gubernamental.

En ejercicio de las facultades dispuestas en el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador, expide lo siguiente ley reformativa al Código Orgánico Integral Penal:

Art. 1. – Agréguese al Art. 278 el siguiente párrafo:

“Las personas que bajo cualquier modalidad instigue, ordene, obligue, facilite o coopere a un servidor público a que abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados como cómplices, con una pena equivalente de un tercio a la mitad de aquella prevista para la o el servidor público”.

Disposición final: la presente reforma al Código Orgánico Integral Penal entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Es dado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, ubicada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a los 18 días del mes de octubre de 2023.

f.....

Presidenta de la Asamblea Nacional

f.....

Secretario.

10. Bibliografía

- Acción extraordinaria de protección, 1364 – 17 – EP (Corte Constitucional 21 de Junio de 2023).
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Obtenido de <file:///C:/Users/shirl/OneDrive/Desktop/NORMAS/CRE.pdf>
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). Obtenido de <file:///C:/Users/shirl/OneDrive/Desktop/NORMAS/COIP.pdf>
- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. (2002). obtenido de <file:///C:/Users/shirl/OneDrive/Desktop/NORMAS/LOCGE.pdf>
- Ley Orgánica de Servicio Público. (2010). Obtenido de <file:///C:/Users/shirl/OneDrive/Desktop/NORMAS/LOSEP.pdf>
- Planas, G. G. (1985). Nociones sobre el Concepto de Derecho Penal. Cuadernos de la Facultad de Derecho, 51-71.
- Zaffaroni, E. R. (1998). tratado del derecho penal parte general. Sociedad Anónima editora.
- Mir Puig, S. (2003). Introducción a las bases del derecho penal. Montevideo: B de f.
- Jiménez, E. B. (2022). INTERPRETACIÓN DE LA NORMA PENAL, PRINCIPIO DE VIGENCIA Y CRÍTICA LEGISLATIVA. Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico, (32), 286-297.
- Vid. ampliamente Huerta Tocildo, S., “El derecho fundamental a la legalidad penal”, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 39, septiembre-diciembre de 1993, pp. 81
- Gómez Pavón, P., & Bustos Rubio, M. (2014). Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal.
- Antola, M. R. (2013). Los principios del derecho como fuente del derecho. Lumen, (9), 157-164.
- Principios generales del derecho. (2020, diciembre 21). Significados. Recuperado de <https://www.significados.com/principios-generales-del-derecho/>
- Barnes, J. (1998). El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. Cuadernos de derecho público.
- Artículo 25.1 de la Constitución española: “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquél momento”.

- Gómez Pavón, P., & Bustos Rubio, M. (2014). Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal.
- "Principios generales del derecho". En: Significados.com. Disponible en: <https://www.significados.com/principios-generales-del-derecho/> Consultado: 24 de junio de 2023, 07:45 pm.
- Díaz, M., & Conlledo, G. (2008). Autoría y participación. *Revista de Estudios de la Justicia*, (10), 13-61.
- Cerezo Mir, J. (1979). Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 567-582.
- Machicado, J. (2010). Concepto de delito. *Apuntes jurídicos*, 6.
- Pérez Porto, J., & Gardey, A. (2009, abril 30). Delito. *Definición.de*; *Definicion.de*. <https://definicion.de/delito/>
- Machicado, J. (2010). CONCEPTO DE DELITO. apuntes jurídicos. <https://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/concepto-delito.pdf>
- Jakobs, G. (1992). El principio de culpabilidad. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 45(3), 1051-1084.
- liLagos, F. M. (2017). "LA COMPLICIDAD COMO FORMA DE PARTICIPACIÓN EN EL DELITO Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA [UNIANDÉS.Quevedo]". <http://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/6249>
- Velaña Bayas, B. (2019). La afectación del derecho al trabajo de los servidores públicos ocasionado por los contratos ocasionales en el Ecuador. *Bolentín De Coyuntura*, (22), 20–23. <https://doi.org/10.31243/bcoyu.22.2019.720>
- Valencia Zumba, Lino Vinicio. La problemática del derecho a la estabilidad y permanencia de los servidores públicos en el Ecuador. Quito, 2015, 87 p. Tesis(Maestría en Derecho. Mención en Derecho Administrativo). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Derecho.
- Haro Gualsaquí, D. A. (2018). análisis de la determinación presuntiva de los indicios de responsabilidad penal en los delitos de peculado en la acción de la contraloría general del estado (Doctoral dissertation, Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra).
- SÁENZ, D. J. EL DELITO DE PECULADO EN LA ADMINISTRACIÓN.
- Saénz, J. (2014) el delito de peculado en la administración pública. Universidad de Panamá.

<https://centroinvestigacionjuridica.up.ac.pa/sites/centroinvestigacionjuridica/files/publicaciones/pecul.pdf>

- DerechoEcuador.(2020). Delitos de infracción de deber. Recuperado de <https://derechoecuador.com/delitos-de-infraccion-de-deber/>
- Pasquel, A. Z. (2006). Derecho Penal Parte General. ARA Editores E.I.R.L.
- LICO, MIGUEL A. “Breve estudio de los principios generales del Derecho y de los principios generales del Derecho aplicables y surgidos del Derecho Administrativo.” Buenos Aires Ciudad, <https://buenosaires.gob.ar/procuracion-general/breve-estudio-de-los-principios-generales-del-derecho-y-de-los-principios>. Accessed 9 October 2023.
- (Principios Generales Del Derecho: Qué Son Y Cuáles Son (Con Ejemplos), n.d.)
- Pérez, J. (n.d.). Delito - Qué es, definición y concepto. Definición.de. Retrieved October 11, 2023, from <https://definicion.de/delito/>
- LICO, M. A. (n.d.). Breve estudio de los principios generales del Derecho y de los principios generales del Derecho aplicables y surgidos del Derecho Administrativo. Buenos Aires Ciudad. Retrieved October 9, 2023, from <https://buenosaires.gob.ar/procuracion-general/breve-estudio-de-los-principios-generales-del-derecho-y-de-los-principios>
- Pérez, J. (n.d.). Delito - Qué es, definición y concepto. Definición.de. Retrieved October 11, 2023, from <https://definicion.de/delito/>
- Principios generales del derecho: qué son y cuáles son (con ejemplos). (n.d.). Significados. Retrieved October 10, 2023, from <https://www.significados.com/principios-generales-del-derecho>
- Jurado, A. (2023, January 7). “TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO” Aida Jurado Zamora aida. RESUMEN La teoría del dominio del hecho consti. Retrieved October 11, 2023, from <https://facderecho.up.ac.pa/sites/facderecho/files/2023-01/7.%20AIDA%20JURADO%2C%20Teor%C3%ADa%20del%20dominio%20del%20Hecho.pdf>
- S/f-a). Rae.es. Recuperado el 2 de agosto de 2023, de <https://www.rae.es/dpd/abusar>
- (S/f-b). Rae.es. Recuperado el 2 de agosto de 2023, de <https://dle.rae.es/manejar?m=form>
- (S/f-b). Rae.es. Recuperado el 2 de agosto de 2023, de

<https://dle.rae.es/manejar?m=form>

- *INDICADOR DE CORRUPCIÓN PARA AMERICA LATINA*. (n.d.). Cesla.com. Retrieved October 26, 2023, from <https://www.cesla.com/pdfs/Informe-de-corrupcion-en-Ecuador.pdf>
- (N.d.). Edu.Ec. Retrieved October 29, 2023, from <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/16556/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-MD-360.pdf>
- *Administración Desleal en España: concepto y penas del delito*. (2019, December 2). Conceptos Jurídicos. <https://www.conceptosjuridicos.com/administracion-desleal/>
- *La intervención de los sujetos privados en el delito de peculado: ¿coautores?* (n.d.). Edu.ec. Retrieved October 29, 2023, from <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview/article/view/2192/3021>
- (Cavero, 2009)
Cavero, G. (2009). *La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales / Percy García Cavero*. Alicante : Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

11. Anexos

Anexos 1: Formato de encuesta



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO
ENCUESTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO

Estimado(a) Abogado(a): por motivo que me encuentro realizando mi Trabajo de Integración Curricular titulado: “ESTUDIO JURÍDICO Y DOCTRINARIO REFERENTE A LA PARTICIPACIÓN Y RESPONSABILIDAD DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE PECULADO”; solicito a usted de la manera más comedida sÍrvase dar contestación al siguiente cuestionario de encuestas, resultados que permitirán obtener información para la culminación de la presente investigación.

Instrucciones: Planteamiento del problema.

Actualmente, el Código Orgánico Integral Penal no establece la responsabilidad penal del extraneus en la comisión de delitos especiales. Con respecto al delito de peculado, el sujeto activo calificado es el servidor público (intraneus), sin embargo, el sujeto externo (extraneus) que es participe en la realización del hecho delictivo, queda exento de responsabilidad porque no se enmarca al tipo penal para cometer dicho delito.

Intraneus: Sujeto que posee las cualidades descritas en el tipo para responder como autor del delito, y además de ello, asume un deber y obligación moral con el bien jurídico protegido.

Extraneus: Persona que interviene en un delito especial y no reúne la condición personal exigida por el tipo para ser autor de dicho delito.

CUESTIONARIO

Primera pregunta: desde su perspectiva, ¿Considera usted que la responsabilidad penal del extraneus que se encuentra involucrado en la comisión del delito de peculado, debería ser determinada de acuerdo con los principios de legalidad y de proporcionalidad?

SI ()

NO ()

Porque.....

.....

Segunda pregunta: La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 233 segundo inciso, establece respecto del extraneus “...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”. ¿Considera que esta disposición es clara para que el juzgador pueda determinar correctamente la sanción del extraneus que interviene en el delito de peculado?

SI ()

NO ()

Porque.....

.....

Tercera pregunta: ¿Considera que el conflicto jurídico existente entre la Constitución de la República del Ecuador y el COIP en lo que respecta a la sanción que debe imponerse al extraneus en el delito de peculado tipificado en el art. 278 del COIP, incide que los juzgadores adopten diferentes criterios al momento de implementar dicha sanción?

SI ()

NO ()

Porque.....

.....

Cuarta pregunta: según su criterio, ¿Qué solución considera más factible para poder sancionar correctamente al extraneus en el delito de peculado? Escoja una opción.

- Que se tipifique claramente tanto la participación como la responsabilidad del extraneus en el delito de peculado. Esto permitirá que se pueda ajustar su conducta al tipo penal correspondiente y establecer la sanción apropiada en calidad de cómplice.

- **Sacar de los delitos funcionariales al peculado y convertirlo en un delito común, de manera que cualquier sujeto vinculado en dicho ilícito pueda ser responsabilizado de acuerdo a su papel en el mismo, ya sea como autor o cómplice.**

Quinta pregunta: Al estar tipificada la sanción del extraneus en el artículo 278 del COIP, ¿considera que el juzgador pueda aplicar correctamente la pena y evitar la divergencia de criterios en relación a quienes forman parte de este tipo de delitos de cuello blanco?

SI ()

NO ()

Porque.....
.....

Anexos 2: Formato de entrevista.



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO
ENTREVISTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO**

Primera pregunta: La constitución de la república del Ecuador en el art 233, menciona que los servidores públicos responderán administrativa civil y penalmente en el ejercicio de sus funciones, además, los delitos contra la administración pública son de índole imprescriptible, en la parte final del mismo inciso determina lo siguiente “Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas”. ¿Usted considera que esta disposición es clara para establecer la pena del extraneus?

Segunda pregunta: Al existir una interpretación extensiva del art 233 de la CRE con relación a la sanción del extraneus, ¿Cree que esto afecta al principio de legalidad y proporcionalidad de este sujeto? En vista de que, en las jurisprudencias que han servido para el análisis de la investigación, se ha podido evidenciar que los juzgadores han determinado la responsabilidad penal tanto como autor, cómplice, o simplemente dejan en la impunidad el actuar del extraneus que interviene en el delito de peculado, valiéndose del Art. mencionado que otorga la facultad de establecer la misma sanción al extraneus.

Tercera pregunta: Según su perspectiva, ¿cuál cree que es la mejor solución para poder sancionar la extraneus en el delito de peculado?

Opción 1: Que su conducta y su responsabilidad se encuentre tipificado en el delito de peculado para que se pueda adecuar su conducta al tipo penal y establecer la sanción como cómplice

Opción 2: Se debe sacar de los delitos funcionariales, y convertirlo en un delito común para que cualquier sujeto vinculado en este delito pueda responder dependiendo su rol de participación ya sea como autor o cómplice

Cuarta pregunta: Está de acuerdo que para determinar correctamente la sanción del extraneus conforme a su intervención en el delito de peculado, de debería reformar el art 278 del COIP.

Anexos 3 Certificado de traducción de abstract.

Lic. Andrea Sthefanía Carrión Mgs

0984079037

andrea.s.carrion@unl.edu.ec

Loja-Ecuador

Loja, 1 de noviembre del 2023

La suscrita, Andrea Sthefanía Carrión Fernández, Mgs, **DOCENTE EDUCACIÓN SUPERIOR** (registro de la SENESCYT número: 1008-12-1124463), **ÁREA DE INGLÉS-UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**, a petición de la parte interesada y en forma legal.

CERTIFICA:

Que la traducción del resumen del documento adjunto, solicitado por la señorita: **Shirley Gabriela Rentería Espinoza** con cédula de ciudadanía **No. 1106207028**, cuyo tema de investigación se titula: **“Estudio jurídico y doctrinario referente a la participación y responsabilidad del extraneus en el delito de peculado”** ha sido realizado y aprobado por mi persona, Andrea Sthefanía Carrión Fernández, Mgs. Docente de Educación Superior en la enseñanza del inglés como lengua extranjera.

El apartado del Abstract es una traducción textual del Resumen aprobado en español.

Particular que comunico en honor a la verdad para los fines académicos pertinentes, facultando al portador del presente documento, hacer el uso legal pertinente.

**ANDREA
STHEFANIA
CARRION
FERNANDEZ**

Firmado digitalmente
por ANDREA STHEFANIA
CARRION FERNANDEZ
Fecha: 2023.11.01
17:46:12 -06'00'

Andrea Sthefanía Carrión Fernández. Mgs.

English Professor