



Recibido: 19/01/2024 Aceptado: 23/05/2024

## **La Corte Constitucional de Ecuador, su sentencia 1364-17-EP/23 y el Derecho Penal General (Revisión).**

**The Constitutional Court of Ecuador, its Judgment 1364-17-EP/23 and General Criminal Law (Review).**

Maria Judith Espinosa Vaca. *Licenciada en Derecho. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas. Universidad Indoamérica. Ambato. Tungurahua. Ecuador.*

[mespinosa10@indoamerica.edu.ec](mailto:mespinosa10@indoamerica.edu.ec) <https://orcid.org/0000-0002-5362-0081>

Yudith López Soria. *Licenciada en Derecho. Máster en Derecho Penal. Doctora en Ciencias Jurídicas. Docente-Investigadora de la cátedra de Derecho Penal. Facultad de Jurisprudencia. Ciencias Políticas y Económicas. Universidad Tecnológica Indoamérica. Ecuador.*

[ylopez7@indoamerica.edu.ec](mailto:ylopez7@indoamerica.edu.ec) <https://orcid.org/0000-0002-6845-088X>

### **Resumen**

Una vez emitida la sentencia 1364-17-EP/23 por la Corte Constitucional de Ecuador, surge la necesidad de dar respuesta al hecho de que la Corte dispone la calificación del sujeto activo dentro del delito de peculado, previsto en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal, a partir de lo previsto por la Constitución de la República de Ecuador, en su artículo 233. Con ello, se aplica un precepto constitucional como norma directa, pese a ser una norma de carácter general, para calificar al sujeto activo de este delito, y así poder sancionar a cualquier persona que participe en el mismo, completando la configuración del tipo penal en cuestión. Por ende, el objetivo perseguido en este trabajo es argumentar críticamente la incidencia de la posición de la Corte Constitucional del Ecuador, plasmada a través de la sentencia 1364-17-EP/23, con respecto a la taxatividad, especificidad y especialidad, tipicidad y legalidad, como principios que conforman el Derecho Penal General, y en su técnica. A través de un enfoque metodológico de investigación cualitativo y aplicando métodos científicos como el histórico-lógico, el exegético, y el inductivo, se llega a obtener como resultado, el análisis crítico sobre la decisión constitucional vinculada al Derecho Penal General.



**Palabras clave:** competencia constitucional; legalidad y tipicidad; especialidad y taxatividad normativa; derecho penal general

**Abstract:**

Once sentence 1364-17-EP/23 was issued by the Constitutional Court of Ecuador, the need arises to respond to the fact that the Court provides the qualification of the active subject within the crime of Embezzlement, provided for in art. 278 of the Organic Integral Penal Code, based on the provisions of the Constitution of the Republic of Ecuador, in its art. 233. 233. With this, it applies a constitutional precept as a direct rule, despite being a general rule, to qualify the active subject of this crime and thus, to be able to punish any person who participates in it, completing the configuration of the criminal type in question. Therefore, the objective pursued in this work is: To critically argue the incidence of the position of the Constitutional Court of Ecuador, expressed through the sentence 1364-17-EP/23, with respect to the taxativity, specificity and specialty, typicity and legality, as principles that make up the general Criminal Law, and in its technique. Through a methodological approach of qualitative research and applying scientific methods such as the historical-logical, exegetical and inductive, we obtain as a result, the critical analysis of the Constitutional decision linked to the General Criminal Law.

**Keywords:** constitutional competence; legality and criminality; specialty and taxation; general criminal law

**Introducción**

Varias etapas de la evolución del Derecho Penal demuestran cuántas formas de castigar conoció la humanidad entre prójimos, como respuesta a la comisión de un delito. En palabras de López (2015):



Etapas como la primitiva, la de prohibiciones o tabú, donde los castigos eran eminentemente religiosos y en forma de maldiciones. La de venganza de sangre, la privación de la paz, la ley del talión, o la época de la pena pública, de las leyes mosaicas, el Código de Manú, el derecho penal griego, el derecho penal romano y el derecho penal germánico. Llegando a la influencia de la ilustración y el humanismo en el Derecho Penal que actualmente, se conoce. (p. 9)

El Derecho Penal, coadyuvado por la Dogmática penal como ciencia auxiliar que, en su contenido presenta teorías, axiomas y principios que han permitido al Derecho Penal evolucionar. Evolución experimentada no solo, desde su técnica, atendiendo al desarrollo doctrinal, sino también, acorde a los principios que cada vez más limitan el poder punitivo del Estado y resguardan los derechos del ciudadano frente a este poder.

En torno a esta evolución, autores como Núñez (2001) afirman que: "las primeras limitaciones a la venganza como método de castigo surgen con el Código de Hammurabi, la Ley de las XII Tablas y la Ley Mosaica, que intentan establecer una primera proporcionalidad entre el daño producido y el castigo" (p. 3). Sin embargo, esto fue conocido como el ojo por ojo y diente por diente, que, aunque apreciaba una proporcionalidad, resultaba contrario a las leyes naturales de protección humana.

Beccaria (2023), desde el siglo XVII, con su Tratado de los Delitos y las Penas, comienza a revolucionar e incitar la necesidad de un sistema de política criminal, a través del cual se busca entender que los castigos no pueden ser mayores al daño provocado, sino que deben suplir este cometimiento. Con el pensamiento del autor, se dieron primarias críticas a la ley penal, ley que no podía ser justa si tenía como eje de aplicación la venganza humana. Surgen así algunas de las



ideas que hoy sustentan los principios de legalidad, proporcionalidad y lesividad, implícitos todos en la técnica del Derecho Penal.

De este modo, el Derecho Penal dio un giro relevante en cuanto a su concepción social, dejando de ser una represión sin causa, para tornarse reguladora de las conductas humanas. Esto, ya pretendiendo generar una ley penal que no solo tenga como finalidad el ajuste de cuentas individuales, sino también, aspectos que conllevan a concentrarse en que el Derecho Penal ejerza el control social, afiance la norma penal y su vigencia y, por supuesto, hoy juegue el rol de protección a los bienes jurídicos.

El Derecho Penal actual, además de toda una gama de principios procesales e instructores del debido proceso, prevé otra serie de principios intrínsecos a la rama misma, que marcan y determinan su técnica jurídica. Se destacan entre ellos, los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y especialidad, debido a que dichos criterios de optimización determinan la efectividad del Derecho Penal. Esto influye en el establecimiento de la norma, en los elementos que determinan un delito, en su exacta comprensión e interpretación, y es algo que se extiende también a las penas.

El tema que ocupa esta investigación surge desde la observación de la sentencia 1364-17-EP/23, emitida por la Corte Constitucional de Ecuador, donde, basado en el artículo 233 de la Constitución de República de Ecuador (Asamblea Nacional Constituyente, 2008), se pronuncia supliendo el defecto, laguna u omisión, que comete el legislador ecuatoriano en el tipo penal de peculado previsto en el art. 278 del Código Orgánico Integral Penal (COIP, 2014), cuando describe como único sujeto activo del delito en cuestión, a la persona investida de funciones, demandando un sujeto activo especial o cualificado. Se obvian con ello, los principios de taxatividad, especialidad de la materia y norma penal, muy a tono con el ámbito de aplicación



material de la norma penal. Se ignora también el rol que juega la tipicidad, no solo como primer elemento estructural el delito, sino también, en su rol de límite al poder punitivo del Estado, como principio que va de la mano al principio de legalidad. Por tanto, el planteamiento del problema científico es el siguiente: ¿dada la opinión de la Corte Constitucional de Ecuador, expresada en su Sentencia 1364-17-EP/23 relacionando la disposición establecida en el art. 233, inciso segundo, parte final, de la Constitución de la República de Ecuador, con el art. 278 del Código Orgánico Integral Penal (2014), pretendiendo completar con ello, y, de hecho completando, la cualidad de sujeto activo especial o calificado para las personas que, participando en los hechos que configuran un delito de peculado, no posean la cualidad o calificación que exige el tipo penal previsto en el art. 278 del COIP (2014), estará siendo vulneratoria de los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y especialidad, que le son inherentes al Derecho Penal? Su solución, es lo que mueve el interés investigativo de este artículo científico.

### **Desarrollo**

*Características dogmáticas del Derecho Penal General que fundamentan su técnica y desarrollo normativo*

El Derecho Penal General está cimentado bajo principios fundamentales, que tienen como finalidad la búsqueda de la equidad, la justicia y la protección de los derechos individuales de cada uno de los ciudadanos. Entre dichos principios se destacan la legalidad, tipicidad, taxatividad y especialidad. La aplicación idónea de las normas penales, aseguran de manera directa que la norma penal sea la única que regule el ejercicio del poder punitivo del Estado, y que quienes sean sancionados, no posean un posible abuso de la norma al arbitrio de los jueces



actuantes, a causa de cualquier conducta o sanción posible de aplicar, sin que prevalezca la existencia previa de una norma.

Estas limitaciones se expresan a través de la creación legítima de tipos penales que, en Ecuador, están desarrollados en el COIP (2014). Esta norma se especializa en materia penal y establece, además de las normas rectoras que constituyen el contenido del Derecho penal, una parte especial, configurada por aquellos tipos penales que, de forma oportuna, el legislador tuvo a bien establecer en su catálogo de tipos penales.

El principio de legalidad supone que ninguna persona será sancionada por ninguna conducta que al momento de ser cometida no esté tipificada en la norma penal. Para Lamarca (2014) cuando se habla de la legalidad en el Derecho penal, este conlleva a limitar la existencia de un delito o una pena, cuando la ley de la materia, no la tipifique con anterioridad, incluyendo cada uno de los elementos de la tipicidad. Estos son, el sujeto activo, pasivo, bien jurídico protegido, verbo rector y móvil del delito; y otros elementos circunstanciales, que pueden estar descritos en el tipo penal.

En el sentido formal, la legalidad dispone que la norma deberá nacer del poder legislativo como órgano de representación política y democrática, para que a través de una ley que desarrolle tipos penales, estos puedan ser sancionados. Y, para llegar a su integración, deben obedecer a los presupuestos establecidos en el COIP (2014), y cumplir con la Teoría del delito.

Este criterio de optimización permite comprender dentro del Derecho Penal, que el único legitimado para establecer delitos y penas es el legislador, a través de esta vertiente del poder punitivo, y esto, debe hacerlo el órgano legislativo en la ley de la materia.

La legalidad, como principio instructor del debido proceso, con rango constitucional, constituye una expresión de la seguridad jurídica. Esta garantía establece presupuestos de



taxatividad y precisión de la norma penal, así como, de especialidad, lo cual alcanza su máxima expresión cuando doctrinalmente, solo la ley, es fuente directa del Derecho Penal, por las especiales características de aflictividad, implícitas en las consecuencias de esta rama del ordenamiento jurídico. Por ello, es importante comprender que la interpretación de la norma penal es muy diferente a la interpretación específica de los tipos penales y sus penas, como excepción directa que goza de legalidad. Para López (2015):

La tipicidad, es considerada en todas las escuelas o corrientes de pensamiento sobre la teoría del delito, como un elemento estructural del concepto de delito, de modo que, para poder decir que una conducta es delictiva, uno de los requisitos a exigirse, es que deberá ser típica, ¿qué quiere decir?, pues trata de que el hecho que ha ocurrido en la realidad debe reunir una serie de elementos cuya descripción debe encuadrar de modo perfecto e indubitado, en uno de los tipos penales que ha creado el legislador, generalmente agrupados según el bien jurídico protegido en esa familia de delitos a la que pertenece este tipo penal. (p. 80)

Por ello, el presupuesto principal para determinar que una conducta es delictiva, es examinar de forma ordenada, cada uno de los elementos estructurales que conforman al delito, cuestiones básicas de la Teoría del Delito. Por ende, exigir que la tipicidad se cumpla íntegramente, significa exigir que los elementos descritos en la conducta delictiva ocurrida en la realidad, encuadren perfectamente en los elementos normativos y constitutivos del tipo penal, por demás descrito por el legislador en la norma penal, como ya se dijo, en forma de tipo penal.

La taxatividad, por su parte, y viéndolo como un criterio de optimización en materia penal, busca garantizar la claridad en la delimitación de un delito y de una sanción. Para Moreso (2001) “se afirma que la taxatividad exige que las leyes penales contengan, en la descripción de



los comportamientos prohibidos penalmente y sujetos a una sanción, solamente términos descriptivos y que dichos términos sean lo más precisos que sea posible” (p. 2). Es así como se deben considerar dos presupuestos.

Por un lado, eliminar la vaguedad en la norma penal, ya que esta determinará un comportamiento penalmente relevante a sancionarse, y esto impide que pueda ser interpretada de manera extensiva. Y, por otro, evaluar el hecho bajo un concepto que describa la conducta, no que la valore, sino que permita ajustar el comportamiento a reglas claras. Aquí cabe ya referirse a que este es el caso del tipo penal de peculado, el cual debe estar dispuesto en la norma penal de manera clara, sin que dé posibilidad a ambiguas interpretaciones, y permita ser sancionado cuando corresponda, acorde a todos los requerimientos del tipo penal mismo.

Por su parte, la Constitución de la República de Ecuador, además de ser la norma suprema, es una norma general que goza de especie, pero no de género.

#### *La Corte Constitucional de Ecuador y su Sentencia 1364-17-EP/23 frente al Derecho Penal*

El dilema científico presentado en este trabajo, tiene un relato que seguir y que permite su comprensión, de hecho, la Corte Constitucional del Ecuador (2023) manifiesta que:

El 9 de abril de 2015, el tribunal de primera instancia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia (en adelante, "tribunal de primera instancia") resolvió declarar la culpabilidad de Pedro Miguel Delgado Campaña, Jaime Francisco Endara Clavijo, Antonio Edmundo Buñay Dongilio, Gastón Heberto Duzac, Pedro Santiago Zapac Quevedo y Marcelo Roberto Ordoñez Astudillo en calidad de autores del delito de peculado. A cada uno, se le impuso una pena privativa de libertad de ocho años de reclusión mayor ordinaria (Sentencia 1364-17-EP/23, p. 2).



Frente a la decisión tomada por la Sala Especializada, se presentó un recurso de apelación, el cual fue negado. Por esta razón, se interpuso el recurso extraordinario de casación, en el marco de un proceso penal por el delito de peculado, basando su decisión en la aplicación directa del artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador.

De los hechos expuestos, surge la acción extraordinaria de protección contra la sentencia emitida por la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia. De manera fundamentada, la Corte Constitucional acoge el criterio de la Sala al haber negado la casación debido a la existencia del artículo 233 ya mencionado. Precepto constitucional que, según el criterio de la Corte Constitucional, completaría la calificación del sujeto activo del delito de peculado.

Para que exista responsabilidad penal, es necesario que la conducta y la correspondiente sanción estén establecidas previamente en la norma. No obstante, la Corte Constitucional sostiene que la aplicación del artículo 233, es suficiente para atribuir responsabilidad penal a una persona en cuanto a lo que es pertinente, con respecto a la especialidad del sujeto activo que lleve a cabo el delito. Sin embargo, es esencial considerar cuándo se aplica directamente la normativa constitucional, y cuándo esa aplicación es improcedente. Según Medinaceli (2013):

La aplicación directa de las normas constitucionales solo puede ejercerse ante vacío normativo o conflicto o colisión de normas, pues de no ser así, se estaría frente a una aplicación indirecta de la Constitución donde las normas y actos que deben estar subordinados a las normas constitucionales no encuentran conflicto con estas últimas. (p. 40)

Estas dos posiciones adquieren relevancia en el ámbito penal, regido por reglas interpretadas mediante la subsunción y la adecuación del hecho a la norma. En este contexto, sancionar a una persona por un delito, basándose únicamente, en una disposición constitucional



sin que exista una contraposición normativa o la inexistencia de una ley, carece en sí misma, de constitucionalidad y se aparta de la excepcionalidad y especialidad o especificidad de la materia que caracteriza al Derecho Penal.

*El Sujeto activo calificado como elemento normativo del tipo penal y, por ende, de la tipicidad*

Que la tipicidad constituye el primer elemento dogmático en la estructura del delito, según la Teoría del delito y que, además, tiene dimensiones objetivas y subjetivas, es una cuestión afianzada desde los aportes y postulados de la Escuela Penal Finalista alemana. Además, es claro que deben ser confrontados en el ejercicio de calificación o tipificación de la conducta delictiva, tanto, la conducta ocurrida en la realidad, como el tipo penal en sí mismo, buscando el encuadre de los elementos de la conducta en cuestión, en los elementos normativos descritos y exigido en el tipo penal. Entre esos elementos normativos está el sujeto activo, persona que comete el delito, o, por lo menos, hablando técnicamente, la persona sobre la que se sospecha haber cometido el delito, dado que debe existir una calificación previa a la sentencia, para que pueda erigirse el debate penal.

Según Andrade (2022) "existe un sujeto activo que es la persona que consuma la acción que configura el delito" (p. 16). Por lo tanto, esta configuración debe estar establecida en el tipo penal para adecuarla al cometimiento de una infracción a un determinado sujeto, según la disposición normativa existente.

Entendiendo el sujeto activo dentro de la normativa penal, este sujeto puede entenderse de dos maneras: por un lado, el sujeto activo no calificado que, de manera general, incluye a todas las personas, donde no existe distinción alguna para que se pueda sancionar a esta persona. Mientras que también puede existir un sujeto activo calificado, el mismo que debe contar con calidades determinadas, esto en relación con las actividades que realizan o a los servicios que



prestan; este es el caso de los delitos que se cometen en contra de la eficiente administración pública.

Dentro del delito de peculado, el artículo 278 del COIP (2014), parte haciendo énfasis en los sujetos activos calificados y se determinan como tal debido a que tienen calidades específicas, en relación con su servicio estatal. En palabras de Andrade (2022):

Existe un sujeto activo en el cometimiento de este delito, que es el intraneus o funcionario público, que necesariamente interviene en el cometimiento del tipo penal de peculado, por las características especiales de la tipificación de este delito como se ha mencionado. (p. 16)

Entendiendo que este delito solo puede ser cometido por quienes cuenten con estas calidades o cualidades, antes detalladas, pues si no existe la calificación del sujeto activo, previsto en la norma por el delito de peculado y no se logra encuadrar en otro tipo penal, se trata de una atipicidad general o específica. La primera, si no existe en toda la norma penal un tipo penal capaz de subsumir dicha conducta y, la segunda, cuando exista otro tipo penal que lo subsuma.

El sujeto activo, entonces, resulta ser indispensable para configurar uno de los elementos estructurales de la teoría del delito, que es la tipicidad, pues el sujeto que comete la infracción forma parte de los elementos normativos, que, a su vez, conforman la tipicidad. Para que exista una conducta típica, en el caso presente, el delito de peculado se debe evidenciar en que el sujeto activo calificado sea un servidor público, por demás, investido de determinadas funciones públicas. Y, también, que la conducta realizada dañe, lesione o ponga en peligro, como sujeto pasivo, bienes jurídicos reconocidos al Estado, y que afecte a la eficiente administración pública.



De esta forma, se restringe totalmente sancionar una conducta sin previa norma que la describa. El delito de peculado está establecido en el COIP (2014) y su descripción es clara. Por tanto, inobservar este tipo penal en todos sus elementos, vulnera el principio de tipicidad que no solo actúa como criterio de optimización penal, sino, como elemento constitutivo para que la Teoría del delito se cumpla, lo cual constituye un pilar y eje técnico del Derecho Penal General.

En este contexto, sancionar a una persona por un delito que no está tipificado, siendo este el caso propuesto a investigación, no puede pretender aplicar una norma superior para extender un tipo penal, pues esto transgrede la interpretación misma de los delitos y las penas, que se rigen por la forma literal de las mismas. Se evidencia entonces que, la Corte Constitucional en uso de sus facultades, está limitada a aplicar una norma general como la Constitución, en lugar de la ley especial de la materia, donde debe obrar descrita íntegramente dicha conducta.

Entonces, el cambio del sujeto activo en la comisión de un delito introduce una distorsión adicional, desviándose de la intención legislativa y subvirtiendo el principio de responsabilidad penal individual. La individualización de la responsabilidad penal, es un pilar esencial del Derecho Penal moderno, y cualquier alteración socava la esencia misma de la justicia penal. Este cambio puede tener consecuencias perjudiciales, al desplazar la carga de responsabilidad a individuos no contemplados inicialmente por la ley, generando injusticias y desequilibrios en el sistema. Para Ferrajoli (2013):

La alteración del sujeto activo puede implicar un desafío al principio de igualdad ante la ley. Si algunos individuos son favorecidos o perjudicados en función de cambios arbitrarios en el sujeto activo, se crea una disparidad injusta que contraviene el principio fundamental de igualdad. La igualdad es un valor central



en el sistema jurídico, y cualquier desviación socava la legitimidad del sistema, además de transgredir la legalidad y la tipicidad. (p. 10)

El incumplimiento de la tipicidad y el cambio del sujeto activo también impactan negativamente en la proporcionalidad de las penas, afectando el principio de humanidad y proporcionalidad, consagrado en las normativas penales. La proporcionalidad es un principio fundamental que debe guiar la imposición de penas para asegurar que estas sean justas y adecuadas a la gravedad del delito. Cuando se altera el sujeto activo, se distorsiona la relación entre la conducta delictiva y la sanción, comprometiendo la proporcionalidad y generando arbitrariedad e inseguridad jurídica.

#### *Taxatividad Normativa y limitación de la norma especial al poder punitivo del Estado*

Según López y Manrique (2005) "La exigencia de taxatividad es tradicionalmente entendida como la obligación de formular normas precisas" (p. 4). Esto quiere decir que el legislador está obligado a tipificar los delitos de manera rigurosa y exacta. De este modo, al enfrentarse a un hecho o una conducta, esta puede adecuarse a los presupuestos de la norma.

El COIP (2014), en su artículo trece, evidencia la existencia de la taxatividad normativa y la exige. En la interpretación de la ley penal, esta debe ajustarse a lo que la Constitución de la República establece. Sin embargo, hace una especificación evidentemente fundamental: los tipos penales y las penas deben interpretarse de manera estricta. Es decir, respetando el sentido literal de cada delito y de cada sanción.

Por ello, frente al delito de peculado, este dispone estrictamente, que solo el servidor público puede cometer dicho delito. Al pretender aplicar un precepto constitucional para calificarlo, y posteriormente, sancionarlo, se transgrede la taxatividad normativa estricta. Esta busca imposibilitar que existan sanciones penales no previstas en la norma, ya que las remisiones



que permite la ley solo son aptas entre una norma determinada y otra, de jerarquía inferior, dejando excluida la posibilidad de sancionar con la aplicación de una parte de un precepto constitucional.

Este principio se evidencia como el criterio limitador frente al poder punitivo del Estado. La precisión que exige la taxatividad tiene como finalidad, vincular la conducta a los elementos previstos para el tipo penal. Al no poder ser interpretado de manera extensiva, cuenta con los elementos determinados, como es el caso del peculado, que no está incompleto.

El principio de máxima taxatividad restringe el uso de la analogía, no permitiendo que algo que claramente no es punible, se vuelva punible. En el caso del peculado, es imposible completar el tipo penal para lograr que el delito se constituya en su totalidad, ya que este es claro y preciso. En el caso de no serlo, debería remitirse a una norma inferior que desarrolle los presupuestos adicionales a tener en cuenta.

En palabras de López y Manrique (2005) “la imputación de responsabilidad penal no solo debe justificarse en leyes expresamente formuladas, sino que estas normas tienen que indicar con precisión qué conductas están prohibidas y cuál es la pena correspondiente” (p. 1). Por ello, analizar la taxatividad de la norma e interpretarla de manera literal, lleva a entender que el delito está correctamente delimitado. En el caso del peculado, cada uno de los elementos constitutivos, concebidos en su modalidad básica y que, por ende, lo conforman, es preciso y detallado, y también es evidente que no existe una disposición que indique que el delito pueda ser cometido por cualquier persona.

Así pues, la taxatividad para el Derecho Penal implica el establecimiento de los sujetos que califican para el cometimiento del delito, el bien jurídico protegido que se pone en riesgo o se lesiona, y los sujetos que reciben dicha afectación. Constituyendo estos elementos, dentro de



la precisión normativa, no se puede extender lo previsto ni interpretarlo de la norma constitucional, por demás, general, ya que los delitos y las penas se interpretan en respeto al sentido literal de la norma de la materia, por supuesto, penal.

*Análisis crítico de la Sentencia 1364-17-EP/23 de la Corte Constitucional de Ecuador*

En Ecuador, la Corte Constitucional es considerada como el máximo órgano de interpretación en materia Constitucional. Sin embargo, en junio del 2023 esta Corte emitió la sentencia 1364-17-EP/23, en la que se pronunció acerca del delito de peculado, donde se evidencia una extensión al tipo penal, dentro del sujeto activo calificado para ser sancionado por el delito de peculado.

Argumenta allí, que el delito de peculado no solo debe considerar a los servidores públicos como sujetos calificados previsto en la norma especial, sino, a cualquier persona, aunque no cuente con esta calidad. Lo cual queda establecido en su artículo cuatrocientos setenta y ocho, suponiendo que el delito penal podrá ser sancionado sin ser típico, pues obvia la existencia, concurrencia y constitución de uno de los elementos de la tipicidad. En este caso, puntualmente, del sujeto activo especial. Y es que, dentro del tipo penal de peculado, el sujeto activo se exige cualificado, calificado o especial, ya que no puede cometerlo cualquier persona, si carece de esa especial investidura que exige el legislador en cuanto a su sujeto activo.

La normativa penal ecuatoriana, tipifica como delito al peculado, este, al igual que las demás conductas sancionadas en Ecuador, está sujeto al cumplimiento de los llamados elementos de la Teoría del delito, según la cual y acorde a los postulados de la Escuela finalista, cuya posición evidencia el legislador ecuatoriano, presenta como elementos dogmáticos de la estructura del delito, en este mismo orden: la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad.



Sobre ello, cabe señalar que con el incumplimiento o la falta de integración de alguno de estos elementos, el delito es inexistente. Así, para que se pueda ejercer el poder punitivo del Estado, una consideración propia del Derecho Penal es adecuar los hechos exactamente al tipo penal descrito, en el caso ecuatoriano, en el COIP (2014), que no solo incluye la descripción de los hechos, sino, entre ellos, exige un sujeto activo especial que, para el delito de peculado, debe contar con una calificación determinada y previa, que es, ser un servidor público.

La Constitución de la República del Ecuador menciona en términos generales que, en los delitos de peculado, se aplicarán sanciones y penas a las personas que no cuenten con la calificación de servidor público, delegados o representantes de instituciones del Estado pero que colaboren de algún modo con el delito. La Corte Constitucional de Ecuador, al realizar una interpretación al respecto, entiende este inciso como una disposición constitucional directa que puede complementar el delito de peculado. Además, la propia Constitución expresa que la norma puede ser interpretada de manera que favorezca la vigencia de los derechos, pero también, dispone que nadie podrá ser sancionado por infracciones no tipificadas en el momento de cometerlas. Cuestiones que están presentes en la ley de la materia (COIP, 2014). Por lo tanto, preocupa saber si esta extensión del sujeto calificado como un elemento de la tipicidad dentro de la teoría del delito vulnera o no, los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y especialidad.

Dentro de la sentencia, se observa que la Corte insta a la Asamblea a modificar el tipo penal, y esto estaría bien, pero, para pronunciarse sancionadoramente, previa calificación del tipo penal. En ese caso, se requiere primero, que se integre en la norma penal o tipo penal que describe esa conducta en la ley vigente de la materia. Hacer lo contrario, implica una violación directa al principio de legalidad, ya que la sanción no se impuso según la disposición legal, sino, en virtud de un precepto constitucional, incluso, cuando existía un desarrollo legal previo.



Al enfrentarse el operador del Derecho Penal a un caso concreto, en el que se busca determinar la responsabilidad penal por el delito de peculado, es imperativo aplicar directamente y observar los principios de legalidad, reserva de ley y taxatividad normativa. Estos criterios de optimización limitan el poder punitivo del Estado, ya que anticipar positivamente un tipo penal, es fundamental no solo para reconocer la existencia de la conducta, sino también para su aplicación literal.

Según Romero (2022):

el principio de legalidad está enfocado a la separación de poderes siendo un principio garantizador formulado por un legislador, quien entraña la voluntad de toda una sociedad; y no, por un magistrado, específicamente un juez, lo que configura la restricción de la libertad individual; el legislativo está facultado a impedir comportamientos e imponer limitaciones de derechos, por lo que los dos principios, la separación de poderes y la supremacía de los legisladores, serán componentes fundamentales dentro del orden constitucional que impera en el estado. (p. 16)

El principio de legalidad conlleva directamente a una garantía que busca proteger el debido proceso, limitando el poder del Estado para ejercer acciones coercitivas. Por consiguiente, la Corte Constitucional de Ecuador, en respaldo a su motivación, afirma la idea de que, independientemente de la materia penal, la legalidad es esencial en todos los casos para determinar la responsabilidad de una persona, argumento que contradice su accionar en este caso.

La afirmación presupone que, efectivamente, se debe respetar la disposición que se establece positivamente dentro de la normativa penal que desarrolla el tipo penal de peculado.



Esta decisión ha llevado a comprender que, si no existe legalidad, no se puede sancionar a ninguna persona por ningún delito y mucho menos, aplicarle una pena por un delito que, en relación con la conducta, no es típico. Según Fernández (2015) la prohibición de retroactividad, se ha ligado, de manera inexpugnable, al principio de legalidad o sumisión del Derecho a la Ley, de modo que “nadie puede ser castigado sino por hechos definidos en una Ley, que establezca el castigo, de manera previa a su perpetración” (p. 15).

Entonces, en el proceso de juzgamiento penal, es determinante cumplir con el principio de no retroactividad. Lo cual implica que los derechos no deben verse afectados de ninguna manera. Al mismo tiempo, es fundamental asegurar que las normas que se apliquen sean justas y previsibles frente a una conducta determinada. Por lo tanto, sancionar con normas no previstas previamente, o con detalles no descritos previamente, en el tipo penal, constituye una flagrante vulneración de derechos.

La aplicación directa de la Constitución surge cuando hay normas que no desarrollan o completan un presupuesto. Sin embargo, en el ámbito penal, al referirse a los delitos, estos se interpretan como reglas mediante la adecuación de una conducta a un presupuesto. Es decir, la correlación entre la acción y la infracción. Aunque podrían existir normas en blanco específicas, estas, solo serían viables en el contexto de promover la legalidad.

La doctrina sostiene que la norma en blanco se complementa a través de la norma jerárquicamente inferior. Y al respecto, Narváez (2016) afirma que:

la ley penal puede ser completada por la norma inferior, bajo la figura jurídica de la remisión, donde no se incluye a la Constitución. Establece una excepción crucial en la restricción del sentido que se le da a una norma, especialmente, cuando se



trata de una regla. En este caso, la regla no puede ser suplida aplicando una norma superior, y tampoco una inferior, si ello genera una confrontación con la legalidad.

(p.15)

La regla siempre se interpreta a través de la subsunción, es decir, la adecuación de un hecho, siendo la conducta penalmente relevante, dentro del delito de peculado, correlacionada a los elementos del tipo penal. Lo cual deja claro que la inexistencia de la calificación del sujeto activo, restringe la posibilidad de sancionar a cualquier persona.

Aunque existe la posibilidad de completar el tipo penal a través de una remisión, esta figura se habilita cuando, dentro de la misma norma, es imposible desarrollar el contenido y se utiliza otra para suplirlo. El delito de peculado, normativamente, se encuentra completo, y no existe algún elemento que deba ser suplido por otra norma, mucho menos, al tratarse de las cualidades del sujeto activo. Cada uno de los presupuestos de peculado tiene y debe tener su desarrollo en la ley específica de la materia.

El problema que genera la decisión emitida por la Corte Constitucional, se centra en si esta interpretación, que busca otorgar una cualidad de sujeto activo especial o calificado a personas que no poseen la calificación requerida por el tipo penal del artículo doscientos setenta y ocho del COIP (2014), es compatible con los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y especialidad, inherentes al Derecho Penal. De manera clara, el actuar de la decisión no es compatible con estos principios.

La legalidad se ve afectada, ya que el delito de peculado establece presupuestos que, al juzgar a cualquier persona que no cuente con esta calidad, transgrede el tipo penal desarrollado en la ley. Con este análisis, el problema jurídico planteado entonces, se resuelve afirmando que la sentencia de la Corte Constitucional vulnera el principio de legalidad al no prever la



disposición normativa del artículo doscientos setenta y ocho en cuanto al sujeto activo, que es el servidor público.

El principio de tipicidad se ve transgredido por pretender aplicar un precepto constitucional sin observar los elementos subjetivos del delito de peculado, la taxatividad normativa se ve comprometida al extender el tipo penal. Incluso, siendo este claro, precisando cada uno de los requisitos para que la conducta se adecue al tipo penal y la especialidad que se ve afectada porque la norma penal es la que desarrolla delitos y penas, y esta atribución le es otorgada por la Constitución.

Las decisiones que emanan de la Corte Constitucional deben limitar al poder punitivo del Estado. Sin embargo, dentro del delito de peculado, se deja de lado el principio de legalidad como limitador del ejercicio que tiene el Estado para imponer penas y/o sanciones. Por ello, debe destacarse la racionalidad de limitar este poder irregular, asegurando el cumplimiento de estos principios: la legalidad, enfocados en el apego de la conducta al delito, la tipicidad, que estructura la existencia del mismo y la viabilidad de sus elementos constitutivos, la interpretación literal y la aplicación de la disposición del artículo doscientos setenta y ocho como única figura legal aplicable.

Si surge alguna inconformidad con la disposición del artículo penal que establece el tipo de peculado, se debería considerar la posibilidad de declarar su inconstitucionalidad o reformarlo para otorgarle un sentido distinto al estricto, que establece la ley. Extender el tipo penal, especialmente en lo que respecta al sujeto activo calificado, representa una restricción y violación directa, tanto a los principios fundamentales del Derecho Penal, como a la técnica implícita en el Derecho penal, viabilizada e instrumentada a través de la Teoría del Delito.



Los principios en el Derecho Penal buscan garantizar un sistema justo para todos los que vayan a ser sometidos a él, garantizando los derechos del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, o, dicho de otro modo, limitando el poder punitivo del Estado. No obstante, surge un gran problema en cuanto al riesgo que implica la interpretación extensiva de la norma en materia penal en Ecuador.

Un problema claro es el que plantea la sentencia 1364-17-EP/23 emitida por la Corte Constitucional, que genera un debate sobre el cumplimiento correcto de la aplicación de la norma penal en confrontación y fricción con los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y especialidad, con la aplicación directa de la norma constitucional para sancionar delitos no tipificados en la norma penal, como lo es el peculado, cometido por cualquier persona.

La modificación del sujeto activo calificado como servidor público dentro de la comisión del delito de peculado genera una atipicidad que, en la actualidad, no puede ser subsanada dentro de otro tipo penal, sino que resulta ser inexistente y, por tanto, inaplicable. La alteración dentro del tipo penal contradice entonces, la intención legislativa observando la responsabilidad penal como algo desequilibrado e injusto. Además, contraviene al principio de tipicidad y a este, también, como elemento que estructura el delito, al sancionar a cualquier persona, aunque dentro de los elementos subjetivos no califique como sujeto.

En cuanto a la taxatividad normativa, destaca la exigencia de normas rigurosas y precisas, que en efecto se plantean dentro del delito de peculado, el mismo que cuenta con los presupuestos necesarios para adecuar la conducta al tipo penal. Entonces, la interpretación del delito es estricta, sin posibilidad de extensiones arbitrarias, siempre respetando el sentido literal del peculado. Por tanto, solo se puede sancionar al servidor público o quien actúe en virtud del poder estatal, pero calificar a una persona restringe la legalidad y taxatividad normativa.



La sentencia 1264-17-EP/23 emitida por la Corte Constitucional de Ecuador revela una afectación grave a los principios fundamentales dentro del Derecho Penal General. La extensión del sujeto activo dentro del delito de peculado desvía la tipificación del delito y genera un incumplimiento directo de la legalidad, taxatividad y especialidad, dejando al arbitrio del juzgador aplicar elementos que, aunque se desarrollen en la ley, sean descartados.

El alcance que se le da al precepto constitucional amplía la interpretación del peculado, contradiciendo la naturaleza de este delito especial, que exige la calificación del sujeto activo para encuadrarlo al delito. Entonces, esta ampliación desecha la legalidad y permite ejercer el poder punitivo del Estado en base al artículo doscientos treinta y tres, evidenciando que este, desatiende la previsión legal clara que debe tener un delito. Por ello, la inobservancia de los elementos subjetivos del delito afecta a la tipicidad y taxatividad, debilitando la certeza jurídica al sancionar a cualquier persona sin que se cumplan los requisitos legales.

El sugerir que se modifique el sujeto activo del delito de peculado transgrede la especialidad del mismo, pues este debe tener una consideración regulada en la ley. La extensión resulta ser indiscriminada y carece de coherencia y claridad para garantizar la justicia. Por ello, esto vulnera en efecto los principios que regulan el Derecho penal y la técnica del Derecho Penal ecuatoriano.

## **Conclusiones**

1. Tras identificar el contenido dogmático de los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y especialidad, se establece que la legalidad es fundamental para asegurar la existencia de leyes previas que permitan la sanción posterior a una persona. La tipicidad delimita de manera precisa las conductas punibles a través de elementos subjetivos, la taxatividad restringe la interpretación extensiva de normas penales por su precisión, y la especialidad exige



que la norma penal se aplique sobre la norma general, salvaguardando los derechos y la aplicación de la ley penal en favor del sistema penal ecuatoriano.

2. Al abordar la determinación de los elementos subjetivos de la tipicidad como elemento estructural de la teoría del delito, se destaca la esencia fundamental que tiene este como principio al configurar el delito. Este resulta ser el pilar central que permite adecuar la conducta al tipo penal de peculado, asegurando que solo la disposición legal existente, sea la que pueda aplicarse para generar responsabilidad a una persona. La tipicidad actúa como limitador del poder punitivo del Estado, concluyendo que determina la coherencia y legitimidad del sistema jurídico, promoviendo la justicia.

3. La sentencia 1364-17-EP/23 de la Corte Constitucional de Ecuador, al pretender extender el sujeto activo calificado del delito de peculado, tiene una dimensión amplia en la esfera del derecho penal. Su aplicación afecta el cumplimiento de los principios fundamentales que rigen la práctica del Derecho penal, generando un desapego directo a las facultades permitidas por la Constitución. Esto resulta en un desapego legal, incumplimiento normativo directo y afectación de derechos propios de quienes se adhieren al sistema de justicia ecuatoriana.

4. La Corte Constitucional, a través de su sentencia, se convierte en un instrumento de análisis crítico de esta investigación, revelando que existe una grave tensión y preocupación al vulnerar de forma directa los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y especialidad. La falta de cumplimiento riguroso de estos principios genera inquietudes sobre la previsibilidad que debería caracterizar al sistema de justicia penal ecuatoriano. La extensión del sujeto activo del delito de peculado realizada por la Corte, aplicando el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador, desemboca negativamente, en una afectación al Derecho Penal General y



a la práctica del Derecho Penal. Este accionar compromete la coherencia y la legitimidad del sistema jurídico, generando un desapego a las facultades permitidas por la Constitución y un incumplimiento normativo directo. Estas acciones constituyen una amenaza directa a los derechos fundamentales de quienes participan en el sistema de justicia ecuatoriano.

### **Referencias bibliográficas**

Andrade, G. M. (2022). La participación del sujeto activo No calificado en el delito de peculado como extraneus, (Tesis de Maestría). Universidad Regional Autónoma de Los Andes “UNIANDES”. Ibarra – Ecuador.

<https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/16398>

Asamblea Constituyente de la República de Ecuador. (2008, 20 de octubre). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449.

[https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf)

Asamblea Nacional de la República de Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*.

Registro Oficial Suplemento 180. <http://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2015/06/COIP1.pdf>

Beccaria, C. (2023). *De los delitos y de las penas*. Trotta.

<https://archive.org/details/tratadodedelito00beccguat>

Corte Constitucional de Ecuador. (2023, 21 de junio). *Sentencia 1364-17-EP/23*.

[www.lexis.com.ec/noticias/sentencia-no-1364-17-ep-23-principio-de-legalidad-y-](http://www.lexis.com.ec/noticias/sentencia-no-1364-17-ep-23-principio-de-legalidad-y-)

Ferrajoli, L. (2013). *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Editorial Trotta.

<https://ia902802.us.archive.org/22/items/FERRAJOLIPRINCIPIAIURIS1/FERRAJOLI%20-%20PRINCIPIA%20IURIS%203.pdf>



- Fernández, C. Y. (2015). El problema de la retroactividad de las leyes penales [Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid]. <https://docta.ucm.es/entities/publication/983d194f-5017-42d0-b9fb-55ad5d2d84a3>
- Lamarca, C. (2014). Principio de legalidad penal. *EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad*, (1), 156-160. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2167>
- López, Y. (2015). *La prueba y su tratamiento en el proceso penal latinoamericano*. Editorial Jurídica de Ecuador. [https://biblioteca.uniandes.edu.ec/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=32174&shelfbrowse\\_itemnumber=47956](https://biblioteca.uniandes.edu.ec/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=32174&shelfbrowse_itemnumber=47956)
- López, P. E. N., & Manrique, L. (2005). El desafío de la taxatividad. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, (3), 807-836. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2281530>
- Medinaceli, G. (2013). *La aplicación directa de la Constitución* (1era ed.). Corporación Editora Nacional.
- Moreso, J. J. (2001). *Principio de legalidad y causas de justificación: (Sobre el alcance de la taxatividad)*. Ingra Impresores. [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10219/1/doxa24\\_19.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10219/1/doxa24_19.pdf)
- Narváez, M. F. (2016). *Constitucionalización de la ley penal en blanco: estudio de casos judiciales medioambientales* [Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador]. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4980>
- Núñez, J. A. M. (2001). *Derecho penal*. Civitas. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=610169>



Romero, H. (2022). *Principio de legalidad penal y garantía constitucional en el distrito judicial Selva Central-2020* [Tesis de Doctorado, Universidad peruana Los Andes, Huancayo, Perú].

<https://repositorio.upla.edu.pe/handle/20.500.12848/4289>

