

Efectos que producen los requisitos de prejudicialidad y procedibilidad en la Investigación Fiscal. El informe de Indicios de Responsabilidad Penal de la Contraloría. Breve repaso.

I

Introducción

A pesar de que la institución de la prejudicialidad se aborda en diversas materias de pregrado y en el ejercicio permanente del derecho, debemos recordar de modo breve varios de sus caracteres. En el artículo: *La prejudicialidad y su aplicación procesal en la legislación ecuatoriana*¹ Juan Rojas, Edmundo Pino y otros, señalan con razón que la prejudicialidad constituye un tema antiguo y al mismo tiempo, complejo, en el estudio del derecho procesal. El gran problema para su análisis procede de la correlación de elementos de derecho sustantivo y procesal en los problemas que origina. Etimológicamente, la palabra prejudicial proviene de la raíz latina *praejudicium*, que significa *prejuicio, juicio previo o prematuro* (de “*prae*” “antes”, “*judicium*” “juicio”)².

Palabras clave: prejudicialidad, procedibilidad, eficiencia, proceso judicial, acceso a la justicia.

En general, la prejudicialidad es todo asunto que debe ser resuelto antes de decidir sobre el objeto del proceso.

En la especie, para que una cuestión penal pueda ser analizada en su integridad, es imprescindible que ciertos temas civiles hayan sido previamente determinados o resueltos. La esencia de esta relación jurídica es de subordinación, en la que la cuestión civil actúa como un prerequisite para el ejercicio de la acción penal. La prejudicialidad aparece en temas que por su vínculo lógico y jurídico con el objeto proceso, deben ser decididos generalmente por otro juez o tribunal, antes de la decisión de fondo del proceso sometido a su conocimiento.

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo, afirma: “que la prejudicialidad civil en materia penal está dada por toda cuestión de carácter jurídico - civil que debe ser previamente resuelta por el órgano jurisdiccional civil como presupuesto necesario para la procedencia del ejercicio de la acción penal o la sentencia”³. Puede por tanto afirmarse que legalmente la prejudicialidad constituye un impedimento legal para el ejercicio de la acción penal.

La procedibilidad en cambio, aparece como una garantía y principio jurídico procesal, cuyo objetivo es asegurar a toda persona que pueda ser investigada, acusada o juzgada en un proceso ante las autoridades judiciales o administrativas, en condiciones de plena igualdad e imparcialidad, conforme a los procedimientos legalmente establecidos. Se trata de observar ciertos requisitos formales que deben cumplirse para que pueda deducirse un procedimiento contra el presunto autor de una infracción penal⁴.

II

Estado de la cuestión.

Debemos señalar que en nuestro ordenamiento jurídico los requerimientos de prejudicialidad y procedibilidad en una causa o proceso judicial, son elementos de orden primordial que buscan confirmar la efectividad y la eficiencia en la administración de justicia. Estos elementos se constituyen en requisitos que tienen un impacto significativo en la investigación previa, ya que determinan la forma cómo se realizará la investigación fiscal. En este trabajo, examinaremos los efectos que estos institutos pueden tener en la investigación previa y cómo pueden influir en la calidad y tiempo de los procesos, la protección de derechos y la justicia en sí.

En forma coaligada los requisitos de prejudicialidad y los de procedibilidad tienen la capacidad de afectar la investigación previa de diversas formas, por ejemplo, pueden apresurar o aplazar el curso de

¹ Rojas Cárdenas, Juan Alberto y otros, *La prejudicialidad y su aplicación procesal en la legislación ecuatoriana*, Revista Universidad y Sociedad, Universidad Regional Autónoma de Los Andes, 08 de Julio de 2020.

² *Ibidem*.

³ Zavala Baquerizo, Jorge, “El Debido Proceso Penal”, Edit. EDINO, Guayaquil, Ec., 2002, Imp. V&O Gráficas, p. 129.

⁴ Diccionario Panhispánico de español jurídico, <https://dpej.rae.es/lema/procedibilidad>.

la acción de la justicia, resguardar derechos constitucionales, extinguir casos sin mérito y garantizar la legalidad del proceso. Por tal razón se vuelven cruciales, en virtud de que su aplicación busca de manera justa y equitativa evitar que aparezcan o se mantengan barreras injustificadas para el acceso a la justicia.

El cumplimiento de los requisitos de prejudicialidad y procedibilidad en la investigación previa, pueden apoyar considerablemente a la eficacia y a la imparcialidad del sistema judicial, determinando que los procesos sean dirigidos de manera justa y eficiente desde las primeras etapas de investigación hasta el desenlace del proceso judicial.

III

Efecto de la prejudicialidad

En la investigación previa, la prejudicialidad tiene relación al deber de solventar algunos problemas legales civiles o administrativos antes de iniciar formalmente un proceso judicial. Para explicar con claridad el tema, podemos hablar de uno de los delitos que presuntamente deben tener requisitos previos para la decisión del Fiscal, como por ejemplo, el caso del peculado.

La figura típica de dicha disposición legal ha sido establecida de modo similar a la anterior (Código Penal) y se halla descrita y tipificada en el Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal, que tiene relación directa con las disposiciones contenidas en el Art. 65 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que establece:

Art. 65.- “...Indicios de responsabilidad penal determinados por la Contraloría General del Estado.- Cuando por actas o informes y, en general, por los resultados de la auditoría o de exámenes especiales practicados por servidores de la Contraloría General del Estado, se establezcan indicios de responsabilidad penal, por los hechos a los que se refieren el artículo 257 del Código Penal, los artículos agregados a continuación de éste, y el artículo 2nnumerado agregado a continuación del artículo 296, que trata del enriquecimiento ilícito y otros delitos, se procederá de la siguiente manera:

El auditor Jefe de Equipo que intervinere en el examen de auditoría, previo visto bueno del supervisor, hará conocer el informe respectivo al Contralor General o a sus delegados, quienes luego de aprobarlo lo remitirán al Ministerio Público, con la evidencia acumulada, el cual ejercerá la acción

penal correspondiente de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Penal. Dichos informes también serán remitidos a las máximas autoridades de las Instituciones Auditadas;

2. El Fiscal de ser procedente resolverá el inicio de la instrucción en los términos señalados en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal y solicitará al juez las medidas cautelares que considere pertinentes, en defensa de los intereses del Estado; y,

3. Copia certificada de la sentencia ejecutoriada, será remitida al órgano competente en materia de administración de personal, para la inhabilitación permanente en el desempeño de cargos y funciones públicas...”

El artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal establecía al respecto:

Art. 581.- Formas de conocer la infracción penal.- Sin perjuicio de que la o el fiscal inicie la investigación, la noticia sobre una infracción penal podrá llegar a su conocimiento por:

1. Denuncia: Cualquier persona podrá denunciar la existencia de una infracción ante la Fiscalía, Policía Nacional, o personal del Sistema integral o autoridad competente en materia de tránsito. Los que directamente pondrán de inmediato en conocimiento de la Fiscalía.

2. Informes de supervisión: Los informes de supervisión que efectúan los órganos de control deberán ser remitidos a la Fiscalía.

3. Providencias judiciales: Autos y sentencias emitidos por las o los jueces o tribunales.

“Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la

responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, cuando el objeto de la infracción sea recursos públicos.”⁵

Este precepto es un ejemplo cierto de lo que la doctrina conoce como prejudicialidad, es decir, que se requiere una decisión anterior para que la Fiscalía asuma conocimiento del delito y empiece su investigación. La doctrina define a este antecedente como el “cumplimiento previo de ciertas condiciones [...] que deben ser resueltas previamente y obstaculizan ya sea la iniciación, ya el desenvolvimiento mismo del proceso”⁶. En el caso de los delitos de peculado y otros contra la administración pública, este acto previo consta en el 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría, de conformidad a la potestad conferida por el artículo 212 de la Constitución los cuales prescriben a la letra:

Constitución, Art. 212.- Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley:

2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.

Ley Orgánica de la Contraloría, Art. 39.- “...Determinación de responsabilidades y seguimiento.- A base de [sic] los resultados de la auditoría gubernamental, contenidos en actas o informes, la Contraloría General del Estado, tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal⁷...”

En efecto, durante mucho tiempo se consideró requisito de procedibilidad para el inicio de acciones judiciales por delitos de peculado y otros contra la administración pública, la necesidad de tener de modo previo el informe de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado.

IV

Razonamientos de la Corte Suprema de Justicia

Hace algunos años, se expidieron desde la Segunda Sala de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia, fallos de casación contradictorios. En tal virtud, en el año 2008 la Contraloría solicitó que se expidiera una resolución para que no se considere al informe de la misma institución, como un requisito de procedibilidad, en virtud de que el organismo de control y el antiguo Ministerio Público (Fiscalía) consideraban que ambas instituciones deben gozar de facultades suficientes para actuar con independencia en el ejercicio de sus funciones⁸.

Posteriormente, en el año 2010, hallándose en vigencia aún el antiguo Código Penal, surgió nuevamente el referido inconveniente tanto por parte de Fiscalía como de la Contraloría, relativo al informe previo de Contraloría como requisito de procedibilidad para el inicio de la acción penal. La consulta fue elevada al Pleno de la para entonces nueva Corte Nacional de Justicia, que dictó resolución el 19 de marzo de 2010, estableciendo que:

Art. 1.- Para el ejercicio de la acción penal pública, esto es, para el inicio de la instrucción fiscal, por los hechos a los que se refiere el artículo 257 del Código Penal, los artículos innumerados agregados a continuación de este, y los artículos innumerados agregados a continuación del artículo 296 del mismo Código, Capítulo “Del enriquecimiento ilícito” incorporado por el artículo 2 de la Ley 6, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 260 de 29 de agosto de 1985, se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad penal.

⁵ Inciso último reformado por artículo 9 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 598 de 30 de Septiembre del 2015.

⁶ Cfr. Cárdenas Rioseco, Raúl. *Enriquecimiento ilícito*. México DF: Porrúa, 2001, p. XLI, en *El informe previo sobre indicios de responsabilidad penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, una aberración en el Código Orgánico Integral Penal* <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview/article/view/1224/1822>.

⁷ Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

⁸ Oficio 24237 DPRCDP, 28 de diciembre de 2009.

Art. 2.- Para el inicio de la indagación previa, no se requiere el informe expresado en el artículo anterior, pero el fiscal interviniente, tan pronto llegue a su conocimiento, por cualquier medio, hechos presumiblemente constitutivos de peculado y enriquecimiento ilícito debe solicitar a la Contraloría General del Estado, la práctica de la auditoría gubernamental sobre tales hechos, así como la remisión del informe respectivo que, de establecer indicios de responsabilidad penal, da lugar al inicio de la instrucción fiscal⁹.

Con tal resolución, la Corte establece que aunque el informe de Contraloría no es un requisito para iniciar la etapa de indagación previa, sí lo es para iniciar la instrucción fiscal. Con este pronunciamiento, la Corte Nacional contradice la facultad excluyente de la Fiscalía en la persecución de los ilícitos.

“Este es un problema que, procesalmente hablando, entorpecía el accionar del aparato punitivo del Estado”¹⁰. Tal reflexión la hacemos por cuanto aparentemente la Corte instituyó pasos previos que no parecían necesarios para el ejercicio de la facultad de investigación del fiscal. El problema se agravó con la expedición del COIP, Código Orgánico Integral Penal, el día 10 de agosto del 2014, con la inclusión de la regla anteriormente citada del último inciso del Art. 581 de dicho cuerpo de leyes.

V

DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Sin embargo de lo manifestado anteriormente, mediante Sentencia de 2 de julio del 2019, No. 5-13-IN/19 y acumulados (informe previo de la Contraloría), la Corte Constitucional, analizó la constitucionalidad del informe previo de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado y se pronunció sobre el tema.

La sentencia nos revela que varias instituciones y particulares impugnaron tres normas: (1) La Resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia, que se alegaba contradijo al artículo 233 de la Constitución, signada en la Corte Constitucional con el número 5-13-IN; (2) El Artículo 581, numeral 3, inciso final del COIP, que se afirma contradecía al artículo 233 de la Constitución, signado en la Corte Constitucional con el número 50-16-IN; (3) Los artículos 581, numeral 3, inciso final y 285, incisos segundo y tercero del COIP por vulnerar a los artículos 3 (8), 11 (3), 83 (8), 195 y 233 de la Constitución, signados en la Corte Constitucional con el número 4-18-IK.

La Corte Constitucional argumentó entre otras cosas:

*La Constitución, en su artículo 178 establece que la Fiscalía es un órgano autónomo de la Función Judicial.*¹¹

*La Fiscalía es un órgano que pertenece a la Función Judicial y, en un Estado que se organiza en forma de república, como dispone el artículo 1 de la Constitución, uno de sus principios fundamentales es la división de poderes. El informe de la Contraloría, con carácter vinculante, puede considerarse como una intromisión de un órgano ajeno a la Función Judicial en el ejercicio de sus competencias.*¹²

El artículo 194, establece que la “Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible...”. La Constitución garantiza la autonomía a la Fiscalía. La autonomía es uno de los principios rectores para su funcionamiento. Esta autonomía permite que la Fiscalía pueda investigar infracciones penales sin interferencias externas de otros organismos públicos. Entonces, la autonomía de la Fiscalía es un elemento fundamental para los controles mutuos de los poderes políticos distribuidos en la Constitución. Esta característica garantiza la libertad de la Fiscalía para cumplir con su deber sin la necesidad de autorizaciones ajenas a sus competencias constitucionales. En este sentido, el informe

⁹ CNJ. Pleno de la Corte. Artículo 1.2. Registro Oficial 154 de 19 de marzo de 2010.

¹⁰ USFQ, *El informe previo*.

¹¹ Párrafo 31.

¹² Párrafo 32.

*previo de la Contraloría es una traba para el ejercicio autónomo de sus competencias para investigar y ejercer la acción penal en todo delito.*¹³

La Fiscalía General del Estado es el órgano constitucional que posee el monopolio de la acción penal pública, que atiende el interés público y los derechos de las víctimas. El ejercicio de esta competencia constitucional no tiene más condicionamientos que los principios de oportunidad y de mínima intervención penal. Para el ejercicio de la acción penal pública la Constitución no establece excepción alguna..."

*Los informes que emite la Contraloría como resultado de sus competencias constitucionales deben entenderse como una más de las formas de tener la noticia criminis. No es cualquier forma sin duda alguna, porque la Contraloría cuenta con personal especializado, con procedimientos de investigación, con plazos para ejercer su tarea y con garantías del debido proceso. Sin embargo los indicios que constan en el informe de la Contraloría no pueden ni deben determinar la competencias de la Fiscalía para investigar los hechos y las responsabilidades penales, los casos que investigue. Por otro lado, en cualquier momento la Contraloría puede aportar con sus informes, de oficio o a petición de parte de la Fiscalía, que contribuyen con elementos de convicción importantes para el esclarecimiento de hechos y de responsabilidades penales. Esta interpretación no afecta en absoluto las competencias de la Contraloría establecidas en el artículo 212 de la Constitución.*¹⁴

*El establecimiento del requisito de informe previo de la Contraloría para ejercer la acción penal, es una regulación que atenta contra la división de poderes y la autonomía de la Fiscalía, tal como lo ha establecido la Constitución.*¹⁵

*La subordinación del ejercicio de la acción penal pública al juzgamiento administrativo previo además de restringir las facultades propias de la Fiscalía, ocasiona que los delitos de peculado enriquecimiento ilícito tengan un obstáculo legal para ser perseguidos. Los términos administrativos para que la Contraloría pueda emitir los informes de auditoría (siete años y ciento ochenta días) burlan el mandato constitucional de que estos delitos sean imprescriptibles.*¹⁶

Con tales consideraciones la Corte Constitucional, resolvió estableciendo:

En mérito de lo expuesto, de conformidad con el artículo 436 (2) de la Constitución y el artículo 76 (6) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional dispone:

1. Declarar la inconstitucionalidad de la Resolución de 24 de febrero de 20.0 de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial No. 154 de 19 de marzo de 2010 y del artículo 581 (3), inciso final, del Código Integral Penal, que dice:

"Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito con título un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General de, Estado cuando el objeto de la infracción sea recursos públicos. "

En consecuencia, el artículo 581 del Código Integral Penal dirá:

"Formas de conocer la infracción penal.- Sin perjuicio de que la o el fiscal inicie la investigación, la noticia sobre una infracción penal podrá llegar a su conocimiento por:

1. Denuncia: Cualquier persona podrá denunciar la existencia de una infracción ante la Fiscalía, Policía Nacional, o personal del Sistema integralo autoridad competente en materia de tránsito. Los que directamente pondrán de inmediato en conocimiento de la Fiscalía.

¹³ Párrafo 34.

¹⁴ Párrafo 44.

¹⁵ Párrafo 45.

¹⁶ Párrafo 50.

2. *Informes de supervisión: Los informes de supervisión que efectúan los órganos de control deberán ser remitidos a la Fiscalía.*

3. *Providencias judiciales: Autos y sentencias emitidas por las o los jueces de tribunales”*

2. *La Fiscalía General del Estado podrá ejercer la acción penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito sin requerimiento de informe de supervisión ejecutados por los órganos de control, de conformidad con las siguientes reglas:*

- a. *Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia, de conformidad con el artículo 76 (7) (i) de la Constitución. Para el efecto, se entenderá que una persona ha sido juzgada penalmente desde el momento en que contra ella se ha formulado cargos o se ha dictado una sentencia condenatoria ejecutoriada. Contra esa persona no podrá iniciarse un nuevo juicio penal.*
- b. *Las investigaciones, auditorías, informes y cualquier otro pronunciamiento emitido por la Contraloría que contenga indicios de responsabilidad penal, si es que no se ha ejercido la acción penal y no se han formulado cargos, no constituyen juzgamiento penal.*
- c. *Si las indagaciones o investigaciones previas fueron desestimadas o archivadas por no contar con el informe que contenga indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría, la Fiscalía podrá solicitar la reapertura de la investigación cuando aparezcan nuevos elementos, mediante audiencia ante el Juez de Garantías Penales, quien resolverá sobre la reapertura de la investigación.*
- d. *El informe de la Contraloría es una de las formas de hacer conocer a la Fiscalía sobre la posible existencia de una infracción penal (notitia criminis) y también de aportar con indicios sobre los hechos y la responsabilidad.*
- e. *Las personas serán juzgadas de conformidad con el tipo penal vigente al momento de su cometimiento, siempre que las normas posteriores no fueren más favorables, y de conformidad con las reglas de procedimiento del COIP.*

3. *Desestimar la pretensión de la acción pública de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 285, incisos segundo y tercero, del Código Orgánico Integral Penal, reservándose para la Asamblea Nacional la potestad de modificar el artículo en mención de acuerdo al principio de libertad de configuración legislativa.*

Podemos apreciar algunos errores conceptuales en varios de los párrafos de la sentencia, como por ejemplo, en la letra a) de las reglas para ejercer la acción penal. En efecto, equiparar “formulación de cargos” con “sentencia condenatoria ejecutoriada”, es un despropósito mayúsculo y revela el escaso conocimiento en derecho penal e incluso constitucional de las personas que redactaron el fallo, pues precisamente la Constitución establece algo distinto a lo pretendido por la Corte Constitucional en su artículo 76.2. Miremos:

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

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada...”

La norma es clarísima. Una persona es inocente hasta que no se declare su responsabilidad mediante sentencia ejecutoriada. Esto permite concluir que si la intención de la Corte Constitucional fue buena, lo más justo y naturalmente, constitucional, debió ser que se tome como juzgamiento únicamente la decisión fiscal de formulación de cargos, porque como se halla redactada la norma, puede inducir a considerarse que una persona que ha sido juzgada y en la sentencia, ratificado su estado constitucional de inocencia, no puede considerarse haber sido juzgada por tal hecho.

De cualquier manera, podemos observar que la Corte Constitucional no es infalible como se aprecia. La redacción de la regla contenida en la letra b) tiene peores deficiencias que la anterior. En primer lugar es totalmente innecesario establecer que un informe de auditoría de la Contraloría General del estado, no es un juzgamiento penal, pues nadie lo ha considerado así jamás, ni desde la fundación de la Contraloría ni después. Cabe señalar que únicamente un informe de auditoría aprobado por el Contralor, constituye un pronunciamiento definitivo de carácter administrativo, ni las auditorías ni los exámenes, ni las investigaciones de esa institución, tienen efecto jurídico procesal penal ni administrativo. El defectuoso análisis conceptual y deficiente redacción jurídica continúa con estridencia en las reglas

siguientes. La letra c) dispone algo que contradice a la decisión de la Corte como aparece de su texto: “...*Si las indagaciones o investigaciones previas fueron desestimadas o archivadas por no contar con el informe que contenga indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría, la Fiscalía podrá solicitar la reapertura de la investigación cuando aparezcan nuevos elementos ...*” Esta proposición confusa parece convalidar la necesidad de la existencia previa de un informe de la Contraloría, pues tratándose de un delito de peculado, los “nuevos elementos”, no pueden surgir de un parte policial, de un informe periodístico o de un peritaje contable realizado por cualquier contador público, pues tal escenario si bien es probable, contradice esencialmente al derecho a la defensa de las personas, en especial lo referente a las garantías contenidas en el Art. 76.7 letras a), b) c) y d) y al trámite propio de cada procedimiento (76.3).

Es evidente por tanto, que para el inicio de investigaciones y luego instrucciones fiscales por delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, se necesita este informe técnica y científicamente elaborado por la Contraloría -en su mayoría de casos- sin que tampoco sea infalible. Las facultades de la Fiscalía por tanto, estuvieron intactas durante el tiempo que tuvo vigencia el citado informe de indicios de responsabilidad penal como requisito de procedibilidad, pues de modo evidente, la Contraloría nunca suplantó las facultades exclusivas de la Fiscalía, que dicho sea de paso, merecen un control horizontal, con algún mecanismo razonable que eviten el tremendo abuso que esa institución comete en la totalidad de procedimientos investigativos.

Sin embargo de lo dicho, la Corte Constitucional, siguió enredando las cosas en forma posterior al pronunciamiento anterior, como se aprecia entre otras, de la sentencia No. 687-13-EP/20 de 30 de septiembre de 2020, siendo juez ponente el Dr. Alí Lozada Prado, al realizar el análisis de una sentencia conocida a través de una acción extraordinaria de protección en un caso de peculado contra la Federación Deportiva Provincial de Tungurahua, la Corte Constitucional señala sobre el particular:

“...El segundo razonamiento, complementario del primero, parte de la premisa de que, para proceder con el juzgamiento del delito de peculado es indispensable un informe previo de CGE que establezca la existencia de indicios de responsabilidad penal...”

En otra parte de la argumentación, en este caso, sobre la sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua hace notar que:

“... los jueces de apelación revelan en su argumentación, que: “...para ellos, la existencia de un informe de indicios de responsabilidad penal de la CGE es un requisito sine qua non para sustanciar un proceso penal por el delito de peculado...”

Continuando con la crítica a la sentencia de casación la Corte señaló:

*“...En lo que atañe a este particular, el tribunal de casación, en su sentencia, estableció en el considerando “Segundo”, que: En el delito de peculado, está inmersa la correcta o no actuación del servidor público o de quien presta un servicio público, o del funcionario, administrador, ejecutivo o empleado de las instituciones del sistema financiero nacional privado, conforme lo establece el artículo 257 del Código Penal, **para lo cual, resulta necesario que exista un informe emitido por la Contraloría General del Estado que determine indicios de responsabilidad penal (énfasis añadido)**...”¹⁷*

La Corte analiza luego el pronunciamiento de la Sala de casación haciendo notar el error del tribunal, al pronunciarse sobre el citado informe, considerándolo como “prueba” y afirmando:

“...Sin embargo, más adelante, el tribunal de casación manifestó que: Con los antecedentes de orden fáctico y jurídico expuestos en los numerales inmediatos anteriores, la resolución adoptada por la Tercera Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de la acción de protección presentada por Marcos Armas Cabezas, tenía el carácter de vinculante y de obligatoria aplicación para el Tribunal Primero de Garantías Penales de Tungurahua, el mismo que debió excluir como prueba válida, legal y constitucional al informe DR.3.J.A.035-07 (DIRES 1428-2007) emitido durante el examen de auditoría realizado por la Contraloría General del Estado, Regional 3, a los estados financieros al 30 de junio de 2006, 31 de diciembre de 2005 y 2004 de la Federación Deportiva de Tungurahua (FDT) y por ende

¹⁷ Párrafo 42.

desestimar los testimonios de los funcionarios del ente de control que realizaron tal informe y consecuentemente, al mantenerse el impedimento al ejercicio de la acción y al no existir el nexo causal entre la infracción y sus responsables, debían ratificar el estado de inocencia de los recurrentes [...] (énfasis añadido)...”¹⁸

En la siguiente parte concerniente a este ensayo, la Corte Constitucional considera que el tribunal de casación yerra al pronunciarse sobre el informe de la Contraloría, señalando al efecto:

“...Como se desprende de las citas que anteceden, la sentencia de 18 de febrero de 2013 alude al informe de CGE en dos de sus facetas: la primera, como requisito de procedibilidad para que el proceso penal pueda iniciar, respecto de lo cual, se plantea la cuestión de si dicho requisito fue o no cumplido (lo que remite al primer problema jurídico); y la segunda, como medio de prueba, a cuyo respecto, se plantea la cuestión de si su producción respetó o no las garantías del debido proceso, con miras a determinar si es admisible o no como parte del acervo probatorio...”

Como podemos apreciar, durante varios años, se exigió la presentación del informe de indicios de responsabilidad penal por parte de la Contraloría como requisito de procedibilidad del enjuiciamiento en los casos de los delitos de peculado y otros contra l administración pública, más, sin embargo de la decisión de declarar inconstitucional el requisito de procedibilidad que deviene de dicho informe, observamos que la Corte Constitucional aún no sabe cómo pronunciarse sobre el particular. De nuestro lado, en varias ocasiones hemos resuelto, mientras estuvo en vigencia el Art. 581 del COIP, algunas causas que demandaban el pronunciamiento previo de la Contraloría, siendo tal procedimiento uno de los más conocidos y trascendentes del derecho penal. Sin embargo de lo anteriormente afirmado, debemos decir, naturalmente que en varias ocasiones la Contraloría también yerra en la visión conceptual de las responsabilidades, como veremos a continuación.

VI

CASOS EN LA PRESIDENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DE ESMERALDAS

JUICIO No. 08100-2015-00010

En el juicio¹⁹ No. 08100-2015-00010 de fuero, perseguido por presunto peculado, la Fiscal Provincial, Dra. Janina Villagómez Oñate²⁰ se abstuvo de acusar y nosotros, en nuestra calidad de Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, señalamos entre otras consideraciones las siguientes:

“...La señora Fiscal con su dictamen abstentivo, que ha sido en efecto muy bien sustentado y fundamentado en especial por la razón central de este caso, que son las responsabilidades determinadas por la Contraloría General del Estado tanto penales como civiles, hago notar que a nivel doctrinario en todos los países de América y Europa la determinación de responsabilidad civil excluye absoluta y totalmente a las responsabilidades penales porque la determinación de responsabilidades civiles se fundamenta en la culpa de las personas no en el dolo, como son las infracciones que se cometen en contra de la administración pública que son naturalmente dolosas. Debe indicarse que ha habido un desperdicio de recursos humanos y tiempo, en una acción penal que no tenía razón alguna de ser. 4.2 La infracción que inicialmente motivó la realización del proceso, estos es, la tipificada y sancionada por el artículo 257 del Código Penal, disponía: Art. 257.- Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional. () Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto

¹⁸ Párrafos 43 y 44.

¹⁹ Esmeraldas, miércoles 19 de octubre del 2016, las 11h10.

²⁰ Posteriormente Fiscal Provincial del Guayas, hasta hace poco tiempo. Nosotros consideramos a la referida funcionaria, como una profesional prestante con gran conocimiento.

respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público...”

“...4.3 La figura típica de dicha disposición legal ha sido establecida de modo similar en la nueva legislación y se halla descrita y tipificada –en ningún caso “subsumida”- en el Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal, que establece: Artículo 278.- Peculado.- “...Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, 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. (.)..”

*“...4.4 Para la adecuación de la conducta humana a estas reglas la jurisprudencia continental en todo tiempo consideró que el peculado es un delito doloso, que se comete con la intención de irrogar daño. 4.4.1 En Gaceta Judicial, Año CVIII, Serie XVIII, No. 4, página 1480, (Quito, 21 de agosto de 2007), la Corte Suprema de Justicia señala con claridad: “...Nuestra legislación, en el artículo 257 del Código Penal, el núcleo tiene que ver con el abuso por parte del funcionario de dineros públicos o privados y en general de efectos que los representen, piezas títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, bien por desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante; los intereses que se tutela no son, por un lado, el empleo de los fondos públicos y, por otro, los bienes que también pueden ser del dominio de los particulares, sin que la distinción entre bien público y bien privado, sea esencial para la adecuación típica. Por consiguiente, el **peculado** es una figura típica dolosa, que exige el abuso de los recursos públicos o privados por ejemplo para disponer arbitrariamente de ellos sea en beneficio propio o de un tercero esto es, con el relativo perjuicio a la Entidad que dentro del Derecho Público, como lo determina el tipo penal, no puede cumplir con el servicio que le corresponde al haberse distraído los recursos con los que tal entidad cumple el servicio...”*

En el caso analizado, sí existía un informe de indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, institución que previamente había expedido glosas por el mismo hecho (presunta falta de cumplimiento en la instalación de tuberías de agua). Hicimos ver la contradicción del organismo de control, pues las responsabilidades civiles son de orden culposo y no doloso como es el delito de peculado.

Señalamos que, en Gaceta Judicial Año CV, Serie XVII, No. 14, página 4600, (Quito, 5 de julio de 2004), la Corte menciona que los delitos de peculado son dolosos, porque “los desfalcos o las distracciones debidas a negligencia, o impericia, o a inobservancia de normas de comportamiento, no son imputables penalmente, sino que dan lugar únicamente a responsabilidad disciplinaria contable y civil. El dolo específico en este tipo de delitos, es el ánimo de lucro o el provecho personal que busca el agente del delito...” Por tal razón, señalamos que si la propia Contraloría General del Estado hubo establecido responsabilidades civiles culposas (por la falta de terminación de 6 metros de instalación de tubería), no puede jamás, por ningún concepto, determinar indicios de responsabilidad penal, puesto que culpa y dolo son mutuamente excluyentes. Esta realidad la supo aquilatar la Fiscalía y por tanto, presentó un dictamen abstentivo.

Estas consideraciones son atinentes a efecto de contextualizar el tema de los informes de la Contraloría como requisitos de procedibilidad en la acción penal en los delitos contra la administración, en especial, peculado y enriquecimiento ilícito.

En la causa en cuestión, se dictó el auto correspondiente señalando:

“...5.3 En el presente caso, hemos dado cumplimiento a los principios que se hallan en los Arts. 169 y 172 constitucionales. Esta última norma establece: “Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.” La ley, establece a su vez los principios a los que hemos aludido y señalado de modo expreso en esta resolución, es decir, mínima intervención penal, lesividad, necesidad de la aplicación y de la activación del sistema penal y existencia del objeto material de la infracción. 5.4 El Código de Procedimiento Penal disponía en su Art. 242: Art. 242.- Sobreseimiento definitivo.- El sobreseimiento del proceso y del procesado será definitivo

*cuando el juez de garantías penales concluya que los hechos no constituyen delito, o que los indicios existentes no conducen de manera alguna a presumir la existencia de la infracción. En el caso que nos ocupa, constatamos que no existe ni el menor indicio o la más elemental evidencia de la existencia de la conducta de peculado tal como lo ha reconocido la Fiscalía Provincial, según las explicaciones que han quedado señaladas, razones éstas por las cuales, DICTO AUTO DE SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO DEL PROCESO Y PROCESADOS...*²¹

Debemos señalar que también existen varios otros casos en los que aparecen las cuestiones de procedibilidad y prejudicialidad, como en el contemplado en el Art. 214 del COGEP, Código Orgánico General de Procesos, que señala:

Art. 214.- “...Documento público falso. Es documento falso aquel que contiene alguna suposición fraudulenta en perjuicio de tercero, por haberse contrahecho la escritura o la suscripción de alguno de los que se supone que la otorgaron o de los testigos o del notario por haberse suprimido, alterado o añadido algunas cláusulas o palabras en el cuerpo del instrumento, después de otorgado y en caso de que haya anticipado o postergado la fecha del otorgamiento.

La falta de declaración de la falsedad de un instrumento público no impedirá el ejercicio de la acción penal. Pero iniciado el enjuiciamiento civil para tal efecto, no se podrá promover proceso penal hasta la obtención de dicha declaración...”

Esta norma, como podemos apreciar, prevé que iniciado un juicio civil por falsedad de documentos, no puede iniciarse el juicio penal, por tanto éste deberá proseguirse con la sentencia pertinente del proceso civil.

JUICIO NO. 08100-2017-00008G

En nuestras funciones, conocimos, también en fuero, entre otros el Juicio No. 08100-2017-00008G, contra el alcalde de Quinindé por falsificación documental²². En efecto, mediante providencia de martes 22 de mayo de 2017, las 18h22, la señora abogada María Yanina Villagómez Oñate en su calidad de Fiscal Provincial de Esmeraldas, requirió el archivo de la Investigación Previa No. 080401816080193, que se seguía en contra de LIZARDO MANUEL CASANOVA MONTESINOS, por presunto delito de falsificación y uso de documento falso.

En el caso sometido a nuestro análisis, la señora Fiscal sostuvo que de la revisión del IIRP (Informe de Indicios de responsabilidad Penal) No. DAP y A-0002-2012 Informe de Indicios de Responsabilidad Penal derivado del Examen Especial de Ingeniería practicado a los Proyectos de Infraestructura Vial ejecutados por el Municipio de Quinindé y por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Quinindé, Contraloría ni el Equipo de Auditoría señalaron que se haya presentado documentación falsa o que se presuma falsa como elementos de cargo en contra del alcalde.

Nuestra argumentación estableció que en el juicio penal No. 29-2013 (seguido por plagio contra Manuel Chiza Masabanda y otro), el magistrado Richard Villagómez Cabezas, en sentencia de 25 de octubre de 2013, las 13H00, determina con claridad meridiana, siguiendo a Julio Maier:

“Para cumplir a cabalidad la actividad de acusación, el fiscal en la imputación, debe fijar un fundamento fáctico y un fundamento jurídico. El primero de ellos estará basado en la narración “...íntegra, clara, precisa y circunstanciada del hecho concreto que se atribuye al imputado”. El segundo, se cumple con la adecuación de ese hecho concreto a uno de los tipos penales consagrados dentro del ordenamiento jurídico nacional, no sólo con la mención de su nomen juris, sino con la constatación de que cada uno de sus elementos constitutivos se desprenden de la narración del hecho imputado.”

En el mismo fallo de la Corte Nacional de Justicia el Juez Dr. Villagómez afirma:

“En la etapa de instrucción fiscal, el órgano acusador se encarga de: a) Construir claramente la teoría del caso, con la cual formulará su dictamen, ya sea acusatorio o abstentivo. Este requisito

²¹ Dr. Juan Francisco Morales Suárez, Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas.

²² Auto resolutorio de miércoles 5 de julio del 2017, las 09h39.

se cumple en virtud de las investigaciones previas realizadas, o con base a nuevos elementos recabados de las diligencias dispuestas en esta etapa...” (Villagómez, p. 72).

Sobre el Informe de Indicios de Responsabilidad penal, afirmamos lo siguiente:

En la especie, la señora Fiscal reitera a fs. 2 (página 3-4): “... el informe No. DAP y A-0002-2012 Informe de indicios de responsabilidad penal derivado del examen especial de ingeniería practicado a los proyectos de infraestructura y vial ejecutados por el Municipio de Quinindé y por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Quinindé, elaborado y suscrito por los señores Ing. Fernando Hermoza Castillo, Ing. Marcelo Salazar e Ing. Paúl Noboa León, Auditor Jefe del Equipo, Supervisor de funcionarios de la Auditoría Ambiental y Director de Proyectos e Ingeniería Ambiental, en su respectivo orden, de la Contraloría General del Estado, determina la glosa por responsabilidad civil por el valor de US\$ 1328,68, predetermina mediante glosa No. 105, 107, 112 y 113 en contra de Jorge Enrique Siavichay Cornejo, Héctor Martín Mosquera Ortiz, fiscalizador municipal, Pablo Fernando Espín Bustos (o Busto), fiscalizador contratado; y, Gary Fernando Oyarvide Rivas, contratista del gobierno autónomo descentralizado del cantón Quinindé, la misma Contraloría General del estado en ningún momento señaló a Lizardo Manuel Casanova Montesino; ni el equipo de Auditoría ni en las copias certificadas se menciona que se haya presentado documentación falsa o que se presuma falsa como elementos de descargo; no consta en el expediente experticia documental realizada sobre algún documento anunciado o copiado para que se pueda presumir la falsedad...”

Luego de invocar y enunciar los artículos 195 constitucional, 586 y 587 del Código Orgánico Integral Penal y analizar el contenido del IIRP, señalamos:

“...Como podemos apreciar, si la Contraloría General del Estado ha establecido únicamente responsabilidades civiles a decir de la señora Fiscal, es evidente que el organismo de control, observó las normas contenidas en su propia ley, estos es, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que diferencia objetivamente la responsabilidad civil de la penal.

En la resolución hicimos notar que a nivel doctrinario en todos los países de América y Europa, la determinación de responsabilidad civil excluye absoluta y totalmente a las responsabilidades penales porque la determinación de responsabilidades civiles se fundamenta en la culpa de las personas no en el dolo, como son las infracciones que se cometen en contra de la administración pública que son naturalmente dolosas. También se relievó que es necesario evitar el desperdicio de recursos humanos y tiempo, en una acción penal que no tenía razón alguna de ser. La parte dispositiva señaló:

QUINTO.- RESOLUCIÓN.- *En virtud de lo expuesto, de conformidad a lo previsto en el artículo 587 del Código de Procedimiento Penal, declaro el archivo de la investigación, con las observaciones que han quedado establecidas en el considerando tercero, que se refieren a las potestades de los servidores públicos, determinadas por el Art. 226 constitucional.- NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-...”*

VII

CASO EMBLEMÁTICO SOBRE INFORME DE AUDITORÍA CON INDICIOS DE RESPONSABILIDAD PENAL POR FALSEDAD DOCUMENTAL

La Corte Constitucional, también se ha pronunciado en temas similares. Un caso que merece nuestro análisis es el contenido en la Sentencia de la Corte Constitucional No. 1288-15-EP/22 de 19 de octubre de 2022, que versó sobre una acción extraordinaria de protección referente a varios procesos penales seguidos por falsificación de documentos de importación en el sistema aduanero.

La sentencia analizada por la Corte, fue dictada dentro del proceso penal N.º 09906-2010-0209, que tuvo como antecedente el informe DIRES 00275-2006-UAI-EEIRP-029-2005-UMP, generado en el mismo examen especial, es decir, al trámite aduanero previo a la matriculación de vehículos, ejecutado en el Primer Distrito de Aduanas de Guayaquil, de los periodos comprendidos entre el 1 de junio de 2000 y el 31 de marzo de 2001, en el que se determinaron indicios de responsabilidad penal por falsificación. La Corte nos informa que el 5 de diciembre de 2005, se emitió el “Informe con indicios de Responsabilidad Penal UAI-EEIRP-36-2005-IMP: Análisis al Trámite Aduanero Previo a la

Matriculación de Vehículo, ejecutado en la Gerencia del Primer Distrito de Guayaquil, periodo 2000-06-01 / 2001-03-31”, caso N.º 23, en el que se concluyó lo siguiente:

“...Se emite 1 CAMV número: G00003116, UTILIZANDO COMO RESPALDO EL DUI N° 1078339, Refrendo N° 028-97-10-020992-0, con el cual la C.T.G., matriculó el vehículo Jeep marca Chevrolet, modelo Blazer 4x4, año 1997, Chasis # GLC-722, debiendo señalar que este vehículo con la referencia del DUI y refrendo antes indicado, no consta registrado en el Sistema Informático de la Aduana. Sin embargo en el Archivo Técnico de la Gerencia del Primer Distrito de Guayaquil, con el refrendo # 028-97-10-020992-7, se encuentra archivado el DUI 0417790, que corresponde a la importación de PREPARACIONES ANTIOXIDANTE, realizada por VECOIN C. LTDA., datos que a diferencia del anterior documento, estos si [sic] se encuentran registrados en el SISA. Por lo que del análisis realizado y de acuerdo a las certificaciones entregadas por los operadores de comercio exterior, existe la presunción de que el DUI No. 1078339, como sus documentos de acompañamiento que reposan en los archivos de la Secretaría General de la Comisión de Tránsito del Guayas, y que sirvieron para matricular el vehículo mencionado, son falsificados.

Por lo expuesto y conforme los anexos que sustentan el informe, se determinó la existencia de indicios de responsabilidad penal, por el presunto delito tipificado y reprimido en el Capítulo III del Título IV, del Libro Segundo del Código Penal; De la Falsificación de Documentos en General; por lo que de conformidad con el artículo 67 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, este informe deberá remitirse al Ministerio Fiscal Público, para que ejercite la acción penal correspondiente, en contra de autores, cómplices y encubridores que resultaren en tal infracción.

Con fundamento en el mencionado informe, Contraloría General del Estado (CGE), presentó la respectiva denuncia ante la Fiscalía General del Estado (Fiscalía) por el presunto delito de falsedad en instrumento público, la que dio origen a la instrucción fiscal N.º 03-2010 (IP 199-2006 / 06-07-13035). Esto mismo ocurrió respecto de los documentos únicos de importación con los que se obtuvieron certificados aduaneros para matriculación vehicular, que presentaban irregularidades (ver párr. 2 *supra*), por lo que, en contra de Ricardo Eduardo López Hernández, se presentaron múltiples denuncias y enfrentó, en razón de las mismas, diversos procesos penales que concluyeron de diferentes formas, entre ellas, sobreseimiento provisional, sobreseimiento definitivo, sentencias absolutorias, sentencias condenatorias, sentencia de revisión que confirmó su estado de inocencia²³, etc.

En la etapa de juicio, al proceso penal le fue asignado el N.º 031-2012. En esta instancia, nos recuerda la Corte, Ricardo Eduardo López Hernández presentó un escrito en el que expresó lo que sigue:

“...Adjunto se dignarán encontrar, copia simple, de la sentencia dictada con fecha 24 de abril de 2012, por el Sexto Tribunal de Garantías Penales del Guayas, en la que se confirma mi estado de inocencia, mientras que en el proceso constan los 18 o más autos de sobreseimiento a mi favor, dictados por los señores jueces de garantías penales. De la lectura de la sentencia que acompaño se desprende la veracidad de lo que vengo sosteniendo, es decir, que es un solo el Informe de Auditoría en todos los juicios y lo que cambia en cada uno de ellos, es la referencia al supuesto documento falso, él [sic] que ni siquiera existe en cada procesos [sic].

Una vez concluida la instrucción fiscal N.º 03-2010, el 12 de abril de 2010, se celebró ante el juez del Juzgado Octavo de Garantías Penales del Guayas la audiencia preparatoria del juicio N.º 2155-20094, en la que se resolvió dictar auto de llamamiento a juicio en contra del procesado Ricardo Eduardo López Hernández, en el grado de presunto autor del delito tipificado en el Art. 341, en concordancia con el Art. 339 del Código Penal. En el Tribunal Penal, el procesado solicitó la inhibición de los jueces por haberse dictado varios sobreseimientos a su favor, en los juicios que inició la Fiscalía por denuncias de la Contraloría General. El encausado sostuvo:

“...Por lo antes expuesto, les solicito que en atención a lo que dispone el Art. 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, suspendan la tramitación de este proceso y eleven los autos a la Corte Constitucional, para que se pronuncien respecto a la procedibilidad o no, de la gran cantidad de juicios incoados en mi contra, sin tomar en consideración que el Juzgado de

²³ Información proporcionada a la Corte constitucional por el Consejo de la Judicatura, el 16 de junio de 2022. Documento de Excel adjunto al oficio N.º CJ-DG-2022-1284-OF.

Aduanas ya emitió pronunciamiento, frente a la totalidad de los documentos supuestamente falsos, al confirmar mi estado de inocencia...”

El Tribunal Décimo de Garantías Penales del Guayas negó la solicitud y enseguida el 17 de diciembre de 2012, dictó sentencia condenatoria en contra del procesado López Hernández, declarándolo responsable como autor material, del delito tipificado y reprimido en el artículo 339 del Código Penal²⁴, en concordancia con el artículo 341 ibídem⁸; en consecuencia, impuso al procesado la pena de 6 años de reclusión menor ordinaria.

De esta sentencia, el procesado interpuso recurso de apelación. El 13 de enero de 2014, la Sala de Conjuces de la Segunda Sala de lo Penal, Colusorios y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, aceptó parcialmente el recurso de apelación y reformó la sentencia dictada por el Tribunal Décimo de Garantías Penales del Guayas, exclusivamente respecto de la pena, por lo que condenó a López Hernández a cuatro años de reclusión menor ordinaria, por la existencia de las atenuantes previstas en el artículo 29, numerales 5, 6 y 7 del Código Penal.

En contra de la sentencia de segunda instancia, el procesado propuso recurso de casación. El 15 de junio de 2015, la Sala Penal, por unanimidad, declaró improcedente el recurso al concluir que el casacionista no demostró, argumentadamente, los errores alegados. A continuación, el procesado solicitó aclaración y ampliación. En auto de 22 de julio de 2015, los recursos fueron desestimados por improcedentes.

El 6 de agosto de 2015, Ricardo Eduardo López Hernández, planteó acción extraordinaria de protección en contra de las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia. La Sala de admisión admitió a trámite la acción propuesta. La argumentación central del accionante fue la vulneración del principio non bis in ídem, por tanto la Corte en sus reflexiones centra su debate en la posible afectación a dicho principio, analiza las sentencias habidas en otra causa, la No. N.º 1122-2013, en que se determinó que los hechos que habían originado la causa penal, provenían de la denuncia presentada en la Fiscalía Provincial del Guayas por el Dr. Luis Moyano Alarcón, Director Regional 1, de la Contraloría General del Estado de ese entonces, respaldado en el informe de Contraloría signado con el No. (DIRES-00275-2006-UAI-EEIRP-029-2005-IMP), en el que se determinan indicios de responsabilidad penal, elaborado como parte del examen especial, relacionado con el trámite aduanero previo a la matriculación de vehículos, ejecutado en el Primer Distrito de Aduanas de Guayaquil, por el periodo comprendido entre el 1 de junio del 2000 y el 31 de marzo del 2001.

Estas consideraciones revelan que la Corte Constitucional centró sus análisis en los efectos del informe de indicios de responsabilidad penal, pues en este instrumento, se habían detectado varios casos de presunta falsificación de documentos, correspondientes a diferentes trámites de importación y diferentes DUI.

La Corte señaló:

“Como se desprende de los párrafos 1, 33 y 34 supra, en las causas N.º 588-2014, N.º 09906-2020-209 y N.º 1122-2013, se investigaron, procesaron y juzgaron los mismos hechos, esto es, la presunta adulteración de documentos únicos de importación para tramitar certificados aduaneros para matriculación vehicular en el Primer Distrito de Aduanas de Guayaquil por el periodo comprendido del 1 de junio 2000 al 31 de marzo de 2001, cometida por Ricardo Eduardo López Hernández, conducta que habría configurado el delito prescrito en el artículo 337 del Código Penal. Sin embargo, a pesar de corresponder a los mismos hechos, Fiscalía procuró igual número de investigaciones que denuncias presentadas por la CGE, entidad pública de control que, a su vez, denunció los hechos en razón de cada documento único de importación que, según el resultado del informe especial, reflejaba una o más falsedades...”

²⁴ Art. 339.- “...Será reprimida con pena de seis a nueve años de reclusión menor, cualquiera otra persona que hubiere cometido una falsedad en instrumentos públicos, en escrituras de comercio o de banco, contratos de prenda agrícola o industrial o de prenda especial de comercio, en escritos o en cualquier otra actuación judicial:

Ya por firmas falsas;

Ya por imitación o alteración de letras o firmas;

Ya por haber inventado convenciones, disposiciones, obligaciones o descargos, o por haberlos insertado fuera de tiempo en los documentos;

Ya por adición o alteración de las cláusulas, declaraciones o hechos que esos documentos tenían por objeto recibir o comprobar...”

La parte más importante de tales consideraciones señala:

“...Si llegara a interpretarse que hechos que comparten el mismo autor, unidad de tiempo, unidad de lugar y unidad de conducta típica penalmente reprochable, deben ser investigados y judicializados de forma independiente en razón de las distintas acciones u omisiones que componen dichos hechos, no existiría una respuesta –sustantiva o procesal– razonable, por ejemplo, para el caso en el que un trabajador de una entidad bancaria, durante un año, diariamente, sustrajo algunos centavos de los millones de cuentahabientes disponibles. En este ejemplo, no sería aceptable que la Fiscalía disponga el inicio de una investigación por cada ocasión que el trabajador sustrajo dinero de las diferentes cuentas. Si así procediera, entonces, además de la dificultad vinculada a la justificación de la existencia de antijuridicidad material de la conducta – dividida en las acciones que la componen–, también debería afrontar múltiples juicios simultáneos...”

Parecería que esta argumentación es razonable, pero la Corte Nacional de Justicia debiendo aplicar este precedente no lo hace y tiene un criterio distinto, a tal punto que hace pocos días la Sala Especializada de lo Penal, ha vuelto a dictar una sentencia condenatoria por peculado en uno de los procesos (17721-2011-0220B) que enfrenta el ex Ministro del Deporte, Raúl C., que se originaron en un solo informe de auditoría.²⁵ Este caso, es obligatorio análisis en relación al origen de los juzgamientos múltiples tanto al ex ministro, cuanto a varios de sus colaboradores, pues, independientemente de su responsabilidad, el inicio de más de 25 procesos penales que derivan de un solo informe de auditoría, infringe naturalmente el fallo de la Corte y los razonamientos que contiene la sentencia analizada. Miremos el siguiente razonamiento de la Corte:

*“...Al mismo tiempo, el impulso de múltiples investigaciones y juicios en contra de una persona por el cometimiento de los mismos hechos, separados en función de los actos u omisiones que los conforman, supone una ventaja arbitraria en favor de la Fiscalía, misma que, en los casos en los que no hubiera progresado el enjuiciamiento, verbigracia, por incumplimiento de requisitos de procedibilidad, podría corregirlo en los siguientes. **Lo antedicho, vulnera el principio de igualdad de armas que debe asegurarse entre los sujetos procesales que intervienen en un juicio penal...**”²⁶.*

Estos criterios y la correspondiente sentencia 1288-15-EP-22, constituyen precedente jurisprudencial obligatorio, no acatado por la Corte Nacional en múltiples oportunidades. Además de esta grave falencia que debería ameritar un pronunciamiento de la propia Corte Constitucional, tenemos que en los casos estudiados, el Informe de indicios de responsabilidad penal expedido por la Contraloría General del Estado, constituye la base fundamental para el desarrollo del proceso penal. Los dos casos de nuestra referencia, el 1288-15 y los procesos penales constantes en la nota de pie de página número 24, tiene una resolución absolutamente contradictoria, vulnerándose severamente los principios de igualdad de las personas ante la ley, el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Posteriormente la Corte señala:

“...La garantía del non bis in ídem está consagrada en el artículo 76.7.i) de la Constitución, en los siguientes términos: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto...””.

Añade además que la jurisprudencia de la Corte ha señalado que:

²⁵ En el caso de los juicios seguidos al ex ministro de Deportes Raúl C., todas las causas surgen de un solo informe de auditoría. Juicios Nos: 17721-2011-0565A; 17721-2011-0568B; 17721-2009-0818A; 17721-2011-0737; 17721-2011-0737B; 17721-2009-1279A; 17721-2011-0220B (sentencia de miércoles 7 de agosto del 2024, las 15h48).

²⁶ COIP, “Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

5. Igualdad: es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad”.

“...para ser invocado como una garantía del debido proceso, precisa (únicamente) que exista una resolución proveniente de una causa iniciada ex ante, a un proceso en el cual confluyan cuatro presupuestos que deriven en la prohibición de doble juzgamiento contenida en el principio cuestión, a saber: eadem personae, identidad de sujeto, eadem res, identidad de hecho, eadem causa petendi, identidad de motivo de persecución, y finalmente, al tenor de nuestra Norma Suprema, identidad de materia...”

Prosigue la Corte señalando que el principio non bis in ídem y la institución de la cosa juzgada se encuentran íntimamente relacionados, aunque diferenciándose entre sí, en el sentido de que el principio de non bis in ídem atiende al hecho de que nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo hecho y materia (conforme lo determina nuestra Constitución) y la cosa juzgada por su parte, resulta en un atributo, en una calidad que el ordenamiento jurídico destina a la sentencia, cuando esta cumple con los requisitos para que quede firme: sea inimpugnable (cosa juzgada formal) y sea inmutable (cosa juzgada material)²⁷.

La Corte además considera que la garantía del non bis in ídem requiere la concurrencia de 4 elementos, mismos que, de conformidad con el párr. 35 supra, están presentes en el caso que ahora se estudia.

“...Del expediente de la causa penal N.º 588-2014, consta que existen, al menos, otros dos procesos penales –identidad de materia–, en los que participaron las mismas partes procesales: Fiscalía y el procesado Ricardo Eduardo López Hernández –identidad de sujeto–, que comparten antecedentes fácticos –identidad de hechos–; y, versaron respecto del cometimiento del mismo delito, la presunta falsedad de los documentos únicos de importación para obtener los certificados aduaneros para matriculación vehicular en la Gerencia del Primer Distrito de Guayaquil, en el periodo comprendido entre junio del 2000 y marzo del 2001 –identidad del motivo de persecución–...”

En consecuencia, dice la Corte, al cumplirse todos los presupuestos, “se verifica una vulneración a la garantía de non bis in ídem, prevista en el artículo 76.6.i) de la Constitución...”

En el caso, dice la Corte, el accionante señaló que las diferentes acciones que componían los hechos por los que fue juzgado fueron separadas, por lo que en su contra Fiscalía inició e impulsó varios juicios, cuando todos debieron acumularse en un único proceso, por ser conexos. Respecto de este particular, se recuerda que el CPP, vigente a la época de cometidos los presuntos hechos delictivos, establecía que:

Art. 5.- Único proceso. - Ninguna persona será procesada ni penada, más de una vez, por un mismo hecho.

Art. 21.- Reglas de la competencia territorial. - En cuanto a la competencia de los jueces de garantías penales y tribunales de garantías penales, se observarán las reglas siguientes:

4. Hay conexidad cuando:

b) Se impute a una persona la comisión de más de un hecho punible con una acción u omisión o varias acciones u omisiones, realizadas con unidad de tiempo y lugar.

Finalmente en el párrafo 45 la Corte establece con claridad que la regla establecida en el artículo 21.4.b) del CPP, en concordancia con el artículo 5 íbidem, determinaba la forma en la que debía procederse con la investigación y judicialización de hechos constituidos por acciones conexas, esto es, las cometidas con unidad de tiempo y lugar, tal como ocurrió en el caso examinado, en el que las distintas acciones habrían estado orientadas a un único fin, conforme a un plan que les otorga un sentido integrador. Así, cumplidas las condiciones de la regla, debía instaurarse un proceso único en contra del procesado, en el cual se presentaría, en su contra, una acusación fiscal relacionada con todos los presuntos documentos únicos de importación que fueron alterados por Ricardo Eduardo López Hernández en el Distrito Primer Distrito de Aduanas de Guayaquil por el periodo comprendido del 1 de junio 2000 al 31 de marzo de 2001, para la obtención fraudulenta de los Certificados Aduaneros para Matriculación Vehicular.

Este criterio debe obligatoriamente imponerse en todos los casos similares y en especial el de nuestra referencia, pues los innumerables seguidos contra el ex Ministro, constituyen un verdadero atropello a la Constitución a esta sentencia y a la ética. Por tanto, en relación a los informes de indicios de

²⁷ Sentencia N.º 221-14-SEP-CC de 26 de noviembre de 2014. En el mismo sentido: sentencias N.º 139-15-SEP-CC de 29 de abril de 2015; N.º 140-16-SEP-CC de 27 de abril de 2016; y, N.º 38-12-EP/19 de 19 de noviembre de 2019.

responsabilidad penal realizados por la Contraloría General del Estado y sus efectos jurisdiccionales, no puede procederse en unos casos de una forma y en otros, de manera contraria. El citado instrumento jurídico, sea que fuese considerado como requisito de procedibilidad o simplemente como notitia criminis, tiene que tener el mismo efecto para todos los casos.

Luego del largo análisis relativo a los efectos del informe de auditoría y la forma cómo deben entenderse sus hallazgos, en la parte dispositiva la sentencia de la Corte Constitucional, acepta la acción extraordinaria de protección, interpuesta por el procesado Ricardo Eduardo López Hernández, deja sin efecto las decisiones judiciales impugnadas y ordena se inicie procedimientos disciplinarios contra los jueces que inobservaron el principio non bis in ídem.

CONCLUSIONES

En la práctica jurisdiccional hemos resuelto en muchas ocasiones casos como éstos y hemos ratificado que en tratándose de requisitos de procedibilidad y prejudicialidad, tales cuestiones deben ser resueltas con claridad de modo previo al proceso penal, cuando así corresponda, porque suelen tener un efecto directo en la prosecución del caso judicial. Los problemas que se encuentran entre otros, son:

a) Naturaleza de las Cuestiones Prejudiciales, sobre la competencia del tribunal, la validez de pruebas obtenidas y la aplicabilidad de leyes específicas. Estos asuntos deben ser conocidos antes de que el tribunal de juicio conozca el caso, puesto que tal análisis, puede establecerse si el caso cumple con los principios de lesividad y oportunidad, para proceder.

b) El informe de indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, si bien no puede considerarse un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, sigue constituyendo un elemento básico en la información de los jueces sobre delitos contra la administración pública y como hemos visto, base esencial para el pronunciamiento judicial.

c) El Proceso de Resolución, comporta que las partes o el fiscal pueden exponer argumentos legales, recolectar pruebas relevantes o solicitar la realización de audiencias adicionales, si se estima necesario para sustentar la resolución adecuada.

d) Impacto en la Investigación, que naturalmente atañe al principio de diligencia procesal. En este tema, la procedibilidad y la prejudicialidad tiene un impacto decisivo, significativo y relevante, porque aparecen los siguientes problemas:

d.1) Retraso en el Proceso. En la sentencia analizada, esto es, la No. 288-15-EP/22, la Corte halló además claras afectaciones al principio de debida diligencia. La resolución de cuestiones prejudiciales necesariamente dilata los términos y plazos del procedimiento, lo que incide en el retraso del inicio formal del proceso judicial penal o en su defecto, la falta de comprensión de los contenidos de los documentos atinentes a la procedibilidad, obstaculizan la causa. Al respecto, la Corte ha señalado que la debida diligencia no es un derecho y tampoco un elemento que compone el derecho a la tutela judicial efectiva; sino que constituye un principio procesal reconocido en el artículo 172 de la Constitución y un deber de los servidores judiciales²⁸. Además, la Corte ha determinado que este principio debe respetarse en todo momento procesal.

d.2) Aseguramiento de evidencia²⁹, que es una responsabilidad básica de la Fiscalía, que en muchas ocasiones incumple con su obligación como en los casos denominados 30-S y paro armado de octubre del 2019, en los cuales la negligencia de la Fiscalía es grotesca. El aseguramiento, significa precaver o prever que la investigación y el caso judicial posterior sean fundamentados en hechos y pruebas sólidas. El COIP dispone en su Art. 583:

Art. 583.- Actuaciones fiscales urgentes.- En los casos de ejercicio público o privado de la acción en que se requiere obtener, conservar, preservar evidencias o impedir la consumación de un delito, la o el fiscal podrá realizar actos urgentes y cuando se requiera autorización judicial se solicitará y otorgará por cualquier medio idóneo como fax, correo electrónico, llamada telefónica, entre otros, de la cual se dejará constancia en el expediente fiscal.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia N.º 889-20-JP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 117.

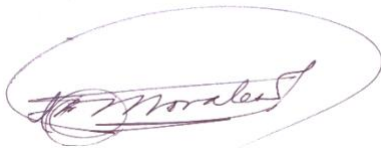
²⁹ Art. 460.5, COIP.- 5. La fijación y recolección de las evidencias, huellas, vestigios encontrados en el lugar ingresarán en cadena de custodia para la investigación a cargo de la o el fiscal, quien dispondrá las diligencias pertinentes.

d.3) Protección de Derechos: Tanto la Fiscalía, cuanto la judicatura competente, deben garantizar que se respeten los derechos de las partes procesales, asegurando que en ningún caso continúe la prosecución de la causa, sin resolver previamente cuestiones críticas que podrían afectar los derechos constitucionales o legales de las partes. El Art. 5.5 del COIP prevé:

Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

5. Igualdad: es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad.

FIN

A handwritten signature in dark ink, enclosed within a hand-drawn oval. The signature appears to read "J.F. Morales Suárez".

Juan Francisco Morales Suárez